

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)

ORIGINAL : anglais

DATE : 19 avril 2007

F

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

COMITÉ INTERGOUVERNEMENTAL DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE RELATIVE AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES, AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET AU FOLKLORE

Onzième session
Genève, 3 – 12 juillet 2007

LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES
OU EXPRESSIONS DU FOLKLORE :
TABLEAU DES OBSERVATIONS SOUMISES PAR ÉCRIT SUR LES OBJECTIFS ET
PRINCIPES RÉVISÉS

Document établi par le Secrétariat

I. RÉSUMÉ

1. Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé “le comité”) envisage actuellement la possibilité d’assurer la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par le biais de deux processus connexes et complémentaires, à savoir :

- i) l’examen d’une liste convenue de questions concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; et
- ii) l’examen du projet d’une série d’ “objectifs et de principes révisés pour la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore” (“Objectifs et principes”).

2. Les documents de travail sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore établis pour la onzième session du comité en conformité avec les décisions prises à la dixième session sont les suivants :

i) WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) : une compilation des observations soumises par écrit sur la liste des questions qui ont été présentées entre les dixième et onzième sessions conformément à un processus adopté par le comité à sa dixième session;

ii) WIPO/GRTKF/IC/11/4(b) : le présent document est une compilation de commentaires sur les projets d'objectifs et de principes fournis entre les neuvième et dixième sessions, conformément à un processus de commentaires adopté par le comité à sa neuvième session et à un format convenu à sa dixième;

iii) WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) : le texte des projets d'objectifs et de principes, identique au texte qui a été diffusé aux huitième, neuvième et dixième sessions mais fourni à des fins de référence pour faciliter la lecture des commentaires contenus dans les documents WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) et WIPO/GRTKF/IC/11/4(b).

3. Ces documents s'inscrivent donc dans une longue série de documents du comité sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Le tableau donne brièvement ci-après une liste de quelques documents clés qui serviront à préciser l'historique des documents de travail actuels :

Enquêtes, rapports, questionnaires et analyses comparatives de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore aux niveaux national, régional et international	OMPI/GRTKF/IC/2/7, WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/4/3, WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 Add., WIPO/GRTKF/IC/7/INF/4 .
Avant-projet d'objectifs et de principes	WIPO/GRTKF/IC/7/3
Deuxième projet d'objectifs et de principes <i>(incorporant les commentaires soumis entre les septième et huitième sessions)</i>	WIPO/GRTKF/IC/8/4, WIPO/GRTKF/IC/9/4, WIPO/GRTKF/IC/10/4, WIPO/GRTKF/IC/11/4(c)
Commentaires soumis sur le deuxième projet d'objectifs et de principes	WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2, WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add., WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add.2, WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add.3, WIPO/GRTKF/IC/10/INF/3, <i>compilés dans</i> WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)
Options de politique générale et mécanismes juridiques <i>mettant en œuvre les objectifs et les principes</i>	WIPO/GRTKF/IC/7/4 (premier projet) WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4 (deuxième projet)
Observations sur la liste des questions touchant à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore	WIPO/GRTKF/IC/11/4(a)

Documents de base sur la dimension internationale	WIPO/GRTKF/IC/6/6, WIPO/GRTKF/IC/8/6, WIPO/GRTKF/IC/9/6, WIPO/GRTKF/IC/10/6, WIPO/GRTKF/IC/11/6
---	---

II. HISTORIQUE

4. Le comité a fait un examen détaillé des options juridiques et de politique générale pour la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Dans son travail, il a mis à profit la vaste expérience nationale, régionale et internationale en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, qui remonte à plusieurs décennies. Cet examen a couvert des analyses exhaustives de mécanismes juridiques nationaux et régionaux existants, des exposés d'experts sur différentes expériences nationales, des éléments communs de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, des études de cas, des études en cours des conditions juridiques et de politique internationale ainsi que des principes et objectifs clés de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont reçu un soutien aux premières sessions du comité. Énumérés dans le tableau ci-dessus, des documents antérieurs ont donné des informations détaillées sur ces premiers travaux de base.

5. Cet énorme travail et cette genèse approfondie des lois existantes ont été transformés en un projet d'objectifs et de principes pour la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, qu'avait commandé le comité à sa sixième session; puis révisé et analysé au cours des quatre sessions suivantes. Les projets d'objectifs et de principes ont par ailleurs fait l'objet de larges consultations en dehors du comité et ils ont été utilisés, même sous la forme de projets, comme un point de référence dans plusieurs processus d'élaboration de lois et de politique nationaux, régionaux et internationaux. Plusieurs de ces processus sont directement issus du projet.

6. Les projets d'objectifs et de principes sont actuellement diffusés en tant qu'annexe au document WIPO/GRTKF/IC/11/4(c), à de fins de référence et, en particulier, pour aider à comprendre les observations que renferme le présent document. Ce dernier contient le texte identique du deuxième projet des objectifs et des principes qui a également été annexé aux documents WIPO/GRTKF/IC/10/4, WIPO/GRTKF/IC/9/4 et WIPO/GRTKF/IC/8/4. Cette version révisée, qui est demeurée inchangée depuis la huitième session jusqu'à la session actuelle, a été le résultat du premier cycle d'examen intersessions des parties prenantes établi par le comité après son examen du premier projet (WIPO/GRTKF/IC/7/3) à sa septième session. Par conséquent, le projet reste tel qu'il a été soumis à de larges consultations et tel qu'il a été revu en détail au comité ainsi que dans de nombreux États membres et autres processus de politique générale.

7. Le comité a de nouveau examiné les projets d'objectifs et de principes à sa neuvième session et il a entrepris un deuxième cycle d'observations et d'études intersessions. Les commentaires reçus par écrit entre les neuvième et dixième sessions, conformément à ce processus, ont été affichés sur l'internet et diffusés sous la forme de documents d'information, à savoir les documents WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2, WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add., WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add.2 et WIPO/GRTKF/IC/10/INF/2 Add.3 (anglais) et WIPO/GRTKF/IC/10/INF/3 (espagnol). Les projets d'objectifs et de principes sont complétés par un document additionnel, un aperçu des options de politique générale et des

mécanismes juridiques utilisés dans les lois nationales pour la mise en œuvre des objectifs et des principes (WIPO/GRTKF/IC/9/INF/4 et un projet antérieur contenu dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/4).

8. En ce qui concerne d'une manière plus générale les résultats des travaux du comité sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et notant que le mandat renouvelé du comité traite de la dimension internationale de ses travaux et n'exclut aucun résultat, il sied de rappeler que, lors de ses délibérations antérieures, le comité a identifié trois aspects de résultats possibles, à savoir : i) le contenu ou la substance; ii) la forme ou le statut juridique; et iii) les procédures consultatives et autres procédures de travail nécessaires pour parvenir à un résultat consensuel.

III. LA DIXIÈME SESSION DU COMITÉ

9. À sa dixième session (30 novembre-8 décembre 2006), le comité a pris les décisions ci-après concernant les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et les savoirs traditionnels :

“i) Les délibérations débiteront sur les questions (voir l'annexe I) dans l'ordre de leur numérotation, si possible, au cours de la présente session et continueront sur cette base pendant la prochaine session.

ii) Les documents existants (WIPO/GRTKF/IC/10/4, WIPO/GRTKF/IC/10/5 et WIPO/GRTKF/IC/10/6) demeurent présentés sous leur forme existante et il est pris note des points de vue exprimés à leur égard.

iii) Les délibérations sur les questions complètent les points de vue déjà exprimés en ce qui concerne les documents existants et sont sans préjudice de ces points de vue.

iv) Les délégations et les observateurs sont invités à présenter des observations sur les questions d'ici à la fin du mois de mars 2007. Le Secrétariat rassemblera les observations concernant chacune des questions et les diffusera à la fin du mois d'avril. Toutes les observations seront mises à disposition sur l'Internet dès réception.

v) En ce qui concerne les observations existantes relatives aux documents WIPO/GRTKF/IC/9/4 et WIPO/GRTKF/IC/9/5, le Secrétariat établira deux tableaux (l'un pour les savoirs traditionnels et l'autre pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore), contenant chacun deux colonnes. La première colonne contiendra le titre des dispositions figurant dans le document WIPO/GRTKF/IC/9/4 et WIPO/GRTKF/IC/9/5, selon le cas, ainsi que les titres “générales”, sous la rubrique “Questions”. La deuxième colonne contiendra les observations formulées par les délégations et les observateurs sur les titres en question, sous le nom de chaque délégation ou observateur.

IV. DOCUMENTS POUR LA ONZIÈME SESSION

10. En vertu de cette décision du comité, les documents complémentaires suivants ont été établis pour la onzième session du comité :

i) WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) : recueil d'observations écrites sur la liste des questions soumises entre la dixième et la onzième sessions sur le thème "Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Liste des questions", comme requis dans le paragraphe iv) de la décision susmentionnée;

ii) WIPO/GRTKF/IC/11/4(b) : compilation d'observations sur le projet d'objectifs et principes, et d'observations écrites soumises entre la neuvième et la dixième sessions, conformément à la procédure relative aux observations acceptée par le comité à sa neuvième session et dans un format arrêté à la dixième session dans le paragraphe v) de la décision susmentionnée;

iii) WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) : qui comprend, à des fins de référence, le texte du projet d'objectifs et de principes contenu dans le document WIPO/GRTKF/IC/9/4, identique qu'il est au texte des objectifs et des principes diffusé aux huitième, neuvième et dixième sessions. Ce texte est fourni en particulier pour faciliter la lecture du tableau des observations fournies dans le présent document. Il sied de rappeler que la décision prise à la dixième session et mentionnée ci-dessus stipule que "Les documents existants (WIPO/GRTKF/IC/10/4, WIPO/GRTKF/IC/10/5 et WIPO/GRTKF/IC/10/6) demeurent présentés sous leur forme existante et il est pris note des points de vue exprimés à leur égard" et que " Les délibérations sur les questions complètent les points de vue déjà exprimés en ce qui concerne les documents existants et sont sans préjudice de ces points de vue".

La préparation du tableau

11. Le tableau annexé au présent document a été préparé conformément à la décision prise par le comité à sa dixième session, avec deux colonnes, la première dans laquelle apparaissent les titres des dispositions dans le document WIPO/GRTKF/IC/9/4 (intitulée "Questions") et la seconde dans laquelle apparaissent les observations sur ces titres (intitulée "Observations"). La première colonne ("Questions") renferme les observations de caractère général et les observations sur des objectifs et principes spécifiques.

12. Les observations ont été reproduites directement comme elles ont été encore que, selon que de besoin, quelques erreurs typographiques aient été corrigées pour faciliter la compréhension de ces observations. Les observations qui ne se référaient pas à une disposition spécifique étaient traitées comme des "observations de caractère général" et, lorsqu'une seule observation traitait de plus d'une disposition, elle est généralement répétée s'il y a lieu. Une très longue observation soumise par l'intermédiaire du gouvernement de la Nouvelle-Zélande apparaît sous la forme d'un appendice au tableau et, lorsqu'elle fait référence à une disposition spécifique, on la renvoie à cet appendice.

13. *Le comité est invité à :*

i) examiner les observations reproduites dans le tableau figurant en annexe pour ce qui est du projet d'annexe relatif aux dispositions du document WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) et des observations sur la liste des questions annexées au document WIPO/GRTKF/IC/11/4(a),

ii) examiner les possibilités de faire avancer ses travaux sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, y compris la substance ou le contenu des résultats possibles de ces travaux, la forme ou le statut juridique de ces résultats ainsi que les procédures préférées nécessaires pour parvenir à de tels résultats; et

iii) continuer d'examiner le projet de dispositions contenu dans l'annexe au document WIPO/GRTKF/IC/11/4(c) et de faire sur lui les observations nécessaires.

[L'annexe suit]

ANNEXE

TABLE DES MATIÈRES

I. OBSERVATIONS DE CARACTERE GENERAL	2
II. OBSERVATIONS SUR LES OBJECTIFS	17
OBSERVATIONS DE CARACTERE GENERAL SUR LES OBJECTIFS.....	17
OBSERVATIONS SUR DES OBJECTIFS SPECIFIQUES	18
III. OBSERVATIONS SUR LES PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX	25
OBSERVATIONS DE CARACTERE GENERAL SUR LES PRINCIPES DIRECTEURS GENERAUX.....	25
OBSERVATIONS SUR DES PRINCIPES DIRECTEURS GENERAUX SPECIFIQUES	26
IV. OBSERVATIONS SUR LES PRINCIPES DE FOND.....	30
OBSERVATIONS DE CARACTERE GENERAL SUR LES PRINCIPES DE FOND	30
OBSERVATIONS SUR DES PRINCIPES DE FOND SPECIFIQUES.....	30

I. OBSERVATIONS DE CARACTERE GENERAL	
<i>QUESTIONS</i>	<i>OBSERVATIONS</i>
AUSTRALIE	<p>L'Australie se félicite de l'occasion qui lui est offerte de présenter des observations sur le document WIPO/GRTKF/IC/9/4 "La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et principes révisés". Elle note que le Secrétariat du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, a tenu compte de ses observations formulées au sujet du document WIPO/GRTKF/7/3 dans l'élaboration des objectifs et principes révisés relatifs à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore</p> <p>L'Australie encourage vivement l'élaboration d'un projet d'objectifs de politique générale et de principes directeurs généraux pour permettre de parvenir au consensus relatif à ces éléments afin d'orienter les travaux à venir du comité.</p> <p>L'Australie réitère qu'un accord devrait être atteint sur les objectifs de politique générale et les principes directeurs généraux avant que soient examinées les dispositions de fond. Elle craint que le fait de définir et de mettre au point des dispositions de fond avant que les membres du comité s'accordent sur les objectifs et principes se solde par des disparités.</p> <p>Aucun accord n'a été conclu quant au statut juridique et au contexte des travaux du comité. L'Australie est préoccupée par le fait que toutes observations relatives aux dispositions de fond risquent de préjuger de la décision du comité sur cette question fondamentale. Elle accueille avec satisfaction l'examen des modalités propres à faire avancer les travaux du comité.</p>
BRÉSIL	<p>La protection des expressions culturelles traditionnelles et des expressions du folklore ne doit pas être limitée au seul champ d'application de la propriété intellectuelle. Quel que soit l'instrument international qui naîtra des activités du comité intergouvernemental, il devrait en tout état de cause être délimité par les compétences de l'Organisation, sans préjudice de l'application des règles de propriété intellectuelle pour accorder une forme de protection aux expressions susmentionnées.</p> <p>Le ou les instruments qui seront élaborés à l'issue des délibérations du comité intergouvernemental doivent aborder la question des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore créées par des immigrants – et donc tenir compte de la mobilité des populations. L'obligation de respecter le principe du consentement préalable en connaissance de cause des communautés autochtones et locales ne doit pas être subordonnée à l'enregistrement. Le consentement préalable en connaissance de cause doit être reconnu comme un principe général, indépendant du statut conféré aux expressions culturelles ou aux savoirs traditionnels.</p> <p>L'enregistrement ne doit pas déterminer l'application des droits (comme semblent le proposer les projets d'articles 3.a) et 7), ni la durée de protection (ainsi qu'il ressort du projet d'article 6.i)). À cet égard, le projet d'instrument sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devrait contenir une disposition similaire à celle de l'article 11.1 du projet sur les savoirs traditionnels ("Le droit à la protection de savoirs traditionnels contre les actes d'appropriation illicite ne devrait dépendre d'aucune formalité").</p> <p>Il faudrait supprimer toutes les occurrences de l'expression "ayant une valeur ou une signification particulière" dans le projet d'instrument (par exemple, dans les articles 3 et 7). Les expressions traditionnelles devraient avoir droit à la protection simplement parce qu'elles font partie du patrimoine culturel des communautés autochtones et locales.</p>
CANADA	<p>Premièrement, il convient de réitérer la position du Canada : toute ligne d'action qui pourrait être élaborée au sein du comité intergouvernemental pour la protection des droits de propriété intellectuelle des détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles devra cadrer à la fois avec le mandat du comité intergouvernemental et avec les obligations existantes des États membres découlant des traités internationaux touchant à la propriété intellectuelle.</p> <p>Deuxièmement, en ce qui concerne la structure du document proprement dit, le Canada note qu'un certain nombre d'objectifs sont très similaires en esprit et en intention : nous recommandons qu'en de tels cas, il soit envisagé de combiner les objectifs similaires. Le Canada indique dans la présente communication les objectifs qui pourraient être combinés. Troisièmement, le Canada souligne la nécessité de respecter dans les objectifs de politique générale un équilibre approprié entre les intérêts des créateurs d'expressions culturelles traditionnelles et leurs communautés respectives ainsi que les utilisateurs de ces expressions, d'une part, et les intérêts de la société dans son ensemble, d'autre part. (Les utilisateurs commerciaux ou non commerciaux d'expressions culturelles traditionnelles sont innombrables : particuliers, pouvoirs publics, établissements d'enseignement, bibliothèques, musées et archives. N'oublions pas non plus que ces utilisateurs peuvent comprendre des personnes appartenant aux communautés autochtones et locales et les communautés elles-mêmes.)</p> <p>Enfin, le Canada recommande, par souci de clarté et de cohérence, qu'une considération plus attentive soit portée au sens de certains termes employés dans le document 9/4 et à ce qu'ils impliquent pour les expressions culturelles traditionnelles (note de bas de page : WIPO/GRTKF/IC/9/4, p. 15). Nous constatons, par exemple, que des États membres ont exprimé des inquiétudes au sujet de l'introduction de la notion de consentement préalable donné en connaissance de cause dans les délibérations sur les expressions culturelles traditionnelles (note en bas de page : Par exemple, voir WIPO/GRTKF/IC/8/15, p. 48). Nous relevons par ailleurs le nombre croissant</p>

	<p>de termes qui sont employés dans le document 9/4 pour désigner des communautés sans qu'il soit clairement expliqué si ces différents termes impliquent des différences en droit ou sur le plan des lignes d'action. (note de bas de page : Par exemple, outre l'expression "communautés autochtones et locales" employée dans les documents précédents du comité intergouvernemental, les termes et expressions suivants apparaissent dans le document 9/4 :</p> <p>communautés (objectif 11); communautés concernées (principe directeur a); peuples et communautés (objectif 2); peuples autochtones et autres communautés traditionnelles ou culturelles (objectif 3); peuples autochtones et autres communautés traditionnelles ou culturelles (objectif 5); et peuples autochtones et autres communautés traditionnelles (principe directeur g).</p> <p><u>Document 7/3 : Opérer en complémentarité avec la protection des savoirs traditionnels</u></p> <p><i>xiv) "tenir compte systématiquement de la protection des savoirs traditionnels en respectant le fait que, pour de nombreuses communautés, leurs savoirs et les expressions de leur culture font indissociablement partie de leur identité culturelle holistique."</i></p> <p><u>Commentaire</u></p> <p>Nous constatons que cet objectif ne figure plus dans la liste des projets d'objectifs du document 9/4. Or il ressort de discussions avec des groupes autochtones du Canada que certains détenteurs de savoirs traditionnels considèrent que les connaissances traditionnelles, les expressions culturelles traditionnelles et le folklore émanent de la même source et, ensemble, s'inscrivent dans une vision holistique plus large. Dans ces conditions, le Canada demande que l'on veuille bien réinsérer cet objectif dans le document 9/4. En outre, il est important que les projets d'objectifs relatifs aux expressions culturelles traditionnelles soient complémentaires des projets d'objectifs relatifs aux savoirs traditionnels figurant dans le document WIPO/GRTKF/IC/9/5 (voir le projet d'objectif xvi) (note de bas de page : WIPO/GRTKF/IC/9/5, annexe, p. 1).</p>
GUATEMALA	<p>En ce qui concerne l'observation à la page 23, au Guatemala, la loi de 1998 sur le droit d'auteur et ses modifications de l'an 2000 prévoient que les expressions du folklore font partie du patrimoine culturel national et que celles-ci sont soumises à une législation spéciale.</p> <p>Le décret d'application de cette loi prévoit que, conformément à la définition figurant dans la loi, l'expression "artiste interprète ou exécutant" désigne aussi le narrateur, le déclamateur ou toute autre personne qui interprète ou exécute une œuvre littéraire ou artistique ou une expression du folklore même s'il n'existe aucun texte préalable régissant son évolution.</p> <p>En ce qui concerne la page 42, au Guatemala, l'accord gouvernemental 778-2003 et l'accord 379-2005 du Ministère de la culture et des sports prévoient que, par l'intermédiaire de son Département financier, le Ministère de la culture et des sports a la charge d'organiser, de contrôler et de gérer les fonds provenant du paiement de droits sur l'image et sur la commercialisation de cette image ainsi que sur la reproduction de biens culturels et d'autres types de recouvrement, étant entendu que ces fonds sont destinés à des projets précis de conservation, restauration, protection, sauvegarde et divulgation de biens culturels nationaux et qu'ils constituent des fonds privés de la Direction générale du patrimoine culturel et naturel.</p> <p>En ce qui concerne la page 50, au Guatemala, la loi sur la protection du patrimoine culturel national prévoit que la violation des mesures de protection des biens culturels entraîne pour l'auteur de l'infraction une amende d'un montant correspondant à 20 fois le montant du salaire mensuel minimum national sans préjudice des sanctions pénales correspondantes. Toute personne qui détruit, modifie, détériore ou rend en tout ou en partie inutilisables les biens faisant partie intégrante du patrimoine culturel national, est punie d'une peine privative de liberté de six à neuf ans en sus d'une amende d'un montant équivalent au double du prix du bien culturel concerné. Toute personne qui exporte illégalement un bien faisant partie intégrante du patrimoine culturel national est punie d'une peine privative de liberté de six à 15 ans en sus d'une amende d'un montant équivalent au double de la valeur du bien culturel, confisqué. La valeur vénale du bien culturel est fixée par la Direction générale du patrimoine culturel et naturel.</p> <p>Dans le domaine pénal, les délits et atteintes au patrimoine culturel sont régis par l'article 255<i>bis</i> sur les sacrilèges.</p> <p>Il convient aussi de mentionner l'article 332 "A" sur le vol sans violence ni effraction et le vol de trésors nationaux, l'article 332 "B" sur le vol sans violence ni effraction et le vol de biens archéologiques, l'article 332 "C" sur le commerce illicite de trésors nationaux et l'article 332 "D" sur l'extinction de l'action ou de la peine.</p> <p>AUTRES DONNÉES D'EXPÉRIENCE CONCERNANT LA LÉGISLATION SUR LA PROTECTION DES EXPRESSIONS DU FOLKLORE, DES SAVOIRS TRADITIONNELS ET DES COMMUNAUTÉS AUTOCHTONES</p> <p>Au Guatemala, il existe d'autres textes législatifs qui protègent à d'autres égards les biens culturels nationaux. On trouvera ci-après la liste des principaux textes législatifs :</p> <p>Accord gouvernemental 778-2003 et accord 379-2005 du Ministère de la culture et des sports : ils réglementent les aspects liés au contrôle, à l'affectation et à l'approbation des taxes perçues au titre de la reproduction de textiles, du droit d'image, de répliques et de copies d'un bien culturel. L'article 5 prévoit une taxe spéciale d'un montant de 5000 quetzales au titre de la reproduction de textiles mayas, en tout ou en partie, ou des dessins ou motifs de ces textiles. Cet article mentionne expressément qu'il convient de respecter le droit moral de l'auteur ou la propriété intellectuelle des communautés concernées en indiquant l'origine des textiles et d'autres données concernant le lieu d'utilisation de ceux-ci.</p>

	<p>Décret 426 de la loi sur la protection de la production textile indigène : l'article 7 régit l'utilisation des tissus indigènes ou authentiques, chaque comité devant faire enregistrer auprès de l'office des marques et des brevets les dessins, motifs ou broderies des tissus appartenant à une municipalité ou à une commune, ce qui lui permet d'en acquérir la propriété exclusive. L'institut indigène national et l'office des marques et des brevets tiennent un registre spécial dans lequel ils effectuent ce type d'inscriptions. Tous les actes liés à la procédure d'obtention d'un titre d'enregistrement sont gratuits.</p> <p>Décret 141-96 de la loi sur la protection et le développement de l'artisanat : il porte création du conseil d'évaluation, qui regroupe des représentants des ministères de l'éducation, de la culture et des sports, des finances et de l'économie.</p> <p>Loi sur la protection d'Antigua Guatemala, décret 6069 du Congrès de la République du Guatemala.</p> <p>Loi sur la création de l'Académie des langues mayas, décret 65 90 du Congrès de la République du Guatemala et modifications par le décret 24 2003.</p> <p>Loi cadre sur les accords de paix : elle contient la réglementation figurant dans l'Accord sur l'identité et les droits des peuples autochtones, qui régleme certains aspects de la culture commune faisant fond sur les principes et les structures du mode de penser maya, du legs des savoirs scientifiques et techniques, de la conception artistique et esthétique propre à la culture maya ainsi que de la pluralité des expressions du peuple maya.</p> <p>Loi des conseils de développement urbain et rural : le décret 14 2002 régleme certains aspects de la participation des populations maya, xinca et garifuna et des peuples non autochtones à la gestion publique en vue de la mise en place du processus démocratique du développement, compte tenu des principes d'unité nationale, de multiplicité, de pluriculturalité et de multilinguisme de la nation guatémaltèque.</p> <p>Décret du Congrès de la République du Guatemala, qui ratifie la Convention relative aux peuples indigènes et tribaux (Convention 169) de l'Organisation internationale du Travail.</p> <p>Loi sur les langues nationales, décret 19-2003 du Congrès de la République du Guatemala.</p>
UNION INTERNATIONALE DES ÉDITEURS (UIE)	<p>L'UIE est consciente de l'importance qu'il y a à reconnaître les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.</p> <p>Comme on l'a vu, les éditeurs jouent un rôle crucial dans la promotion et la préservation des ECT/EF au sein de leur propre culture et entre les différentes cultures, et ils le font de bien des façons. Par exemple :</p> <ul style="list-style-type: none"> – Les éditeurs locaux de livres pour enfants et de manuels scolaires peuvent se référer dans leurs travaux au contexte culturel de leurs lecteurs. – Les éditeurs universitaires publient les travaux de scientifiques décrivant des observations ethnologiques. – De même, de nombreux auteurs de fiction s'inspirent de leurs coutumes et traditions locales, ainsi que du milieu social dans lequel ils ont été élevés. <p>Non seulement ces exemples délimitent les domaines dans lesquelles une publication répond à des besoins collectifs particuliers, mais en outre, ils illustrent les domaines dans lesquels la protection indispensable de certains autres biens collectifs (tels que la liberté d'expression, la liberté de la science et de la recherche) doit aller de pair avec celle des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Pour envisager cette question de façon équilibrée, l'UIE participe activement au débat du Comité intergouvernemental de l'OMPI de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques (CIG) depuis sa première session.</p> <p>L'UIE conserve la position qu'elle a présentée dans les commentaires qu'elle a formulés précédemment (sur les documents WIPO/GRTKF/IC/7/3 et/ou 5). Ceux-ci concernent en particulier la nécessité de :</p> <ul style="list-style-type: none"> – établir des définitions plus claires et plus concises (par exemple en ce qui concerne l'existence et la portée de droits éventuels, la notion de "communauté", et les bénéficiaires visés) pour dissiper les incertitudes; – respecter le droit fondamental à la liberté d'expression qui peut être indûment restreint par des tentatives de protection d'idées ou de concepts, plutôt que de formes spécifiques d'expression d'idées, et par le recours à des mécanismes d'autorisation (éventuellement contrôlés par l'État); – ne pas porter atteinte au concept de "domaine public", suivant lequel un contenu peut être utilisé librement pour de nouveaux actes de création à l'issue de la période de protection (dans le domaine de la législation relative à la propriété intellectuelle); – examiner attentivement toute notion de "partage obligatoire des avantages" réduisant la souplesse dont disposent les titulaires de droits dans d'autres cadres juridiques (par exemple la loi sur la propriété intellectuelle) pour négocier librement les conditions d'utilisation, et qui risque de ne pas prendre en compte la diversité des formes que peut prendre un "avantage" et/ou le risque couru par l'utilisateur en investissant dans développement du contenu traditionnel. <p>Ces préoccupations subsistent en particulier au sujet de l'Objectif I. (iv) ("Empêcher l'appropriation illicite des ECT/EF") sur lequel porte l'essentiel de nos critiques :</p> <ul style="list-style-type: none"> – Les traditions relevant du domaine public ne peuvent être détournées – La protection des dérivés des ECT/EF empêcherait les actes de création inspirés d'un objet existant (protégé ou non), ce qui entraverait la liberté d'expression. Les observations scientifiques, les livres éducatifs et les anthologies pourraient tous être considérés comme des "dérivés" de ce genre. – L'obligation de "partage équitable des avantages" ne prend peut-être pas en compte les risques pris par ceux qui investissent dans l'utilisation d'un contenu traditionnel, ni le fait que les avantages peuvent prendre les formes les plus diverses.

	<p>Les lacunes de ce document de consultation telles qu'elles sont résumées ci-dessus risquent de constituer un obstacle (administratif et peut-être également financier) pour les éditeurs et de rendre impossibles certains projets d'édition. Nous craignons vivement que la "protection des savoirs traditionnels" ne serve de prétexte pour étouffer le débat scientifique et les polémiques universitaires, par exemple sur l'histoire ou la sociologie tribale, en particulier dans le cas d'auteurs d'une importance critique, lorsqu'une communauté peut décider si l'on peut ou non (et si oui, comment) faire des commentaires, par exemple, sur son histoire (par exemple sur les différends qui l'opposent à une autre communauté). Les exceptions prévues à cet égard dans le document de consultation sont insuffisantes et vagues.</p> <p>Compte tenu de la complexité de ces questions et en l'absence d'un consensus international sur les objectifs des travaux du CIG, l'UIE pense qu'il est trop tôt pour tenter de rédiger le texte du traité, et nous prions donc instamment l'OMPI de s'en abstenir dans les prochains documents de consultation. Il n'existe pas un degré de consensus suffisant pour pouvoir déjà établir un texte juridique. L'UIE propose qu'au lieu de poursuivre ses discussions sur la base d'un document rédigé comme un traité, comme le document de consultation, le CIG concentre plutôt ses efforts sur des objectifs plus faciles à atteindre. Il y a davantage de chances de parvenir à un consensus en traitant à part les éléments très limités des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore exigeant une protection immédiate (contenu sacré), ou en demandant que soit reconnue la valeur de ces expressions sous la forme de directives industrielles ou de pratiques optimales.</p> <p>Les commentaires qui précèdent ont un caractère préliminaire et font partie du processus de consultation dans lequel l'UIE est engagé avec ses membres. Nous nous réjouissons à la perspective de participer au débat en cours sur ces questions et de rechercher une solution constructive aux problèmes définis dans les commentaires que nous avons soumis.</p>
ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LES MARQUES (INTA)	<p>L'Association internationale pour les marques (INTA) constate avec satisfaction que ses observations antérieures au Secrétariat de l'OMPI sur les projets d'objectifs de politique générale et de principes fondamentaux pour la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions de folklore (document WIPO/GRTKF/IC/7/3) ont été prises en considération dans l'analyse du projet révisé des dispositions relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (document WIPO/GRTKF/IC/9/4) ("projet révisé"). Comme le sait le Secrétariat de l'OMPI, l'INTA représente les intérêts des détenteurs de marques et c'est dans ce contexte de même que dans le cadre de ses préoccupations antérieures qu'elle a examiné le projet de document révisé. Elle se bornera à faire des observations dans ce sens mais enverra ultérieurement des observations spécifiques. Il n'empêche qu'à titre préliminaire, elle souhaiterait faire remarquer que les dispositions adoptent et fusionnent certes le langage de divers régimes de propriété intellectuelle mais qu'elles trouvent leur précurseur dans le droit d'auteur. Cette forte dépendance à l'égard du langage utilisé par le droit d'auteur crée des préoccupations pour les détenteurs de marques. La définition des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore comprend des "mots, signes, noms et symboles", qui sont le matériel le plus courant pour les marques. Les systèmes de marques de la plupart des pays comprennent un mécanisme de gestion des litiges entre les marques ayant un degré d'uniformité internationale. En outre, un corps de la jurisprudence associée a vu le jour qui permet de traiter bon nombre de questions considérées comme étant un motif de préoccupation. Une très grande partie du libellé et des principes que l'on cherche à adopter dans ce document sont étrangers au propriétaire de la marque et ne conviennent pas en général au régime de la propriété intellectuelle dont le but est d'encourager une concurrence libre et loyale dans le cadre d'un système d'exploitation transparent.</p>
JAPON	<p><i>Avis général</i></p> <p>Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore représentent une question importante pour de nombreux membres et nous nous félicitons du travail accompli par le Secrétariat de l'OMPI pour élaborer le document WIPO/GRTKF/IC/9/4. Toutefois, dans la mesure où ce document, dans son état actuel, ne reflète pas totalement le point de vue du Gouvernement japonais, nous souhaitons proposer quelques modifications.</p> <p><i>La nature juridique du document WIPO/GRTKF/IC/9/4 et le principe de souplesse et d'exhaustivité</i></p> <p>En ce qui concerne la nature du document WIPO/GRTKF/IC/9/4, à ce stade le Gouvernement japonais ne peut pas accepter que ce document soit juridiquement contraignant au niveau international. Pour le moment, l'harmonisation internationale devrait se poursuivre essentiellement en conférant au document le statut de lignes directrices ou de dispositions types. En ce qui concerne les PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX, cela signifie que le principe de souplesse et d'exhaustivité doit être pleinement appliqué. La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est mise en œuvre de façon appropriée en combinant le cadre applicable à la préservation de la propriété culturelle, la législation sur la concurrence déloyale et d'autres moyens, chaque pays définissant la bonne combinaison en fonction de sa culture et des caractéristiques locales. Il est souhaitable que chaque pays crée "complètement" son système de protection en faisant preuve de "souplesse" dans ses choix. La raison en est que la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne devrait pas être établie à l'aide d'un seul cadre "taille unique" ou "universel", et il conviendrait de reconnaître toute une gamme de solutions conçues selon la culture et les coutumes locales.</p> <p>En ce qui concerne la version actuelle du document WIPO/GRTKF/IC/9/4, le fait que les DISPOSITIONS DE FOND aient commencé à être rédigées en l'absence de consensus et sans une compréhension suffisante des OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE et des PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX, est à l'origine d'un manque de cohérence entre les PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX et les DISPOSITIONS DE FOND. En d'autres termes, d'une part, on a le principe de souplesse et d'exhaustivité, qui permet à un pays de choisir son moyen de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en fonction des caractéristiques du pays ou de la région, adopté dans le cadre des PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX</p>

	<p>(point d)) et, d'autre part, les DISPOSITIONS DE FOND proposées sont rédigées de telle manière qu'elles confèrent en réalité un droit d'autorisation. Ce droit d'autorisation est incompatible avec le principe de souplesse et d'exhaustivité. Pour y remédier, le Gouvernement japonais est d'avis que nous devrions tout d'abord réunir un consensus sur les OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE et les PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX avant d'aborder les DISPOSITIONS DE FOND qui définissent de façon plus détaillée le mécanisme de leur mise en œuvre.</p> <p><i>Position de base du Gouvernement japonais sur les moyens de protection souhaitables pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore</i></p> <p>Concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, nous estimons que, s'il est vrai que l'importance du respect, de la préservation et du maintien des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est reconnue, les discussions concernant la création d'un nouveau type de droit de propriété intellectuelle ou de droit exclusif similaire pour la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être engagées avec prudence. Dans le passé, la culture a évolué grâce à l'échange et à l'emprunt mutuels d'expressions culturelles entre plusieurs régions culturelles, souvent sans le consentement des auteurs des expressions. Nous devons agir avec prudence en tentant de créer un nouveau type de droit de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, car ce droit pourrait compromettre le développement de cette richesse culturelle découlant de l'échange et de l'inspiration mutuels. On peut atteindre bon nombre des OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE actuellement proposés en ayant recours aux cadres existants en matière de propriété intellectuelle ou à d'autres systèmes, tels que le cadre applicable à la préservation de la propriété culturelle. Par ailleurs, notre conception telle qu'elle est exposée ci-dessus nous conduit à considérer que les OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE qui ne peuvent être atteints qu'avec la création d'un nouveau type de droit méritent qu'on s'interroge avec circonspection sur l'opportunité même de leur existence en tant qu'OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE.</p> <p>Nous allons développer les raisons qui ont motivé notre prise de position en les confrontant aux raisons invoquées à l'appui de la nécessité de protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Pour commencer, la nécessité de protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peut prendre essentiellement trois formes : i) la nécessité d'assurer au détenteur des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore un partage équitable des avantages en cas d'exploitation commerciale, ii) la nécessité de garantir et de maintenir la dignité des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et de leurs détenteurs, et iii) la nécessité de garantir que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont été transmises au sein d'une communauté avec leur valeur spirituelle ne disparaissent pas et sont transmises à la génération suivante. En ce qui concerne le point i), le fait d'accorder à un élément du domaine public une protection découlant de la création d'un nouveau type de système de propriété quasi intellectuelle ou de lui conférer un droit exclusif permanent entre en contradiction avec l'objectif général du système de la propriété intellectuelle, qui est d'encourager la création. Le point ii) doit être entendu comme une question de morale pour l'ensemble de la société; il s'agit de respecter la culture d'autrui. Le fait d'accorder aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore une protection de type droit moral même lorsqu'il est difficile d'identifier le créateur ne correspond pas, d'une manière générale, au concept du système de la propriété intellectuelle. Le point iii) doit être traité comme un aspect de la politique d'un pays en matière de préservation de la propriété culturelle et non comme un élément du cadre de la propriété intellectuelle.</p> <p><i>Questions de procédure relatives à l'examen du document WIPO/GRTKF/IC/9/4</i></p> <p>En ce qui concerne le débat sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, même le terme "expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore" n'a pas été clairement défini au niveau international et, alors que le débat initial sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devrait porter sur la situation actuelle s'agissant du respect, de la préservation et du maintien de ces expressions, ainsi que sur la détermination des problèmes existants, ce n'est pas encore le cas. Par conséquent, compte tenu du stade actuel des débats, il est trop tôt pour examiner les DISPOSITIONS DE FOND relatives aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Afin de mener les débats sur ces expressions de manière plus structurée, nous devrions tout d'abord trouver une entente en examinant les OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE et les PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX. Puis, lorsque nous serons parvenus à un consensus à ce sujet, nous pourrions aborder les DISPOSITIONS DE FOND en prenant en considération la situation actuelle s'agissant des moyens de faire respecter, de préserver et de maintenir les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et les systèmes internationaux et nationaux pertinents, plutôt que d'entamer prématurément un débat sur les DISPOSITIONS DE FOND.</p> <p>À ce stade, nous souhaiterions donc formuler des observations uniquement sur les OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE et les PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX, puis formuler des observations complémentaires et apporter des précisions, si nécessaire, dans le cadre des débats futurs, tout en réservant notre position sur les DISPOSITIONS DE FOND.</p>
<p>NGA RINGA WHAKAHAERE O TE IWI MAORI, contribution soumise par le Gouvernement néo-zélandais avec les mots suivants l'accompagnant : "Ces observations ne représentent certes pas la position du Gouvernement néo-zélandais</p>	<p>La méthode utilisée par NRW pour évaluer les objectifs de politique générale et les principes directeurs révisés de l'OMPI concernant la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles est recommandée par notre Déclaration Te Iringa Wananga [voir en annexe]. Cette déclaration est un énoncé de position découlant du réseau hui de tradipraticiens tenu l'année dernière à Te Iringa Marae, Tai Tokerau. Les sections 3 et 4 de la Déclaration de Te Iringa Wananga affirment que :</p> <p>"Les droits conférés aux Tangata Whenua par le Traité de Waitangi pour contrôler les ressources Ngahere ont constamment et, dans quelques cas même délibérément érodés par suite des actes et omissions de la Couronne et de ses diverses entités [Section 3]"; et</p>

mais nous avons estimé qu'il serait utile que le comité intergouvernemental en tienne compte comme étant les opinions d'un peuple autochtone sur les projets d'objectifs et de principes".

"Nous soutenons les Maoris en tant que Tangata Whenua et Tangata Kaitiaki dans les efforts qu'ils déploient pour préserver leurs liens traditionnels avec l'environnement en affirmant leurs pleins droits de propriété intellectuelle sur la flore et la faune indigènes et autres ressources Ngahere de ce pays [Section 4]".

Principaux points de la contribution

La consultation du Ministère du développement économique sur l'OMPI n'a pas été satisfaisante ou suffisamment approfondie pour que le NRW puisse faire une analyse détaillée du projet des principes et objectifs de politique générale. Ceci dit, pour ce qui de kaupapa et au nom de nos membres, nous soumettons pour examen les points suivants au niveau le plus élevé de l'élaboration des politiques de la Couronne :

1. Toue en acceptant que "l'interface entre les nouveaux mécanismes de protection et les droits ou sages existants sera un important défi", le NRW est d'avis que le processus actuel de politique générale doit également traiter la situation des brevets existants sur les produits découlant de la flore et de la faune indigènes ainsi que des savoirs traditionnels autochtones. Par exemple :

Principe – "L'application de ces principes et objectifs de politique générale s'appliquera de manière rétrospective aux brevets et autres processus connexes existants".

Il est absolument nécessaire d'inclure des principes et objectifs de politique générale qui permettront d'évaluer le statut des brevets déjà délivrés, mettant notamment en place un système de rémunération à l'intention de toutes les parties concernées au cas où il est jugé approprié de révoquer ces brevets. La promotion du concept d'un fonds spécial à cette fin auquel tous les pays participants de l'OMPI apporteraient une contribution est également une priorité.

2. Le soutien du NRW pour le "principe directeur de souplesse à des fins de politique nationale et d'élaboration de lois" dépendrait de la manière dont est résolue la question des principes et objectifs de politique générale primordiaux. C'est ainsi par exemple que, si la série de principes et objectifs retenus était fortement orientée vers la protection des mātauranga autochtones, on insisterait alors moins selon nous sur la nécessité de faire montre de souplesse en matière d'application au niveau national.

3. Nous réitérons qu'il est important que la politique de la Couronne relative aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles ne portent pas atteinte à la capacité qu'elle a de se conformer au Traité de Waitangi, y compris dans ses réponses aux principales plaintes comme la Wai 262.

4. En dehors du Traité de Waitangi, les déclarations de position des Maoris telles que les Déclarations de Mataatua et Te Iringa Wananga doivent être soumises comme étant des documents de référence fondamentaux aux fins administratives de l'OMPI; et

5. Les organisations Maori/Tangata Whenua doivent contribuer directement aux processus administratifs de l'OMPI au lieu de laisser des organismes gouvernementaux faire part des leurs opinions.

En conclusion, j'aimerais dire officiellement que le NRW souhaiterait devenir un observateur accrédité auprès du comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore.

DÉCLARATION DE TE IRINGA WANANGA

Ratifiée par le Comité exécutif à sa réunion le 29 octobre 2005

1 En raison de l'accès actuellement de plus en plus limité à la flore et à la faune indigènes ainsi qu'à d'autres ressources Ngahere dont sont responsables :

- i) la destruction généralisée de l'environnement;
- ii) les activités de développement et de pollution;
- iii) les restrictions à l'entrée dans les zones terrestres et côtières;
- iv) les contraintes en matière législative et de propriété intellectuelle;
- v) l'introduction d'espèces et les espèces nouvelles ou modifiées; et
- vi) l'utilisation accrue d'herbicides et de pesticides,

les guérisseurs Maoris éprouvent de plus en plus de difficultés à préserver leurs pratiques traditionnelles et les savoirs traditionnels qui y sont associés.

2 Pour que les habitants de ce pays puissent obtenir des avantages réels et entiers en matière de santé, il faudra protéger, respecter et favoriser les ressources des Ngahere.

3 Les droits qu'ont les Tangata Whenuas en vertu du Traité de Waitangi de contrôler les ressources Ngahere n'ont cessé de souffrir des actes et omissions de la Couronne et de ses diverses entités et ils ont parfois été les victimes d'une érosion délibérée; et

4 Nous appuyons les Maoris en tant que Tangata Whenua et Tangata Kaitiaki dans les efforts qu'ils déploient pour préserver leurs liens traditionnels avec l'environnement en affirmant les droits entiers de propriété intellectuelle sur la flore et la faune indigènes et autres ressources Ngahere de ce pays".

[Une déclaration de position résultant du soutien donné par les Ngati Tautahi aux Nga Ringa Whakahaere o te Iwi Maori à leur réunion tenue du 30 septembre au 2 octobre 2005 à Te Iringa Marae, et entérinée par tous les parties présentes]

<p>FÉDÉRATION DES AUTORITÉS MAORIES, contribution soumise par le Gouvernement néo-zélandais avec les mots suivants l'accompagnant : "Ces observations ne représentent certes pas la position du Gouvernement néo-zélandais mais nous avons estimé qu'il serait utile que le comité intergouvernemental en tienne compte comme étant les opinions d'un peuple autochtone sur les projets d'objectifs et de principes".</p>	<p>La Fédération des autorités maories (la Fédération) se félicite de l'occasion qui lui est donnée de soumettre une contribution sur les objectifs de politique générale et les principes directeurs révisés (directives).</p> <p>La Fédération ne s'oppose pas dans leur ensemble aux directives et la présente contribution traduit les points qui la préoccupe et ceux qui peuvent être élaborés.</p> <p>La relation entre les Maoris et la Couronne est celle d'un partenariat qui relève du Traité de Waitangi et elle devrait être reconnue avec le développement et le soutien des directives du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore.</p> <p>Il a été fait observer qu'un certain nombre de ces directives sont sujettes aux lois et règlements nationaux ou régionaux. La Fédération prend donc note que ces dispositions requièrent que les lois de la Nouvelle-Zélande soient justes et équitables envers les Maoris.</p> <p>En sa qualité de partenaire du Traité de Waitangi, la Fédération tient à souligner que plus grande est pour le Gouvernement la responsabilité de protéger et de respecter les droits des Maoris et ce, à la lumière des directives du comité intergouvernemental avalisées par les Maoris.</p> <p>La Fédération souhaiterait faire remarquer que, dans le cas des directives qui sont 'sujettes aux lois et règlements nationaux', le danger est que les Maoris et les autochtones ne bénéficieront d'aucune protection ou d'une protection limitée si les pouvoirs publics décident de ne pas appliquer et respecter les directives continues dans les lois et règlements nationaux ou s'ils décident d'en limiter le nombre.</p> <p>RECOMMANDATIONS</p> <p>Reconnaissance du Traité de Waitangi et de la relation de partenariat entre les Maoris et la Couronne lorsque sont élaborés des cadres nationaux et appliqués les directives du comité intergouvernemental.</p> <p>Veiller à ce que les Maoris soient informés et mis au courant des faits nouveaux d'un bout à l'autre du processus et à ce que les Maoris aient la possibilité de contribuer à l'élaboration par la Nouvelle-Zélande des lois et règlements.</p> <p>Création d'un groupe de travail, où siègerait un représentant des Maoris, chargé d'établir un cadre national pour l'application des principes des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles.</p> <p>Continuation du renforcement de la protection à l'échelle régionale et internationale des droits des autochtones sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles.</p>
<p>MARC-RENÉ RUAKERE, contribution soumise par le Gouvernement néo-zélandais avec les mots suivants l'accompagnant : "Ces observations ne représentent certes pas la position du Gouvernement néo-zélandais mais nous avons estimé qu'il serait utile que le comité intergouvernemental en tienne compte comme étant les opinions d'un peuple autochtone sur les projets d'objectifs et de principes".</p>	<p>Je suis en principe d'avis que le projet de dispositions contenu dans les documents susmentionnés ont du mérite et, bien que d'autres aient jugé bon d'en épinglez les lacunes (qui sont rares), je préfère mettre à profit ce que ce projet offre déjà et suggérer des moyens pragmatiques de protéger les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles.</p> <p>Après avoir étudié la théorie et la pratique de l'application des Conventions, pactes et autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, la principale partie de la présente contribution portera sur l'application des droits qu'ils renferment.</p> <p>Tous les commentaires que je ferai dans la présente contribution ne constitueront pas un exposé détaillé sur l'application de revendications spécifiques concernant des droits spécifiques; je me contenterai d'offrir des mesures pratiques qui viendront renforcer ce qui a déjà été proposé.</p> <p>Par conséquent, je mettrai l'accent dans cette contribution sur la prévention de l'appropriation illicite de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles.</p> <p><u>Application par l'ONU des instruments relatifs aux droits de l'homme et souveraineté nationale des États membres internationaux</u></p> <p>L'application d'un instrument international sera difficile quel que soit le contexte. Le principal obstacle est que l'organisation mondiale chargée de le faire appliquer doit faire face à la <u>souveraineté</u> de l'État membre avec lequel elle traite.</p> <p>Prenons l'exemple du rapporteur spécial des Nations Unies qui a été vivement critiqué par le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande qui prend des mesures pour en réfuter le rapport, lequel a récemment été publié. L'article suivant signale :</p> <p><i>Fonctionnaire des Nations Unies recommande l'abrogation de la loi sur la laisse de mer et les fonds marins</i> 2h18, 4 avril 2006</p> <p>Un enquêteur des Nations Unies sur les droits de l'homme recommande que soient apportés des changements à la loi sur la laisse de mer et les fonds marins.</p> <p>Le rapporteur spécial des Nations Unies, Rodolfo Stevenage, a visité en novembre dernier la Nouvelle-Zélande où il a rencontré des représentants du gouvernement et des Maoris.</p> <p>Dans son rapport, il recommande l'abrogation ou l'amendement de la loi sur la laisse de mer, déclarant par ailleurs que la Couronne devrait engager des négociations sur le Traité afin de reconnaître les droits inhérents des Maoris dans ce domaine.</p> <p>Et de dire également que la Nouvelle-Zélande devrait procéder à une réforme de sa constitution afin de consolider le Traité de Waitangi et de réglementer la relation entre les pouvoirs publics et les Maoris.</p>

Le premier ministre, Helen Clark, a rejeté le rapport, le qualifiant de déséquilibre et d'occasion manquée.

Dans ce cas là, bien que le rapport du rapporteur ait été rejeté par le Gouvernement de la Nouvelle-Zélande, il n'en a pas moins mis en relief l'importance d'un point de vue international objectif qui décrit les problèmes et leur offre des solutions.

De quelles méthodes d'application dispose-t-on?

Dans un instrument international, il y aura toujours des dispositions en matière d'application. Pour ce qui est de l'application des droits de l'homme, on dispose déjà d'un petit nombre de méthodes :

Incorporation de l'instrument international dans les lois municipales de l'État qui les ratifie (à condition cependant que l'État membre ratifie l'instrument tout entière et n'exprime pas de réserves sur certaines clauses);

Sanctions de droit civil et pénal – c'est-à-dire ordonnances d'exécution et autres recours équitables;

Droit de la propriété intellectuelle en vigueur (qui peut couvrir l'application d'intérêts purement économiques dans quelques modes de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles);

Arbitrage ou médiation international;

Programmes d'éducation qui soulignent que la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles est importante et que les peuples autochtones ont des recours contre l'appropriation illicite de leur propriété intellectuelle culturelle;

L'enquête et les rapports du rapporteur spécial à l'ONU (et, en fin de compte, à l'État membre qui est soumis à une enquête) – les recommandations ne seraient cependant applicables que si l'État membre est lui-même un contrevenant ou que s'il a commis un acte d'appropriation illicite;

Requête de la partie lésée à la Cour de justice internationale pour violation d'un instrument international;

Participation d'organisations non gouvernementales (ONG);

En tant qu'organisations spécialement créées pour traiter des questions relatives aux droits des peuples autochtones, c'est-à-dire à Aotearoa/Nouvelle-Zélande, nous disposons évidemment du tribunal Waitangi et du Groupe consultatif maori auprès de l'Office néo-zélandais de la propriété intellectuelle.

Le rapport des missions d'enquête sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels (1998-1999) de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a identifié et reconnaît l'importance des méthodes d'application d'un droit de propriété intellectuelle (note de bas de page : page 47).

CONTRIBUTION

La présente contribution portera sur le renforcement de chacune de ces méthodes d'application :

Incorporation de l'instrument international dans les lois municipales de l'État

Dans des juridictions comme celle des États Unis d'Amérique, il suffit qu'il ait été ratifié par le Congrès pour que cet instrument soit appliqué. Ces juridictions sont "auto-applicantes" et, par conséquent, les instruments internationaux ratifiés deviennent loi nationale. Dans la plupart des régimes juridiques anglo-saxons, l'instrument international doit être incorporé dans la législation nationale via son inclusion dans un statut avant de pouvoir être "appliqué" et, partant, ces juridictions sont "exécutives".

Je suis d'avis que l'instrument final de l'OMPI devrait contenir des dispositions obligatoires de telle sorte que les États membres qui le ratifient doivent signer le document sans aucune réserve pour l'une des clauses qu'il contient. Cela signifierait que, pour les juridictions "exécutives", le pouvoir de l'instrument n'est pas dilué et qu'il sera plus vraisemblablement suivi dans les tribunaux de la juridiction compétente. En d'autres termes, l'instrument lui-même aurait un statut "digne de foi" plutôt qu'un statut "interprétatif".

Sanctions de droit civil et pénal

En Aotearoa/Nouvelle-Zélande comme d'ailleurs dans de nombreux régimes juridiques anglo-américains, il y a des dispositions du droit civil et pénal qui peuvent être renforcées.

En droit pénal, le vol d'un bien (qui comprend dans ce pays le droit de propriété personnelle immatérielle – notamment un droit de propriété intellectuelle) n'est pas protégé. Qui plus est, il y a dans les systèmes de justice pénale anglo-américains un principe selon lequel l'ignorance de la loi n'est pas une excuse pour commettre un délit (dans ce cas le vol ou l'appropriation illicite d'un bien). Cela signifie que même ceux qui s'approprient illicitement des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles sans l'autorisation commerciale de leurs propriétaires autochtones peuvent être tenus pénalement responsables de leurs actes.

Les systèmes de droit civil, une fois encore dans le contexte anglo-américain, peuvent protéger les peuples autochtones de bon nombre de leurs préoccupations grâce par exemple aux ordonnances d'interdiction ou d'autres moyens d'action équitables comme la reddition des bénéfices (si un accord a été passé au préalable entre le groupe autochtone et une personne accusée d'avoir commis un acte d'appropriation illicite). Le droit de la responsabilité civile peut inclure des mesures pour "substitution frauduleuse" ainsi que d'autres formes de protection qu'offre la législation comme les lois sur le commerce équitable qui traitent essentiellement de la représentation frauduleuse.

Il ne faudrait pas oublier non plus les recours contractuels dont disposent les parties qui ont conclu un accord préalable en connaissance de cause.

Dans quelques juridictions, il peut également y avoir un élément de responsabilité absolue, que ce soit dans un contexte pénal ou civil.

Je suis d'avis que l'appropriation illicite de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles devrait être incorporée dans l'instrument de l'OMPI car cela encouragerait les États membres à faire de l'appropriation illicite de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles un délit de responsabilité absolue, aussi bien dans les juridictions civiles que pénales. Cela montrerait donc clairement que les contrevenants risquent d'être poursuivis même s'ils ne savent pas qu'ils se sont appropriés illicitement de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles.

Droit de propriété intellectuelle en vigueur (pour l'application d'intérêts purement économiques des modes de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles)

En dehors des recours de droit civil mentionnés ci-dessus, les dispositions relatives à la protection de la propriété intellectuelle peuvent également couvrir les intérêts économiques des peuples autochtones qui souhaitent protéger leurs savoirs traditionnels et leurs expressions culturelles traditionnelles. Bien que ces savoirs et ces expressions ne se complètent pas toujours les uns les autres, les populations autochtones ont encore avantage à utiliser le droit de propriété intellectuelle pour protéger leurs intérêts économiques, d'autres lois (comme celles qui ont trait aux dommages et les ordonnances d'interdiction) pouvant protéger leurs autres intérêts (par exemple les droits moraux en vertu de la loi sur le droit d'auteur).

Je suis d'avis que l'exemple en Aotearoa/Nouvelle-Zélande d'un groupe consultatif Maori auprès de l'Office néo-zélandais de la propriété intellectuelle est un bon exemple à suivre pour le reste du monde s'il ne l'a pas encore déjà fait. Cela couvre directement les problèmes touchant à la propriété intellectuelle, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles encore que l'exemple de la Nouvelle-Zélande peut être amélioré. Un office autochtone de la propriété intellectuelle dans chaque État qui ratifie l'instrument de l'OMPI serait un bon début.

L'enregistrement des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles auprès d'un organe central serait une bonne façon de laisser savoir au public en général que les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles font l'objet d'un droit préexistant. Il y a probablement aucune autre méthode pour informer le grand public qu'un tel droit existe si ce n'est une déclaration juridique ou un acte statutaire du Parlement. *Je suis d'avis* que le droit doit être enregistré comme appartenant pour toujours à un groupe autochtone défini (jusqu'à ce que ce droit a été cédé de manière légitime), ce qui le distinguerait des droits de propriété intellectuels réguliers qui, dans les régimes juridiques anglo-américains ne durent qu'un certain temps.

Arbitrage et médiation internationaux

Cela ne va probablement pas revêtir un intérêt quelconque pour un autochtone qui lutte contre une entreprise ou un autre individu (encore que cela puisse l'aider dans quelques-uns de ces litiges). Il n'empêche que cette méthode d'application serait cruciale en cas de litige entre des peuples autochtones et leurs gouvernements (car ces derniers s'approprient en effet parfois illicitement de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles de leurs peuples autochtones) ou même lorsque le litige est de nature transnationale (c'est-à-dire lorsqu'une prétendue appropriation illicite a eu lieu en Allemagne par exemple et le demandeur est Samoan).

Je suis d'avis que l'arbitrage et la médiation internationaux doivent être incorporés comme procédés *obligatoires* dans l'instrument de l'OMPI, en particulier pour les litiges entre les peuples autochtones et leurs gouvernements ainsi que les litiges transnationaux.

Programmes d'éducation

Bien qu'ils ne constituent pas strictement une méthode d'application, les programmes d'éducation pourraient pour beaucoup contribuer à l'éducation de ceux qui doivent savoir les droits qu'ils peuvent appliquer ainsi que de ceux qui commettraient des actes d'appropriation illicite contre lesquels ces droits peuvent être appliqués. L'OMPI a beaucoup progressé dans l'éducation de la population mondiale qui sait aujourd'hui que cette organisation a l'intention de créer un instrument international pour protéger les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles. Il en serait sans aucun doute de même pour les programmes d'éducation nécessaires pour sensibiliser davantage cette population à l'importance de la question.

Je suis d'avis que les programmes d'éducation qui traitent spécifiquement de questions touchant aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles doivent devenir partie des dispositions de l'instrument final de l'OMPI.

L'enquête et les rapports du rapporteur spécial à l'ONU

À l'image des programmes d'éducation, les rapports du rapporteur spécial sur les droits de l'homme ont pour effet de mettre en relief les lacunes et les solutions possibles dans des domaines spécifiques. C'est ainsi qu'il y a des rapporteurs pour les incapacités, la torture, les droits à la santé et le racisme. La procédure 1503 du Conseil économique et social des Nations Unies doit être invoquée avant que ce mode d'application ne puisse être activé et des critères particuliers doivent alors être remplis avant que le rapporteur ne puisse aider à faire rapport à l'ONU, entraînant ainsi un certain nombre des réponses de l'Organisation (dans ces cas extrêmes, soit des sanctions économiques soit une résolution du Conseil de sécurité d'envoyer des forces de maintien de la paix).

Je suis d'avis que l'OMPI devrait soumettre une procédure d'enquête similaire sur les plaintes d'appropriation illicite de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles pour ensuite faire rapport à l'ONU avec des recommandations sur la manière de remédier aux violations en résultant.

Il sied de prendre note que la Commission des droits de l'homme de l'ONU a une sous-commission sur la prévention de la discrimination et de la protection des minorités. *Je suis d'avis* que l'OMPI devrait travailler avec cette organisation de telle sorte que la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles soit considéré non seulement comme un droit de propriété intellectuelle applicable mais aussi comme un droit fondamental de l'homme.

Requête adressée à la Cour internationale de justice en cas de violation d'un instrument international

Lorsqu'un État veut poursuivre en justice un autre État, il doit s'adresser à la Cour de justice internationale à la Haye aux Pays-Bas. Il est concevable qu'un État puisse poursuivre en justice un autre État pour l'appropriation illicite de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles. Je ne crois pas que cela pourrait se produire dans la réalité. *Cette méthode d'application ne serait pas recommandée pour les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles.*

Organisations non gouvernementales (ONG)

J'ai constaté que, dans le domaine de droits de l'homme, la participation des ONG est la manière la plus efficace d'appliquer les instruments relatifs aux droits de l'homme. Ce seront surtout des groupes comme Amnesty International et Save the Children qui auront le plus grand impact sur l'application des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et ce, essentiellement parce qu'ils peuvent atteindre des objectifs que ne peuvent pas atteindre les organismes gouvernementaux et parce qu'ils peuvent souvent agir ou réagir plus vite en cas de crises.

Lorsqu'il s'agit d'appliquer les droits des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles, les ONG peuvent jouer un rôle vital comme celui qui consiste à faire pression pour protéger les droits des peuples autochtones ou à plaider en leur faveur.

Une de ces ONG internationales qui travaille avec des peuples autochtones est le Minority Rights Group International. *Il est proposé* que l'OMPI travaille avec cette organisation et qu'elle lui confère un statut consultatif spécial comme celui qu'ont d'autres ONG avec le Conseil économique et social.

*Organes particuliers créés pour traiter les questions relatives aux droits autochtones**Je propose que :*

Les États membres doivent ratifier l'instrument de l'OMPI à la condition expresse qu'il est un article/clause non négociable et non réservable, que l'État membre créera une commission ou un organe doté de ressources suffisantes et ayant la compétence nécessaire pour statuer sur les plaintes déposées contre l'appropriation illicite de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles et les poursuivre en justice,

- i) si un tel organe existe (comme par exemple le tribunal de Waitangi), il devrait se voir accorder les compétences requises pour statuer sur ces plaintes et coordonner ses activités avec d'autres organismes désireux de protéger les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles (c'est-à-dire IPONZ, les Archives nationales et les Archives cinématographiques nationales);
- ii) dans les pays qui ont des départements chargés des peuples autochtones (comme le Ministère canadien des affaires indiennes et du Nord ou le Département des familles, des services communautaires et des affaires autochtones en Australie), il faudrait leur conférer les pouvoirs d'intenter des poursuites contre l'appropriation illicite des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles des peuples autochtones, que ce soit au niveau national ou international.

*Autres contributions et conclusions diverses**Je propose également que :*

Un comité autochtone composé de citoyens des premières nations et des populations autochtones soit créé, qui aurait pour fonctions les suivantes :

1. Évaluer toutes les plaintes d'appropriation illicite de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles; et
2. Œuvrer en coordination avec d'autres organisations (c'est-à-dire l'UNESCO, l'OIT et d'autres organisations portant un intérêt à la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles).

E dernière analyse, il y a une ligne de démarcation entre les intérêts du secteur commercial privé que toutes les associations autochtones souhaiteraient protéger d'une part et ceux principalement d'une autre entreprise ou d'un autre être humain. De l'autre côté de la ligne se trouvent les cas dans lesquels l'État lui-même est celui qui a prétendument commis l'acte d'appropriation illicite de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles. Pour ce cas, il faudra prendre des mesures d'application créatives et on peut espérer que cette question fera l'objet de l'enquête d'un rapporteur spécial. Un arbitrage ou une médiation ultérieurement entre les parties serait approprié.

On espère également que les mesures décrites dans la présente contribution ne mettent nullement en cause la souveraineté d'un État membre particulier afin, au contraire, de montrer clairement que, pour assurer l'efficacité des dispositions évoquées dans l'instrument final de l'OMPI, les mesures d'application doivent aller de pair avec la souveraineté de cet État membre ainsi que celle du peuple autochtone.

En outre, ces mesures d'application cherchent à protéger non seulement les intérêts économiques mais aussi sociaux, politiques et culturels des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles.

<p>M. MAUI SOLOMON, contribution soumise par le Gouvernement néo-zélandais avec les mots suivants l'accompagnant : "Ces observations ne représentent certes pas la position du Gouvernement néo-zélandais mais nous avons estimé qu'il serait utile que le comité intergouvernemental en tienne compte comme étant les opinions d'un peuple autochtone sur les projets d'objectifs et de principes".</p>	<p>Note du Secrétariat de l'OMPI : Compte tenu de sa longueur, la contribution de M. Solomon est reproduite dans son intégralité en annexe au présent document. D'urbout à l'autre de ce tableau, il est fait référence spécifiquement aux objectifs, principes directeurs généraux ou principes de fond dont traite cette contribution. Les observations de M. Solomon portent sur l'annexe au document WIPO/GRTKF/IC/8/4, qui est identique à l'annexe au document WIPO/GRTKF/IC/9/4.</p>
<p>NORVÈGE</p>	<p>La Norvège a soumis le document WIPO/GRTKF/IC/9/12 relatif aux documents WIPO/GRTKF/IC/9/4 et WIPO/GRTKF/IC/9/5 avant la neuvième session du comité. Ce document a pour objectif de contribuer aux débats du comité intergouvernemental portant sur les objectifs de politique générale et les principes de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles afin de progresser dans le cadre du mandat renouvelé. La première partie du document vise en priorité à essayer de trouver des éléments sur lesquels il semble exister un consensus ou un début de consensus, et non pas à mettre l'accent sur des questions ayant suscité un clivage jusqu'à présent. Dans cette perspective, le document présente des propositions sur la façon de répartir en deux catégories les objectifs et les principes directeurs énoncés dans les annexes des documents WIPO/GRTKF/IC/9/4 et WIPO/GRTKF/IC/9/5 : 1) les objectifs ayant un caractère général ou circonstanciel et 2) les objectifs et les principes se prêtant mieux à une réglementation dans des dispositions internationales de fond. Enfin, le document contient une proposition sur l'utilisation éventuelle de l'article 10bis de la Convention de Paris comme modèle pour un futur instrument de protection des savoirs traditionnels</p> <p>Le document WIPO/GRTKF/IC/9/12 présente le point de vue de la Norvège sur la façon dont le comité devrait utiliser les documents WIPO/GRTKF/IC/9/4 et WIPO/GRTKF/IC/9/5. Nous souhaitons souligner que le document WIPO/GRTKF/IC/9/12 expose simplement un avis sur la façon dont le comité pourrait progresser en vue d'obtenir un résultat dans le cadre du mandat actuel, et préciser qu'à ce stade, la Norvège n'exclut aucun résultat final s'agissant des délibérations du comité intergouvernemental.</p> <p>(Note du Secrétariat de l'OMPI : Les observations de la Norvège se poursuivent avec des informations sur la divulgation de l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels; ces informations figurent dans la compilation des observations sur le document WIPO/GRTKF/IC/9/5).</p>
<p>FÉDÉRATION DE RUSSIE</p>	<p>La Fédération de Russie approuve l'élaboration par le Secrétariat des projets de dispositions relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, et la fixation d'objectifs de politique générale et de principes fondamentaux en matière de protection.</p> <p>La Fédération de Russie suppose que l'élaboration de projets d'objectifs de politique générale et de principes fondamentaux offre une base solide pour continuer à procéder, au sein du comité, à un examen constructif des questions importantes liées à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.</p> <p>D'une façon générale, le document WIPO/GRTKF/IC/9/4 contenant le corps du texte et l'annexe est inspiré du document WIPO/GRTKF/IC/8/4. Le corps du document WIPO/GRTKF/IC/9/4 contient une brève description des activités du comité sur la question de la protection des expressions culturelles traditionnelles/expressions du folklore. Nous jugeons importante la disposition figurant à la section III (p. 13) du corps du document WIPO/GRTKF/IC/9/4 où il est dit que le mandat renouvelé du comité ne préjuge pas de la forme ni de la nature de tout résultat des travaux du comité et n'exclut également aucun résultat. Il est également fait état au paragraphe 13 des options envisageables, dont beaucoup peuvent être acceptables pour préparer les travaux du comité. Les possibilités offertes au comité en ce qui concerne les questions liées à la protection des expressions culturelles traditionnelles/folklore s'en trouvent ainsi accrues.</p> <p>L'annexe au corps du document WIPO/GRTKF/IC/9/4 intitulé "Dispositions relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles/Expressions du folklore : Objectifs de politique générale et principes fondamentaux" comprend trois sections : objectifs de la protection, principes sur lesquels reposent les dispositions relatives à la protection accordée, et enfin, dispositions de fond.</p> <p>En vertu de l'article 3 de la législation fondamentale de la Fédération de Russie sur la culture, le folklore est considéré comme une valeur culturelle, l'un des éléments du patrimoine culturel commun des peuples de la Fédération de Russie.</p> <p>Nous estimons que la protection des expressions de la culture traditionnelle ou du folklore doit viser notamment à reconnaître la valeur de la culture traditionnelle et en promouvoir le respect; la Fédération de Russie reconnaît en particulier l'égalité des cultures (c'est-à-dire leur valeur et l'expression de leur respect), l'égalité des droits et les libertés dans le domaine de la culture à tous les peuples de la Fédération de Russie, et elle s'emploie à assurer la sauvegarde et le développement de ces cultures dans des conditions d'égalité, à soutenir les pratiques traditionnelles et la coopération avec les communautés, à empêcher l'appropriation illicite d'expressions culturelles traditionnelles et d'expressions du folklore, à promouvoir la préservation des cultures traditionnelles, à encourager l'innovation et la créativité des communautés, à promouvoir la liberté de création intellectuelle et artistique et les échanges scientifiques et culturels, à promouvoir le développement et la protection de la diversité</p>

des expressions culturelles, et à renforcer la confiance, la transparence et le respect mutuel. Ainsi, dans la Fédération de Russie, chacun a le droit à la protection de son identité culturelle par l'État. Chacun a le droit de participer à la vie culturelle, de faire reconnaître à ses valeurs culturelles et à y accéder.

Les peuples de la Fédération de Russie ont le droit de sauvegarder et développer leur identité culturelle et de protéger, restaurer et préserver leur habitat culturel et historique d'origine. En même temps, la politique menée dans le domaine de la préservation, de la création et de la diffusion des valeurs culturelles des peuples autochtones ne doit pas nuire aux cultures des autres peuples du pays.

La législation de la Fédération de Russie accorde une attention particulière aux minorités ethniques. La Fédération de Russie s'engage à assurer la préservation et la restauration de l'identité culturelle et nationale de ses minorités ethniques par des mesures de protection et d'encouragement prises dans le cadre de programmes du gouvernement fédéral.

Il convient également de signaler la loi fédérale du 4 avril 1999 #82-FL sur les garanties des droits des minorités ethniques de la Fédération de Russie. La Fédération de Russie est tenue, de par la loi, d'assurer l'accès de ses citoyens aux activités culturelles ainsi qu'aux valeurs et aux biens culturels. En vue d'assurer l'accessibilité des activités culturelles et des valeurs et biens culturels à tous les citoyens, les organes exécutifs et administratifs ainsi que les organes directeurs devraient, selon leur domaine de compétence :

- encourager les citoyens à intéresser les enfants aux activités créatives et culturelles, à l'auto-apprentissage, et aux activités artistiques et artisanales;
- créer les conditions propres à des activités d'initiation esthétique et artistique de grande envergure, essentiellement en aménageant à cet effet l'ensemble du système éducatif et en appuyant le développement d'un réseau d'établissements et d'organismes spécialisés - écoles d'art, studios, cours, art amateur (créativité artistique indépendante);
- assurer un parrainage dans le domaine de la culture en faveur des groupes défavorisés du point de vue économique et social.

Il convient en outre de signaler que la Fédération de Russie encourage un accroissement du nombre de participants aux relations culturelles internationales, promeut la participation indépendante directe de particuliers et d'organisations culturelles aux échanges culturels, et qu'elle promeut également la culture russe à l'étranger par l'intermédiaire des Russes expatriés et de leurs descendants, en créant des centres culturels et en organisant des activités culturelles conjointes.

Dans la Fédération de Russie, chacun est responsable de la préservation du patrimoine historique et culturel.

En même temps, il semble qu'une distinction doive être faite entre les communautés traditionnelles et les autres communautés culturelles.

Nous jugeons également importants les principes directeurs généraux énoncés à la section 2 de l'annexe au document WIPO/GRTKF/IC/9/4, comme le principe de la prise en considération des aspirations et des attentes des communautés concernées, le principe d'équilibre, le principe du respect des accords et instruments internationaux et régionaux et de mise en conformité avec ceux-ci, le principe de reconnaissance de la nature spécifique et des caractéristiques de l'expression culturelle, le principe de complémentarité avec la protection des savoirs traditionnels, le principe du respect des droits des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles et des obligations à leur égard, le principe du respect de l'usage et de la transmission coutumiers des ECT/EF, et le principe d'efficacité et d'accessibilité des mesures de protection. Compte tenu des considérations qui précèdent, nous estimons que les dispositions relatives aux objectifs et aux principes directeurs généraux sont dans l'ensemble acceptables.

Il importe de déterminer clairement l'objet de la protection accordée ainsi que l'étendue et la durée de la protection des objets de propriété intellectuelle. À cet égard, les dispositions figurant à la section 3 de l'annexe au document WIPO/GRTKF/IC/9/4 nécessitent un examen plus approfondi et des éclaircissements.

Nous pouvons par exemple nous pencher sur la disposition de l'article 2, section 3 (dispositions de fond) de l'annexe au document WIPO/GRTKF/IC/9/4, où il est dit que les peuples autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles sont considérés comme objets de protection. Le critère utilisé pour l'attribution de droits à des personnes est le fait que celles-ci sont chargées de la sécurité, de la sauvegarde et de la garantie d'expressions culturelles traditionnelles/expressions du folklore conformément à leurs lois et pratiques traditionnelles, et également du soutien et du développement des expressions culturelles traditionnelles et du folklore comme éléments distinctifs de leur identité culturelle. Les dispositions en question ne permettent pas de déterminer de façon suffisante l'objet de la protection juridique.

Par ailleurs, d'une façon générale, la protection accordée aux objets de propriété intellectuelle est toujours limitée dans le temps, mais les dispositions de la section 3 de l'annexe au document WIPO/GRTKF/IC/9/4 prévoient que la protection accordée, par définition proche de la protection des objets de propriété intellectuelle, peut s'avérer d'une durée illimitée, et il est donc raisonnable d'examiner plus avant les éventuelles conséquences de cette protection.

<p>CONSEIL SAME</p>	<p>Le Conseil Same a déjà présenté d'abondantes observations sur les objectifs de politique générale et les principes fondamentaux contenus dans l'annexe au document 9/4, tant lors des sessions du comité que dans le document soumis par écrit au Secrétariat de l'OMPI, comme il a été demandé. Se fondant essentiellement sur lesdites observations, le Conseil Same se borne à présenter ci-après des observations sur les questions les plus essentielles traitées dans le document 9/4.</p> <p>D'une manière générale, le projet d'objectifs de politique générale et de principes fondamentaux s'est nettement amélioré durant la session du comité. Le Conseil Same se félicite tout particulièrement du fait que nombre des observations soumises par les représentants des peuples autochtones se retrouvent dans lesdits objectifs et principes. Il estime par conséquent que ces objectifs et principes contiennent désormais plusieurs éléments qui – s'ils sont adoptés et appliqués – pourraient se révéler fort utiles pour protéger les expressions culturelles traditionnelles des peuples autochtones. Toutefois, certaines améliorations sont nécessaires pour que les principes directeurs soient recevables.</p> <p>La principale préoccupation du Conseil Same est que ces principes ne précisent pas suffisamment qui sont les titulaires, les détenteurs et les dépositaires des expressions culturelles traditionnelles. En outre, la question de ces expressions qui, au regard des régimes classiques des droits de propriété intellectuelle, appartiennent audit domaine public, appelle des travaux complémentaires.</p> <p>...</p> <p><i>Conclusion</i></p> <p>S'il est tenu compte des points soulevés ci-dessus, le Conseil Same soutient l'adoption des objectifs de politique générale et des principes fondamentaux, de même que le lancement d'un processus visant à faire des principes directeurs un document juridique contraignant.</p>
<p>SECRÉTARIAT DE L'INSTANCE PERMANENTE SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES</p>	<p>Les commentaires du Secrétariat reposent sur une analyse des documents et ne sont en aucune façon censés exprimer le point de vue des membres de l'instance permanente de l'ONU sur les questions autochtones.</p> <p>Le Secrétariat de l'instance permanente sur les questions autochtones (SPFII) a été créé par l'Assemblée générale en 2002. Il est basé au siège des Nations Unies de New York, au sein de la Division de la politique sociale et du développement du Département des affaires économiques et sociales des Nations Unies (DSPD/DESA).</p> <p>Le SPFII a essentiellement pour rôle de préparer les sessions annuelles de l'instance permanente qui se tient chaque année en mai. Le Secrétariat</p> <ul style="list-style-type: none"> – apporte également un appui aux membres de l'UNPFII tout au long de l'année; – préconise, facilite et promeut la coordination et la mise en œuvre au sein du système des Nations Unies, des recommandations découlant de chaque session annuelle; – encourage, au sein du système des Nations Unies, parmi les gouvernements et dans le grand public, une prise de conscience des problèmes liés aux peuples autochtones; et – sert de source d'information et de point de coordination pour les activités de sensibilisation en rapport avec le mandat de l'instance permanente et les problèmes en suspens concernant les peuples autochtones. <p>Le SPFII prend acte des travaux menés par le Comité intergouvernemental sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore au cours des neuf sessions précédentes. Il prend également acte des travaux antérieurs effectués durant plusieurs décennies par le secrétariat de l'OMPI sur la protection des expressions culturelles traditionnelles/expressions du folklore, de ses missions d'enquête, des consultations approfondies menées avec les communautés, des enquêtes et de l'analyse des mécanismes juridiques nationaux et régionaux existants dans le cadre de la législation en vigueur en ce qui concerne la propriété intellectuelle et d'autres domaines.</p> <p>Les objectifs et principes généraux révisés des deux documents sont très détaillés et incluent des questions de fond, des déclarations et débats des États membres, d'organisations de peuples autochtones et d'autres organisations et parties intéressées de la société civile. Bien que cela ait été signalé en de nombreuses occasions dans le passé par les organisations de peuples autochtones, il faut rappeler que le fait d'avoir deux projets d'objectifs (expressions culturelle/expressions du folklore, et savoirs traditionnels) risque de donner l'impression que l'on oublie le caractère holistique et indissociable des systèmes de savoirs autochtones. En même temps, il est reconnu que des tentatives ont été faites pour rendre ces deux domaines complémentaires.</p> <p>...</p> <p><i>Conclusion</i></p> <p>Le SPFII reconnaît que les politiques et les débats concernant la protection des systèmes de savoirs autochtones est un domaine en pleine évolution et qu'il n'existe donc pas une solution seule et unique qui puisse satisfaire le grand nombre de communautés autochtones diverses non seulement à l'échelon international, mais aussi au niveau national et local. Il est également reconnu que c'est là un domaine complexe et le problème consiste à trouver des solutions qui n'imposent pas des contraintes administratives aux communautés autochtones qui traitent déjà avec toutes sortes d'organismes à de nombreux niveaux au sujet des multiples problèmes auxquels celles-ci sont confrontées.</p> <p>Les communautés autochtones ont le sentiment que le régime actuel de droits de propriété intellectuelle est une fabrication étrangère qui pose problème, et qu'il ne devrait donc pas constituer la seule solution pour protéger les ECT/EF et les savoirs traditionnels. De plus, ce ne sont pas les peuples autochtones qui devraient être tenus de démontrer comment ils préservent, pratiquent et transmettent les savoirs traditionnels. Il convient par conséquent d'envisager sérieusement l'établissement de registres pour éviter d'imposer inutilement des contraintes aux peuples autochtones. Ceux-ci doivent assumer leurs responsabilités en ce qui concerne la réglementation de la protection des savoirs traditionnels et les pratiques portant notamment sur la définition de ces savoirs au sein des communautés autochtones. C'est la raison pour laquelle il faut examiner ces questions plus générales pour pouvoir élaborer des mesures de protection.</p>

AFRIQUE DU SUD	<p>1. Les pratiques culturelles traditionnelles sont une assise importante de l'identité communautaire et de la cohésion sociale.</p> <p>2. Cela a des incidences pour notre constitution et ce, d'autant plus qu'elle relève du droit coutumier; les mariages coutumiers sont reconnus par la constitution mais les notions occidentales semblent l'emporter.</p> <p>3. C'est une question complexe. D'une façon ou d'une autre, nos observations devraient prendre en considération la position adoptée par les chefs traditionnels sur quelques-unes de ces questions. Nous devons tenir compte avec prudence des conséquences que pourrait avoir la ratification d'une telle convention dès lors qu'elle soulève la question considérablement étouffée de la place des chefs traditionnels dans la politique de ce pays.</p> <p>4. L'angle des droits de l'homme – aspect critique, seules les pratiques culturelles traditionnelles qui sont conformes aux droits de l'homme devraient être protégées.</p> <p>5. Les individus sont un élément important de la protection et de la promotion des expressions culturelles traditionnelles; il faudrait créer des stimulants institutionnels qui encouragent les habitants à impartir ces savoirs à d'autres membres de la communauté.</p> <p>6. La plupart des pressions culturelles traditionnelles ont transcendé les frontières nationales et leur protection devrait par conséquent avoir lieu aux niveaux communautaire, national et régional. Cela signifie que les politiques et législations nationales devraient être alignées.</p> <p>7. Les expressions culturelles traditionnelles ont été à la base des formes culturelles ou artistiques contemporaines et il faut dans la mesure du possible le souligner. Nous devons éviter à tout prix la 'ghettoisation' des expressions culturelles traditionnelles.</p> <p>Les observations ci-après sont faites dans le contexte de la politique des systèmes des savoirs autochtones qui relève de nos compétences. Aucun effort n'a été épargné pour expliquer les observations et les changements suggérés.</p>
SUISSE	<p>La Suisse estime que :</p> <ol style="list-style-type: none"> se mettre d'accord sur les objectifs de politique générale et les principes directeurs généraux de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, et établir une définition pratique des termes "savoirs traditionnels" et "expressions culturelles traditionnelles". <p>constituent deux tâches fondamentales qui doivent être exécutées au début de tout débat du comité sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles.</p> <p>Le comité a examiné la question des objectifs de politique générale et des principes directeurs généraux en plusieurs occasions lors de sessions précédentes. De plus, le Secrétariat a proposé des définitions précises des termes "savoirs traditionnels" et "expressions culturelles traditionnelles" (voir par exemple WIPO/GRTKF/IC/3/9, paragraphe 25, et WIPO/GRTKF/IC/8/4, annexe, p. 10), qui offrent une excellente base aux discussions terminologiques du comité. Jusqu'à maintenant, les travaux du comité dans ce domaine n'ont pas abouti. Le comité doit donc poursuivre son examen plus en détail et finir par se mettre d'accord sur ces objectifs de politique générale et les principes directeurs généraux, et établir des définitions pratiques des deux termes.</p> <p>Ce n'est que lorsque ces tâches fondamentales auront été accomplies que le comité pourra avancer dans le sens de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles. Sinon, les travaux du comité omettront ces mesures fondamentales et nécessaires. La Suisse estime donc, comme les délégations qui envisagent d'examiner d'éventuelles dispositions de fond relatives à la protection des savoirs traditionnels et des ECT comme celles qui sont proposées dans des documents WIPO/GRTKF/IC/9/4 et WIPO/GRTKF/IC/9/5 que cet examen serait prématuré au stade actuel. Nous ne formulerons donc des commentaires sur les dispositions de fond proposées qu'à un stade ultérieur du débat du comité sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles.</p> <p>Contrairement aux propos tenus par certaines délégations à la neuvième session du comité, il n'est pas vain de poursuivre le débat sur les objectifs de politique générale et les principes directeurs généraux, et d'établir des définitions pratiques des termes "savoirs traditionnels" et "expressions culturelles traditionnelles". La Suisse estime au contraire que ce débat est la condition préalable à la poursuite, par le comité, de travaux constructifs et pragmatiques sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles.</p> <p>Dans ces conditions, la Suisse considère qu'il est crucial que le comité poursuive et intensifie ses travaux sur les objectifs de politique générale et les principes directeurs généraux de la protection des savoirs traditionnels et des ECT ainsi que sur la terminologie appropriée. La compilation en cours des points de vue écrits sur ces objectifs et principes directeurs généraux constitue un pas important dans ce sens.</p>

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE	<p>Les États-Unis félicitent le Bureau international de ses travaux sur “La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et principes révisés” qui fait l’objet du document WIPO/GRTKF/IC/9/4. Le débat relatif auxdits objectifs et principes, lors de la neuvième session du comité, ayant été grandement bénéfique, les États-Unis comptent le poursuivre et l’approfondir à la dixième session du comité, aux fins de mieux appréhender ces questions complexes. Auparavant les États-Unis souhaitent soumettre les observations écrites ci-après.</p> <p>Les États-Unis portent le plus grand intérêt aux enseignements à tirer de l’expérience des autres membres du comité, à l’écoute attentive des questions et préoccupations expressément liées aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, ainsi qu’à un échange de vues, d’informations et de meilleures pratiques sur la façon de préserver, de promouvoir et d’encourager des conditions propices au respect des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Ils estiment que ce type de débat, soutenu et ciblé, peut aboutir à un accord profond et mutuel propre à enrichir et éclaircir les futurs travaux du comité.</p> <p>Se fondant sur l’ensemble de résultats obtenus par le comité ces dernières années, les États-Unis estiment qu’une concordance de vues sur nombre d’objectifs et de principes commence à se dessiner. À leur sens, il est éminemment important de reconnaître la valeur intrinsèque du respect des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et de le promouvoir. D’autres valeurs essentielles ressortent d’un certain nombre d’objectifs et de principes liés au rôle joué par les communautés pour créer, soutenir, promouvoir, protéger et préserver les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, notamment les pratiques coutumières, la coopération communautaire, l’innovation, la créativité et le développement.</p> <p>Dans un monde où la survie même de certaines expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est menacée, les États-Unis estiment qu’il est d’une importance cruciale de contribuer à leur sauvegarde. Les valeurs essentielles que sont la liberté intellectuelle et artistique, la recherche et les échanges culturels, qui contribuent à faire valoir et à prôner notre diversité culturelle, doivent coexister avec la protection et le soutien des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dans un environnement qui reconnaît leur valeur intrinsèque.</p> <p>Une fois atteint un consensus au sujet des objectifs de politique générale et des principes fondamentaux, les États Unis espèrent vivement que le débat, au sein du comité, sur l’application de ces concepts aux questions et préoccupations liées expressément aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sera vigoureux, ciblé et soutenu. Entre autres, les mesures destinées à prévenir l’appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et à empêcher la délivrance de droits de propriété intellectuelle indus exigeront une pleine attention. Les États-Unis attendent avec intérêt de pouvoir examiner plus à fond ces questions et toutes autres lors de la dixième session du comité, qui se tient du 30 novembre au 8 décembre 2006.</p>
-----------------------	--

II. OBSERVATIONS SUR LES OBJECTIFS

QUESTIONS

OBSERVATIONS

OBSERVATIONS DE CARACTERE GENERAL SUR LES OBJECTIFS

Observations de caractère général

L'Australie fait pleinement sienne la déclaration, à la page 5 de l'annexe, qu'avant d'élaborer un régime juridique ou une démarche de protection, il est indispensable de commencer par déterminer les objectifs de politique générale en la matière. Ce n'est qu'une fois les objectifs indiquant clairement l'intention visée au-delà de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore élaborés, que le comité pourra se concentrer sur le résultat possible des travaux.

Il importe également que les objectifs et principes soient clairement liés au mandat du comité. Le Secrétariat a relevé que les objectifs révisés ont fait l'objet d'une nouvelle rédaction pour que soient distingués les objectifs relatifs à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore à l'interface avec la propriété intellectuelle des autres objectifs liés à d'autres domaines de politique générale. Les objectifs ne doivent pas perdre leur lien avec la protection envisagée des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, ni s'étendre à des questions qu'il serait préférable d'examiner dans d'autres tribunes internationales.

L'Australie soutient en principe les objectifs i)-iii) concernant la reconnaissance et le respect des cultures traditionnelles et du folklore, ainsi que la nécessité de répondre aux besoins des communautés autochtones en matière de traitement des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Ces trois objectifs embrassent de vastes éléments indispensables pour élaborer des mécanismes efficaces et souhaitables de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Toutefois, leur diversité laisse supposer qu'ils contiennent des éléments provenant d'autres objectifs et principes. Ainsi, l'objectif i) demande de reconnaître les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en tant que cadre d'innovation et de créativité, visées expressément par les objectifs viii)-x) qui préconisent d'encourager l'innovation et la diversité culturelle. Objectifs et principes étant censés offrir clarté et champ d'application, il conviendrait d'éviter tout chevauchement à cet effet.

(AUSTRALIE)

Comme l'indiquent les rédacteurs des dispositions, les objectifs doivent être clairs, mesurables, réalisables, permanents et, par essence, durables.

(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)

Tout d'abord, nous souhaiterions attirer l'attention sur le fait que l'expression "expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore" proprement dite n'est pas encore claire et peut donner lieu à plusieurs interprétations. Cette question est expressément citée comme l'une des "questions récurrentes" dans le paragraphe 11 du document WIPO/GRTKF/IC/9/4 (p. 4). La question de la définition des "expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore" n'est pas abordée seulement dans le paragraphe i) (page 3 de l'annexe), mais aussi dans tout autre paragraphe contenant ou évoquant cette expression.

Le terme "droit(s)" apparaît plusieurs fois dans la partie consacrée aux OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE. Bien que ce terme, tel qu'il est utilisé dans cette partie du document, puisse laisser supposer qu'un nouveau type de droit doit être reconnu, aucun consensus n'a été trouvé sur la création d'un tel droit. Afin d'éclaircir ce point, nous souhaiterions proposer l'introduction de la NOTE (ou note de bas de page) ci-après dans la partie consacrée aux OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE.

Note : l'emploi du terme "droit(s)" dans cette partie consacrée aux OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE ne préjuge pas de la création d'un nouveau type de droit qui n'existe pas actuellement dans le droit national et international.

(JAPON)

Le Conseil Same accepterait les "objectifs" contenus dans les objectifs de politique générale et principes fondamentaux, tels qu'élaborés dans le document 9/4. Il souligne notamment l'importance des objectifs iii) – répondre aux besoins réels des communautés – et vi) – soutenir les pratiques coutumières et la coopération communautaire, qui s'imposent absolument dans tout régime de protection des expressions culturelles traditionnelles.

(CONSEIL SAME)

Les objectifs de la protection des ECT et des EF ont une portée générale et concernent une gamme de questions allant de la reconnaissance de la valeur du patrimoine culturel autochtone à la recherche et à l'échange culturel à des conditions équitables, en passant par la responsabilisation des communautés et la promotion de la liberté intellectuelle et artistique. Vu leur portée générale, ces objectifs devraient en principe faire partie d'un préambule à une loi ou à d'autres instruments.

(SECRÉTARIAT DE L'INSTANCE PERMANENTE SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES)

<p>Observations de caractère général sur la phrase introductive “La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doit poursuivre les objectifs suivants :”</p>	<p>Le Canada a fait observer que la “protection” des expressions culturelles traditionnelles peut revêtir plusieurs sens (note de bas de page : <i>OMPI Besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle – Rapport de l’OMPI sur les missions d’enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)</i>, Genève, 2001, page 21 Certes, des outils autres que de propriété intellectuelle ont un rôle important à jouer lorsqu’il s’agit de préserver, protéger et promouvoir les expressions culturelles traditionnelles et il peut être utile de les prendre en considération pour mettre en contexte les délibérations du comité intergouvernemental, mais l’axe principal des travaux du comité intergouvernemental est et doit rester la propriété intellectuelle. Dans cet esprit, le Canada a déjà dit dans sa réponse au document 7/3 que l’OMPI était l’instance la mieux appropriée pour traiter des questions de propriété intellectuelle en rapport avec les expressions culturelles traditionnelles et suggéré que le document 7/3 gagnerait peut-être à se concentrer plus sur les aspects spécifiquement de propriété intellectuelle de la protection des expressions culturelles. Le Canada réitère donc sa recommandation, déjà formulée, tendant à ce que le Secrétariat de l’OMPI modifie le texte comme suit :</p> <p>“La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore <u>sur le plan de la propriété intellectuelle</u> devrait viser les objectifs suivants :”</p> <p>(CANADA)</p>
<p>OBSERVATIONS SUR DES OBJECTIFS SPECIFIQUES</p>	
<p>i) Reconnaître la valeur</p>	<p>Certaines communautés peuvent certes considérer que leurs expressions culturelles traditionnelles ont une valeur “scientifique”, mais il nous semble que beaucoup d’expressions culturelles traditionnelles n’ont aucun rapport direct à la science. Le libellé de cet objectif pourrait être amélioré si l’on remplaçait en anglais “including” par “which may include”.</p> <p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Reconnaître l’apport des communautés au patrimoine de l’humanité</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>La définition des communautés qui détiennent les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore visées par ce document et qui bénéficient de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore n’est toujours pas claire. Par conséquent, nous proposons d’introduire aussi dans ce paragraphe la NOTE ci-après, attachée à l’expression “peuples autochtones et communautés traditionnelles ou culturelles” dans l’article 2 des DISPOSITIONS DE FOND (page 16 de l’annexe) :</p> <p><i>Note : l’expression de portée générale “peuples autochtones et autres communautés traditionnelles ou culturelles”, ou simplement “communautés”, a été retenue au stade actuel de l’élaboration du présent projet de dispositions. L’utilisation de ces termes ne tend pas à suggérer l’existence d’un quelconque consensus entre les participants aux sessions du comité quant à la validité ou à l’opportunité de ces termes ou d’autres termes; par ailleurs, elle n’affecte en rien ni ne limite l’utilisation d’autres termes dans les législations nationales ou régionales.</i></p> <p>(JAPON)</p> <hr/> <p>Nous recommandons l’inclusion de la notion d’“affirmation” à l’alinéa i), qui est conforme au document de travail 9/5. L’énoncé lirait maintenant comme suit : “Reconnaître et affirmer la valeur”.</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>ii) Assurer le respect</p>	<p>Le respect des expressions culturelles traditionnelles est un thème récurrent des États membres et des représentants de nombreuses communautés qui participent au comité et à d’autres instances. L’OMPI elle aussi a déjà fait le constat que le droit de la propriété intellectuelle pouvait jouer un rôle dans le respect des expressions culturelles traditionnelles (note de bas de page : <i>OMPI, La propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore : Rapport de l’OMPI sur les missions consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)</i>, Genève, avril 2001, p. 7). Cet objectif pourrait être plus clairement énoncé. Il serait utile que le texte traduise mieux le fait qu’il ne sera possible de faire effectivement respecter les systèmes de savoirs traditionnels, expressions culturelles traditionnelles comprises, que si l’on prend en considération les vues de tous les créateurs et de tous les utilisateurs d’expressions culturelles traditionnelles, y compris l’intérêt de la société dans son ensemble.</p> <p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Veiller au respect des communautés par l’humanité</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>La phrase “peuples autochtones et communautés traditionnelles et autres communautés culturelles” devrait être incluse.</p> <p>(GUATEMALA)</p>

<p>iii) Répondre aux besoins réels des communautés</p>	<p>Le Canada fait observer que l'énoncé de cet objectif est trop large. La propriété intellectuelle n'est que l'un des moyens permettant de répondre aux besoins "réels" des communautés. Le Canada recommande par conséquent de reformuler l'objectif comme suit : "Contribuer à répondre aux besoins des communautés en matière de propriété intellectuelle".</p> <p>Toujours dans le souci de faire gagner l'ensemble du texte en cohérence, en clarté et en précision, le Canada suggère également de combiner cet objectif avec l'objectif xi) consistant à promouvoir le développement des communautés et les activités commerciales légitimes. Ces deux objectifs sont conceptuellement liés et devraient être énoncés ensemble.</p> <p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Tenir compte des besoins réels des communautés et y répondre</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>le mot "respect" devrait être remplacé par "respectant" et, au lieu des mots "international...contribuent", il faudrait utiliser les mots "international...contribuant".</p> <p>(GUATEMALA)</p> <hr/> <p>Ce paragraphe contient des expressions telles que "respecter les droits qui leur sont reconnus". Cela peut laisser supposer qu'un nouveau type de droit doit être reconnu, mais aucun consensus n'a été trouvé sur la création d'un tel droit et cette question doit encore être examinée. Nous considérons qu'il existe certains droits, en vertu du droit coutumier ou de pratiques juridiques, qui méritent peut-être d'être respectés. Toutefois, même si c'est le cas, nous souhaiterions rappeler que les droits qui sont reconnus en vertu du droit coutumier et des pratiques juridiques dans certains pays ou certaines régions ne sont pas nécessairement considérés comme des droits légaux dans d'autres pays.</p> <p>(JAPON)</p> <hr/> <p>Nous suggérons qu'à l'alinéa iii), le terme 'communautés' soit défini. Par conséquent, nous recommandons l'inclusion des adjectifs "autochtones et locales." L'alinéa lirait maintenant comme suit : "Répondre aux besoins réels des communautés autochtones et locales".</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>iv) Empêcher l'appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore</p>	<p>L'Australie soutient la nécessité d'empêcher l'appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, conformément à l'objectif iv), qui ne doit toutefois pas entrer en conflit avec les droits patrimoniaux existants.</p> <p>L'Australie, notant que les termes "appropriation illicite" couvrent une large étendue de questions, invite à en examiner davantage le sens pour s'assurer qu'ils sont pleinement pris en compte par les États Membres.</p> <p>L'Australie dispose de moyens de traiter les cas où des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ont fait l'objet d'une interprétation erronée ou d'une appropriation illicite. Elle élabore actuellement une législation indigène commune concernant les droits moraux. Cette législation, qui facilitera l'attribution d'œuvres protégées par le droit d'auteur, fondée sur des croyances autochtones, à la communauté autochtone concernée, dispose également que toute communauté peut obtenir un droit à l'intégrité relatif à l'œuvre.</p> <p>L'Australie prend en outre des mesures pratiques pour promouvoir le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation d'expressions culturelles traditionnelles associées aux ressources génétiques et pour détourner de toute appropriation illicite grâce aux dispositions relatives à la transparence et aux négociations loyales, contenues dans les règlements 8A.08 et 8A.10, Division 8A.2 de la réglementation adoptée en 2000 sur la protection de l'environnement et la conservation de la biodiversité. Un certain nombre d'autres dispositions législatives contribuent à protéger tout objet important pour les communautés autochtones, telles que la loi de 1984 sur la protection du patrimoine des Aborigènes et des insulaires du Détroit de Torres, qui permet au Ministre fédéral de faire des déclarations concernant la protection de lieux ou d'objets, menacés de dommage ou de profanation et revêtant de l'importance en vertu des traditions aborigènes; et la loi de 1986 sur la protection du patrimoine culturel mobilier, qui limite le transfert de biens culturels "importants" en dehors du pays, ainsi que l'importation d'éléments du patrimoine culturel exportés illégalement du pays d'origine.</p> <p>L'Australie recherche également des mesures concrètes pour aborder la question du comportement non éthique dans le secteur des arts autochtones. Ainsi, une enquête parlementaire dans le domaine de l'artisanat visuel autochtone examinera des stratégies et dispositifs visant à renforcer et protéger le secteur et formulera des recommandations à cet effet. Ces dernières porteront notamment sur les comportements indécents à l'égard d'œuvres d'art autochtones.</p> <p>Ces instruments législatifs et ces projets cherchent à prévenir l'appropriation illicite dans le cadre tant d'une utilisation d'expressions culturelles traditionnelles sans reconnaissance ou autorisation d'une communauté autochtone que d'une exploitation indue d'un matériel obtenu par consentement.</p> <p>L'expression "appropriation illicite" devrait être examinée plus à fond pour que les États Membres se rendent mieux compte de ce qu'elle recouvre (notamment les exemples cités plus haut). Il serait ainsi possible de déterminer quels sont les objectifs se chevauchant avec d'autres objectifs ou principes directeurs. Concernant l'objectif iv), l'Australie estime que le membre de phrase "y compris des mesures efficaces d'application des droits" est trop contraignant pour un objectif de politique générale et doit être supprimé. Sans ces termes, les États Membres jouiront d'une souplesse accrue pour décider des moyens propres à garantir que les</p>

expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne font pas l'objet d'une appropriation illicite. La souplesse s'impose dans les objectifs de politique générale et les principes directeurs généraux aux fins de permettre aux États Membres d'adopter à l'échelon local des solutions avantageuses pour les communautés autochtones.

(AUSTRALIE)

Des précisions seraient les bienvenues concernant le sens de l'expression "les dérivés" des expressions culturelles, que l'on trouve aussi à d'autres endroits du document (par exemple, dans les articles 3 et 10.

(BRÉSIL)

Nous estimons qu'un complément d'étude et une réflexion plus poussée s'imposent quant à ce que l'on entend par "appropriation illicite" avant que le Canada soit en mesure d'appuyer cet objectif. Par ailleurs, le Canada fait observer que pendant la neuvième session du comité intergouvernemental, d'autres États membres ont signalé que l'inclusion du terme "dérivés" dans l'objectif 4 soulevait des questions juridiques et conceptuelles complexes. Quelques ONG aussi ont soulevé la question de la relation entre une œuvre dérivée et l'expression culturelle traditionnelle originelle (note de bas de page : Voir par exemple les observations du représentant de la FILAIE, WIPO/GRTKF/IC/7/15, p. 47.). Le document 9/4 mentionne d'ailleurs que "certaines questions juridiques et de politique générale s'articulent autour du droit d'adaptation, du droit de créer des œuvres dérivées" (note de bas de page : WIPO/GRTKF/IC/9/4, annexe, p. 23.). Cela donne à penser qu'il faudrait encore réfléchir aux incidences de l'inclusion éventuelle des œuvres dérivées dans cet objectif.

(CANADA)

Assurer la sauvegarde des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)

Après communautés culturelles, il faudrait ajouter la phrase "capacité d'autogestion leur fournissant...".

(GUATEMALA)

Objectif iv) : Empêcher l'appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. L'INTA prend note de l'inclusion de ce nouvel objectif. Elle comprend certes les problèmes que confrontent les différents peuples et communautés autochtones pour faire reconnaître et protéger leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore mais elle croit fermement qu'en cherchant à donner aux peuples autochtones et communautés traditionnelles et autres communautés culturelles les moyens juridiques et pratiques nécessaires, y compris des mesures de répression, pour empêcher une appropriation illicite, il ne serait pas approprié d'instaurer un régime distinct qui serait en conflit avec les régimes actuels de propriété intellectuelle et, en particulier, le droit des marques. Dans la mesure où elles respectent les ADPIC, les lois sur les marques de la plupart des pays offrent des recours adéquats dans le cadre statutaire pour empêcher l'enregistrement et/ou l'utilisation de symboles ou d'autres marques ou badges d'origine si leur utilisation par l'enregistreur/utilisateur créerait une possibilité de tromperie ou de confusion. Il existe également des mécanismes pour empêcher les enregistrements de marques effectués de mauvaise foi. Qui plus est, la plupart des systèmes de marques offrent à la communauté dans son ensemble la possibilité de détenir et d'enregistrer des marques afin de bénéficier d'une protection statutaire. Dans la mesure où les régimes de propriété intellectuelle existants et avérés n'ont pas été pleinement utilisés par les peuples autochtones pour protéger leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, il ne semble pas rationnel de créer un nouveau régime avec lequel on n'a aucune expérience ou qu'on ne sait pas faire fonctionner. Il semblerait donc plus approprié, ce qu'encouragerait l'INTA, que les communautés autochtones soient tenues au courant des régimes existants et qu'elles soient encouragées à les utiliser.

(ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LES MARQUES - INTA)

Le membre de phrase "donner aux peuples autochtones et aux autres communautés traditionnelles ou culturelles les moyens juridiques et pratiques, y compris des mesures efficaces d'application des droits, pour empêcher l'appropriation illicite de leurs expressions culturelles traditionnelles et des dérivés de celles-ci" vise en réalité la création d'un nouveau système de droit de propriété intellectuelle ou un système similaire, et cette phrase a apparemment un caractère concret et normatif. Cette clause est donc inappropriée en tant qu'OBJECTIF DE POLITIQUE GÉNÉRALE et sa première partie, avant les mots "pour empêcher" devrait être supprimée. En outre, pour être conforme au texte du paragraphe viii) des OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE du document WIPO/GRTKF/IC/9/5 (page 4 de l'annexe), le verbe "empêcher" devrait être remplacé par "réprimer". Le membre de phrase "contrôler l'utilisation qui en est faite en dehors du contexte coutumier et traditionnel" devrait aussi être supprimé, parce qu'il a aussi un caractère normatif et que permettre un tel contrôle pourrait compromettre le développement culturel. Nous pensons qu'une protection équilibrée des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peut être obtenue de manière satisfaisante en "réprimant l'appropriation illicite". Toutefois, le sens du terme "appropriation illicite" proprement dit n'est toujours pas clair et nécessite d'autres précisions. Avec les modifications proposées, le paragraphe iv) serait libellé ainsi :

*Réprimer l'appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore
iv) réprimer l'appropriation illicite de leurs expressions culturelles et des dérivés de celles-ci et promouvoir le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation;*

(JAPON)

À l'alinéa iv), nous sommes en faveur de l'inclusion du bout de phrase "la déformation qui peut résulter de leur utilisation"; cette observation devrait également être lue de concert avec la section du document 9/5 consacrée à l'"appropriation illicite". Le titre de cet alinéa lirait maintenant comme suit : "Empêcher l'appropriation illicite

	<p>des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, et la déformation qui peut résulter de leur utilisation”.</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>v) Donner des moyens d'action aux communautés</p>	<p>L'Australie soutiendrait l'objectif v) dans la mesure où tous droits concédés sur des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont conformes à la législation et aux principes nationaux et internationaux en vigueur et ne risquent pas de compromettre l'intégrité du système actuel de propriété intellectuelle.</p> <p>(AUSTRALIE)</p>
	<p>Il conviendrait de préciser dans cet objectif ce que l'on entend par “droits et pouvoir de décision”. Toujours dans le souci de faire gagner l'ensemble du texte en cohérence, en clarté et en précision, le Canada répète la suggestion qu'il a déjà formulée : combiner cet objectif avec l'objectif viii) consistant à encourager l'innovation et la créativité des communautés et avec l'objectif xiii) consistant à renforcer la sécurité, la transparence et la confiance mutuelle. Ces trois objectifs sont conceptuellement liés et devraient être énoncés ensemble.</p> <p>(CANADA)</p>
	<p>Faire mieux connaître les droits de propriété intellectuelle dans les communautés</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p>
	<p>Le membre de phrase “donner aux peuples autochtones et aux autres communautés traditionnelles ou culturelles les moyens concrets d'exercer leurs droits et leur pouvoir de décision” a un caractère normatif et peut viser en réalité la création d'un nouveau système de droit de propriété intellectuelle ou un système similaire. Par conséquent, nous proposons de modifier ce paragraphe de la façon suivante :</p> <p><i>Permettre aux communautés d'agir plus facilement</i></p> <p><i>v) d'une façon à la fois équilibrée et équitable, permettre aux peuples autochtones et aux autres communautés traditionnelles ou culturelles d'exercer plus facilement leurs droits et leur pouvoir de décision, en vertu de la législation en vigueur, sur leurs propres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.</i></p> <p>(JAPON)</p>
	<p>Voir au paragraphe 6.24 de l'appendice.</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p>
<p>vi) Soutenir les pratiques coutumières ainsi que l'innovation et la créativité des communautés</p>	<p>Dans une large mesure, les pratiques coutumières s'exercent au quotidien dans le cadre juridique en vigueur au Canada. Comme toute activité de collectivité, ces pratiques coutumières ne devraient pas être contraires aux lois nationales d'un État membre ni à ses obligations juridiques internationales. Dans la ligne des observations déjà formulées quant à la nécessité de rendre l'ensemble du texte plus cohérent et plus clair, le Canada répète la suggestion qu'il a déjà formulée : combiner cet objectif avec l'objectif vii) visant la sauvegarde des cultures traditionnelles.</p> <p>(CANADA)</p>
	<p>Soutenir les pratiques coutumières et la coopération communautaire</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p>
<p>vii) Contribuer à la sauvegarde des cultures traditionnelles</p>	<p>Ajouter “naturel et culturel” après “l'environnement”</p> <p>(BRÉSIL)</p>
	<p>Le Canada relève une différence de formulation entre l'intitulé de ce projet d'objectif “... sauvegarde des cultures traditionnelles” et le développement explicatif “... sauvegarde de l'environnement ...”. L'objectif pourrait être interprété comme axé sur l'environnement physique dans lequel les expressions culturelles traditionnelles s'exercent. Dans la ligne de notre observation déjà formulée selon laquelle les objectifs proposés devraient se concentrer sur le rôle que peut jouer la propriété intellectuelle pour protéger les expressions culturelles traditionnelles, il conviendrait de clarifier cet objectif pour qu'il soit bien entendu que ce qui est visé n'est pas la protection générale par la propriété intellectuelle de l'environnement physique en soi, mais la sauvegarde générale de l'environnement culturel dans lequel les expressions culturelles traditionnelles sont pratiquées par les individus et les communautés.</p>
	<p>Sous réserve de la précision ci-dessus, le Canada est d'avis que cet objectif et l'objectif vi) consistant à soutenir les pratiques coutumières et la coopération communautaire sont conceptuellement liés et devraient être énoncés ensemble.</p> <p>(CANADA)</p>
	<p>Contribuer à la sauvegarde des cultures traditionnelles</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p>
	<p>Objectif xii) : Empêcher l'octroi de droits de propriété intellectuelle sans autorisation</p>

	<p>L'INTA note que le verbe "faire obstacle" utilisé dans le projet antérieur des objectifs déclarés a été remplacé par le verbe "empêcher". L'emploi d'un tel langage contraignant préoccupe l'INTA, en particulier lorsqu'est utilisé dans ce contexte le terme "dérivés". Le terme "dérivés" n'a aucune signification permanente dans le droit des marques et, dans ce contexte, il est dans sa portée ambigu pour ceux qui créent des marques et peuvent s'inspirer de différentes sources. La portée apparemment infinie du terme "dérivé" pose problème, notamment lorsque le projet de texte révisé cherche dans le même temps à donner à des groupes spécifiques des droits de propriété absolus relatifs aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Si ce terme devait être adopté, le détenteur d'une marque serait tenu de déterminer ce que constitue une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore et de faire face à l'incertitude du degré de protection des variations infinies qui peuvent être légitimement considérées comme étant des "dérivés". C'est ainsi par exemple que, si l'expression culturelle traditionnelle comprend des formes géométriques communes ou des combinaisons de ces formes, on peut se demander dans quelle mesure cela empêcherait l'utilisation légitime de ces formes dans d'autres contextes, uniquement sur la base d'une revendication que les formes sont des dérivés? Ce n'est qu'en incluant une évaluation de cette utilisation ultérieure sur la base d'une "probabilité de confusion" que peuvent être bien définis et équilibrés les intérêts légitimes de toutes les parties.</p> <p>En outre, la terminologie employée dans l'évaluation de la probabilité de tromperie ou de confusion est bien connue de la communauté des marques, a une signification acceptée et a été utilisée avec efficacité durant maintes années pour protéger les consommateurs. De même, considérable est l'expérience en matière de gestion des demandes de marque qui peuvent avoir été déposées de mauvaise foi.</p> <p>(ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LES MARQUES - INTA)</p>
<p>viii) Encourager l'innovation et la créativité des communautés</p>	<p>Une meilleure concordance entre le titre et la description pourrait améliorer ce projet d'objectif. En effet, il est question dans le titre d'encourager l'innovation et la créativité des communautés, alors que la description de l'objectif parle de récompenser et protéger la créativité et l'innovation fondées sur la tradition. Si l'idée sous-jacente de cet objectif est d'"encourager" la créativité et l'innovation des communautés, et que cet encouragement peut prendre différentes formes hormis la rémunération et la protection, la même formulation devrait se retrouver dans le texte décrivant l'objectif plus en détail.</p> <p>Le projet d'objectif comporte le mot "spécialement". Étant donné que toutes les communautés créent des expressions culturelles traditionnelles et que celles-ci devraient toutes être concernées par les travaux du comité intergouvernemental, on ne voit pas bien ce qui justifie la présence du mot "spécialement" dans l'énoncé de cet objectif.</p> <p>Toujours dans le souci de faire gagner l'ensemble du texte en cohérence et en clarté, le Canada suggère aussi que cet objectif, une fois modifié, soit combiné de manière appropriée avec l'objectif v) consistant à donner des moyens d'action aux communautés et l'objectif xiii) consistant à renforcer la sécurité et la transparence. Les trois objectifs sont conceptuellement liés et devraient être énoncés ensemble.</p> <p>(CANADA)</p> <p>Encourager l'innovation et la créativité communautaires (INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p>
<p>ix) Promouvoir la liberté intellectuelle et artistique, la recherche et les échanges culturels à des conditions équitables</p>	<p>Introduire le membre de phrase "conformément au consentement préalable en connaissance de cause", encadré par des virgules, après "promouvoir".</p> <p>(BRÉSIL)</p> <p>Comme il est dit plus haut, le Canada estime que tout résultat des travaux du comité intergouvernemental visant la propriété intellectuelle en rapport avec les expressions culturelles traditionnelles devra systématiquement prendre en compte non seulement les préoccupations des créateurs d'expressions culturelles traditionnelles et leurs communautés respectives, mais aussi les utilisateurs de ces expressions et l'intérêt public.</p> <p>Dans cet esprit, le Canada suggère que l'énoncé de l'objectif traduise le fait que les échanges doivent aussi être équitables pour les utilisateurs d'expressions culturelles traditionnelles et prendre en compte l'intérêt de la société.</p> <p>(CANADA)</p> <p>Promouvoir la liberté intellectuelle et artistique, la recherche et les échanges culturels à des conditions équitables (INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <p>Nous faisons nôtre l'inclusion des mots "recherche éthique" et "justes et équitables" à l'alinéa ix).</p> <p>L'énoncé lirait maintenant comme suit : "Promouvoir la liberté intellectuelle et artistique, la recherche éthique et les échanges culturels à des conditions justes et équitables".</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>x) Contribuer à la diversité culturelle</p>	<p>En tant que société multiculturelle, le Canada est résolument partisan de promouvoir la diversité culturelle. Cela consiste non seulement à préserver les expressions culturelles traditionnelles, mais aussi à permettre les échanges culturels entre individus et entre communautés. Le Canada soutient en principe cet objectif dans la mesure où il constitue une reconnaissance du fait que la protection des expressions culturelles traditionnelles au titre de la propriété intellectuelle peut contribuer à promouvoir et à protéger la diversité culturelle, le cas échéant, tout en permettant les échanges créatifs et intellectuels.</p>

	<p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Contribuer à la diversité culturelle</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p>
<p>xi) Promouvoir le développement communautaire et les activités commerciales légitimes</p>	<p>Le Canada a déjà indiqué qu’il jugeait cet objectif exagérément prescriptif. Il s’inquiète en particulier de ce que l’énoncé laisse entendre que toutes les communautés considèrent toutes leurs expressions culturelles traditionnelles comme étant nécessairement “un bien collectif”. Or, d’après les recherches menées à ce jour au Canada, il apparaît que tous les peuples autochtones du Canada, par exemple, ne partagent pas ce sentiment à l’égard de toutes leurs expressions culturelles traditionnelles. Dans certains cas, il peut ne pas y avoir consensus quant à ce que la communauté et certains de ses membres devraient ou ne devraient pas commercialiser en matière d’expressions culturelles traditionnelles. Il conviendrait donc peut-être mieux d’axer le texte sur le souci de faciliter aux détenteurs de savoirs traditionnels et culturels la possibilité d’identifier et de traiter leurs expressions comme des biens culturels si tel est leur choix. Bien entendu, cette facilitation exigera pour aboutir, des discussions plus approfondies à l’échelon national et international. Dans cette optique, le projet d’objectif pourrait être libellé comme suit : “lorsque cela est souhaité par les communautés et leurs membres ou par les créateurs ou détenteurs d’expressions culturelles traditionnelles émanant de la communauté, encourager l’utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore aux fins du développement communautaire, en reconnaissant qu’elles constituent un bien des communautés qui s’identifient à elles, par exemple en favorisant le développement et l’expansion des possibilités de commercialisation des créations et des innovations fondées sur la tradition.”</p> <p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Promouvoir le développement communautaire et les activités commerciales légitimes</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>À l’alinéa xi), nous recommandons l’inclusion à la fin du titre de “et exclure les concurrents d’une exploitation libre”.</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>xii) Empêcher l’octroi de droits de propriété intellectuelle non valables</p>	<p>L’objectif xii) ne précise pas quelles sont les “parties non autorisées” et dans quelles circonstances elles sont considérées comme telles. Ainsi, s’agit-il de parties qui ne sont pas autorisées par une communauté autochtone à obtenir légalement la propriété de droits de propriété intellectuelle, qui se déclarent faussement comme étant autochtones, ou encore qui revendiquent des droits de propriété intellectuelle sur une œuvre qu’elles font passer comme ayant une origine autochtone?</p> <p>L’Australie ne saurait soutenir l’objectif xii) si les droits liés aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devaient l’emporter sur le système existant de propriété intellectuelle. Elle ne peut faire sien un objectif qui risque d’affaiblir la législation nationale et internationale en matière de propriété intellectuelle. La signification et la portée potentielle de cet objectif appellent un examen complémentaire.</p> <p>(AUSTRALIE)</p> <hr/> <p>Le Canada a déjà noté l’extrême importance d’énoncer ici clairement que l’élaboration future de ce projet d’objectif devrait être éclairée par les travaux d’autres comités de l’OMPI et de diverses instances internationales, dans un souci de clarté et de cohérence globales.</p> <p>Le Canada relève en outre une ambiguïté quant au sens donné à l’expression “parties non autorisées”. Si l’on a voulu dire “non autorisées” par les communautés qui sont les détentrices supposées des expressions culturelles traditionnelles, alors l’objectif ne consiste pas réellement à “empêcher l’octroi de droits de propriété intellectuelle non valables”. Le Canada note aussi que ce projet d’objectif soulève d’autres questions.</p> <p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Empêcher l’octroi de droits de propriété intellectuelle sans autorisation</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>L’INTA note que le verbe “faire obstacle” utilisé dans le projet antérieur des objectifs déclarés a été remplacé par le verbe “empêcher”. L’emploi d’un tel langage contraignant préoccupe l’INTA, en particulier lorsqu’est utilisé dans ce contexte le terme “dérivés”. Le terme “dérivés” n’a aucune signification permanente dans le droit des marques et, dans ce contexte, il est dans sa portée ambiguë pour ceux qui créent des marques et peuvent s’inspirer de différentes sources. La portée apparemment infinie du terme “dérivé” pose problème, notamment lorsque le projet de texte révisé cherche dans le même temps à donner à des groupes spécifiques des droits de propriété absolus relatifs aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Si ce terme devait être adopté, le détenteur d’une marque serait tenu de déterminer ce que constitue une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore et de faire face à l’incertitude du degré de protection des variations infinies qui peuvent être légitimement considérées comme étant des “dérivés”. C’est ainsi par exemple que, si l’expression culturelle traditionnelle comprend des formes géométriques communes ou des combinaisons de ces formes, on peut se demander dans quelle mesure cela empêcherait l’utilisation légitime de ces formes dans d’autres contextes, uniquement sur la base d’une revendication que les formes sont des dérivés? Ce n’est qu’en incluant une évaluation de cette utilisation ultérieure sur la base d’une “probabilité de confusion” que peuvent être bien définis et équilibrés les intérêts légitimes de toutes les parties.</p>

	<p>En outre, la terminologie employée dans l'évaluation de la probabilité de tromperie ou de confusion est bien connue de la communauté des marques, a une signification acceptée et a été utilisée avec efficacité durant maintes années pour protéger les consommateurs. De même, considérable est l'expérience en matière de gestion des demandes de marque qui peuvent avoir été déposées de mauvaise foi.</p> <p>(ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LES MARQUES - INTA)</p> <hr/> <p>Ce paragraphe vise en réalité la création d'un nouveau système de droit de propriété intellectuelle ou un système similaire, et il a apparemment un caractère concret et normatif. Cette clause est donc inappropriée en tant qu'OBJECTIF DE POLITIQUE GÉNÉRALE et devrait être supprimée.</p> <p>(JAPON)</p>
<p>xiii) Renforcer la sécurité, la transparence et la confiance mutuelle</p>	<p>On ne comprend pas bien pourquoi il est question dans le document 9/4 de "confiance mutuelle" dans l'intitulé de cet objectif mais de "respect mutuel" dans le texte explicatif.</p> <p>Le Canada est favorable à ce que les utilisateurs "gouvernementaux" soient inclus dans le dialogue avec les détenteurs de savoirs traditionnels. Nous recommandons par conséquent l'insertion, dans le texte anglais de ce paragraphe, du mot "governmental" après le mot "educational". Le gouvernement fédéral organise des ateliers de propriété intellectuelle dans les communautés autochtones, à la demande de ces communautés, dans un but exprès d'échange d'informations sur la législation et les politiques en matière de propriété intellectuelle et sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles.</p> <p>Toujours dans le souci de rendre l'ensemble du texte plus cohérent et plus clair, le Canada suggère également de combiner de manière appropriée cet objectif avec l'objectif v) consistant à donner des moyens d'action aux communautés et l'objectif viii) consistant à encourager l'innovation et la créativité des communautés. Les trois objectifs sont conceptuellement liés et devraient être formulés ensemble.</p> <p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Renforcer la sécurité, la transparence et la confiance mutuelle entre les communautés et les utilisateurs des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p>

III. OBSERVATIONS SUR LES PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX

QUESTIONS

OBSERVATIONS

OBSERVATIONS DE CARACTERE GENERAL SUR LES PRINCIPES DIRECTEURS GENERAUX

Observations de caractère général

Plusieurs objectifs et principes directeurs généraux traitent du rôle du droit coutumier et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. L'Australie ne reconnaît pas de système distinct de législation fondé sur le droit coutumier indigène, mais certains aspects des pratiques coutumières peuvent coexister pour autant qu'ils n'entrent pas en conflit avec des lois et principes internationaux et nationaux établis. L'Australie reconnaît les coutumes autochtones de différentes façons, notamment par l'élaboration de protocoles autochtones qui attestent les modalités appropriées pour s'occuper du patrimoine culturel autochtone, conformément aux principes du droit coutumier et par des programmes tels que le programme relatif aux zones autochtones protégées.

L'Australie est, partant, en mesure d'approuver les principes directeurs généraux a) et h), dans la mesure où ils sont compatibles avec le droit international et les législations et politiques nationales.

L'Australie estime que les antécédents du principe a) risquant d'être incompatibles avec le principe c) doivent être révisés. Tel que rédigé dans sa forme actuelle, ce principe suppose que les communautés autochtones comptent exclusivement sur le droit coutumier pour protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, sans être limitées par une protection juridique extérieure. Selon le principe c), par ailleurs, les modalités de protection d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être compatibles avec les instruments internationaux et régionaux. La portée du principe a) doit être réexaminée.

Comme elle l'a auparavant affirmé, l'Australie soutient fermement les principes b)-d), les considérant comme des éléments essentiels pour orienter les travaux futurs du comité concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

L'Australie soutient la nécessité de respecter les droits des peuples autochtones et d'autres communautés traditionnelles, mais s'interroge sur l'utilité du principe g), compte tenu de la portée du principe c). Ce dernier exige que les travaux futurs du comité s'inspirent des droits prévus par la législation nationale et internationale, qui vise largement les conditions énoncées dans le principe g). S'il est attesté que le principe g) a une portée plus large que le principe c), ou un sens différent, il conviendrait de le préciser, ou sinon de le supprimer.

(AUSTRALIE)

Les termes "mesure(s)", "droit(s)", "autorité" et "protection juridique" apparaissent plusieurs fois dans la partie consacrée au COMMENTAIRE SUR LES PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX. Bien que ces termes, tels qu'ils sont employés dans cette partie du document, puissent laisser supposer qu'un nouveau type de droit doit être reconnu, aucun consensus n'a été trouvé sur la création d'un tel droit. Afin de préciser ce point, nous souhaiterions proposer l'introduction de la NOTE ci-après dans la partie consacrée au COMMENTAIRE SUR LES PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX.

Note : l'emploi des termes "mesure(s)", "droit(s)", "autorité" et "protection juridique" dans la partie consacrée au COMMENTAIRE SUR LES PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX ne préjuge pas de la création d'un nouveau type de droit qui n'existe pas actuellement dans le droit national et international.

(JAPON)

Le Conseil Same se déclare satisfait des "principes directeurs généraux". À cet égard, il estime particulièrement important que le commentaire sur le principe de la prise en considération des aspirations et des attentes des peuples autochtones précise ce qui doit s'entendre également du respect des lois coutumières autochtones. Il est toutefois préoccupé par le principe de l'équilibre, tel qu'expliqué dans le commentaire. Il est certainement nécessaire de tenir compte également des intérêts des utilisateurs d'expressions culturelles traditionnelles. Nonobstant, les intérêts ne peuvent jamais être opposés aux droits des détenteurs de ces expressions, tels que le droit d'accorder leur consentement ou non. Bien évidemment, tout droit – en particulier tout droit de l'homme – prime toujours l'intérêt.

(CONSEIL SAME)

Certains des principes traités dans la présente section incluent des questions que les peuples autochtones s'efforcent de faire connaître depuis un certain nombre d'années. Il est crucial que la protection des ECT/EF reflète les aspirations et les attentes des communautés autochtones ainsi que leur droit et leurs protocoles coutumiers. Le SPFII propose que les mesures de protection soient conformes aux instruments juridiques pertinents ayant un caractère contraignant.

(SECRÉTARIAT DE L'INSTANCE PERMANENTE SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES)

Nous aimerions épinglez la nécessité d'inclure les principes de gouvernance qui sont conformes à nos observations sur le document 9/5.

(AFRIQUE DU SUD)

OBSERVATIONS SUR DES PRINCIPES DIRECTEURS GENERAUX SPECIFIQUES	
<p>a) Prise en considération des aspirations et des attentes des communautés concernées</p>	<p>Ce principe directeur recouvre un certain nombre de questions allant de la reconnaissance des lois et protocoles coutumiers à la prévention de certains actes, tels que les actes injurieux, désobligeants ou offensants. Notre commentaire est centré sur la question des lois et pratiques autochtones et coutumières, sujet sur lequel le Canada s'est exprimé à la huitième session (note de bas de page : WIPO/GRTKF/IC/8/15, p. 53). Les pays qui participent aux travaux du comité intergouvernemental ont des expériences très diverses en ce qui concerne la relation entre les lois et protocoles autochtones et coutumiers et leurs systèmes juridiques nationaux respectifs. Nous avons l'impression que les mots ont des sens différents et sont employés de manière différente selon les participants. Il serait utile de déterminer si c'est effectivement le cas, et si l'on pourrait parvenir à une compréhension commune. Les interventions sur ce sujet du Canada et des peuples autochtones du Canada qui participent à ce forum ont eu tendance à se focaliser sur l'application des lois et des traditions juridiques des peuples autochtones. Le Canada estime qu'il y a encore beaucoup de travail à faire au niveau international sur la question des lois et protocoles autochtones et coutumiers. Nous sommes impatients d'en apprendre plus sur les expériences et les difficultés rencontrées par d'autres pays et d'autres peuples autochtones du Canada et d'ailleurs, et attendons avec intérêt un travail plus approfondi du Secrétariat sur cette question. En appeler simplement aux États membres pour qu'ils reconnaissent et appliquent les lois et protocoles autochtones et coutumiers afin de protéger les expressions culturelles traditionnelles, comme si cela pouvait se faire facilement et allait de soi, ne peut pas aboutir sans une meilleure compréhension collective de ce que cela suppose.</p> <p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Principe de prise en considération des aspirations et des attentes des communautés concernées</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <p>Les expressions “mesures de protection positive et défensive” et “mesures de protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore” peuvent laisser supposer qu'un nouveau type de droit doit être créé et conféré aux détenteurs et aux gardiens, mais aucun consensus n'a été trouvé sur la création d'un tel droit et cette question doit encore être examinée. Nous considérons qu'il existe certains droits, en vertu du droit coutumier ou de pratiques juridiques, qui méritent peut-être d'être respectés. Toutefois, même si c'est le cas, nous souhaiterions rappeler que les droits qui sont reconnus en vertu du droit coutumier et de pratiques juridiques dans certains pays ou certaines régions ne sont pas nécessairement considérés comme des droits légaux dans d'autres</p> <p>(JAPON)</p> <hr/> <p>Voir les paragraphes 6.17-6.19 de l'appendice.</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p> <hr/> <p>Au paragraphe a), nous recommandons la suppression du mot “concernées” et faisons nôtre l'inclusion des mots “autochtones et locales”. Le paragraphe lirait maintenant comme suit : “Prise en considération des aspirations et des attentes des communautés autochtones et locales”.</p> <p>Nous recommandons la suppression du mot “traditionnels” que remplacerait le mot “autochtones”. Cette recommandation repose sur l'argument qu'il y a une résonance horizontale avec les tendances dans le monde en faveur du mot “autochtones”, un terme utilisé dans de nombreuses instances internationales. Il y a par ailleurs un mouvement à l'échelle mondiale en faveur du développement et de la protection des savoirs autochtones auquel l'Afrique du Sud peut contribuer et dont elle peut bénéficier. La Déclaration de Mataatua sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones (juin 1993), la Déclaration de Julayinbul sur les droits de propriété intellectuelle des peuples autochtones (novembre 1993) et la Déclaration Kari-Oca et la Charte de la terre des peuples autochtones (mai 1992) contiennent des énoncés explicites sur les savoirs autochtones plutôt que sur les savoirs traditionnels. Bien que, à la différence de la Convention 169 de l'OIT, ces déclarations n'ont pas force obligatoire, elles n'en fournissent pas moins un important discours qui peut guider la terminologie. En introduisant des dispositions pertinentes sur les savoirs autochtones, l'Afrique du Sud pourrait offrir des indices dans le contexte de l'avancement à l'échelle internationale de la mise en œuvre d'un instrument juridique contraignant.</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>b) Équilibre</p>	<p>Étant donné que le principal principe directeur en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est le droit de refuser l'accès à ces expressions, il est inacceptable d'adopter le principe d'équilibre entre les intérêts des détenteurs des expressions et ceux des utilisateurs.</p> <p>(BRÉSIL)</p> <hr/> <p>Le Canada est en principe favorable à ce principe directeur, même si nous constatons une diversité d'interprétations quant à ce que nous entendons par équilibre. Certains États membres et certains observateurs ont, par exemple, exprimé leur crainte de voir ce principe infléchir toute action future au détriment des intérêts des communautés concernant la protection de leurs expressions culturelles traditionnelles. Fondamentalement, la législation et les politiques en matière de propriété intellectuelle supposent plus que la simple création de droits de propriété intellectuelle. Elles impliquent aussi la prise en considération des utilisateurs des œuvres, par exemple, et, plus largement, de l'intérêt public. Dans les futures versions du document 9/4, il conviendrait de préciser la différence, s'il y en a une, entre un “principe d'équilibre” et le “juste équilibre” mentionné dans le commentaire.</p>

	<p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Équilibre</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>Dans le paragraphe b) du COMMENTAIRE, le mot “droit” peut laisser supposer qu’un nouveau type de droit doit être créé et conféré aux détenteurs et aux gardiens, mais aucun consensus n’a été trouvé sur la création d’un tel droit et cette question doit encore être examinée. Nous considérons qu’il existe certains droits, en vertu du droit coutumier ou de pratiques juridiques, qui méritent peut-être d’être respectés. Toutefois, même si c’est le cas, nous souhaiterions rappeler que les droits qui sont reconnus en vertu du droit coutumier et des pratiques juridiques dans certains pays ou certaines régions ne sont pas nécessairement considérés comme des droits légaux dans d’autres pays.</p> <p>(JAPON)</p>
<p>c) Respect des arrangements et instruments internationaux et régionaux et de mise en conformité avec ces arrangements et instruments</p>	<p>Le Canada est en principe favorable à ce principe directeur. Les régimes nationaux de propriété intellectuelle sont souvent fondés sur des accords internationaux en la matière issus de nombreuses années, voire de nombreuses décennies d’évolution, et qui souvent forment la base des lois et politiques nationales en matière de propriété intellectuelle. À cet égard, le Canada a déjà fait observer dans sa réponse au document 7/3 qu’il avait constamment déclaré à l’OMPI que les méthodes d’action qui pourraient être élaborées au sein du comité intergouvernemental pour la protection des expressions culturelles traditionnelles devraient nécessairement être compatibles avec le mandat du comité ainsi qu’avec les obligations existant pour les États membres en vertu des traités internationaux de propriété intellectuelle, et potentiellement en vertu d’autres accords internationaux susceptibles d’influer sur les droits et obligations en matière de propriété intellectuelle.</p> <p>Le Canada ne saurait soutenir un aboutissement des travaux du comité intergouvernemental qui amoindrirait sa capacité à respecter ses obligations internationales, en matière de propriété intellectuelle ou sur d’autres plans, y compris celui de droits de l’homme. De même, ce principe directeur général ne devrait pas donner à penser qu’un quelconque résultat issu des travaux du comité intergouvernemental puisse contraindre un État non membre à respecter un éventuel instrument spécifique. Pour que cela soit clair, le Canada estime qu’il faudrait introduire dans l’énoncé de cet objectif le qualificatif “pertinents” ou “applicables”, étant donné qu’il n’existe pas une combinaison unique d’obligations internationales, mais une mosaïque qui peut varier d’un État à l’autre.</p> <p>Toujours dans le souci de faire gagner l’ensemble du texte en cohérence, en clarté et en précision, le Canada suggère aussi de combiner ce principe directeur général avec le principe directeur g) visant le respect des droits des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles et des obligations à leur égard. Les deux principes sont conceptuellement liés et devraient être énoncés ensemble.</p> <p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Respect des arrangements et instruments régionaux et internationaux et mise en conformité avec ces arrangements et instruments</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>La Fédération ne s’oppose pas totalement à ce principe mais elle aimerait faire observer que, lorsqu’il y a des accords internationaux qui vont à l’encontre des droits maoris et autres droits autochtones de protection et d’utilisation, il faut alors un mécanisme pour traiter de ces questions. La protection des maoris peut se faire au niveau national.</p> <p>(FÉDÉRATION DES AUTORITÉS MAORIES)</p> <hr/> <p>Nous recommandons une fois encore l’inclusion au paragraphe c) du mot “national”. Le paragraphe lirait maintenant comme suit : “Principe de respect des accords et instruments nationaux, régionaux et internationaux et de mise en conformité avec ces arrangements et instruments”.</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>d) Souplesse et exhaustivité</p>	<p>Le Canada est d’une manière générale acquis à la nécessité de faire preuve de souplesse dans la prise en compte des préoccupations relatives aux expressions culturelles traditionnelles. Toutefois, le Canada met en garde contre une incitation ouverte à prévoir une protection “exhaustive” des expressions culturelles traditionnelles. Comme le fait par exemple observer un universitaire, la protection par le droit d’auteur ne vise pas à donner aux auteurs un contrôle absolu sur leurs œuvres protégées, mais un droit équilibré (note de bas de page : Lawrence Lessig, <i>The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World</i>, Random House, New York, 2001, pp. 109-110). De même, lorsqu’on parle d’“exhaustivité” s’agissant de la protection des expressions culturelles traditionnelles, cela doit signifier que l’on prend en considération les préoccupations des créateurs d’expressions culturelles traditionnelles et leurs communautés, tout en tenant compte aussi des préoccupations des utilisateurs de ces expressions culturelles traditionnelles et de l’intérêt public.</p> <p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Souplesse et exhaustivité</p>

	<p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <p>Le document WIPO/GRTKF/IC/9/4 recèle une incohérence dans la mesure où le premier paragraphe de commentaire sur le principe de souplesse et d'exhaustivité indique "on peut obtenir une protection efficace et appropriée par une grande variété de mécanismes juridiques" alors que les DISPOSITIONS DE FOND définissent le cadre d'un mécanisme juridique précis. De plus, la référence au "projet de dispositions" dans le deuxième paragraphe semble préjuger d'un certain contenu concernant les DISPOSITIONS DE FOND et cela ne correspond pas à notre point de vue, selon lequel nous ne devrions examiner les DISPOSITIONS DE FOND que lorsque nous aurons réuni un consensus sur les OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE et les PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX. Par conséquent, conformément au commentaire sur le principe de souplesse et d'exhaustivité dans le document relatif à la protection des savoirs traditionnels (WIPO/GRTKF/IC/9/5, page 10), nous proposons de modifier le deuxième paragraphe pour qu'il se lise ainsi :</p> <p><i>Le projet de disposition devrait donc être vaste et universel pour laisser aux autorités nationales et régionales une marge de manœuvre suffisante pour déterminer les moyens d'atteindre les OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE conformément aux PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX au niveau national ou régional. Les OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE et les PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX proprement dits ne devraient pas être entendus comme préjugant de l'établissement de tout mode de protection juridique.</i></p> <p>(JAPON)</p> <p>Comme mentionné dans les observations de caractère général, la Fédération aimerait insister sur la nécessité d'avoir une forte protection nationale, avec une représentation maorie dans le développement.</p> <p>La Fédération aimerait également signaler que des mesures prioritaires devraient être incorporées car le régime occidental de la propriété intellectuelle ne couvre pas comme il se doit le patrimoine culturel des Maoris.</p> <p>(FÉDÉRATION DES AUTORITÉS MAORIES)</p> <p>Voir les paragraphes 6.20-6.21 de l'Appendice.</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p>
<p>e) Reconnaissance de la nature spécifique et des caractéristiques de l'expression culturelle</p>	<p>La mention de "mesures particulières" renvoie-t-elle au nouvel instrument proposé ou à la communauté, cela n'est pas clair. On notera que la dernière phrase met l'accent sur l'individu alors que dans l'essentiel du texte, les expressions culturelles traditionnelles sont considérées par rapport à la communauté. Le Canada signale aussi que ce principe directeur soulève une question que le Canada a déjà évoquée mais qui n'a pas été pleinement examinée au sein du comité intergouvernemental, à savoir l'incidence du résultat, quelle qu'en soit la forme, des travaux du comité intergouvernemental visant à protéger les expressions culturelles traditionnelles pour les immigrants qui apportent avec eux et pratiquent leurs propres expressions culturelles traditionnelles dans un nouveau pays (note de bas de page : WIPO/GRTKF/IC/6/14, p. 18). Le Canada, pays qui accueille le plus grand nombre d'immigrants <i>par habitant</i> au monde, estime qu'il est important pour le comité intergouvernemental de considérer les droits des individus pratiquants et utilisateurs d'expressions culturelles traditionnelles qui immigreront dans une autre communauté.</p> <p>(CANADA)</p> <p>Reconnaissance de la nature spécifique et des caractéristiques des expressions culturelles</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <p>Les mots "les mesures particulières de protection juridique" figurent dans ce paragraphe, mais il n'y a aucun consensus sur la création d'un nouveau type de droit.</p> <p>(JAPON)</p>
<p>f) Complémentarité par rapport à la protection des savoirs traditionnels</p>	<p>Nous avons déjà indiqué plus haut que ce principe directeur général devrait redevenir un objectif.</p> <p>(CANADA)</p> <p>Complémentarité avec la protection des savoirs traditionnels</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <p>L'expression "protection juridique" apparaît deux fois dans ce paragraphe, mais il n'y a aucun consensus sur la création d'un nouveau type de droit ou d'un nouveau mécanisme de protection juridique. La deuxième phrase du paragraphe ("Le présent projet de dispositions couvre...") semble viser le contenu des DISPOSITIONS DE FOND. Or, les DISPOSITIONS DE FOND ne devraient être examinées que lorsqu'un consensus aura été réuni sur les OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE et les PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX. La deuxième phrase devrait donc être supprimée.</p> <p>(JAPON)</p>

<p>g) Respect des droits des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles et obligations à leur égard</p>	<p>On attend des États membres qu'ils respectent leurs obligations juridiques internationales, que ce soit à l'égard des peuples autochtones ou des peuples non autochtones. Par ailleurs, l'absence de référence aux communautés culturelles dans ce principe directeur ne s'explique pas bien.</p> <p>Toujours dans le souci de faire gagner l'ensemble du texte en cohérence, en clarté et en précision, le Canada suggère aussi de combiner ce principe directeur avec le principe directeur c) visant le respect des arrangements et instruments internationaux et régionaux et la conformité avec ces arrangements et instruments. Les deux principes sont conceptuellement liés et devraient être énoncés ensemble.</p> <p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Respect des droits des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles et des obligations à leur égard</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>La question de savoir si l'expression "droits indigènes" entre dans la catégorie des "droits conférés en vertu du droit coutumier" n'est pas claire. Nous pensons qu'il existe certains droits, en vertu du droit coutumier ou de pratiques juridiques, qui méritent peut-être d'être respectés. Toutefois, même si c'est le cas, nous souhaiterions rappeler que les droits qui sont reconnus en vertu du droit coutumier et des pratiques juridiques dans certains pays ou certaines régions ne sont pas nécessairement considérés comme des droits légaux dans d'autres pays.</p> <p>(JAPON)</p> <hr/> <p>Voir au paragraphe 7.2 de l'Appendice.</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p>
<p>h) Respect de l'usage et de la transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore</p>	<p>Dans une large mesure, les communautés sont libres d'exercer leurs pratiques coutumières au Canada, pour autant qu'elles ne contreviennent pas aux lois canadiennes ou aux obligations juridiques internationales du Canada. Par exemple, certaines ententes territoriales globales comportent des dispositions prévoyant la capacité à légiférer d'un gouvernement autochtone respectant la langue et la culture de ses administrés autochtones, sous réserve de certaines limitations (par exemple la Charte canadienne des droits et des libertés, document constitutionnel) et avec certaines exceptions (propriété intellectuelle et autres lois d'importance nationale).</p> <p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Respect de l'usage et de la transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>En ce qui concerne les mots "lois et pratiques coutumières", nous souhaiterions rappeler que les droits reconnus en vertu du droit coutumier ne sont pas nécessairement considérés comme des droits légaux dans d'autres pays. S'agissant de l'expression "protection juridique", il n'y a aucun consensus sur la création d'un nouveau type de droit ou d'un nouveau mécanisme de protection juridique.</p> <p>(JAPON)</p> <hr/> <p>À l'alinéa h), nous sommes en faveur de l'inclusion du mot "pratique". Cet alinéa lirait maintenant comme suit : "Respect de la pratique, de l'usage et de la transmission coutumières des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore".</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>i) Efficacité et accessibilité des mesures de protection</p>	<p>Ce principe ne doit pas être interprété comme imposant au gouvernement la moindre obligation financière supplémentaire.</p> <p>(CANADA)</p> <hr/> <p>Efficacité et accessibilité des mesures de protection</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>En ce qui concerne les mots "les mesures relatives à l'acquisition, à la gestion et à l'application des droits", il n'y a aucun consensus sur la création d'un nouveau type de droit ou d'un nouveau mécanisme de protection juridique.</p> <p>(JAPON)</p>
<p>j)</p>	<p>Il conviendrait d'ajouter à la liste le "principe du traitement national" et le "principe de la nation la plus favorisée" consacrés par les articles 3 et 4 de l'Accord sur les ADPIC.</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p>

IV. OBSERVATIONS SUR LES PRINCIPES DE FOND	
QUESTIONS	OBSERVATIONS
OBSERVATIONS DE CARACTERE GENERAL SUR LES PRINCIPES DE FOND	
Observations de caractère général	<p>Le Conseil Same approuve largement la plupart des dispositions de fond.</p> <p>(CONSEIL SAME)</p>
OBSERVATIONS SUR DES PRINCIPES DE FOND SPECIFIQUES	
Article 1. Objet de la protection	<p>L'article 1.a)bb) présente l'idée selon laquelle les expressions sont "caractéristiques de l'identité culturelle et sociale et du patrimoine culturel d'une communauté" comme l'un des critères de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. L'emploi du terme "caractéristiques" laisse supposer que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être à la fois "authentiques" et "véritables". Comme, en vertu de son expérience le Brésil reconnaît le caractère dynamique et répétitif des expressions culturelles (dans le sens où elles s'inscrivent dans un processus), il estime que cette idée devrait être exprimée dans le projet, au lieu de l'idée véhiculée par la version actuelle du document.</p> <p>Le Brésil souhaiterait des précisions sur la signification du "consensus tacite" ("critères de protection", point ii)) dans le texte du commentaire et sur les moyens éventuels permettant de déterminer l'expression effective de ce "consensus" dans des situations concrètes.</p> <p>Le Brésil souscrit au commentaire figurant au point iii), selon lequel "les expressions susceptibles de caractériser des communautés ou des identités établies plus récemment ne seraient pas couvertes".</p> <p>(BRÉSIL)</p> <hr/> <p>En ce qui concerne l'objet de la protection, il conviendrait également de prendre en considération les éléments suivants :</p> <p>ii) outre les chansons et la musique instrumentale, les expressions musicales pourraient aussi incorporer "les sifflements et sons caractéristiques provenant d'instruments ancestraux". Il est également nécessaire de protéger les instruments musicaux propres à chaque communauté.</p> <p>Au point iv) on pourrait ajouter les "constructions et œuvres d'architecture".</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>Il est noté dans le commentaire qui accompagne cette section que l'on pourrait d'examiner de manière plus approfondie la possibilité de supprimer le critère à appliquer pour déterminer ce en quoi consiste une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore (paragraphe bb) car il imposerait une charge de la preuve excessive aux communautés. L'INTA fait remarquer que l'acquisition de droits comme le prévoit ce document, c'est-à-dire à utiliser pour "empêcher" les activités d'autres parties, doit certainement reposer sur la capacité d'arrêter un critère objectif et clairement exposé. Moins que cela prête à confusion et engendre incertitude sans garantir le niveau approprié de transparence du processus.</p> <p>(ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LES MARQUES – INTA)</p> <hr/> <p>À l'article 1.a)IV), l'artisanat est un terme général de telle sorte que le paragraphe devrait être libellé comme suit :</p> <p>(IV) Les expressions tangibles, telles que les ouvrages d'art et/ou les productions artisanales....</p> <p>À la dernière ligne, les termes "produits artisanaux" devraient être supprimés.</p> <p>(IRAN, RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D')</p> <hr/> <p>Tout en soutenant l'article premier et l'article 2 tels que rédigés, il doit souligner, eu égard au commentaire, que la notion selon laquelle les droits sur des expressions culturelles traditionnelles devraient d'une certaine façon être conférés à une autorité gouvernementale n'est absolument pas acceptable.</p> <p>(CONSEIL SAME)</p> <hr/> <p>Sous la rubrique "Critères de protection", section iii, il est dit que "Les expressions susceptibles de caractériser des communautés ou des identités établies plus récemment ne seraient pas couvertes". Il est reconnu que ces termes s'appliquent spécifiquement au passage "lorsque l'identité collective n'a été établie qu'à une date récente, comme dans le cas des sectes religieuses modernes".</p> <p>Le SPFII suggère que des éclaircissements soient apportés sur ce point car la situation des peuples n'est pas statique, mais en pleine évolution. Par exemple, les migrations transfrontières de communautés autochtones aboutissent souvent à la formation de communautés nouvelles. Les ECT et les EF de ces communautés ne mériteraient-elles pas d'être protégées?</p>

	<p>Sous la rubrique “Choix des termes”, le SPFII reconnaît qu’il conviendrait de faire preuve d’une certaine souplesse en ce qui concerne la terminologie. Cependant, des décisions détaillées sur la terminologie au niveau national et régional devraient être prises en partenariat avec les peuples et communautés autochtones.</p> <p>(SECRETARIAT DE L’INSTANCE PERMANENTE SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES)</p>
<p>Article 2. Bénéficiaires</p>	<p>Il est essentiel de tenir compte des commentaires sur le document relatifs au fait que les communautés sont constituées d’individus, de sorte que le contrôle et la réglementation communautaires des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore bénéficient en fin de compte aux individus qui les composent. Ainsi, en pratique, les bénéficiaires seront les individus, conformément au droit et aux pratiques coutumières.</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <p>Article 2, après “culturelles”, les mots “ou locales” devraient être ajoutés.</p> <p>(IRAN, RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D’)</p> <p>Voir au paragraphe 6.33 de l’Appendice.</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p> <p>Tout en soutenant l’article premier et l’article 2 tels que rédigés, il doit souligner, eu égard au commentaire, que la notion selon laquelle les droits sur des expressions culturelles traditionnelles devraient d’une certaine façon être conférés à une autorité gouvernementale n’est absolument pas acceptable.</p> <p>(CONSEIL SAME)</p> <p>Nous prenons note de la note 23 en bas de la page 17 mais exhortons le Secrétariat de l’OMPI à accélérer ses efforts pour définir l’expression “peuples autochtones”.</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>Article 3. Actes d’appropriation illicite (étendue de la protection)</p>	<p>Article 3.a) : l’exercice des droits par les gardiens d’expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore n’est pas subordonné à l’enregistrement.</p> <p>Alors que le point a) renvoie au consentement préalable en connaissance de cause, les autres points n’y font pas référence. Le Brésil considère que le critère du consentement préalable en connaissance de cause devrait être introduit pour toutes les autres catégories d’expression, indépendamment de l’existence d’un enregistrement antérieur.</p> <p>(BRÉSIL)</p> <p>De manière intrinsèque, il est nécessaire d’adopter des textes législatifs favorables aux communautés moins développées face aux utilisateurs exploitant les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, et de faire en sorte que les autorités compétentes veillent à la répartition des ressources et qu’en définitive, la société en général en tire parti, avec le consentement des communautés.</p> <p>Si l’article, qui porte sur les “actes d’appropriation illicite”, définit les actes en tant que tels, il est nécessaire d’indiquer les sanctions auxquelles s’exposent ceux qui utilisent de façon inappropriée les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <p>Nous prenons note de la mention qui est d’abord faite aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui “ont fait l’objet d’un enregistrement ou d’une notification selon l’article 7”. L’expérience qu’a l’INTA d’autres registres comme les registres de marques bien connues a mis en relief les facteurs que prennent en considération les propriétaires de marques lorsqu’ils établissent des systèmes d’enregistrement distincts. S’il est vrai que la transparence et la sécurité sont importantes, il n’en reste pas moins que la création de tels registres doit être prise en compte. C’est pour cette raison que l’INTA préfère que, concernant les empreintes qui peuvent former le matériel de marque, les registres de marques en place soient utilisés à des fins de protection. Toutefois, si l’option des registres distincts est retenue, nous recommandons vivement que soient sollicités les conseils des membres de l’OMPI qui ont une expérience de la création de registres de marques bien connues et des systèmes d’enregistrement adoptés par de nombreux États dans le cadre de la protection des indications géographiques. S’il est vrai que l’INTA admet que l’on a cherché à établir différentes normes au regard de différents niveaux de divulgation par les peuples autochtones de leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, elle note cependant que le projet révisé continue de requérir des sanctions civiles et pénales dans le cas des symboles qui n’ont pas fait l’objet d’une notification comme revêtant de l’importance (alinéa ii) du paragraphe b) de l’article 3. Il semble incroyable que de telles sanctions puissent être envisagées sans une divulgation adéquate et l’établissement de droits. Il y a déjà dans le régime juridique suffisamment de possibilités de se protéger contre une conduite déloyale et fallacieuse et il n’est donc pas nécessaire de chercher à introduire des sanctions additionnelles sans exiger la divulgation totale des droits sur lesquels on s’appuie.</p> <p>De surcroît, l’INTA prend note avec préoccupation de la mention qui ne cesse d’être faite à “ou de leurs dérivés” en particulier dans le contexte des mots, signes, noms et symboles. Étant donné que ce sont les catégories de signes que les propriétaires de marques chercheront le plus vraisemblablement à adopter, l’emploi dans ce contexte du terme “dérivés” sans autre limitation fait planer une incertitude.</p> <p>L’alinéa ii) du paragraphe b) de l’article 3 contient une mise en garde – “toute déformation, mutilation ou autre</p>

	<p>modification ou toute autre atteinte” qui suppose une fois encore une évaluation subjective. Prévoir des sanctions pénales contre une action pour laquelle notification n’a pas été donnée et semble indéterminée crée une incertitude inutile et semblerait enfreindre toute notion de légitimité. Préoccupante demeure la question du matériel qui doit être conservé secret (paragraphe c) de l’article 3). La justice naturelle veut qu’aucune sanction ne soit prise à l’encontre d’une tierce partie qui a, sans intention de nuire, adopté une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore sans savoir qu’elle existait dès lors que sa protection n’avait pas été sollicitée. Prendre la décision de conserver certains éléments secrets pour ensuite chercher à l’imposer à des tiers qui utilisent ces matériels en bonne foi impose un fardeau injuste, inutile et invivable aux détenteurs de droits de propriété intellectuelle tout en minant le rôle que jouent de tels systèmes dans le contexte commercial. L’INTA a pris note que le mécanisme d’identification ou d’enregistrement doit être laissé à la décision des autorités régionales mais elle tient à réitérer ses inquiétudes concernant la mise en place d’un type de système régional qui donnerait l’impression d’accorder des droits sans prendre en considération les principes établis de propriété intellectuelle que sont ceux de territorialité, d’exclusivité, de priorité et, s’il y a lieu, de notification.</p> <p>(ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LES MARQUES – INTA)</p> <p>Article 3.a), ligne 5, après “cette communauté”, les mots “et le propriétaire” devraient être ajoutés. De plus, à l’article 3.c), après “les communautés”, les mots “et le propriétaire” devraient être ajoutés.</p> <p>(IRAN, RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D’)</p> <p>Voir le paragraphe 6.12 de l’Appendice.</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p> <p>Concernant l’article 3, le Conseil Same accueille favorablement les trois niveaux de protection proposés. Même si cette modalité n’est pas celle qu’il aurait souhaitée en principe, aujourd’hui, par souci de pragmatisme, tout système de protection, favorable à tous, devra probablement opérer des distinctions entre les différentes formes d’expressions culturelles traditionnelles selon la valeur et l’importance qu’attribue à un élément particulier le créateur de l’expression culturelle traditionnelle. Le Conseil Same se félicite de la mention faite au consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause, qui laisse supposer le droit pour les peuples autochtones de déterminer exclusivement quels sont les éléments essentiels de leur patrimoine culturel. Cela dit, il est persuadé que les listes figurant à l’article 3.a)i) et ii) doivent être complétées aux fins d’étendre la protection à un plus grand nombre d’expressions culturelles traditionnelles autochtones qui, selon les régimes classiques de droits de propriété intellectuelle, appartiennent audit domaine public. En outre, le Conseil Same se dit préoccupé par le fait que la protection de ces expressions est soumise à l’inscription sur un registre public. Il conviendrait pour le moins de préciser que la disposition ne s’applique pas si l’enregistrement d’un élément donné pose un problème culturel aux peuples concernés.</p> <p>(CONSEIL SAME)</p> <p>Nous recommandons une fois encore l’inclusion dans cet article du mot “déformation”. Le titre de cet article lirait maintenant comme suit : “ACTES D’APPROPRIATION ILLICITE ET DÉFORMATION”</p> <p>À l’alinéa i) du paragraphe b), nous suggérons l’inclusion des énoncés suivants :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. que n’aura lieu aucune représentation volontaire des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore 2. qu’aucune déformation de l’expression ne portera atteinte à l’honneur, à la dignité ou à l’intérêt culturel de la communauté autochtone et locale. <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>Article 4. Gestion des droits</p>	<p>Le projet d’article devrait viser les cas dans lesquels une expression est sous la garde de plusieurs communautés.</p> <p>La disposition exigeant le respect du principe du consentement préalable en connaissance de cause devrait rendre redondante l’expression “lorsqu’elle est requise en vertu des présentes dispositions” (point a)).</p> <p>(BRÉSIL)</p> <p>Il est obligatoire que l’autorisation soit d’abord demandée à la communauté concernée. Tout organisme compétent chargé de délivrer une telle autorisation doit être constitué de membres des communautés.</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <p>Article 4.a), ligne 4, après “une administration agissant”, les mots “selon la meilleure interprétation de la législation nationale” devraient être ajoutés.</p> <p>Article 4.i) ligne 2, après “prise de décisions”, les mots “dans le cadre des procédures nationales” devraient être ajoutés.</p> <p>Article 4.2), après le mot “directement”, les mots “ou indirectement conformément à la législation nationale” devraient être ajoutés.</p> <p>(IRAN, RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D’)</p> <p>Voir au paragraphe 6.33 de l’Appendice.</p>

	<p>(MAUI SOLOMON)</p> <p>Eu égard à l'article 4, le Conseil Same est rassuré par le fait, comme le précise le commentaire, qu'une administration publique ne peut jouer un rôle dans la gestion des expressions culturelles traditionnelles que si le peuple d'où provient l'expression y consent. En revanche, l'article 4 – en évoquant simplement la "consultation" – ne traduit pas clairement la nécessité du consentement. Cet article doit être reformulé en conséquence.</p> <p>(CONSEIL SAME)</p> <p>Le rôle d'une "administration" agissant à la demande et au nom des communautés concernées constitue un concept important, mais il reste à savoir dans quelle mesure il serait réaliste qu'une administration agisse au nom des peuples et des communautés autochtones. À cet égard, le SPFII partage les réserves exprimées par la Colombie et le Conseil Same.</p> <p>(SECRÉTARIAT DE L'INSTANCE PERMANENTE SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES)</p> <p>Nous suggérons que cet article contienne les dispositions suivantes concernant :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. la source/le lieu et/ou la communauté d'où est issue l'expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore; 2. le cas où une communauté ne peut pas être identifiée qui est la propriétaire d'expressions culturelles traditionnelles ou d'expressions du folklore; 3. le cas où des expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore s'étendent à plusieurs pays; 4. le cas où une expression culturelle traditionnelle ou une expression du folklore particulière dans une zone donnée peut ne pas être la même dans une autre communauté. <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>Article 5. Exceptions et limitations</p>	<p>Point a)iii) : supprimer les expressions "comptes rendus d'événements d'actualité" et "utilisations occasionnelles" qui renvoient à des circonstances trop vagues.</p> <p>(BRÉSIL)</p> <p>Il convient de veiller à ne pas entraver la créativité, la liberté artistique, les échanges culturels ou l'ingéniosité. La protection doit se limiter à empêcher que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne soient pas exploitées par des personnes autres que leurs auteurs. Il est, à cet égard, intéressant de noter les mesures de protection mises en œuvre par l'OMPI dans le cadre de l'élaboration de contrats adaptés, de l'établissement d'inventaires de propriété intellectuelle et autres principes directeurs et codes de conduite à l'intention des musées, des services d'archives et des inventaires du patrimoine culturel.</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <p>Au sujet de l'article 5, le Conseil Same approuve les paragraphes a)i) et ii), ainsi que le paragraphe b). Toutefois, la liste contenue au paragraphe a)iii) est trop exhaustive. La mention de la recherche, en particulier, est préoccupante, les peuples autochtones ayant toujours eu et continuant d'avoir quantité de difficultés avec les instituts de recherche.</p> <p>(CONSEIL SAME)</p> <p>Le SPFII reconnaît que les exceptions et limitations concernant le droit d'auteur en général devraient être établies par les États membres, mais également en consultation avec les peuples et communautés autochtones.</p> <p>(SECRÉTARIAT DE L'INSTANCE PERMANENTE SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES)</p> <p>Nous faisons nôtres en général les sections et sous-sections de cet article mais sommes préoccupés par les mots "utilisation occasionnelle" et demandons au Secrétariat de l'OMPI de définir dans une note en bas de page ces mots. Nous sommes d'avis qu'au sens le plus large, ils pourraient supposer une appropriation illicite ou utilisation abusive délibérée.</p> <p>Nous faisons nôtre sans réserve l'insertion des mots "droit coutumier" dans l'alinéa i) du paragraphe a) étant donné que la constitution sud-africaine prévoit le droit coutumier et que les tribunaux en Afrique du Sud appliquent ce droit lorsqu'il est applicable.</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p> <p>a) Illustration d'un enseignement et d'un apprentissage. Les communautés autochtones et locales pourraient avoir quelques objections au partage de leurs savoirs à des fins d'éducation. Un législateur Tulalip de l'État de Washington par exemple a introduit une loi – qui a été adoptée – en vertu de laquelle les écoles publiques doivent enseigner l'histoire et la culture des tribus. Les tribus de l'État de Washington considèrent dans une large mesure la valeur du partage de parties de leur histoire et de leur culture aux fins d'une éducation plus large comme faisant partie de la compréhension interculturelle et du partage de modèles pour une société durable.</p> <p>Toutefois, elles craignent que les matériels ne soient limités aux contextes dans lesquels ils sont partagés. Les tribus Tulalip ont fait part au groupe de travail sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques d'un cas où une ancienne avait raconté une histoire personnelle à des étudiants. Cette ancienne avait donné à l'enseignant l'autorisation de l'enregistrer, pensant que celui-ci l'utiliserait pour préparer des leçons en rapport avec l'histoire. L'enseignant lui a transcrit l'histoire et il l'a publiée. La vieille femme s'est sentie réellement offensée car cette histoire était personnelle dont elle détenait la garde et qui, dans le contexte traditionnel, ne pouvait être racontée que par elle. Ceux et celles qui ont entendu l'histoire ont été autorisés à la conserver en mémoire et à en tirer les enseignements mais la coutume Tulalip leur interdit de la répéter à autrui.</p>

b) Recherche non commerciale ou étude privée. Ces activités peuvent devenir un moyen d'accroître la disponibilité des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pour une gamme toujours de plus en plus vaste de tiers et elles peuvent œuvrer contre le secret culturel. La recherche non commerciale aboutit normalement à des publications qui échappent au contrôle direct des détenteurs originels des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

Sans dispositions juridiques additionnelles, les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore publiées entrent ensuite dans le système de droit d'auteur occidental, ce qui aboutit inexorablement au domaine public. Les informations largement publiées et diffusées peuvent changer les hypothèses juridiques sur lesquelles repose le statut des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, que l'intention des détenteurs de savoirs originels ait ou non été de rendre ces informations largement ou publiquement disponibles. Une plus grande disponibilité complique également la tâche des détenteurs de savoirs traditionnels qui doivent défendre les droits reconnus de contrôler l'utilisation de leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou d'en bénéficier.

Ce principe général risque d'échouer pour deux raisons liées au consentement préalable donné en connaissance de cause. La première concerne l'autorité en vertu de laquelle des matériels de recherche sont obtenus (qui a donné le consentement?). Mains chercheurs par exemple ont obtenu l'autorisation d'accéder à des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore grâce aux relations personnelles qu'ils entretenaient avec des détenteurs traditionnels. Ces individus font partie intégrante d'une société élargie qui peut revendiquer des droits de contrôle collectifs sur les savoirs. Le système de gouvernance collectif peut ou peut ne pas permettre aux détenteurs de savoirs traditionnels de divulguer ces savoirs.

La seconde grande raison est la détermination des conditions dans lesquelles le consentement est donné. De nombreuses communautés autochtones et locales vivent dans des cultures essentiellement orales. Il se peut qu'elles n'aient été que très peu ou pas du tout exposées au système de publication et universitaire non autochtone. À moins que les questions de publication et celles de l'accès et de l'utilisation potentiels par des tiers ne soient traitées, il sera très difficile d'obtenir un consentement. Les détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont peut-être pas conscients que les savoirs publiés et divulgués acquièrent une vie et ont une carrière juridique les amenant au domaine public.

Les tribus Tulalip ne s'opposent pas à ce qu'une communauté autochtone ou locale prenne la décision, avec le consentement préalable donné en connaissance de cause, de divulguer ses savoirs, de les partager et d'en permettre l'utilisation à des fins d'étude ou de recherche. Les droits acquis par les chercheurs ou les étudiants et par des tiers qui trouvent leurs œuvres publiées devraient être limités à moins qu'ils ne soient mis en circulation avec le consentement express des détenteurs de traditions.

c) Critiques ou évaluations. Les objections ici sont couvertes dans celles qui ont été soulevées plus haut.

d) Comptes rendus d'événements d'actualité. Dans de nombreux cas, cela peut ne pas être un problème mais, dans un cas spécifique, il faut clarifier les éventuels problèmes.

En 1984, un journaliste de Santa Fe dans l'État du Nouveau Mexique a survolé une cérémonie sacrée du village de Santo Domingo, prenant des photographies et les publiant ensuite dans le journal local sous le titre de "pow-wow" (exemple examiné longuement dans Susan Scafidi, *Who Owns Culture?* Rutgers University Press, 2005 et Daniel Wugner, *Prevention of Misappropriation of Intangible Cultural Heritage through Intellectual Property Laws*, dans J. Michael Finger et Philip Schuler (eds.), *Poor People's Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*. Banque mondiale, 2004).

Le village de Santo Domingo lui a intenté un procès. Qualifier la cérémonie sacrée de "pow-wow" était très offensant. Mais plus grave encore était le fait que le survol avait perturbé la cérémonie et réduit son efficacité de telle sorte qu'aux yeux des villageois, il avait porté atteinte à une cérémonie spirituelle et les avait obligés à renouveler leur relation avec certaines forces spirituelles pour l'année à venir. La publication des photographies avait violé la loi coutumière relative à cette cérémonie sacrée. L'affaire a été réglée à l'amiable mais le village aurait vraisemblablement perdu toute demande fondée sur la protection de la propriété intellectuelle. La cérémonie était secrète et le village n'avait ménagé aucun effort pour qu'elle le soit. Il n'empêche qu'elle était visible du ciel, signifiant que les tribunaux auraient décidé que, faute de droit d'auteur, aucun recours n'était possible puisqu'elle était exécutée dans le domaine public avec le toit ouvert et sans protection. Ce toit ouvert est cependant nécessaire pour communiquer avec le créateur et les esprits tribaux. Pour protéger la cérémonie, le village aurait dû changer de coutume afin de se conformer à la loi occidentale sur les droits de propriété intellectuelle et de recouvrir l'espace consacré à la cérémonie.

e) Procédures juridiques. Bien que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent forcément être disponibles dans les procédures juridiques, il faut les limiter. De nombreux pays ont des lois qui font des procédures juridiques partie des archives et du domaine publics de telle sorte que, dans la défense de leurs droits, les communautés autochtones et locales risquent en fait d'exposer davantage leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore à la divulgation. Les États devraient être encouragés à faire en sorte que l'utilisation comme éléments de preuve d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dans les litiges de responsabilité délictuelle soit protégée contre l'accès public et exempte des lois relatives au domaine public.

f) Exceptions en matière d'archives. Les communautés autochtones et locales n'ont pas souvent d'objections contre les archives de leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore si elles en contrôlent l'accès, l'entretien et les usages des matériels archivés. Les tribus aux États-Unis d'Amérique ont collaboré avec la Bibliothèque du Congrès, la Smithsonian Institution, le Musée national des Amérindiens et d'autres institutions pour archiver et exposer de nombreuses expressions culturelles traditionnelles tribales ou expressions du folklore tribal.

L'archivage de quelques expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peut être contestable. Les communautés autochtones et locales peuvent en effet ne pas être préoccupées par la distinction entre l'utilisation commerciale et non commerciale mais elles sont préoccupées par le bien-fondé de cet archivage. Le droit coutumier par exemple peut interdire le stockage de quelques formes d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, en particulier celles qui sont hautement sacrées, secrètes ou limitées à certains individus et usages.

Il peut être très offensant par exemple de filmer, de numériser et d'archiver certaines cérémonies, danses, chansons et peintures sacrées. De nombreux Navajos par exemple peignent des tableaux de sable pour ensuite les vendre mais quelques peintures de sable sont très sacrées et sont détruites après avoir été utilisées au cours d'une cérémonie. L'archivage d'exemples de ces peintures risque d'être offensant ou même dangereux car elles font intervenir des pouvoirs spirituels.

Le désir exprimé par un pays de préserver son patrimoine national a dans le passé été utilisé pour justifier l'archivage de nombreuses expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Il arrive que les détenteurs de traditions n'acceptent pas que ces expressions fassent partie dudit patrimoine. Comme détenteurs de traditions, ils pensent que c'est à eux qu'il incombe de prendre les décisions relatives aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Quelques anciens tribaux ont déclaré qu'il est préférable que certains savoirs ne soient pas transmis ou archivés si les conditions spirituelles et traditionnelles propres à leur transmission à la prochaine génération ne sont pas remplies. Les peuples autochtones dans le monde pensent que ces savoirs ne sont pas réellement perdus puisqu'ils sont le fruit de la révélation du créateur. Si les conditions ne sont pas appropriées, le créateur peut temporairement retirer les cadeaux du savoir qui seront cependant rendus une fois les conditions devenues appropriées.

En résumé, l'exception relative à l'archivage ne devrait pas être utilisée pour permettre des activités d'archivage qui vont à l'encontre des souhaits des détenteurs des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore lorsque ceux-ci peuvent être identifiés, et il devrait y avoir pour les détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore des dispositions leur permettant de contester et de revendiquer les matériels détenus dans des archives.

g) Utilisations occasionnelles. Cette question a été en grande partie traitée dans des observations antérieures et suivantes. On se contentera d'ajouter que l'utilisation de parties même petites d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et leur incorporation dans des œuvres dérivées peut être offensante et violer les lois coutumières.

Observations de caractère général. Pour les tribus Tulalip, l'acceptabilité des exemptions proposées dépendra dans une large mesure de l'interprétation à l'échelle nationale des termes contenus dans le paragraphe opérationnel qui impose des restrictions aux exemptions :

"pour autant que chacune de ces utilisations soit conforme aux bons usages, que la communauté concernée soit mentionnée en tant que source des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore lorsque c'est raisonnablement possible et qu'elle ne soit pas offensante pour la communauté concernée".

Par "bons usages", si ces termes signifient un usage loyal, on entend qu'est donnée aux utilisateurs d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore l'autorisation d'extraire les idées contenues dans les productions des communautés autochtones et locales par rapport à leurs expressions. Pour les tribunaux, il risque d'être difficile de le déterminer et il est probable que la présomption dans les systèmes nationaux traduira souvent les concepts nationaux d'"usage loyal". La défense de l'idée/expression pourrait éventuellement être utilisée pour justifier de grandes quantités d'appropriation.

S'agissant de la reconnaissance, il sied de reconnaître que les communautés autochtones et locales cherchent souvent à contrôler leurs savoirs plutôt qu'à les faire reconnaître. Les tribus Tulalip sont déjà intervenues pour souligner que le concept du domaine public est étranger à de nombreuses communautés autochtones et locales. Il est difficile mais pas impossible d'identifier les communautés sources en tant que détenteurs originels des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Dans le domaine des objets physiques, les États Unis d'Amérique ont adopté des dispositions dans la loi sur la protection des sépultures des Américains autochtones et le rapatriement de leur contenu (NAGPRA) qui renferme des dispositions permettant aux tribus de solliciter la garde de restes humains et d'objets sacrés. Elles doivent présenter des preuves qui démontrent l'existence d'un lien historique direct avec les restes humains et les objets sacrés. De grandes parties des objets ne peuvent pas être rattachées à des descendants vivants et elles ne s'inscrivent donc pas dans l'étendue de la protection. Des dispositions similaires pourraient être calquées pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, permettant ainsi l'élaboration d'annexes aux exceptions d'exceptions.

La norme de ce qui est "offensant" ne précise pas qui détermine le motif offensant. Ceux qui utilisent des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore affirment souvent qu'ils honorent des traditions et que les œuvres dérivées sont réalisées dans l'esprit des traditions culturelles. Les détenteurs de traditions peuvent voir dans une optique différente les usages dérivés.

D'après le droit coutumier, de nombreuses expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont limitées à des individus, des familles, des clans, des structures ou autres groupes définis localement. Elles peuvent être traditionnellement exprimées à des époques particulières de l'année ou dans des conditions très précises.

Les différences d'interprétation aux États-Unis d'Amérique ont été réglées au moyen des "Canons of Construction", principes directeurs d'interprétation que les tribunaux utilisent pour rendre une décision. Un solide principe de l'interprétation des traités est que ceux-ci doivent être interprétés en fonction de la manière dont les tribus négociant les traités les comprenaient à l'époque. Dans les cas où celle-ci ne peut pas être déterminée, les tribunaux utilisent l'interprétation qui favorise le plus les tribus.

D'autres commentateurs ont fait part de leurs préoccupations concernant la nécessité de préserver les bons usages, la liberté de parole et la liberté d'expression pour créer des réservoirs nationaux et mondiaux desquels d'autres créations et innovations peuvent être obtenues. Les communautés autochtones et locales n'ont pas caché les

	<p>craintes qu'elles ont de voir des normes extérieures de bons usages imposées pour ce qui est des savoirs que gouvernent les traditions locales.</p> <p>La liberté de parole est en partie un leurre puisque bon nombre de pays ont défini un certain nombre de catégories de parole qui sont interdites comme les discours de haine, les expressions incitant à la subversion ou à la trahison, la diffamation, les discours provoquant la panique et ainsi de suite. La liberté de parole et d'expression est réglementée de nombreuses façons dans la plupart sinon la totalité des cultures nationales. La règle générale est que les limitations sont soigneusement prises en considération, qu'elles ne sont pas trop lourdes de conséquences, qu'elles ont des buts bien précis et qu'elles ne sont pas arrêtées de manière arbitraire et capricieuse.</p> <p>Les tribus Tulalip sont d'avis que les limitations en matière d'utilisation loyale, de liberté de parole et de liberté d'expression dans le cas des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore examinées ci-dessus répondent à ces critères. Elles sont étroites car elles ne sont pas à la disposition de tous les citoyens et s'appliquent en général aux cultures minoritaires dans les systèmes nationaux.</p> <p>De nombreuses nations reconnaissent les droits autochtones à l'autogouvernance et quelques-unes un principe plus vigoureux de souveraineté tribale fondé sur des droits préalables à l'autogouvernance.</p> <p>La résolution 2006/2 du Conseil des droits de l'homme contient un certain nombre de déclarations qui renforcent ce statut pour tous les peuples autochtones. À cet égard, les articles 11 et 31 de l'actuel projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones revêtent une importance particulière :</p> <p>Article 11</p> <p>1. Les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes. Ils ont notamment le droit de conserver, protéger et développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et du spectacle et la littérature.</p> <p>2. Les États doivent accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces, y compris en matière de restitution, mis au point en concertation avec les peuples autochtones, en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement libre, préalable et éclairé, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes.</p> <p>Article 31</p> <p>1. Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, ce savoir traditionnel et ces expressions culturelles traditionnelles.</p> <p>2. En concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître et protéger l'exercice de ces droits.</p> <p>Les tribus Tulalip ne croient pas que ceux qui s'opposent aux limitations proposées aux exceptions types ont réussi à prouver que : a) Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore des communautés autochtones et locales qui ont survécu "appartiennent" naturellement au patrimoine national ou mondial; ou b) Protéger ces expressions causeront des dommages de grande envergure ou irréparables aux systèmes nationaux ou mondiaux d'innovation.</p> <p>Les communautés autochtones et locales partagent une grande partie de leurs traditions avec des cultures nationales et mondiales. Elles se refusent en général à admettre que n'importe qui, n'importe où et à n'importe quel moment devrait avoir librement accès à leurs traditions les plus sacrées et privées ou que ces traditions appartiennent par défaut au domaine public. La grande majorité des savoirs qui existent dans le monde n'émane pas de communautés autochtones et locales et ils ne seraient pas touchés par les limitations aux exceptions proposées dans ces observations. Ce ne sont pas des limitations arbitraires et capricieuses, en ce sens qu'elles reposent sur des droits internationalement reconnus à l'autodétermination, à l'intégrité culturelle et au droit de "préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles".</p> <p>(TRIBUS TULALIP)</p>
<p>Article 6. Durée de la protection</p>	<p>La durée de protection ne devrait dépendre que du respect des critères de protection. Lorsqu'une expression culturelle traditionnelle satisfait à ces critères, la protection devrait être accordée sans qu'il soit nécessaire de remplir d'autres formalités.</p> <p>(BRÉSIL)</p> <p>Il est important de souligner que si l'objectif visé est d'adopter des textes législatifs en faveur des communautés, les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être protégées pendant une durée déterminée. Après ce délai, il est nécessaire qu'elles tombent dans le domaine public et qu'il soit admis qu'aucune communauté ne peut se prévaloir de droits sur ces expressions.</p>

	<p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <p>La Fédération est en désaccord avec ce principe selon lequel la protection n'est pas illimitée et qu'elle peut tomber dans le domaine public. Les expressions culturelles traditionnelles sont une culture vivante dans les communautés maories. Les traditions sont intergénérationnelles et elles devraient donc être protégées de génération en génération; et la protection ne devrait donc pas expirer. Le régime occidental de protection ne sera pas durable si les opinions des autochtones ne sont pas prises en considération et appliquées comme il se doit.</p> <p>(FÉDÉRATION DES AUTORITÉS MAORIES)</p> <p>En ce qui concerne l'alinéa ii) de l'article 6, une durée de protection des droits secrets aussi longtemps qu'ils restent secrets n'offre aucune possibilité de sécurité et porte donc clairement atteinte à la protection légitimement obtenue et au respect d'autres droits de propriété intellectuelle de telles marques.</p> <p>(ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LES MARQUES – INTA)</p> <p>L'article 6 est satisfaisant.</p> <p>(CONSEIL SAME)</p> <p>L'aspiration des peuples autochtones à une protection d'une durée indéfinie pour certains aspects des expressions de leurs communautés est extrêmement importante, et pour cette raison, la position des peuples autochtones à l'appui du SPFII dans cette disposition.</p> <p>(SECRÉTARIAT DE L'INSTANCE PERMANENTE SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES)</p> <p>Nous faisons nôtre l'existence à perpétuité de la propriété des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. La teneur de cet article fait certes allusion à la perpétuité mais nous prions vivement le Secrétariat de consacrer en termes explicites cet état de protection.</p> <p>À l'alinéa ii), nous prions par ailleurs le Secrétariat de faire la distinction entre le mot "secrètes" et le mot "sacrées". Dans ce contexte, nous recommandons l'inclusion du mot "sacrées". L'alinéa lirait maintenant comme suit : "en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes, leur protection dure aussi longtemps qu'elles restent sacrées et secrètes".</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>Article 7. Formalités</p>	<p>Le Brésil n'est pas d'accord avec l'idée de l'obligation d'enregistrement comme condition de la protection des droits des gardiens sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.</p> <p>iv) : le Brésil s'inquiète du recours aux modes de règlement extrajudiciaire des litiges pour résoudre des litiges relatifs aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et propose de supprimer le renvoi à ce type de règlement dans le projet d'instrument.</p> <p>(BRÉSIL)</p> <p>Il convient de suivre une procédure administrative combinée, comme en ce qui concerne les systèmes d'enregistrement de la propriété intellectuelle.</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <p>Article 7.B) : La Fédération ne croit pas que, pour qu'il y ait protection, l'expression culturelle traditionnelle doit faire l'objet d'un enregistrement et/ou d'une notification auprès d'un office ou d'une organisation.</p> <p>L'enregistrement d'une expression culturelle traditionnelle ne devrait pas tomber dans le domaine public, même une fois que l'expression a été utilisée. La Fédération soutient qu'il ne devrait pas y avoir pour les Maoris et d'autres autochtones de fardeaux supplémentaires, qu'ils soient financiers, sociaux ou autres. Ce système est un système occidental de protection et les droits des peuples autochtones devraient être automatiquement protégés dans leur pays d'origine. C'est pourquoi les fardeaux supplémentaires imposés aux Maoris et peuples autochtones à des fins de protection au titre de ce système ne devrait pas l'être aux dépens des Maoris.</p> <p>(FÉDÉRATION DES AUTORITÉS MAORIES)</p> <p>Concernant l'article 7, le Conseil Same a déjà manifesté sa préoccupation quant à subordonner la protection des expressions culturelles traditionnelles à un enregistrement.</p> <p>(CONSEIL SAME)</p> <p>Le SPFII convient que d'une façon générale, les ECT/EF devraient être protégées sans formalités, à la façon du droit d'auteur. La question de l'enregistrement ou de la notification des ECT/EF nécessitant une protection supplémentaire doit être approfondie. Le SPFII estime qu'un organisme administratif s'occupant de toutes les questions évoquées dans l'article provisoire devrait clarifier son rôle pour éviter une charge de travail excessive en raison de la complexité des problèmes.</p> <p>(SECRÉTARIAT DE L'INSTANCE PERMANENTE SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES)</p> <p>Nous faisons nôtre la teneur de cet article car nous sommes d'avis que le désir de respect se perd dans la bureaucratie.</p>

	<p>Il est prévu qu'en insérant les dispositions de cet article, il sera possible d'éviter les coûts prohibitifs que représentent l'enregistrement et la préservation de la propriété des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.</p> <p>En ce qui concerne la sous-section iv), l'Afrique du Sud a déjà créé un office appelé l'Office national des systèmes de savoirs autochtones qui a pour mandat d'entreprendre le processus d'enregistrement des détenteurs et praticiens de ces systèmes. En outre, cet office est chargé d'aider les communautés autochtones et locales dans le cas des conflits prévus à l'article 8.</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>Article 8. Sanctions, recours et exercice des droits</p>	<p>Il serait souhaitable d'indiquer en quoi consiste une violation. Il conviendrait également de préciser les mécanismes d'exécution et les modes de règlement des litiges, ainsi que les sanctions, les recours et les mesures d'application des droits.</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>Voir aux paragraphes 6.33 et 6.35 de l'Appendice.</p> <p>(MAUI SOLOMON)</p> <hr/> <p>L'article 8 ne soulève aucune objection, à la condition toutefois d'y préciser que l'administration publique intervient dans l'application des droits dans la seule mesure où les peuples autochtones y consentent.</p> <p>(CONSEIL SAME)</p> <hr/> <p>Le SPFII reconnaît que les sanctions et voies de recours pénales et civiles en cas de violation des droits, en particulier lorsqu'une communauté a été lésée et qu'un préjudice culturel a été commis, devraient être prévues dans le cadre de cette disposition. De plus, les peuples autochtones doivent être consultés à tous les niveaux sur toute évolution concernant les sanctions, les voies de recours et les moyens d'application.</p> <p>(SECRETARIAT DE L'INSTANCE PERMANENTE SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES)</p> <hr/> <p>Nous recommandons l'inclusion des mots "civils et pénaux" au point 8 qui lirait maintenant comme suit : "Sanctions, recours civils et pénaux, et exercice des droits".</p> <p>Nous faisons certes nôtre les mécanismes d'exécution et de règlement des litiges de l'OMPI mais il faut également prendre en considération les mécanismes coutumiers d'exécution et de règlement de ces litiges. Tout aussi importants dans le contexte coutumier sont les sanctions et les recours.</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>Article 9. Mesures transitoires</p>	<p>Cette disposition devrait aussi autoriser l'application de la protection aux droits précédemment acquis par des moyens qui ne sont pas conformes aux autres dispositions du projet d'instrument.</p> <p>(BRÉSIL)</p> <hr/> <p>L'option présentée au point iii) propose notamment "une solution intermédiaire selon laquelle les utilisations soumises à autorisation en vertu de la législation ou de la réglementation et qui auraient commencé sans autorisation avant l'entrée en vigueur de celle-ci devraient cesser avant l'expiration d'un certain délai (si l'utilisateur n'a pas obtenu entre temps l'autorisation requise)". Il conviendrait d'appliquer intégralement le principe du domaine public, à savoir qu'il est impossible de s'approprier une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore appartenant à une communauté, même si elle existait avant l'entrée en vigueur de la norme.</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>L'INTA prend note de la mention qui est faite des "actes" dans le paragraphe b). Cette terminologie n'est pas claire pour ce qui est de l'étendue des actes qu'il est censé englober. Sans lien avec l'article premier, on peut se poser la question de savoir si cela élargit la méthode d'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, notamment par rapport à une expression culturelle qui est devenue commerciale, ou pour couvrir le fait qu'il n'y a pas dans la réalité une utilisation continue nonobstant la mention faite à l'article premier. En bref, le terme "actes" est dans ce contexte ambigu. Le bout de phrase "sous réserve des droits antérieurs des tiers" a certes été inclus dans le texte mais rien ne garantit qu'il a pour objet de soutenir le principe général du "premier arrivé, premier servi" auquel souscrit vigoureusement l'INTA.</p> <p>(ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LES MARQUES – INTA)</p> <hr/> <p>Quant à l'article 9, le Conseil Same accepte la solution intermédiaire retenue, tout en reconnaissant qu'il faudra un certain temps pour rendre la législation en matière de droits de propriété intellectuelle conforme aux objectifs et aux principes. Il souhaite toutefois que soit supprimé le membre de phrase "sous réserve des droits antérieurs des tiers".</p> <p>(CONSEIL SAME)</p> <hr/> <p>Le principe selon lequel le concept de 'domaine public' n'est pas reconnu par les peuples autochtones a fait l'objet d'un commentaire de Victoria Tauli-Corpuz dans le document qu'elle a présenté à l'Atelier international sur les savoirs traditionnels qui s'est tenu à Panama en septembre 2005. Si l'on examine le document de</p>

	<p>Mme Tauli-Corpuz et la déclaration des tribus Tulalip sur la non-reconnaissance et le non-respect du droit coutumier par les gouvernements et les citoyens, il est évident que les peuples autochtones et non autochtones entendent différemment le concept de ‘domaine public’. C’est pourquoi le SPFII convient que ce concept et les options énoncées dans cette disposition appellent une réflexion plus poussée.</p> <p>(SECRÉTARIAT DE L’INSTANCE PERMANENTE SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES)</p> <hr/> <p>Nous faisons nôtre et appuyons cet article.</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>Article 10. Liens avec la protection de la propriété intellectuelle et autres formes de protection, préservation et de promotion</p>	<p>Il ressort des commentaires sur cet article qu’il est possible de protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore grâce à l’application de mécanismes de protection de la propriété intellectuelle, tels que l’utilisation d’une norme complémentaire.</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>Nonobstant l’amendement, l’article 10 continue de conférer une protection spéciale aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore au moyen de mécanismes de protection complémentaires. Comme indiqué précédemment, l’INTA s’oppose pour les raisons mentionnées antérieurement à toute proposition qui chercherait à accorder un statut de marque spécial aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Il est certes admis dans le commentaire que le mécanisme d’identification et d’“enregistrement” d’une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore doit être laissé aux autorités régionales mais l’INTA craint que l’on n’ait pas suffisamment pensé aux mécanismes d’exécution ou aux principes généraux concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore à l’intérieur de tels systèmes. Il est assez manifeste que c’est l’application de bon nombre de ces principes qui sera motif de préoccupation et une analyse approfondie de leur application peut éviter que de vagues principes directeurs ne donnent plus tard lieu à de nouveaux problèmes, en particulier lorsqu’ils peuvent être en conflit avec des régimes de propriété intellectuelle existants dont les utilisateurs exigent sécurité et conformité. Il est bien sûr important de reconnaître et de protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore des communautés et peuples autochtones mais il n’est pas nécessaire d’assurer cette protection en créant des règles vagues ou aux ramifications trop larges, ou en appliquant une norme différente pour ce qui est protégeable (et du niveau et des sanctions applicables) dans les lois de propriété intellectuelle de la région en question. Le fait de n’avoir pas pris pleinement en considération durant les phases préparatoires l’impact et les ramifications tout entiers d’un tel processus pourrait un jour miner l’intention visée à l’origine qui était de formuler une doctrine de protection générale de manière à stimuler une plus grande prise de conscience par la communauté de la valeur inhérente du patrimoine autochtone et des expressions culturelles traditionnelles qui y sont associées.</p> <p>(ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LES MARQUES – INTA)</p> <hr/> <p>Le Conseil Same approuve l’article 10.</p> <p>(CONSEIL SAME)</p> <hr/> <p>Cette disposition comprend une bonne compilation des lois relatives à la propriété intellectuelle ainsi que de mesures ne concernant pas la propriété intellectuelle qui pourraient être utilisées pour protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.</p> <p>(SECRÉTARIAT DE L’INSTANCE PERMANENTE SUR LES QUESTIONS AUTOCHTONES)</p> <hr/> <p>Nous faisons certes nôtre la notion selon laquelle l’instrument doit être complémentaire d’autres instruments de protection applicables à la propriété intellectuelle et reposer sur un soutien mutuel mais nous constatons avec préoccupation que la protection classique de la propriété intellectuelle ne répond pas aux attentes des communautés autochtones et locales à de nombreux niveaux.</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
<p>Article 11. Protection régionale et internationale</p>	<p>Outre un renforcement des accords et conventions internationaux, il conviendrait de prendre en considération l’article 3 de l’Accord sur les ADPIC relatif au traitement national, qu’il serait nécessaire d’adapter aux particularités des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.</p> <p>(INSTITUT ÉQUATORIEN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE – IEPI)</p> <hr/> <p>La Fédération convient qu’il est nécessaire d’assurer une protection à l’échelle régionale et internationale et reconnaît que son exécution sera onéreuse et difficile.</p> <p>Les accords et traités régionaux et internationaux sont un moyen de protection aussi longtemps que les opinions des autochtones sont prises comme il se doit en considération.</p> <p>L’appropriation illicite de la culture maorie est déjà une question pertinente et il y a eu un certain nombre de cas de ce genre dont l’un des plus récents a été une trousse Halloween Moko. C’est là un exemple qui montre que la mise en place d’un régime de protection internationale est importante.</p> <p>La Fédération aimerait examiner plus en détail les possibilités d’une protection régionale et internationale et elle accueillerait avec satisfaction la possibilité de faire des observations sur cette question.</p> <p>(FÉDÉRATION DES AUTORITÉS MAORIES)</p> <hr/> <p>Concernant l’article 11, le Conseil Same estime que cette question exige un examen complémentaire. Il souhaite toutefois féliciter le Secrétariat de l’OMPI d’avoir reconnu le rôle que les systèmes juridiques coutumiers autochtones doivent jouer également dans la protection transfrontalière des expressions culturelles traditionnelles.</p>

	<p>(CONSEIL SAME)</p> <p>Nous recommandons en outre l'inclusion dans cette section au point 11 du mot "national". Le point 11 lirait maintenant comme suit : "Protection nationale, régionale et internationale".</p> <p>Nous sommes certes conscients qu'il y a de réelles contradictions dans les volets essentiels des instruments internationaux existants mais nous sommes en faveur de l'harmonisation de ces instruments. Nous l'affirmons en prenant comme prémisse que les pays ne sont pas tous signataires d'instruments particuliers, ce pour quoi l'octroi de droits à des étrangers risque de poser problème.</p> <p>Nous aimerions également que soient précisés les termes "bénéficiaires étrangers". Qui détermine ces bénéficiaires?</p> <p>(AFRIQUE DU SUD)</p>
--	--

[L'appendice suit]

APPENDICE

EXAMEN PAR UN SPÉCIALISTE

fait pour le Ministère du développement économique

des documents de l'OMPI intitulés "La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et principes révisés (WIPO/GRTKF/IC/8/4) et La protection des savoirs traditionnels : Objectifs et principes révisés (WIPO/GRTKF/IC/8/5)"

par Maui Solomon, avocat
Wellington, Aotearoa/Nouvelle-Zélande (maui.solomon@paradise.net.nz)

"Ces observations ne représentent pas la position du Gouvernement néo-zélandais. Nous estimons cependant qu'il serait utile que le comité intergouvernemental les prenne en compte comme étant les opinions du peuple autochtone sur les projets d'objectifs et de principes".

TABLE DES MATIÈRES

1. **Introduction**
2. **Énoncé de contexte**
3. **Dans quelle mesure les principes ou les objectifs de politique générale que contiennent les documents s'appliquent-ils à la situation en Nouvelle-Zélande, en particulier dans une perspective Maori?**

Observations de caractère général

Responsabilités du Traité de Waitangi

Principes pertinents du Traité

Résumé des principes du Traité

Cadre juridique de la Nouvelle-Zélande

Importance pour l'élaboration de la politique du Gouvernement néo-zélandais

Matauranga Maori, Tikanga, Kawa et perspective du droit coutumier

Récents approches et aspirations maories en matière de savoirs traditionnels

Recherches génétiques sur le cancer

Planification des routes et savoirs maoris

Gestion des écosystèmes aquatiques et des savoirs traditionnels

Marques commerciales maories

Développement hapu durable et savoirs traditionnels

Recherches sur les plantes médicinales

Emploi de marques

Jeux informatiques et savoirs traditionnels

Exemples pratiques de l'utilisation abusive et de l'appropriation illicite des savoirs traditionnels Maori en Nouvelle-Zélande et à l'étranger

4. Dans quelle mesure les principes ou objectifs de politique générale pourraient-ils contribuer à la mise en place d'une protection efficace des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles?

Limites de l'approche

Mérites des principes et des objectifs pour la protection des savoirs traditionnels

Une étude de cas : moko Tame Iti

Résumé de la mesure dans laquelle les propositions peuvent contribuer à une protection efficace des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles

Un document unique?

5. Donner des avis sur l'appropriation illicite et l'utilisation abusive (et les actions de tierces parties) sans exiger l'imposition de nouveaux droits de propriété sur les savoirs traditionnels mais prenant en compte cette option au cas où les détenteurs de savoirs traditionnels le souhaiteraient?

6. Y-a-t-il des principes qui revêtent une importance particulière? Quels sont-ils et pourquoi? Des améliorations ou des changements pourraient-ils y être apportés? Quels sont-ils?

Reconnaître la valeur et promouvoir le respect

Empêcher l'appropriation illicite de savoirs traditionnels

Prise en considération des aspirations et des attentes des détenteurs de savoirs traditionnels

Principe de souplesse et d'exhaustivité

Besoins de ressources suffisantes

Donner des moyens d'action aux détenteurs de savoirs traditionnels/soutenir les systèmes de savoirs traditionnels et promouvoir la préservation et la sauvegarde des savoirs traditionnels et y contribuer

Forme juridique de la protection

Organe de gestion et droits de gestion

7. Y-a-t-il de l'avis des Maoris ou de la Nouvelle-Zélande des lacunes dans les principes ou objectifs de politique générale? Quelles sont-elles? Prière de suggérer les modifications ou changements qui devraient y être apportés.

Respect des droits de l'homme internationaux existants et de l'autodétermination

8. Y-a-t-il des principes ou des objectifs de politique générale qui ne sont pas appropriés? Quels sont-ils et pourquoi? Suggérez les modifications ou les changements qui devraient y être apportés.

9. Codes d'éthique, lignes directrices pour la recherche et déclarations

Codes d'éthique professionnels et lignes directrices éthiques

Instruments des droits de l'homme portant sur les droits de propriété intellectuelle et les droits des peuples autochtones à leur patrimoine culturel

1. Introduction

1.1 Le but du présent rapport est de faire un examen, dans une optique néo-zélandaise et, en particulier, maorie des principes et objectifs que renferment les documents 8/4 et 8/5¹, mais encore d'examiner, d'analyser et de commenter la mesure dans laquelle ils s'appliquent à la situation en Nouvelle-Zélande eu égard notamment :

- au Traité de Waitangi,
- au cadre juridique néo-zélandais,
- à la politique gouvernementale,
- aux coutumes et aux protocoles maoris et à la mesure dans laquelle les savoirs traditionnels maoris et expressions de ces savoirs font l'objet d'une utilisation abusive ou d'une appropriation illicite en Nouvelle-Zélande et à l'étranger².

1.2 Le présent rapport reflète les vues et les opinions personnelles de l'auteur et de personne d'autre.

2. Exposé du contexte

2.1 Dans le cadre de cet examen, il est important de prendre en compte quelques-uns des faits saillants qui ont eu lieu ces 15 à 20 dernières années et qui ont servi à mettre en relief les appels de plus en plus nombreux lancés partout dans le monde par les peuples autochtones* pour que leur soit accordée une plus grande autodétermination, pour que soient protégées leurs cultures et leurs identités, pour que soient reconnus leurs revendications des droits fonciers et autres ressources naturelles et pour que soit contestée la souveraineté exclusive des États-nations. En bref, les peuples autochtones se livrent depuis trois décennies à un processus de décolonisation. Comme l'ont fait observer Maaka et Fleras, les peuples autochtones justifient cette attaque contre l'orthodoxie en affirmant *“leur continuité historique, leur autonomie culturelle, leur occupation originelle des terres et leurs bases territoriales”*³.

2.2 Les États-nations se sentent souvent menacés par les revendications des peuples autochtones de leur droit à l'autodétermination et ils s'y opposeront en affirmant leur droit de gouverner, d'imposer l'ordre, d'appliquer les règles et de s'attendre à ce qu'elles soient respectées dans l'intérêt national de tous les citoyens (Maaka and Fleras 2004: 11). Il n'est donc pas surprenant que la Décennie internationale des peuples autochtones (1993-2003) ait été marquée par une lutte intense entre les peuples autochtones et les États-nations. Nulle part cette lutte n'est plus forte que dans les négociations sur l'établissement du projet de Déclaration des Nations Unies sur les droits des populations autochtones (DDRIP), qui ont commencé en 1984 et se poursuivent encore de nos jours. L'année dernière, la Nouvelle-Zélande, appuyée par l'Australie et les États Unis d'Amérique, est intervenue au groupe de travail sur les populations autochtones (WGIP) pour chercher à prescrire la définition du terme "autodétermination"⁴ dans cette déclaration de manière à *“préserver l'unité politique et l'intégrité territoriale des États”*⁵. Ces pays craignaient en effet que les peuples autochtones n'utilisent cet article comme prétexte pour se séparer de l'État-nation ou autrement pour en contester l'autorité. En réponse, le Aotearoa Indigenous Rights Trust a émis une déclaration indiquant que, compte tenu du déséquilibre manifeste des pouvoirs entre les États et les peuples autochtones, il ne comprenait pas pourquoi certains États (y compris la Nouvelle-Zélande) étaient *“préoccupés par les dangers imaginaires qui menaçaient les États au lieu de l'être par les dangers très graves et généralisés qui menaçaient les peuples autochtones”*⁶.

2.3 Les Maoris ont joué ces vingt dernières années un rôle important dans l'élaboration et la promotion de la Déclaration et ils continuent de le faire. Une raison en est qu'ils considèrent que cette Déclaration contient bon nombre des protections que garantissait le Traité de Waitangi. Les Maoris ont également pris une part active aux dernières phases de la Déclaration, notamment en critiquant le Gouvernement néo-zélandais pour s'être opposé (avec les États-Unis d'Amérique, le Canada et l'Australie) à l'adoption en juin 2006 par le Conseil des droits de l'homme du texte de compromis du président⁷. S'agissant de l'autodétermination, des savoirs traditionnels, des ressources génétiques et des droits de propriété intellectuelle, le projet de déclaration a été l'un des points au cœur des débats parmi les peuples autochtones. La Convention sur la diversité biologique (CDB) et, en particulier, les dispositions qui traitent des savoirs traditionnels, de l'accès aux ressources génétiques et du partage équitable des avantages en découlant, a également été une instance importante pour épingler les questions que confrontent les peuples autochtones et, en particulier, leur marginalisation des ressources et l'appropriation illicite de leurs savoirs.

2.4 Les travaux de Madame Erica-Irene Daes, l'ancienne présidente et rapporteur spécial de la sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme⁸ ont également contribué à mettre en relief les buts et les aspirations des peuples autochtones pour ce qui est de leur patrimoine et de leurs droits culturels, y compris la propriété intellectuelle.

2.5 C'est sur cette toile de fond générale que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a décidé d'entreprendre une mission d'enquête internationale (1998-1999) pour déterminer les besoins et les attentes en matière de propriété intellectuelle des détenteurs de savoirs traditionnels.

¹ En dehors de quelques petits changements, les documents WIPO/GRTKF/IC/8/4 et WIPO/GRTKF/IC/8/5 sont essentiellement les mêmes que les documents WIPO/GRTKF/IC/10/4 et WIPO/GRTKF/IC/10/5.

² On trouvera à l'appendice I le mandat complet de l'examen par un spécialiste.

* Aux fins du présent rapport, toute référence faite aux 'peuples autochtones' est réputée inclure aussi les peuples traditionnels et les communautés locales.

³ Maaka, Roger & Fleras, Augie (2004) 'The Politics of Indigeneity: Challenging the State in Canada and Aotearoa New Zealand' p. 11.

⁴ Comme énoncé dans l'article 3 de la DDRIP

⁵ Déclaration commune des délégations des gouvernements de la Nouvelle-Zélande, de l'Australie et des États-Unis d'Amérique au WGIP, Genève, 14 décembre 2005

⁶ Déclaration de l'Aotearoa Indigenous rights Trust au WGIP, Genève, 15 décembre 2005.

⁷ Malgré ces objections, la DDRIP a été adoptée en juin 2006 à la majorité des voix du Conseil des droits de l'homme (48 États pour, huit abstentions et absents) et renvoyée à l'Assemblée générale des Nations Unies pour examen plus tard cette année là.

⁸ (En particulier, le 'Rapport sur les principes et les directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones' (voir par exemple le document E/CN.4/sub.2/2000/26)

3. Dans quelle mesure les principes ou objectifs de politique générale que contiennent les documents s'appliquent-ils à la situation en Nouvelle-Zélande, en particulier dans une perspective Maori?

OBSERVATIONS DE CARACTÈRE GÉNÉRAL

3.1 Depuis ces vingt dernières années, les Maoris s'efforcent d'obtenir une plus grande reconnaissance et une meilleure protection de leurs droits et obligations culturels, biologiques et intellectuels (ci-après dénommés "droits bioculturels"). Ce processus a réellement commencé en 1991 avec le dépôt de la plainte Wai 262 relative aux droits autochtones sur la flore et la faune ainsi qu'à la propriété culturelle et intellectuelle⁹. A suivi en 1993 la signature de la Déclaration de Mataatua sur les droits autochtones de propriété culturelle et intellectuelle¹⁰. Au cours des dix dernières années, on a également assisté à une augmentation significative du nombre des prétendus actes d'appropriation illicite de matakā Maori¹¹ par des compagnies en Nouvelle-Zélande et à l'étranger pour la commercialisation, la promotion et la vente de leurs produits commerciaux. Cette appropriation illicite se poursuivra car des compagnies en Nouvelle-Zélande et à l'étranger cherchent à se procurer un avantage compétitif sur les marchés en associant leurs produits et leurs services à des marques autochtones 'branchées' et 'exotiques'.

3.2 De nombreux groupes maoris considèrent comme prioritaire l'élaboration d'un système *sui generis* ou cadre pour la protection des matakā Maori *me o ratou taonga katoa*, (y compris les ressources biologiques, génétiques et culturelles ainsi que les droits de propriété intellectuelle et obligations culturelles connexes). Un tel processus de mise en place d'un cadre est un des objectifs de la plainte Wai 262 dont ce travail peut avoir un impact sur les Maoris. En général, la plupart des autres ministères n'ont pas réellement cherché à aider les Maoris à établir des processus ou des structures permettant de mieux protéger leurs matakā et leurs droits et obligations biologiques et culturels.

3.3 En raison du vide dans lequel se trouve actuellement la protection juridique généralement disponible pour les savoirs traditionnels, que ce soit au niveau national ou international, l'auteur est d'avis que, en dépit du peu de cas qu'ils font de la propriété intellectuelle pour protéger les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles, les objectifs et principes de l'OMPI ont beaucoup à offrir aux Maoris dans l'élaboration d'un système *sui generis* local de protection de leurs droits de propriété intellectuelle et culturelle. Toutefois, d'un point de vue maori, un tel cadre devrait avoir comme point de départ le Te Tiriti o Waitangi, et être adapté de telle sorte qu'il prenne en compte le droit et les pratiques coutumières. C'est ce qui est appelé dans le présent document le 'cadre Maori Tikanga' sur lequel on trouvera de plus amples détails à l'appendice 2. Tout cadre de ce genre devrait prendre en compte le cadre juridique existant en Nouvelle-Zélande ainsi que les lois et conventions internationales coutumières comme la Déclaration sur les droits des peuples autochtones, la Convention 169 de l'OIT, la CDB et les projets de propositions de l'OMPI.

3.4 La souplesse jouera un rôle important dans l'élaboration d'un nouveau régime de protection Matakā *me o ratou taonga katoa*. C'est ainsi par exemple que les résumés des documents 8/4 et 8/5 font clairement ressortir que les dispositions ont pour objet de fournir le contenu des normes internationales appelées à assurer la protection des savoirs traditionnels détenus collectivement contre une appropriation illicite. Elles le font sans nécessiter la revendication de nouveaux droits de propriété exclusifs sur les savoirs traditionnels mais donnent aux détenteurs de tels savoirs qui souhaitent le faire la possibilité de s'en prévaloir¹³. Cela montre que de nombreux peuples autochtones dont les Maoris, sont très sceptiques quant à l'utilité des droits de propriété 'durs' comme boîte à outils pour protéger leurs savoirs. Nombreux sont ceux en effet qui considèrent que cela aboutira uniquement à une exploitation commerciale accrue et qu'ils n'offriront aux détenteurs de savoirs eux-mêmes que peu d'avantages. Il n'empêche qu'il y a des autochtones, y compris quelques Maoris, qui ne sont pas opposés à la demande d'une protection de la propriété intellectuelle pour les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles comme en atteste la marque Toi Iho: Maori Made pour la protection d'authentiques œuvres d'art produites par des Maoris¹⁴.

3.5 Les Maoris, comme dans le cas des peuples autochtones ailleurs, se sont déclarés préoccupés par la nécessité imaginaire d'enregistrer les marques, les brevets et autres droits de propriété intellectuelle sur des aspects de leurs savoirs traditionnels afin de les protéger contre une appropriation illicite. Ils soutiennent que les savoirs n'appartiennent à aucun individu ou entreprise et qu'ils sont collectifs et intergénérationnels. Qui plus est, les droits de propriété intellectuelle ont une durée limitée et les coûts d'obtention et d'application de ces droits sont souvent prohibitifs¹⁵. L'élaboration de normes, de directives et de principes internationaux qui ont une force 'morale' (et politique) puissante les appuyant pourrait constituer un outil efficace pour persuader les 'pirates' potentiels de savoirs traditionnels qu'ils doivent soit arrêter l'utilisation illicite de ces savoirs soit se conformer aux normes de conduite internationales appropriées.

3.6 De l'avis de l'auteur, si un tel régime international avait existé à l'époque où avaient éclaté les affaires des LEGO Bionicle Toys et du jeu Playstation : Mark of Kri, qui faisaient intervenir l'utilisation abusive de noms maoris (Lego) et dessins, noms et images (Playstation), les Maoris auraient pu demander à ces compagnies de se conformer aux normes ou codes de conduite internationaux. Ces projets de normes nécessitent des consultations et requièrent que les détenteurs de savoirs traditionnels donnent leur consentement à l'utilisation de leurs

⁹ La plainte Wai 262 (couramment appelé ainsi car elle était la 262^e plainte déposée au tribunal de Waitangi) a sans aucun doute été le facteur le plus important qui a contribué à sensibiliser cette dernière décennie les Néo-zélandais à l'importance pour les Maoris d'exercer un certain degré de propriété et de contrôle sur leurs propres savoirs traditionnels, ressources génétiques associées et propriété intellectuelle.

¹⁰ La Déclaration de Mataatua (1993) a été signée par plus de 150 organisations de peuples autochtones du monde entier.

¹¹ Savoirs maoris.

¹² Il est prévu que la plainte sera prête en mars 2007 et qu'il faudra sans doute douze mois de plus pour écrire et publier le rapport.

¹³ WIPO/GRTKF/IC/8/4 et 8/5, page 2, paragraphe 3.

¹⁴ <http://www.toiho.com>. Toutefois, comme expliqué plus en détail ci-dessous, cet exemple de Maoris qui utilisent la propriété intellectuelle pour protéger leurs expressions culturelles traditionnelles constitue un cas exceptionnel en raison de la procédure suivie mais aussi en raison du fait qu'elle n'a été considérée que comme une mesure de protection intérimaire en attendant qu'un cadre plus exhaustif de protection de savoirs traditionnels maoris ait été élaboré.

¹⁵ Une des raisons pour lesquelles les Moana Maniapoto ont décidé de ne pas intenter en Allemagne un procès en réparation contre la compagnie allemande qui avait utilisé la marque 'Moana' était le coût très élevé que cela aurait représenté ainsi que l'incertitude du résultat (communication personnelle, 2006).

symboles, noms et images sur des produits commerciaux. Malheureusement, tous les demandeurs ont dû se contenter de lancer un appel à la conscience morale des compagnies concernées, appel qui, dans le cas de LEGO, a finalement été couronné de succès alors qu'il n'en a pas été ainsi dans le cas de Sony Playstation. Les deux compagnies ont initialement réagi en disant qu'elles ne faisaient rien d'illégal (par rapport à ne rien faire d'immoral ou d'offensant sur le plan culturel) et en affirmant par ailleurs que les Maoris devaient leur être 'reconnaissants' puisqu'elles faisaient la 'promotion' de leur culture dans le monde. Il y a de nombreux autres exemples qui auraient bénéficié d'un régime international dont le but est d'empêcher (et de sanctionner) l'appropriation illicite dans des situations où les droits légaux ne sont pas forcément demandés par ceux qui s'approprient les savoirs¹⁶.

3.7 De l'avis de l'auteur, un régime adopté à l'échelle internationale de protection des savoirs traditionnels est un ajout vital et nécessaire de tout cadre *sui generis* interne de protection, afin de réprimer efficacement les actes d'appropriation illicite de savoirs traditionnels commis par des entités basées à l'étranger. Bien que la Nouvelle-Zélande ne puisse pas légiférer pour d'autres pays, elle peut néanmoins se faire l'avocate vigoureuse dans diverses instances internationales (y compris l'OMPI et la CDB) de mesures de protection adéquates au titre des obligations qu'elle a de 'protéger activement' les intérêts et les taongas maoris en vertu du Traité de Waitangi.

RESPONSABILITÉS DU TRAITÉ DE WAITANGI

3.8 Dans les paragraphes qui suivent, on se posera la question de savoir quelle est l'importance du Traité et de ses principes pour l'élaboration des propositions de l'OMPI. Bien que le Traité de Waitangi et ses principes se caractérisent surtout par l'importance des liens exceptionnels que le Gouvernement néo-zélandais possède avec ses partenaires maoris au Traité, on peut en tirer des parallèles avec les obligations qu'imposent les lois du droit international et des droits de l'homme selon lesquelles les États ont le devoir de protéger les droits des peuples autochtones et, en particulier, de reconnaître le droit à l'autodétermination. Ce dernier est analogue au droit des Maoris d'exercer leur 'tino rangatiratanga' comme le garantit l'article 2 du Te Tiriti o Waitangi.

3.9 Dans l'optique maorie, le Traité de Waitangi (et ses principes en évolution constante) contient une charte pour protéger les droits et les obligations kaitiaki des Maoris, y compris matauranga Maori *me o ratou taonga katoa*. Par conséquent, toute série de principes et politiques élaborés à l'échelle internationale doit veiller à ce que la capacité qu'a la Couronne d'honorer les clauses et principes du Traité soit préservée. Cela comprendrait la capacité de remédier aux violations démontrées du Traité et de faire en sorte que les conclusions et recommandations connexes du tribunal de Waitangi, par exemple dans le cas de la plainte Wai 262 et d'autres plaintes relatives à la flore et à la faune indigènes, soient également prises en considération dans ce contexte élargi.

3.10 Ces vingt dernières années, les tribunaux et le tribunal de Waitangi ont élaboré une série de principes relatifs au Traité qui reposaient sur les versions anglaise et maorie du Traité de Waitangi¹⁷. Il y a cependant de nombreuses divergences de vues et maints débats sur ce que sont ces principes et sur la manière dont ils devraient être appliqués dans une situation donnée. La question est devenue ces dernières années hautement politisée. En 1989, le gouvernement travailliste a publié sa propre série de principes¹⁸. Toutefois, il y a eu depuis en Nouvelle-Zélande de vastes débats sur l'application, la signification et l'inclusion des principes du Traité dans la législation nationale. Ce débat s'est intensifié ces dernières années après le discours à Orewa en 2004 du chef du parti national de l'opposition qui y avait préconisé une politique d' "une loi pour tous les Néo-zélandais" et suggéré que les prétendus 'privilèges' maoris et les références au Traité soient supprimés de la législation¹⁹.

3.11 De nombreux Maoris, en partie à cause de l'ambiguïté à propos de ce que sont les principes du Traité, préféreraient s'appuyer sur les termes et les articles du traité lui-même²⁰.

¹⁶ Au nombre des exemples figurent la compagnie de ski autrichienne, Fischer Skis, qui utilisait des noms maoris sur des skis; un restaurant néerlandais qui utilisait le terme 'moko' pour sa promotion et un magazine britannique qui faisait la promotion de systèmes de sécurité maison à l'aide d'une image de Tame Iti.

¹⁷ Créé en 1975, le tribunal de Waitangi a pour responsabilité en vertu de la loi de 1975 sur le Traité de Waitangi de déterminer si les actes ou omissions de la Couronne enfreignent les principes du Traité et, ce faisant, sont obligés de prendre en compte les versions anglaise et maorie du Traité. Les tribunaux néo-zélandais et, en particulier, la cour d'appel, ont participé à l'élaboration des principes du Traité en tant qu'interprétation statutaire où la législation concernée se réfère à une condition de "donner effet à", "prendre en compte", "tenir compte de" et "ne pas agir de manière incompatible avec les principes du Traité". Le point culminant de l'élaboration de l'interprétation judiciaire des principes du Traité a été l'affaire *The New Zealand Maori Council v The Attorney-General* [1987] 1 NZLR 164 (appelée couramment l'affaire *Lands*). En outre, des organes statutaires comme l'Autorité de gestion des risques environnementaux (section 8 de la loi de 1996 sur les substances dangereuses et les nouveaux organismes) et la Foundation for Research, Science and Technology, la Ministère de l'environnement (section 8, loi de 1991 sur la gestion des ressources), les autorités locales (section 4 de la loi de 2002 sur les administrations locales) et d'autres parties sont tenus de tenir compte des principes du Traité lorsqu'ils prennent des décisions en vertu de leur législation concernée.

¹⁸ The 'Principles for Crown Action on the Treaty of Waitangi 1989'. Ces principes sont les suivants : Rangatiratanga; Kawanatanga; protection active; bonne foi; partenariat; réparation; réciprocité; sagesse.

¹⁹ Dans un rebondissement ironique sur ce thème d' "une loi pour tous", le gouvernement néo-zélandais a, en 2005, adopté une loi appelée la loi de 2005 sur la laisse de mer et les fonds marins qui refusait effectivement aux Maoris l'accès aux tribunaux pour s'opposer ainsi à leurs revendications du titre aborigène coutumier de la laisse de mer et des fonds marins. Nonobstant, la cour d'appel néo-zélandaise avait décidé dans l'affaire *Ngati Apa versus The Attorney General and Ors*, que les Maoris avaient le droit d'être entendus sur ces questions.

²⁰ Par exemple, la plainte Wai 262 déposée par les Ngati Kuri, Te Rarawa et Ngati Wai met en relief la garantie dans l'article 2 de la version maorie du Te Tiriti de protéger les chefs, les tribus et tous leurs habitants pour la *te tino rangatiratanga o o ratou wenua o ratou kainga me o ratou taonga katoa*, ce qui se traduit par "protection de leurs terres, de leurs villages et de tous leurs trésors". Elle peut également s'appuyer sur l'article 2 de la version anglaise du Traité qui "confirme et garantit aux chefs et tribus de la Nouvelle-Zélande ainsi qu'à leurs familles et membres respectifs la possession exclusive et intacte de leurs terres et de leurs avoirs, forêts, pêches et autres biens qu'ils peuvent posséder à titre collectif et individuel aussi longtemps qu'ils le souhaitent et désirent les conserver en leur possession ...". La plainte continue avec une description dans la partie B de la manière dont la Couronne a enfreint les principes du Traité de Waitangi pour ce qui est de la garantie de protéger leurs taongas. Aux fins de la plainte, on entend "tous les éléments du patrimoine des parties requérantes, aussi bien matériels qu'immatériels, tangibles et intangibles" (Deuxième exposé amendé du demandeur au nom des Ngati Kuri, Te Rarawa et Ngati Wai, paragraphe 3.1, document 1.1.a), Wai 262 Record of Inquiry).

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)
Appendice, page 6

3.12 Aussi bien le tribunal de Waitangi que les tribunaux en Nouvelle-Zélande (et le Conseil privé à Londres) ont déclaré que les modalités et la genèse du traité doivent être pris en considération dans l'interprétation des principes du Traité et que les "principes élargissent la portée [du Traité], permettant au traité d'être appliqué dans des situations qui n'avaient pas été prévues ou débattues à l'époque"²¹ et, qui plus est, selon le Conseil privé de la Couronne, "les "principes" sont les obligations et responsabilités mutuelles de base que le Traité impose aux parties. Ils traduisent l'intention du Traité dans son ensemble et incluent sans y être limités les termes express du Traité ... avec le passage du temps; les "principes" sur lesquels repose le Traité sont devenus beaucoup plus importants que ses termes précis"²².

3.13 L'accent mis dans le droit néo-zélandais sur les principes du Traité se retrouve dans le fait que plus de trente lois en Nouvelle-Zélande obligent les décideurs à prendre en compte les principes du Traité lorsqu'ils prennent leurs décisions²³. En outre, quelques lois comme la loi de 1991 sur la gestion des ressources requiert des décideurs qu'ils reconnaissent explicitement "un certain nombre d'éléments des savoirs culturels maoris"²⁴, y compris *tikanga Maori, tangata whenua, mana whenua, kaitiakitanga, iwi, hapu, taonga, waahi tapu, tauranga waka, maaitaitai et taonga raranga*. La section 6.e) de cette loi reconnaît également que le lien des Maoris, et leurs culture et traditions, avec leurs terres ancestrales, l'eau, les sites, les waahi tapu et autres taongas sont considérés comme des 'questions d'importance nationale'²⁵.

3.14 Par conséquent, les termes concrets du Traité et ses principes sont, dans le contexte de la Nouvelle-Zélande, importants pour l'examen des objectifs et principes de l'OMPI touchant aux savoirs traditionnels de même que pour les observations à leur égard.

PRINCIPES PERTINENTS DU TRAITÉ

3.15 Les principes du Traité de Waitangi ont pour la première fois été examinés par les tribunaux néo-zélandais dans l'affaire aujourd'hui très connue du Conseil Maori néo-zélandais c. le Procureur général [1987] 1 NZLR 641, lorsque le président de la Cour d'appel, Cooke P.²⁶, avait fait observer en préambule à sa décision mémorable : "Cette affaire est peut-être aussi importante pour l'avenir de notre pays que toutes les affaires dont a été saisi un tribunal néo-zélandais" (page 651). Avec ces propos intuitifs et avec les décisions de cette cour qui ont suivi et les décisions ultérieures de la Cour d'appel, Cooke P a ouvert en Nouvelle-Zélande une ère nouvelle de jurisprudence légale et de Traité. Et de constater que "Le Traité est un document de droits fondamentaux; il doit être largement et effectivement interprété et il doit l'être comme un instrument vivant tenant compte de l'évolution des normes qui régissent les droits de l'homme dans le monde; et le tribunal n'imputera pas au Parlement l'intention de permettre une conduite incompatible avec les principes du Traité" (page 656).

3.16 Ces principes ont été étoffés dans des décisions prises ultérieurement par la Cour d'appel et le comité judiciaire du Conseil privé de la Couronne à Londres²⁷. On a beaucoup écrit sur les principes et sur ce qu'ils signifient ou ne signifient pas dans les domaines du droit, de la pratique et de la politique. Toutefois, la description judiciaire la plus clairement énoncée et la plus sérieuse du Traité est celle donnée par Cooke P et ses collègues juges dans l'affaire du Conseil Maori néo-zélandais; et tous ceux qui lisent le présent rapport sont encouragés à lire les arrêts dans leur intégralité.

3.17 Les principes ci-après ont été recensés comme étant les principes du Traité les plus importants²⁸ dans le contexte de cet examen :

Principes pertinents du Traité		
Principe	Explication	Importance pour les objectifs et principes de l'OMPI
Tino Rangatiratanga	D'aucuns considèrent que la garantie du tino rangatiratanga dans le Traité de Waitangi a préservé la pleine souveraineté des Maoris sur eux-mêmes et leurs ressources. Toutefois, le rangatiratanga n'avait pas sa genèse dans le Traité. Le Traité est tout simplement un outil déclaratoire de ce droit coutumier existant. Une interprétation largement acceptée du rangatiratanga est qu'il a préservé aux Maoris "l'exercice sans réserve de leur contrôle sur leurs terres, sur leurs villages et sur	Comme l'a interprété le tribunal de Waitangi, ce principe garantit un certain degré de contrôle maori sur les ressources et les taongas maoris. Comme l'a fait observer le tribunal dans le rapport Waipareira, "...le principe de rangatiratanga peut être appliqué à un éventail d'activités maories qui ont chacune pour but de promouvoir une responsabilité maorie pour les affaires des Maoris" ³³ . Au minimum donc, ce principe exige que les Maoris

²¹ Muriwhenua Land Report (1997) p. 386.

²² *Broadcasting Assets* case (PC) [1994] per Lord Woolf at 513.

²³ David Williams, 'Crown Policy Affecting Maori Knowledge Systems and Cultural Practices', Waitangi Tribunal Publication 2001, page 106.

²⁴ Ibid., page 106.

²⁵ Bien que quelques hommes politiques aient ces derniers temps eu tendance à diluer ou même à ridiculiser l'inclusion dans la législation néo-zélandaise et la politique gouvernementale de références au Traité de Waitangi et aux valeurs culturelles maories, cela est lié davantage à une attitude politique qu'à la bonne foi, le partenariat et l'équité qui, selon les tribunaux, sont des caractéristiques essentielles du Traité.

²⁶ Lord Cooke of Thorndon, comme il a été appelé plus tard après s'être vu accordé un pairage et être devenu le premier juge néo-zélandais à siéger à la Chambre des Lords à Londres, est décédé en août 2006. Il est de loin considéré comme le meilleur juriste que ce pays ait jamais eu. À ses tangis (funérailles), tous les Maoris réunis dans la cathédrale St. Paul à Wellington se sont spontanément rassemblés autour de son cercueil après l'éloge funèbre prononcé par la présidente de la Cour suprême, Dame Sian Elias, et chanté une waiata maorie (chanson de respect) pour ce grand homme du droit. Hommage on ne peut plus approprié pour un homme dont le cimier personnel portait la légende latine 'Speak for Fairness' et qui a donné le 'souffle de vie' légal au Traité de Waitangi dans la société néo-zélandaise moderne – *Tihei Mauri ora!*

²⁷ Voir par exemple le *NZ Maori Council and Others versus Attorney General and Others* Judicial Committee of the Privy Council, Appel n° 14/1993, 13 décembre 1993, (Lords Templeton, Mustill, Woolf, Lloyd of Berwick, of Chief Justice Sir Thomas Eichelbaum).

²⁸ Il n'y a aucune source unique pour ces principes mais ils ont été rassemblés par l'auteur de différentes sources, y compris des rapports du tribunal de Waitangi, des décisions de la Cour d'appel et autres cas de jurisprudence, de publications et des savoirs personnels de l'auteur.

²⁹ I. H. Kawharu. (Edited by I.H. Kawharu) 'Waitangi: Maori and Pakeha Perspectives of the Treaty of Waitangi 1989', p 319. Comme Kawharu le fait remarquer dans la note de bas de page 8 de l'Appendice, par "trésors" on entend les "taongas", lesquels, à

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)
Appendice, page 7

Principes pertinents du Traité		
Principe	Explication	Importance pour les objectifs et principes de l'OMPI
	<p><i>leurs trésors ...</i>²⁹. Au minimum, le rangatiratanga a garanti aux Maoris le <i>contrôle tribal des ressources tribales</i>³⁰. Deux points sont à mentionner pour ce qui est de l'interprétation de Sir Hugh Kawharu. En premier lieu, cet exercice sans réserve de direction donne aux Maoris un contrôle conforme à <i>leurs coutumes</i>. En second lieu, les taongas ou trésors se réfèrent à toutes les dimensions d'un domaine, matériel et non matériel, d'un groupe tribal³¹.</p> <p>La garantie du rangatiratanga requiert "<i>une priorité élevée pour les intérêts maoris lorsque des œuvres proposées peuvent avoir un impact sur les taonga maoris</i>"³².</p>	<p>aient le contrôle de l'élaboration et de l'application de tout régime national et international touchant à <i>leurs taongas</i> (trésors) qui, dans un contexte contemporain, comprendraient les droits et les responsabilités culturels et intellectuels.</p>
Kawanatanga	<p>Il y a une contradiction entre la garantie du tino rangatiratanga d'une part et l'octroi de la 'kawanatanga' (un terme qui signifie en général gouvernance) de l'autre. La version anglaise du Traité est censée conférer à la Couronne une souveraineté absolue alors que la version maorie donne à la Reine d'Angleterre la kawanatanga ou gouvernance de leurs terres. Kawharu fait observer que les Maoris n'auraient pas compris que cela signifiait l'octroi de la souveraineté à la Reine puisque ce concept n'avait pas à l'époque d'équivalent dans la société maorie. En effet, le concept le plus proche de la souveraineté en 1840 aurait été le 'tino rangatiratanga', que l'article 2 de la version maorie avait expressément préservée et garantie aux chefs et tribus.</p> <p>En tout état de cause, le tribunal de Waitangi et les tribunaux ont fait remarquer que l'article premier du Traité donne à la Reine le droit de gouverner et de légiférer pour la bonne gouvernance de la Nouvelle-Zélande mais que ce droit est limité par l'obligation de respecter les droits des Maoris (Article 2).</p>	<p>La Couronne exerçant ses fonctions de kawanatanga a le droit de négocier et de conclure des traités et autres instruments internationaux mais elle doit le faire d'une manière qui prend en considération et protège activement les droits des Maoris que garantit l'article 2 du Traité. Lorsqu'elle affecte directement les droits des Maoris tels que les savoirs traditionnels et les ressources génétiques, les Maoris soutiennent que la Couronne ne peut pas conclure un instrument international sans le consentement de son partenaire au Traité. Au minimum, les Maoris s'attendraient en toute légitimité à participer au processus de négociation d'un instrument international et à recevoir de la Couronne des fonds suffisants pour pouvoir le faire.</p>
Partenariat	<p>Le principe du partenariat a été établi pour la première fois par le tribunal dans le rapport sur la plainte Manukau où il était déclaré que les intérêts reconnus par le Traité donnaient lieu à un partenariat, "dont les modalités précises n'ont pas encore été arrêtées"³⁴.</p> <p>Le concept du partenariat a été fondé en grande partie sur l'acceptation par les Maoris du droit de gouvernance ou kawanatanga de la Couronne et de la reconnaissance générale par la Couronne d'une rangatiratanga maorie. Les deux ne se contredisent pas mais donnent une bonne idée de la nécessité d'un soutien mutuel, à l'époque et dans l'avenir³⁵.</p> <p>Comme l'a fait observer le tribunal dans le rapport sur la plainte Motunui-Waitara, la notion de partenariat a été conçue comme un échange mutuel de cadeaux. "<i>Le cadeau du droit à légiférer et la promesse de le faire de manière à accorder aux intérêts maoris la priorité appropriée</i>"³⁶.</p>	<p>Dans ce contexte, la Couronne a le pouvoir de légiférer aux niveaux national comme international sur la protection des savoirs traditionnels et des droits de propriété intellectuelle des Maoris mais il faut que soit accordée aux intérêts maoris une priorité suffisante. Il y a maintes façons dont cela pourrait être conçu, y compris la Couronne s'asseyant avec ses partenaires au traité pour arrêter des positions communes dont serait saisi le comité intergouvernemental sur des questions clés avant les réunions dudit comité. L'élaboration de processus et cadres nationaux adéquats pour s'assurer que les Maoris participent pleinement à chaque stade de l'application des politiques et des lois donnant effet à un instrument ou à un traité international. Pour s'assurer également qu'un organe ou des organes créés pour élaborer et mettre en œuvre des politiques et objectifs au niveau national fassent intervenir pleinement des Maoris, y compris des hapus et Iwis. Cela devrait inclure la participation de Maoris à la conception, à la gestion, à la prise de décisions et à l'administration d'un tel cadre ou mécanisme de protection ou promotion.</p>
Bonne foi	<p>Les principes du Traité "<i>requièrent des partenaires Pakeha et Maori au Traité qu'ils agissent l'un envers l'autre de manière raisonnable et avec la meilleure foi possible</i>"³⁷.</p>	<p>Dans l'élaboration des objectifs et principes de l'OMPI, la Couronne a l'obligation d'agir de bonne foi pour s'assurer que son partenaire au Traité participe pleinement et de manière éclairée au processus et que les positions préconisées au niveau international sont</p>

leur tour, "se réfèrent à toutes les dimensions d'un bien, matériel et non matériel, d'un groupe tribal – souvenirs et waahi tapu, traditions ancestrales et whakapapa, etc."

³⁰ Tiré de I. H. Kawharu dans l'introduction à Waitangi: Maori and Pakeha Perspectives of the Treaty of Waitangi 1989, XVIII.

³¹ Maori Language and Radio Spectrum Waitangi Tribunal Reports.

³² Ngawha Geothermal resources Report 1993, page 102

³³ Te Whanau o Waipareira Report 1998, page 22.

³⁴ Rapport du tribunal de Waitangi sur *the Manukau Claim*, s 8.3. Ce concept a également été reconnu par la Cour d'appel dans l'affaire des terres maories où Cooke P a déclaré que "le Traité signifiait un partenariat entre les races", exigeant de chacun des partenaires qu'il agisse envers l'autre avec la meilleure foi possible.

³⁵ Waipareira Report, p. 29.

³⁶ Rapport du tribunal de Waitangi sur *the Motunui-Waitara Claim*, sec 10.2(b).

³⁷ New Zealand Maori Council v. Attorney-General [1987] 1 NZLR 641, 667 (per Cooke P).

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)
Appendice, page 8

Principes pertinents du Traité		
Principe	Explication	Importance pour les objectifs et principes de l'OMPI
		conformes à l'esprit et à la morale des principes du Traité. C'est ainsi par exemple que la Couronne, ayant adopté une attitude proactive en faveur de la mise en place de mécanismes de protection plus solides dans le cadre des propositions de l'OMPI, agirait de mauvaise foi si elle décidait d'adopter une position contraire en réponse à des critiques d'adversaires politiques ou en réponse aux opinions négatives à l'égard du Traité qui ont balayé ces dernières années le paysage politique néo-zélandais.
Protection active	Dans l'affaire du Conseil maori néo-zélandais, la Cour d'appel a fait remarquer que la relation entre les Maoris et la Couronne était celle d'un partenariat " <i>analogue aux devoirs fiduciaires</i> " et que le devoir de la Couronne " <i>n'était pas simplement passif mais qu'il s'étend à la protection active des Maoris dans l'utilisation [dans ce cas] de leurs terres et de leurs eaux</i> " ³⁸ . Le devoir et le principe de protection active découlent de l'article 3 qui confère aux Maoris la "protection royale" de sa Majesté le Reine ³⁹ . Le tribunal considère la protection comme un " <i>principe fondamental</i> " qui " <i>n'avait pas pour but de simplement fossiliser le statu quo mais de donner des orientations pour la future croissance et le futur développement</i> " ⁴⁰ .	La Couronne a le devoir de protéger <i>activement</i> les taongas et intérêts des Maoris au niveau international dans l'élaboration des propositions de l'OMPI. Cela inclurait la protection totale des savoirs traditionnels et de leurs expressions. Ce devoir est plus que simplement passif, notamment parce que les Maoris sont directement touchés par les résultats des négociations de l'OMPI et parce qu'ils sont sensiblement sous-représentés dans cette instance. Bien qu'elle ait fait un pas dans cette direction en faisant participer des Maoris en qualité d'"experts" indépendants qui assistent avec leurs délégations aux réunions du comité intergouvernemental, la Couronne peut faire plus pour s'assurer que les Maoris sont représentés <i>séparément</i> dans cette instance et financés par la Couronne pour le faire.
Réparations	L'affaire du <i>Conseil Maori</i> a montré que la Couronne a l'obligation d'accorder des réparations effectives en cas de violations évidentes du traité ⁴¹ . À ce jour, avec la plainte Wai 262 faisant toujours l'objet d'auditions, la Couronne n'a été accusée d'aucune violation concernant les savoirs traditionnels et les droits de propriété intellectuelle qui y sont associés. Toutefois, la Couronne a pour responsabilité permanente de veiller à ce qu'elle n'agisse pas d'une manière qui pourrait exacerber ou aggraver les prétendues violations existantes du Traité. Étant donné que le Ministre du commerce a retardé en 1994 l'introduction du projet de réforme de loi sur la propriété intellectuelle en attendant la fin de l'affaire Wai 262, il est raisonnable de s'attendre que la Couronne se garde la possibilité d'accorder des réparations au cas où les aspects de la plainte liés à la propriété intellectuelle seraient maintenus ⁴² .	L'élaboration d'un cadre pour protéger et promouvoir l'utilisation et le développement appropriés des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles aux niveaux national et international peut elle-même être considérée comme une forme de réparation. La forme et le contenu de cette réparation au niveau international peuvent avoir dans l'avenir une influence marquée sur un cadre national. Cela ne fait que renforcer l'argument selon lequel les Maoris doivent, à ce stade et aux stades en cours de leur développement, prendre une part plus active et plus efficace aux processus de l'OMPI.
Réciprocité	Le traité n'est pas une rue à sens unique et les deux partenaires ont des responsabilités réciproques l'un envers l'autre. Agir de manière responsable et de bonne foi est une obligation qui vaut pour la Couronne comme pour les Maoris ⁴³ .	Dans un esprit de réciprocité, on pourrait dire que les Maoris et la Couronne ont pour obligation mutuelle d'assurer la protection la plus complète des taongas, y compris les savoirs traditionnels et leurs expressions. En ce qui concerne le principe de partenariat du traité, il n'est pas dans la réalité un partenariat égal. La Couronne a en sa faveur un beaucoup plus grand pouvoir. En tant que telle, la Couronne est plus souvent en mesure de 'prendre les décisions'. Toutefois, lorsque la Couronne peut démontrer qu'elle a agi de bonne foi et que sa conduite à l'égard des Maoris est raisonnable, les Maoris sont tenus en échange de reconnaître ces actions et de réciproquer eux aussi de bonne foi et d'adopter une conduite raisonnable. Dans le cas des processus du comité intergouvernemental de l'OMPI, la Couronne pourrait faire davantage pour

³⁸ New Zealand Maori Council case, per Cooke P, 664.

³⁹ Waipareira Report, page 21.

⁴⁰ Report of the Motunui-Waitara Claim, sec 10.3.

⁴¹ Ibid, p. 703

⁴² Le projet de réforme de la loi sur la propriété intellectuelle (1994) a été scindé en plusieurs parties, y compris des projets de réforme séparés pour les marques comme pour les brevets. Des groupes de consultation ont été établis pour ces deux réformes, les Maoris y étant représentés. En outre, il y a eu à intervalles réguliers des consultations avec des groupes d'intérêt maoris, notamment en ce qui concerne la réforme des marques. Ceci dit, les consultations n'équivalent pas à un accord et la plupart des préoccupations manifestées par les Maoris au sujet de l'insuffisance des mesures de protection proposées dans le projet de loi sur les marques ont été ignorées dans la loi définitive.

⁴³ New Zealand Maori Council case, page 689.

Principes pertinents du Traité		
Principe	Explication	Importance pour les objectifs et principes de l'OMPI
		préconiser une plus grande protection des matauranga Maori et une reconnaissance de la relation holistique que les Maoris ont avec leurs taongas, y compris les droits bioculturels et les droits de propriété intellectuelle.

RÉSUMÉ DES PRINCIPES DU TRAITÉ

Bien que ces principes s'appliquent en particulier à la relation entre les Maoris et la Couronne en Nouvelle-Zélande et aux obligations de la Couronne envers les Maoris dans l'élaboration et la mise en œuvre des objectifs et des principes de l'OMPI, il est évident que l'esprit de ces principes pourrait en grande partie s'appliquer avec la même importance à l'élaboration des propositions de l'OMPI par le comité intergouvernemental. En particulier, les devoirs de "protection active", de "bonne foi", de "sagesse", de "réparation" et de "réciprocité".

CADRE JURIDIQUE NÉO-ZÉLANDAIS

3.19 Le cadre juridique néo-zélandais actuel offre à la propriété culturelle et intellectuelle maorie une protection limitée. Les principes et garanties du Traité de Waitangi ne peuvent être invoqués que s'ils sont incorporés en termes concrets dans la législation nationale. Il n'y a pas en Nouvelle-Zélande de lois sur la propriété intellectuelle qui obligent actuellement les décideurs à prendre en compte les principes du Traité de Waitangi lorsqu'ils accordent des droits de propriété intellectuelle. Ces dernières années, la tendance a été à l'établissement de dispositions spécifiques traitant des intérêts maoris plutôt qu'à l'inclusion de 'clauses du Traité' qui sont considérées par de nombreux hommes politiques comme donnant aux tribunaux une trop grande marge de manœuvre pour 'interpréter' l'étendue des obligations imposées par le Traité à la Couronne envers les Maoris.

3.20 La seule loi sur la propriété intellectuelle qui contient un élément "maori" est la loi de 2002 sur les marques dont les dispositions avaient en partie été arrêtées en réponse à la plainte Wai 262⁴⁴. En vertu de la section 17 de la loi de 2002 sur les marques, le commissaire aux marques ne doit pas enregistrer une marque dont l'utilisation ou l'enregistrement risquerait d'offenser une grande partie de la communauté, y compris les Maoris. En vertu de la section 177 de cette loi, un comité consultatif maori sur les marques (ci-après dénommé "le comité"), a été créé qui a le pouvoir d'examiner l'utilisation ou l'enregistrement d'une marque qui découle ou semble découler d'un signe maori, y compris un texte ou une image qui "est, ou sera vraisemblablement, offensant pour les Maoris". Toutes les demandes de marques considérées comme contenant des signes maoris doivent être envoyées au comité dont les membres sont tenus d'avoir une connaissance de te Ao Maori and tikanga Maori (s 179(2)).

3.21 Des 327 demandes de marques examinées par le comité entre novembre 2004 et juin 2005, aucune n'a été considérée comme offensante. En novembre 2005, une demande a été considérée comme "susceptible d'être offensante" mais elle est demeurée soumise au processus d'examen des demandes⁴⁵.

3.22 En ce qui concerne toutes les marques "offensantes" (si on les juge en fonction de la nouvelle loi de 2002), qui ont été enregistrées au titre de la vieille loi, n'importe quelle personne (y compris une personne qui s'estime "culturellement lésée") peut solliciter une "déclaration d'invalidité" en vertu de la 73 (1) de la loi de 2002. Le commissaire ou le tribunal a le pouvoir de déclarer une marque invalide si elle n'est pas enregistrable au titre de la Partie 2 de la nouvelle loi.

3.33 Toutefois, s'il est vrai que les nouvelles dispositions de la loi de 2002 sur les marques sont un pas dans la bonne direction, l'étendue de la protection n'en demeure pas moins limitée. C'est ainsi par exemple que ces nouvelles mesures n'empêchent pas l'utilisation offensante (ou non offensante) de savoirs traditionnels maoris pour lesquels l'utilisateur ne sollicite pas l'enregistrement d'une marque. C'est le cas de l'affaire impliquant une grande compagnie néo-zélandaise de vêtements, "Canterbury of New Zealand", qui a sorti une gamme de bottines de rugby portant des noms tels que "Rangatira", "Moko" et "Tane-Toa", qui étaient considérées par de nombreux Maoris comme offensantes. De même, la compagnie danoise LEGO, qui initialement utilisait des noms tels que "Tohunga" et "Tahu", a défendu son droit d'utiliser ces noms parce qu'elle n'en demandait pas les droits de propriété intellectuelle. Dans ces deux cas (et dans de nombreux autres cas d'utilisation abusive des savoirs traditionnels Maoris depuis), les nouvelles dispositions de la loi sur les marques ne sont d'aucune assistance puisque les intrus ne sollicitent pas l'enregistrement d'images ou de noms de savoirs traditionnels.

3.34 On peut soutenir qu'en l'absence d'une loi spécifique en Nouvelle-Zélande, les objectifs et les principes de l'OMPI aideraient soit à empêcher soit à contester l'appropriation illicite ou l'utilisation abusive des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles maoris et à conférer une forme *limitée* de protection des savoirs dans le domaine public.

3.35 Par exemple, en vertu de l'objectif iv) du document 8/4, le but est : *d'empêcher l'appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ... [en donnant]... aux peuples autochtones et aux autres communautés traditionnelles ou culturelles des moyens juridiques et pratiques, y compris des mesures efficaces d'application des droits, pour empêcher l'appropriation illicite de leurs expressions culturelles et des dérivés de celles-ci, contrôler l'utilisation qui en faite en dehors du contexte coutumier et traditionnel et promouvoir le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation;*

3.36 Les mesures propres à empêcher des actes d'appropriation illicite sont expliquées plus en détail dans l'article 3 du document 8/4, qui permet à une partie lésée d'empêcher l'utilisation de "mots, signes, noms et symboles" qui "discrédite ou offense la communauté concernée ou donne faussement l'impression d'un lien avec elle, ou qui méprise ou dénigre celle-ci"⁴⁶. Cela consisterait également à empêcher l'acquisition ou l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou les

⁴⁴ Voir le document soumis par la délégation de la Nouvelle-Zélande intitulé "Presentations on National Experiences with Specific Legislation for the Legal Protection of Traditional Cultural Experiences", présenté à la 4^e session du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, 9-17 décembre 2002, Genève, p. 8, paragraphes 35 et 36 [WIPO/GRTKF/IC/4/INF/2 annexe II].

⁴⁵ Communication personnelle avec le bureau IPONZ, 22 décembre 2005.

⁴⁶ WIPO/GRTKF/IC/8/4, article 3.a).ii) page 20.

adaptations de celles-ci. Toutefois, pour que la protection recherchée soit couronnée de succès, les mots ou noms particuliers en question devraient avoir répondu au critère de la “*signification culturelle ou spirituelle particulière*” et avoir été “*subordonnés à une notification ou à un enregistrement effectué auprès d’un service ou d’un organisme compétent par la communauté concernée*” (Article 7.b)).

3.37 Bien que les politiques et objectifs montrent clairement que l’enregistrement est facultatif, le commentaire sur l’article 3 semble indiquer que cela peut constituer une option appropriée à prendre “*uniquement dans le cas des communautés qui souhaitent une protection au titre du strict consentement donné en connaissance de cause pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont déjà connues et accessibles au public*”⁴⁷.

3.38 En effet, cela fournirait une forme limitée de protection des savoirs traditionnels Maoris qui se trouvent déjà dans le domaine public, mais exigerait que les expressions culturelles traditionnelles soient enregistrées sur une base de données accessible au public. En outre, tous ceux qui sollicitent une protection devraient prouver que l’utilisation a discrédité, offensé ou autrement méprisé ou dénigré la communauté concernée. Ce sont toutes des évaluations subjectives qui, on le suppose, seraient faites par l’administration de gestion proposée en consultation avec la communauté concernée⁴⁸.

3.39 Lorsque les mots et les noms n’ont pas été enregistrés, un demandeur sollicitant une protection contre l’utilisation abusive devrait invoquer les protections données à l’article 3 b), à savoir que l’utilisation a été une ‘déformation ou mutilation’ des savoirs traditionnels ou ‘fausseté ou fallacieuse’ d’une manière donnant l’impression qu’elle est soit liée à la communauté concernée ou que celle-ci l’a approuvée⁴⁹.

3.40 Toute loi néo-zélandaise qui a adopté ces principes et objectifs devrait soigneusement examiner les critères en réponse auxquels une telle administration devait fonctionner. Par exemple, dans le cas des savoirs traditionnels maoris non enregistrés (comme indiqué dans le commentaire sur l’article 3), l’utilisation ne serait pas soumise à une autorisation préalable mais la protection porterait sur la *manière* dont l’expression culturelle traditionnelle a été utilisée⁵⁰.

3.41 Comme indiqué ci-dessus, il n’y a certes pas de loi sur la propriété intellectuelle qui renferme les principes du Traité de Waitangi ou qui exige des décideurs qu’ils prennent en compte les coutumes et les valeurs maories⁵¹ mais il y a cependant un nombre élevé de statuts qui requièrent des décideurs qu’ils prennent en compte les principes du Traité et les valeurs maories, en particulier dans le domaine de la gestion de l’environnement et des ressources⁵².

IMPORTANCE POUR L’ÉLABORATION DE LA POLITIQUE GOUVERNEMENTALE NÉO-ZÉLANDAISE

3.42 Pour différentes raisons, la reconnaissance cette dernière décennie de la nécessité d’élaborer une politique gouvernementale dans le domaine de la protection des savoirs traditionnels et de la propriété intellectuelle est devenue un sujet d’actualité. La plainte Wai 262 en particulier a été un important facteur dans plusieurs ministères et autres organismes de la Couronne étudiant l’application de mesures propres à accroître la reconnaissance de l’importance et du rôle des savoirs traditionnels dans les travaux de ces organismes. Des éléments nouveaux issus des travaux de la Convention sur la diversité biologique, de travaux de l’OMPI, du projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones et des campagnes de plaidoyer maories ici et à l’étranger ont également fait prendre davantage conscience de l’importance que revêtent ces questions pour les Maoris et la Nouvelle-Zélande dans son ensemble. Malheureusement, cette prise de conscience de la nécessité de ‘faire quelque chose’ ne s’est pas toujours traduite par des mesures appropriées et, à une ou deux exceptions mémorables près, la plupart des travaux qui ont été effectués par les ministères l’ont été au plan interne et en grande partie sans consulter les Maoris. Une de ces exceptions est le travail de la division de la propriété intellectuelle du Ministère du développement économique qui n’a jamais cessé de tenir les Maoris, d’autres ministères et autres groupes d’intérêt au courant du travail qu’elle a fait ces dernières années sur les savoirs traditionnels et la propriété intellectuelle aux niveaux national et international. On espère qu’elle continuera sur cette voie et que d’autres ministères suivront son exemple.

3.43 Dans cette section, on examinera quelques-unes des politiques et processus internes ainsi que la mesure dans laquelle les propositions de l’OMPI peuvent convenir à l’élaboration de politiques par quelques-uns de ces organismes gouvernementaux ou quasi-gouvernementaux en Nouvelle-Zélande.

3.44 Diverses initiatives de politique générale traitant de questions relatives aux savoirs traditionnels et à la propriété intellectuelle qui touchent les Maoris, y compris la mise en place d’un système *sui generis* par Te Puni Kokiri, la loi de 1996 sur la protection des taongas, le projet de loi sur le patrimoine culturel meuble (aujourd’hui remplacé par la loi de 2006 sur les objets protégés), ont soit été reportées à plus tard soit ont disparu du calendrier législatif. Dans le cas du projet de réforme de la loi sur la propriété intellectuelle (1994), ce projet a été scindé en plusieurs projets après que le Ministre du commerce à l’époque, l’honorable Phillip Burdon, en réponse aux plaintes des parties requérantes Wai 262, avait indiqué que le projet de réforme serait différé en attendant que le tribunal statue sur la plainte Wai 262⁵³.

3.45 Il semblerait que, dès 1994, le gouvernement examinait la question de mécanismes *sui generis* de protection des savoirs traditionnels⁵⁴. Et ce, en réponse à un certain nombre d’éléments nationaux et internationaux nouveaux dont le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, la Convention sur la diversité biologique (CDB), la Déclaration de Mataatua en 1993 et la plainte Wai 262. D’après la contribution du gouvernement à la quatrième réunion en décembre 1992 du Comité intergouvernemental, le Ministère du

⁴⁷ WIPO/GRTKF/IC/8/4, annexe page 23.a).i).

⁴⁸ WIPO/GRTKF/IC/8/4, article 4.

⁴⁹ WIPO/GRTKF/IC/8/4, article 3.b).ii) et iii).

⁵⁰ WIPO/GRTKF/IC/8/4, annexe, page 22.b).

⁵¹ À l’exception de la loi de 2002 sur les marques qui a (et du projet de loi sur les brevets qui propose d’avoir) un comité consultatif maori pour aider à déterminer si une demande est ou non culturellement offensante

⁵² Voir par exemple la loi de 1991 sur la gestion des ressources, sections 6, 7 et 8, la loi de 1987 sur la conservation, section 4, la loi de 1996 sur les substances dangereuses et les nouveaux organismes, section 8, la loi de 1991 sur les ressources minérales de la Couronne, section 4, la loi de 2002 sur l’administration locale, section 4, la loi de 1996 sur les pêches et le Traité de Waitangi (revendications halieutiques) et la loi de 1992 sur les établissements.

⁵³ Lettre du Ministre du commerce, l’honorable Phillip Burdon, aux parties requérantes du Wai 262, décembre 1995

⁵⁴ Contribution de la délégation gouvernementale à la 4^e session du comité intergouvernemental de l’OMPI, 9-17 décembre 2002, “Presentations on National Experiences with Specific Legislation for the Legal Protection of Traditional Cultural Experiences”, page 15, paragraphe 75.

développement maori, avec le Ministère du commerce et le Ministère des affaires étrangères et du commerce extérieur “*ont été chargés d’étudier la possibilité d’utiliser des mécanismes sui generis pour protéger les savoirs traditionnels maoris*”⁵⁵. Ce travail exploratoire a été effectué pour se pencher pas uniquement sur la propriété intellectuelle mais aussi sur les questions maories touchant à l’autodétermination, à la santé, à la justice, au patrimoine culturel et au développement économique⁵⁶. L’auteur n’a pas été à même de recenser les travaux additionnels (éventuels) qui ont été faits et, dans l’affirmative, de déterminer la mesure dans laquelle des consultations ont eu lieu avec les Maoris.

3.46 Depuis 2002, la division de la propriété intellectuelle du Ministère du développement économique participe à l’élaboration du ‘Programme de travail sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels’ qui est un processus en trois phases axé sur le renforcement des capacités et le partage des informations, le recensement des problèmes relatifs à l’interface de la propriété intellectuelle et des savoirs traditionnels dans le contexte néo-zélandais et, finalement, l’élaboration d’options et un processus de consultation qui aidera à formuler une politique dans ce domaine⁵⁷. Ce processus a consisté à organiser une série de séminaires et d’ateliers auxquels ont participé des conférenciers et des experts nationaux et internationaux sur une série de questions dont les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles – tous ont fourni des informations très utiles. En outre, le Ministère du développement économique a entrepris partout dans le pays une série de consultations hui sur les savoirs traditionnels et les droits de propriété intellectuelle ainsi que sur le processus de l’OMPI. Il se propose d’organiser durant toute la première partie de 2007 d’autres ateliers sur ces questions⁵⁸.

3.47 Les contributions du gouvernement aux réunions du comité intergouvernemental ont constamment montré que la Nouvelle Zélande soutient l’élaboration des objectifs et des principes de l’OMPI que contiennent les documents 8/4 et 8/5 (et les documents antérieurs WIPO/GRTKF/IC/7/3 et WIPO/GRTKF/IC/7/5)⁵⁹. Elles font également observer que l’*approche “unique” ne sera vraisemblablement pas appropriée pour protéger globalement les savoirs traditionnels d’un manière qui répond aux priorités nationales, aux conditions culturelles et juridique ainsi qu’aux besoins des communautés autochtones et locales dans tous les pays*”⁶⁰. Elles font par ailleurs remarquer que la Nouvelle Zélande favorise un “*menu d’options*” pour s’assurer que chaque pays conserve un certain “*degré de souplesse pour mettre en œuvre des politiques qui se prêtent le mieux à leur situation intérieure*”.

3.48 D’un point de vue maori, la souplesse est souhaitable de telle sorte que les questions internes qui intéressent la Nouvelle Zélande comme le Traité de Waitangi et ses principes, le tikanga local, les lois et les protocoles ainsi que les résultats finals de la plainte Wai 262 puissent être prises en considération comme des facteurs importants dans l’élaboration de systèmes *sui generis* pour l’utilisation appropriée, la protection et la promotion des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles. En outre, il y a d’autres déclarations internationales sur les peuples autochtones, codes d’éthique et directives qui devraient aider à façonner l’élaboration des objectifs et principes de l’OMPI. Quelques-uns de ces documents et leur importance sont examinés plus loin dans le présent document (voir à la section 9 ci-dessous).

3.49 S’agissant d’une politique gouvernementale générale (voir plus haut), un certain nombre d’organismes gouvernementaux (en particulier les Crown Research Institutes) ont envisagé à cours de la dernière décennie l’élaboration de politiques sur les savoirs traditionnels en réponse à la plainte Wai 262 et à l’intérêt international de plus en plus marqué pour les savoirs traditionnels quant au commerce, à la diversité biologique et aux droits de propriété intellectuelle. Les savoirs traditionnels ou matauranga Maori ont eux aussi pris de plus en plus d’importance dans des organisations comme les universités, les Wanangas, les instituts polytechniques, les instituts techniques, les musées nationaux et régionaux, et le secteur privé notamment. Toutefois, comme on l’a également fait remarquer, la formulation de politiques efficaces et un véritable engagement avec les Maoris ont été au mieux minimes.

3.50 La plupart des universités, des instituts polytechniques et des Wanangas offrent des cours sur les matauranga Maori et les droits de propriété culturelle et intellectuelle⁶¹.

3.51 On trouvera ci-dessous un état récapitulatif de quelques-unes des organisations en Nouvelle Zélande qui ont élaboré des politiques dans le domaine des savoirs traditionnels et de la propriété intellectuelle. La majeure partie des informations présentées dans la présente section ont été collectées auprès de sites Web pertinents et sont considérées pour ce qu’elles valent. Cela n’est pas un commentaire sur le bien-fondé ou autrement de ces politiques pour les Maoris mais sur la question de savoir si les propositions de l’OMPI telles qu’elles ont été élaborées à ce jour ont une importance pour ces organes sur la base de leurs politiques déclarées concernant les questions relatives aux savoirs traditionnels et à la propriété intellectuelle :

i) *Commission consultative pour les marques des Maoris* – créée conformément aux sections 177-180 de la loi de 2002 sur les marques. Ce comité a élaboré une série de critères et de directives pour déterminer si les demandes de marques, y compris les mots, textes ou images Maoris, risquent ou non d’être offensants pour les Maoris⁶².

Les propositions de l’OMPI aideraient la commission consultative et le bon déroulement de ses travaux. Toutefois, l’auteur est d’avis que cette commission et tout autre organe traitant des savoirs traditionnels et des questions touchant à la propriété intellectuelle devraient un jour être placés sous les auspices d’un organe central contrôlé par les Maoris qui jouerait le rôle d’une administration du type envisagé par l’article 4 du document 8/4.

ii) *Creative New Zealand* – en réponse aux “*appels lancés pendant plus de vingt ans pour une marque d’authenticité et de qualité*”⁶³, Creative New Zealand, avec le concours de 30 à 40 artistes maoris très connus, a créé la marque maori ‘Toi Iho’. Il y a actuellement 130 artistes qui sont inscrits pour utiliser ces marques Toi Iho.

⁵⁵ Ibid., paragraphe 76.

⁵⁶ Ibid., paragraphe 76.

⁵⁷ Voir www.med.govt.nz (“Traditional Knowledge” section)

⁵⁸ Avec la relance de la plainte Wai 262, il se peut que cet atelier ne se tienne pas comme prévu.

⁵⁹ Voir la contribution de la Nouvelle-Zélande “New Zealand Response to WIPO IGC Meeting: Draft Documents on Principles and Policy Objectives”.

⁶⁰ Ibid., p 2, paragraphe 9.

⁶¹ Par exemple, aussi bien Te Wananga o Raukawa que Te Wananga o Aotearoa offrent des cours sur les matauranga Maori et les droits de propriété intellectuelle.

⁶² Voir Practice Guidelines, sections 177-180 de la loi de 2002 sur les marques, Commission consultative sur les marques maories, Office néo-zélandais de la propriété intellectuelle (sur le site Web du Ministère du développement économique www.med.govt.nz).

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)
Appendice, page 12

iii) *Te Manatu Taonga : Ministère de la culture et du patrimoine* – S’il est vrai que le Ministère ne semble pas avoir une politique particulière pour traiter des savoirs traditionnels et des questions touchant à la propriété intellectuelle, il n’en reste pas moins qu’il a pris plusieurs initiatives, y compris la mise en ligne de l’encyclopédie “Te Ara” qui comprend des histoires sur l’implantation de la Nouvelle-Zélande, y compris les groupes tribaux.

Les propositions de l’OMPI s’aligneraient sur les buts et objectifs du Ministère qui incluent la promotion du bien-être culturel des communautés. Le rôle du Ministère est de “donner des avis au gouvernement, de surveiller les travaux des organismes financés par l’État dans le secteur culturel et d’entreprendre des activités qui soutiennent et encouragent les arts, l’histoire et le patrimoine de la Nouvelle-Zélande”⁶⁴.

iv) *New Zealand Historic Places Trust* – Le NZHPT est un organe statutaire créé par la Nouvelle-Zélande pour protéger et gérer le patrimoine national, y compris le patrimoine des Maoris. Même si la définition du ‘patrimoine des Maoris’ est décrite comme étant “*nga taonga tuku iho o nga tupuna*”, les trésors transmis par les ancêtres, exclus qu’ils sont de cette définition, sont des expressions de ce patrimoine, y compris “*te reo, performing arts, most portable taonga, etc.*”⁶⁵.

Il semblerait donc que les propositions de l’OMPI, qui sont centrées sur les aspects de la culture touchant à la propriété intellectuelle, ne s’appliqueraient pas *directement* aux politiques et processus du New Zealand Historic Places Trust. Néanmoins, les principes et objectifs, en particulier pour ce qui est de la protection des savoirs traditionnels, auraient une certaine importance pour les travaux du Trust. C’est ainsi que les objectifs de politique générale dans le document 8/5, qui traitent de la promotion de la conservation et de la préservation des savoirs traditionnels, du soutien des systèmes de savoirs traditionnels, etc., s’appliqueraient à la protection et à la gestion du patrimoine des Maoris.

v) *Crown Research Institutes* – Plusieurs des Crown Research Institutes (CRI’s) comme la Crop and Food Research Ltd, Manaaki Whenua Landcare Research et NIWA se livrent de plus en plus à des travaux de recherche sur les intérêts des Maoris dans le domaine des savoirs traditionnels et de la flore et la faune indigènes. C’est ainsi par exemple que la Crop and Food cherche activement à établir des partenariats de commercialisation et de recherche à long terme avec des groupes maoris. Cette compagnie vise à conjuguer la base de connaissances scientifiques de la Crop and Food avec la base de ressources naturelles et de valeurs culturelles des Maoris au moyen d’un processus de négociation connu sous le nom de “Te Putahi”. Te Putahi s’attache en particulier à établir des partenariats avec des Maoris dans le domaine de la flore médicinale traditionnelle comme le projet de recherche faisant intervenir des plantes de par tradition utilisées par les Ngai Tuhoe. Dans cet exemple particulier, tous les droits de propriété intellectuelle issus de la recherche seront détenus et contrôlés par les Tuhoe tandis que leurs avantages iront aux Iwis⁶⁶.

En ce qui concerne Landcare, son site Web contient des informations et des bases de données détaillées sur les usages traditionnels de toutes les plantes indigènes néo-zélandaises. Comme le dit le site :

“Cette ressource précieuse est maintenant disponible sur le Web à l’intention de tous ceux qui s’intéressent aux plantes indigènes néo-zélandaises et souhaitent en savoir davantage sur leurs utilisations à des fins culturelles”⁶⁷.

Une recherche de l’espèce taonga pour les Ngati Kuri, *Pupu Harakeke*, faisait mention des plaintes de Mme Saana Murray au nom de Ngati Kuri dans la plainte Wai 262.

Il va de soi que, dans la perspective des parties requérantes du Wai 262, elles seraient très inquiètes de voir si facilement disponible en ligne leur connaissance de leurs savoirs traditionnels en rapport avec les plantes indigènes, même si une grande partie de ces informations ont été tirées de publications écrites ces cent dernières années.

Toutefois, des informations qui apparaissent sur leurs sites Web, il semblerait que Manaaki Whenua et la Crop and Food établissent des partenariats et des programmes de recherche avec les Maoris qui font intervenir des programmes de recherche du Traité de Waitangi axés sur les Maoris, des questions de diversité biologique pour les Maoris, l’écologie forestière et la récolte coutumière, les savoirs autochtones et les systèmes de valeurs, les services écosystémiques, la modélisation et les bases de données notamment⁶⁸.

NIWA semble également établir des relations avec des groupes de Maoris pour ce qui est de la recherche marine et de l’utilisation des savoirs traditionnels.

Les propositions de l’OMPI, en particulier le document 8/5 sur les savoirs traditionnels, peuvent avoir une importance particulière pour les CRI, en particulier lorsqu’il s’agit des objectifs et des principes touchant à l’appropriation illicite des savoirs traditionnels, du partage des avantages, des droits de gestion, des dispositions relatives au consentement préalable donné en connaissance de cause et des dispositions relatives au respect.

vi) *Foundation for Science, Research and Technology* – d’après le projet de stratégie d’innovation économique maorie 2005-2012 :

“Cette stratégie est alignée sur la politique de la vision Mataranga du Ministère de la recherche, de la science et de la technologie. Cela encourage la contribution distinctive des savoirs, de la population et des ressources maoris à l’innovation dont bénéficie la Nouvelle-Zélande. Un élément distinctif de cette stratégie est d’encourager l’exploitation des ressources que possèdent ensemble les Maoris au profit de la communauté ainsi que l’exploration des possibilités d’innovation qui découlent des savoirs maoris”⁶⁹.

⁶³ Voir le site Web de Creative New Zealand www.creativenz.govt.nz “Creative New Zealand – Cultural Recovery” article intitulé “Seriously Maori”.

⁶⁴ www.mch.govt.nz/cwb/index.html - Cultural Well Being.

⁶⁵ www.historic.org.nz/heritage/maoriheritage_intro.html.

⁶⁶ www.crop.cri.nz/home/company-info/maori-partnerships.jsp (search as at 2 February 2006).

⁶⁷ <http://peopleplants.landcareresearch.co.nz/WebForms/peopleplantinformation.aspx> - *Nga Tipu Whakaoranga People Plants Database* (recherche au 2 février 2006).

⁶⁸ www.landcareresearch.co.nz/services/Maori.asp - ‘Working with Maori Organisations on Environment Issues’ (recherche au 2 février 2006).

⁶⁹ Disponible sur le site Web du FRST www.frst.govt.nz.

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)
Appendice, page 13

Une fois mises au point, les propositions de l'OMPI seront utiles pour les travaux et les programmes qu'exécute la FRST dès lors qu'elles concernent le développement économique individuel et collectif des Maoris et qu'elles leur permettront d'avoir une plus grande influence et de mieux saisir les avantages de la propriété intellectuelle qui émanent de leurs savoirs traditionnels.

vii) *Ministère de la recherche, de la science et de la technologie (MORST)* – Les propositions de l'OMPI seront utiles et pertinentes pour les directives sur la propriété intellectuelle élaborées par le ministère en janvier 2004 en rapport avec la propriété intellectuelle issue des recherches effectuées pour le service public qui doit être utilisée dans “*l'intérêt le plus grand de la nation*”⁷⁰.

Elles s'appliqueront également au nouveau cadre de politique de la vision Maturanga (2005) dont l'énoncé de mission est :

“Déverrouiller le potentiel d'innovation des savoirs, ressources et habitants du peuple maori afin d'aider les Néo-Zélandais à se créer un avenir meilleur”⁷¹.

D'après le cadre de politique générale, il consiste essentiellement à découvrir les contributions distinctes à la recherche, à la science et à la technologie qui proviennent des connaissances et ressources maories, y compris les habitants.

vii) *National Archives of New Zealand* – En vertu de la loi de 2005 sur les archives publiques (qui remplace la loi de 1957 sur les archives), il faut qu'il y ait : une “reddition des comptes appropriée” à l'égard du Traité de Waitangi; l'archiviste en chef doit consulter les Maoris et deux membres au moins du Conseil des archives doivent avoir une bonne connaissance de la tikanga Maori. Elle reconnaît également que les dépositaires fondés sur les Iwis/hapus peuvent être approuvés comme dépositaires où des archives publiques peuvent être déposées à des fins de garde. Ces modifications apportées à la législation prennent en compte le vaste corps des connaissances maories détenues dans les archives et la nécessité de veiller à ce que la Couronne s'acquitte de l'obligation que lui impose le Traité envers les Maoris pour ce qui est de la garde de ce matériel.

viii) *The Museum of New Zealand Te Papa Tongarewa* – Te Papa a établi avec les Iwis de solides relations, politiques et processus pour l'exposition, la protection, le rapatriement et le traitement et respect en général des taongas (le principe entrepreneurial du Mana Taonga)⁷². Telle a été l'expérience personnelle de l'auteur dans ses relations avec le musée au sujet du traitement des Mori taongas. Te Papa a donné l'exemple à d'autres musées en établissant des partenariats collaboratifs avec les Iwis. Te Papa est de plus en plus conscient des questions de propriété intellectuelle que confrontent les Iwis et lui-même lorsqu'il s'agit du soin à donner aux taongas et de leur utilisation. Comme en atteste l'expérience de l'auteur, Te Papa n'expose pas des taongas tribaux (y compris des objets physiques et des images de ces objets notamment) à moins qu'il n'ait obtenu le consentement préalable en connaissance de cause des Iwis concernés. Bien que Te Papa semble avoir en place de solides procédures et politiques internes pour protéger les taongas et les connaissances qui leur sont associées, un instrument international contenant des mécanismes de renforcement de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles donnerait du poids à ses politiques tout en facilitant aussi ses transactions avec les musées étrangers pour le retour et le rapatriement des taongas détenus par ces musées pour le compte des Iwis. Toutefois, il y a des Iwis comme les Ngati Porou et d'autres qui cherchent à établir des relations plus solides avec des musées qui comprendront dans certains cas le retour des trésors Ngati Porou à leur rohe⁷³.

ix) Il y a une série d'autres organismes gouvernementaux comme l'Autorité de gestion des risques environnementaux (ERMA), le Ministère des pêches, le Ministère des forêts, le département de la conservation (document sur la stratégie de la diversité biologique) et d'autres pour lesquels les questions touchant aux savoirs traditionnels et aux droits de propriété intellectuelle des Maoris ainsi qu'aux droits relatifs à la faune et la flore indigènes prennent de plus en plus d'importance. Ceci étant, toutes les normes, tous les objectifs et toutes les directives élaborés par l'OMPI dans ce domaine seront utiles pour les travaux de ces organismes aussi.

x) Les seuls changements législatifs actuellement proposés à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels sont les amendements proposés à la loi de 1953 sur les brevets en vertu desquels il est proposé de créer un organe similaire à celui de la commission consultative maorie créée au titre de la loi de 2002 sur les marques. La création de cette commission a été entraînée par les recommandations de la Commission royale sur les modifications génétiques (2001) car il n'y avait pas jusque là des mesures ou procédures de protection en place pour remédier aux préoccupations des Maoris à propos des demandes de brevets qui incluent la flore et la faune indigènes et les savoirs traditionnels maoris qui y sont associés⁷⁴. L'OMPI a pris des initiatives spécifiques qui ont pour but de résoudre la question de l'appropriation illicite des savoirs traditionnels en tant qu' “état de la technique” pouvant être utilisés dans l'élaboration de brevets pour les produits commerciaux fondés sur les savoirs traditionnels et les plantes⁷⁵.

Résumé des travaux d'élaboration de politiques gouvernementales concernant les savoirs traditionnels

De nombreux organismes gouvernementaux et ministères donnent certes l'impression qu'ils ont au moins *quelques* politiques en place pour traiter de l'utilisation des savoirs traditionnels et de l'accès à ces savoirs mais ces politiques ont été et continuent d'être en grande partie élaborées d'une manière *ad hoc* et sans un apport appropriée ou la consultation des groupes de Maoris. Le risque d'élaborer des politiques ‘sur pied’, sans une réelle participation des Maoris, aboutira non seulement à un processus bancal mais, en fin de compte, à des politiques que les Maoris ne peuvent pas accepter et qui seront vraisemblablement incohérentes en général ou n'auront pas la robustesse voulue.

⁷⁰ www.morst.govt.nz/currentwork/ipguidelines.

⁷¹ www.morst.govt.nz/visionmaturanga.

⁷² Te Papa Acknowledges Mana Taonga Te Papa reconnaît le rôle joué par les communautés dans l'amélioration du traitement et de la compréhension des collections et des taongas. E Tautoko Ana a Te Papa Tongarewa i te Mana Taonga - Kei tēnā nohonga tangata rātou tikanga tiaki me rātou māramatanga ki a rātou kohinga me a rātou taonga. www.tepapa.govt.nz

⁷³ Témoignage de Ray Kohere au tribunal de Waitangi, 28 août 2006, Pakirikiri Marae, baie de Tokomaru, côte Est (Wai 262 Claim, Record of Inquiry Doc #P24).

⁷⁴ Document du cabinet sur l'examen de la loi de 1953 sur les brevets, étape 3, Partie 3, Comité consultatif maori pour l'Office néo-zélandais de la propriété intellectuelle (tiré de www.med.govt.nz/patents_review/part3 - au 7 février 2006)

⁷⁵ Voir en particulier WIPO/GRTKF/IC/9/5, annexe, page 2, ‘Protection contre l'appropriation illicite’.

DANS LA PERSPECTIVE MATAURANGA MAORI, TIKANGA, KAWA ET DU DROIT COUTUMIER

3.53 Dans une perspective *purement* tikanga Maori et du droit coutumier, les objectifs et les principes de l'OMPI seraient considérés à de nombreux égards comme *inappropriés*. Cela est dû à la façon fragmentée dont la protection des savoirs traditionnels est traitée séparément des expressions de ces savoirs et à la relation sans lien entre les questions de propriété et de contrôle des ressources biologiques et génétiques. Les Maoris, comme dans le cas des peuples autochtones ailleurs, ne pensent pas nécessairement que leur langue, leurs formes d'art, leurs images ou leurs dessins notamment puissent être considérés séparément de la culture et de la base des connaissances sur lesquelles reposent les savoirs traditionnels et les ressources qui leur sont associées. Les savoirs traditionnels et les expressions de ces savoirs ainsi que les ressources sur lesquelles reposent les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles existent ensemble sous la forme d'un tout homogène. C'est ainsi par exemple que la musique de Moana Maniapoto, cet artiste maori de renommée internationale, est infuse d'une importance culturelle et politique concernant le Traité et l'importance de préserver l'identité culturelle⁷⁶. Par exemple, sa chanson "Moko", qui a remporté un prix international, affirme avec émotion que le moko représente plus qu'un tatouage facial; il représente également une identité et une culture. Cela vaut aussi pour un grand nombre sinon même la plupart des artistes, sculpteurs, tisseurs, écrivains et exécutants maoris. Les tikanga maoris, les kawas et les savoirs traditionnels ont une grande influence sur les créations intellectuelles de nombreux artistes maoris.

3.54 Quelques-unes des parties requérantes du Wai 262 estiment qu'il est nécessaire de prendre comme point de départ les premiers principes dans l'élaboration d'un processus comme d'un cadre cohérents de protection des savoirs traditionnels maoris. C'est ce que l'auteur a appelé un "cadre maori Tikanga" pour la protection et la promotion de l'utilisation appropriés des savoirs traditionnels. Cette approche est préférée à celle dans laquelle des changements sont effectués sur une base *ad hoc* qui se caractérise par un "peaufinage" autour des bords de la législation existantes en matière de propriété intellectuelle comme cela a été le cas avec la loi de 2002 sur les marques et les réformes proposées de la loi sur les brevets. C'est pourquoi il est important de mettre en place un processus comme un cadre cohérent et robuste qui permettra à la Couronne et aux Maoris de même qu'à la communauté en général de se livrer à un débat. Ce cadre doit permettre de trouver dans le temps des options et des solutions d'une manière qui reflète pleinement la diversité et la complexité des questions en jeu tout en leur rendant justice.

3.55 Il y a d'autres groupes de Maoris qui eux ne préconisent pas moins qu'une totale souveraineté des Maoris, y compris le contrôle de leurs propres citoyens et ressources naturelles⁷⁷.

3.56 Toutefois, il y a également des groupes de Maoris qui, à l'échelle nationale comme tribale, tout en étant passionnément résolu à assurer une meilleure protection des matauranga Maoris et la propriété intellectuelle apparentée, n'en perçoivent pas moins la nécessité d'adopter une démarche plus pragmatique. La plupart de ces groupes soutiennent certes la philosophie sur laquelle s'appuie la plainte Wai 262 mais ils sont conscients qu'il a déjà fallu beaucoup de temps pour la régler tandis que se poursuivent à intervalles réguliers l'appropriation illicite et l'utilisation abusive de leurs savoirs traditionnels.

3.57 Par exemple, le groupe national d'artistes Maoris qui était à l'origine de la conception et du développement des marques *Toi Iho: Maori Made Mark* n'a éprouvé aucune difficulté à utiliser un outil de propriété intellectuelle comme une marque pour promouvoir et vendre d'authentiques œuvres d'art et objets artisanaux maoris et pour authentifier des expositions et performances d'artistes maoris. Leur but était de donner aux artistes maoris une marque d'authenticité de qualité pour différencier leurs produits des produits étrangers bon marché importés et pour donner aux consommateurs des produits artistiques et artisanaux maoris une véritable garantie de qualité et d'authenticité. Ils s'efforçaient également de s'assurer un contrôle limité de leurs taongas⁷⁸.

3.58 Il n'empêche qu'il y a un certain nombre de facteurs qui rendent cette option une option "sûre" pour le collectif des artistes maoris. En premier lieu, les artistes avaient dans une large mesure le contrôle du processus (y compris le dessin des images et des mots de la marque) et le processus a été facilité par le Te Waka Toi, c'est-à-dire le Conseil maori des arts de Creative NZ. En d'autres termes, il y avait une participation pleine et effective de ceux qui étaient le plus touchés par la marque. En deuxième lieu, les huit (réunions) menant à l'élaboration de la marque ont reconnu qu'aussi longtemps que la plainte Wai 262 n'avait pas été résolue de manière appropriée, l'enregistrement d'une marque était la seule option juridiquement efficace de protéger et de reconnaître les formes d'art maories authentiques sur le marché⁷⁹. La marque Toi Iho était par conséquent reconnue comme une mesure intérimaire en attendant la mise en place d'un cadre de protection maori *sui generis*/tikanga plus complet. En troisième lieu, Creative NZ est convenu que, en temps opportun, les droits de propriété de la marque seraient attribués à une fiducie pleinement représentative des artistes maoris et nommé par eux. Et finalement, le processus et les coûts qui y étaient associés ont été financés par Creative NZ à l'aide de dons de l'État.

RÉCENTES APPROCHES ET ASPIRATIONS MAORIES EN MATIÈRE DE SAVOIRS TRADITIONNELS

3.59 Ces dernières années, de nombreux groupes et organisations de Maoris, en particulier ceux qui ont des intérêts en matière de commerce et de recherche, ont adopté une attitude plus proactive dans la poursuite de gains commerciaux et dans l'exercice d'un plus grand contrôle sur leurs savoirs traditionnels. De nombreux maoris utilisent de plus en plus une série d'outils qui les aident à protéger leurs savoirs traditionnels et à en promouvoir l'utilisation. Ces outils vont d'accords de coentreprises avec des instituts de recherche à des contrats et des accords de propriété intellectuelle en passant par le marquage de produits, des initiatives de recherche conjointes et l'utilisation de la propriété intellectuelle comme une marque et un droit d'auteur pour protéger leurs intérêts, pour n'en citer que quelques-uns. Le recours

⁷⁶ Témoignages et réponses aux questions de Moana Maniapoto à l'audience du tribunal de Waitangi sur la plainte Wai 262, 25 septembre 2006, doc #P4

⁷⁷ Par exemple, la Confédération des tribus unies d'Aotearoa et de Ko Huiarau, toutes deux des mouvements maoris qui soutiennent que le Traité de Waitangi n'a jamais cédé leur souveraineté, laquelle a été expressément préservée dans la Déclaration d'indépendance de 1835 signée par de nombreuses tribus du Nord.

⁷⁸ *Background*, sur le site Web de Creative NZ, Creative NZ, Conseil 2003 des arts de la Nouvelle-Zélande (en ligne : www.toiho.com/aboutus/).

⁷⁹ Savoir personnel de l'auteur qui a assisté à deux des premières consultations avec les Hui et donné des avis juridiques à Creative NZ et au collectif d'artistes Maoris, ce processus étant considéré comme une étape intérimaire en attendant que puisse être mis en place un système plus robuste de protection des savoirs traditionnels et de la propriété intellectuelle des Maoris une fois réglée la plainte Wai 262.

accru à ces outils est en grande partie alimenté par des considérations d'ordre pragmatique et le fait qu'il n'y a actuellement aucune option juridiquement applicable comme celle demandée par les parties requérantes de la Wai 262, la Déclaration de Mataatua de 1993 et le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones.

3.60 On trouvera ci-après des exemples de récentes initiatives et aspirations maories relatives à l'utilisation et à l'application de leurs savoirs traditionnels en termes de recherche et de potentiel d'application commerciale.

Recherches génétiques sur le cancer

3.61 Un groupe de Maoris de la Bay of Plenty travaille avec une équipe de chercheurs sur le gène du cancer à l'Université d'Otago afin d'identifier la source et, on l'espère, le traitement d'une forme de cancer gastrique qui affecte les *whanaus* depuis plusieurs générations. Les *whanaus* locaux de Rotorua sont d'après les données disponibles la population du monde qui souffre le plus de ce type de cancer. Le projet fait intervenir plus de 10 000 Maoris qui ont fourni à l'équipe de chercheurs des informations sur leur whakapapa et des informations médicales. Les whanaus ont également créé une fiducie appelée le Kimi Hauora Trust qui a conclu un accord de partenariat avec l'Université d'Otago. Au cas où des droits de brevet étaient obtenus pour l'identification du gène permettant de découvrir un traitement, ces droits seraient détenus conjointement. Tous les gains financiers seraient destinés à des recherches additionnelles sur le cancer.

3.62 Les whanaus ont conclu un autre accord de partenariat en matière de recherche avec le département de la science biomoléculaire de l'Université Massey. Le but de la recherche est d'étudier les effets nuisibles de la bactérie stomacale "*helicobacter pylori*" qui pourrait être l'un des principaux facteurs qui causent le cancer de l'estomac. Maintenant que cette bactérie a été identifiée, la phase suivante du projet consistera à trouver un remède pour la maladie⁸⁰.

Planification routière et savoirs maoris

3.63 Les Ngati Whatua ont conclu un accord de partenariat sur la recherche avec la Foundation for Research, Science and Technology (FRST) qui aidera à planifier l'infrastructure routière en Nouvelle-Zélande. L'objectif de ce partenariat est de préserver les sites présentant une importance culturelle et, partant, d'aider à réduire les coûts de construction des routes et de faciliter le développement de l'infrastructure⁸¹.

Gestion des écosystèmes aquatiques et savoirs traditionnels

3.64 Ce programme de recherche fait intervenir les hapus des Nga Potiki, Ngati Pukenga et Ngati Hapu en partenariat avec le New Zealand Landcare Trust. Son but est de mettre au point des outils de gestion et de surveillance des estuaires qui incorporent les valeurs culturelles des Maoris et s'attachent à concilier les savoirs traditionnels des Maoris et la science occidentale. Le programme est également conçu pour aider la mise en valeur du capital humain maori par le biais de la supervision de plusieurs étudiants de doctorat maoris⁸². Le programme de recherche va du 1^{er} juillet 2003 au 1^{er} juillet 2009.

Marquage commercial maori

3.65 Ce programme de recherche de la FRST, auquel participent plusieurs grandes entreprises maories, examine l'utilisation innovatrice du marquage des entreprises maories afin d'accroître les ventes à l'exportation, d'améliorer les résultats du marquage maori sur les marchés existants et de favoriser les principes maoris traditionnels dans l'approche commerciale. Ce programme est un partenariat entre d'éminentes organisations commerciales maories, des chercheurs et des organismes gouvernementaux⁸³. Il va du 1^{er} juillet 2003 au 30 juin 2007.

Développement hapu durable et savoirs traditionnels

3.66 Ce projet de recherche fait intervenir des hapus de la région Gisborne-Côte est; il a pour but d'identifier le rôle contemporain des matauranga Maori dans le développement hapu durable. Les recherches visent à positionner les hapus de telle sorte qu'ils puissent recenser et explorer de nouvelles possibilités de développement.

Recherches sur les plantes médicinales

3.67 Un projet, dirigé par le Dr Meto Leach en collaboration avec un sage maori Tuhoe Maori qui est un expert des rongoa Maori, a été lancé en 2001 pour étudier l'utilisation maorie traditionnelle de la flore indigène. Connu sous le nom de Te Kete Ra Rauhangā, il a été créé en 2001 pour étudier l'utilisation maorie traditionnelle de la flore indigène. Son but est de recenser les composés bioactifs des plantes traditionnelles qui sont utilisés à des fins de guérison comme les a identifiés par le sage Tuhoe. La Crop and Food Research participe également au projet en étudiant le potentiel de mise au point de produits naturels qui pourraient être utilisés pour répondre aux besoins de santé particuliers des Maoris. D'après le Dr Leach, tous les droits de propriété intellectuelle issus de la recherche seront détenus et contrôlés par les Tuhoe tandis que les gains financiers seront eux partagés entre les partenaires.

Utilisation de marques

3.68 Comme indiqué plus haut, un groupe d'éminents artistes maoris a travaillé en collaboration avec Te Waka Toi de Creative NZ pour mettre au point la marque Toi Iho: Maori Made Mark afin de faciliter la reconnaissance de leurs produits et services sur le marché. Un important aspect de la mise au point de cette marque a été le suivant : c'était les Maoris qui contrôlaient le processus et qui avaient reçu de Creative NZ la garantie que les droits de propriété intellectuelle seraient un jour transférés aux Maoris. La mise au point de cette marque a également été considérée comme une étape intérimaire en attendant l'élaboration d'autres options qui pourraient émaner du règlement de la plainte Wai 262.

⁸⁰ <http://www.kimihauora.net.nz>.

⁸¹ http://frst.govt.nz/research/downloads/maoriinn/research_involving_maori-may04.doc.

⁸² Ibid. page 8.

⁸³ Ibid. page 11.

Jeux informatiques et savoirs traditionnels

3.69 Un certain nombre d'entreprises informatiques travaillent sur des concepts pour des jeux informatiques/playstation qui font intervenir des héros et des héroïnes maoris luttant contre les forces du mal. Ces jeux tirent parti des savoirs traditionnels et de la mythologie des Maoris et ils utilisent des images, dessins et armes notamment caractéristiques des Maoris⁸⁴. Ces entreprises ont l'obligation de veiller à ce que, dans le développement de ces jeux et concepts, ils consultent les sages et autres autorités compétentes en la matière sur l'utilisation appropriée des savoirs traditionnels et qu'ils en obtiennent l'approbation. De l'avis de l'auteur, ce n'est pas parce qu'une personne est maorie qu'elle ne doit pas consulter et suivre les protocoles culturels adéquats. Bien au contraire, le fardeau qui pèse sur les épaules de la personne est encore plus lourd du fait de l'obligation qu'elle a de promouvoir et de préserver l'intégrité de sa culture et de son identité.

3.70 Invariablement, les initiatives examinées ci-dessus sont des situations uniques en leur genre dont les solutions sont trouvées par les parties pour répondre à leurs besoins. Ce type de souplesse est certes utile pour trouver des solutions en réponse à des besoins particuliers mais elle ne réduit pas pour autant la nécessité d'avoir en Nouvelle-Zélande un système *sui generis* ou des normes internationales, y compris quelques-unes de celles qui sont élaborées dans les objectifs et principes de l'OMPI. Ces initiatives pourraient grandement bénéficier d'une série de normes et principes internationaux, assise d'un cadre local cohérent qui permet de faire preuve de souplesse et de créativité tout en offrant à toutes les parties une plus grande sécurité.

EXEMPLES PRATIQUES DE L'UTILISATION ABUSIVE ET DE L'APPROPRIATION ILLICITE DES SAVOIRS TRADITIONNELS MAORIS EN NOUVELLE-ZÉLANDE ET À L'ÉTRANGER

3.71 Un certain nombre d'exemples ont déjà été donnés sur l'utilisation abusive ou l'appropriation illicite des savoirs traditionnels aussi bien en Nouvelle-Zélande que dans le reste du monde. Ce sont :

- l'utilisation abusive du moko Tame Iti' pour promouvoir la vente de systèmes de sécurité maison;
- l'utilisation de noms et d'images maoris par LEGO sur des jouets;
- l'utilisation de noms maoris tels que 'Rangatira' sur des bottines de rugby par Canterbury of New Zealand;
- l'utilisation de noms et d'images maoris par Sony Playstation sur le jeu PS2, 'Mark of Kri';
- l'utilisation de noms maoris tels qu' 'atua' par la compagnie autrichienne de ski, Fischer Skis;
- l'utilisation du moko par la Ford Motor Company sur ses camions Hot-Rod;
- l'utilisation du moko par un restaurant danois pour promouvoir la vente de "face food"; et
- l'utilisation de savoirs traditionnels Maoris pour promouvoir la vente par Phillips Morris International de cigarettes en Israël.

Dans la plupart de ces cas, il semblerait y avoir une appropriation illicite ou, du moins, une utilisation inappropriée de savoirs traditionnels maoris. Dans le cas de mots tels que 'atua', 'tohunga' et 'rangatira', il est probable que, si l'utilisateur avait demandé l'enregistrement d'une marque en Nouvelle-Zélande utilisant ces mots, il aurait été contesté sur la base que ces mots étaient offensants pour un grand nombre de Maoris au titre de dispositions relativement nouvelles de la loi de 2002 sur les marques. Cela est réitéré dans les '*Practice Guidelines of the Maori Trade Marks Advisory Committee*' pour ce qui est d'un débat sur les vieilles marques qui utilisaient des mots et des images maoris pour vendre des produits alimentaires⁸⁵.

"Les Maoris considèrent le mot "rangatira (chef)" et le mot "whakairo (découpage)" comme tapu et les mots "aliments" ou "cigarettes" comme noa. C'est pourquoi associer des aliments et des dispositifs de découpage aux biens spécifiés, à savoir "Worcester sauce", "pickles and chutney", "butter", "cigarettes" et "ale and stout", peut être considéré par un grand nombre de Maoris comme culturellement offensant et inapproprié. En d'autres termes, associer quelque chose qui est extrêmement tapu à quelque chose qui est noa revient à essayer de lever le tapu du rangatira ou whakairo – et, par conséquent, semble offensant".

3.72 Le fait qu'aucun des cas mentionnés ci-dessus n'ait associé les mots avec l'utilisation spécifique d'aliments est probablement sans importance. L'utilisation du mot "rangatira" en association avec des bottines de rugby, d' "atua" avec des skis de neige et de "moko" avec un camion hot-rod, est, on peut l'affirmer, culturellement offensante. Ces mots ne passeraient donc probablement pas le nouveau test du bout de phrase "*offensants pour une grande partie de la communauté dont les Maoris*" en vertu de la loi de 2002 sur les marques si l'enregistrement d'un marque était un jour sollicité. La récente affaire de la vente par Phillip Morris International de cigarettes en Israël appelées 'Maori Mix' serait sans aucun doute considérée comme très offensante par les Maoris ainsi que par un large secteur de la communauté non maorie si des droits de propriété intellectuelle enregistrables étaient sollicités en Nouvelle-Zélande⁸⁶.

3.73 Le fait que les compagnies concernées dans ces exemples n'ont pas sollicité l'enregistrement d'une marque n'atténue pas pour autant la gravité de l'insulte ressentie. C'est à cet égard que les dispositions de l'OMPI offriraient une plus grande protection contre l'appropriation illicite ou l'utilisation culturellement inappropriée indépendamment de la question de savoir si l'utilisateur a ou non sollicité des droits de propriété intellectuelle formels.

⁸⁴ Savoir personnel de l'auteur. Il n'est pas possible de donner de plus amples détails afin de protéger le caractère confidentiel.

⁸⁵ *Practice Guidelines – Trade Marks Act 2002*; Maori Trade Marks Advisory Committee and Maori Trade Marks.

⁸⁶ Au début du mois de décembre 2005, les médias néo-zélandais ont fait savoir qu'un touriste néo-zélandais en Israël avait acheté un paquet de cigarettes vendu par Phillip Morris International Inc. (PMI) et appelé 'Maori Mix', lequel montrait des dessins maoris et une carte de la Nouvelle-Zélande. Choqué par cette découverte, le touriste en a fait part aux médias de son pays. Les enquêtes menées ultérieurement par les médias ont révélé que la compagnie Phillip Morris ne s'était pas rendue compte qu'elle offenserait les Maoris et qu'elle avait uniquement voulu faire une brève campagne de promotion de ses cigarettes. En réponse à une lettre envoyée le 12 décembre 2005 à PM au nom des parties requérantes du Wai 262 pour lui demander des excuses, le retrait des cigarettes du marché et le versement d'un don à la Maori Smoke Free Coalition, PM a répondu fin janvier 2006 que la marque offensante ne serait plus utilisée par la compagnie, qui regrettait les actes offensants déjà commis. Il n'a nullement été fait référence à un koha. (Source : communications personnelles avec un journaliste de TVNZ, rapports des médias et correspondance avec PMI).

3.74 Il y a d'autres cas dans lesquels l'utilisation de savoirs traditionnels et mots maoris en particulier peut être plus ambiguë comme par exemple l'utilisation de plus en plus grande de noms maoris par les compagnies viticoles néo-zélandaises. D'après les informations fournies par l'office IPONZ, les types de choses qui risquent en général d'être offensantes sont les suivantes⁸⁷ :

“Un nom/image Atua ou Tupuna; ou

Un lien avec wahi tapu – un lieu sacré pour les Maoris au sens traditionnel, spirituel, religieux, rituel ou mythologique; ou

Un élément qui peut être considéré par les whānau/hapū/iwis comme ayant mana;

- en rapport avec l'alcool, les technologies génétiques, les cigarettes et quelques biens comme des vases à nourriture et des objets utilisés autour des aliments.

3.75 Sur la base de cette prescription, on pourrait supposer que la promotion et la vente par une compagnie néo-zélandaise⁸⁸ de quelques produits de salle de bain avec des noms et dessins maoris comme le savon ‘Adze (Toki)’ et le ‘savon Koru’ relèveraient de la catégorie d’insulte si l’enregistrement d’une marque était un jour sollicitée. En effet, associer ‘Toki’ et ‘Koru’, qui tous deux ont des éléments liés au concept de tapu, à des produits de nettoyage (noa) offenseraient probablement de nombreux Maoris.

3.76 Un autre exemple moins clair est celui de la Kapiti Cheeses Limited, qui a mis au point un nouveau fromage appelé ‘Hipi Iti’, c’est-à-dire “petite brebis” en maori. La marque de ce fromage a été créée en réponse aux efforts faits par des compagnies de fromage européennes pour récupérer les droits de propriété intellectuelle sur leurs marques traditionnelles comme le ‘parmesan’, un fromage appelé du nom de la ville de Parme en Italie.

3.77 Dans cet exemple, où de nouveaux mots sont créés ou combinés avec de vieux mots, la question de l’appropriation illicite devient plus compliquée. Et plus compliquée elle est encore par le fait que le mot “Hipi” est une translittération du mot “brebis”, un mot maori qui n’est pas traditionnel. Néanmoins, de l’avis de l’auteur, lorsque de nouveaux ou vieux mots ou phrases maoris sont utilisés pour marquer des produits commerciaux, il faut vérifier le contexte dans lequel ces mots sont utilisés et développés car ils risquent d’être sans le vouloir offensants. Cela s’applique lorsque des mots ou des phrases sont utilisés soit seuls soit avec d’autres nouveaux ou vieux mots maoris. Une fonction que pourrait remplir un organisme maori spécialisé qui a été créé en tant que partie d’un ‘cadre Tikanga’ pourrait être celle de donner des avis sur l’utilisation appropriée ou inappropriée des kupus (mots) maoris avec des produits commerciaux.

3.78 Cependant, un nouvel organisme ou organe de savoirs traditionnels maori devrait être établi sous la forme d’un organe autonome contrôlé et géré par les Maoris. Il devrait également avoir un mandat assez large que pour examiner les questions relatives à l’utilisation abusive et à l’appropriation illicite des savoirs traditionnels, outre une procédure formelle de demande de propriété intellectuelle. Il y a par exemple un nombre de plus en plus élevé de produits d’inspiration maorie qui sont vendus dans les ‘\$2 Shop’, y compris des napperons et des planches à découper sur lesquels on peut voir des noms et motifs tels que “Tane Mahuta: Lord of the Forest” et “Rongomaitane: Keeper of Peace”, ainsi que des assiettes et des tasses portant des dessins kowhaiwhai. Pour de nombreux Maoris, ces produits sont offensants car ils mélangent les éléments tapu et noa. Cela vaut pour l’utilisation de plus en plus grande des ‘haka’ et ‘moko’ en vue de promouvoir la vente de produits et services commerciaux qu’utilisent aussi bien les étoiles sportives que les chanteurs pop⁸⁹. Ces activités doivent être officiellement supervisées par un organisme et des mesures prises pour éduquer et réglementer cette industrie.

4. Dans quelle mesure les principes ou objectifs de politique générale pourraient-ils contribuer à la mise en place d’une protection efficace des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles?

LIMITES DE L’APPROCHE

4.1 Avant de me poser la question de savoir dans quelle mesure les principes et objectifs actuels pourraient contribuer à un cadre efficace de protection, je me propose d’examiner d’abord quelques-unes des limites des projets de propositions.

4.2 La principale critique des objectifs et des principes de l’OMPI est qu’ils interprètent et limitent la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles dans un cadre fondé entièrement sur la propriété intellectuelle⁹⁰. À ce titre, les objectifs et les principes s’intéressent moins à la protection de ces savoirs et de ces expressions en tant que tels et davantage à la question de déterminer où ces savoirs et ces expressions s’entrecroisent à l’interface de la propriété intellectuelle. Cette approche étroite, le Secrétariat la reconnaît :

“...les travaux et les documents d’information du comité ont porté pour l’essentiel sur la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (protection généralement considérée comme inspirée par la propriété intellectuelle dans la mesure où elle prévoit des voies de recours contre l’utilisation non autorisée et l’appropriation illicite par des tiers du produit de l’activité intellectuelle)”⁹¹.

⁸⁷ Communications personnelles avec Simon Gallagher d’IPONZ, 12 janvier 2006.

⁸⁸ ‘Bath Culture New Zealand’ site Web <http://www.bathculture.com/pages/Detailed/9.html>

⁸⁹ Exemples : le coureur de voitures international David Clinger ayant son visage tatoué “en un masque de guerre maori traditionnel” (www.cyclingnews.com/feature/?id=2005/webcorclinger) - son sponsor lui a donné l’ordre de l’enlever; le ‘Spice Girls’ ‘haka’; les tatouages d’inspiration maorie de Robbie Williams et Mike Tyson et la chaîne Une de la BBC utilisant le haka ‘Ka Mate’ exécuté par un Maori et 14 joueurs de rugby gallois pour promouvoir une nouvelle chaîne de télévision en Grande-Bretagne (http://thetvroom.com/p-bbc-one-2002_a.shtml).

⁹⁰ Voir par exemple le débat sur la nature de la protection dans le document 8/4, pages 5 et 6, paragraphes 15, 16 et 17. Voir également le rapport de la mission d’enquête de l’OMPI, page 25 “La description par l’OMPI de la question reflète tout naturellement son approche de la propriété intellectuelle. Les activités de l’OMPI portent sur la protection possible des savoirs traditionnels qui est la “propriété intellectuelle” au sens large de la définition de la “propriété intellectuelle””. La définition de “propriété intellectuelle” à laquelle il est fait référence dans cette citation est celle donnée par la Convention de 1967 instituant l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, article 2.viii).

⁹¹ Ibid. page 6, paragraphe 17.

4.3 Comme indiqué précédemment, le régime des droits de propriété intellectuelle dans sa forme actuelle ne suffit pas pour protéger les savoirs traditionnels dans leur contexte le plus large, en particulier pour ce qui est de la relation entre les peuples autochtones et les ressources biologiques. Et de faire remarquer feu Darrell Posey⁹² :

“Les droits de propriété intellectuelle sont insuffisants et inappropriés pour la protection des savoirs écologiques traditionnels et la communauté des ressources car ils :

reconnaissent les droits individuels et non pas collectifs;

requièrent un acte d'invention spécifique;

simplifient les régimes de propriété;

stimulent la commercialisation [ce qui n'est pas toujours négatif];

reconnaissent uniquement les valeurs du marché;

sont subordonnés aux pouvoirs et aux manipulations économiques;

sont difficiles à surveiller et à appliquer;

sont onéreux, sont compliqués et absorbent beaucoup de temps”.

À cette liste, on pourrait ajouter la durée limitée des droits de propriété intellectuelle qui ne sont pas en accord avec la nature intergénérationnelle et holistique des opinions du monde qu'ont les peuples autochtones. Ces opinions sont en harmonie avec celles de nombreux États-nations, en particulier des 'pays en développement' comme on les appelle tels que l'Inde, le Brésil et les États africains qui assistent aux réunions du comité intergouvernemental⁹³.

4.4 Toutefois, les documents de l'OMPI offrent, à la discrétion du comité intergouvernemental, la possibilité d'élargir l'étendue de la protection offerte. Je tiens à signaler que, pour cette raison, ces travaux devraient être considérés comme complémentaires d'autres formes de protection, de promotion et de sauvegarde des savoirs traditionnels, y compris le renforcement des lois et pratiques coutumières, l'élaboration de systèmes *sui generis* de protection et de codes d'usage ainsi que d'autres mécanismes juridiques et non juridiques de protection des savoirs traditionnels et de la propriété intellectuelle des peuples autochtones.

4.5 Du fait de cette approche étroite, les savoirs traditionnels sont cependant en grande partie considérés séparément des relations holistiques que les peuples autochtones ont avec leur environnement physique et spirituel. Comme le fait ressortir la tradition maorie, les Maoris descendent de Tane Mahuta, le dieu de la forêt, de Tangaroa, le dieu des océans, de Ranginui, le Père-ciel et de Papatuanuku, la Terre mère et ainsi de suite. C'est pourquoi tous les savoirs traditionnels sont inextricablement liés à leur relation avec le monde naturel, lequel est, à son tour, déterminé et défini par whakapapa. Les documents de l'OMPI sont centrés sur les aspects d'*“activité intellectuelle”* des savoirs traditionnels de telle sorte qu'ils prendront en compte les savoirs touchant à la diversité biologique et les savoirs médicinaux. Ils excluent toutefois de leur domaine les différentes revendications de propriété/kaitiaki que les Maoris et d'autres peuples autochtones font en rapport avec leurs terres/territoires traditionnels et autres ressources naturelles. En effet, ils renforcent la notion, exprimée pour la première fois dans la Convention sur la diversité biologique (article 15), que les États-nations ont souveraineté sur leurs ressources génétiques⁹⁴. En conséquence, dans une perspective maorie (et de l'avis des peuples autochtones en général), les documents de l'OMPI sont loin d'être ce qu'ils considèrent comme nécessaire pour assurer une protection entière et exhaustive des savoirs traditionnels.

4.6 Le fait que l'accent soit mis uniquement sur les aspects intellectuels des savoirs traditionnels signifie que d'importantes questions telles que le rapatriement de restes humains, la protection en général des langues autochtones et d'autres questions liées à la protection du patrimoine culturel (sites sacrés par exemple) sont *“exclues de cette description des savoirs traditionnels”*⁹⁵.

4.7 Des questions telles que l'autodétermination et le contrôle de leurs propres affaires sont également d'une importance fondamentale pour les Maoris lorsqu'il s'agit de la protection des savoirs traditionnels. L'ont montré de manière on ne peut plus claire les personnes appelées à témoigner dans l'affaire de la plainte Wai 262⁹⁶. À moins que les Maoris n'aient un degré de contrôle raisonnable sur leurs savoirs (à l'abri de toute influence induite de l'État), la protection quelle qu'elle soit susceptible d'être mise en place, pourrait être considérée comme sérieusement déficiente. Au minimum, le principe du rangatiratanga, comme l'a décrit le tribunal de Waitangi, envisage de donner

⁹² Posey, D.A. Chapter One, 'Introduction: Culture and Nature-The Inextricable Link' in "Cultural and Spiritual Values of Biodiversity". 1999, page 12. *A Complimentary Contribution to the Global Biodiversity Assessment*. 1999. Edited by Darrell Addison Posey.

⁹³ Par exemple, dans une note écrite soumise à la septième réunion en novembre 2004 du comité intergouvernemental, l'Inde déclare : "Nous pensons qu'il y a un lien étroit entre les savoirs traditionnels, les ressources génétiques et le folklore. Il est nécessaire de traiter d'une manière holistique tous les aspects de la propriété intellectuelle relatifs aux savoirs traditionnels, aux ressources génétiques et au folklore".

⁹⁴ Document 8/5 "Principe de compatibilité avec les systèmes juridiques en vigueur régissant l'accès aux ressources génétiques" "La compétence de déterminer l'accès aux ressources génétiques, que celles-ci soient ou non associées à des savoirs traditionnels, appartient aux gouvernements nationaux, et elle est régie par les législations nationales" (annexe, page 11).

⁹⁵ Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels (1998-1999) *Les besoins et les attentes des détenteurs de savoirs traditionnels dans le domaine de la propriété intellectuelle*, page 25.

⁹⁶ Voir par exemple les témoignages de Saana Murray, Catherine Davis et Hori Parata aux audiences du Tai Tokerau Wai 262 sur la mise à jour des preuves à conviction, Te Puea Marae, Mangare, Auckland, 21-23 août 2006.

aux Maoris le contrôle de leurs ressources. Bien que les documents de l'OMPI contribuent dans une certaine mesure à reconnaître les droits des communautés traditionnelles et des détenteurs de savoirs traditionnels⁹⁷, ils ne reconnaissent pas pour autant que les peuples autochtones sont les *propriétaires* de leurs propres savoirs traditionnels. C'est ainsi par exemple que le *principe de reconnaissance des droits* stipule que :

"Les droits des détenteurs de savoirs traditionnels à la protection effective de leurs savoirs contre toute appropriation illicite doivent être reconnus et respectés."⁹⁸

Dans une perspective maorie, ce principe (ou un ou plusieurs principes additionnels) serait renforcé si l'on reconnaissait que les détenteurs des savoirs traditionnels dans leurs communautés respectives sont les propriétaires/gardiens de leurs propres savoirs.

4.8 Qui plus est, l'utilisation de mots discrétionnaires comme "*devrait tenir compte des aspirations, attentes et besoins des détenteurs de savoirs traditionnels*" et "*dans la mesure du possible*", tels qu'ils sont utilisés dans le 'Principe de prise en considération des besoins et des aspirations des détenteurs de savoirs traditionnels'⁹⁹, donnent aux décideurs (invariablement des organes non autochtones), la capacité de 'minimaliser' ces dispositions ou d'en appliquer une interprétation minimaliste. Les problèmes causés par ce type de libellé ont été soumis aux réunions du comité intergouvernemental depuis que les missions d'enquête de l'OMPI ont commencé en 1998. Les peuples autochtones ont vivement plaidé durant ces réunions en faveur d'une approche plus holistique pour protéger leurs savoirs traditionnels mais leurs contributions ont malheureusement été en grande partie ignorées.

MÉRITES DES PRINCIPES ET OBJECTIFS DE PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS

4.9 Nonobstant les limites identifiées ci-dessus, on trouvera ci-dessous une analyse de la mesure dans laquelle les objectifs de l'OMPI pourraient contribuer à l'élaboration de mesures de protection plus efficaces des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles.

4.10 Le point de départ de cette analyse est pragmatique. À l'heure actuelle en Nouvelle-Zélande, extrêmement limité est le nombre d'outils disponibles pour protéger les savoirs traditionnels autres que les outils standard de la propriété intellectuelle que sont par exemple le droit d'auteur et la marque. Il y a également une pénurie d'outils non juridiques comme des codes d'éthique ou des directives. Quelques Maoris préféreraient quant à eux que, dans l'élaboration d'un système de protection, on commence par les principes pour établir un cadre du haut vers le bas sur la base du tikanga Maori. On trouvera à l'appendice 2 une ébauche de ce cadre Tikanga Maori.

4.11 D'autres initiatives, notamment l'adoption proposée en 2006 par l'Assemblée générale des Nations Unies du projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones (qui présente pour les peuples autochtones un cadre exhaustif dont l'affirmation de leur droit à l'autodétermination, à la propriété et au contrôle de leurs ressources, y compris leurs droits de propriété culturelle et intellectuelle), sont encore l'objet de l'opposition d'un certain nombre d'États parties comme la Nouvelle-Zélande, l'Australie, les États-Unis d'Amérique et le Canada.

4.12 Dans l'intervalle, les savoirs traditionnels des Maoris continuent d'être l'objet d'une appropriation illicite à une échelle inquiétante. C'est la raison pour laquelle l'auteur est d'avis que les objectifs et principes actuels de l'OMPI pourraient, si on les modifie et les peaufine de manière appropriée, constituer une base solide et contribuer à l'élaboration d'une forme limitée de protection des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles, même si la propriété intellectuelle est abordée dans une optique étroite. Toutefois, comme l'a fait remarquer le Secrétariat de l'OMPI, l'étendue de la protection pourrait être élargie si le comité intergouvernemental ainsi le souhaite¹⁰⁰.

UNE ÉTUDE DE CAS : MOKO DE TAME ITI

4.13 Pour illustrer la mesure dans laquelle le projet des objectifs et principes de l'OMPI pourrait offrir aux savoirs traditionnels des Maoris une meilleure protection, j'ai mis à l'essai son application pratique dans le cadre d'un récent exemple d'une prétendue appropriation illicite.

4.14 Au milieu de 2005, les médias ont signalé qu'un magazine britannique faisant la publicité de la vente de systèmes de sécurité maison utilisait une photo d'un défenseur bien connu des droits des Maoris, Tame Iti, avec un moko facial complet et une taiaha (arme traditionnelle) dans une pose provocante, photo accompagnée des mots "*Comment tenir à l'écart les intrus?*". Tame Iti a indiqué qu'il était choqué par cet avis publicitaire et ce surtout parce qu'il n'avait pas été consulté sur l'utilisation de son image dans ce contexte. Au plan juridique, il aurait pu intenter des poursuites pour violation du droit d'auteur car son moko pourrait être considéré comme une œuvre à droit d'auteur et son utilisation sans autorisation pourrait constituer une violation de ce droit¹⁰¹. Il aurait pu gagner s'il avait décidé de porter l'affaire devant le tribunal mais les frais légaux y relatifs auraient été un facteur important à prendre en considération.

4.15 Au titre des dispositions de l'OMPI telles qu'elles sont actuellement rédigées, le moko facial d'Iti répondrait vraisemblablement aux critères en faisant une expression culturelle traditionnelle car la peinture du corps est l'objet d'une protection en vertu de l'article premier, document 8/4¹⁰². Le moko est l'objet d'une activité intellectuelle créative et les personnes ont le droit de bénéficier d'une telle protection

⁹⁷ Document 8/5, annexe, page 3.iii), v) et vi). Voir également le commentaire sur les principes directeurs généraux, annexe, page 9.a) et b).

⁹⁸ Document 8/5, annexe, page 9.b).

⁹⁹ Document 8/5, annexe, page 9.a).

¹⁰⁰ Document 8/4, page 5, paragraphe 17.

¹⁰¹ Commentaires du conseil en propriété intellectuelle, Simon Fogarty de AJ Park and Son, publié dans le NZPA Herald, http://media.apn.co.nz/webcontent/image/jpg/ACFPEAY_aGjx.JPG

¹⁰² Il se peut qu'il faille étoffer l'expression "peinture du corps" ou encore choisir un autre terme qui inclut expressément le mot "moko" ou "marquage du corps/tatouage" pour éviter toute confusion au sujet de la question de savoir s'il est ou non une forme de "peinture corporelle" ou de "body piercing" par exemple.

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)
Appendice, page 20

sous réserve que leur expression créative est *“caractéristique de l’identité culturelle et sociale et du patrimoine culturel d’une communauté et a été faite par la personne qui, conformément au droit et aux pratiques coutumiers de cette communauté, en a le droit ou la responsabilité”*¹⁰³.

4.16 Le moko de Tame Iti remplirait sans doute les conditions nécessaires pour bénéficier d’une protection car il représente un symbole de sa personnalité et de son identité culturelles, tribales et individuelles. Tame Iti pourrait également mentionner l’objectif de politique générale qui est de promouvoir le respect des systèmes de savoirs traditionnels et *“de la dignité, de l’intégrité culturelle et des valeurs intellectuelles, philosophiques et spirituelles des peuples et des communautés qui préservent et perpétuent ces systèmes”*¹⁰⁴.

4.17 Chose plus importante encore, Tame Iti pourrait invoquer l’objectif 1.iv) dans le document 8/4¹⁰⁵ pour empêcher l’appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles. Cet objectif a pour but de :

“donner aux peuples autochtones et aux autres communautés traditionnelles ou culturelles des moyens juridiques et pratiques, y compris des mesures efficaces d’application des droits, pour empêcher l’appropriation illicite de leurs expressions culturelles et des dérivés de celles-ci, contrôler l’utilisation qui en est faite en dehors du contexte coutumier et traditionnel et promouvoir le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation”.

4.18 Le magazine anglais qui a utilisé l’image de Tame Iti sans son consentement s’est sans aucun doute approprié illicitement de son moko facial traditionnel (une forme unique en son genre de dessin culturel) à des fins sortant de son contexte traditionnel. En outre, le faisant sans son consentement et pour promouvoir la vente de systèmes de sécurité, il va de soi qu’il en tirera des bénéfices commerciaux. Et rien ne laisse supposer qu’il les partagera avec M. Iti.

4.19 D’après Tame Iti, il avait accepté il y a quelques années que cette photo particulière soit utilisée dans un livre sur les moko¹⁰⁶. En revanche, il n’avait ni accepté qu’elle soit utilisée ultérieurement par le magazine faisant la publicité de systèmes de sécurité, ce qu’il avait trouvé offensant, ni donné son consentement pour qu’il le fasse. La principale préoccupation de M. Iti semblait être qu’il n’avait pas été consulté sur l’utilisation de cette photo.

4.20 Il est probable que le photographe ayant pris la photo et auquel M. Iti avait accordé l’autorisation de l’utiliser a ensuite donné ou vendu l’image au magazine et, ce faisant, selon M. Iti, violé son obligation de ne pas utiliser cette image à d’autres fins que celle pour laquelle il avait reçu une autorisation, à savoir son utilisation dans la publication sur *ta moko*.

4.21 Cette affaire est un exemple intéressant de l’interface entre les savoirs traditionnels et la propriété intellectuelle. Des recours potentiels seraient disponibles en vertu du droit sur la propriété intellectuelle ainsi qu’en vertu d’un nouveau mécanisme fondé sur les objectifs et principes de l’OMPI. En temps normal, le photographe serait le propriétaire de la photo mais il est évident que M. Iti conserve le droit d’auteur du moko en tant qu’œuvre d’un tel droit et qu’il exerce par conséquent le contrôle de la manière dont cette photo est utilisée à d’autres fins que celle pour laquelle il a donné expressément son autorisation. En d’autres termes, Tame Iti pourrait tenter des poursuites judiciaires contre le photographe et le magazine britannique pour avoir enfreint son droit d’auteur de l’image de son moko.

4.22 Dans ce cas là, il semblerait, si l’on s’en tient aux objectifs et principes de l’OMPI, qu’ils offrent une forme de protection plus claire et potentiellement moins onéreuse contre l’utilisation abusive et l’appropriation illicite¹⁰⁷. Toutefois, à moins que le dessin particulier du moko n’ait été subordonné à un enregistrement ou à une notification en vertu de l’article 7 (document 8/4), M. Iti devrait s’appuyer sur l’article 3 b) pour la protection de son œuvre en tant que forme d’une expression culturelle traditionnelle n’ayant pas fait l’objet d’un enregistrement. Ces dispositions semblent étendre la protection d’une expression culturelle traditionnelle qui n’a pas fait l’objet d’un enregistrement à la *“communauté concernée”* par opposition à la personne. Vient renforcer cet argument l’examen de l’article 2, qui met l’accent pour la protection sur la *“communauté culturelle”* par opposition à la personne¹⁰⁸. Il n’empêche que les expressions culturelles traditionnelles d’un individu peuvent être protégées :

“sous réserve qu’elle est caractéristique de l’identité culturelle et sociale et du patrimoine culturel d’une communauté et qu’elle a été faite par la personne qui, conformément au droit et aux pratiques coutumiers de cette communauté, en a le droit ou la responsabilité” (document WIPO/GRTKF/IC/8/4, article premier, annexe, page 13).

4.23 Sinon, la communauté tribale de M. Iti devrait prendre des mesures pour s’assurer que ses droits ont été suffisamment protégés encore que, dans ce cas particulier, la procédure semble incommode et inutile.

4.24 Dans l’hypothèse où les droits individuels de M. Iti sont protégés conformément à l’article 3 b), il pourrait se prévaloir des références faites dans les alinéas ii) et iii) (document 8/4, annexe, page 20), à savoir que l’utilisation abusive de son image a été soit une *“déformation”* soit une *“autre action dégradante”*, fautive, prêtant à confusion ou fallacieuse et que, dans ce cas, elle porte également sur la vente de services commerciaux. M. Iti pourrait donc soit demander à la compagnie de ne plus utiliser son image soit lui intenter des poursuites civiles ou pénales.

4.25 De son côté, l’article 3.b)iv) lui permettrait d’exiger une rémunération équitable ou un partage des avantages commerciaux que la compagnie de sécurité avait tirés de l’utilisation de son image pour promouvoir la vente de son produit. Ces avantages devraient être déterminés par l’*“Administration”* dont la création est envisagée par l’article 4 dans le document 8/4. Toutefois, cette administration n’est pas un organe obligatoire et c’est à la communauté locale qu’il appartiendra de décider si un tel organe est nécessaire.

¹⁰³ WIPO/GRTKF/IC/8/4, annexe page 13.

¹⁰⁴ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/8/5, annexe page 3 ii) et le document WIPO/GRTKF/IC/8/4, annexe page 3 ii).

¹⁰⁵ WIPO/GRTKF/IC/8/4.

¹⁰⁶ Interview avec Tame Iti sur Mana News, vendredi 25 novembre 2005

¹⁰⁷ Toutefois, le degré de protection serait en grande partie tributaire du format et de la nature juridiquement contraignante des principes et objectifs qui seront finalement adoptés au niveau international et appliqués au niveau national en Nouvelle-Zélande et par les États étrangers.

¹⁰⁸ WIPO/GRTKF/IC/8/4, article 2,annexe , page 17.

4.26 Cette étude de cas illustre une tension intéressante entre les prétendues appropriations illicites de savoirs traditionnels d'une part et la volonté d'exploiter ces savoirs pour en obtenir des gains commerciaux de l'autre. Les deux scénarios ne s'excluent pas forcément mutuellement. Il arrivera parfois que la ligne de démarcation à tirer entre les deux sera dans une situation particulière très fine et c'est à la communauté et/ou aux personnes concernées qu'il appartiendra de se prononcer. Lorsque l'intégrité morale et culturelle d'une communauté (ou d'une personne) est en jeu compte tenu de la manière dont les savoirs traditionnels sont utilisés par une tierce partie, il est peu probable qu'une utilisation ou une utilisation commerciale serait autorisée. Cela peut ne pas toujours être le cas et l'intention des objectifs et des principes ne semble pas être de déterminer comment sont prises les décisions. Ce sont des questions qui doivent être à juste titre laissées à l'appréciation morale des communautés et des personnes concernées.

RÉSUMÉ DE LA MESURE DANS LAQUELLE LES PROPOSITIONS PEUVENT CONTRIBUER À UNE PROTECTION EFFECTIVE DES SAVOIRS TRADITIONNELS ET DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES

4.27 Au nombre des principaux aspects *positifs* des objectifs et des principes figurent les suivants :

- ils comblent un vide actuel au niveau international pour ce qui est de la protection des savoirs traditionnels;
- un instrument ou un régime international sensibiliserait considérablement ceux qui utilisent ou utilisent abusivement les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles ou qui pourraient le faire de l'importance que revêt la protection;
- ils fourniraient un cadre international dans lequel les peuples autochtones seraient mieux à même d'empêcher ou d'arrêter l'appropriation illicite et l'utilisation abusive de leurs savoirs traditionnels sans devoir nécessairement recourir à des mesures de coercition et autres mesures légales onéreuses. En d'autres termes, la seule existence d'un instrument international pourrait en soi être un puissant moyen de dissuasion contre l'utilisation abusive des savoirs traditionnels;
- ils offrent la souplesse qui permet aux pays d'adopter et d'adapter des aspects du régime qui conviennent le mieux à leur situation nationale. Pour Aotearoa Nouvelle-Zélande, cela est important pour s'assurer que des questions telles que le Traité de Waitangi et les conclusions finales du tribunal de Waitangi dans l'affaire 262 puissent être prises en compte dans n'importe quel cadre de protection local;
- la protection n'est pas forcément subordonnée à un enregistrement préalable des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, remédiant ainsi à une grande préoccupation de nombreux peuples autochtones que leurs savoirs soient enregistrés dans des bases de données et que cela pourrait ainsi faciliter un accès accru du public à ces savoirs. Toutefois, les peuples autochtones ne peuvent disposer de cette option que si, dans les circonstances appropriées, il est possible de contrôler efficacement l'accès du public aux savoirs. Par exemple, en utilisant des 'fichiers silencieux' dans lesquels seuls les détenteurs de savoirs eux-mêmes ou une administration dûment autorisée ont accès à cette information en vue de déterminer si une appropriation illicite a eu lieu ou non ou aura ou non vraisemblablement lieu.
- en cherchant à empêcher l'appropriation illicite des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles plutôt qu'en créant de nouveaux droits de propriété sur ces savoirs, ils s'attaquent à une préoccupation fondamentale de nombreux peuples autochtones qui estiment que leurs savoirs ne doivent pas devenir des produits. Il n'empêche que quelques peuples autochtones (y compris les Maoris), souhaitent peut-être poursuivre une approche favorisant les droits de propriété. Cette option est ouverte aux personnes et aux groupes dans le projet actuel des objectifs et des principes. On l'examinera plus en détail plus loin dans le présent document.

4.28 Au nombre des principaux aspects négatifs des objectifs et principes de l'OMPI figurent les suivants :

- ils reposent uniquement sur un cadre de protection juridique subordonné à la propriété intellectuelle;
- la question de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles du domaine public continue de poser problème;
- pour être réellement "efficaces" d'un point de vue maori (et du point de vue des peuples autochtones en général), il faudrait que le régime retenu contienne un élément plus fort d'autodétermination pour s'assurer que les peuples autochtones ont clairement la propriété et le contrôle de leurs propres savoirs traditionnels¹⁰⁹;
- les documents maintiennent le statu quo lorsqu'il s'agit de reconnaître que les États-nations ont souveraineté sur leurs ressources biologiques¹¹⁰. Dans la perspective des peuples autochtones, cela demeure un sérieux problème compte tenu du fait que de nombreux peuples autochtones sinon même la totalité revendiquent la propriété des terres, des eaux et autres ressources naturelles qui se trouvent dans leurs territoires traditionnels;
- la manière fragmentée dont le comité intergouvernemental traite les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles dans des processus distincts certes mais parallèles;
- ils ne reflètent ni n'incorporent les normes internationales régissant les droits de l'homme et les lois coutumières qui ont de plus en plus reconnu les droits des peuples autochtones à leurs terres et autres ressources, à leur culture, à leur patrimoine, à leurs savoirs traditionnels ainsi que leurs droits à l'autodétermination (tels qu'on les retrouve dans le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones).

UN DOCUMENT UNIQUE?

4.29 L'auteur est d'avis qu'un document unique sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles serait plus facile à utiliser que les deux documents distincts comme le propose actuellement le comité. On trouve en effet dans ces documents de nombreux points communs et de nombreuses répétitions et il est donc plus rationnel d'avoir un seul document. En cas de différences significatives, on pourrait clairement les identifier dans le texte du document ou on pourrait par exemple inclure les expressions culturelles traditionnelles dans une annexe séparée. Cela éviterait par ailleurs des contradictions ou des incohérences accidentelles dans le libellé des deux textes.

¹⁰⁹ Voir par exemple le rapport de la mission d'enquête (au Pacifique Sud), pages 76-77 où il est fait observer durant une table ronde en Australie que "... les savoirs traditionnels devraient être compris et traités dans le contexte des besoins des peuples autochtones dans d'autres domaines comme l'autodétermination, la santé, la justice et le patrimoine culturel. En d'autres termes, quelques intervenants ont signalé que les besoins en matière de propriété intellectuelle des détenteurs de savoirs traditionnels ne peuvent pas être traités séparément de leurs autres besoins".

¹¹⁰ WIPO/GRTKF/IC/8/5, annexe, page 11 "Principe de compatibilité avec les systèmes juridiques en vigueur régissant l'accès aux ressources génétiques"

5. Donner des avis sur l'appropriation illicite et l'utilisation abusive (et les actions des tierces parties) sans exiger l'imposition de nouveaux droits de propriété sur les savoirs traditionnels mais prenant compte de cette option au cas où les détenteurs de savoirs traditionnels le souhaiteraient?

5.1 Compte tenu de la nature collective et intergénérationnelle des savoirs traditionnels ainsi que des préoccupations manifestées par de nombreux Maoris (et autres peuples autochtones) à propos de la transformation des savoirs traditionnels en produits et de leur privatisation, l'approche choisie pour traiter l'appropriation illicite et l'utilisation abusive de ces savoirs sans exiger l'affirmation de nouveaux droits de propriété intellectuelle semble être sur la bonne voie. L'option demeure ouverte pour les détenteurs de savoirs intellectuels qui souhaitent utiliser des outils de propriété intellectuelle existants (ou mettre en place une nouvelle série de droits de propriété) comme par exemple la marque Toi Iho et le Kimi Hauora Trust (possibilité de solliciter la protection des brevets)¹¹¹.

5.2 D'autre part, il y a quelques groupes de Maoris et de peuples autochtones qui demeurent sceptiques quant à l'utilisation et à l'adaptation d'outils de la propriété intellectuelle pour protéger les savoirs traditionnels.

5.3 Quelques-unes des parties requérantes du Wai 262 ont des doutes au sujet de la capacité du régime de propriété intellectuelle d'assurer une protection adéquate. D'autre part, quelques commentateurs (y compris l'auteur) ont fait remarquer que des aspects de ce régime pourraient être adaptés au titre de l'élaboration d'un régime *sui generis* pour protéger des éléments des savoirs traditionnels¹¹² mais qu'un nouveau cadre de protection devrait avoir comme assise fondamentale les valeurs et les principes tikanga Maori.

5.4 Si les objectifs et les principes de l'OMPI avaient été en place à l'époque de l'utilisation abusive de savoirs traditionnels par la Ford Motor Company, Fischer Ski's, Sony Playstation et autres exemples dont il est mentionné ci-dessus, il est fort probable que les objections des Maoris à une telle utilisation abusive auraient donné de meilleurs résultats. Dans les affaires citées, l'enregistrement de droits de propriété intellectuelle n'était pas sollicité de telle sorte qu'il n'était pas possible de faire des objections pour des raisons de violation de droits moraux ou autres droits strictement légaux. Cependant, en vertu de l'article 3 (document WIPO/GRTKF/IC/8/4), c'est aux parties requérantes qu'il appartiendrait non seulement d'établir que les mots et les noms offensants (comme dans les exemples LEGO et Canterbury of New Zealand) étaient dénigrants, offensants ou qu'ils "*doment faussement l'impression d'un lien avec la communauté concernée ou qui méprisent ou dénigrent celle-ci*", mais elles devraient également démontrer que ces mots ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification au titre de l'article 7.

5.5 À l'inverse, lorsqu'il n'y a eu ni enregistrement et ni notification, les parties requérantes devraient établir que l'utilisation était une "*déformation, une mutilation ou un autre acte dégradant*" d'une expression culturelle traditionnelle ou qu'elle était fautive, prêtait à confusion ou était fallacieuse dans le cas des biens ou services qui puisaient aux expressions culturelles traditionnelles d'une communauté¹¹³.

5.6 En ce qui concerne l'utilisation de mots spécifiques comme "Tohunga" (Bionicle), "Rangatira" et "Moko" (Canterbury) et "Atua" (Fischer Skis), il est probable que les parties requérantes maories pourraient montrer que leur utilisation était offensante (au titre de la partie B de l'article 3) (dans l'hypothèse où les mots n'ont pas fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification) car ces mots/noms pour les Maoris ont une signification culturelle (et spirituelle) spéciale.

5.7 Toutefois, il peut s'avérer plus difficile de remplir ce critère dans le cas de mots tels que "Kehua", "Rangi" et "Riu" (Fischer Skis), "Pohatu", "Whenua", "Toa" et "Kanohi" (LEGO) et, peut-être aussi, "Tane-Toa" (Canterbury). Indépendamment de la question de savoir si ces mots ont ou non été enregistrés, les parties requérantes devraient encore établir que leur utilisation contient un élément offensant. Dans l'exemple de "Pohatu" (pierre) et "Toa" (guerrier), il peut être difficile de le démontrer. Dans le cas de "Whenua" (qui peut signifier soit terre soit placenta), la question est moins claire. On peut en dire autant de "Rangi" (Père-ciel) mais aussi un nom maori d'usage courant. Ce qui peut être offensant pour les uns peut ne pas l'être pour les autres. Il ne fait aucun doute que les témoignages d'experts seraient nécessaires dans de nombreux cas où des mots ont plusieurs significations.

5.8 Il se peut que le principal avantage d'un cadre international émanerait de son utilité en tant qu'outil pédagogique et moyen de dissuasion potentiel pour les éventuels pirates de savoirs traditionnels. Pour autant que le sache l'auteur, plusieurs des compagnies qui ont utilisé des noms et dessins traditionnels sur leurs produits l'ont fait sans se rendre compte qu'elles avaient agi d'une manière offensante (LEGO, Sony Playstation et Ford Motor Company par exemple)¹¹⁴. Canterbury of New Zealand s'était efforcée de suivre un processus d'obtention d'une autorisation même si, à cette époque là, il n'y avait aucun processus formel. Dans le cas de Ford, la compagnie s'était attaché les services d'un Maori vivant aux États Unis d'Amérique qui lui donnait des avis sur des aspects du moko et son importance pour la culture Maori. L'existence même d'un cadre international pour la protection des savoirs traditionnels contre l'utilisation abusive et l'appropriation illicite ne ferait que renforcer la protection mais aussi servirait d'agent catalyseur de l'engagement entre les peuples autochtones et les tierces parties qui souhaitent avoir accès à leurs savoirs à des fins commerciales.

5.9 En conclusion, l'accent mis sur la lutte contre l'appropriation illicite sans devoir pour autant créer (mais tout en offrant la souplesse nécessaire pour créer) de nouveaux droits de propriété sur les savoirs traditionnels semble être une façon pragmatique et équilibrée d'aborder une situation complexe.

¹¹¹ Rapport de la mission d'enquête, page 76. D'après ce rapport, le Kimi Hauora Trust et ses partenaires ont l'intention de breveter les droits obtenus au regard des processus utilisés pour identifier le gène et tous les avantages financiers qui découlent du brevet seront consacrés à des travaux de recherche additionnels.

¹¹² M. Solomon, 'Who Owns Traditional Knowledge', un document (à paraître sous peu) présenté à l'International Bar Association, Auckland, octobre 2004, page 7.

¹¹³ Document 8/4, annexe, page 20.b.ii) et iii).

¹¹⁴ Communications personnelles avec Moana Maniapoto qui a interviewé des représentants de ces compagnies pendant le tournage du documentaire "New Zealand Up For Grabs" diffusé à la télévision néo-zélandaise en octobre 2005.

6. Y-a-t-il des principes qui revêtent une importance particulière? Quels sont-ils et pourquoi? Des améliorations ou des changements pourraient-ils y être apportés? Quels sont-ils?

6.1 Comme on pouvait s'y attendre, il y a dans les documents 8/4 et 8/5 des chevauchements et des doublons considérables entre les objectifs de politique générale. Il y a cependant des cas dans lesquels l'objectif semble être le même alors que le libellé est lui différent. En règle générale, tous les objectifs que renferment les deux documents semblent être pertinents et importants. Dans l'examen ci-après, on cherchera à épinglez les domaines dans lesquels ils peuvent être renforcés et/ou les incohérences entre les deux documents peuvent être identifiées et conciliées.

6.2 Les lacunes et les suggestions portant sur des objectifs de politique générale et des principes directeurs additionnels sont examinées dans une section ultérieure.
[WIPO/GRTKF/IC/8/5 : Objectifs de politique générale]

'RECONNAÎTRE LA VALEUR ET ASSURER LE RESPECT'

6.3 Ces deux objectifs de politique générale sont particulièrement importants car ils reconnaissent la nature holistique et la valeur intrinsèque des savoirs traditionnels et de leur valeur scientifique égale avec d'autres systèmes de savoirs. L'objectif ii) reconnaît la contribution que les savoirs traditionnels ont apportée à la préservation de l'environnement, à la sécurité alimentaire et à la science et la technologie. Cette reconnaissance est importante car elle permet de mettre fin à l'opinion de ceux qui étaient convaincus que les savoirs traditionnels et leurs détenteurs étaient inférieurs à la science moderne et aux scientifiques. La reconnaissance de la valeur des savoirs traditionnels non seulement pour les communautés traditionnelles mais aussi pour l'humanité en général sera un pas en avant vers une meilleure compréhension et une plus grande acceptation de sa pertinence et de son importance dans un monde de plus en plus accaparé par les nouvelles technologies et le matérialisme.

6.4 Il ne semble y avoir aucune raison valable pour expliquer la différence d'objectif de politique générale i) (Reconnaître la valeur) dans les deux documents.

Il est recommandé que l'objectif i) soit harmonisé avec l'objectif i) du document 8/5.

i) 6.5 Des observations similaires valent pour l'objectif de politique générale ii) (Assurer le respect). C'est ainsi par exemple que, dans le document 8/4, l'alinéa ii) lit "*Assurer le respect des cultures traditionnelles et du folklore ...*" alors que, dans le document 8/5, l'alinéa ii) lit "*Assurer le respect des systèmes de savoirs traditionnels ...*" Dans le document 8/5, l'alinéa ii) lit "*Pour la dignité, de l'intégrité culturelle et des valeurs intellectuelles et spirituelles des détenteurs de savoirs traditionnels qui préservent et perpétuent ces systèmes...*" alors que, dans le document 8/4, l'alinéa ii) lit "*Pour la dignité, de l'intégrité culturelle et des valeurs intellectuelles, philosophiques et spirituelles des peuples et des communautés qui préservent et perpétuent les expressions de ces cultures et de ce folklore*" (les caractères gras ont été ajoutés).

6.6 Il semble certes manifeste qu'une partie du libellé a pour but de concilier les différentes approches entre les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles mais il ne semble y avoir aucune raison d'être pour modifier le libellé ou le langage de l'un à l'autre. Par exemple, l'ajout du mot "*philosophiques*" à l'alinéa ii) (document 8/4) et la substitution de "*peuples et communautés qui préservent et perpétuent*" dans ce même alinéa pour "*détenteurs de savoirs traditionnels qui préservent et perpétuent*" semblent arbitraires.

6.7 Une autre observation de caractère général est la manière incohérente dont les mots "*détenteurs de savoirs traditionnels*", "*communautés autochtones et locales*" et "*communautés culturelles*" sont utilisés les uns pour les autres d'un bout à l'autre des deux séries d'objectifs de politique générale. À moins qu'il n'y ait une bonne raison de la faire, ces mots devraient être harmonisés. À l'inverse, des mots communs pourraient être adoptés en expliquant qu'ils tiennent compte des interprétations additionnelles du mot auquel il est fait normalement référence. Par exemple, les mots '*communautés autochtones, locales et traditionnelles*' sembleraient couvrir la totalité des mots utilisés.

Il est recommandé que le libellé et le langage de l'objectif de politique générale ii) soit harmonisé.

'EMPÊCHER L'APPROPRIATION ILLICITE DES SAVOIRS TRADITIONNELS'

6.8 Il va sans dire qu'empêcher l'appropriation illicite des savoirs traditionnels est au cœur de la réalisation du but que sont les objectifs et les principes. C'est pour cette raison que ces dispositions revêtent une importance particulière.

Recommandation – qu'un objectif spécifique de politique générale soit ajouté au document 8/5 sur l'appropriation illicite similaire à l'objectif iv) dans le document 8/4. Le texte pourrait lire comme suit :

"Empêcher l'appropriation des savoirs traditionnels

Donner aux peuples autochtones dans les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles des moyens juridiques et pratiques, y compris des mesures efficaces d'application des droits, pour :

empêcher l'appropriation illicite et l'utilisation inappropriée de leurs savoirs traditionnels

contrôler l'utilisation qui en faite en dehors de leur contexte coutumier et traditionnel

et promouvoir le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation".

Le libellé de cet objectif proposé est compatible avec le libellé et le but de l'objectif iv) dans le document 8/4 et l'article premier (Protection contre l'appropriation illicite) dans le document 8/5.

6.9 Les articles 1 (document 8/5) et 3 (document 8/4) épinglent tous les deux l'appropriation illicite des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles en rapport avec les impératifs commerciaux et ils puisent dans les principes de concurrence déloyale en matière de propriété intellectuelle (Convention de Paris, Article 10bis) et de partage équitable des avantages. L'objectif de politique générale (viii) du document 8/5 (annexe, page 4) vise à "réprimer l'appropriation illicite de savoirs traditionnels et toutes autres activités commerciales et non commerciales déloyales..." Dans une beaucoup moins large mesure, les dispositions offrent une protection plus limitée contre l'utilisation culturellement offensante et dégradante des savoirs traditionnels. Le seuil de l'appropriation illicite non commerciale semble avoir été placé plus haut que celui de l'appropriation illicite commerciale. L'article premier par exemple stipule que :

"v) toute utilisation **intentionnellement** insultante par des tiers, en dehors du contexte coutumier, d'un savoir traditionnel doté d'une valeur morale ou spirituelle particulière pour ses détenteurs, lorsqu'une telle utilisation donne manifestement lieu à une mutilation, une déformation ou une modification dégradante de ce savoir et est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs".

6.10 Tous ceux qui cherchent à invoquer une protection juridique au titre de cette catégorie d'appropriation illicite doivent prouver que l'utilisateur agit "intentionnellement" ou avec l'intention d'être offensant. Il devrait suffire que l'effet ou la conséquence de l'utilisation est offensant plutôt que de dire que c'était la conséquence voulue. En effet, de nombreux utilisateurs de savoirs traditionnels ignorent souvent la raison pour laquelle ils ont commis un acte offensant pour la communauté concernée¹¹⁵. Ce seuil plus élevé pour l'utilisation abusive non commerciale par opposition à l'utilisation abusive commerciale de savoirs traditionnels est mis davantage en relief par des mots tels que "particulière" et "manifestement" à l'article premier, 3 v).

Recommandation – que les mots *intentionnellement*, *particulière* et *manifestement* soient supprimés du paragraphe 3.v).

6.11 L'article premier commence par une déclaration positive "*Les savoirs traditionnels doivent être protégés contre l'appropriation illicite*". L'appropriation illicite suppose qu'elle peut inclure les fins à la fois commerciales et non commerciales. Cette disposition est centrée sur l'appropriation illicite à des fins commerciales. Il arrive souvent que, pour les peuples autochtones, ce n'est pas l'utilisation sans autorisation à des fins non commerciales de leurs savoirs traditionnels qui pose problème. Ces utilisations non commerciales peuvent également être culturellement offensantes. C'est pour ces raisons qu'il est **recommandé** qu'une reconnaissance de l'appropriation illicite à des fins non commerciales soit identifiée sous la forme d'une catégorie distincte à l'article premier.

6.12 En ce qui concerne l'article 3 (expressions culturelles traditionnelles), les distinctions entre les aspects commerciaux et non commerciaux de l'appropriation illicite semblent être plus également équilibrées. La condition que les expressions culturelles traditionnelles d'une valeur culturelle ou spirituelle *particulière* fassent l'objet d'un enregistrement ou d'une notification semble justifiée lorsque cette information se trouve déjà dans le domaine public et pour lesquelles les détenteurs sollicitent un consentement préalable en connaissance de cause pour pouvoir les utiliser (voir le commentaire à la page 22 a) i)). Cela semble être un pas dans la bonne direction pour assurer la protection des expressions culturelles traditionnelles (question de savoir si les savoirs traditionnels peuvent être protégés de la même manière) qui sont déjà connues du public.

6.13 Aussi bien le moko que le haka "Ka mate Ka mate" (écrit par Ngati Toa Chief Te Rauparaha pour célébrer le fait qu'il avait échappé à sa capture et rendu célèbre par les New Zealand All Blacks) pourraient remplir les conditions nécessaires pour être considérés comme des expressions culturelles traditionnelles d'une signification culturelle ou spirituelle particulière et comme des icônes culturelles qui sont bien connues du public et souvent l'objet d'une appropriation illicite¹¹⁶.

6.14 Il n'empêche que de nombreux Maoris seraient par intuition réticents à enregistrer de telles icônes culturelles. Il y aurait également les questions d'usage existant (par exemple le haka des All Blacks) et le cas des compagnies qui prétendent avoir reçu d'un Maori l'autorisation préalable (par exemple l'utilisation du moko par la Ford Motor Company et l'utilisation par l'équipe de rugby de la BBC du haka pour faire la promotion de sa nouvelle chaîne). Il serait donc extrêmement important de savoir comment une expression culturelle traditionnelle particulière a été identifiée et décrite. Dans les exemples donnés du moko et du haka qui font l'objet de nombreuses utilisations et applications, il serait justifié de faire une description générique de ces expressions culturelles traditionnelles qui doivent être notifiées ou enregistrées auprès d'une administration comme l'envisage l'article 7 du document 8/4.

6.15 Les mots "*dans la mesure du possible et lorsque cela se justifie*", qui sont utilisés dans l'article premier, paragraphe 5 du document 8/5, donnent une trop grande possibilité d'amoindrir ou d'écarter les pratiques et lois coutumières dans l'application, l'interprétation et la mise en œuvre de la protection contre l'appropriation illicite d'un savoir traditionnel. C'est pour cette raison que ces mots devraient être supprimés.

6.16 Lorsque les expressions culturelles traditionnelles ne font pas l'objet d'un enregistrement ou d'une notification et lorsqu'une appropriation illicite doit être déterminée par la *manière dont* l'expression est utilisée, on risque de se heurter à des difficultés pour décider si cette utilisation l'est "*aux fins de créativité et de liberté artistique*". Dans ce cas là, l'article 3 b) s'applique (commentaire, article 3, document 8/4 b), page 23) ou est utilisé d'une autre manière qui équivaut à une appropriation illicite. Par exemple, les compagnies LEGO et Sony Playstation avaient prétendu pour se défendre qu'elles avaient été "créativement inspirées" par un savoir traditionnel maori et qu'elles ne cherchaient pas à revendiquer des droits de propriété intellectuelle sur lui. Le commentaire dit que la manière dont on détermine "comment" le savoir traditionnel a été utilisé "*serait réglée, principalement sur la base des droits moraux et des principes relatifs à la concurrence déloyales ...*" sans le paiement d'une rémunération équitable. Le recours à une approche plus stricte en matière de propriété

¹¹⁵ Cela a été l'expérience de l'auteur dans les transactions faisant intervenir les affaires Phillip Morris International, LEGO et Sony Playstation ainsi que l'utilisation par la Ford Motor Company d'un dessin moko sur un camion Ford Hot-Rod.

¹¹⁶ Par exemple, le mot "moko" a ces dernières années été utilisé par des restaurants néerlandais pour faire la promotion de leurs repas, tatoué sur des étoiles de rock et des personnalités sportives (Robbie Williams, Mike Tyson et Ben Harper), utilisé pour promouvoir la vente des camions Hot Rod de la Ford Motor Company, utilisé pour vendre des systèmes d'alarme en Angleterre et utilisé sur des figures animées de jeux informatiques (Microsoft) et de Playstation (Sony: Mark of Kri). Dans le cas du haka, il y a plusieurs exemples dont les suivants : l'utilisation abusive par les "Spice Girls", par l'équipe de rugby du Royaume-Uni pour faire la promotion de la vente d'alcool. En 2006, le haka a été utilisé par la compagnie italienne de sports Fiat pour promouvoir la vente d'un nouveau modèle fiat. Dans ce dernier exemple, le haka a été exécuté par des femmes qui ont ainsi commis un acte encore plus offensant (les femmes maories exécutent de par tradition le haka mais elles ont été spécialement entraînées pour le faire). Lorsque les Maoris ont soulevé des objections, les Italiens ont répondu en disant qu'ils avaient demandé l'avis d'un tohunga moko maori (expert), Derek Lardelli, qui leur avait conseillé de ne pas le faire mais qu'ils avaient préféré ignorer ses conseils. Finalement, Fiat a accepté de retirer l'annonce publicitaire et s'est excusé auprès des Maoris.

intellectuelle telle qu'elle est présentée ici ne résoudrait pas les problèmes fondamentaux soulevés par les Maoris à propos de l'utilisation inappropriée de noms tels que "tohunga" et "Tahu"(LEGO), "atua" et "Rangi" (Fischer skis) et d'images/armer (moko et taiaha) (Sony) et de l'association avec la culture des Maoris (cigarettes Phillips). Il est recommandé que le commentaire traduise le fait qu'il faut déterminer comment le savoir traditionnel est utilisé (lorsqu'il n'a pas fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification) en fonction de normes culturelles, valeurs, protocoles, lois et pratiques pertinents ainsi qu'en fonction des règles de la propriété intellectuelle telles que les droits moraux et la concurrence déloyale.

“PRISE EN CONSIDÉRATION DES ASPIRATIONS ET DES ATTENTES DES DÉTENTEURS DE SAVOIRS TRADITIONNELS

[Document 8/5, Principe directeur général a) et document 8/4, Principes directeurs généraux II a).]

6.17 Ce principe est important car il reconnaît que les aspirations et les attentes des détenteurs de savoirs traditionnels sont importantes, que les mesures de protection juridique des savoirs traditionnels peuvent être considérées comme d'application volontaire et qu'elles comprennent les formes de protection juridiques mais aussi coutumières et non coutumières.

6.18 On ne peut cependant s'empêcher d'être quelque peu cynique en constatant que le rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête se réfère dans son titre aux *“besoins et attentes des détenteurs de savoirs traditionnels”*. Ce rapport brosse ensuite un tableau assez détaillé de ce que sont les besoins et les attentes des peuples autochtones dans le monde tout en ignorant à de nombreux égards ce qu'ont demandé les peuples autochtones comme par exemple une plus grande autodétermination, une relation holistique entre les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles et leurs revendications en matière de ressources naturelles. Ce schéma s'est en termes généraux maintenu d'un bout à l'autre des réunions du comité intergouvernemental où la voix et les aspirations des peuples autochtones ont souvent été marginalisées.

6.19 Bien que le commentaire sur ce principe soit libellé d'une manière constructive, il pourrait être amélioré et renforcé. L'emploi des mots *“dans la mesure du possible et approprié”* (8/5 Principes directeurs généraux a) et *“dans toute la mesure du possible”* (8/4 Principes directeurs généraux a)), devraient être supprimés car, dans une perspective maorie, l'ajout de ces mots affaiblit l'objet du principe. Par exemple, quasiment sans exception, ce seront les États-nations plutôt que les peuples autochtones qui détermineront ce qui est *“possible et approprié”*.

[Voir également les documents 8/5, Objectif de politique générale iii) *“répondre aux besoins réels des détenteurs de savoirs traditionnels”* et 8/4, Objectif iii) *“répondre aux besoins réels des communautés”*.]

“PRINCIPE DE SOUPLESSE ET D'EXHAUSTIVITÉ”

[Document 8/5, Principe f) et document 8/4, Principe d).]

6.20 Ce principe revêt une importance particulière car il tient compte de la nature diverse des communautés autochtones et traditionnelles partout dans le monde et de leurs lois et coutumes respectives ainsi que de l'éventail très divers des systèmes politiques et juridiques nationaux, régionaux et internationaux. Il reconnaît par ailleurs qu'il y a une série de *“mesures exclusives et non exclusives”* pour protéger les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles. Malheureusement, guère d'attention n'est donnée aux commentaires respectifs sur ce principe concernant l'utilisation de lois, systèmes et protocoles coutumiers pour protéger ces droits.

Recommandation - que le commentaire soit rerédigé pour se référer spécifiquement à l'amélioration, à la promotion et au renforcement des lois coutumières afin de protéger les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles de concert avec des mesures exclusives et non exclusives.

6.21 Le principe de souplesse reconnaît également que les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles sont dynamiques et en évolution constante. En conséquence, les mesures propres à renforcer la protection et à promouvoir une utilisation appropriée devraient elles aussi continuer à évoluer. Cela est compatible avec l'opinion de la Cour d'appel sur le Traité dans l'*affaire du Conseil maori de la Nouvelle-Zélande* que : *“...il devrait être largement et effectivement interprété et comme un instrument vivant compte tenu de l'évolution ultérieure des normes internationales qui régissent les droits de l'homme...”*¹¹⁷.

NÉCESSITÉ DE DISPOSER DE RESSOURCES SUFFISANTES

6.22 Pour assurer une protection appropriée et un accès aux mesures de réglementation et d'application, les détenteurs de savoirs traditionnels doivent disposer de ressources suffisantes. Il est nécessaire de pouvoir compter sur un objectif et un principe spécifiques résolus à fournir aux détenteurs de savoirs traditionnels des ressources suffisantes en vue de l'élaboration, de la mise en œuvre et de l'application de ces objectifs et principes. Voir pour ce qui est de ces commentaires les objectifs de politique générale sur les moyens d'action à donner et le soutien des systèmes de savoirs traditionnels ainsi que les principes directeurs h), i) et j) dans le document 8/5, pages 11 et 12.

¹¹⁷ New Zealand Maori Council v. The Attorney General [1987] 1 NZLR 641, 656 (per Cooke P).

**DONNER AUX DÉTENTEURS DE SAVOIRS TRADITIONNELS LES MOYENS DE PROTÉGER LEURS SAVOIRS
/SOUTENIR LES SYSTÈMES DE SAVOIRS TRADITIONNELS ET CONTRIBUER À LA PRÉSERVATION ET À LA
SAUVEGARDE DES SAVOIRS TRADITIONNELS**

[Document 8/5, Objectifs de politique générale iv), v), vi) et vii).]

6.23 Ces objectifs de politique générale sont examinés ensemble car ils portent tous sur la manière dont les communautés autochtones et traditionnelles doivent se voir donner les moyens d'action nécessaires pour exercer leurs droits sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles et à leur sujet, conformément à leurs propres systèmes. Ce sentiment est peut-être parfaitement exprimé dans l'objectif de politique générale v) du document 8/5 : "Donner aux détenteurs de savoirs traditionnels les moyens de protéger leurs savoirs en prenant pleinement en considération le caractère distinctif de ces systèmes"
[La protection des savoirs traditionnels devrait viser à :]

b) être entreprise d'une manière qui donne aux détenteurs de savoirs traditionnels les moyens de protéger leurs savoirs en prenant pleinement en considération le **caractère distinctif de ces systèmes et la nécessité d'élaborer des solutions adaptées à leur caractère distinctif**, tout en gardant à l'esprit que ces solutions doivent être équilibrées et équitables, garantir la mise en œuvre des systèmes classiques de propriété intellectuelle de manière à favoriser la protection des savoirs traditionnels contre une appropriation illicite, et donner aux détenteurs de savoirs traditionnels des moyens concrets **d'exercer dûment leurs droits et d'avoir la maîtrise** de leurs propres savoirs". [les caractères gras ont été ajoutés]

6.24 De même, dans le document 8/4, objectif de politique générale v) :

"Donner aux communautés les moyens d'action

(v) [La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devrait viser à :]

b) d'une façon à la fois équilibrée et équitable, **donner aux peuples autochtones** et aux autres communautés traditionnelles ou culturelles **les moyens concrets d'exercer leurs droits et leur pouvoir de décision** sur leurs propres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore" [les caractères gras ont été ajoutés].

6.25 Bien que ces politiques soient censées donner l'impression claire et noble qu'il faut donner aux peuples autochtones des moyens d'action (notamment les mots en gras dans les citations ci-dessus), elles sont quelque peu "diluées" dans les principes directeurs et principes de fond que l'on retrouve plus loin dans les documents 8/4 et 8/5.

6.26 C'est ainsi par exemple que le respect des lois coutumières et la protection des savoirs traditionnels sont subordonnés aux "*législations et politiques nationales*" (document 8/5, Principe h); l'application de la protection contre l'appropriation illicite des savoirs traditionnels doit obéir "dans la mesure du possible et lorsque cela se justifie" au respect du droit coutumier (document 8/5, article premier, 5); les savoirs traditionnels associés aux ressources biologiques et génétiques sont subordonnés aux législations nationales gouvernant la propriété de ces ressources et l'accès à celles-ci (document 8/5, principe général f) et principes de fond, article 12, 1).

6.27 Qui plus est, bien que les objectifs de politique générale parlent d'élaborer des solutions adaptées au caractère distinctif des systèmes de savoirs traditionnels assurant qu'une approche équilibrée est adoptée, les principes suivants semblent donner beaucoup plus de poids à l'application de lois réglementaires et d'outils de propriété intellectuelle nationaux au lieu de renforcer et de promouvoir l'utilisation de lois et de protocoles coutumiers pour la protection de ces savoirs.

6.28 Par exemple, à l'article 13 du document 8/5 qui traite de l'administration et de l'application de la protection, il n'est nullement fait référence à l'utilisation, à l'élaboration ou à la promotion de lois et de protocoles coutumiers pour l'application de la protection des savoirs traditionnels. On n'y trouve qu'une référence indirecte à l'article 13, 1 a) vi), celle d'aider, *dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra*, les détenteurs de savoirs traditionnels à utiliser, exercer et faire respecter leurs droits sur leurs savoirs.

6.29 Si l'on veut réellement donner aux détenteurs de savoirs traditionnels les moyens de les utiliser, de les protéger, de les promouvoir et de les sauvegarder, il est important que les systèmes d'administration, de réglementation et d'application donnent un plus grand poids au renforcement et à la promotion de l'utilisation des lois et protocoles coutumiers pour renforcer la protection des savoirs traditionnels.

Recommandation – que les mots "*dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra*" à l'article 13, 1 a) soient supprimés et que les mots "*conformément à leurs lois, protocoles et pratiques coutumiers*" soient ajoutés à la fin de cette disposition.

Il est par ailleurs recommandé que l'article 13, 2 soit réédigé comme suit :

"Les mesures et procédures mises au point par les autorités nationales et régionales pour donner effet à la protection des savoirs traditionnels conformément aux présents principes doivent être justes et équitables, **prendre en compte les lois et pratiques coutumières des communautés autochtones, traditionnelles et locales concernées**, être accessibles, appropriées et ne pas représenter une charge pour les détenteurs de savoirs traditionnels, et sauvegarder les intérêts légitimes de tiers ainsi que les intérêts du grand public". [les caractères gras ont été ajoutés].

6.30 De même, pour ce qui est de la protection des expressions culturelles traditionnelles dans le document 8/4, l'article 10 (Lien avec la protection de la propriété intellectuelle et d'autres formes de protection, de préservation et de promotion) devrait être amendé pour se référer spécifiquement à l'utilisation des lois et pratiques coutumières afin de protéger les expressions culturelles traditionnelles outre les lois sur la propriété intellectuelle. (Voir les amendements indiqués à l'article 10 dans l'annexe.)

6.31 Cela serait compatible avec la référence qui est faite dans le commentaire sur l'article 10 concernant le lien avec des mesures ne relevant pas de la propriété intellectuelle, aux "*lois et protocoles coutumiers et autochtones*" comme étant des mesures qui viennent compléter la protection de la de la propriété intellectuelle.

6.32 Dans les objectifs et principes actuels, référence n'est guère faite au rôle du droit coutumier et à la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles mais l'auteur reconnaît que le Secrétariat du comité intergouvernemental s'efforce actuellement de solliciter la contribution des États, ONG et peuples autochtones sur le lien des lois et protocoles coutumiers avec le régime de la propriété intellectuelle¹¹⁸. Comme indiqué à la huitième session du comité par le Forum consultatif autochtone informel dans une intervention, "son travail sur le droit coutumier autochtone fait partie absolument intégrante de la mise au point des dispositions relatives tant aux expressions culturelles traditionnelles qu'aux savoirs traditionnels"¹¹⁹.

6.33 Au nombre des principes et objectifs qui revêtent une importance particulière figurent les suivants :

Sanctions, recours et exercice des droits (article 8, document 8/4);

Gestion des droits (savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles), (article 4, document 8/4 et administration et application de la protection (article 13, document 8/5);

Bénéficiaires de la protection (savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles), (article 2, document 8/4 et article 5, document 8/5);

Partage juste et équitable des avantages (savoirs traditionnels), (article 6, document 8/5);

Principe du consentement préalable donné en connaissance de cause (savoirs traditionnels), (article 7, document 8/5);

Durée de la protection (savoirs traditionnels), (article 9, document 8/5).

FORME JURIDIQUE DE LA PROTECTION

6.34 En dehors des mécanismes purement juridiques et liés à la propriété intellectuelle pour la protection des savoirs traditionnels comme les décrit l'article 2 du document 8/5, il est également nécessaire de prendre des mesures pour promouvoir et soutenir l'utilisation de lois et mesures coutumières propres à assurer une meilleure protection. Ces mesures devraient venir compléter les formes juridiques nouvelles élaborées de la protection et coexister avec elles.

Recommandation – qu'un nouveau paragraphe 3 soit ajouté à l'article 2 du document 8/5 qui lirait comme suit :

"3. L'élaboration de mesures juridiques pour renforcer, améliorer et promouvoir l'utilisation de lois, protocoles et pratiques coutumières en vue de protéger les savoirs traditionnels de manières qui viennent compléter les mesures juridiques existantes et nouvellement élaborées".

6.35 De même, dans le document 8/4, l'article 8 (Sanctions, recours et exercice des droits) pourrait être amendé pour veiller à ce que l'administration dont la création a été proposée en vue d'aider les communautés à gérer le système d'administration et de protection, devrait être concrètement chargée d'aider les communautés à développer leurs propres moyens de protéger leurs expressions culturelles traditionnelles et savoirs traditionnels en utilisant notamment les mécanismes locaux de règlement des litiges.

6.36 Les mécanismes communautaires juridiques et locaux destinés à protéger les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles ne seront efficaces que si les détenteurs de savoirs traditionnels sont dotés de l'aide et des ressources juridiques suffisantes pour s'assurer qu'il est possible d'avoir facilement accès aux mécanismes nationaux, régionaux et internationaux de protection des savoirs traditionnels, de bien les mettre en œuvre et de les appliquer comme il se doit.

ORGANISME DE GESTION ET DROITS DE GESTION

6.37 La création d'un organisme de gestion chargé de travailler avec les communautés locales et les détenteurs de savoirs traditionnels à un niveau national et régional revêtira une importance cruciale pour le succès d'un cadre Tikanga de protection et d'utilisation appropriée des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles. Bien que les politiques et principes fassent observer qu'un tel organisme devrait être facultatif et créé à la demande des peuples autochtones, un tel organisme à Aotearoa/Nouvelle-Zélande pourrait jouer un rôle important et ce, pour les raisons suivantes :

- l'éventail large et divers de tribus et de savoirs traditionnels/expressions culturelles traditionnelles qui y sont associés;
- la nécessité pour les tierces parties qui souhaitent avoir accès aux savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles et les utiliser d'avoir un point de contact principal (national et international);
- en tant que point de renvoi aux hapus et iwis locaux qui bénéficieraient d'un soutien et se verraient donner dans un cadre Tikanga les moyens de fournir leurs propres systèmes de kaitiakitanga et rangatiratanga touchant à la protection et à l'utilisation de leurs propres taongas;
- en tant qu'organisme national de plaidoyer et d'élaboration de politiques au nom de tous les Maoris;
- la liaison avec les organismes publics et le secteur privé sur les questions relatives aux droits bioculturels et aux droits des savoirs traditionnels et de la propriété intellectuelle notamment¹²⁰.

6.38 Un tel organisme pourrait être créé après consultation nationale et régionale appropriée avec les Maoris. Au nombre de ses fonctions pourrait figurer celle consistant à intervenir lorsque des questions touchent des marae, hapus ou Iwis particuliers afin de permettre à ces communautés locales soit de résoudre ces questions elles-mêmes soit de charger cet organisme de le faire. Il pourrait également traiter de questions qui ont touché les Maoris à une échelle nationale comme dans le cas par exemple d'une tierce partie qui souhaitait utiliser des noms et des images ayant une application générique dans les tribus maories.

¹¹⁸ Voir pour le détail des projets de documents établis par le Secrétariat www.wipo-int/tk/en/consultations/customary_law/index.html

¹¹⁹ Voir la déclaration conjointe des participants du Forum consultatif autochtone informel à la huitième session du Comité intergouvernemental, Genève, 6 juin 2005, paragraphe 9.0.

¹²⁰ Voir également à l'appendice 2 les fonctions additionnelles qu'un tel organisme pourrait exercer au nom des Maoris dans le 'cadre de protection Tikanga Maori'.

6.39 Les tierces parties qui souhaitent utiliser des savoirs traditionnels se plaignent souvent qu'elles ne savent pas à qui s'adresser ou qu'elles ne savent pas qui a le mandat approprié pour parler au nom des Maoris. Un organisme national et/ou régional jouerait un rôle crucial en se faisant connaître comme étant le principal point de référence pour de telles questions et pour mettre une tierce partie directement en contact avec les détenteurs de savoirs traditionnels. Lorsqu'il s'agit d'une question d'application générique, l'organisme pourrait en traiter à un niveau national. C'est ainsi par exemple que, dans le cas d'une compagnie nationale ou internationale souhaitant utiliser un savoir traditionnel maori pour faire la promotion de produits ou de services, un organisme national pourrait décider si cette utilisation est culturellement appropriée, se livrer ensuite à des consultations avec des groupes de Maoris (y compris les whanaus, hapus ou Iwis) et, selon que de besoin, recommander des mécanismes de partage équitable des avantages. L'organisme pourrait également être chargé d'établir un patea (fonds) national qui servirait à financer une série d'initiatives, y compris le renforcement des capacités des communautés locales, la prestation d'une assistance pour les questions d'application et de respect, et l'élaboration d'informations éducatives et spécialisées à l'intention des communautés locales, des secteurs public et privé, et du grand public.

7. Y-a-t-il de l'avis des Maoris ou de la Nouvelle-Zélande des lacunes dans les principes ou objectifs de politique générale? Quelles sont-elles? Prière de suggérer les modifications ou changements qui devraient y être apportés.

7.1 Dans le commentaire ci-dessus, on a déjà recensé plusieurs lacunes dont souffrent les principes et objectifs et suggéré des modifications. Dans la présente section, on traitera plus en détail de quelques-unes de ces lacunes et on identifiera d'autres domaines clés où, dans une perspective maorie, il est possible de renforcer ces principes et objectifs.

RESPECT DES DROITS DE L'HOMME INTERNATIONAUX EXISTANTS ET AUTODÉTERMINATION

[Document 8/4, Principe directeur général g) 'Respect des droits des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles et des obligations à leur égard'.]

[Document 8/5, Principe directeur général g) 'Respect des autres instruments et processus internationaux et régionaux et coopération avec lesdits processus'.]

7.2 Ces deux principes, en particulier celui qui figure dans le document 8/4, semblent suggérer que les objectifs et principes de l'OMPI n'excluent nullement les droits de l'homme internationaux existants des peuples autochtones. Toutefois, comme dans le cas d'autres principes et objectifs, le libellé de ces principes est incohérent et devrait être harmonisé. Par exemple, la référence aux "*droits de l'homme internationaux*" dans le principe g) du document 8/4 semblerait être plus pertinente dans le principe g) du document 8/5, alors qu'une partie du libellé du principe g) du document 8/5 semblerait s'appliquer davantage au principe g) du document 8/4.

7.3 Cependant, le lien établi entre ces objectifs et principes et les normes qui régissent les droits de l'homme internationaux¹²¹ est crucial en raison de l'importance qu'accordent les Maoris et d'autres peuples autochtones aux questions d'autodétermination en particulier¹²². Le principe d'autodétermination a été pour la première fois élaboré par la Charte des Nations Unies en 1945¹²³ et peaufiné dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966¹²⁴ et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966¹²⁵. La question de l'autodétermination est actuellement l'objet d'un débat entre les peuples autochtones et quelques États dans le cadre de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones qui a été adoptée en juin 2006 par le Conseil des droits de l'homme.

7.4 Bien que les propositions de l'OMPI reconnaissent que les documents 8/4 et 8/5 doivent être considérées comme complémentaires de dispositions contenues dans d'autres instruments internationaux qui renferment des dispositions pour la protection des droits des peuples autochtones (par exemple l'UNESCO et la Convention 169 de l'OIT), sur notamment la protection du patrimoine, les peuples autochtones estiment qu'il est *impossible de faire une distinction* entre les droits de propriété culturelle et intellectuelle et leurs droits et obligations en matière de patrimoine. Par exemple, la plainte Wai 262 déposée pour les Ngati Kuri, Ngati Wai et Te Tararua dit que :

"La plainte porte sur le te tino rangatiranga des Ngati Kuri, Te Tararua et Ngati Wai à propos de la flore et de la faune indigènes me o ratou taonga katoa (et tous leurs trésors) dans leur rohe tribal respectif, y compris mais sans y être limité te roo, matauranga, les systèmes de savoirs, les lois, les coutumes et les valeurs, les whakairo, les waahi tapu, la diversité biologique, les ressources naturelles, la génétique et des dérivés génétiques, les symboles maoris, les images, les dessins ainsi que leur utilisation et leur

¹²¹ Cela est aussi compatible avec les remarques de la Cour d'appel dans l'affaire du Conseil maori néo-zélandais, à savoir que le Traité de Waitangi "est un document touchant aux droits fondamentaux : qu'il devrait être interprété largement et réellement et comme un instrument vivant tenant compte de l'évolution ultérieure des normes qui régissent les droits de l'homme", Cooke P, page 656.

¹²² Voir par exemple la contribution du Tebteba (Centre international des peuples autochtones pour la politique, la recherche et l'éducation) au groupe de travail de l'ONU sur les populations autochtones, juillet 21-25, 2003 sur "*l'établissement de normes et la protection du patrimoine et des savoirs traditionnels des peuples autochtones*" concernant l'importance que les peuples autochtones attachent au droit à l'autodétermination dans le contexte de la culture, du patrimoine et des droits de propriété intellectuelle : "Les peuples autochtones n'ont jamais cessé d'insister sur la nécessité urgente d'un dialogue international sur la protection des savoirs traditionnels qui est holistique, interdisciplinaire et transsectorielle et fondée sur le respect et l'autodétermination des peuples autochtones en tant que sujets et gardiens de nos savoirs et de notre patrimoine culturel. À cet égard, le rapport final de Mme Erica-Irene Daes sur la protection du patrimoine des peuples autochtones (E/CN.4/Sub.2/1996/26), y compris les principes et lignes directrices pour la protection of du patrimoine des peuples autochtones, a été une importante contribution à cde thème. Des organisations telles que l'OMPI, qui traite essentiellement des droits de propriété intellectuelle, l'OMC de questions touchant au commerce et la CDB de la diversité biologique ont leurs limites dans ce domaine car elles ne sont pas des organisations fondées sur les droits pour l'établissement de normes relatives aux droits des peuples autochtones. Malheureusement, l'établissement de normes par les organismes des droits de l'homme de l'ONU sur le thème des savoirs traditionnels est en retard sur les activités en cours dans ces autres instances, le danger étant pour les peuples autochtones que ces organisations n'établissent pas de normes sur le sujet des savoirs traditionnels. Dans ces organisations, les peuples autochtones en sont réduits à adopter des stratégies défensives pour empêcher les États et les entreprises privées de continuer à empiéter sur les ressources et les savoirs autochtones, et à les extraire". Voir l'article 1.2 de la Charte des Nations Unies.

¹²³ L'article premier, paragraphe 1 du Pacte international de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels stipule que : "Tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel".

¹²⁵ L'article premier, paragraphe 1 du Pacte international relative aux droits civils et politiques renferme exactement le même libellé que l'article premier, paragraphe 1 du Pacte international de 1966 relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

développement et les **droits sur le patrimoine autochtone, culturel et coutumier** qui y sont associés (**y compris les droits de propriété et de propriété intellectuelle**) dans le cas de ces taongas. Par 'taonga' dans cette plainte, on entend tous les éléments des biens des parties requérantes, matériels et non matériels, tangibles et intangibles¹²⁶.

7.5 De même, Janke fait remarquer sur le patrimoine aborigène :

Par "droits de propriété culturelle et intellectuelle autochtone", on entend **les droits** des Australiens autochtones **à leur patrimoine**. Ces droits sont également appelés "droits du patrimoine autochtone".

Le patrimoine comporte les éléments tangibles et intangibles de l'ensemble des pratiques culturelles, des ressources et des systèmes de savoirs élaborés, nourris et peaufinés par les peuples autochtones qu'ils transmettent dans le cadre de l'expression de leur identité culturelles¹²⁷.

7.6 Une représentante de l'Organisation africaine des femmes autochtones l'a présenté de cette façon :

Le droit à l'autodétermination et le consentement préalable libre donné en connaissance de cause doivent être reconnus si l'on veut que les peuples autochtones aient les moyens de protéger les savoirs traditionnels.

La nature holistique des savoirs traditionnels doit être comprise et encouragée au lieu de les scinder en composantes distinctes comme les savoirs environnementaux traditionnels, les savoirs forestiers traditionnels ou encore les expressions culturelles traditionnelles.

Une compréhension holistique ainsi que la coordination et l'harmonisation entre les divers organismes des Nations Unies et les organes multilatéraux qui travaillent activement sur les savoirs traditionnels devrait être encouragée¹²⁸.

7.7 Le rapporteur spécial de la sous-commission sur la prévention de la discrimination et de la protection des minorités a fait remarquer en parlant de la protection du patrimoine des peuples autochtones que :

"1. La protection effective du patrimoine des peuples autochtones du monde profite à l'humanité tout entière. La diversité culturelle contribue à l'adaptabilité et à la créativité de l'espèce humaine dans son ensemble.

2. Pour être effective, la protection du patrimoine des peuples autochtones devrait être largement fondée sur le **principe de l'autodétermination** qui comporte le droit et le devoir des peuples autochtones de développer leurs propres cultures et systèmes de connaissances ainsi que leurs propres formes d'organisation sociale...

6. La découverte, l'utilisation et l'enseignement des connaissances des peuples autochtones, de leurs arts et de leurs cultures sont inextricablement liés aux terres et territoires traditionnels de chaque peuple...

11. Le patrimoine des peuples autochtones se compose de tous les objets, sites et connaissances dont la nature ou l'utilisation a été transmise de génération ... Le patrimoine d'un peuple autochtone comprend aussi les objets, les connaissances et les œuvres littéraires ou artistiques susceptibles d'être créés à l'avenir à partir de son patrimoine.

12. Le patrimoine des peuples autochtones comprend tous les biens culturels meubles tels que définis par les conventions pertinentes de l'UNESCO; toutes les formes d'œuvres littéraires et artistiques dans les domaines de la musique, de la danse, des chants, des cérémonies, ainsi que des symboles et graphismes, des narrations et de la poésie; toutes les formes de connaissances scientifiques, agricoles, techniques et écologiques, y compris les cultigènes, les médicaments et l'utilisation rationnelle de la flore et de la faune; les restes humains; les biens culturels immeubles dont les sites sacrés, les sites d'importance historique et les lieux de sépulture; les enregistrements issus du patrimoine des peuples autochtones sous forme de films, de photographies, de vidéocassettes ou d'audiocassettes¹²⁹.

Recommandation – que les objectifs et principes de l'OMPI reflètent plus pleinement et incorporent l'importance du *lien holistique* qui existe entre les peuples autochtones et leurs droits et obligations en matière de patrimoine (notamment les expressions culturelles traditionnelles, les savoirs traditionnels et la propriété intellectuelle) et qu'ils établissent des *liens pratiques* entre la protection de ces savoirs et expressions par le biais du processus de l'OMPI ainsi que de l'élaboration continue de normes pour la protection des peuples autochtones au sein d'autres instances internationales comme le groupe de travail sur les populations autochtones et l'Instance permanente sur les peuples autochtones.

Au nombre des suggestions relatives à l'établissement de liens pratiques pourraient figurer les suivantes :

reconnaître dans les documents de l'OMPI l'importance que les peuples autochtones accordent à l'*autodétermination* pour se protéger et protéger leurs identités et leurs cultures;

inclure dans le corps des documents une déclaration séparée, que prépareront et rédigeront les peuples autochtones assistant aux réunions du comité intergouvernemental, déclaration qui traduit de manière précise leurs buts et leurs aspirations dans le domaine des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles et des normes régissant les droits de l'homme internationaux;

¹²⁶ Premier exposé amendé de la plainte Wai 263 pour les Ngati Kuri, les Te Rarawa et les Ngati Wai, paragraphe 3.1.

¹²⁷ Terri Janke, *Our Culture: Our Future* – Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights, Part 1, Chapter 1, page XVII.

¹²⁸ Contribution de Haman Hajara, Organisation africaine des femmes autochtones, Central Africa Network Yaoundé, Cameroun, à l'*Atelier international sur les savoirs traditionnels*, Panama, 21-23 septembre 2005, accueilli par le Secrétariat de l'Instance permanente sur les questions autochtones.

¹²⁹ Rapport du rapporteur spécial de la sous-commission sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités (E/CN.4/Sub.2/1995/26 (Principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones), annexe 1, 21 juin 1995). [Voir également E/CN.4/Sub.2/2000/26, 19 juin 2000 qui met à jour la version de 1995 en y apportant quelques petits changements.]

adopter dans les documents une approche plus *holistique* conforme aux opinions exprimées par les peuples autochtones pour la reconnaissance et la protection de leurs droits et obligations culturelles et intellectuelles;

inclure dans les documents de l'OMPI une annexe contenant une liste des instruments internationaux pertinents et d'autres informations utiles (y compris les exposés et déclarations des peuples autochtones, les codes d'éthique, etc.) qui renferment des mesures destinées à reconnaître et protéger les droits et les obligations des peuples autochtones;

veiller à ce que le Secrétariat de l'OMPI assiste régulièrement aux réunions de l'Instance permanente, du groupe de travail sur les populations autochtones et autres instances afin de suivre l'évolution de la situation et de faire rapport au comité intergouvernemental.

7.8 Autres lacunes dans les objectifs et principes de l'OMPI :

Les dispositions nécessaires pour doter les peuples autochtones des ressources suffisantes dans l'élaboration et la mise en œuvre des propositions;

Mécanismes de règlement des litiges, y compris d'autres options qui comprennent le renforcement de l'utilisation et de l'application des pratiques, protocoles et lois coutumiers autochtones;

La participation/prise de décisions plus pleines, plus effectives et plus actives des peuples autochtones à l'élaboration et à la mise en œuvre du régime international de protection de leurs savoirs et expressions y relatives.

8. Y-a-t-il des principes ou des objectifs de politique générale qui ne sont pas appropriés? Quels sont-ils et pourquoi? Suggérez les modifications ou les changements qui devraient y être apportés.

8.1 Dans une perspective maorie, le principe f) du document 8/5 P 'Compatibilité avec les systèmes juridiques en vigueur régissant l'accès aux ressources génétiques' est inapproprié car il stipule que : "La compétence de déterminer l'accès aux ressources génétiques, que celles-ci soient ou non associées à des savoirs traditionnels, appartient aux gouvernements nationaux, et elle est régie par les législations nationales"¹³⁰.

8.2 Comme les peuples autochtones partout dans le monde, les Maoris se sont vigoureusement opposés à la disposition de la Convention sur la diversité biologique qui stipule que les États ont "droit de souveraineté" sur leurs ressources naturelles (CDB, article 15.1)). De même, les Maoris s'opposeraient pour la même raison à l'inclusion du principe f), compte tenu en particulier de leurs revendications auprès du tribunal de Waitangi et d'autres instances sur la protection, l'utilisation, le contrôle et le tino rangatiranga des ressources génétiques et biologiques, y compris celles qui sont faites au titre de la plainte Wai 262.

Il est recommandé que le principe soit spécifiquement subordonné aux traités et autres arrangements constitutionnels nationaux conclus avec les peuples autochtones sur les ressources naturelles et génétiques et sur les savoirs traditionnels.

9. Codes d'éthique, directives pour la recherche et déclarations

9.1 Au cours des deux dernières décennies, de nombreuses organisations non gouvernementales (ONG) et organisations de peuples autochtones ont élaboré des codes d'éthique, des directives pour la recherche et des déclarations sur la recherche ethnobotanique, la prospection biologique et la protection contre le "biopiratage". Bon nombre de ces instruments touchent également à l'importance de la protection et de la préservation des savoirs traditionnels et de la propriété intellectuelle des peuples autochtones. La plupart sinon même la totalité portent sur la nature holistique des savoirs traditionnels plutôt que sur l'approche plus étroite de la propriété intellectuelle adoptée par le comité intergouvernemental.

9.2 Toutefois, ces codes d'éthique et ces directives fournissent un socle utile et une abondance d'informations et de matériels pour l'élaboration d'objectifs et de principes relatifs à la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles. Il ne fait aucun doute que le Secrétariat de l'OMPI a puisé dans quelques-uns de ces documents pour élaborer ses propositions tandis que, dans leurs contributions et leurs interventions, des États membres, des ONG et des groupes autochtones ont fait mention de bon nombre des préoccupations. Ceci étant, dans une perspective maorie, le moment est venu de rappeler au comité intergouvernemental qu'il y a pléthore de matériels disponibles qui ont été élaborés ces quelque vingt dernières années et revêtent une grande utilité pour les travaux du comité, lequel devrait donc les prendre soigneusement en considération¹³¹.

9.3 On trouvera ci-dessous une liste de quelques documents pertinents ainsi qu'une brève description de chacun d'eux. Cette liste n'est nullement exhaustive.

CODES D'ÉTHIQUE PROFESSIONNELS ET DIRECTRICES DÉONTOLOGIQUES

Code d'éthique de la Société internationale d'ethnobiologie – Le code d'éthique de la Société internationale d'ethnobiologie a son origine dans la Déclaration de Belem adoptée en 1988 au Brésil lors de la création de cette société. Il se compose de quatre parties : i) Préambule; ii) But; iii) Principes; et iv) Directives pratiques. Un des principaux objectifs de ce code est de fournir un cadre pour la prise de décisions et la conduite de recherches ethnobiologiques et d'activités connexes. Comme le fait observer le préambule du code : "*Maintes recherches ont été faites dans le passé sans l'approbation ou le consentement préalable donné en connaissance de cause des peuples autochtones, des sociétés traditionnelles et des communautés locales et ces recherches ont eu des impacts négatifs sur leurs droits et responsabilités liées au patrimoine bioculturel. La Société internationale d'ethnobiologie est résolue à œuvrer en réel partenariat et collaboration avec les peuples autochtones, les sociétés traditionnelles et les communautés locales afin d'éviter que ne se perpétuent ces injustices du passé et d'établir progressivement des relations positives, bénéfiques et harmonieuses dans le domaine de l'ethnobiologie*"¹³².

¹³⁰ WIPO/GRTKF/IC/8/5, annexe page 10.

¹³¹ Le code d'éthique de la Société internationale d'ethnobiologie a récemment été révisé et mis à jour au neuvième congrès de la Société tenu en novembre 2006 à Chiang Rai (Thaïlande).

¹³² ISE Code of Ethics, 'Preamble', pages 1-2.

Les principes du code d'éthique disent qu'ils englobent les principes et pratiques existants du droit international et des pratiques coutumières et qu'ils comprennent les principes suivants :

- Principe des droits et responsabilités préalables;
- Principe d'autodétermination;
- Principe d'inaliénabilité (dans le cas des territoires et savoirs traditionnels);
- Principe de la garde traditionnelle;
- Principe de la participation active (dans le cas des programmes de recherche);
- Principe de la pleine divulgation;
- Principe du consentement préalable éclairé en connaissance de cause (qui comprend le droit de dire "non");
- Principe de confidentialité (le droit des peuples autochtones de maintenir confidentiels certains savoirs traditionnels);
- Principe du respect;
- Principe de la protection active;
- Principe de précaution;
- Principe de la réciprocité, des avantages mutuels et du partage équitable;
- Principe du soutien de la recherche autochtone;
- Principe du cycle interactif dynamique (que des recherches ne seront entreprises que s'il est raisonnablement sûr qu'elles seront achevées);
- Principe des mesures palliatives;
- Principe de la reconnaissance et du mérite;
- Principe de la diligence.

Le code d'éthique de la Société internationale d'ethnobiologie est un instrument unique en son genre en ce sens qu'il a été élaboré sur une période de dix ans par des chercheurs scientifiques, des praticiens et des organisations de peuples autochtones. Il a été adopté à la réunion générale annuelle de la Société tenue en novembre 1998 à Aotearoa/Nouvelle-Zélande. Il doit être révisé et mis à jour au prochain congrès de la Société en novembre 2006 à Chiang Rai en Thaïlande. Cette révision consistera à peaufiner et adopter une série de directives et de protocoles qui formeront partie du code d'éthique.

Ce code, un certain nombre de peuples autochtones l'ont utilisé depuis 1998 pour plaider en faveur d'une meilleure protection de leurs savoirs et ressources traditionnels et pour donner des informations sur des méthodes de recherche plus éthiques et plus équitables. Par exemple, des membres des communautés Chiapas du Mexique, représentés qu'ils étaient par une ONG appelée COMPICH, étaient activement opposés aux recherches ethnobotaniques effectuées dans des communautés Chiapas par un programme de recherche collaboratif que dirigeait l'University of Georgia à Athens en Géorgie et connu sous le nom du projet Maya ICBG. Le COMPICH était opposé au programme de recherche, affirmant que les communautés n'avaient pas à leur disposition suffisamment d'informations pour leur permettre de donner un consentement préalable en connaissance de cause aux recherches entreprises. De leur côté, les chefs du projet (les professeurs Brent et Elois-Ann Berlin) ont répliqué qu'ils s'étaient livrés à de longues consultations avec les communautés Chiapas et qu'ils avaient fait participer activement des membres de ces communautés au projet, leur assurant même une part des éventuels gains commerciaux auxquels pourrait donner lieu le programme de recherche.

En 2002, le COMPICH a publié une longue déclaration publique qui expliquait en détail comment le projet Maya violait les dispositions du code d'éthique de la Société internationale d'ethnobiologie. À cette déclaration, les chefs du projet Maya ICBG ont répondu avec une déclaration publique tout aussi longue dans laquelle ils contraient les accusations et décriaient en détail comment ils avaient respecté les dispositions du code. En fin de compte, le projet a été annulé par le bailleur de fonds à cause du degré d'opposition de plus en plus élevé et des troubles politiques qu'il causait dans les communautés et, de plus en plus, au niveau national. Toutefois, le fait que les deux parties ont fait référence au code de la Société pour défendre leurs positions a montré qu'il est un outil utile pour initier un type de dialogue entre les groupes rivaux dans ce domaine complexe. Il faut espérer que le code révisé pourra être utilisé dans l'avenir comme un outil pour régler de manière proactive les litiges plutôt que pour défendre des positions avant que celles-ci ne se figent.

On trouvera à l'**appendice 3** du présent rapport une copie complète du code d'éthique de la Société internationale d'ethnobiologie tandis qu'une copie électronique peut être vue sur <http://guallart.dac.uga.edu/ISE/SocEth.html>.

Un pacte relatif à la propriété intellectuelle, culturelle et scientifique : Un code d'éthique et de conduite de base pour des partenariats équitables entre des entreprises, des scientifiques ou des institutions et groupes autochtones responsables (tiré de '*Intellectual Property Rights for Indigenous Peoples*', un ouvrage de Darrell A. Posey, Appendice 1, Chapitre 15).

Ce pacte contient un prologue, un préambule, des principes et un aperçu des responsabilités et partenariats entre les groupes autochtones, les scientifiques et les instituts de recherche.

Le prologue stipule que :

"Le présent pacte ne devrait pas être considéré comme un produit fini définissant des partenariats équitables mais plutôt comme un outil pour redéfinir les droits de propriété intellectuelle au moyen d'un processus de consultation, de débats, de discussions et de pensée créative de nombreuses personnes et de nombreux groupes qui s'intéressent à l'établissement d'une nouvelle base de développement durable...".

"Le pacte est proposé comme un mécanisme pour tirer parti des concepts des droits de propriété intellectuelle existants qui utilisent des "droits de voisinage" dans les domaines suivants :

droit du travail,

lois et accords régissant les droits de l'homme,

accords économiques et sociaux,

propriété intellectuelle et protection des variétés végétales,

droits des agriculteurs,
conventions environnementales en droit,
actes de liberté religieuse,
droit coutumier et pratiques traditionnelles,
propriété et patrimoine culturels”.

Le préambule stipule que le pacte relatif aux droits de propriété intellectuelle “*n’a rien à voir avec l’exploitation commerciale à court terme mais tout à voir avec un partenariat à long terme s’exprimant à travers un commerce et des échanges responsables dans un intérêt mutuel*”.

Principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones (E/CN.4/Sub.2/1996/26) – Ce rapport contient une série de principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones. Il reconnaît l’importance du principe d’autodétermination pour la protection du patrimoine des peuples autochtones. Il reconnaît également que le patrimoine d’un peuple autochtone comprend aussi les objets, les connaissances et les œuvres littéraires ou artistiques susceptibles d’être créés à l’avenir à partir de son patrimoine.

Déclaration de Mataatua sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones, 1993 – Cette Déclaration, la première par une organisation de peuples autochtones sur les droits de propriété intellectuelle, contient une très grande partie de ce qui est considéré comme important dans une perspective maorie et autochtone de la protection des droits de propriété culturelle et intellectuelle. En particulier :

“RECOMMANDATIONS À L’INTENTION DES ÉTATS ET DES ORGANISMES NATIONAUX ET INTERNATIONAUX

En élaborant des politiques et des pratiques, les États et les organismes nationaux et internationaux doivent :

2.1 Reconnaître que les peuples autochtones sont les gardiens de leur savoir coutumier et ont le droit de protéger et de contrôler la diffusion de ce savoir.

2.2 Reconnaître que les peuples autochtones ont également le droit de créer de nouvelles connaissances fondées sur des traditions culturelles.

2.3 Prendre note du fait que les mécanismes de protection en vigueur ne protègent pas suffisamment les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones.

2.4 Accepter que les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones sont dévolus aux personnes qui les ont créés.

2.5 Élaborer, en pleine collaboration avec les peuples autochtones, un régime supplémentaire de droits de propriété culturelle et intellectuelle intégrant les éléments suivants :

La propriété collective (aussi bien qu’individuelle) et la protection rétroactive, jusqu’à leur origine, des œuvres historiques aussi bien que contemporaines;

Une couverture rétroactive des œuvres historiques et contemporaines;

La protection contre l’avisement d’articles signifiants sur le plan culturel;

Un cadre axé sur la coopération plutôt que la concurrence;

L’octroi des avantages en tout premier lieu aux descendants directs des dépositaires traditionnels de ces connaissances;

Une garantie portant sur de multiples générations”¹³³.

INSTRUMENTS INTERNATIONAUX DES DROITS DE L’HOMME TOUCHANT AUX DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET AU PATRIMOINE CULTUREL DES PEUPLES AUTOCHTONES

Déclaration universelle des droits de l’homme (1948)

“Article 27 :

1. Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent.
2. Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l’auteur”.

¹³³ La Déclaration de Mataatua sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones dont le texte intégral est disponible en ligne sur le site : <http://aotearoa.wellington.net.nz/imp/mata.htm>.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 1966

“Article 15 :

1. Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit :
 - a) De participer à la vie culturelle;
 - b) De bénéficier du progrès scientifique et de ses applications;
 - c) De bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur”.

Convention sur la diversité biologique

“Article 8 j) :

Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques”.

Convention n° 169 de l'Organisation internationale du travail

“Article 15 1) :

1. Les droits des peuples intéressés sur les ressources naturelles dont sont dotées leurs terres doivent être spécialement sauvegardés. Ces droits comprennent celui, pour ces peuples, de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources”.

Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, 2003¹³⁴

Article premier : Buts de la Convention

Les buts de la présente Convention sont :

- a) la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel;
- b) le respect du patrimoine culturel immatériel des communautés, des groupes et des individus concernés;
- c) la sensibilisation aux niveaux local, national et international à l'importance du patrimoine culturel immatériel et de son appréciation mutuelle;
- d) la coopération et l'assistance internationales.

Article 2 : Définitions

Aux fins de la présente Convention,

1. On entend par “patrimoine culturel immatériel” les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. Aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communautés, groupes et individus, et d'un développement durable.

2. Le “patrimoine culturel immatériel”, tel qu'il est défini au paragraphe 1 ci-dessus, se manifeste notamment dans les domaines suivants :

- (a) les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel;
- (b) les arts du spectacle;
- (c) les pratiques sociales, rituels et événements festifs;
- (d) les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers;
- (e) les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel.

3. On entend par “sauvegarde” les mesures visant à assurer la viabilité du patrimoine culturel immatériel, y compris l'identification, la documentation, la recherche, la préservation, la protection, la promotion, la mise en valeur, la transmission, essentiellement par l'éducation formelle et non formelle, ainsi que la revitalisation des différents aspects de ce patrimoine.

Déclaration sur les droits des peuples autochtones¹³⁵

Ce projet de déclaration a été adopté par le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies le 29 juin 2006. Le Conseil en a recommandé l'adoption par l'Assemblée générale des Nations Unies se tenant plus tard cette année là. La Nouvelle-Zélande ne soutient pas son adoption car elle craint en autres choses qu'elle puisse être une menace pour sa souveraineté. Les Maori étaient divisés sur la question de savoir si le texte révisé de la déclaration diluait le projet de texte originel. En tout état de cause, ils ne sont pas opposés à son adoption car il y avait de nombreuses organisations de peuples autochtones partout dans le monde qui faisaient leur le projet de texte révisé.

¹³⁴ Source : <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132540e.pdf>

¹³⁵ La Déclaration a été adoptée par le Conseil des droits de l'homme par 30 voix pour, 2 contre et 12 abstentions. Le Canada et la Fédération de Russie ont voté contre. Voir <http://www.ohchr.org/english/issues/indigenous/groups/groups-02.htm> pour le texte intégral de la Déclaration.

La Déclaration contient un grand nombre de dispositions importantes qui ont un effet direct sur les systèmes ou cadres de protection maturaanga Maori *me o ratou taonga katoa*. On en trouvera ci-après quelques-unes :

Article 3.

Les peuples autochtones ont le droit à l'autodétermination. En vertu de ce droit, ils déterminent librement leur statut politique et recherchent librement leur développement économique, social et culturel.

Article 4

Les peuples autochtones ont le droit de maintenir et de renforcer leurs institutions politiques, juridiques, économiques, sociales et culturelles distinctes, tout en conservant le droit, si tel est leur choix, de participer pleinement à la vie politique, économique, sociale et culturelle de l'État.

Article 5

Tout autochtone a droit à une nationalité.

Article 13

1. Les peuples autochtones ont le droit de manifester, pratiquer, promouvoir et enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer; et le droit au rapatriement de leurs restes humains.

2. Les États veillent à permettre l'accès aux objets et restes humains en leur possession et/ou leur rapatriement par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés.

Article 29

1. Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, ce savoir traditionnel et ces expressions culturelles traditionnelles.

2. En concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître et protéger l'exercice de ces droits.

Ka Mutu.

Me Rongo.

10. Appendice I

Mandat de l'examen

Le consultant fera un examen approfondi du projet le plus récent des documents ci-après de l'OMPI :

La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : principes et objectifs révisés (WIPO/GRTKF/IC/8/4);
et *La protection des savoirs traditionnels : principes et objectifs révisés* (WIPO/GRTKF/IC/8/5).

Le consultant fera cet examen dans une optique néo-zélandaise et il se posera les questions suivantes sur lesquelles il donnera son opinion :

- Dans quelle mesure les principes ou objectifs de politique générale que renferment les documents s'appliquent à la situation en Nouvelle-Zélande et, en particulier, aux Maoris? Dans l'examen de la situation en Nouvelle-Zélande, le consultant devrait inclure le Traité de Waitangi, les cadres juridiques, la politique gouvernementale, les maturaanga Maori, les tikanga, les kawas, le droit et les approches coutumiers, les pratiques et directives institutionnelles et organisationnelles, les approches et les aspirations maories plus récentes en matière de savoirs traditionnels ainsi que des exemples concrets d'utilisation abusive ou d'appropriation illicite de savoirs traditionnels maoris en Nouvelle-Zélande et à l'étranger.
- Dans quelle mesure les principes ou objectifs de politique générale pourraient-ils contribuer à la mise en place d'une véritable protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles?
- Prière de donner votre opinion sur la priorité accordée à l'appropriation illicite et à l'utilisation abusive (et les actes de tierces parties) sans exiger l'affirmation de nouveaux droits de propriété sur les savoirs traditionnels mais prenant en compte cette option au cas où les détenteurs de savoirs traditionnels décident de la retenir?
- Y-a-t-il des principes qui revêtent une importance particulière? Quels sont-ils et pourquoi? Des améliorations et des changements pourraient-ils y être apportés? Quels sont-ils?
- Y-a-t-il dans les principes et objectifs de politique générale des lacunes importantes dans une perspective maorie ou néo-zélandaise? Quelles sont-elles? Prière de suggérer les amendements ou changements qui devraient y être apportés.
- Y-a-t-il des principes ou des objectifs de politique générale qui sont inappropriés? Quels sont-ils et pourquoi? Prière de suggérer les amendements ou les changements qui devraient y être apportés.
- Y-a-t-il des principes ou des objectifs de politique générale qui ne réussiraient pas à favoriser la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles?
- Les conditions, limitations ou exceptions sont-elles appropriées? Prière d'expliquer pourquoi? Prière de suggérer les changements qui devraient être effectués et en expliquer les raisons.
- Y-a-t-il des différences significatives entre les documents établis pour la septième session (documents 7/3 et 7/5) et pour la huitième session du comité intergouvernemental (quelques-uns des principes et des objectifs de politique générale ont changé par suite des commentaires d'autres participants aux travaux du comité)? Quelles sont-elles? Pourquoi est-ce important? Quels changements éventuels devraient être effectués?
- Faire des observations sur toutes les autres questions jugées importantes.

11. Appendice II

Un 'cadre Tikanga Maori' pour la protection, l'utilisation, le contrôle et la propriété des Matauranga Maori me o Ratou Taonga Katoa ("Le cadre Tikanga")

Il est recommandé qu'un cadre et un processus soient élaborés pour la protection, l'utilisation, le contrôle et la propriété des Matauranga Maori me o ratou taonga katoa (y compris les ressources biologiques et génétiques et les droits et obligations de propriété intellectuelle) dont la protection a été garantie par le Te Tiriti o Waitangi ou Traité de Waitangi. Le cadre et le processus Tikanga devraient être élaborés par les Maoris en consultation avec la Couronne et d'autres groupes d'intérêt concernés dans les secteurs public et privé.

Tout cadre Tikanga devrait reposer essentiellement sur les valeurs tikanga Maori et les principes du traité mais prendre en compte les cadres juridiques et statutaires en Aotearoa/Nouvelle-Zélande ainsi que les faits nouveaux en droit international. Un tel cadre devrait être incorporé dans la législation nationale dès qu'il a été élaboré.

Un cadre Tikanga pour les Matauranga Maori me o ratou Taonga Katoa aurait quelques-unes des caractéristiques suivantes :

Élaboré par les Maoris après consultation appropriée avec les Iwis, hapus, whanaus et groupes maoris urbains et autres organisations maories concernées. Il serait également nécessaire de consulter les organismes de la Couronne et autres parties prenantes et groupes d'intérêt concernés du secteur privé (par exemple groupes maternels, groupes de dessin et groupes de propriété intellectuelle, Instituts de recherche de la Couronne);

Fondé essentiellement sur les tikanga Maori, reflétant les valeurs et les pratiques culturelles des Maoris mais tenant compte également des cadres législatifs et réglementaires existants, des normes internationales qui régissent les droits de l'homme et du droit ainsi que des intérêts et opinions d'autres parties intéressées, y compris les instituts de recherche et les milieux des affaires;

Le cadre Tikanga peut avoir un ou plusieurs organes ou composantes aux niveaux local, régional ou national selon les besoins et les aspirations des Maoris et les aspects pratiques de la mise en place d'un tel cadre et de son administration. Il serait important qu'un tel cadre prenne en compte la politique gouvernementale et y soit relié.

Les nominations à un tel ou à de tels organismes seraient effectuées par les Maoris après une consultation appropriée et un processus d'établissement d'un mandat. Il est recommandé que le groupe initial des parties requérantes dans l'affaire Wai 262 forme le noyau d'un groupe chargé d'entreprendre un processus national de consultation avec les Maoris. Ce processus offrirait des informations de base sur les questions et suggérerait des options possibles dont débattraient les Maoris;

Souplesse pour tenir compte des préoccupations des Maoris au niveau des Iwis, hapus, whanaus, individuel et national (c'est-à-dire les préoccupations qui ont une application générique pour de nombreux Iwis/hapus ou pour la totalité). La structure doit également prendre en considération les droits des individus tels que les artistes, sculpteurs, praticiens du rongoa, les musiciens et les dessinateurs maoris;

Mécanismes pour permettre la mise en œuvre de mesures efficaces de respect et d'application. Cela nécessiterait des moyens et juridiques et non juridiques d'application tels que des codes d'éthique, des directives et des protocoles contenant des droits et des obligations destinés à éduquer et persuader un respect volontaire du cadre Tikanga.

Autres considérations importantes pour un cadre Tikanga

Implicite serait l'attente que les structures juridiques et réglementaires de la Nouvelle-Zélande devraient être adaptées pour inclure un cadre Tikanga. Une série d'options pourrait voir le jour au titre de ce modèle, y compris l'utilisation, l'élaboration et le renforcement des modèles et droits coutumiers tikanga existants, la création de mécanismes *sui generis* et l'adaptation des lois, politiques et processus existants;

Dotation par la Couronne de ressources suffisantes pour le cadre Tikanga qui permettraient :

des consultations à l'échelle nationale avec les tribus, les groupes maoris urbains et autres organisations maories en vue d'envisager la possibilité de former une ou des structures appropriées;
un financement pour assurer l'administration et le bon fonctionnement du cadre Tikanga;
la prestation d'une assistance pour défrayer les dépenses d'éducation, de respect et d'application.

Un cadre Tikanga pourrait être chargé de quelques-unes ou de toutes les tâches suivantes :

Servir de point de contact national ou régional et d'organe d'aiguillage aux *Iwis, hapus, whanaus* ou *individus* (selon le cas), une fois qu'il est établi à quel niveau du processus de prise de décisions des Maoris, la question pertinente est traitée de la manière la plus appropriée. Lorsqu'il est manifeste que certaines questions touchent des tribus particulières ou d'autres groupes ou individus, ils seraient aiguillés vers cet organisme qui les traiterait. Si c'est une question qui touche tous les Maoris à un niveau national, alors un organisme national tel que celui dont la création est envisagée pourrait la traiter et prendre à ce niveau des mesures appropriées;

Élaborer des mécanismes de protection et de promotion de l'utilisation des Matauranga Maori me o ratou taonga katoa qui prendraient en compte :

le Te Tiriti o Waitangi/Traité de Waitangi
la Tikanga, les lois et valeurs des whanaus, hapus et Iwis;
le régime juridique néo-zélandais, le droit statutaire, la politique et les réglementations gouvernementales;
les normes internationales qui régissent les droits de l'homme, les lois coutumières et les projets de conventions (par exemple le projet de déclaration sur les droits des peuples autochtones, la Déclaration de Mataatua, les projets d'objectifs et de principes de l'OMPI, la Convention sur la diversité biologique, etc.);
les codes d'éthique et directives de recherche pertinents tant nationaux qu'internationaux;
les besoins et les attentes du secteur privé et des milieux d'affaires;

Servir d'organisme de soutien matériel des tribus et organisations pour les aider à de donner les moyens de faire leurs propres recherches sur lesquelles elles exerceraient le contrôle;

Assurer la liaison avec les ministères, les entreprises privées, les autorités locales et autres organes qui sont chargés de prendre des décisions concernant les Matoranga Maori me o ratou taonga katoa;

Organe consultatif avec le Maoridom. Cela serait un élément clé du cadre Tikanga. Des Hui et des consultations avec les Maoris devraient avoir lieu à intervalles réguliers.

12. Appendice III

SOCIÉTÉ INTERNATIONALE D'ETHNOBIOLOGIE

CODE D'ÉTHIQUE*

*Débattu et adopté à l'Assemblée générale de la Société internationale d'ethnobiologie tenue durant le dixième Congrès international d'ethnobiologie tenue le 8 novembre 2006 à Chiang Rai en Thaïlande, sous réserve de l'ajout d'un résumé et d'un glossaire de termes.

Le code d'éthique de la Société internationale d'ethnobiologie offre un cadre pour la prise de décisions et la conduite de recherches ethnobiologiques et activités connexes. Il a son origine dans la Déclaration de Belém adoptée lors de la création de la Société internationale d'ethnobiologie en 1988 (à Belém au Brésil). Il a été mis au point sur plus d'une décennie et il est l'aboutissement d'une série de processus de discussion consensuels auxquels participent les membres de la Société.

Le code d'éthique comprend quatre parties : i) Préambule; ii) But; iii) Principes; et iv) Directives pratiques. Il reflète la vision de la Société comme la décrit son article 2.0 :

La Société internationale d'ethnobiologie est résolue à faire mieux comprendre les liens complexes, passés et présents, qui existent dans et entre les sociétés humaines et leurs environnements. Elle s'efforce de promouvoir une existence harmonieuse entre l'humanité et les bios au profit des générations futures. Les ethnobiologues savent que les peuples autochtones, les sociétés traditionnelles et les communautés locales sont essentiels pour la conservation de la diversité biologique, culturelle et linguistique.

Tous les membres de la Société sont tenus de respecter de bonne foi le code d'éthique.

PRÉAMBULE

La notion de 'prise de conscience' est une valeur importante consacrée par ce code qui signifie l'obligation d'être pleinement conscient de ce que l'on sait et ne sait pas, de ce que l'on fait et défait, de ses actions et de son inaction. Il est admis que de nombreuses recherches ont été faites dans le passé sans l'approbation ou le consentement préalable en connaissance de cause des peuples autochtones, des sociétés traditionnelles et des communautés locales et que ces recherches leur ont nui et ont eu des impacts négatifs sur leurs droits et leurs responsabilités en matière de patrimoine bioculturel¹³⁶.

La Société internationale d'ethnobiologie est résolue à œuvrer en véritable partenariat et collaboration avec les peuples autochtones, les sociétés traditionnelles et les communautés locales pour éviter que ne se perpétuent les injustices commises dans le passé et pour établir progressivement des relations positives, bénéfiques et harmonieuses dans le domaine de l'ethnobiologie. Elle reconnaît que la culture et la langue sont intrinsèquement liées à la terre et au territoire et que la diversité culturelle et linguistique est inextricablement liée à la diversité biologique. C'est pourquoi elle reconnaît que les responsabilités et les droits des peuples autochtones, traditionnels et locaux en matière de préservation et de développement continu de leurs cultures et de leurs langues ainsi que du contrôle de leurs terres, de leurs territoires et de leurs ressources traditionnelles sont essentiels pour la perpétuation de toutes les formes de diversité sur Terre.

BUT

Le but de ce code d'éthique est de faciliter l'établissement de relations éthiques et équitables :

- i) pour optimiser les résultats positifs et réduire autant que faire se peut les effets négatifs de la recherche (sous toutes ses formes, y compris la recherche appliquée et les travaux de développement) et les activités connexes d'ethnobiologues qui peuvent perturber les peuples autochtones, les sociétés traditionnelles et les communautés locales, ou les priver de leurs modes de vie coutumiers et choisis; et
- ii) pour fournir une série de principes et de pratiques destinés à régir la conduite de tous les membres de la Société qui participent ou se proposent de participer à la recherche sous toutes ses formes, en particulier celle concernant la compilation et l'utilisation de savoirs traditionnels ou de collections de flore, de faune ou de tout autre élément du patrimoine bioculturel trouvé sur les terres ou territoires des communautés.

La Société reconnaît, soutient et hiérarchise les efforts que déploient les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales pour devenir les propriétaires de leurs propres recherches, collections, images, enregistrements, bases de données et publications. Ce code d'éthique a pour objet de donner aux peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales les moyens dont ils ont besoin pour faire des recherches au sein de leur société et à leurs fins.

Le code d'éthique sert également à guider les ethnobiologues et autres chercheurs, chefs d'entreprises, décideurs, gouvernements, organisations non gouvernementales, établissements d'enseignement, organismes de financement et autres qui cherchent à établir de sérieux

¹³⁶ Par patrimoine bioculturel, on entend le patrimoine culturel (aussi bien matériel qu'immatériel dont le droit coutumier, le folklore, les valeurs spirituelles, le savoir, les innovations et les pratiques) et le patrimoine biologique (diversité des gènes, variétés, espèces et écosystèmes et services culturels) des peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales, qui sont souvent liés inextricablement entre eux par le biais de l'interaction dans le temps des peuples et de la nature et façonnés par leur contexte socioécologique et économique. Ce patrimoine comprend le paysage en tant que dimension spatiale dans laquelle évolue le patrimoine bioculturel autochtone. Ce patrimoine est transmis de génération en génération, développé, détenu et administré collectivement par les communautés de parties prenantes sur la base du droit coutumier.

partenariats avec les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales et, partant, à éviter que ne se perpétuent les injustices commises dans le passé à l'égard de ces peuples. La Société est consciente que, pour assurer le succès de ces partenariats, tous les travaux de recherche pertinents (c'est-à-dire la planification, la mise en œuvre, l'analyse, l'établissement de rapports et l'application des résultats) doivent être exécutés en collaboration. Il sied également de prendre en considération les besoins de l'humanité tout entière et le maintien de normes scientifiques robustes, tout en reconnaissant et respectant l'intégrité culturelle des peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales.

Pour réaliser le but de ce code d'éthique et les objectifs de la Société internationale d'ethnobiologie, il faut que toutes les parties soient résolues à travailler ensemble et à assumer leurs responsabilités.

Ce code d'éthique reconnaît et honore les lois, protocoles et méthodologies coutumiers et traditionnels en vigueur dans les communautés où des travaux de recherche en collaboration sont proposés. Il devrait permettre mais ne pas supplanter de tels processus communautaires et de telles structures de prise de décisions. Il devrait enfin faciliter l'élaboration d'accords de recherche négociés mutuellement et centrés sur la communauté, qui servent à renforcer les buts communautaires.

PRINCIPES

Les principes de ce code englobent, soutiennent et incorporent la notion et l'application des droits sur les ressources traditionnelles¹³⁷ tels qu'ils sont décrits dans les principes et pratiques des instruments et des déclarations internationaux, y compris mais sans y être limités, les documents auxquels il est fait référence à l'annexe 2 de la Constitution de la Société. Ils facilitent également le respect des normes établies par le droit, les politiques et les pratiques coutumières aux niveaux national et international. Les principes ci-après sont les hypothèses fondamentales qui forment ce code d'éthique.

1. Principe des droits et responsabilités préalables

Ce principe reconnaît que les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales ont des droits sur, des intérêts pour et des responsabilités culturelles pour tous les airs, les terres, les voies d'eau et les ressources naturelles dans les territoires qu'ils ont de par tradition occupés, habités ou utilisés avec tous les savoirs, droits de propriété intellectuelle et droits sur les ressources traditionnelles associés à ces ressources et à leur utilisation.

2. Principe d'autodétermination

Ce principe reconnaît que les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales ont le droit à l'autodétermination (ou détermination locale pour les communautés traditionnelles et locales) et que les chercheurs et organisations qui y sont associés reconnaîtront et respecteront ces droits dans leurs transactions avec ces peuples et leurs communautés.

3. Principe d'inaliénabilité

Ce principe reconnaît les droits inaliénables des peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales pour ce qui est de leurs territoires traditionnels et des ressources naturelles (y compris les ressources biologiques et génétiques) qui s'y trouvent ainsi que des savoirs traditionnels qui y sont associés. Ces droits sont de par nature collectifs mais peuvent inclure les droits individuels. Ce sera aux peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales qu'il appartiendra de déterminer pour eux-mêmes la nature, la portée et l'aliénabilité de leurs régimes de droits sur les ressources.

4. Principe de la garde traditionnelle

Ce principe reconnaît l'existence du lien holistique entre l'humanité et les écosystèmes de notre Terre sacrée ainsi que les obligations et la responsabilité qu'ont les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales de préserver et conserver leur rôle de gardiens traditionnels de ces écosystèmes en préservant leurs cultures, identités, langues, mythologies, croyances spirituelles et lois et pratiques coutumières d'après le droit à l'autodétermination.

5. Principe de la participation active

Ce principe reconnaît l'importance cruciale pour les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales de prendre une part active à toutes les phases de la recherche et des activités connexes, du début jusqu'à la fin, ainsi qu'à l'application des résultats de la recherche. Une participation active comprend la collaboration en matière de conception de la recherche afin de répondre aux besoins et aux priorités locaux de même qu'un examen au préalable des résultats avant leur publication ou leur diffusion pour assurer l'exactitude de l'information et l'adhésion aux normes que représente ce code d'éthique.

6. Principe de la pleine divulgation

Ce principe reconnaît que les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales ont le droit d'être pleinement informés de la nature, de la portée et du but final des recherches proposées (y compris l'objectif, la méthodologie, la collecte de données ainsi que la diffusion et l'application des résultats). Cette information doit être donnée sous des formes qui sont comprises et utiles à un niveau local et d'une manière qui prend en considération le corps des savoirs, préférences culturelles et modes de transmission de ces peuples et communautés.

¹³⁷ Posey et Dutfield (1996:3) définissent comme suit les droits sur les ressources traditionnelles : "Le terme 'traditionnel' se réfère aux pratiques, aux croyances, aux coutumes et au patrimoine culturel des communautés autochtones et locales qui vivent en étroite association avec la Terre; le terme 'ressource' est utilisé dans son sens le plus large pour représenter tous les savoirs et techniques, toutes les qualités esthétiques et spirituelles, toutes les sources matérielles et immatérielles qui ensemble sont jugées par les communautés être nécessaires pour assurer aux générations présentes et futures des modes de vie sains et épanouissants; et le terme 'droits' se réfère à la garantie inaliénable fondamentale qu'ont tous les êtres humains et entités collectives dans lesquelles ils décident de participer de satisfaire à leurs besoins pour assurer et préserver leur dignité et leur bien-être ainsi que ceux de leurs prédécesseurs et de leurs descendants".

7. Principe du consentement préalable éclairé donné en connaissance de cause

Le consentement préalable éclairé en connaissance de cause doit être donné avant que des travaux de recherche ne soient entrepris, aux niveaux individuel et collectif, comme l'imposent les structures de gouvernance communautaires. Le consentement préalable donné en connaissance de cause est reconnu comme un processus permanent qui repose sur une relation et est maintenu d'un bout à l'autre de toutes les phases de recherche. Ce principe reconnaît que le consentement préalable donné en connaissance de cause requiert un processus éducatif qui emploie selon que de besoin des méthodes et des outils d'enseignement bilingues et interculturels pour veiller à ce que toutes les parties concernées comprennent bien. Le consentement préalable donné en connaissance de cause suppose également que toutes les communautés directement touchées recevront des informations complètes sous une forme qui leur permettra de bien comprendre le but et la nature du programme, du projet ou des activités proposés, les résultats et les conséquences probables, y compris tous les avantages et tous les risques négatifs relativement prévisibles (qu'ils soient matériels ou immatériels) pour les communautés touchées. Les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales ont le droit de prendre des décisions sur tous les programmes, projets, études ou activités qui les touchent directement. Lorsque l'objet de la recherche proposée ou des activités connexes n'est pas conforme aux intérêts de ces peuples, sociétés ou communautés, ils ont le droit de les refuser.

8. Principe de confidentialité

Ce principe reconnaît que les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales, à leur seule discrétion, ont le droit d'interdire la publication et/ou d'avoir préservé la confidentialité de toutes les informations concernant leur culture, leur identité, leur langue, leurs traditions, leurs mythologies, leurs croyances spirituelles ou leur génomique. Les parties aux recherches ont pour responsabilité d'être au courant des systèmes locaux de gestion des savoirs et des innovations locales et de s'y conformer, en particulier dans le cas des savoirs sacrés et secrets. Qui plus est, cette confidentialité sera garantie par les chercheurs et autres utilisateurs potentiels. Les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales ont également, à leur discrétion, le droit à l'intimité et à l'anonymat.

9. Principe du respect

Ce principe reconnaît la nécessité pour les chercheurs de respecter l'intégrité, la moralité et la spiritualité de la culture, des traditions et des liens des peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales avec leurs mondes.

10 Principe de protection active

Ce principe reconnaît l'importance pour les chercheurs de prendre des mesures concrètes pour protéger et renforcer les liens des peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales avec leur environnement et, partant, promouvoir le maintien de la diversité culturelle et biologique.

11 Principe de précaution

Ce principe reconnaît la complexité des interactions entre les communautés culturelles et biologiques et, partant, l'incertitude inhérente aux effets dus à la recherche ethnobiologique et autres recherches. Le principe de précaution prône l'adoption de mesures proactives et anticipatives pour identifier et prévenir les préjudices biologiques ou culturels issus des travaux ou de résultats de la recherche même si les liens de cause à effet n'ont pas encore été scientifiquement prouvés. La prédiction et l'évaluation de ces préjudices biologiques et culturels doivent inclure des critères et des indicateurs locaux, et elles doivent donc faire pleinement intervenir les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales. Cela inclut également la responsabilité d'éviter l'imposition de concepts et de normes externes ou étrangers.

12 Principe de réciprocité et partage équitable et mutuel des avantages

Ce principe reconnaît que les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales ont le droit de partager les processus matériels et immatériels ainsi que les résultats qui découlent directement ou indirectement et sur le court et long terme de la recherche ethnobiologique et des activités connexes qui font intervenir leurs savoirs et leurs ressources. Le partage équitable et mutuel des avantages aura lieu sous des formes qui sont culturellement appropriées et qui sont conformes aux souhaits de la communauté concernée.

13 Principe du soutien à la recherche autochtone

Ce principe reconnaît et soutient les efforts que déploient les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales pour faire leurs propres recherches sur la base de leurs propres épistémologies et méthodologies, créer leurs propres mécanismes de partage des savoirs et utiliser leurs propres collections et bases de données en fonction des besoins qu'ils auront eux-mêmes définis. Le renforcement des capacités, les échanges en matière de formation et le transfert de technologie pour les communautés et les institutions locales pour permettre ces activités devraient, dans toute la mesure du possible, être incluses dans les activités de recherche, de développement et de cogestion.

14 Principe du cycle interactif dynamique

Ce principe reconnaît que la recherche et les activités connexes ne devraient pas être entreprises à moins qu'on soit relativement sûr que toutes leurs phases puissent être achevées de a) la préparation et de l'évaluation en passant par b) la mise en œuvre effective et c) l'évaluation et la diffusion des résultats aux communautés sous des formes compréhensibles et localement appropriées et d) la formation et l'éducation en tant que partie intégrante du projet, y compris l'application pratique des résultats. En conséquence, tous les projets doivent être considérés comme des cycles de communication et d'interaction continues et permanentes.

15 Principe des mesures palliatives

Ce principe reconnaît qu'aucun effort ne doit être ménagé pour éviter les impacts négatifs sur les peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales de la recherche et des activités et résultats connexes. Nonobstant l'application des normes arrêtées par ce code d'éthique, il faudra, en cas d'impact négatif, consulter les populations ou la communauté locales concernées afin de décider des mesures palliatives nécessaires pour réparer ou atténuer les impacts négatifs. Au nombre de ces mesures palliatives peut figurer la restitution, s'il y a lieu et selon que convenu.

16 Principe de reconnaissance et de mérite

Ce principe reconnaît que toutes les publications convenues et autres formes de diffusion de leurs contributions matérielles et immatérielles aux travaux de recherche doivent faire mention des peuples autochtones, sociétés traditionnelles et communautés locales en fonction de leur préférence, et leur accorder le mérite qui leur est dû. La copaternité de ces travaux devrait être prise en compte s'il y a lieu. Cette mention et ce mérite s'étendent également aux utilisations et aux applications secondaires ou en aval et les chercheurs agiront de bonne foi pour veiller à ce que les liens avec les sources des savoirs et des ressources sont consignés aux archives publiques.

17 Principe de diligence

Ce principe reconnaît que les chercheurs sont censés avoir une bonne compréhension du contexte local avant d'établir en matière de recherche des relations avec une communauté. Cela comprend la connaissance des systèmes de gouvernance locaux, des lois et protocoles culturels, des coutumes et de l'étiquette sociales, et le désir de s'y conformer. Les chercheurs sont censés faire, dans la mesure du possible, leurs recherches dans la langue locale, ce qui peut exiger qu'ils parlent couramment la langue ou emploient des interprètes.

DIRECTIVES PRATIQUES

Les directives suivantes ont pour but de faciliter l'application pratique des principes énoncés ci-dessus.

Reconnaissant que ce code d'éthique est un document vivant qui doit s'adapter dans le temps pour faire face à l'évolution des circonstances, si des directives n'ont pas encore été arrêtées pour une situation donnée, les principes devraient être utilisés comme le point de référence pour l'élaboration de pratiques appropriées. De même, il est reconnu que les peuples autochtones, traditionnels ou locaux effectuant des recherches dans leurs propres communautés, à leurs propres fins, peuvent devoir se conformer à leurs propres protocoles et usages culturels. Dans le cas d'une incompatibilité entre ces critères locaux et ces directives, toutes les parties concernées s'engageront à travailler en collaboration pour élaborer des pratiques appropriées.

Les directives pratiques s'appliquent à toutes les recherches, collections, bases de données, publications et images ainsi qu'aux enregistrements audio ou vidéo, ou autres produits de la recherche et des activités connexes.

1. Avant d'entreprendre des travaux de recherche, il faudra chercher à mieux comprendre la ou les institutions communautaires locales dotées du pouvoir pertinent et leur intérêt pour les recherches à effectuer. Un effort total serait fait de bonne foi pour chaque fois mieux les comprendre par le biais d'une communication permanente et une participation active durant toute la durée du processus de recherche.
2. Le consentement préalable éclairé en connaissance de cause doit être donné avant d'entreprendre des travaux de recherche. L'idéal est qu'il soit présenté par écrit et/ou sous la forme d'un enregistrement audio, qu'il utilise un langage et un format bien compris par toutes les parties à la recherche et qu'il le soit avec des personnes ou organes délibérants identifiés comme les autorités les plus représentatives de chaque communauté potentiellement touchée.
3. L'un des éléments du consentement préalable informé est qu'il devra y avoir pleine divulgation aux communautés potentiellement touchées et des mécanismes pour assurer la compréhension mutuelle des facteurs ci-après sur la base des effets relativement prévisibles :
 - a) l'éventail complet des avantages potentiels (matériels et immatériels) pour les communautés, chercheurs et autres parties concernées;
 - b) la gravité des préjudices relativement prévisibles (matériels et immatériels) pour ces communautés;
 - c) toutes les affiliations pertinentes du ou des individus ou de la ou des organisations cherchant à entreprendre les activités, y compris s'il y a lieu les informations de contact des conseils institutionnels d'éthique en matière de recherche et des copies des approbations données par les conseils d'éthique pour la recherche;
 - d) tous les sponsors du ou des individus ou de la ou des organisations qui participent aux activités;
 - e) toute tentative de commercialiser les résultats des activités ou le potentiel commercial prévisible qui peut intéresser les parties participant au projet, et/ou les tierces parties qui peuvent accéder directement aux résultats du projet (par exemple en contactant les chercheurs ou les communautés) ou indirectement (par exemple à travers la littérature publiée).
4. Avant d'entreprendre des travaux de recherche, il faut que les promoteurs de la recherche s'assurent que :
 - a) il y ait eu pleine communication et consultation avec les communautés potentiellement touchées pour élaborer les modalités de recherche d'une manière conforme aux principes;
 - b) l'autorisation soit donnée de la manière définie par le système de gouvernance local de chacune des communautés touchées;
 - c) l'État ainsi que d'autres autorités locales et nationales aient accordé les permissions et autorisations comme le stipulent le droit et la politique aux niveaux local, national ou international.
5. Toutes les personnes et organisations qui se livrent à des travaux de recherche le feront toujours de bonne foi, agissant conformément aux normes culturelles et à la dignité de toutes les communautés potentiellement touchées et les respectant, et s'engageant à ce que la collecte de spécimens et d'informations, qu'ils soient de nature zoologique, botanique, minérale ou culturelle, et la compilation de données ou la publication d'informations sur elles, ne se feront que dans le contexte holistique, respectueux de normes et de systèmes de croyances des communautés concernées. Cela inclut le soutien ou la création de mécanismes de provenance pour s'assurer qu'il est possible de remonter à l'origine des collections à des fins de reconnaissance, l'établissement de l'"état de la technique" au cas où devaient se produire dans l'avenir des revendications de propriété et la mise en place d'un processus de reconsentement pour élaborer de nouvelles modalités mutuellement convenues à des fins d'utilisation et d'application additionnelles de collections ou de dérivés de collections.

Les chercheurs sont encouragés à entrer les informations collectées dans les bases de données et les registres locaux là où ils existent de même qu'à envisager la création de mécanismes tels que les certificats d'origine communautaires liés aux bases de données. Ils sont par ailleurs encouragés à soutenir et renforcer dans la mesure du possible la capacité des systèmes de gestion des données communautaires. Toute demande ou revendication de propriété intellectuelle touchant aux savoirs ou ressources associées provenant de travaux de recherche menés en collaboration ne devrait pas aller à l'encontre de l'intégrité culturelle ou des moyens de subsistance des communautés concernées.

WIPO/GRTKF/IC/11/4(b)
Appendice, page 40

6. Les clauses et modalités de recherche mutuellement convenues seront décrites dans un accord qui utilise un langage et un format que pourront comprendre sans aucune difficulté toutes les parties. L'accord sera conforme aux normes suivantes :

- a) il sera représenté par écrit et/ou sous forme d'une cassette si la communauté le permet, utilisant dans toute la mesure du possible la langue locale. Si un accord par écrit ou un enregistrement sur cassette est culturellement interdit, les parties œuvreront en étroite collaboration pour trouver une autre manière acceptable de documenter les termes de l'accord;
- b) il sera conclu avec chacune des communautés potentiellement touchée après pleine divulgation, consultation et octroi du consentement préalable éclairé en connaissance de cause pour le partage équitable et mutuel des avantages, la rémunération, les mesures palliatives et toutes autres questions concernant les parties à la recherche;
- c) il traitera les éléments décrits dans le paragraphe 6 b) ci-dessus qui touchent à toutes les utilisations prévisibles et questions de propriété des biens émanant des résultats de la recherche, y compris les formes dérivées qu'ils peuvent revêtir comme les échantillons biologiques et autres, les photos, les films, les vidéocassettes, les cassettes audio, les émissions publiques, les traductions et les communications au moyen des médias électroniques dont l'internet. Cela comprend un accord clair sur les droits et conditions concernant ceux qui détiennent, conservent, utilisent, contrôlent et possèdent et ont des droits sur les procédés, les données et les résultats (directs et indirects) de la recherche;
- d) il précisera l'attribution, le mérite, la paternité, la copaternité et la juste reconnaissance de tous les contributeurs aux procédés et résultats de la recherche, reconnaissant et appréciant les compétences académiques mais aussi culturelles et locales;
- e) il précisera comment et sous quelles formes les informations et les résultats qui en découlent seront partagés avec chacune des communautés touchées et veillera à ce que l'accès et les formes sont appropriées et acceptables pour cette communauté. Les systèmes communautaires de gestion des données et de l'information comme les registres et les bases de données locaux seront dans la plus grande mesure du possible appuyés;
- f) il représentera les accords qui ont été conclus sur ce qui est potentiellement sacré, secret ou confidentiel et sur la manière dont cette question sera traitée et communiquée, si elle l'est, dans les parties à la recherche et au-delà.

7. Les objectifs, conditions et modalités mutuellement convenus devraient être totalement révélés et acceptés par toutes les parties avant le début des activités de recherche. Il est admis que la recherche menée en collaboration peut, à dessein, être itérative et émergente et nécessiter des modifications ou des adaptations. Lorsque tel est le cas, des modifications devront être portées à l'attention de toutes les parties à la recherche, qui devront les accepter.

8. Tous les membres de la Société internationale d'ethnobiologie ou organisations affiliées à celle-ci doivent respecter et appliquer les moratoires imposés par les communautés et les pays à la collecte d'informations ou de matériels qu'ils auraient sinon l'intention d'inclure dans leurs recherches à moins que ces moratoires ne soient levés pour permettre l'exécution des recherches.

9. Toutes les utilisations pédagogiques des matériels de recherche doivent être compatibles avec un respect de bonne foi de l'intégrité culturelle de toutes les communautés touchées, et, dans la mesure du possible, élaborées en collaboration avec ces communautés à des fins mutuelles.

10. Tous les matériels de projet existants qui relèvent de la possession, de la garde ou du contrôle d'un membre de la Société internationale d'ethnobiologie ou d'une organisation affiliée seront traités d'une manière compatible avec ce code d'éthique. Toutes les communautés touchées seront, dans la mesure du possible, notifiées de l'existence de ces matériels ainsi que de leurs droits à un partage équitable, à une rémunération, à des mesures palliatives, à la propriété, au rapatriement et, le cas échéant, à d'autres droits. Le consentement préalable donné en connaissance de cause ne sera pas censé s'appliquer à l'utilisation d'informations bioculturelles du "domaine public" et la diligence servira à s'assurer que la provenance ou la ou les sources de savoirs et ressources qui y sont associées sont incluses et traçables, dans autant que faire se peut, dans d'autres publications, utilisations et autres moyens de diffusion.

11. Si, durant le cycle d'un projet, il est établi que les pratiques d'une partie à la recherche portent atteinte à des composantes d'un écosystème, c'est aux parties qu'il appartiendra d'informer de ces pratiques et de leurs impacts les contrevenants et d'essayer de mettre en place une procédure de règlement des litiges mutuellement convenue, avant d'en informer la communauté locale et/ou les pouvoirs publics.

12. Les membres de la Société internationale d'ethnobiologie s'efforcent de bonne foi de faire en sorte que les propositions de projets, les plans et les budgets conviennent aux recherches transculturelles et interdisciplinaires menées en collaboration qui respectent le code d'éthique de la Société. Cela peut nécessiter un examen préalable d'éléments tels que des cadres chronologiques plus longs pour permettre les autorisations, l'élaboration de modalités mutuellement convenues et une communication permanente, des catégories de budgets additionnels, des considérations sur les droits de propriété intellectuelle et l'éthique en matière de recherche qui viennent s'ajouter aux politiques des institutions de parrainage ou sont même incompatibles avec elles, des critères additionnels pour l'établissement de rapports et le partage des résultats ainsi que des mécanismes et formes de communication avec les parties aux travaux de recherche, y compris la nécessité possible de parler couramment la langue et de recourir à la traduction. Les membres de la Société internationale d'ethnobiologie s'efforcent également de sensibiliser les organismes de financement, les établissements d'enseignement et d'autres au fait que l'adhésion à ce code d'éthique risque de prendre plus de temps et d'être plus onéreux.

Bibliographie

Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, Actes des discussions, Cuernavaca, Mexique, 24-27 octobre 2004.

Darrell Posey, 'Introduction: Culture and Nature-The Inextricable Link' in "Cultural and Spiritual Values of Biodiversity", 1999.

Darrell A Posey, 'Traditional Resource Rights: International Instruments for Protection and Compensation for Indigenous Peoples and Local Communities', IUCN, 1996.

David Williams, 'Crown Policy Affecting Maori Knowledge Systems and Cultural Practices', Waitangi Tribunal Publication 2001.

Déclaration de Mataatua sur les droits de propriété intellectuelle et culturelle des peuples autochtones, 1993.

Graham Dutfield, 'Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity', 2000.

Haman Hajara, Organisations africaines des femmes autochtones, Central Africa Network Yaoundé, Cameroun, Contribution à l'Atelier international sur les savoirs traditionnels, Panama City, 21-23 septembre 2005.

I. H. Kawharu. (édité par I.H. Kawharu) 'Waitangi: Maori and Pakeha Perspectives of the Treaty of Waitangi 1989'.

Janke, Terri Our Culture: Our Future – Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Property Rights.

Maaka, Roger & Fleras, Augie (2004) 'The Politics of Indigeneity: Challenging the State in Canada and Aotearoa New Zealand' p 11.

New Zealand Maori Council v. Attorney-General [1987] 1 NZLR 641.

Practice Guidelines Waitangi – Trade Marks Act 2002.

'Rapport sur les principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones' (voir par exemple le document E/CN.4/sub.2/2000/26.

Rapport du rapporteur spécial de la sous-commission sur la prévention de la discrimination et de la protection des minorités (E/CN.4/Sub.2/1995/26 (Principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones, annexe 1, 21 juin 1995.

Rapport du tribunal sur *the Motunui-Waitara Claim*, 1983.

Rapport du tribunal de Waitangi sur *the Manukau Harbour Claim*, 1984.

Rapport du tribunal de Waitangi sur *the Maori Language Claim*, 1985.

Rapport du tribunal de Waitangi sur *the Ngawha Geothermal Resources Claim*, 1993.

Rapport du tribunal de Waitangi sur *the Radio Spectrum Claim*, 1997.

Rapport du tribunal de Waitangi sur *the Whanau o Waipareira Claim*, 1998.

Rapport du tribunal de Waitangi sur *the Wuriwhenua Land Claim*, 1997.

Sarah A Laird, (Edited By) 'Biodiversity and Traditional Knowledge: Equitable Partnerships in Practice', 2002.

The 'Principles for Crown Action on the Treaty of Waitangi 1989'.

[Fin de l'appendice et du document]