

Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore

Dix-neuvième session

Genève, 18 – 22 juillet 2011

GLOSSAIRE DES PRINCIPAUX TERMES RELATIFS A LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET AUX EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES

Document établi par le Secrétariat

1. À sa dix-septième session, tenue du 6 au 10 décembre 2010, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé "comité") a invité le Secrétariat à "établir et mettre à disposition, en tant que document d'information pour la session suivante du comité, un glossaire sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels, conformément à la recommandation formulée par le premier groupe de travail intersessions dans son rapport succinct (WIPO/GRTKF/IC/17/8)"¹.
2. À sa dix-huitième session, tenue du 9 au 13 mai 2011, le comité a "invité le Secrétariat à republier le glossaire sur la propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles (document WIPO/GRTKF/IC/18/INF/7) en tant que document d'information en vue de sa prochaine session"².

¹ Rapport sur la dix-septième session du comité (document WIPO/GRTKF/IC/17/12).

² Décisions de la dix-huitième session du comité.

3. Le présent document s'inspire autant que possible des précédents glossaires établis par le comité et des instruments existants des Nations Unies et d'autres instruments internationaux. Il tient également compte des définitions et des glossaires que l'on peut trouver dans les lois et projets de lois nationales et régionales, les instruments multilatéraux, dans les autres organisations et processus ainsi que dans les dictionnaires. Par ailleurs, les définitions sont fondées sur les documents du travail du comité, d'autres documents de l'OMPI et les documents établis au titre d'autres programmes de travail de l'OMPI. Cela étant, les définitions proposées ne sont pas exhaustives. D'autres termes peuvent aussi se rapporter à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels, et les termes retenus peuvent également être définis d'autres manières.
4. Les termes retenus dans le glossaire sont ceux qui sont le plus fréquemment utilisés dans le document WIPO/GRTKF/IC/18/4 Rev. et d'autres documents connexes. Le choix et la définition des termes indiqués dans l'annexe sont sans préjudice de tout autre glossaire ou définition figurant dans de précédents documents du comité ou provenant de tout autre instrument ou organisme international, régional ou national. Ils ne doivent pas être interprétés comme étant nécessairement approuvés par les participants du comité. Il s'agit d'un document d'information et le comité n'est invité ni à approuver ni à adopter le choix des termes ni les définitions proposées.
5. À la suite des décisions prises par le comité à ses seizième et dix-septième sessions, un "Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques" (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/13) et un "Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels" (WIPO/GRTKF/IC/18/INF/8) ont été établis. Des termes contenus dans ces glossaires figurent également dans le présent document, car ils sont liés aux expressions culturelles traditionnelles. Le comité pourrait envisager de réunir les trois glossaires en un seul, car certains termes ont trait à la fois aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles.

6. *Le comité est invité à prendre note du présent document et de son annexe.*

[L'annexe suit]

GLOSSAIRE DES PRINCIPAUX TERMES RELATIFS A LA PROPRIETE INTELLECTUELLE ET AUX EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES

Accord et participation

Il n'existe pas de définition universellement acceptée de cette expression.

Il a été suggéré dans un contexte que, bien que l'article 8.j) de la Convention sur la diversité biologique (1992) contienne l'expression "accord et participation", plusieurs décisions fondées sur l'article 8.j) ont systématiquement interprété cette expression comme signifiant "consentement préalable donné en connaissance de cause"¹.

Acte dérogatoire

L'adjectif "dérogatoire" renvoie à une atteinte à l'honneur ou à la réputation conformément à l'article 6*bis* de la Convention de Berne. Le terme "acte" renvoie à quelque chose de différent d'une modification effective ou d'une interférence avec l'œuvre elle-même. Il s'agit d'un acte "en rapport avec" l'œuvre. L'expression "acte dérogatoire" a été incorporée dans la Convention de Berne à la suite de la révision ayant eu lieu à Bruxelles afin d'englober les utilisations de l'œuvre préjudiciables à l'auteur. Elle renvoie à des situations où la communication d'une œuvre s'effectue de manière à porter préjudice à l'auteur².

Adaptation

L'adaptation est l'action de modifier une œuvre préexistante (protégée ou tombée dans le domaine public) ou une expression culturelle traditionnelle pour qu'elle serve à des fins autres que celles qu'elle avait à l'origine et de manière à réaliser une œuvre nouvelle fusionnant les éléments de l'œuvre première et les nouveaux – ceux qui sont ajoutés du fait de la modification³.

Le Black's Law Dictionary⁴ prévoit que les titulaires du droit d'auteur ont des droits exclusifs sur les œuvres dérivées ou les adaptations de l'œuvre protégée. L'article 12 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris (1971)) (ci-après dénommée "Convention de Berne") dispose que les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser les adaptations, arrangements et autres transformations de leurs œuvres.

Appropriation illicite

Le Black's Law Dictionary définit le terme "appropriation illicite" de la manière suivante : "un délit en common law consistant à utiliser des informations ou des idées ne pouvant être couvertes par

¹ Recommandations aux négociateurs du Groupe africain de la deuxième Réunion panafricaine des communautés autochtones et locales (document UNEP/CBD/COP/10/INF/37) (16 octobre 2010).

² Sam Ricketson et Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighboring Rights—The Berne Convention and Beyond*, Oxford, vol. I, page 603.

³ Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes, page 264.

⁴ L'édition utilisée aux fins du présent document est la huitième édition, de Bryan A. Garner.

le droit d'auteur, qu'une organisation collecte ou diffuse pour en tirer un avantage, pour concurrencer cette organisation de manière déloyale, ou à copier une œuvre sur laquelle le créateur n'a pas encore revendiqué de droits ou des droits exclusifs n'ont pas encore été octroyés. [...] Les éléments de l'appropriation illicite sont les suivants : 1) le demandeur doit avoir investi du temps, de l'argent ou des efforts pour extraire les informations, 2) le défendeur doit s'être procuré les informations sans aucun investissement similaire, et 3) le plaignant doit avoir subi un préjudice concurrentiel en raison de cette appropriation”.

Le délit d'appropriation illicite est inscrit dans la loi sur la concurrence déloyale dans le système de common law. L'appropriation illicite comprend ainsi l'utilisation ou l'appropriation illicite ou abusive de la propriété d'une personne, et est souvent utilisée pour fonder une action dans des cas où aucune atteinte n'a été portée à un droit de propriété à proprement parler. L'appropriation illicite peut renvoyer à un emprunt illicite ou à l'appropriation frauduleuse de fonds ou de propriété confiés à la garde d'une personne mais détenus dans les faits par une autre personne.

L'article 3 du projet de loi intitulé “Un cadre juridique de la protection des savoirs traditionnels au Sri Lanka”, de 2009, définit le terme “appropriation illicite” de la manière suivante : “i) l'acquisition, l'appropriation ou l'utilisation de savoirs traditionnels en violation des dispositions du présent acte, ii) le fait de tirer des avantages de l'acquisition, de l'appropriation ou de l'utilisation de savoirs traditionnels lorsque la personne qui acquiert, qui s'approprie ou qui utilise les savoirs traditionnels a conscience ou ne pourrait pas avoir conscience ou a fait preuve de négligence pour avoir conscience du fait que les savoirs traditionnels avaient été acquis, appropriés ou utilisés par des moyens déloyaux et iii) toute activité commerciale contraire aux pratiques honnêtes ayant permis de tirer des avantages déloyaux ou inéquitables des savoirs traditionnels ”⁵.

L'article 3.1) du document intitulé “La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés” (document WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) définit les “actes d'appropriation illicite”. À l'inverse, les projets d'articles sur la protection des expressions culturelles traditionnelles prévoient un droit de propriété exclusif – ou droit de “consentement préalable libre et en connaissance de cause” – dans certains cas. Ce droit conférerait aux peuples autochtones et aux communautés locales l'autorité pour empêcher tout acte d'utilisation ou d'appropriation illicites décrit dans l'article, qui comprend la reproduction, la publication, l'adaptation et la modification des expressions culturelles traditionnelles ainsi que l'acquisition et l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur leurs expressions culturelles traditionnelles. Ce droit habiliterait aussi les communautés à autoriser les tiers à utiliser leurs expressions culturelles traditionnelles en fonction de conditions particulières convenues d'un commun accord comprenant aussi le partage des avantages. Le caractère juridique de la protection n'est par conséquent pas fondé sur la doctrine de l'appropriation illicite au sens strict du terme mais prévoit, d'une manière générale, une protection contre l'appropriation illicite d'expressions culturelles traditionnelles, notamment au moyen d'un droit de propriété.

Atteinte

Selon le Black's Law Dictionary, une atteinte est un acte accompli à l'égard d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou d'un objet de droits connexes sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur ou des droits connexes sur l'œuvre ou l'objet en question, lorsque cette

⁵ “Cadre juridique de la protection des savoirs traditionnels au Sri Lanka”, première version du document de travail (janvier 2009).

autorisation est requise. L'auteur de l'atteinte peut voir sa responsabilité engagée non seulement de façon directe (en raison de l'accomplissement de l'acte illicite lui-même), mais aussi au titre de la "responsabilité indirecte" ou de la "responsabilité du fait d'autrui"⁶.

Selon la législation australienne, par exemple, c'est une atteinte de copier directement une partie importante d'une œuvre d'art. Une partie importante d'une œuvre d'art ne signifie pas nécessairement une grande partie de l'œuvre; une série de préoccupations, dont la qualité de la partie copiée, est pertinente⁷.

Bénéficiaires

Il n'existe pas de définition universellement acceptée de cette expression. Toutefois, il a été soutenu par de nombreuses parties prenantes que les expressions culturelles traditionnelles sont généralement considérées comme une émanation et une propriété collectives, de sorte que tout droit ou intérêt sur ce site devrait être conféré aux communautés plutôt qu'aux individus. Dans certains cas, cependant, certains individus peuvent être considérés comme les détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles et comme les bénéficiaires de la protection⁸.

Certaines législations nationales ou régionales de protection des expressions culturelles traditionnelles confèrent des droits directement aux peuples et communautés concernés. En revanche, de nombreuses autres confèrent plutôt ces droits à une autorité gouvernementale et prévoient souvent que les bénéfices de l'octroi des droits d'utilisation des savoirs traditionnels doivent être versés à des programmes nationaux d'éducation, de développement durable, de préservation du patrimoine et autres programmes sociaux et culturels.

L'article 2 de "La protection des expressions culturelles traditionnelles : Projet d'articles" (WIPO/GRTKF/IC/18/4 Rev.) dispose ce qui suit :

Les mesures de protection des expressions culturelles traditionnelles doivent/devraient être dans l'intérêt :

Option 1 : des peuples, communautés⁹ et nations autochtones, des communautés locales et des communautés culturelles [et des membres de ces communautés]

Option 2 : des peuples et des communautés, [par exemple] y compris les peuples et les communautés autochtones, les communautés locales, les communautés culturelles ou les nations et les différents groupes et familles et les minorités.

[[qui assurent] [la garde et] la préservation des expressions culturelles traditionnelles [ou par qui elles sont détenues] qui sont présumées en être investies] conformément à]

[Option 1 : la législation ou les usages au niveau national/interne

⁶ Guide de l'OMPI, *op. cit.* note n° 3, page 293.

⁷ Voir Terry Janke, "Bulun Bulun & Anor v R & T Textiles Pty Ltd", in *Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*,OMPI (2003), page 50.

⁸ Projet de rapport sur la dix-septième session du comité (document WIPO/GRTKF/IC/17/12 Prov.2).

⁹ [Note du Secrétariat : cette note de bas de page fait partie du projet d'article] Note expliquant les différentes strates de communautés.

Option 2 : leurs lois ou usages, y compris le droit coutumier et les protocoles communautaires]

[[et] ou qui perpétuent, ont en charge, utilisent ou développent les expressions culturelles traditionnelles en tant qu'expressions [caractéristiques ou authentiques] révélatrices de leur identité culturelle et sociale et de leur patrimoine culturel. Dans le cas où une expression culturelle traditionnelle est propre à une nation, l'administration déterminée par la législation nationale/interne.]

Bons usages

La Convention de Berne comprend l'expression "bons usages" dans certaines dispositions sur les exceptions à la protection du droit d'auteur (voir l'article 10.1) sur les citations et l'article 10.2) sur la libre utilisation des œuvres – dans la mesure justifiée par le but à atteindre – à titre d'illustration de l'enseignement). Les conditions du "triple critère" doivent être prises en considération dans l'appréciation du type de pratique constituant des "bons usages"¹⁰.

Communauté culturelle

La communauté culturelle a été définie comme un groupe social fortement soudé dont les membres éprouvent un sentiment d'unité et de solidarité, qui se distingue des autres communautés par sa propre culture ou sa propre conception culturelle ou par une variante de la culture générique¹¹.

Communauté locale

Aux fins de la Convention sur la diversité biologique (1992), une "communauté locale" peut être définie comme la population humaine d'une zone écologique distincte qui dépend directement de sa biodiversité et de ses produits et services de l'écosystème pour l'intégralité ou une partie de ses moyens de subsistance et qui a mis au point ou acquis des savoirs traditionnels à la suite de cette dépendance, dont des agriculteurs, des pêcheurs, des pasteurs, des habitants des forêts et d'autres¹².

Communautés autochtones et locales

L'expression "communautés autochtones et locales" a fait l'objet d'un nombre considérable de discussions et d'études. Il n'existe aucune définition universelle standard pour "communautés autochtones et locales".

L'expression "communautés autochtones et locales" est utilisée dans la Convention sur la diversité biologique. Par exemple, l'article 8.j) indique que "[c]haque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra : j) Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des

¹⁰ Guide de l'OMPI, *op. cit.* note n° 3, page 289.

¹¹ Projet de glossaire proposé par un groupe d'experts néerlandais réuni par le bureau de la Commission nationale des Pays-Bas pour l'UNESCO (document TER/CH/2002/WD/4) (2002).

¹² Voir l'Atelier *sui generis* PNUE-CBD (page 2 du document UNEP/CBD/WG8J/4/INF/18).

dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques; ...”. La Convention sur la diversité biologique utilise l’expression “communautés autochtones et locales” eu égard aux communautés ayant un lien ancestral avec les terres et les eaux sur lesquelles elles ont traditionnellement vécu ou qu’elles ont traditionnellement utilisées¹³.

La même expression est utilisée dans le Protocole de Nagoya sur l’accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique.

Cette expression est également utilisée dans le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture de la FAO. L’article 5.1) indique que “[c]haque Partie contractante ... s’emploie en particulier, selon qu’il convient, à : ...
d) Promouvoir la conservation in situ des espèces sauvages apparentées à des plantes cultivées et des espèces sauvages pour la production alimentaire, y compris dans les zones protégées, en appuyant, notamment, les efforts des communautés locales et autochtones ...” tandis que l’article 5.1.c) prévoit que les parties contractantes doivent notamment “c) Encourager ou soutenir, selon qu’il convient, les efforts des agriculteurs et des communautés locales pour gérer et conserver à la ferme leurs ressources phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture ...”. L’article 9.1) dispose que “[l]es Parties contractantes reconnaissent l’énorme contribution que les communautés locales et autochtones, ainsi que les agriculteurs de toutes les régions du monde ...”.

D’autres instruments juridiques utilisent des expressions différentes :

L’expression “communauté locale ou autochtone” est utilisée dans le Protocole de Swakopmund relatif à la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore. L’article 2.1) indique que “le terme ‘communauté’, lorsque le contexte le permet, renvoie à une communauté locale ou autochtone”.

L’article premier de la décision 391 sur l’accès aux ressources génétiques de la Communauté andine définit l’expression “communauté autochtone, afro-américaine ou locale” de la manière suivante : “un groupe humain dont les conditions sociales, culturelles et économiques le distinguent des autres secteurs de la collectivité nationale, qui est régi, entièrement ou partiellement, par ses propres coutumes ou traditions ou par une législation spéciale et qui conserve, indépendamment de sa situation juridique, ses propres institutions sociales, économiques, culturelles et politiques ou une partie de celles-ci”.

L’article 7.III de la loi brésilienne provisoire n° 2,186-16, du 23 août 2001, définit l’expression “communauté locale” de la manière suivante : “groupe humain, comprenant les descendants des communautés Quilombo, différent de par sa culture, qui s’organise, traditionnellement, par générations successives et coutumes propres et qui conserve ses institutions sociales et économiques”.

Concurrence déloyale

Le Black’s Law Dictionary définit la “concurrence déloyale” comme “tout acte de concurrence déloyale ou illicite en matière de commerce; spécialement toute pratique visant à faire passer ses biens ou produits pour ceux d’un autre sur le marché en imitant ou en contrefaisant le nom, la marque, la taille, la forme ou d’autres éléments distinctifs de l’article ou de son emballage”.

¹³ “The Concept of Local Communities”, document d’information établi par le Secrétariat de l’Instance permanente sur les questions autochtones des Nations Unies en vue de l’atelier d’experts sur la désagrégation de données (document PFII/2004/WS.1/3/Add.1). Voir aussi le document UNEP/CBD/WS-CB/LAC/1/INF/5.

L'alinéa 2 de l'article 10*bis* de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle indique ce qui suit : "Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale". L'alinéa 3 de l'article 10*bis* précise que "[n]otamment devront être interdits : i) tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; ii) les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; iii) les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises".

Consentement préalable en connaissance de cause

Un droit ou principe de "consentement préalable en connaissance de cause", parfois dénommé "consentement préalable, libre et éclairé", est mentionné ou sous-entendu dans plusieurs instruments internationaux, notamment dans le domaine environnemental, par exemple à l'article 6.4) de la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et dans la Convention sur la diversité biologique de 1992.

En ce qui concerne l'accès aux ressources génétiques, la Convention sur la diversité biologique prévoit en son article 15.5) qu'il est "*soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources, sauf décision contraire de cette Partie*".

L'article 16.1) du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique prévoit que "*[c]haque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique nécessaires pour assurer que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques exploitées dans leur juridiction a été soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation des communautés autochtones et locales et que des conditions convenues d'un commun accord ont été établies, conformément à la législation ou aux exigences internes relatives à l'accès et au partage des avantages de l'autre Partie où ces communautés autochtones et locales sont situées*".

Cette notion est tirée à l'origine de la déontologie médicale, qui reconnaît au patient le droit de décider de suivre ou non un traitement médical après avoir été pleinement informé des risques et des avantages de ce traitement. Ainsi, la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de 1997 prévoit en son article 5 que, dans tous les cas, une recherche, un traitement ou un diagnostic portant sur le génome d'un individu ne peut être effectué qu'après une évaluation des risques et avantages potentiels fondée sur "le consentement préalable, libre et éclairé de l'intéressé". L'article 6 de la Déclaration de l'UNESCO sur la bioéthique et les droits de l'homme de 2005 exige "le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée" pour toute "intervention médicale de caractère préventif, diagnostique ou thérapeutique" ou pour les "recherches scientifiques".

Ce terme est tiré de l'application du principe général de la participation des peuples autochtones à la prise de décision, à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation des programmes qui les intéressent¹⁴.

¹⁴ Article 32.2) de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones; voir aussi Groupe des Nations Unies pour le développement, Lignes directrices sur les questions relatives aux peuples autochtones.

L'utilisation de l'adjectif "libre" vise à garantir qu'aucune contrainte ni aucune manipulation n'est exercée dans le cadre des négociations, tandis que le terme "préalable" marque la prise en considération de l'importance qu'il y a à accorder du temps aux peuples autochtones pour leur permettre d'examiner pleinement les propositions dans les délais fixés pour parvenir à un consensus. Il anticipe aussi sur le fait que les décisions, en particulier celles qui concernent des investissements importants en matière de développement, sont souvent prises à l'avance avec les peuples autochtones. La notion de consentement "éclairé" illustre le fait qu'il est de plus en plus largement admis que l'évaluation de l'impact social et environnemental constitue une condition préalable à tout processus de négociation et permet à toutes les parties de prendre des décisions équilibrées¹⁵.

Le "consentement" est un processus d'autorisation fondé sur la relation entre les parties ou la confiance. Le consentement éclairé signifie que des explications claires sont fournies, accompagnées d'informations détaillées sur le contrat, les avantages éventuels, les incidences et les utilisations futures... Le processus doit être transparent et le texte pleinement compris par les peuples autochtones¹⁶.

Consultation

Selon le Black's Law Dictionary, la consultation est l'acte consistant à demander l'avis ou l'opinion de quelqu'un. La consultation renvoie au processus selon lequel les gens échangent des vues et des informations. Il ne s'agit pas d'un processus à sens unique mais d'un processus de partage des savoirs et des opinions. La consultation signifie travailler ensemble, écouter ce que l'autre partie a à dire et réagir en fonction de ce qui a été dit.

Selon certains, la consultation et le consentement des communautés autochtones sont liés. Par la consultation, un utilisateur tiers peut arriver à comprendre ce qui appelle un consentement et le peuple adéquat auquel le donner, et le peuple qui donne le consentement peut mieux comprendre ce à quoi il consent¹⁷.

La Convention n° 169 du BIT concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants, de 1989, prévoit que les consultations doivent être menées "de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées". (Article 6.2)).

¹⁵ Stephen Allen et Alexandra Xanthaki, "Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", Oxford and Portland, Oregon, page 49. Voir aussi "Instance permanente sur les questions autochtones du Conseil économique et social des Nations Unies", quatrième session, et "Rapport sur les travaux de l'Atelier international sur le consentement préalable, libre et éclairé et les peuples autochtones", E/C.19/2005/3, page 8.

¹⁶ Terri Janke, Pathways & Protocols – A Filmmaker's guide to Working with Indigenous People, Culture and Concepts, page 51.

¹⁷ Terri Janke, Pathways & Protocols, *op. cit.* note n° 16, page 51.

Contexte coutumier

Par “contexte coutumier”, il faut entendre la façon d'utiliser une expression culturelle traditionnelle selon les pratiques de la vie quotidienne de la communauté, par exemple la façon dont les artisans locaux vendent habituellement des exemplaires d'expressions tangibles du folklore¹⁸.

Contexte traditionnel

Le terme “traditionnel” signifie que les expressions culturelles traditionnelles sont créées conformément aux règles, aux protocoles et aux coutumes d'une certaine communauté, et non qu'elles sont anciennes. En d'autres termes, l'adjectif “traditionnel” qualifie la méthode de création des expressions culturelles traditionnelles, et non les expressions à proprement parler¹⁹. Le terme “traditionnel” signifie que les expressions culturelles découlent de la tradition ou sont fondées sur la tradition, définissent une population autochtone ou traditionnelle ou sont associées à cette population et peuvent être pratiquées de façon traditionnelle²⁰.

Le “contexte traditionnel” vise la façon d'utiliser une expression du folklore dans son cadre artistique normal, conformément à l'usage constant de la communauté. On pourrait donner comme exemple l'exécution d'une danse rituelle dans son contexte traditionnel, c'est-à-dire son exécution dans le cadre réel de l'accomplissement du rite²¹.

Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels

La convention a été adoptée par l'UNESCO en 1970 pour protéger les biens culturels sur les territoires des États contre les risques de vol, de fouilles clandestines et d'exportation illicite. Elle est entrée en vigueur en 1972.

La convention exige des États parties qu'ils prennent des mesures dans les trois principaux domaines d'action ci-après.

1- Mesures préventives : inventaires, certificats d'exportation, contrôle des échanges commerciaux, application de sanctions pénales ou administratives, campagnes d'éducation, etc.

2- Dispositions relatives à la restitution : en vertu de l'article 7.b).ii) de la convention, les États parties s'engagent à prendre des mesures appropriées pour saisir et restituer à la requête de l'État d'origine partie à la convention tout bien culturel ainsi volé et importé après l'entrée en vigueur de la convention à l'égard des deux États concernés, à condition que l'État le requérant verse une indemnité équitable à la personne qui est acquéreur de bonne foi ou qui détient légalement la propriété de ce bien. L'article 13 de la convention contient aussi des dispositions sur la restitution et la coopération, de manière plus indirecte et sous réserve de la législation nationale des États parties.

¹⁸ Paragraphe 42 (partie III) des Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1982).

¹⁹ Nino Pires de Carvalho, From the Shaman's Hut to the Patent Office: A Road Under Construction. Biodiversity and the Law, page 244.

²⁰ Paragraphe 53 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3 intitulé “Analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles”.

²¹ Dispositions types, *op. cit.* note n° 18, partie III, paragraphe 42.

3- Cadre de coopération internationale : l'idée de renforcer la coopération entre les États parties est présente tout au long de la convention. Lorsque le patrimoine culturel est mis en danger par des pillages, l'article 9 ouvre la voie à des mesures plus spécifiques telles que l'appel au contrôle de l'importation et de l'exportation.

Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel

La convention a été adoptée par l'UNESCO en 2003 et elle est entrée en vigueur le 20 avril 2006. Elle vise à sauvegarder le patrimoine culturel immatériel, à faire respecter le patrimoine culturel immatériel des communautés, des groupes et des individus, à sensibiliser à l'importance du patrimoine culturel immatériel et à son appréciation mutuelle, et à fournir une coopération et une assistance internationales.

Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles

La Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle est une convention internationale qui a été adoptée par l'UNESCO en 2005. Elle est entrée en vigueur le 18 mars 2007.

La Convention établit plusieurs objectifs, qui sont définis dans son article premier, à savoir a) de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles; b) de créer les conditions permettant aux cultures de s'épanouir et interagir librement de manière à s'enrichir mutuellement; c) d'encourager le dialogue entre les cultures afin d'assurer des échanges culturels plus intenses et équilibrés dans le monde en faveur du respect interculturel et d'une culture de la paix; d) de stimuler l'interculturalité afin de développer l'interaction culturelle dans l'esprit de bâtir des passerelles entre les peuples; e) de promouvoir le respect de la diversité des expressions culturelles et la prise de conscience de sa valeur aux niveaux local, national et international; f) de réaffirmer l'importance du lien entre culture et développement pour tous les pays, en particulier les pays en développement, et d'encourager les actions menées aux plans national et international pour que soit reconnue la véritable valeur de ce lien; g) de reconnaître la nature spécifique des activités, biens et services culturels en tant que porteurs d'identité, de valeurs et de sens; h) de réaffirmer le droit souverain des États de conserver, d'adopter et de mettre en œuvre les politiques et mesures qu'ils jugent appropriées pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles sur leur territoire; i) de renforcer la coopération et la solidarité internationales dans un esprit de partenariat afin, notamment, d'accroître les capacités des pays en développement de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles.

Créations et innovations fondées sur les traditions

Les traditions sont constituées d'une série de pratiques culturelles et d'idées, qui sont considérées comme appartenant au passé et qui se voient reconnaître un certain statut²². L'innovation fondée sur les traditions vise le cas où les traditions constituent une source d'innovation pour les membres d'une communauté culturelle donnée ou pour des personnes étrangères à cette communauté, et peut également mettre en évidence d'autres utilisations des traditions qui sont pertinentes dans le cadre d'une analyse relative à la propriété intellectuelle²³. L'expression "fondée sur les traditions" concerne les systèmes de savoirs, les créations, les innovations et les expressions culturelles qui se transmettent généralement de génération en génération, sont généralement considérés comme appartenant à un peuple particulier ou à son

²² Projet de glossaire, Commission nationale pour l'UNESCO, *op. cit.* note n° 11.

²³ Analyse globale, *op. cit.* note n° 20, paragraphe 57.

territoire, ont généralement été mis au point de manière non systématique et sont en mutation constante dans un environnement en évolution²⁴.

Cultures traditionnelles

Selon le Black's Law Dictionary, les traditions font référence aux coutumes et usages anciens qui influencent ou régissent les actes ou pratiques actuels. La législation sur la propriété intellectuelle établit une distinction entre la culture traditionnelle (qui peut être désignée par les termes "culture traditionnelle" ou "folklore" au sens strict) et les expressions culturelles modernes en évolution, créées par les générations actuelles d'une société donnée et fondées sur la culture ou le folklore traditionnels préexistants ou encore inspirées de cette culture ou de ce folklore²⁵.

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones en 2007. Cette déclaration reconnaît les droits humains égaux des peuples autochtones contre la discrimination culturelle et vise à promouvoir le respect mutuel et les relations harmonieuses entre les peuples autochtones et les États.

En ce qui concerne les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles et les ressources génétiques, l'article 31.1) indique que "[l]es peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles". L'article 31.2) ajoute que "[e]n concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice".

Déformation

Selon l'Oxford English Dictionary, la "déformation" s'entend de toute déformation ou dénaturation de mots en vue de leur donner un sens différent; déformation d'opinions, de faits, d'histoire, afin de les utiliser d'une manière erronée. La Convention de Berne prévoit que l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation de cette œuvre, qui serait préjudiciable à son honneur ou à sa réputation²⁶.

Délibéré

Selon le Black's Law Dictionary, "délibéré" signifie volontaire et intentionnel mais pas nécessairement malveillant.

²⁴ Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement. Drafting and Analysis*, 3^e édition, Sweet & Maxwell, page 132.

²⁵ Analyse globale, *op. cit.* note n° 20, paragraphe 54.

²⁶ Article 6bis.1).

Dépositaire

Le Black's Law Dictionary définit le terme "dépositaire" de la manière suivante : "[toute] personne ou institution qui a à sa charge une chose ou une personne ou qui en est responsable (un enfant, une propriété, des documents ou tout autre objet de valeur)". Le Oxford English Dictionary définit le terme "dépositaire" de la manière suivante : "toute personne ayant la responsabilité d'une chose ou d'une personne; un gardien, un conservateur".

Le terme "dépositaire" dans le contexte des savoirs traditionnels renvoie aux communautés, aux peuples, aux individus et autres entités qui, selon les lois coutumières et autres pratiques, préservent, utilisent ou développent les savoirs traditionnels. Il renvoie à une notion différente de celle de "détenteur" à proprement parler, car il est porteur du sens de responsabilité pour garantir que les savoirs traditionnels sont utilisés dans le respect des valeurs communautaires et du droit coutumier²⁷.

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

Les dispositions types ont été adoptées en 1982 par un comité d'experts gouvernementaux, réuni à l'initiative commune de l'OMPI et de l'UNESCO. Les dispositions prévoient un modèle de protection *sui generis* apparenté aux droits de propriété intellectuelle pour les expressions culturelles traditionnelles/expressions du folklore qui a été assez largement utilisé par les États membres de l'OMPI.

Les dispositions types ont pour objet de maintenir un équilibre entre la protection contre les utilisations abusives des expressions du folklore, d'une part, et la liberté de développer et de diffuser les expressions du folklore et les incitations en la matière, d'autre part. Ces dispositions tiennent compte du fait que les expressions du folklore constituent un élément vivant de la culture humaine qu'il ne faut pas étouffer par une protection trop rigide.

Selon les dispositions types, les expressions culturelles traditionnelles/expressions du folklore sont protégées contre "l'exploitation illicite et autres actions dommageables". En 2000 et 2001, l'OMPI a mené une enquête sur l'expérience acquise par les États concernant l'utilisation et la mise en œuvre des dispositions types. Un rapport figure dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

Diversité culturelle

La diversité culturelle renvoie à la multiplicité des formes par lesquelles les cultures des groupes et des sociétés trouvent leur expression. Ces expressions se transmettent au sein des groupes et des sociétés et d'un groupe ou d'une société à l'autre²⁸.

²⁷ Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (document WIPO/GRTKF/IC/18/INF/8).

²⁸ Article 4.1) de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO (2005).

Divulgarion

Selon le Black's Law Dictionary, une "divulgarion" est une révélation de faits ou un acte ou un processus permettant de faire connaître quelque chose auparavant inconnu.

Dans le domaine du droit d'auteur, la "divulgarion" peut s'entendre du fait de mettre une œuvre à la disposition du public pour la première fois. La première publication d'une œuvre est l'une – mais pas la seule – forme possible de divulgation puisque les œuvres peuvent aussi être divulguées par l'intermédiaire d'actes non en rapport avec la copie, tels que les interprétations et exécutions publiques ou la radiodiffusion au public par le câble²⁹. La reconnaissance d'un tel droit ne constitue pas une obligation en vertu des normes internationales sur le droit d'auteur. La Convention de Berne renvoie à l'utilisation d'œuvres publiquement divulguées dans le cadre d'exceptions³⁰. L'auteur a le droit de divulguer son œuvre au monde³¹. Dans certaines législations nationales, le "droit de divulgation" est un droit moral.

Domaine public

En règle générale, une œuvre est considérée comme faisant partie du domaine public s'il n'y a aucune restriction légale à son utilisation par le public³².

Le Black's Law Dictionary définit le domaine public de la manière suivante : "[l']ensemble des inventions et des œuvres de création qui ne sont pas protégées par des droits de propriété intellectuelle et qui peuvent donc être utilisées gratuitement par quiconque. À l'expiration ou à la déchéance du droit d'auteur, du droit sur les marques, du droit de brevet ou du secret commercial, les objets de propriété intellectuelle qu'ils protégeaient tombent dans le domaine public et chacun peut se les approprier sans être accusé de contrefaçon".

Dans la sphère du droit d'auteur et des droits connexes, le domaine public a été défini comme englobant "les œuvres et objets de droits connexes qui – généralement parce que leur délai de protection est venu à expiration ou parce que leur protection dans le pays dont il s'agit n'est pas assurée par un traité international – peuvent être utilisés et exploités par quiconque sans le consentement des titulaires du droit d'auteur et des droits connexes concernés et sans qu'il soit nécessaire de verser à ces derniers une rémunération"³³.

Le rôle, le cadre et les limites du "domaine public" font l'objet de discussions intensives au sein de plusieurs instances, en particulier à l'OMPI dans le cadre de l'IGC. Le document WIPO/GRTKF/IC/7/INF/8 examine plus en détail la signification du terme "domaine public" eu égard aux expressions culturelles traditionnelles³⁴.

²⁹ Guide de l'OMPI, *op. cit.* note n° 3, page 282.

³⁰ Articles 10*bis* et 11. Voir aussi Sam Ricketson et Jane C. Ginsburg, *op. cit.* note n° 2, page 614.

³¹ Ibid.

³² Voir le document SCP/13/5.

³³ Guide de l'OMPI, *op. cit.* note n° 3.

³⁴ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8, intitulé "Note sur les significations du terme 'domaine public' dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore".

Droit et protocoles coutumiers

Le Black's Law Dictionary définit le "droit coutumier" de la manière suivante : "[e]nsemble d'usages acceptés comme des obligations légales ou des règles de conduite obligatoires; pratiques et croyances qui sont vitales et font partie intégrante du système social et économique à tel point qu'elles sont traitées comme des lois".

Le droit coutumier a également été défini comme "des principes reconnus localement, et des normes ou des règles plus spécifiques, qui sont maintenus et transmis par voie orale, et appliqués par des institutions communautaires pour régir ou orienter au niveau interne tous les aspects de la vie"³⁵.

Ces lois coutumières se présentent sous différentes formes. Par exemple, ces lois peuvent être codifiées, écrites ou orales, énoncées expressément dans des pratiques traditionnelles. Il est également important de déterminer si ces lois sont reconnues "formellement" dans le cadre des systèmes juridiques nationaux du pays dans lequel réside une communauté ou si elles sont liées à ces systèmes. Un facteur essentiel pour déterminer si certains usages ont un statut de loi consiste à vérifier s'ils sont considérés par la communauté comme ayant un effet contraignant, ou s'ils décrivent simplement des pratiques concrètes.

Les lois coutumières peuvent définir les droits et les responsabilités des membres sur des aspects importants de leur vie, de leur culture et de leur conception du monde : utilisation des ressources naturelles et accès à celles-ci; droits et obligations en matière foncière, d'héritage et de propriété; conduite de la vie spirituelle; entretien du patrimoine culturel et des systèmes de connaissances; et bien d'autres questions³⁶.

Il a été avancé que le droit coutumier comprend des coutumes autochtones pratiquées par des communautés traditionnelles, assorties de sanctions locales en cas de violation. La plupart des règles de droit coutumier ne sont pas écrites et ne sont pas homogènes entre groupes ethniques. Les différences de droit coutumier constatées d'un groupe ethnique à l'autre s'expliquent par différents facteurs tels que la langue, la proximité, l'origine, l'histoire, la structure sociale et l'économie. Le droit coutumier n'est pas statique mais dynamique; ses règles changent de temps à autre pour tenir compte de l'évolution des conditions sociales et économiques³⁷.

Exception

Le terme "exception" fixe les limites de l'utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. Les exceptions sont étroitement liées aux actes en rapport avec les éléments protégés. Parfois, le terme "exception" englobe des décisions législatives supprimant certaines créations originales du monopole du titulaire ou propriétaire (textes de lois ou décisions judiciaires, par exemple) mais, dans l'ensemble, il s'agit de déterminer quelles utilisations d'éléments protégés ne sont soumises à aucune autorisation, ni rémunération³⁸.

³⁵ Protection Rights over Traditional Knowledge: Implications of Customary Laws and Practices, Research Planning Workshop, Cuzco (Pérou), 20-25 mai 2005.

³⁶ Draft Customary Law and Intellectual Property Issues Paper – version 3.0 (décembre 2006), www.wipo.int/tk/en/consultations/customary_law/index.html.

³⁷ Paul Kuruk, "African Customary Law and the Protection of Folklore", Copyright Bulletin, XXXVI, No.2, 2002, page 6, Paris, 15 juin 1982, Gazette du Palais, 1982.2, résumé, page 378, ou Paris, 25 avril 1978, Gazette du Palais, 1978.2, page 448.

³⁸ Exceptions et limites aux droits d'auteur et droits voisins, étude présentée par M. Pierre Sirinelli (page 2 du document WCT-WPPT/IMP/1) (1999).

La Convention de Berne prévoit l'application d'un triple critère pour déterminer la possibilité d'exception : i) l'exception peut s'appliquer uniquement à certains cas spéciaux; ii) l'exception ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni iii) causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur³⁹.

Expression musicale

Les expressions musicales sont des expressions de sons musicaux⁴⁰. Elles peuvent inclure des chansons (rythmes) et de la musique instrumentale, ainsi que les sons qui sont l'expression de rituels⁴¹.

Expression par l'action

“Expression par l'action” renvoie à des expressions du corps humain⁴². Elles peuvent comprendre des danses folkloriques, des pièces de théâtre et des formes artistiques de rituels, et ne doivent pas nécessairement être réduites à une forme matérielle, par exemple être écrites dans une notation chorégraphique⁴³.

Expressions culturelles

La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO (2005) définit les expressions culturelles comme “les expressions qui résultent de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, et qui ont un contenu culturel”⁴⁴.

Expressions culturelles traditionnelles

L'OMPI utilise les termes “expressions culturelles traditionnelles” et “expressions du folklore” pour désigner les formes tangibles et intangibles dans lesquelles les savoirs traditionnels et les cultures traditionnelles sont exprimés, communiqués ou présentés. On peut donner comme exemples la musique, les interprétations et exécutions, les récits, les noms et les symboles, les dessins et les ouvrages d'architecture traditionnels.

Les termes “expressions culturelles traditionnelles” et “expressions du folklore” sont utilisés comme des synonymes interchangeableables et peuvent être désignés par le seul terme “expressions culturelles traditionnelles”. L'utilisation de ces termes ne tend pas à suggérer l'existence d'un quelconque consensus entre les États membres de l'OMPI quant à la validité ou à l'opportunité de ces termes ou d'autres termes; par ailleurs, elle n'affecte en rien ni ne limite l'utilisation d'autres termes dans les législations nationales ou régionales.

³⁹ Article 9.2).

⁴⁰ Article 2 des dispositions types, *op. cit.* note n° 18.

⁴¹ Article 1.b) du document WIPO/GRTKF/IC/18/4 intitulé “Protection des expressions culturelles traditionnelles : projets d'articles”.

⁴² Dispositions types, *op. cit.* note n° 18, paragraphe 37.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Article 4.3) de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO (2005).

Les débats qui ont lieu actuellement au sein du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI portent sur la description ci-après des “expressions culturelles traditionnelles” :

1. On entend par “expressions culturelles traditionnelles”⁴⁵ toutes les formes tangibles ou intangibles, ou une combinaison de ces formes, dans lesquelles la culture et les savoirs traditionnels sont exprimés et transmis [de génération en génération], / les formes tangibles ou intangibles de la créativité des bénéficiaires définis à l'article 2, y compris :
 - a) les expressions phonétiques ou verbales, telles que histoires, épopées, légendes, poèmes, énigmes et autres récits; mots, [signes], noms [et symboles];
 - b) [les expressions musicales ou sonores, telles que chansons [, rythmes] et musique instrumentale, les sons qui sont l'expression de rituels;]
 - c) les expressions corporelles, telles que les danses, les pièces de théâtre, les cérémonies, les rituels, les rituels dans des lieux sacrés et lors de pèlerinages, [les sports et les jeux [traditionnels], les spectacles de marionnettes et autres représentations, qu'elles soient fixées ou non;
 - d) les expressions tangibles, telles que les ouvrages d'art, [les produits artisanaux,] [les œuvres de mascarade.] [l'architecture] et [les formes spirituelles] tangibles et les lieux sacrés.
2. La protection [doit] devrait s'étendre à toute expression culturelle traditionnelle qui est le produit [unique] / révélateur / caractéristique d'un peuple ou d'une communauté, y compris un peuple autochtone ou une communauté locale et des communautés culturelles ou des nations définis à l'article 2, et [qui appartient à] est utilisée et est développée par ce peuple ou cette communauté [dans le cadre de son identité ou patrimoine culturel ou social]. Les expressions culturelles traditionnelles protégées doivent être :
 - a) le produit d'une [activité intellectuelle créative], qu'elle soit individuelle ou collective;
 - b) révélatrices [de l'authenticité/la véridicité] de l'identité culturelle et sociale et du patrimoine culturel des peuples et communautés autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles; et
 - c) conservées, utilisées ou développées par des nations, des États, des peuples et communautés autochtones et des communautés traditionnelles ou autres communautés culturelles, ou par des personnes qui en ont le droit ou la responsabilité conformément au système foncier coutumier ou aux systèmes / normatifs coutumiers ou aux pratiques traditionnelles / ancestrales de ces peuples et communautés autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, ou rattachées à une communauté autochtone/traditionnelle.
3. Le choix des termes désignant l'objet de la protection doit être arrêté aux niveaux national, régional et sous-régional⁴⁶.

⁴⁵ [Note du Secrétariat : cette note fait partie du projet d'article] Aux fins du présent texte, les termes “expressions culturelles traditionnelles” et “expressions du folklore” sont synonymes.

⁴⁶ Article premier du document WIPO/GRTKF/IC/18/4 Rev. intitulé “La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles”.

Expressions du folklore

Dans les dispositions types OMPI-UNESCO (1982), on entend par “expressions du folklore”, “les productions se composant d’éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et perpétué par une communauté d’un pays ou par des individus reconnus comme répondant aux aspirations artistiques traditionnelles de cette communauté, en particulier :

- i) les expressions verbales telles que les contes populaires, la poésie populaire et les énigmes;
- ii) les expressions musicales telles que les chansons et la musique instrumentale populaire; les expressions corporelles telles que les danses et spectacles populaires ainsi que les expressions artistiques des rituels; et
- iii) les expressions tangibles⁴⁷.

Aux fins des travaux du comité, les expressions “expressions culturelles traditionnelles” et “expressions du folklore” sont synonymes et utilisées alternativement.

Expressions tangibles

Le terme “tangible” caractérise ce qui peut être touché et vu; est perceptible au toucher, peut être possédé ou obtenu. Le terme “tangible” s’oppose au terme “intangibile” qui se rapporte à quelque chose qui n’a pas de forme matérielle, ne peut pas être touché, est impalpable (Black’s Law Dictionary).

Les expressions tangibles sont des objets concrets⁴⁸. Il n’est pas nécessaire qu’elles soient fixées sur un support mais elles doivent être fixées sur un matériau durable comme la pierre, le bois, le textile, l’or, etc. Les expressions tangibles peuvent prétendre à la protection au titre des expressions du folklore. On peut donner les exemples ci-après d’éléments constitutifs d’expressions tangibles :

- a) les ouvrages d’art populaire, notamment les dessins, peintures, ciselures, sculptures, poteries, terres cuites, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, travaux d’aiguille, textiles, tapis, costumes;
- b) les instruments de musique;
- c) les ouvrages d’architecture⁴⁹.

Famille

On entend par famille un groupe de personnes liées par le sang, l’affinité ou le droit, notamment sur deux ou trois générations (Black’s Law Dictionary).

Fixation

L’Oxford English Dictionary définit la fixation comme l’accumulation, le classement et la diffusion de l’information; le matériel tel que recueilli.

⁴⁷ Dispositions types, *op. cit.* note n° 18, partie II.

⁴⁸ Dispositions types, *op. cit.* note n° 18, partie III, paragraphe 37.

⁴⁹ Dispositions types, *op. cit.* note n° 18, article 2.iv).

Fixer des expressions culturelles traditionnelles peut inclure de les enregistrer, de les écrire, de les photographier ou de les filmer, soit tout ce qui suppose de les enregistrer d'une manière qui les préserve et qui peut les mettre à la disposition d'autres. C'est différent des façons traditionnelles de préserver et de transmettre les expressions culturelles traditionnelles au sein de la communauté⁵⁰.

Fixation

La fixation est le processus ou le résultat de l'enregistrement d'une œuvre originale sous forme tangible (Black's Law Dictionary). La fixation d'une œuvre ou d'un objet de droits connexes sur un support matériel (y compris par stockage dans une mémoire électronique) (d'ordinateur), doit être effectuée d'une manière suffisamment durable pour permettre la perception, la reproduction ou la communication au public de ladite œuvre ou dudit objet de droits connexes⁵¹. La fixation sur support numérique n'est pas toujours une condition préalable nécessaire à l'octroi d'une protection mais la Convention de Berne réserve toutefois aux législations nationales sur le droit d'auteur la faculté de faire de cette fixation une condition⁵². La fixation d'expressions culturelles traditionnelles sur un support matériel fait naître de nouveaux droits de propriété intellectuelle sur la fixation et ces droits peuvent être utilisés indirectement pour protéger les expressions culturelles traditionnelles en soi – une telle stratégie a été utilisée pour protéger des peintures rupestres antiques⁵³. Il a été fait valoir que l'utilisation du terme "expression" pouvait donner l'impression que l'une des conditions à remplir pour que les expressions culturelles traditionnelles bénéficient d'une protection était qu'elles satisfassent le critère de fixation⁵⁴.

Folklore

La recommandation de l'UNESCO du 15 novembre 1989 sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire définit le folklore (ou la culture traditionnelle et populaire) en ces termes : "ensemble des créations émanant d'une communauté culturelle fondées sur la tradition, exprimées par un groupe ou par des individus et reconnues comme répondant aux attentes de la communauté en tant qu'expression de l'identité culturelle et sociale de celle-ci, les normes et les valeurs se transmettant oralement, par imitation ou par d'autres manières. Ses formes comprennent, entre autres, la langue, la littérature, la musique, la danse, les jeux, la mythologie, les rites, les coutumes, l'artisanat, l'architecture et d'autres arts".

Les premières tentatives de réglementation explicite de l'utilisation des créations du folklore ont eu lieu dans le cadre de plusieurs législations sur le droit d'auteur (Tunisie : 1967; Bolivie : 1968 (uniquement pour le folklore musical); Chili : 1970; Maroc : 1970; Algérie : 1973; Sénégal : 1973; Kenya : 1975; Mali : 1977; Burundi : 1978; Côte d'Ivoire : 1978; Guinée : 1980; loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en voie de développement (1976) et un traité international (texte de Bangui de 1977 de la Convention concernant l'Organisation africaine de la

⁵⁰ Résumé du contenu de l'instrument de gestion de propriété intellectuelle dans le cadre de la fixation des savoirs traditionnels et des ressources génétiques et présentation de cet instrument (document WIPO/GRTKF/IC/5/5). Cette expression a aussi été examinée dans le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9.

⁵¹ Guide de l'OMPI, *op. cit.* note n° 3.

⁵² Article 2.2).

⁵³ Terri Janke, "Unauthorized Reproduction of Rock Art", *op. cit.* note n° 7.

⁵⁴ Paragraphe 50 du projet de rapport sur la dix-septième session du comité (document WIPO/GRTKF/IC/17/12 Prov.2).

propriété intellectuelle, ci-après dénommée “Convention OAPI”). Dans tous ces textes, les œuvres du folklore sont considérées comme faisant partie du patrimoine culturel de la nation (“patrimoine traditionnel”, “patrimoine culturel”; au Chili : “domaine public culturel” dont l’utilisation est soumise à paiement). Le sens du mot folklore, dans les textes susmentionnés, se comprend toutefois de différentes manières. Un élément commun important relevant du droit d’auteur dans la définition de ces lois (à l’exception de la loi type de Tunis qui ne contient pas de définition) est que le folklore doit avoir été créé par des auteurs dont l’identité est inconnue mais qui sont vraisemblablement ou qui ont été des ressortissants du pays. La Convention de l’OAPI mentionne la création par des “communautés” plutôt que par des auteurs, ce qui permet de délimiter les créations du folklore par rapport aux œuvres protégées par le droit d’auteur traditionnel. La loi type de Tunis définit le folklore à l’aide de ces deux variantes, et estime que cela signifie des créations “par des auteurs présumés être originaires du pays concerné ou par des communautés ethniques”. Selon la législation marocaine, le folklore comprend “toutes les œuvres non publiées de ce type” alors que les législations algérienne et tunisienne ne limitent pas la portée du folklore aux œuvres non publiées. La législation sénégalaise part explicitement du principe que la notion de folklore comprend à la fois des œuvres littéraires et des œuvres artistiques. La Convention de l’OAPI et la loi type de Tunis prévoient que le folklore comprend aussi des œuvres scientifiques. La plupart des règles en question reconnaissent les “œuvres inspirées *par* le folklore” comme une catégorie distincte d’œuvres dont l’utilisation à des fins commerciales exige l’approbation d’un organe compétent⁵⁵.

Formalités

Le Black’s Law Dictionary définit les formalités comme un petit élément de la pratique qui, bien qu’apparemment sans importance, doit habituellement être respecté pour pouvoir parvenir à un résultat juridique précis. Dans le contexte du droit d’auteur, le terme “formalités” renvoie à une condition de procédure ou une condition administrative, telle que l’insertion d’une mention de réserve du droit d’auteur, le dépôt d’exemplaires ou l’enregistrement, auxquels sont subordonnés l’acquisition, la jouissance et l’exercice (notamment l’opposabilité) du droit d’auteur ou des droits connexes⁵⁶.

Selon la Convention de Berne, l’Accord sur les ADPIC, le WCT et le WPPT, la jouissance et l’exercice de ces droits peuvent n’être subordonnés à aucune formalité⁵⁷.

Groupe

Selon l’Oxford English Dictionary, un groupe est constitué par un ensemble de personnes, d’animaux ou de choses matérielles, proches les uns des autres de sorte à former une unité collective; un amas (de personnes), une catégorie (de choses). Selon le Dictionnaire Robert de sociologie, le “groupe” est un “ensemble, large ou restreint, de personnes ayant des traits communs (opinions, goûts, activités)”. En ce sens, le groupe est différent de l’identité sociale de l’individu.

⁵⁵ Dispositions types, *op. cit.* note n° 18, partie I, paragraphes 5 à 7.

⁵⁶ Guide de l’OMPI, *op. cit.* note n° 3, page 290.

⁵⁷ Article 5.2) de la Convention de Berne, article 9.1) de l’Accord sur les ADPIC, article 25.10) du Traité sur le droit d’auteur de l’OMPI et article 20 du Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Voir Guide de l’OMPI, *op. cit.* note n° 3, page 291.

Identité culturelle

L'identité culturelle révèle la correspondance qui existe entre une communauté – nationale, ethnique, linguistique, etc. – et sa vie culturelle, ainsi que le droit de chaque communauté à sa propre culture⁵⁸.

Le *Dictionnaire de sociologie Le Robert* mentionne l'“identité culturelle” comme l'incidence d'une société ou d'une culture sur les individus ainsi que l'incidence des individus sur ladite société⁵⁹.

La Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants du BIT (1989) prévoit que les gouvernements doivent “promouvoir la pleine réalisation des droits sociaux, économiques et culturels de ces peuples, dans le respect de leur identité sociale et culturelle, de leurs coutumes et traditions et de leurs institutions”⁶⁰.

Identité sociale

Le terme “identité sociale” renvoie à une reconnaissance individuelle à travers la société et au fait que les tiers reconnaissent l'individu à travers cette société⁶¹.

Intégrité

Le droit à l'intégrité est le droit de s'opposer à des modifications et des changements non autorisés des œuvres⁶². Après la révision à Bruxelles en 1949 de la Convention de Berne, l'interdiction d'autres actes dérogatoires en rapport avec ladite œuvre préjudiciables à l'honneur ou à la réputation de l'auteur a été ajoutée⁶³.

⁵⁸ UNESCO thesaurus, <http://www.vocabularyserver.com/unesco/?tema=2563>.

⁵⁹ Dictionnaire de sociologie Le Robert.

⁶⁰ Article 2.2)b) de la Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants du BIT (1989).

⁶¹ Dictionnaire de sociologie Le Robert, page 263.

⁶² Ricketson et Ginsburg, *op. cit.* note n° 2, page 602

⁶³ Article 6*bis* de la Convention de Berne.

Limitations

“Limitation”, selon le Black’s Law Dictionary, renvoie à l’acte de limiter, au fait d’être limité, à une restriction. Le mot “limites”, en sus du mot “exceptions”, renvoie à des “frontières” ou des “restrictions”⁶⁴. Afin de maintenir un équilibre approprié entre les intérêts des titulaires de droits et les utilisateurs d’œuvres protégées, les législations sur le droit d’auteur autorisent certaines limitations aux droits patrimoniaux, c’est-à-dire qu’il existe des cas où les œuvres protégées peuvent être utilisées sans l’autorisation du titulaire du droit et avec ou sans paiement d’une compensation⁶⁵.

La Convention de Berne fixe les conditions auxquelles le droit d’auteur peut être limité, et les libres utilisations par conséquent permises⁶⁶. Un triple critère a été mis au point pour déterminer les conditions auxquelles un acte de limitation peut être réalisé⁶⁷. Ce critère a été étendu à l’article 13 de l’Accord sur les ADPIC, à l’article 10 du WCT, à titre d’essai pour les exceptions à tous les droits patrimoniaux prévus au titre du droit d’auteur et des limitations de ces droits. L’article 16 du WPPT l’étend aux droits des artistes interprètes et exécutants et des producteurs de phonogrammes visés par ce traité⁶⁸.

Minorité

Selon le Black’s Law Dictionary, “minorité” renvoie à un groupe différent à certains égards de la majorité, en conséquence parfois traité différemment.

Une minorité est un groupe numériquement inférieur au restant de la population d’un État, dans une position non dominante, dont les membres possèdent des caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques qui diffèrent de celles du restant de la population et qui, même si ce n’est que tacitement, maintiennent un esprit de solidarité visant à préserver leurs culture, traditions, religion ou langue⁶⁹.

Selon la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques (1992), les minorités ont le droit de jouir de leur propre culture, librement et sans ingérence ni discrimination quelconque⁷⁰. Les États protègent l’existence et l’identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l’instauration des conditions propres à promouvoir cette identité⁷¹.

⁶⁴ “Limitations et exceptions au droit d’auteur et aux droits connexes” (page 2 du document WCT-WPPT/IMP/1).

⁶⁵ Partie du site Web de l’OMPI consacrée au droit d’auteur et aux droits connexes :
<http://www.wipo.int/copyright/fr/limitations/index.html>.

⁶⁶ Article 10.1).

⁶⁷ Article 9.2).

⁶⁸ Guide de l’OMPI, *op. cit.* note n° 3, page 313.

⁶⁹ Francesco Capotorti, ancien rapporteur spécial des Nations Unies, 1979, cité par Diter Kugelmann, *The Protection of Minorities and Indigenous Peoples Respective Cultural Diversity*, A. Von Bogdandy and R. Wolfrum, (eds), Max Planck Year Book of United Nations Law, Vol. 11, 2007, page 237.

⁷⁰ Article 2.1) de la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, adoptée par l’Assemblée générale dans sa Résolution 47/135 du 18 décembre 1992.

⁷¹ *Ibid.* article 1.1).

Dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue⁷².

Modification

Une modification est un changement apporté à quelque chose (Black's Law Dictionary). Elle est synonyme de changement. L'article 6*bis* de la Convention de Berne reconnaît entre autres à l'auteur le droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de son œuvre, susceptible de porter atteinte à son honneur ou à sa réputation.

Mutilation

On entend par "mutilation" l'acte de couper ou de supprimer une partie d'une chose, en particulier d'un livre ou de tout autre document, de modifier ou de détruire une partie du contenu ou du sens, selon l'Oxford English Dictionary.

La protection contre la mutilation est l'une des caractéristiques du droit moral de l'auteur, selon l'article 6*bis* de la Convention de Berne.

Nation

Le Black's Law Dictionary définit le terme "nation" de la manière suivante : grand groupe de personnes ayant une origine, une langue et une tradition communes et constituant généralement une entité politique. Les "ressortissants" sont les personnes, physiques ou morales, qui sont domiciliées ou ont un établissement industriel ou commercial réel et effectif sur un territoire douanier⁷³.

Le terme "nation" renvoie à l'idée d'une communauté fondée sur une origine, une culture et une histoire communes ainsi que, souvent, une langue commune⁷⁴.

Le terme "communautés culturelles" est censé avoir une portée suffisamment large pour englober les ressortissants d'un pays entier, une "nation", dans les cas où les expressions culturelles traditionnelles sont considérées comme l'expression d'un "folklore national" appartenant à l'ensemble de la population d'un pays donné. Cette disposition est conforme à la pratique dans d'autres domaines d'action et s'inscrit en complément de celle-ci⁷⁵.

⁷² Article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa Résolution 2200A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976.

⁷³ Daniel Gervais, *op. cit.* note n° 24.

⁷⁴ Dieter Kugelmann, *The Protection of Minorities and Indigenous Peoples Respective Cultural Diversity*, A. Von Bogdandy et R. Wolfrum, (éd.), Max Planck Year Book of United Nations Law, vol. 11, 2007, page 235.

⁷⁵ Glossaire sur le patrimoine culturel immatériel de la Commission des Pays-Bas pour l'UNESCO, 2002 ("... une nation peut être une communauté culturelle"), cité dans le document WIPO/GRTKF/IC/17/4 intitulé "La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : objectifs et principes révisés".

Négligent

Selon le Black's Law Dictionary, le terme "négligent" qualifie le comportement d'une personne n'ayant pas exercé le degré de diligence qu'aurait exercé une personne faisant preuve d'une prudence ordinaire dans les mêmes circonstances.

Œuvre dérivée

En droit d'auteur, l'expression "œuvres dérivées" s'entend, en général, des traductions, adaptations, arrangements et autres transformations d'œuvres préexistantes protégées comme telles en vertu de l'article 2.3) de la Convention de Berne, sans préjudice du droit d'auteur sur les œuvres préexistantes⁷⁶. Il est parfois utilisé aussi dans un sens plus large, pour englober les compilations et les recueils d'œuvres protégés en vertu de l'article 2.5) de la Convention de Berne (ainsi que de l'article 10.2) de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (1994) (Accord sur les ADPIC) et de l'article 5 du Traité sur le droit d'auteur de l'OMPI (1996) (WCT)⁷⁷. À cet égard, une "œuvre dérivée" comprend des compilations de données ou d'autres éléments, sur support déchiffrable par machine ou sur tout autre support, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles⁷⁸. Des œuvres de compilation et des recueils ont été protégés dans le cadre de la Convention de Berne, en même temps que d'autres œuvres dérivées⁷⁹.

Le droit moral de l'auteur peut restreindre le droit des tiers à réaliser une œuvre dérivée. Par conséquent, même lorsqu'une personne est, à titre contractuel ou statutaire, habilitée à modifier l'œuvre ou à utiliser celle-ci pour créer une œuvre dérivée, l'auteur peut s'opposer à toute déformation de l'œuvre, qui serait préjudiciable à sa réputation.

Certains pays ont adapté la définition des œuvres dérivées aux expressions culturelles traditionnelles. D'après le Cadre juridique régional du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture (2002), cette expression renvoie à toute création ou innovation intellectuelle fondée sur des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture ou en découlant⁸⁰.

Offensant

L'adjectif "offensant" vise ce qui provoque mécontentement, colère ou ressentiment; contraire à ce que l'on considère habituellement comme décent ou moral (Black's Law Dictionary).

⁷⁶ Article 2.3) de la Convention de Berne : "Sont protégés comme des œuvres originales, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale, les traductions, adaptations, arrangements de musique et autres transformations d'une œuvre littéraire ou artistique".

⁷⁷ Guide de l'OMPI, *op.cit.* note n° 3.

⁷⁸ Article 2.5) de la Convention de Berne, article 10.2) de l'Accord sur les ADPIC et article 6 du Traité sur le droit d'auteur.

⁷⁹ Voir Sam Ricketson et Jane C. Ginsburg, *op. cit.* note n° 2, vol. I, page 485.

⁸⁰ Partie I.4 du Cadre juridique régional du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture (2002).

Partage équitable des avantages

La Convention sur la diversité biologique (1992) prévoit “le partage juste et équitable des avantages découlant de l’exploitation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des techniques pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux techniques, et grâce à un financement adéquat” (article premier).

Les avantages peuvent inclure mais ne sont pas limités aux avantages monétaires et non monétaires énumérés à l’annexe du Protocole de Nagoya sur l’accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la diversité biologique⁸¹. Les étapes du processus d’obtention de l’accès aux ressources génétiques et du partage des avantages peuvent comprendre des activités antérieures à l’accès, des travaux de recherche et de mise en valeur sur les ressources génétiques ainsi que la commercialisation et d’autres utilisations de celles-ci, y compris le partage des avantages⁸².

Patrimoine (des peuples autochtones)

Le “patrimoine des peuples autochtones” (et d’autres peuples) ou le “patrimoine culturel autochtone” renvoie pour l’essentiel aux éléments décrits dans le projet de principes et directives pour la protection du patrimoine de peuples autochtones (2000), mis au point par la présidente-rapporteuse de la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l’homme, Mme Erica-Irene Daes. On trouvera des définitions dans les paragraphes 12, 13 et 14 des Principes directeurs.

Le paragraphe 12 prévoit ce qui suit :

Le patrimoine des peuples autochtones [est collectif et] se compose de tous les objets, sites et connaissances dont la nature ou l’utilisation a été transmise de génération en génération et qui sont considérés comme appartenant à un peuple, à un clan ou à un territoire particulier.

Le patrimoine d’un peuple autochtone comprend aussi les objets, les connaissances et les œuvres littéraires ou artistiques de ce peuple susceptibles d’être créés ou redécouverts à l’avenir à partir de son patrimoine.

Le paragraphe 13 dispose ce qui suit :

Le patrimoine des peuples autochtones comprend tous les biens culturels meubles tels que définis par les conventions pertinentes de l’UNESCO; toutes les formes de création littéraire et artistique telles que la musique, la danse, les chants, les cérémonies, ainsi que les symboles et graphismes, les narrations et la poésie et toutes les formes de documentation appartenant aux peuples autochtones ou générées par eux; toutes les formes de connaissances scientifiques, agricoles, techniques, médicinales, liées à la diversité biologique et écologique, y compris les innovations fondées sur ces connaissances, les cultigènes, les remèdes, les médicaments et l’utilisation de la flore et de la faune; les restes humains; les biens culturels immeubles tels que les sites sacrés revêtant une importance culturelle, liée à la nature et historique, et les lieux de sépulture.

⁸¹ Article 5.4) sur le Protocole de Nagoya sur l’accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la diversité biologique.

⁸² Paragraphe 23 des Lignes directrices de Bonn sur l’accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation.

Le paragraphe 14 prévoit ce qui suit :

Chaque élément du patrimoine des peuples autochtones a des propriétaires : soit l'ensemble du peuple, soit une famille ou un clan donné, soit une association ou une communauté, soit des individus spécialement formés ou initiés pour en être les gardiens. Les propriétaires du patrimoine doivent être déterminés conformément aux coutumes, lois et pratiques des peuples autochtones.

Aux fins de ces directives, on entend par "patrimoine culturel autochtone" les créations, manifestations et productions tangibles ou intangibles consistant en éléments caractéristiques [de la culture d'un peuple autochtone, mis au point et maintenus par ce peuple] ou par des particuliers autochtones si la création reflète les aspirations littéraires, artistiques ou scientifiques traditionnelles du peuple en question. Ces créations, manifestations et productions comprennent les pratiques, représentations, expressions – ainsi que les instruments, objets, œuvres artisanales, sites et espaces culturels qui leur sont associés – que les peuples et les particuliers autochtones reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Elles comprennent en outre la connaissance qui résulte de l'activité intellectuelle et de la compréhension intuitive dans un contexte traditionnel, et recouvrent les savoir-faire, compétences, innovations, pratiques et enseignements qui font partie des systèmes traditionnels de connaissances, ainsi que le savoir qui s'incarne dans le style de vie traditionnel d'un peuple autochtone ou qui est contenu dans des systèmes de connaissances codifiés transmis à travers les générations. Le patrimoine culturel, transmis de génération en génération, est constamment recréé par les peuples autochtones en fonction des modifications de leur environnement, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur donne un sentiment d'identité et de continuité⁸³.

Patrimoine culturel

Aux fins de la Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel (1972), sont considérés comme patrimoine culturel, ainsi qu'il est indiqué dans l'article premier,

- a) les monuments : œuvres architecturales, de sculpture ou de peinture monumentales, éléments ou structures de caractère archéologique, inscriptions, grottes et groupes d'éléments, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science;
- b) les ensembles : groupes de constructions isolées ou réunies, qui, en raison de leur architecture, de leur unité, ou de leur intégration dans le paysage, ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science;
- c) les sites : œuvres de l'homme ou œuvres conjuguées de l'homme et de la nature, ainsi que les zones y compris les sites archéologiques qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue historique, esthétique, ethnologique ou anthropologique.

⁸³ Activités normatives : priorités futures pour les activités normatives – examen du projet de principes et lignes directrices pour la protection du patrimoine des peuples autochtones – document de travail présenté par M. Yozo Yokota et le Conseil saami (document E/CN.4/Sub.2/AC.4/2006/5) (16 juin 2006).

Patrimoine culturel immatériel

Selon le Black's law dictionary, "immatériel" renvoie à quelque chose dépourvu de forme physique. "Matériel", à l'inverse, est défini comme "ayant ou possédant une forme physique, corporelle, capable d'être touchée et vue, perceptible".

"Patrimoine culturel immatériel" est défini dans la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003) comme "les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire – ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés – que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. Aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communautés, groupes et individus, et d'un développement durable".

La Convention prévoit aussi que le "patrimoine culturel immatériel" se manifeste notamment dans les domaines suivants : a) les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel; b) les arts du spectacle; c) les pratiques sociales, rituels et événements festifs; d) les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers; et e) les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel.

Patrimoine social

Le terme "patrimoine social" vise le partage et la transmission des biens à l'échelle de la société⁸⁴.

Peuples autochtones

L'expression "peuples autochtones" a fait l'objet d'un nombre considérable de discussions et d'études. Il n'existe aucune définition universelle standard pour l'expression "peuples autochtones".

La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones reconnaît les droits de l'homme égaux des peuples autochtones contre la discrimination culturelle et vise à promouvoir le respect mutuel et les relations harmonieuses entre les États et les peuples autochtones. Cependant, la déclaration ne fournit aucune définition pour l'expression "peuples autochtones".

Le sens donné à l'adjectif "autochtone" dans l'étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, réalisée par le rapporteur spécial de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités des Nations Unies, M. J. Martínez Cobo, qui est considéré comme une définition acceptable par de nombreux peuples autochtones et les organisations qui les représentent. Dans l'étude, les communautés, peuples et nations autochtones sont définis comme "*les entités qui, s'inscrivant dans la continuité historique des sociétés 'préinvasion' et précoloniales apparues sur leur territoire, s'estiment différentes d'autres secteurs des sociétés qui prédominent aujourd'hui dans ces pays, ou certaines parties de ces derniers. Elles représentent aujourd'hui des secteurs non dominants de la société et sont résolues à préserver, développer et transmettre aux générations futures leurs*

⁸⁴ Dictionnaire de Sociologie Le Robert, pages 253-254.

territoires ancestraux et leur identité ethnique, fondements de leur pérennité en tant que peuples, conformément au schéma culturel, aux institutions sociales et aux systèmes juridiques qui leur sont propres.”

Le Glossaire du PNUÉ sur les termes relatifs à la biodiversité définit les “peuples autochtones” de la manière suivante : *“peuples dont les ancêtres habitaient un lieu ou un pays au moment où des personnes d’une autre culture ou d’une autre origine ethnique sont arrivées sur place et les ont dominés après les avoir conquis, colonisés ou usé d’autres moyens et qui aujourd’hui vivent davantage selon leurs propres traditions et usages sociaux, économiques et culturels que selon les traditions et usages du pays dont ils font désormais partie. (Voir également : ‘peuples natifs’ ou ‘peuples tribaux’)”*⁸⁵

La Banque mondiale utilise l’expression “peuples autochtones” au sens générique pour désigner des groupes distincts ayant les caractéristiques ci-après à divers degrés :

- i) auto-identification en tant que membres d’un groupe culturel autochtone distinct et reconnaissance de cette identité par des tiers;
- ii) attachement collectif à des habitats géographiquement distincts ou à des territoires ancestraux dans la zone du projet et à des ressources naturelles dans ces habitats et sur ces territoires;
- iii) institutions culturelles, économiques, sociales ou politiques coutumières distinctes de celles de la société et de la culture dominantes; et
- iv) langue autochtone, souvent différente de la langue officielle du pays ou de la région⁸⁶.

Le Département des normes internationales du travail de l’Organisation internationale du Travail définit les peuples autochtones comme suit :

- peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale;
- peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu’ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l’époque de la conquête ou de la colonisation ou de l’établissement des frontières actuelles de l’État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d’entre elles⁸⁷.

Ces éléments comprennent :

- une continuité historique, c’est-à-dire que ce sont des sociétés antérieures à la conquête/colonisation;
- des racines territoriales (leurs ancêtres habitaient déjà le pays ou la région);

⁸⁵ Glossaire du PNUÉ sur les termes relatifs à la biodiversité, disponible à l’adresse

<http://www.unep-wcmc.org/reception/glossaryF-L.htm>.

⁸⁶ Voir Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples, Banque mondiale, 2005; John Henriksen: Key Principles in Implementing ILO Convention No. 169 (2008).

⁸⁷ Article premier de la Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants. Les peuples indigènes insistent aussi sur le fait qu’il existe un certain degré d’autodéfinition dans la détermination de ce qui constitue un peuple indigène ou tribal spécifique.

- des institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres (ils ont conservé certaines ou toutes leurs institutions)⁸⁸.

Le terme “peuples autochtones” est un terme apparenté. L’Oxford Dictionary définit le terme “autochtone” de la manière suivante : 1) “[...] *peuples, plantes et animaux vivant ou présent dans un pays depuis des temps ancestraux; strictement natifs, autochtones*”; 2) “[...] *habitant ou occupant un pays avant l’arrivée de colons européens ou de ceux qu’ils ont introduits*”; et 3) “[...] *de, ou apparentés à, ou propre des autochtones d’Australie ou de leurs langues*”.

L’article 35 de la Constitution du Canada indique que “[...] *peuples autochtones du Canada s’entend notamment des indiens, des Inuits et des Métis du Canada*”. La Commission royale canadienne de 1996 sur les peuples autochtones a défini elle-même son centre d’intérêt comme : “... *entités culturelles et politiques qui descendent des premiers habitants de l’Amérique du Nord ...*”.

Les communautés, peuples et nations autochtones sont définies comme “les entités qui, s’inscrivant dans la continuité historique des sociétés ‘préinvasion’ et précoloniales apparues sur leur territoire, s’estiment différentes d’autres secteurs des sociétés qui prédominent aujourd’hui dans ces pays, ou certaines parties de ces derniers. Elles représentent aujourd’hui des secteurs non dominants de la société et sont résolues à préserver, développer et transmettre aux générations futures leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique, fondements de leur pérennité en tant que peuples, conformément au schéma culturel, aux institutions sociales et aux systèmes juridiques qui leur sont propres”⁸⁹.

Pratiques coutumières

Les pratiques coutumières peuvent être décrites comme les actes et les utilisations régissant et guidant des aspects de la vie communautaire. Les pratiques coutumières sont ancrées dans la communauté et enracinées dans la façon dont celle-ci vit et travaille. Elles ne peuvent pas être considérées comme des “lois” codifiées autonomes en tant que telles⁹⁰.

Préservation

La préservation présente deux aspects principaux – en premier lieu, la préservation du contexte culturel et social des expressions culturelles traditionnelles, tel qu’il existe, de manière à préserver le cadre habituel de l’élaboration et de la transmission des expressions culturelles traditionnelles, ainsi que la préservation de la mise en place des modalités qui régissent l’accès à ces expressions culturelles traditionnelles; et, en second lieu, la préservation de ces éléments sous une forme fixe, comme lorsqu’ils font l’objet d’une fixation. La préservation a pour objet de contribuer à la survie de ces expressions culturelles traditionnelles, dans l’intérêt des générations futures de la communauté d’origine, et de les perpétuer dans un cadre essentiellement traditionnel ou coutumier, ou de faire en sorte que ces expressions culturelles traditionnelles

⁸⁸ Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique – Un guide sur la Convention n° 169 de l’OIT, page 10.

⁸⁹ Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités des Nations Unies et son étude du problème de la discrimination à l’encontre des populations autochtones (paragraphe 379 du document E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4 des Nations Unies) (1986).

⁹⁰ Customary Law and Intellectual Property Issues Paper, *op.cit.* note n° 16.

soient à la portée d'un public plus vaste, (y compris des universitaires et des chercheurs), en reconnaissance de leur importance en tant qu'éléments du patrimoine culturel collectif de l'humanité⁹¹.

Les lois et programmes sans lien avec la propriété intellectuelle, qui traitent de la sauvegarde et de la promotion du patrimoine vivant, peuvent jouer un rôle utile en complétant les législations en matière de protection de la propriété intellectuelle. D'autres systèmes juridiques internationaux, tels que la Convention sur la diversité biologique et l'UNESCO, traitent des aspects relatifs à la conservation, la préservation et la sauvegarde des savoirs traditionnels dans leurs cadres d'action respectifs⁹².

Propriété culturelle

La propriété culturelle est définie dans la Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels comme suit : "biens qui, à titre religieux ou profane (1970), sont désignés par chaque État comme étant d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science, et qui appartiennent aux catégories ci-après : a) collections et spécimens rares de zoologie, de botanique, de minéralogie et d'anatomie; objets présentant un intérêt paléontologique; b) les biens concernant l'histoire, y compris l'histoire des sciences et des techniques, l'histoire militaire et sociale ainsi que la vie des dirigeants, penseurs, savant et artistes nationaux, et les événements d'importance nationale; c) le produit des fouilles archéologiques (régulières et clandestines) et des découvertes archéologiques; d) les éléments provenant du démembrement de monuments artistiques ou historiques et de sites archéologiques; e) objets d'antiquité ayant plus de cent ans d'âge, tels qu'inscriptions, monnaies et sceaux gravés; f) le matériel ethnologique; g) les biens d'intérêt artistique tels que : i) tableaux, peintures et dessins faits entièrement à la main sur tout support et en toutes matières (à l'exclusion des dessins industriels et des articles manufacturés décorés à la main); ii) productions originales de l'art statuaire et de la sculpture, en toutes matières; iii) gravures, estampes et lithographies originales; iv) assemblages et montages artistiques originaux, en toutes matières; h) manuscrits rares et incunables, livres, documents et publications anciens d'intérêt spécial (historique, artistique, scientifique, littéraire, etc.) isolés ou en collections; i) timbres-poste, timbres fiscaux et analogues, isolés ou en collections; j) archives, y compris les archives phonographiques, photographiques et cinématographiques; k) objets d'ameublement ayant plus de cent ans d'âge et instruments de musique anciens".

Protection

La "protection" dans le cadre des travaux du comité fait généralement référence à la protection des expressions culturelles traditionnelles contre certaines formes d'utilisation non autorisée par des tiers⁹³. Deux formes de protection ont été élaborées et mises en application.

⁹¹ Paragraphe 37 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12 intitulé "Synthèse et résultats des activités du comité intergouvernemental".

⁹² Page 7 de l'annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/13/5b) Rev. intitulé "Protection des savoirs traditionnels : projet d'analyse des lacunes y relatives : version révisée".

⁹³ Paragraphe 20 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12 intitulé "Synthèse et résultats des activités du comité intergouvernemental".

Protection positive

Le comité a exploré deux aspects de la protection positive des expressions culturelles traditionnelles par les droits de propriété intellectuelle, l'un ayant trait à la prévention d'une utilisation non autorisée et l'autre ayant trait à l'exploitation active des expressions culturelles traditionnelles par la communauté à l'origine de ces expressions. Le comité a également examiné des méthodes de protection positive des expressions culturelles traditionnelles ne relevant pas du droit de la propriété intellectuelle, qui sont complémentaires et peuvent être utilisées parallèlement aux droits de propriété intellectuelle⁹⁴. De même, la protection positive des expressions culturelles traditionnelles peut empêcher autrui d'avoir accès de façon illicite à ces expressions ou de les utiliser à des fins lucratives sans en partager équitablement les avantages, mais ils peuvent également être utilisés par des détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles pour mettre en place leur propre entreprise sur la base de ces expressions⁹⁵.

Protection défensive

La protection défensive a été définie comme un ensemble de stratégies visant à empêcher l'obtention de droits illégitimes ou infondés en matière de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles⁹⁶.

Protocole

Les protocoles permettent de communiquer et de travailler avec des tiers. Ils offrent un cadre pouvant être adapté et appliqué à des situations particulières. Ils ne sont pas juridiquement contraignants par nature mais, avec le temps, ils permettent d'établir des pratiques qui peuvent être utilisées comme des normes. Les cultures autochtones accordent de l'importance au respect des protocoles culturels⁹⁷.

Protocole de Swakopmund relatif à la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore

Un protocole a été adopté par les États membres de l'Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO) en août 2010 durant la Conférence diplomatique qui s'est tenue à Swakopmund (Namibie). Selon l'article 1.1, l'objectif de ce protocole est : "*a) de protéger les détenteurs de savoirs traditionnels contre toute atteinte aux droits qui leur sont reconnus par le présent Protocole; et b) de protéger les expressions du folklore contre leur appropriation illicite, leur utilisation illicite et leur exploitation illégitime en dehors de leur contexte traditionnel*". Ce Protocole entrera en vigueur lorsque six États membres de l'ARIPO auront déposé leurs instruments de ratification ou d'adhésion.

⁹⁴ Id., paragraphes 21 et 22.

⁹⁵ Id., paragraphe 21.

⁹⁶ Id., paragraphe 28.

⁹⁷ Terri Janke, *op. cit.* note n° 16, page 10.

Rémunération équitable

Rémunération d'un acte accompli à l'égard d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou d'un objet de droits connexes, dont le mode et le montant sont conformes à ce qui serait considéré comme normal dans le commerce pour un acte de même nature accompli avec l'autorisation du titulaire de droit d'auteur ou de droits connexes. Ce critère est généralement appliqué lorsque les droits patrimoniaux se limitent à un droit à rémunération (et dans le cadre d'une licence non volontaire)⁹⁸.

Le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (1996) (WPPT) prévoit que les artistes interprètes et exécutants et les producteurs de phonogrammes ont droit à une rémunération équitable unique lorsque des phonogrammes publiés à des fins de commerce sont utilisés directement ou indirectement pour la radiodiffusion ou pour une communication quelconque au public (article 15.1)). Toutefois, toute partie contractante peut limiter l'application de ce droit ou, pour autant qu'elle ait fait une réserve au Traité, ne pas appliquer ce droit (article 15.3)).

Réputation

Selon le Black's Law Dictionary, le terme "réputation" renvoie à l'estime dont une personne bénéficie auprès des tiers. La réputation entre dans le champ de la protection des droits moraux de l'auteur⁹⁹. À la Conférence de Bruxelles sur la révision de la Convention de Berne, la préférence a été donnée aux termes "honneur" et "réputation," considérés comme traduisant le plus objectivement les intérêts personnels de l'auteur, par opposition à "intérêts moraux" ou "intérêts spirituels", qui visent des notions plus larges¹⁰⁰. En cas de dommage, il y a une différence entre le dommage porté à la réputation et le dommage porté aux intérêts moraux ou spirituels de l'auteur. Il ne suffit pas que l'auteur n'apprécie pas ce qui a été fait à son œuvre, l'acte doit aussi ternir sa réputation aux yeux du public¹⁰¹.

Respect mutuel

Dans son préambule, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones fait du respect mutuel un idéal à atteindre dans un esprit de partenariat¹⁰².

En outre, le terme "respect" peut viser les notions suivantes :

- la prise en considération des intérêts culturels ou économiques des communautés qui leur ont donné naissance avec octroi aux peuples qui ont créé leur folklore d'une partie des revenus tirés de son exploitation¹⁰³.
- le respect des autochtones et des communautés autochtones et le respect de la culture et du patrimoine autochtones¹⁰⁴.

⁹⁸ Guide de l'OMPI, *op. cit.* note n° 3.

⁹⁹ Article 6*bis* de la Convention de Berne.

¹⁰⁰ Ricketson et Ginsburg, *op. cit.* note n° 2, page 606.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Résolution adoptée par l'Assemblée générale, 107^e séance plénière, 13 septembre 2007.

¹⁰³ Dispositions types, *op. cit.* note n° 18, page 3.

¹⁰⁴ Terri Janke, Pathways & Protocols, *op. cit.* note n° 16, page 11.

L'adjectif "mutuel" vise au moins deux personnes qui se trouvent dans les mêmes dispositions l'une vis-à-vis de l'autre et qui agissent dans le cadre d'une relation de réciprocité (Oxford English Dictionary).

Sauvegarde

La Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003) décrit les mesures de sauvegarde de la manière suivante : "mesures visant à assurer la viabilité du patrimoine culturel immatériel, y compris l'identification, la documentation, la recherche, la préservation, la protection, la promotion, la mise en valeur, la transmission, essentiellement par l'éducation formelle et non formelle, ainsi que la revitalisation des différents aspects de ce patrimoine".

La sauvegarde se rapporte à l'adoption de mesures conservatoires visant à protéger certaines pratiques et idées culturelles considérées comme précieuses¹⁰⁵.

Savoirs autochtones

Les "savoirs autochtones" sont les savoirs détenus et utilisés par des communautés, des peuples et des nations qui sont "autochtones"¹⁰⁶. Dans ce sens, les "savoirs autochtones" seraient les savoirs traditionnels des peuples autochtones. Les savoirs autochtones font donc partie de la catégorie des savoirs traditionnels mais les savoirs traditionnels ne sont pas nécessairement autochtones¹⁰⁷.

Savoirs traditionnels (TK)¹⁰⁸

Conformément à la pratique du comité, l'expression "savoirs traditionnels" est utilisée au sens strict (savoirs traditionnels *stricto sensu*) et s'entend "du contenu ou de la substance d'un savoir résultant d'une activité intellectuelle dans un contexte traditionnel, et comprend le savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques et l'apprentissage qui font partie des systèmes de savoirs traditionnels, ledit savoir s'exprimant dans le mode de vie traditionnel des communautés autochtones ou locales, ou étant contenu dans les systèmes de savoirs codifiés transmis d'une génération à l'autre. Le terme n'est pas limité à un domaine technique spécifique, et peut

¹⁰⁵ Projet de glossaire, Commission nationale pour l'UNESCO, *op. cit.* note n° 11.

¹⁰⁶ Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), "savoirs traditionnels, besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle", pages 23 et 24.

¹⁰⁷ Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête, *op. cit.* note n° 106, page 23. Voir aussi le paragraphe 41 de l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9 intitulé "Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter".

¹⁰⁸ L'expression "savoirs traditionnels", en tant que description générale de la question, englobe généralement le patrimoine intellectuel et culturel immatériel, les pratiques et systèmes de connaissance des communautés traditionnelles, y compris les communautés autochtones et locales (les savoirs traditionnels au sens général du terme ou *lato sensu*). En d'autres termes, l'expression "savoirs traditionnels" au sens général vise le contenu des savoirs proprement dits ainsi que les expressions culturelles traditionnelles, y compris les signes distinctifs et symboles associés aux savoirs traditionnels.

s'appliquer à un savoir agricole, écologique ou médical, ainsi qu'à tout savoir traditionnel associé à des ressources génétiques"¹⁰⁹. Les savoirs traditionnels qui pourraient prétendre à une protection juridique ont été définis plus en détail ci-après :

- i) ils sont engendrés, préservés et transmis dans un contexte traditionnel et intergénérationnel;
- ii) ils sont associés de façon distinctive à une communauté ou à un peuple traditionnel ou autochtone et, à ce titre, préservés et transmis d'une génération à l'autre; et
- iii) ils font partie intégrante de l'identité culturelle d'une communauté autochtone ou traditionnelle ou d'un peuple qui est reconnu comme détenant le savoir en tant que dépositaire, gardien ou entité investie d'une propriété ou d'une responsabilité culturelle collective en la matière. Ce lien peut être établi officiellement ou de manière informelle par les pratiques, lois ou protocoles coutumiers".

Secret

Ce qui est "secret" n'est pas porté à la connaissance de tiers ou n'est partagé qu'avec les personnes concernées (Black's Law Dictionary). Les expressions culturelles traditionnelles "sacrées-secrètes" ont un caractère secret ou sacré selon les lois et pratiques coutumières de leurs propriétaires traditionnels¹¹⁰.

Sui generis

Le Black's Law Dictionary définit le terme "*sui generis*" de la manière suivante : "[*Du latin 'de son espèce'*] De son espèce ou classe; unique ou particulier. Ce terme est utilisé en droit de propriété intellectuelle pour décrire un régime conçu pour protéger des droits qui ne relèvent pas de la doctrine relative aux brevets et aux marques, au droit d'auteur et aux secrets des affaires. Par exemple, une base de données peut ne pas être protégée par le droit d'auteur si son contenu n'est pas original, mais pourrait être protégée par une loi *sui generis* conçue à cet effet".

Un système *sui generis* est un système conçu spécialement pour répondre à des besoins et à des difficultés sur une question précise. Il existe déjà plusieurs exemples de droits de propriété intellectuelle *sui generis*, tels que les droits d'obtenteur qui font l'objet de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales de 1991 ("Convention UPOV") et la protection des droits de propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés faisant l'objet du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés de 1989 ("Traité de Washington"), entre autres. La loi péruvienne n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le Régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques est un régime *sui generis* pour la protection des savoirs collectifs des peuples autochtones en lien avec les ressources biologiques.

Le document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/18/4 Rev.) contient également des mesures *sui generis*.

¹⁰⁹ Articles 1.1) et 1.2) du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (document WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.).

¹¹⁰ Cadre juridique régional du Pacifique, *op. cit.* note n° 80, partie I (4).

Transmission

Selon le Black's Law Dictionary, le terme "transmission" vise le transfert d'un héritage à un héritier. En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles, ce patrimoine se distingue du patrimoine culturel ou social. Les expressions culturelles traditionnelles constituent un patrimoine que les générations s'approprient ou abandonnent¹¹¹, sans avoir l'obligation de le préserver. Le terme "transmission" se rapporte à un état statique de la technique. Le terme "préserver" signifie détenir, conserver et défendre (un lieu, une position ou un bien) contre toute menace ou attaque, réelle ou redoutée (Oxford English Dictionary).

Transparence

La transparence, c'est l'ouverture, la clarté, l'absence de fourberie et de tentatives pour dissimuler des informations préjudiciables (Black's Law Dictionary).

Usage coutumier

Le Cadre juridique régional du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture (2002) définit l'usage coutumier comme "l'utilisation qui est faite de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture conformément aux lois et pratiques coutumières des propriétaires traditionnels".

L'expression "utilisation coutumière continue" renvoie à la persistance et à la nature vivante de l'utilisation des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles par les communautés autochtones, conformément à leurs propres lois et pratiques coutumières¹¹².

Usage occasionnel

Selon le Black's Law Dictionary, le terme "occasionnel" renvoie à la subordination à quelque chose d'une plus grande importance, à un usage allant de pair avec quelque chose d'autre, dépendant ou découlant de quelque chose d'autre ou encore subordonné à quelque chose d'autre.

En cas d'atteinte à un droit d'auteur, l'un des moyens de défense prévus, par exemple, dans l'article 31.1) de la loi du Royaume-Uni sur le droit d'auteur, les dessins et modèles et les brevets (1988), est l'usage occasionnel. On parle d'usage occasionnel lorsqu'un morceau d'une œuvre protégée par le droit d'auteur est incorporé dans un morceau d'une autre œuvre mais que cette incorporation est occasionnelle et ne figure pas en premier plan. L'usage occasionnel constitue un moyen de défense empêchant qu'une action soit formée à l'encontre de la personne ayant créé la nouvelle œuvre.

Selon la législation tchèque sur le droit d'auteur, il n'y a pas atteinte au droit d'auteur lorsque l'œuvre est utilisée occasionnellement, en rapport avec une première utilisation prévue d'une autre œuvre ou d'un autre élément¹¹³.

¹¹¹ Dictionnaire de sociologie Le Robert, page 254.

¹¹² Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (document WIPO/GRTKF/IC/18/INF/8).

¹¹³ Article 38c de la version consolidée de la loi n° 121/2000 sur le droit d'auteur et les droits liés aux droits d'auteur et sur les modifications apportées à certaines lois (loi sur le droit d'auteur), telle que modifiée par la loi n° 81/2005, la loi n° 61/2006 et la loi n° 216/2006 de la République tchèque.

Utilisation des expressions culturelles traditionnelles

Les expressions culturelles traditionnelles peuvent être utilisées pour différentes raisons. Parmi ces utilisations, on peut citer les utilisations à des fins commerciales, l'usage coutumier et l'usage loyal.

Utilisation commerciale

Le Black's Law Dictionary définit l'"utilisation commerciale" de la manière suivante : "[toute] utilisation qui est liée à une activité lucrative en cours ou qui sert celle-ci". L'expression "utilisation non commerciale" est définie comme "[toute] utilisation à des fins de loisir privé ou commercial ne générant aucun revenu, récompense ou autre compensation".

Usage coutumier

Le Cadre juridique régional du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture (2002) définit l'usage coutumier comme "l'utilisation qui est faite de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture conformément aux lois et pratiques coutumières des propriétaires traditionnels".

Le principe directeur général h) du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) et du document intitulé "La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/17/4) indique que l'usage coutumier doit être respecté. L'expression "utilisation coutumière continue" renvoie à la persistance et à la nature vivante de l'utilisation des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles par les communautés autochtones, conformément à leurs propres lois et pratiques coutumières.

Usage loyal

Dans le domaine du droit d'auteur, le Black's Law Dictionary définit le terme "usage loyal" de la manière suivante : "[tout] usage raisonnable et limité d'une œuvre protégée par le droit d'auteur sans l'autorisation de son auteur, comme le fait de citer un livre dans la critique d'un livre ou d'utiliser des parties d'un livre dans une parodie. L'usage loyal constitue un moyen de défense dans une action en contrefaçon, selon les critères suivants : 1) le but et le caractère de l'utilisation, 2) la nature de l'œuvre protégée par le droit d'auteur, 3) la part de l'œuvre utilisée et 4) l'incidence économique de cette utilisation".

Utilisation illicite

Les dictionnaires définissent l'utilisation illicite comme une utilisation erronée, incorrecte ou abusive, ou un abus de pouvoir. L'utilisation illicite peut également renvoyer à une utilisation abusive ou excessive, ou à des actes qui modifient l'objet ou la fonction même d'une chose. Le Black's Law Dictionary la définit comme une utilisation impropre, d'une manière non intentionnelle ou non prévisible.

[Fin de l'annexe et du document]