

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/8/6

ORIGINAL : anglais

DATE : 4 avril 2005

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

GENÈVE

F

COMITE INTERGOUVERNEMENTAL DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE RELATIVE AUX RESSOURCES GENETIQUES, AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET AU FOLKLORE

**Huitième session
Genève, 6 – 10 juin 2005**

**MOYENS PRATIQUES DE DONNER EFFET
A LA DIMENSION INTERNATIONALE DES TRAVAUX DU COMITE**

Document établi par le Secrétariat

TABLE DES MATIÈRES

- I. INTRODUCTION
- II. DONNER LA PRIORITE A LA DIMENSION INTERNATIONALE
- III. L'INTERACTION AVEC D'AUTRES MECANISMES ET PROCESSUS JURIDIQUES INTERNATIONAUX
- IV. INTERACTION DE LA DIMENSION INTERNATIONALE ET DE LA DIMENSION NATIONALE
- V. MOYENS DE RECONNAITRE LES DROITS DES TITULAIRES ETRANGERS

I. INTRODUCTION

1. L'un des aspects fondamentaux du mandat actuel du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé "le comité") est la dimension internationale de ses travaux¹. Le comité a décidé d'aborder la question de la dimension internationale dans son intégralité avec d'autres points de fond inscrits à son ordre du jour, concernant notamment les savoirs traditionnels, les expressions du folklore ou les expressions culturelles traditionnelles, et les ressources génétiques.

2. Un projet de dispositions concernant la protection des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore contre une utilisation abusive et une appropriation illicite a été établi et fait actuellement l'objet d'un examen approfondi² : ce projet propose la mise en commun d'objectifs en matière de protection à l'échelle internationale et énonce des principes internationaux communs. Ces dispositions pourraient servir à orienter ou à établir certaines législations nationales qui prévoiraient, à leur tour, des voies de recours spécifiques contre des actes d'utilisation abusive et d'appropriation illicite de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles ou d'expressions du folklore. Elles pourraient aussi fournir l'essence et la substance normatives d'un texte élaboré au niveau international sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore³. Mais, outre la nécessité d'établir des textes de

¹ Paragraphe 93 du document WO/GA/30/8.

² En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou les expressions du folklore, voir le document WIPO/GRTKF/IC/8/4 (et le texte précédent dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/3); pour ce qui est des savoirs traditionnels, voir le document WIPO/GRTKF/IC/8/5 (et le texte précédent dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/5).

³ Les travaux du comité sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques n'ont pas débouché sur un ensemble de dispositions autonomes comparable au projet de dispositions relatives aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Les questions juridiques et les questions de politique générale que posent les ressources génétiques sont étroitement et intégralement liées à la protection des savoirs traditionnels en particulier et sont naturellement traitées dans le projet de dispositions relatives aux savoirs traditionnels. Les travaux ont été axés sur des mesures visant à empêcher l'obtention ou l'attribution de brevets illicites en ce qui concerne les ressources génétiques et à promouvoir l'échange d'informations et le renforcement des capacités pour ce qui est des éléments relatifs à la propriété intellectuelle contenus dans des dispositions convenues d'un commun accord qui font partie intégrante des systèmes d'accès et de partage équitable des avantages. L'une des raisons de cette approche est qu'il existe déjà un ensemble bien établi de règles internationales régissant les ressources génétiques (principalement la Convention sur la diversité biologique (CDB) et le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO); il est donc essentiel que les activités menées par l'OMPI en ce qui concerne notamment les ressources génétiques et les questions connexes respectent ces règles et s'inscrivent dans le cadre que constituent déjà ces ensembles de textes juridiques. Il a été affirmé que les activités menées par l'OMPI dans le domaine des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, respectent et complètent d'autres normes juridiques et processus internationaux comme le projet de dispositions et les délibérations reproduites dans le présent document s'efforcent de le faire. La réunion intergouvernementale ad hoc de l'OMPI portant sur les ressources génétiques et les exigences de divulgation (3 juin 2005) examine la question particulière des exigences de divulgation dans les législations sur les brevets pour étudier les brevets fondés, totalement ou en partie, sur des

fond et d'élaborer des normes au niveau international pour lutter contre une utilisation abusive et une appropriation illicite, l'accent a également été mis sur la nécessité de mettre au point un instrument juridique ou politique approprié permettant de donner effet à ces dispositions à l'échelle internationale.

3. Le mandat actuel du comité fait notamment référence à un ou plusieurs instruments internationaux comme résultat éventuel¹ et un grand nombre de participants au comité ont demandé l'élaboration d'une loi juridiquement contraignante au niveau international dans ce domaine. Si l'on veut progresser sur la voie de l'élaboration d'un texte au niveau international, le comité devra peut-être examiner des questions comme la synergie souhaitée entre la dimension internationale et les systèmes juridiques nationaux, la meilleure manière de reconnaître les détenteurs de droits étrangers et le lien approprié avec d'autres instruments et processus internationaux. Ces questions comportent non seulement des aspects pratiques et techniques, mais elles soulèvent aussi des questions de politique générale fondamentales.

4. Le présent document complète le projet de dispositions internationales de fond en donnant des informations générales sur les aspects pratiques et techniques de ces questions internationales. Cela facilitera peut-être l'examen de mécanismes internationaux éventuels qui pourraient donner effet à des normes internationales telles que celles qui sont énoncées dans le projet de dispositions. Le présent document a été établi à partir de documents de référence qui ont déjà été soumis au comité et portent sur la dimension internationale (en particulier le document de référence plus détaillé WIPO/GRTKF/IC/6/6). Il résume et actualise ces documents pour tenir compte de l'évolution récente des travaux du comité. Il recense également plusieurs questions que le comité souhaitera peut-être examiner lors de l'avancement de ses travaux en raison de l'absence d'indications précises à l'heure actuelle sur des éléments internationaux clés.

5. Cependant, en apportant cette contribution technique et ces éléments d'information, le présent document ne vise pas à définir à l'avance une quelconque façon d'aborder des questions d'ordre général fondamentales dont l'examen et la définition relèvent de la compétence des membres du comité. Étant donné que le comité a déjà décidé d'examiner ces questions à caractère international dans leur intégralité en même temps que les questions de fond à l'ordre du jour, il est simplement proposé que les éléments contenus dans le présent document soit repris dans la mesure où ils sont considérés utiles ou pertinents dans les discussions de fond sur les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles ou les expressions du folklore et les ressources génétiques. Le présent document peut être aussi considéré comme un simple document d'information supplémentaire.

II. DONNER LA PRIORITE A LA DIMENSION INTERNATIONALE

6. De nombreux participants au comité ont souligné le fait que la dimension internationale de la protection des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore et des ressources génétiques est une question à laquelle le comité, et l'OMPI en général, doivent accorder la plus grande priorité; elle figure également dans le mandat actuel du comité comme une priorité expresse. Un nombre important d'États

[Suite de la note de la page précédente]

savoirs traditionnels et des ressources génétiques, question que le comité a également examinée dans le passé comme l'un des éléments de la protection défensive des ressources génétiques.

membres de l'OMPI ont indiqué qu'au sein du comité et dans d'autres instances, la conclusion d'un ou plusieurs instruments internationaux juridiquement contraignants dans ce domaine constitue une priorité importante ou fondamentale. Dans le même temps, aucun consensus ne s'est encore dégagé au sein du comité en ce qui concerne les moyens ou les procédures appropriées pour donner effet à un texte contenant des dispositions de fond. Compte tenu à la fois des attentes et des préoccupations exprimées au sein du comité, il sera peut-être nécessaire que celui-ci poursuive l'examen spécifique des questions ci-après et donne des orientations en la matière :

- l'interaction entre les activités du comité et d'autres processus et instruments internationaux et la compatibilité des activités de l'OMPI avec les textes issus d'autres instances qui s'occupent de questions connexes comme les droits de l'homme, la préservation de la biodiversité et la réglementation de l'accès et du partage des avantages en ce qui concerne les ressources génétiques, le patrimoine culturel et la promotion de la diversité culturelle;
- les options qui s'offrent pour reconnaître les droits des détenteurs ou des dépositaires de savoirs traditionnels, d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et des ressources génétiques dans des ressorts juridiques étrangers ("reconnaissance des détenteurs de droits étrangers"); et
- le lien entre le droit, les principes et les normes internationaux et les législations et mesures nationales qui protègent les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et les ressources génétiques contre une appropriation illicite et une utilisation abusive ("l'interaction entre les dimensions nationale et internationale").

7. Le document WIPO/GRTKF/IC/6/6 a donné un aperçu général des éléments de politique générale et des éléments juridiques de la dimension internationale et demeure potentiellement une source d'informations pour le comité⁴. Le présent document a été établi à partir de ce document antérieur et fournit des informations plus précises qui pourront peut-être contribuer plus directement au débat actuel du comité.

8. Outre l'accent résolument placé par de nombreux participants au comité sur la dimension internationale, certaines questions décisives relatives à la protection internationale demeurent en suspens et il faut de toute évidence tenir des consultations et préciser les

⁴ Le document portait sur les questions suivantes : a) Interaction avec d'autres éléments du droit international; b) Législations et normes internationales de propriété intellectuelle applicables aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles; c) Interprétation et développement des normes internationales existantes, et élaboration de nouvelles normes internationales, y compris l'harmonisation des législations nationales relatives à la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles; d) Mécanismes internationaux permettant aux nationaux d'un pays de jouir de droits de propriété intellectuelle dans un ressort juridique étranger; e) Coordination des politiques au niveau international; f) Notification internationale et enregistrement international; g) Coopération technique et administrative au niveau international (y compris les normes relatives au classement et à la documentation); h) Mécanismes de coordination internationale pour l'administration et la gestion collectives des droits de propriété intellectuelle; i) Règlement des différends internationaux; et j) Règlement des litiges privés; parmi ces questions, le présent document est axé sur les éléments a), c) et d).

options. Par exemple, une délégation a incité à la prudence en déclarant que la protection régionale et internationale était ... une question complexe et qu'il fallait être très prudent. Les pays devraient engager des consultations et adopter des mesures juridiques à cet égard. Les questions en suspens sont des questions de fond et des questions politiques et il appartient aux membres du comité de les régler; le présent document technique n'a pas été établi à cet effet. Cependant, la clarification de certains aspects techniques de la dimension internationale facilitera peut-être la conclusion d'instruments internationaux ou de textes comparables et le règlement de questions d'ordre général et normatives plus vastes concernant la protection.

9. À sa septième session, le comité a examiné deux séries complémentaires de projets de dispositions internationales sur la protection des expressions du folklore ou des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels⁵. Les observations reçues ont permis d'établir une version actualisée de ces dispositions qui est soumise au comité pour examen à sa huitième session⁶. Ce projet de dispositions pourrait constituer l'essence ou la substance normative de textes applicables au niveau international issus des travaux du comité. Toutefois, les délibérations du comité ont jusqu'à présent donné relativement peu d'indications détaillées sur certaines questions internationales mises en exergue dans le présent document. Un instrument international devrait tenir compte de ces questions et le document d'information contribuera peut-être à accélérer la conclusion des travaux du comité. Par conséquent, le présent document porte sur trois aspects successifs :

- l'interaction avec d'autres mécanismes juridiques internationaux et portée éventuelle de l'établissement de normes (section III);
- le lien entre des systèmes juridiques internes et des règles et principes appliqués au niveau international (section IV); et
- les façons particulières de procéder en ce qui concerne le déclenchement ou la reconnaissance des droits des détenteurs étrangers de savoirs traditionnels ou d'expressions culturelles traditionnelles et expressions du folklore (section V).

III. L'INTERACTION AVEC D'AUTRES MECANISMES ET PROCESSUS JURIDIQUES INTERNATIONAUX

10. La présente section décrit succinctement l'incidence pratique de deux préoccupations intimement liées, à savoir la reconnaissance et le respect d'autres instruments et processus juridiques internationaux et les moyens d'éviter des formes inappropriées de protection qui vont à l'encontre des propres valeurs, du droit coutumier et du souhait collectif des communautés de perpétuer et d'utiliser leurs savoirs traditionnels, leurs expressions culturelles traditionnelles ou leurs expressions du folklore, ou s'y substituent.

11. Les participants au comité ont constamment rappelé que l'OMPI, dans le cadre des travaux qu'elle mène dans ce domaine, doit respecter les faits nouveaux intervenus dans d'autres enceintes internationales et ne pas empiéter sur d'autres processus internationaux ni ne porter préjudice aux textes qui en sont issus; il est indiqué dans le mandat actuel du comité que les activités relatives à la dimension internationale devraient être "sans préjudice des travaux menés au sein d'autres instances". Dans le même temps, de nombreux participants ont demandé à ce qu'il soit donné une priorité élevée aux textes applicables au niveau

⁵ Annexe I des documents WIPO/GRTKF/IC/7/3 et WIPO/GRTKF/IC/7/5 respectivement.

⁶ Documents WIPO/GRTKF/IC/8/4 et WIPO/GRTKF/IC/8/5.

international élaborés par le comité en faisant observer que l'échange de données d'expérience nationales, l'explication de tout l'éventail de possibilités et les initiatives prises en matière de renforcement des capacités ne permettent pas de donner une suite appropriée aux exigences du comité et à ses attentes.

12. En outre, même avant la création du comité, lors des consultations organisées par l'OMPI avec des détenteurs de savoirs traditionnels en 1998 et en 1999, un grand nombre de ces détenteurs ont fait valoir qu'il ne fallait pas imposer des formes inappropriées de propriété intellectuelle aux communautés détentrices de savoirs traditionnels, d'expressions culturelles traditionnelles ou d'expressions du folklore. Comme cela a été relevé au cours de ces consultations, certains "intéressés sont sceptiques à l'égard du système actuel de propriété intellectuelle. Il leur semble en effet impropre à protéger les savoirs traditionnels puisque, à leurs yeux, il est centré sur la propriété privée, sur les droits exclusifs et sur les auteurs ou les inventeurs pris individuellement. Un des arguments avancés à l'appui de ce grief est qu'il existe une trop grande différence entre les savoirs traditionnels et le type d'innovations et de créativité que le système de propriété intellectuelle est destiné à protéger. Si certains critiquent le système de propriété intellectuelle en lui-même, d'autres s'opposent simplement à sa mise en œuvre dans le domaine des savoirs traditionnels. Ces derniers rappellent que les savoirs traditionnels forment un tout et sont partagés par l'ensemble des membres de la communauté. De ce fait, ces savoirs ne devraient pas, selon eux, faire l'objet de droits de propriété intellectuelle détenus par des tiers"⁷. En outre, l'accent a été mis sur la nécessité de prendre des mesures à l'échelle internationale pour réprimer certaines formes d'appropriation illicite et d'utilisation abusive des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par des tiers. Ces mesures seraient axées sur l'environnement extérieur à la communauté traditionnelle qui élabore et perpétue les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles ou les expressions du folklore comme elle l'entend et considère les actes qui devraient être refusés comme utilisation abusive ou appropriation illicite en dehors de ses pratiques traditionnelles et de tout droit coutumier applicable. Parallèlement, des préoccupations ont été exprimées liées au fait que les activités de l'OMPI devraient également tenir compte de notions plus générales de protection, de conservation et de promotion des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles et des expressions du folklore.

13. Ces diverses exigences imposées au comité peuvent donner l'impression d'être potentiellement contradictoires. Par ailleurs, elles peuvent contribuer de manière positive à préciser la place que pourraient prendre les normes internationales qui doivent être élaborées par le comité, ainsi que le rôle joué par le comité vis-à-vis d'autres processus internationaux. Ces éléments donnent notamment à penser que le comité devrait axer son action normative sur la définition et la prévention des actes commis par des tiers extérieurs à la communauté, et considérés comme des formes d'appropriation illicite et d'utilisation abusive d'éléments créés et détenus par une communauté traditionnelle et non sur la définition de l'approche que les communautés traditionnelles adoptent pour développer, gérer et diffuser leurs savoirs

⁷ Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle, OMPI, 2001, page 95 (Rapport sur la mission d'enquête en Afrique de l'Est et en Afrique australe). Une opinion identique a été exprimée dans plusieurs commentaires récents sur les travaux du comité. Voir, par exemple, Grain, "Community or commodity: What future for traditional knowledge?," *Seedling*, juillet 2004, page 1.

conformément aux lois, pratiques et coutumes traditionnelles⁸. Par exemple, de nombreuses communautés détentrices de savoirs traditionnels, d'expressions culturelles ou d'expressions du folklore insistent sur le fait qu'ils ont déjà des lois coutumières comme le Conseil des points cardinaux l'a souligné : "Les peuples autochtones ont défini leurs propres systèmes de jurisprudence en ce qui concerne le classement des différents types de savoirs, leurs propres procédures d'acquisition et de partage de ces savoirs et les droits et responsabilités inhérents à la possession des savoirs, tous ancrés de manière spécifique dans chaque culture et dans ses langues"⁹. Les diverses formes sous lesquelles se présentent ces lois et pratiques sont souvent une expression directe de l'identité culturelle des communautés concernées.

14. En conséquence, on pourrait considérer que les initiatives prises par le comité pour délimiter ou préciser quelles sont les lois et pratiques qui devraient être appliquées dans le cadre traditionnel (notamment au sein de la communauté d'origine) constituent une ingérence. Au contraire, le projet de dispositions n'a pas pour objet, en prenant en considération les principaux points des délibérations du comité, de s'immiscer dans le domaine traditionnel; elles visent à définir comment les normes et pratiques établies en vertu du droit coutumier local peuvent être complétées et renforcées par des garde-fous internationaux contre l'appropriation illicite et l'utilisation abusive des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore par des tiers qui ne sont pas membres de la communauté traditionnelle (y compris dans des pays étrangers). De même, les dispositions ne proposent pas la création de droits de propriété distincts en tant que tels compte tenu du large éventail de mécanismes juridiques que le comité a examiné et du fait que certains participants préfèrent éviter d'utiliser ces mécanismes. Le projet de dispositions tient naturellement compte du choix offert en matière de droits spécifiques par un certain nombre de lois *sui generis* aux niveaux national et régional et les droits de propriété incorporelle sont un mécanisme parmi d'autres qui peut être utilisé pour s'attaquer à l'appropriation illicite et à l'utilisation abusive, habiliter les communautés à autoriser l'utilisation licite de leurs savoirs et leurs expressions culturelles et protéger le domaine traditionnel contre des actes illicites commis par des tiers. Toutefois, il s'agit d'élaborer si possible des dispositions communes applicables au niveau international qui laissent suffisamment de marge de manœuvre pour permettre la diversité et favoriser la convergence autour de règles communes, sans pour autant se limiter à des mécanismes juridiques particuliers comme les droits de propriété, mais en s'attachant avant tout à définir avec plus de précision quels actes commis par des tiers sont considérés comme illicites. Comme cela a été relevé dans des documents précédents, cette approche serait compatible avec l'évolution de la propriété intellectuelle dans un grand nombre d'autres domaines lorsque l'établissement de droits de propriété distincts demeure une possibilité qui ne concrétisera que si les pays décident de suivre cette voie¹⁰.

⁸ Des activités complémentaires de renforcement des capacités et de sensibilisation permettent de tirer les enseignements de l'expérience d'autres communautés, font mieux comprendre les options concrètes disponibles et renforcent la capacité des communautés d'arrêter leurs propres choix, conformément aux valeurs et objectifs de la communauté, mais elles ne cherchent pas à définir une démarche particulière et ne sont pas normatives à proprement parler.

⁹ Cité dans le rapport intitulé : "Savoirs traditionnels : Besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle", OMPI, 2001, page 243.

¹⁰ Voir l'exemple des droits des interprètes et exécutants dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/6

15. Cette approche laisse la possibilité aux communautés de déterminer la façon dont elles souhaitent exercer leur droit de regard sur leurs savoirs traditionnels, leurs expressions culturelles traditionnelles ou leurs expressions du folklore, conformément au droit coutumier, le cas échéant. Cela leur permettrait d'exprimer leurs aspirations et leurs valeurs tout en respectant le domaine coutumier et les diverses normes et traditions juridiques et culturelles qui le définissent. Un cadre juridique plus clair visant à empêcher ou à sanctionner l'appropriation illicite et l'utilisation abusive des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore par des tiers qui ne sont pas membres de la communauté traditionnelle aurait pour effet de compléter et de promouvoir les savoirs traditionnels et les systèmes et pratiques culturels au lieu d'en faire une marchandise et de les homogénéiser. Cela aurait pour but de reconnaître, et non d'entraver ce qui a été appelé "la diversité jurisprudentielle" des communautés traditionnelles¹¹. Un tel cadre rappelle également que la législation dans le domaine général de la propriété intellectuelle n'implique pas nécessairement la création de droits de propriété distincts et autonomes ni la marchandisation ou l'aliénation de l'objet protégé, mais est plutôt axée sur le type d'actes illicites commis par des tiers et qui devraient être sanctionnés. Cette approche a été souvent adoptée pour élaborer des mécanismes internationaux. Le droit général de la concurrence déloyale et toute une série de normes internationales dans des domaines aussi divers que les interprétations et exécutions, les phonogrammes, la protection des circuits intégrés et les marques non enregistrées étaient conformes aux mécanismes juridiques axés sur l'élimination de diverses formes d'appropriation illicite et d'utilisation abusive et non sur la création de nouveaux droits de propriété spécifiques¹². Comme cela a été indiqué précédemment¹³ :

certaines exigences internationales en matière de protection de la propriété intellectuelle sont diversement exprimées, s'agissant de "permettre de mettre obstacle" à certains actes¹⁴, d'exigences imposées aux États contractants de "prendre des mesures adéquates pour faire obstacle" à la distribution non autorisée¹⁵, ou de préciser que "les poursuites nécessaires pour assurer la protection ... pourront être exercées ... suivant la législation nationale 1) à la diligence de l'Administration compétente ou à la requête du Ministère public; 2) par toute partie intéressée, personne physique ou morale, publique ou privée"¹⁶.

¹¹ Cité dans le rapport intitulé "Savoirs traditionnels : Besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle", OMPI, 2001, page 243.

¹² Voir les observations générales sur ces formes de protection de propriété et d'intérêts incorporels contre l'appropriation illicite ou l'utilisation abusive dans des documents précédents du comité, notamment WIPO/GRTKF/IC/6/6, WIPO/GRTKF/IC/7/3, WIPO/GRTKF/IC/7/4, WIPO/GRTKF/IC/7/5 et WIPO/GRTKF/IC/7/6.

¹³ Paragraphes 15 et 16 du document WIPO/GRTKF/IC/6/6.

¹⁴ Article 7 de la Convention de Rome.

¹⁵ Article 2 de la Convention Satellites.

¹⁶ Article 8 de l'Arrangement de Lisbonne; comparer avec le commentaire de la loi type pour les pays en voie de développement concernant les marques, les noms commerciaux et la concurrence déloyale, BIRPI (1966), qui indique que les "indications de provenance et les appellations d'origine (en tant qu'elles sont distinctes des marques) n'ont pas de titulaires susceptibles d'assurer leur protection contre une utilisation illicite. De ce fait, le pouvoir de prévenir ou de réprimer une telle utilisation illicite est donné à l'autorité compétente ... et à toute personne intéressée ..." (article 51.2)).

Dans certains cas, les instruments internationaux indiquent expressément l'étendue des possibilités concernant la forme de protection, au moyen d'un large éventail de lois sur la propriété intellectuelle ou d'autres branches du droit, y compris le droit pénal. Ainsi, selon l'article 4 du Traité de Washington sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés, “[c]haque Partie contractante est libre d'exécuter ses obligations ... au moyen d'une législation spéciale ..., au moyen de sa législation sur le droit d'auteur, sur les brevets, sur les modèles d'utilité, sur les dessins et modèles industriels ou sur la concurrence déloyale, au moyen de n'importe quelle autre législation ou au moyen d'une combinaison quelconque de ces législations”. La Convention phonogrammes¹⁷ prévoit que ces moyens d'application “sont réservés à la législation nationale ... et comprendront” la protection par l'un ou plusieurs des moyens suivants : “l'octroi d'un droit d'auteur ou d'un autre droit spécifique”, “la législation relative à la concurrence déloyale”, ou “des sanctions pénales”.

16. Pourtant, le droit d'obtenir réparation en cas d'appropriation illicite et d'utilisation abusive peut encore trouver son origine dans les droits antérieurs et fondamentaux qui découlent de la création et de la perpétuation par une communauté traditionnelle, d'expressions culturelles traditionnelles ou d'expressions du folklore, ainsi que dans les droits inhérents au lien distinctif entre une communauté traditionnelle et ses savoirs et expressions culturelles. Autrement dit, ces mécanismes peuvent respecter et donner effet plus largement à ces droits et responsabilités à l'extérieur de la communauté d'origine sans chercher à entraver, redéfinir ou remplacer des formes traditionnelles de perpétuation, ni les lois, protocoles et pratiques coutumiers qui font souvent partie intégrante de la façon dont les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont détenus, transmis et développés au sein de la communauté.

17. Cette conception contribue à faire ressortir le rôle approprié que doit jouer le comité en matière d'établissement de normes par rapport à d'autres processus internationaux, en mettant l'accent sur le rôle et la fonction spécifiques d'un projet de dispositions visant à définir des formes d'appropriation illicite et d'utilisation abusive. Cette démarche est similaire à l'élaboration antérieure de “la protection ... contre une exploitation illicite et d'autres actions dommageables” qui était l'objectif des activités menées précédemment en matière d'établissement de normes par l'OMPI et l'UNESCO en matière de folklore¹⁸.

¹⁷ Article 3.

¹⁸ Dispositions types OMPI-UNESCO de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables, de 1982 (les dispositions types de 1982).

18. Cette approche générale qui s'appuie sur des délibérations du comité¹⁹ pourrait déboucher sur l'élaboration d'un projet de dispositions sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui :

i) serait axé sur l'aspect le plus approprié et le plus pertinent du domaine plus vaste du droit de la propriété intellectuelle, en définissant notamment quels sont les actes commis par des tiers qui ne sont pas membres de communautés traditionnelles qui doivent être considérés comme des formes illicites, non autorisées ou inappropriées d'utilisation des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sans préjuger des lois des communautés;

ii) compléterait de manière appropriée les travaux en cours dans d'autres instances sur les droits des populations autochtones, la préservation et le partage des avantages associés à la diversité biologique, et le patrimoine culturel incorporel et la diversité culturelle, sans préjuger des résultats obtenus dans ces instances pour ce qui est des questions fondamentales examinées;

iii) s'appliquerait conformément aux systèmes *sui generis* nationaux qui optent pour la création de droits incorporels spécifiques inhérents aux savoirs traditionnels, aux expressions culturelles traditionnelles ou aux expressions du folklore sans imposer cette approche lorsqu'elle va à l'encontre de ce que souhaitent les détenteurs de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, et de la politique des autorités nationales compétentes;

iv) n'impliquerait pas la marchandisation ou l'aliénation des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, mais donnerait plutôt aux détenteurs de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore le droit de dire "non" à toute utilisation de leurs savoirs traditionnels, leurs expressions culturelles traditionnelles ou leurs expressions du folklore qui iraient à l'encontre de ce qu'ils veulent, comme par exemple le droit d'empêcher toute utilisation illicite par des tiers, de déterminer et définir les modalités d'une utilisation commerciale appropriée en donnant leur consentement à des partenaires non membres de la communauté, et de laisser un espace suffisant pour des initiatives communautaires qui utiliseraient les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles et expressions du folklore comme base de développement et d'échanges culturels au niveau de la communauté;

v) laisserait une marge de manœuvre suffisante permettant de poursuivre les consultations, de suivre l'évolution, d'échanger des idées et d'appliquer les enseignements tirés de l'expérience pratique dans la mesure où des initiatives sont prises en permanence aux niveaux communautaire, national, régional et international en vue d'examiner les divers aspects de la protection, de la sauvegarde et de la préservation des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore; et

¹⁹ Voir, notamment, le résumé des opinions présentées au comité à l'annexe 2 des documents WIPO/GRTKF/IC/7/3 et WIPO/GRTKF/IC/7/5, opinions qui modélaient les dispositions actuelles, et le contexte plus détaillé dans les documents WIPO/GRTKF/IC/7/4 et WIPO/GRTKF/IC/7/6.

vi) permettrait de poursuivre le renforcement des capacités et la coopération visant à promouvoir des objectifs plus généraux en matière de préservation, de promotion et de sauvegarde des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore et leur utilisation dans le développement au niveau local comme les communautés l'entendent, ce qui permettrait de continuer de mettre l'accent sur ces formes de renforcement de capacités et les outils pratiques demandés par les communautés elles-mêmes²⁰.

19. Ces éléments pourraient contribuer à faire en sorte que les travaux du comité correspondent aux attentes décrites plus haut, premièrement en complétant de manière appropriée d'autres législations et processus internationaux sans les vider de leur substance ou aller à leur rencontre, et, deuxièmement, en appuyant et respectant les normes et pratiques traditionnelles et coutumières des communautés sans leur porter atteinte ou les restreindre.

IV. INTERACTION DE LA DIMENSION INTERNATIONALE ET DE LA DIMENSION NATIONALE

20. Les projets de dispositions relatifs à la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore contiennent des propositions de normes qui seraient formulées et appliquées au niveau international mais qui seraient mises en œuvre par le biais des législations nationales. Par conséquent, ces dispositions ont été rédigées comme un texte susceptible d'être adopté à l'échelon international, sur le modèle établi par le groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/7/14). Ce type de principes internationaux supposerait normalement la mise en œuvre de la protection par le biais des systèmes juridiques nationaux. Par exemple, une norme générale contre l'appropriation illicite de savoirs traditionnels peut être formulée au niveau international mais sera normalement appliquée dans la pratique par le biais de la législation nationale. Les projets de dispositions ne précisent pas la nature du moyen juridique ou de la procédure à utiliser pour formuler ou appliquer ces principes à l'échelle internationale, de façon à ne pas préjuger des décisions du comité sur ce point fondamental. Pourtant, certains participants des réunions du comité ont critiqué les projets de dispositions comme étant axés sur la protection dans le cadre des législations nationales, leur reprochant de manquer de dimension internationale. Selon un rapport, par exemple, "les objectifs de politique générale et les principes fondamentaux énoncés dans le document constituent simplement une composante internationale des systèmes nationaux"²¹.

21. Par ailleurs, la plupart des principes internationaux régissant la reconnaissance, la promotion et la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (que ce soit dans le cadre de la propriété intellectuelle ou dans tout autre cadre juridique et conceptuel) trouvent leur application par le biais des régimes juridiques et législatifs nationaux et, au niveau international, continuent de

²⁰ Par exemple, les documents en cours d'élaboration pour répondre aux demandes formulées par les détenteurs de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles ou d'expressions du folklore lors des consultations organisées par l'OMPI en 1998-1999 (voir le rapport intitulé "Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle", OMPI, 2001.)

²¹ South Centre and CIEL IP Quarterly Update, voir http://www.ciel.org/Publications/IP_Update_4Q04.pdf.

définir et de prescrire comment ces dispositions de caractère national sont applicables. Par exemple, la reconnaissance et la protection des savoirs traditionnels liés à la biodiversité dans le cadre de la CDB est un élément des obligations nationales relatives à la conservation *in situ* selon l'article 8 de cette convention, conformément aux objectifs de portée générale de la convention (énoncés dans l'article premier) et au statut de la CDB comme composante du droit public international.

22. Il pourrait donc être utile pour le comité de préciser comment les obligations, les normes, les principes ou les objectifs juridiques énoncés au niveau international peuvent et devraient interagir avec les législations nationales et des mesures appliquées au niveau interne. L'autre possibilité, sur le plan du droit international, consisterait à élaborer des mesures directement appliquées et sanctionnées au niveau international et non pas par la voie nationale. Une autre étape consisterait à considérer les actes d'appropriation illicite de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore comme un manquement flagrant aux obligations du droit international : derrière ces choix se pose la question importante de savoir si l'appropriation illicite doit être définie comme une violation du droit international, qui passe par un règlement entre les États et d'autres parties ayant la personnalité juridique internationale, ou en tant que violation des législations nationales (définies, façonnées ou structurées quant à elles par rapport à des règles et des normes internationales).

23. Si la pratique en ce qui concerne la propriété intellectuelle dans d'autres domaines est considérée comme pouvant présenter un intérêt (ce qui peut ne pas être l'avis de tous les participants siégeant dans le comité), la protection internationale de la propriété intellectuelle, conformément à la terminologie utilisée couramment²² consiste – d'une façon générale – fondamentalement en droits²³ reconnus et exercés dans le cadre des législations nationales²⁴. C'est essentiellement au niveau national qu'un statut juridique (ou personnalité juridique) est reconnu aux titulaires de droits, que la capacité d'ester en justice leur est reconnue et qu'ils sont considérés comme pouvant obtenir un droit de propriété intellectuelle ou être titulaires d'un tel droit; et c'est dans le cadre de la législation nationale que les droits sont juridiquement reconnus. Des accords internationaux peuvent faciliter la demande de droits, définir le fondement de droits et faciliter l'enregistrement et l'inscription de droits. Dans

²² Voir, par exemple, Jon Baumgarten, *Primer on the Principles of International Copyright*, dans Fourth Annual U.S. Copyright Office Speaks: Contemporary Copyright And Intellectual Property Issues 470, 471 (1992): "Le terme 'droit d'auteur international' est plutôt inapproprié car il n'existe aucun code unique régissant la protection par le droit d'auteur au-delà des frontières nationales ni aucun droit unique de propriété multinationale. La réalité est constituée en fait par un ensemble de *relations* touchant au droit d'auteur entre des États souverains, chacun ayant sa propre législation relative au droit d'auteur applicable aux actes accomplis sur son territoire" (les italiques figurent dans l'original).

²³ Le terme générique "droits" est utilisé ici et ailleurs dans le présent document de manière à ne pas préjuger du choix du mécanisme juridique, en particulier lorsque des "droits" déterminés ne constituent pas le mécanisme privilégié. Par exemple, la protection des interprétations et exécutions en vertu de la Convention de Rome est définie comme devant "permettre de mettre obstacle à" certains actes illicites. Les lois et traités relatifs à la propriété intellectuelle peuvent aussi prévoir des mécanismes mis à la disposition des "parties intéressées", par exemple l'obligation de prévoir "les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher" certains actes illicites selon la législation nationale.

²⁴ Des législations régionales peuvent aussi s'appliquer. Par souci de simplicité, l'expression législations nationales couvre aussi les lois régionales applicables.

certaines pays, les accords internationaux peuvent former la base des droits directement exercés par les différents titulaires. Cependant c'est au niveau national que les droits sont exercés et que les avantages qui en découlent se concrétisent. En règle générale, ce sont les mécanismes juridiques nationaux qui permettent aux titulaires de droits de prendre l'initiative en vue de faire cesser une atteinte à leurs droits et d'obtenir des réparations telles que des dommages-intérêts. Les contrats et les conventions qui ont trait à la titularité, l'attribution de licences et d'autres actes relatifs aux droits de propriété intellectuelle sont aussi conclus et appliqués dans le cadre des législations nationales.

24. Un accord international sur la protection des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et des ressources génétiques devrait prendre en considération la façon dont les droits et les obligations des États au niveau international se concrétisent sous la forme de tel ou tel mécanisme d'application au niveau national. Quelle que soit la façon d'aborder globalement la protection des objets précités par la propriété intellectuelle, y compris la dimension internationale de cette protection, il importe nécessairement de se préoccuper des mécanismes juridiques qui sont nécessaires au niveau international, de la façon dont ils doivent fonctionner et de la contribution sur les plans juridique et pratique que la dimension internationale peut apporter à la protection au niveau national. Cela exige aussi une appréciation commune du rôle et des limites du rôle des mécanismes internationaux, qu'ils soient juridiques, administratifs ou touchent aux principes de politique générale ou au renforcement des capacités. Il ne s'agit pas de restreindre la dimension internationale de la protection de la propriété intellectuelle mais de l'inscrire dans un contexte concret et pratique.

25. Même si la protection de la propriété intellectuelle dépend en définitive de l'application des législations nationales, la nature de la propriété intellectuelle exige depuis longtemps une coopération internationale, non seulement au travers d'instruments juridiques internationaux, mais aussi au moyen d'un large éventail de systèmes et de processus de caractère international. En fait, il est considéré comme nécessaire de donner une dimension internationale à la protection de la propriété intellectuelle depuis le milieu du XIX^e siècle, tout d'abord au moyen d'une série d'accords bilatéraux relatifs au commerce et à la propriété intellectuelle, puis au moyen des premiers traités multilatéraux sur la propriété intellectuelle (la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (Convention de Paris) conclue en 1883, et la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Convention de Berne) conclue en 1886).

26. Ainsi que cela est indiqué dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/6, l'expérience passée montre que la composante internationale de la protection peut comprendre les éléments suivants :

- i) des mécanismes garantissant l'accès aux systèmes juridiques nationaux à certains titulaires de droits et parties intéressées étrangers;
- ii) des mécanismes visant à reconnaître la personnalité ou la capacité juridique des titulaires de droits ou des parties intéressées étrangers;
- iii) des normes de protection sur le fond que la législation nationale devrait inclure au bénéfice des titulaires de droits ou des parties intéressées;
- iv) la notification ou l'enregistrement international d'éléments précis considérés comme susceptibles d'être protégés selon les législations nationales;
- v) des moyens de garantir ou d'encourager l'incorporation de normes internationales dans les législations nationales, y compris au moyen de dispositions juridiques internationales ayant force obligatoire.

27. Il serait aussi possible en outre d'examiner les différentes façons dont les normes internationales déterminent les moyens d'assurer la mise en application des normes internationales dans les systèmes nationaux. De nombreuses demandes ont été formulées afin que les travaux du comité aboutissent à l'élaboration d'un texte contraignant au niveau international. L'élaboration de dispositions juridiques internationales ayant directement force obligatoire pour les États dépasse la compétence juridique du comité et aussi celle de l'OMPI. Chercher à formuler des normes impératives de droit international (*jus cogens*) ou des dispositions de droit international ayant directement force obligatoire constituerait un changement d'orientation sur le plan politique et institutionnel pour un organe de l'OMPI²⁵. Le passage qui suit est tiré d'un ouvrage classique sur le droit des institutions internationales :

“L'approche est beaucoup plus restrictive ... en ce qui concerne les actes institutionnels visant à produire des effets à l'extérieur de l'ordre juridique de l'organisation. Il est largement admis à cet égard que le pouvoir d'adopter des actes normatifs ayant force obligatoire pour les membres dans la “sphère extérieure” doit être expressément reconnu dans l'instrument constitutif de l'organisation et ne peut pas être induit. ... [L]’attribution d’un tel pouvoir est l’exception plutôt que la règle... Cela ne signifie pas toutefois que les actes venant d’une institution qui doivent techniquement être considérés comme n’ayant que le caractère d’une recommandation seront dépourvus d’effet juridique à l’égard des États membres dans la sphère extérieure; certains d’entre eux peuvent en fait devenir juridiquement obligatoires d’autres façons.”²⁶

28. Actuellement, il appartient aux États membres de déterminer les normes internationales auxquelles ils souhaitent adhérer et de prendre les mesures correspondantes sur le plan juridique telles qu'elles sont définies dans le traité international pertinent. Parmi les traités de l'OMPI qui sont en vigueur et qui ont trait à la protection de la propriété intellectuelle, le nombre de pays qui ont choisi de devenir parties se situe actuellement²⁷ entre 169 (Convention de Paris) à 10 (Traité sur le droit des brevets). Plusieurs traités, conclus dans l'idée de formuler des normes ayant un caractère obligatoire pour les Parties contractantes, ne sont pas entrés en vigueur par suite d'un nombre insuffisant de ratifications²⁸. Dans certains cas, le texte du traité a acquis un caractère contraignant par le biais d'autres mécanismes juridiques (par exemple l'Accord sur les ADPIC, qui donne effet à des dispositions de fond du traité de Washington sous une forme modifiée). Dans d'autres cas, les normes adoptées comme recommandations non contraignantes sont devenues des projets de dispositions à intégrer dans un traité nouveau ayant potentiellement un caractère contraignant (il en va par exemple ainsi de la révision en cours du Traité sur le droit des marques qui s'inspire en partie de la Recommandation commune concernant les licences de marques adoptée en 2000)²⁹.

²⁵ La notion de *jus cogens* est définie à l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités comme “une norme impérative du droit international général” et comme “une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère”.

²⁶ P. Sands et P. Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, cinquième édition, p. 280.

²⁷ 1^{er} avril 2005.

²⁸ Parmi les traités mentionnés dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/6 figurent des systèmes de protection *sui generis* tels que le Traité de Washington sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés (1989), l'Arrangement de Vienne concernant la protection des caractères typographiques et leur dépôt international (1973) et le Traité de Genève concernant l'enregistrement international des découvertes scientifiques (1978).

²⁹ Voir la page 56 du document WO/PBC/4/2.

Ainsi que cela est indiqué dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/6, des mesures adoptées à l'échelon international ont été reconnues et appliquées par les autorités juridiques et judiciaires nationales même en l'absence de toute obligation dans ce sens en droit international.

29. Les éléments qui précèdent donnent à penser que les interrogations ci-après peuvent se justifier si le comité décide de s'intéresser à ces questions de large portée.

Le comité devrait-il chercher à déterminer au niveau international comment juguler l'appropriation illicite et l'utilisation abusive des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore?

Ainsi que cela a été dit précédemment, il serait cohérent de mettre l'accent sur l'appropriation et l'utilisation illicites des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore compte tenu des activités d'établissement de normes menées par le passé, tout comme une attention prioritaire avait été accordée dans les travaux passés consacrés au folklore à la protection des expressions du folklore contre leur "exploitation illicite et autres actions dommageables". L'élaboration de projets de dispositions sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est une voie possible pour atteindre cet objectif si le comité décide de poursuivre ce travail. Les dispositions porteraient sur des questions fondamentales telles que quels sont les actes considérés comme constitutifs d'une appropriation ou d'une utilisation illicite et donneraient des indications sur la nature de l'objet de la protection et l'identité des bénéficiaires de cette forme de protection.

Dans l'affirmative, devrait-il chercher à définir cette forme de protection comme des mesures internationales à appliquer directement au niveau international ou déterminer les principes et les normes qui seraient rendus applicables par des lois nationales et d'autres mesures juridiques?

La voie traditionnelle consisterait à chercher à formuler au niveau international les normes qui seraient rendues applicables par les législations nationales et les systèmes juridiques nationaux. Dans ce cas de figure, la dimension internationale prend la forme de règles portant sur le fond et d'autres principes juridiques tels que le droit pour des titulaires de droits étrangers de bénéficier de la protection dans un pays déterminé. Les législations nationales donneraient effet à des normes générales; les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne seraient donc pas protégés directement en vertu du droit international, en ce sens qu'un acte d'appropriation illicite serait considéré comme une atteinte directe au droit international et non pas un acte régi par des législations nationales qui soient conformes à des principes et des normes formulées ou définies au niveau international ou qui donnent effet d'une certaine façon à ces principes et à ces normes. D'autres possibilités peuvent être envisagées et étudiées si les membres du comité choisissent cette voie.

Si la protection doit être accordée par le biais de mesures juridiques nationales, quel type de lien doit-il exister entre l'expression internationale des normes et les systèmes juridiques nationaux?

Si les législations nationales doivent donner effet à des principes ou des normes convenus à l'échelon international, les liens entre les sphères nationale et internationale peuvent revêtir diverses formes. Le document WIPO/GRTKF/IC/6/6 mentionne quelques-unes des possibilités ci-après :

- instrument ou instruments internationaux ayant un caractère contraignant (par exemple qui obligent les Parties contractantes à appliquer les normes prescrites en droit national), y compris des instruments autonomes, des protocoles des instruments existants ou des accords particuliers conclus dans le cadre d'accords existants;
- déclaration ou recommandation de nature non contraignante (par exemple qui recommande aux États de donner effet aux normes prescrites dans la législation nationale et d'autres principes et mesures de nature administrative et non juridique et encourage ou invite instamment les États à le faire);
- principes directeurs ou dispositions types (par exemple qui établissent une base propice à la coopération, la convergence et la compatibilité mutuelle des textes législatifs nationaux pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore);
- interprétations des instruments juridiques existants faisant autorité ou ayant force de persuasion (par exemple qui orientent ou encouragent l'interprétation d'obligations existantes de manière à renforcer la protection souhaitée des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore contre l'appropriation illicite et l'utilisation abusive); et
- déclaration internationale de politique générale énonçant des principes fondamentaux et faisant des besoins et aspirations des détenteurs de savoirs traditionnels une priorité politique (une telle déclaration constituerait par exemple la base politique nécessaire à une nouvelle phase des travaux axée éventuellement sur des solutions juridiques plus précises)³⁰.

Les projets de dispositions ayant été élaborés en toute neutralité, de manière à ne pas préjuger les choix que le comité pourraient faire à cet égard en termes de politique à suivre, ils pourraient convenir quelle que soit l'option mentionnée ci-dessus ou la combinaison de ces options. De la même façon, les dispositions prévoient un contenu juridique possible pour des instruments aux niveaux régional et national, tels que lois, réglementations, décrets ou mesures régionaux ou nationaux.

30. Les membres du comité auront probablement des points de vue différents quant à la voie à suivre mais il conviendrait peut-être de noter que les options en question ne s'excluent pas mutuellement dans le domaine du droit international de la propriété intellectuelle ni en droit international applicable à d'autres secteurs. Par exemple, les dispositions types élaborées par l'UNESCO et l'OMPI en ce qui concerne la protection du folklore l'ont été dans la perspective de la conclusion ultérieure d'un traité et ont aussi largement influencé l'élaboration de nombreuses législations nationales par le passé. Le traité international de

³⁰ Paragraphe 34 du document WIPO/GRTKF/IC/6/6.

la FAO, rédigé comme un instrument international ayant un caractère contraignant, a son origine dans un texte international précédent dépourvu de caractère obligatoire. Ainsi que cela a été noté, des recommandations élaborées par l'OMPI ont servi à la rédaction de textes de loi nationaux, ont été évaluées par les autorités judiciaires et ont abouti à des dispositions proposées en vue d'être intégrées dans un traité à caractère contraignant. Plusieurs instruments internationaux importants relatifs à la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ont été élaborés comme instruments dépourvus de caractère contraignant susceptibles de déterminer les obligations juridiques énoncées dans des lois nationales (législation type de l'Union africaine, cadre régional du Pacifique). Bien qu'il s'agisse très clairement d'une question qui doit être examinée et tranchée par les membres du comité, l'expérience acquise dans d'autres domaines laisse envisager la possibilité d'une approche par étapes, dans laquelle un mécanisme utilisé pour l'élaboration de normes internationales et la promotion du type de protection souhaitée dans les normes nationales débouche sur d'autres mécanismes nouveaux ou révisés, répondant à une attente grandissante en ce qui concerne le respect des normes propice au renforcement de l'effet juridique.

31. Ces questions peuvent éventuellement être résumées ainsi :

i) Si le comité doit élaborer un texte normatif, devrait-il axer essentiellement ses efforts sur la définition des normes tendant à supprimer l'appropriation illicite et l'utilisation abusive (tout en assurant la complémentarité avec des dispositifs plus larges touchant à la politique à suivre et au domaine juridique)?

ii) Ces normes devraient-elles mettre en avant les actes d'appropriation illicite et d'utilisation abusive en tant que violations du droit international ou être conçues en termes d'objectifs et de principes qui, d'une certaine manière, définiraient, façonneraient, orienteraient ou structureraient les législations nationales qui prévoiraient des voies de recours directes contre des actes d'appropriation illicite et d'utilisation abusive?

iii) Si les dimensions internationale et nationale de la protection sont clairement distinguées, quels moyens ou combinaisons de moyens devraient servir à exprimer les normes convenues et à leur donner effet? Devrait-il s'agir de l'une ou l'autre des options énoncées dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/6 et le paragraphe 29 ci-dessus ou d'une combinaison de ces options ou encore d'autres options non mentionnées dans le présent document? Devrait-il y avoir un objectif unique, prenant la forme d'un seul résultat déterminé, ou une approche par étapes, constituée d'une succession de résultats complémentaires?

Ces questions ne visent pas à imposer ou limiter le choix des options disponibles pour le comité mais simplement à cerner les éléments soumis à l'attention du comité et donc éventuellement à faciliter le débat.

V. MOYENS DE RECONNAITRE LES DROITS DES TITULAIRES ETRANGERS

32. Les législations et les principes internationaux définissent, dans une mesure plus ou moins grande, la nature, le niveau et l'étendue de la protection applicable aux savoirs traditionnels, aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, et aux ressources génétiques. Ils portent sur des questions de fond telles que l'objet ou la durée de la protection et les formes d'utilisation ou d'appropriation illicite par des tiers contre lesquelles la protection doit s'appliquer. Qu'il s'agisse d'une obligation d'ordre juridique (ainsi que de nombreuses délégations l'ont préconisé) ou d'une initiative volontaire, les législations nationales sont tenues de donner effet aux principes de fond qui sont adoptés à l'échelon international. Ces questions de fond ont été largement débattues par le comité et sont traitées dans les projets de dispositions sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (voir aussi la partie (section IV ci-dessus) consacrée à l'utilisation d'instruments internationaux pour donner effet à des principes dans le cadre de systèmes juridiques nationaux). Toutefois, outre le niveau et la nature de la protection prévue dans ces normes et principes internationaux, il faut aussi mentionner la question fondamentale – au cœur de la dimension internationale – de la reconnaissance dans les législations nationales des droits des détenteurs étrangers de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, et des dépositaires des ressources génétiques. Cette question débouche sur un choix essentiel dans de nombreux instruments internationaux : quels ressortissants étrangers devraient être reconnus dans une législation nationale; selon quels critères ou principes; tout ressortissant étranger devrait-il automatiquement avoir accès au système juridique national ou existe-t-il des restrictions ou des conditions?

33. Au fil de la constitution du droit international de la propriété intellectuelle, la principale question abordée au niveau international a été la reconnaissance des titulaires de droits étrangers dans le droit national. L'impulsion initiale dans le sens de l'élaboration des premiers traités multilatéraux sur le droit de la propriété intellectuelle (notamment les conventions de Paris et de Berne dans les années 80 du XIX^e siècle) est en partie liée à la nécessité d'une reconnaissance systématique des titulaires de droits étrangers à l'échelle nationale et à la volonté en découlant de créer un cadre multilatéral offrant aux titulaires de droits étrangers un accès raisonnable et non discriminatoire au système de la propriété intellectuelle. Par conséquent, la création des unions de Paris et de Berne a contribué à faire en sorte que les pays membres de chaque union offrent un accès non discriminatoire à leur système de propriété industrielle et de droit d'auteur aux nationaux de tous les autres pays de l'union.

34. Les questions posées à l'époque sont toujours d'actualité pour les législateurs des pays et dans les régimes internationaux qui établissent des normes destinées à être respectées dans les systèmes nationaux. Il s'agit en résumé de préciser les conditions ou les circonstances qui déterminent si les titulaires de droits étrangers ont accès aux systèmes nationaux de la propriété intellectuelle, les pays étrangers qui remplissent les conditions requises et le niveau de protection qui doit être accordé.

35. Une solution consisterait à reconnaître effectivement tout titulaire de droits ou toute partie intéressée remplissant les conditions requises, quel que soit le lieu où ils se trouvent – selon le principe de l'universalité. Selon un auteur faisant autorité, ce principe "est préconisé par les pays qui considèrent le droit d'auteur comme l'émanation d'un droit naturel d'un

individu créatif³¹. Dans d'autres cas, l'accès est ouvert aux nationaux de certains pays, en général ceux qui ont adhéré à un traité déterminé (cette facilité est souvent étendue à d'autres qui ne sont pas des nationaux à proprement parler mais qui ont un lien suffisant avec un pays déterminé, cette relation pouvant être considérée comme équivalente à la nationalité).

36. La règle énoncée, au XIX^e siècle, qui demeure l'élément fondamental du droit international de la propriété intellectuelle, est l'application du principe du "traitement national" aux ressortissants des États qui ont adhéré à un traité déterminé. Le traitement national est une forme particulière d'une règle générale garantissant la non-discrimination en ce qui concerne les titulaires de droits étrangers. Selon le principe applicable, les ressortissants d'un pays étranger bénéficient de la même protection que les nationaux du pays ou *tout au moins* de la même forme de protection. La Convention de Paris (article 2) prévoit que "les ressortissants de chacun des pays de l'Union [de Paris] jouiront dans tous les autres pays de l'Union, en ce qui concerne la protection de la propriété industrielle, des avantages que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux". La Convention de Berne (article 5) prévoit que "1) les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention" et que "la protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux". L'Accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) prévoit que chaque membre de l'OMC "accordera aux ressortissants des autres Membres un traitement *non moins favorable* que celui qu'il accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle" (article 3, sans italiques dans le texte original). Un autre mécanisme comparable donnant accès à un système national est "l'assimilation" à une nationalité admise en vertu du principe de la résidence. Par exemple, la Convention de Berne (article 3.2)) prévoit que "[L]es auteurs ne ressortissant pas à l'un des pays de l'Union [de Berne] mais ayant leur résidence habituelle dans l'un de ceux-ci sont, pour l'application de la présente Convention, assimilés aux auteurs ressortissant audit pays". Dans le commentaire relatif à la convention, il est indiqué que cet alinéa "couvre le cas particulier des apatrides et des réfugiés"³² (voir aussi l'article 3 de la Convention de Paris pour un mécanisme d'"assimilation" analogue).

37. En lieu et place du traitement national ou en complément de ce traitement, d'autres mécanismes juridiques internationaux ont été utilisés aux fins de la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle de ressortissants étrangers. Selon le principe de la réciprocité ou de la reconnaissance réciproque, la protection est accordée par un pays aux ressortissants d'un pays étranger si ce pays accorde la protection aux ressortissants du premier pays; la durée ou la nature de la protection peut aussi être déterminée par le même principe. En vertu du principe de la reconnaissance mutuelle, un droit reconnu dans un pays sera reconnu dans un pays étranger conformément à un accord conclu entre les deux pays. Quelle que soit la voie retenue, le choix repose fondamentalement sur la question de savoir si la protection accordée

³¹ Bently et Sherman, "Intellectual Property", Oxford, 2001, page 100.

³² Page 29 du guide de la Convention de Berne (OMPI).

dans un pays doit être indépendante de la protection accordée ailleurs (par exemple dans le pays d'origine) ou si la protection doit être liée d'une façon ou d'une autre (par exemple la protection dans un pays étranger ne peut être accordée que pour un objet protégé dans son pays d'origine).

38. La reconnaissance des droits de titulaires étrangers peut aussi être régie par le principe de la "nation la plus favorisée", élément fondamental du droit du commerce international depuis le XIX^e siècle, qui n'a toutefois pas été appliqué directement ou explicitement à la protection de la propriété intellectuelle jusqu'à l'entrée en vigueur relativement récente de l'Accord sur les ADPIC. L'Accord sur les ADPIC prévoit (sous réserve d'exceptions) que : "[E]n ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre [de l'OMC] aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres". Ce principe pourrait éventuellement s'appliquer dans le cas d'arrangements bilatéraux ou régionaux élargissant la protection des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

39. En principe, par conséquent, les principes suivants peuvent être appliqués lorsqu'il s'agit de reconnaître les droits de détenteurs étrangers de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : universalité, traitement national, assimilation, nation la plus favorisée, réciprocité et reconnaissance mutuelle. Plusieurs de ces principes peuvent être repris dans des instruments. Les membres du comité ont critiqué le manque de précision à propos de la protection des titulaires de droits étrangers lorsqu'ils ont examiné les projets de dispositions pendant la septième session du comité³³. Toutefois, les lois existantes relatives aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles ainsi que les débats relatifs à la politique à suivre et au domaine juridique n'ont guère donné d'indications sur la reconnaissance des titulaires de droits étrangers et les dispositions proposées ont donc été rédigées en termes généraux de manière à ne pas préjuger l'issue de cette question importante. Une délégation a noté à propos de ces mécanismes qu'il est "nécessaire avant d'instaurer des mécanismes de protection juridique de mener de plus larges consultations associant toutes les parties prenantes"³⁴.

40. Aucune indication claire ne peut être tirée des nombreuses lois *sui generis* existant en matière de protection des savoirs traditionnels. Certaines lois *sui generis* ne protègent en aucune façon les détenteurs étrangers de savoirs traditionnels et sont axées sur les droits relatifs aux savoirs traditionnels nationaux et sur les droits des titulaires nationaux de savoirs traditionnels. D'autres lois *sui generis* prévoient une réciprocité limitée de la protection. Par exemple, le pays A protège les droits des détenteurs de savoirs traditionnels du pays B, uniquement dans la mesure où le pays B protège les savoirs traditionnels du pays A. Les lois existantes relatives aux expressions culturelles traditionnelles et au folklore sont hétérogènes. Dans certains cas, la protection du folklore est accordée en tant qu'élément de la protection du droit d'auteur, de sorte que le principe du traitement national pourrait être appliqué comme

³³ Voir les principes relatifs à la "protection internationale et régionale", B12 a) (annexe II du document WIPO/GRTKF/IC/7/3) pour les expressions culturelles traditionnelles, et B14 (annexe II du document WIPO/GRTKF/IC/7/5) en ce qui concerne les savoirs traditionnels; voir le commentaire dans le rapport de la session (WIPO/GRTKF/IC/7/14 Prov.2)

³⁴ Paragraphe 85 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.2.

dans le cadre du droit d'auteur plus généralement. On constate aussi toutefois une tendance relativement répandue qui consiste à définir la protection du folklore comme se limitant exclusivement au folklore national (dans certains cas, le terme "folklore" est même défini comme se limitant exclusivement au folklore national).

41. Le principe de reconnaissance mutuelle peut aussi, par certains côtés, s'appliquer à la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ainsi que des ressources génétiques. Par exemple, si un pays dispose d'un régime de reconnaissance dans le cadre du droit coutumier qui consiste à reconnaître juridiquement une communauté autochtone ou à reconnaître des droits et des obligations liés à la qualité de dépositaire, cette reconnaissance pourrait être directement consacrée dans un pays étranger par le biais d'un système de reconnaissance mutuelle. Compte tenu de la diversité, de la spécificité et du caractère intrinsèquement local des caractéristiques des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et de la relation indissociable et souvent holistique entre la communauté dépositaire et l'objet correspondant, il peut s'agir d'une étape nécessaire dans le sens d'éléments de la protection plus aboutis, plutôt que d'exiger d'une communauté dépositaire de savoirs traditionnels d'établir sa personnalité ou son statut juridique ou la nature de son droit coutumier; cela peut être un moyen plus équitable et plus efficace d'assurer la protection dans les pays étrangers. Lorsque la protection est accordée à une entité collective, telle qu'une communauté traditionnelle, il serait difficile pour elle d'être tenue d'établir sa personnalité ou son statut juridique dans chaque pays étranger. Le droit international de la propriété intellectuelle traite aussi traditionnellement de cette question.

42. La Convention de Paris donne corps, dans une certaine mesure, au principe de la reconnaissance mutuelle du statut juridique d'une collectivité. Il est dit à l'article 7*bis*.3) qui concerne les marques collectives que "la protection de ces marques ne pourra être refusée à aucune collectivité dont l'existence n'est pas contraire à la loi du pays d'origine, pour le motif qu'elle n'est pas établie dans le pays où la protection est requise ou qu'elle n'est pas constituée conformément à la législation de ce pays". La possibilité d'accéder au système juridique du pays de la protection repose sur le statut juridique de la collectivité dans le pays d'origine. Cela permet d'établir une analogie en ce qui concerne la protection dans des pays étrangers des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore détenus par des collectivités reconnues dans leur pays d'origine.

43. Les documents élaborés par le Secrétariat ne visant qu'à faire état des points de vue exprimés et des données d'expérience communiquées dans le cadre du comité, et compte tenu de l'absence d'indications sur cet aspect fondamental de la dimension internationale, les projets de dispositions qui ont été élaborés laissent au comité le soin d'examiner les questions touchant au mécanisme souhaitable en ce qui concerne la reconnaissance des titulaires de droits étrangers. Cependant, il est préconisé dans le commentaire relatif à ces dispositions rédigées sans parti pris que ces questions doivent faire l'objet d'une plus large consultation et d'un examen plus approfondi. Par conséquent, le présent document mentionne à titre indicatif le type de questions susceptibles d'être examinées. Ces questions n'ont pas trait directement à la question de savoir quelles sont les normes de protection sur le fond dont les législations ou les normes internationales doivent exiger l'intégration dans le droit national. Elles sont axées au contraire sur le type d'accès qui devrait, d'après les normes internationales, être mis à la disposition des titulaires de droits étrangers sur des savoirs traditionnels ou des expressions

culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Comme cela a été déjà dit, ces questions ne visent pas à déterminer ou à limiter le choix des options disponibles pour le comité ou les membres du comité mais à illustrer plus concrètement certaines des options disponibles.

Les titulaires de droits étrangers ou les droits étrangers devraient-ils être reconnus?

44. Il convient tout d'abord de se demander fondamentalement si une législation nationale relative aux savoirs traditionnels ou aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devrait reconnaître les titulaires de droits de droits étrangers ou les droits étrangers en général. La réponse à cette question n'est pas acquise compte tenu du fait que certaines lois existantes ont une portée exclusivement nationale; par exemple, certaines lois ne protègent que le folklore national. Par ailleurs, l'accent a été mis sur la dimension internationale au moins en partie dans l'idée que les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore provenant d'un pays devraient être protégés contre une appropriation illicite ou une utilisation abusive dans d'autres pays. Par conséquent, lorsque les normes internationales exigent la protection des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dans un pays étranger, elles devront peut-être préciser que cette protection doit en fait être accessible aux titulaires étrangers de droits sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui remplissent les conditions requises. Il y a aussi lieu de se demander si le droit à la protection repose sur l'*objet* de la protection (les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore) ou les *bénéficiaires* de la protection (les titulaires de droits, les communautés autochtones et locales remplissant les conditions, ou d'autres parties intéressées déterminées).

45. Les situations ci-après peuvent être mentionnées à titre d'exemple :

- i) un pays A n'accorde une protection que pour les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant pour origine le pays A en définissant comme remplissant les conditions requises les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une origine nationale;
- ii) un pays A n'accorde une protection que pour les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore originaires du pays A en limitant les bénéficiaires de la protection aux nationaux, aux résidents ou à des communautés ou des peuples remplissant les conditions requises du pays A;
- iii) un pays A confère une protection pour les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore remplissant les conditions requises indépendamment de leur origine;
- iv) un pays A confère une protection aux bénéficiaires remplissant les conditions requises (communautés ou particuliers), indépendamment de leur nationalité ou du lieu où ils se trouvent;
- v) un pays A confère une protection pour les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore remplissant les conditions requises pourvu que ces savoirs ou expressions soient originaires d'un pays B, lorsque le pays B remplit certains critères; ou
- vi) un pays A confère une protection à des détenteurs de savoirs traditionnels ou d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore remplissant les conditions requises pourvu qu'ils soient situés dans un pays B ou qu'ils soient ressortissants de ce pays B, lorsque celui-ci remplit certains critères.

Si des titulaires de droits étrangers ou des droits étrangers sont reconnus, de quels pays doivent-ils être originaires?

46. Si le champ de la protection va au-delà des détenteurs nationaux de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles de manière à profiter à des titulaires de droits étrangers et à englober des droits étrangers, il y a lieu de se demander quels sont les pays étrangers concernés. Une solution, de portée universelle, consisterait à reconnaître les droits de tout détenteur de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, quel que soit le pays étranger dont il est ressortissant ou dont il est résident ou avec lequel il a un lien – tout détenteur de savoirs traditionnels ou d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore aurait automatiquement accès au système juridique, cette faculté *erga omnes* ayant une valeur internationale en application du principe d'universalité. Une solution plus classique consisterait à faire bénéficier de la protection uniquement les détenteurs de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles d'États qui ont adhéré à un instrument international pertinent ou qui sont parties à un arrangement international. Par exemple, de nombreux pays limitent le droit au traitement national aux nationaux de pays qui sont parties à la Convention de Paris, à la Convention de Berne, ou d'autres traités pertinents, ou qui sont membres de l'OMC, parce qu'ils sont expressément tenus de le faire en vertu d'instruments juridiques internationaux. Ils ne sont pas tenus d'ouvrir leur système juridique aux ressortissants de pays qui n'ont pas adhéré aux traités internationaux pertinents. Une autre solution a consisté à faire dépendre la protection de la conclusion d'accords bilatéraux en vertu desquels les ressortissants d'une partie à l'accord bénéficient de la protection selon la législation nationale de l'autre partie, conformément au principe du traitement national ou de la reconnaissance mutuelle. Ou bien des pays peuvent être désignés comme remplissant les conditions requises, de telle manière que la protection ne serait disponible que pour les détenteurs de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles de certains pays voisins, de pays parties à un accord régional ou seulement de pays en développement, pour citer quelques exemples possibles.

47. Les situations ci-après peuvent être mentionnées à titre d'exemple :

i) un pays A accorde une protection pour tout savoir traditionnel, expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore d'un pays étranger à condition qu'il ou elle remplisse les conditions requises et quelle qu'en soit l'origine, ou pour les titulaires de droits étrangers indépendamment de leur nationalité, du lieu où ils se trouvent et de leur résidence (selon le cas);

ii) un pays A accorde une protection pour des objets ou des bénéficiaires ayant un lien avec un pays B, lorsque le pays B a accepté, dans le cadre d'un accord bilatéral, de protéger les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore du pays A dans des conditions similaires;

iii) un pays A accorde une protection pour des objets ou des bénéficiaires ayant un lien avec un pays B, lorsque le pays B est partie à un traité ou une convention pertinent ou est membre d'une organisation internationale;

iv) un pays A accorde une protection pour des objets ou des bénéficiaires ayant un lien avec un pays B, lorsque le pays B remplit certains autres critères (par exemple il est membre d'un organisme régional ou est un pays en développement ou figure parmi les pays les moins avancés);

v) un pays A accorde une protection pour des objets ou des bénéficiaires d'un pays B; en vertu d'une obligation à laquelle il est tenu à l'égard d'un pays C au titre du principe de la nation la plus favorisée, le pays A est donc tenu d'accorder le même niveau de protection pour les objets ou les bénéficiaires du pays C.

Si les titulaires de droits étrangers ou les droits étrangers sont reconnus, quelle doit être la situation juridique et quel lien avec le pays des titulaires ou des droits est nécessaire?

48. Il convient aussi de déterminer quel devrait être le statut juridique du titulaire des droits et quel devrait être son lien avec un pays déterminé. En ce qui concerne le statut juridique ou la personnalité juridique, un exemple est donné par la Convention de Paris qui, comme cela a été indiqué précédemment, prévoit la reconnaissance des “collectivités dont l’existence n’est pas contraire à la loi du pays d’origine”, même si ces collectivités ne sont pas juridiquement reconnues dans le pays de la protection. Il convient aussi de se demander si un titulaire de droits étranger doit être ressortissant (voire une “personne morale” reconnue telle qu’une association, une société, une communauté ou une tribu) d’un pays déterminé. À l’inverse, la résidence, le domicile ou tout autre lien peut être suffisant en soi. Un lien plus général de cette nature pourrait être souhaitable pour les communautés qui détiennent des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pour tenir compte du plus grand degré de diversité de leur personnalité juridique et de la possibilité pour des éléments de la même communauté de résider dans des pays voisins.

49. Les situations ci-après peuvent être mentionnées à titre d’exemple :

i) un pays A accorde une protection pour des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore détenus par une communauté traditionnelle dans un pays B, compte tenu du principe selon lequel la communauté a une personnalité juridique reconnue dans le pays B ou que cela n’est pas “contraire aux lois” du pays B;

ii) un pays A accorde une protection pour des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore détenus par une communauté traditionnelle d’un pays B, compte tenu du fait qu’une partie importante de la communauté réside normalement dans le pays B;

iii) un pays A accorde une protection aux savoirs traditionnels ou aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore détenus par une communauté traditionnelle d’un pays B, compte tenu du fait que les lois du pays B reconnaissent explicitement la communauté comme remplissant les conditions aux fins de la protection des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore;

iv) un pays A accorde une protection pour les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore détenus par une communauté traditionnelle d’un pays B, compte tenu du fait que la communauté est en conformité avec les règles du pays A en ce qui concerne la personnalité juridique et les conditions à remplir.

Quel niveau de protection et quels avantages devraient s’appliquer aux titulaires de droits étrangers?

50. Si les titulaires de droits étrangers relatifs à des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont reconnus, il y a lieu de poser la question de savoir quelle devrait être le niveau de la protection ou les avantages dont ils devraient bénéficier. En application du principe général dit du traitement national, les titulaires de droits étrangers bénéficieraient au moins du même niveau de protection et des mêmes avantages que les titulaires de droits nationaux (sous réserve de certaines exceptions – qui s’appliquent souvent en relation avec la nécessité d’avoir un domicile élu, un agent ou un mandataire dans le pays où la protection est demandée). Le traitement national est considéré comme constituant un moyen élémentaire de garantir que les titulaires de droits étrangers ne

font pas l'objet d'une discrimination abusive. Par ailleurs, certaines législations nationales *sui generis* existantes relatives aux savoirs traditionnels ou aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore contiennent des dispositions très précises tenant compte des traditions et du contexte culturel et historique des communautés détentrices des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles dans les pays concernés, y compris l'intégration de la protection dans des programmes gouvernementaux exécutés dans d'autres domaines tels que droit foncier, gestion de l'environnement, santé et droits des populations autochtones, qu'il peut être difficile d'étendre effectivement et équitablement aux détenteurs de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

51. Les situations ci-après peuvent être mentionnés à titre d'exemple :

- i) un pays A accorde exactement le même niveau de protection, ou au moins le même niveau de protection, aux savoirs traditionnels ou aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore remplissant les conditions requises et originaires d'un pays B qu'à ses savoirs traditionnels ou expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (traitement national);
- ii) un pays A accorde aux savoirs traditionnels ou aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore remplissant les conditions requises et originaires d'un pays B une protection d'un même niveau que celle accordée à ces savoirs et expressions dans ce pays B (réciprocité);
- iii) un pays A protège les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore remplissant les conditions requises et originaires d'un pays B conformément aux normes prescrites dans un instrument international.

52. Compte tenu de ce qui précède, une des options possibles en vue d'approfondir le principe général d'une protection efficace proposé dans les projets initiaux de dispositions consisterait en une forme souple de traitement national *erga omnes*, qui garantirait que les détenteurs de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore remplissant les conditions dans un pays étranger devraient être protégés contre une appropriation illicite et l'utilisation abusive de leurs savoirs et connaissances. Toutefois, si les dispositions étaient considérées comme un instrument international, il pourrait alors être question des ressortissants de pays déterminés (de façon à inciter les pays à adhérer à l'instrument). Cela nécessiterait au niveau international d'incorporer les éléments suivants dans les normes internationales :

- i) les lois nationales qui donnent effet aux normes internationales relatives à la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles devraient garantir que tous les titulaires de [expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et savoirs traditionnels et ressources génétiques associées] qui remplissent les conditions devraient bénéficier de cette protection;
- ii) des avantages devraient être reconnus quels que soient la nationalité ou le pays de résidence habituelle ou d'établissement des détenteurs des [expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et des savoirs traditionnels et des ressources génétiques associées] remplissant les conditions prescrites, ou peuvent être limités aux bénéficiaires qui sont des ressortissants ou des résidents habituels d'un pays donné conformément aux obligations ou engagements souscrits au niveau international;

iii) le niveau des avantages accordés aux titulaires de droits étrangers devrait au moins être identique à ceux accordés aux détenteurs des [expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et des savoirs traditionnels et des ressources génétiques associées] qui sont des ressortissants du pays de la protection;

iv) des exceptions devraient être autorisées en relation avec des questions essentiellement administratives telles que nomination d'un mandataire ou élection de domicile;

v) des exceptions peuvent aussi être prescrites lorsqu'il est nécessaire de maintenir une compatibilité raisonnable avec des programmes nationaux touchant à des questions telles que santé publique ou développement communautaire qui ne sont pas directement liées à la prévention d'actes d'appropriation illicite et d'utilisation abusive des [expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et savoirs traditionnels et ressources génétiques associées].

53. Cette approche est proposée en vue d'illustrer les choix possibles et non pas en vue d'imposer telle ou telle façon de procéder. D'autres choix sont naturellement possibles et pourraient être beaucoup plus appropriés en ce qui concerne les questions relatives aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles. La démarche suivie pourrait toutefois permettre de mieux cerner et mettre en valeur les choix importants qu'il y a lieu de faire sur le plan des principes dans la perspective de l'élaboration d'un instrument dans ce domaine et pourrait aider le comité à formuler des orientations supplémentaires.

54. Le comité est invité : i) à examiner et utiliser le texte ci-dessus selon qu'il sera nécessaire ou approprié pendant sa huitième session lorsqu'il traitera de questions de fond relatives aux savoirs traditionnels, aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et aux ressources génétiques, et ii) à déterminer toute information supplémentaire relative à des mécanismes internationaux dont il pourra avoir besoin pour poursuivre ses travaux.

[Fin du document]