

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/7/3

ORIGINAL : anglais

DATE : 20 août 2004

F

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

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

Septième session
Genève, 1^{er} - 5 novembre 2004

PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES
OU EXPRESSIONS DU FOLKLORE :

SYNTHÈSE DES OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE
ET DES PRINCIPES FONDAMENTAUX

Document établi par le Secrétariat

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION	3
II.	LES PRINCIPES FONDAMENTAUX.....	6
	Souplesse indispensable en ce qui concerne l'élaboration de la politique et du cadre législatif nationaux.....	6
	Principes directeurs généraux	8
	Principes de fond	8
III.	LIGNES D'ACTION POSSIBLES ET MÉCANISMES JURIDIQUES AU NIVEAU NATIONAL.....	11
IV.	UTILISATION DE CERTAINS TERMES DANS LE PRÉSENT DOCUMENT	13
	“Expressions culturelles traditionnelles” et “expressions du folklore”	13
	Expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et “savoirs traditionnels”.....	14
	Le terme “protection”	14
	Les bénéficiaires de la protection : peuples autochtones et communautés traditionnelles et autres communautés culturelles	15
V.	LA DIMENSION INTERNATIONALE.....	16
VI.	RENFORCEMENT DES CAPACITÉS ET AUTRES ACTIVITÉS CONCRÈTES	16
VII.	CONCLUSIONS	17

ANNEXE I

RÉSUMÉ DU PROJET D'OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE ET DE PRINCIPES FONDAMENTAUX CONCERNANT LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES OU EXPRESSIONS DU FOLKLORE

ANNEXE II

PROJET D'OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE ET DE PRINCIPES FONDAMENTAUX : CONTEXTE ET DISCUSSION

RÉSUMÉ

1. Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé “comité”) a décidé d’élaborer une synthèse des objectifs de politique générale et des principes fondamentaux relatifs à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Le présent document contient une série d’éléments destinés à être examinés par le comité, qui pourront être éventuellement utilisés au moment de l’élaboration du texte proposé. Il énonce des éléments de fond susceptibles d’être intégrés dans une protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore d’une façon qui facilite la prise de décisions par les États membres, tout en leur laissant la liberté de choisir, en ce qui concerne le contexte et le statut juridique acceptables pour eux aux niveaux international, régional et national. Le contenu de ce document n’est pas nouveau pour le comité : il s’agit simplement de récapituler et de présenter de façon structurée les mécanismes juridiques existants ainsi que les nombreuses données d’expérience existantes en ce qui concerne la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dont le comité a déjà largement débattu; le présent document a été essentiellement établi à partir des délibérations du comité et des divers documents qui lui ont été soumis.

2. Le présent document rassemble les mesures juridiques utilisées par des pays et des communautés de nombreuses régions de niveau de développement variable ainsi que les données relatives à l’expérience acquise par ces pays et ces communautés. Il y est proposé

- un *projet d’objectifs de politique générale*, indiquant des orientations générales communes aux fins de la protection et établissant un cadre cohérent en matière de politique générale;
- un *projet de principes directeurs généraux*, garantissant la cohérence, l’équilibre et l’efficacité des principes de fond;
- un *projet de principes de fond précis*, définissant l’essence juridique de la protection (ce projet de dispositions figurent dans la partie II.B de l’annexe I).

3. À toutes fins utiles, on trouvera un résumé du texte relatif au projet d’objectifs et de principes dans l’annexe I du présent document. L’annexe II contient un examen complet du projet de texte relatif aux objectifs et aux principes ainsi que des informations générales et des explications appropriées.

I. INTRODUCTION

4. À sa sixième session tenue en mars 2004, le comité a décidé que le Secrétariat de l’OMPI devra élaborer des versions préliminaires des documents suivants : “une synthèse des objectifs et principes fondamentaux relatifs à la protection des expressions culturelles traditionnelles; et une vue d’ensemble des options et mécanismes juridiques en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles, s’appuyant sur les diverses solutions déjà envisagées par le comité et sur une analyse succincte des incidences concrètes et en matière de politique générale de chaque option”¹.

¹ Rapport de la sixième session (paragraphe 66 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

5. Le présent document contient, pour examen par le comité, une synthèse des objectifs de politique générale et des principes fondamentaux relatifs à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. On trouvera, à toutes fins utiles, une synthèse des objectifs et des principes à l'annexe I. L'annexe II contient un examen complet des objectifs et principes envisagés ainsi que des informations générales et des explications utiles.

6. Le présent document a été rédigé d'une façon aussi concise que possible. Le texte des délibérations antérieures n'est pas reproduit ici et il est demandé au lecteur de s'y reporter. Le document s'appuie directement sur l'ensemble des documents sur lesquels s'est fondé jusqu'à présent le comité dans ses travaux comme, par exemple, les documents de travail précédemment élaborés pour le comité²; les interventions et les contributions d'États membres, de communautés et d'autres parties prenantes, pendant les sessions du comité mais aussi au cours de consultations nationales et régionales³; des rapports⁴; des lois et instruments nationaux, régionaux et internationaux⁵; des études⁶; des réponses à des

² Par exemple les documents WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

³ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/4/4, WIPO/GRTKF/IC/5/4 et WIPO/GRTKF/IC/6/7, par exemple, pour la liste de ces réunions et de ces consultations.

⁴ Tels que le rapport sur les missions d'enquête réalisées par l'OMPI en 1998 et 1999.

⁵ Tels que les orientations de type *sui generis* développées dans les instruments suivants : loi type de Tunis de 1976 sur le droit d'auteur à l'usage des pays en voie de développement ("loi type de Tunis"), les dispositions types OMPI-UNESCO de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables, de 1982 ("dispositions types"); l'Accord de Bangui instituant une Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI), révisé en 1999 ("Accord de Bangui"); le régime spécial de propriété intellectuelle du Panama appliqué aux droits collectifs des peuples autochtones aux fins de la protection et de la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels, adopté en 2000, et son règlement d'exécution de 2001 ("loi du Panama"); le Cadre juridique régional du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, de 2002 ("Cadre régional du Pacifique"); la loi des Philippines de 1997 sur les droits des peuples autochtones ("loi des Philippines"), et la loi des États-Unis d'Amérique de 1990 sur l'art et l'artisanat indiens. Ces textes sont résumés et analysés dans les documents WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3 et WIPO/GRTKF/IC/5/INF 4. Les textes suivants ont aussi été consultés : Convention internationale de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003), projet de Convention de l'UNESCO sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques, et principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones, élaborés par Mme Erica Irene-Daes pour le Groupe de travail de l'ONU sur les populations autochtones.

En outre, plusieurs autres lois nationales ont été examinées, mais elles sont trop nombreuses pour pouvoir être toutes mentionnées ici. Il s'agit principalement des lois de pays africains et d'autres États qui ont adopté des dispositions relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore fondées soit sur la loi type de Tunis (1976) soit sur les dispositions types de 1982. Une attention particulière a été accordée, à titre d'exemple uniquement, aux lois sur le droit d'auteur du Nigéria et de la Tunisie, qui ont toutes les deux été présentées au groupe d'étude sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui s'est réuni pendant la quatrième session du comité. La loi péruvienne de 2002 établissant un régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques ("loi péruvienne de 2002") a aussi été analysée.

⁶ Telles que *Minding Culture* de Terri Janke et *National Experiences of India, Indonesia and the Philippines* de Valsala Kutty.

questionnaires⁷; et des observations sur les documents de travail antérieurs élaborés pour des sessions précédentes du comité⁸. Des documents et des communications plus récents ont aussi été pris en considération. C'est ainsi que le contenu de ce document est présenté selon un plan qui s'inspire très largement de la proposition présentée au comité par le groupe des pays africains à la sixième session du comité (document WIPO/GRTKF/IC/6/12 intitulé "Objectifs, principes et éléments d'un ou plusieurs instruments internationaux sur la propriété intellectuelle en rapport avec les ressources génétiques et sur la protection des savoirs traditionnels et du folklore"), qui a été bien accueilli et jugé utile par de nombreuses délégations en tant que cadre de référence pour de futures délibérations et la poursuite de la réflexion⁹.

7. Les premiers projets de textes correspondant à ces documents ou aux idées exprimées dans ceux-ci ont été examinés et ont fait l'objet de consultations, autant que possible, pendant diverses réunions et à différentes autres occasions¹⁰. À la suite des propositions des délégations de l'Égypte et de la République islamique d'Iran et d'autres participants pendant la sixième session¹¹, des efforts particuliers ont été faits en vue d'obtenir les commentaires et les contributions de spécialistes du folklore et d'autres experts, y compris dans le cadre de réunions et d'échanges formels et moins formels¹².

⁷ Voir par exemple le document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

⁸ Voir en particulier les rapports des précédentes sessions du comité.

⁹ Par exemple, le groupe B (paragraphe 191 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), la Communauté européenne (paragraphe 192 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), le groupe des pays d'Europe centrale et des États baltes (paragraphe 193 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), la Chine (paragraphe 194 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), la Syrie (paragraphe 203 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), le Canada (paragraphe 205 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), la Norvège (paragraphe 216 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), le Pakistan (paragraphe 217 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), l'ARIPO (paragraphe 225 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), l'URTNA (paragraphe 227 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14) et le Conseil Kaska Dena parlant au nom de plusieurs organisations représentant des peuples autochtones (paragraphe 228 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

¹⁰ Par exemple, pendant le colloque sur le droit d'auteur organisé par l'OMPI et les États-Unis, Washington, 6 et 7 mai 2004; la quarante-troisième session annuelle du Comité consultatif juridique afro-asiatique, Bali, 21-25 juin 2004; l'atelier organisé par la Communauté pour le développement de l'Afrique australe (SADC) sur l'élaboration des politiques et le renforcement des capacités dans le cadre des systèmes de savoirs autochtones, Pretoria, 7-9 juin 2004; la troisième session de l'Instance permanente de l'ONU sur les questions autochtones, 10-21 mai 2004; le Programme de bourses pour les autochtones du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et de l'OIT, 10 juin 2004; le Groupe de travail sur les populations autochtones, Genève, juillet 2004; le colloque OMPI-OMC pour les enseignants du droit de la propriété intellectuelle, Genève, 28 juin-9 juillet 2004.

¹¹ Paragraphes 42 et 52 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14.

¹² Par exemple, *Folklore, Aesthetic Ecologies and Public Domain*, Université de Pennsylvanie, 2 et 3 avril 2004; huitième congrès de la Société Internationale d'Ethnologie et de Folklore (SIEF) et le troisième congrès de l'Association d'Anthropologie Méditerranéenne (ADAM), Marseille, 28 avril 2004; communications personnelles avec, notamment, Mme Dorothy Noyes, chargée de cours sur le folklore, Université de l'État de l'Ohio, et M. Valdimar Tr. Hafstein, chercheur, Académie de Reykjavik (Islande) et conférencier assistant en ethnologie et folklore, Université d'Islande. Voir aussi : Valdimar Tr. Hafstein, 2004, *The Politics of Origins: Collective Creation Revisited*. *Journal of American Folklore* 117 (465): 300-315, J. Sanford Rikoon, 2004, "On the Politics of the Politics of Origins: Social (In)Justice and the

8. Les objectifs et les principes énoncés dans ce document ne constituent que des suggestions. Ils ne visent pas à restreindre les paramètres du débat relatif à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, ou à imposer des résultats ou des solutions déterminés ni à définir la forme juridique qu'ils pourraient prendre. Le comité a évidemment toute latitude pour se fonder sur d'autres orientations et propositions, et le présent document ne constitue qu'une contribution en vue de ses délibérations. Il peut toutefois servir à illustrer qu'il est possible de formuler une série d'objectifs et de principes qui soient pour l'essentiel conformes aux principes de la propriété intellectuelle, aux points de vue exprimés dans le cadre du comité, à l'expérience concrète et aux besoins et aux attentes réels des peuples autochtones ainsi que des communautés traditionnelles et culturelles qui détiennent et représentent ou exécutent des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

II. LES PRINCIPES FONDAMENTAUX

9. L'élaboration et l'examen de principes fondamentaux est une étape fondamentale en vue de la mise en place d'une assise solide propice au développement d'un consensus sur les aspects plus détaillés de la protection. La législation et la politique continuent d'évoluer rapidement dans ce domaine aux niveaux non seulement national et régional mais aussi international. La formulation de principes fondamentaux pourrait préciser et renforcer les bases de la coopération internationale mais permettrait aussi de déterminer les éléments qui devraient rester du domaine de la politique et du droit nationaux tout en ménageant une marge de manœuvre suffisante dans la perspective d'une évolution et d'un développement futur compte tenu des enseignements tirés d'expériences concrètes à venir et de l'élargissement des consultations et de la coordination. L'existence de tels principes serait la concrétisation d'une convergence de vues et faciliterait la cohérence et l'harmonie entre les lois nationales, sans pour autant imposer un modèle législatif précis unique. Il s'agirait là en soi d'un pas en avant important qui pourrait faciliter la coopération future.

Souplesse indispensable en ce qui concerne l'élaboration de la politique et du cadre législatif nationaux

10. Les principes fondamentaux examinés dans le présent document pourront servir ultérieurement de base à une communauté de vues entre les États membres. Ils sont toutefois neutres s'agissant de la nature juridique de l'"instrument" dans lequel ou par lequel cette "communauté de vues" pourrait finalement être intégrée et exprimée, aucun instrument n'étant par ailleurs écarté. Ces principes couvrent des éléments de fond qui pourraient faire partie intégrante de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore d'une façon qui n'exclut aucune décision future des États membres en ce qui concerne le contexte et le statut juridique aux niveaux international, régional et national tout en facilitant la prise des décisions correspondantes. Ils sont aussi à la fois vastes et universels et visent à laisser aux autorités nationales et régionales et aux communautés une souplesse maximale pour déterminer les options politiques et les mécanismes juridiques précis susceptibles d'être retenus au niveau national ou régional en vue de la mise en pratique des décisions.

[Suite de la note de la page précédente]

International Agenda on Intellectual Property, Traditional Knowledge, and Folklore". *Journal of American Folklore* 117 (465): 325-336 et Brown, M., "Who Owns Native Culture", Harvard University Press, 2003.

11. Il ressort de l'expérience acquise en ce qui concerne la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qu'il est improbable d'arriver à un seul schéma international uniforme ou universel pour protéger les expressions culturelles traditionnelles dans leur ensemble d'une façon qui réponde aux priorités et à l'environnement juridique et culturel au niveau national ainsi qu'aux besoins des communautés traditionnelles de tous les pays¹³. Il existe différentes formes d'expression créatrice traditionnelle et divers moyens coutumiers de réglementer leur usage, leur transmission, leur protection et leur conservation. Les tentatives visant à codifier et à institutionnaliser la protection de l'"identité culturelle" ont été considérées comme peu souhaitables et il est préférable d'adopter une approche minimaliste. Une organisation autochtone a parfaitement résumé la question : "Toute tentative de concevoir des directives uniformes pour la reconnaissance et la protection des savoirs des peuples autochtones risque de provoquer la désintégration de cette riche diversité jurisprudentielle en un 'modèle unique' qui ne correspondra pas aux valeurs, aux conceptions ou aux lois d'une quelconque société autochtone"¹⁴.

12. Les dispositions relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore adoptées au niveau international devront aussi tenir compte de la diversité des législations et des décisions de justice dans le cadre des orientations actuelles au niveau national et régional¹⁵. Il s'agit là d'une approche relativement courante dans le domaine de la propriété intellectuelle et les documents antérieurs contiennent des exemples de conventions relatives à la propriété intellectuelle qui établissent certains principes généraux et qui laissent présager la voie à un degré élevé de variation dans les lois des signataires¹⁶. Même lorsque les obligations internationales établissent des normes minimales quant au fond à l'intention des législateurs nationaux, il est admis que le choix des mécanismes juridiques est une prérogative nationale.

13. Par conséquent, le présent document et le document WIPO/GRTKF/IC/7/4 reposent sur l'idée selon laquelle une souplesse est nécessaire pour l'élaboration de la politique et de la législation nationales (voir plus loin).

¹³ Venezuela (paragraphe 72 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), groupe des pays africains (paragraphe 73 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Canada (paragraphe 79 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Syrie (paragraphe 80 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Nouvelle-Zélande (paragraphe 88 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Conseil Kaska Dena (paragraphe 59 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

¹⁴ Conseil des points cardinaux, *Forests, Indigenous Peoples and Biodiversity*, communication au Secrétariat de la CDB, 1996.

¹⁵ Voir le rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore (WIPO/GRTKF/IC/3/10); Lucas-Schloetter, "Folklore", dans von Lewinski, S. (éd.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, 2004 (Kluwer); Kuruk P., "Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States", 48 *American University Law Review* 769 (1999).

¹⁶ Le document WIPO/GRTKF/IC/6/6 mentionne par exemple l'article 1.1 de l'Accord sur les ADPIC, l'article 7 de la Convention de Rome, l'article 2 de la Convention satellites, l'article 8 de la Convention de Lisbonne, l'article 4 du Traité de Washington et l'article 3 de la Convention phonogrammes.

Principes directeurs généraux

14. Les principes fondamentaux sont énoncés à l'annexe I (et développés dans l'annexe II) en deux parties : les principes directeurs généraux et les principes de fond particuliers. Les principes directeurs généraux visent à assurer que la protection est équitable, équilibrée, efficace et cohérente et contribuent de façon appropriée à la réalisation des objectifs de politique générale. Ils répondent notamment aux préoccupations suivantes :

- répondre aux aspirations et aux attentes des communautés intéressées;
- maintenir l'équilibre et la proportionnalité;
- respecter les autres instruments et processus internationaux et régionaux et coopérer avec ces processus;
- associer des mesures à caractère exclusif et non exclusif et utilisation des droits de propriété intellectuelle existants, des droits de propriété intellectuelle élargis et adaptés, et des mesures et des systèmes *sui generis* de propriété intellectuelle conçus spécialement pour les fins recherchées;
- reconnaître la nature spécifique, les caractéristiques et les formes des cultures et de l'expression culturelle traditionnelles;
- respecter l'usage et la transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et éviter toute interférence à cet égard, et
- veiller à ce que les mécanismes d'acquisition, de gestion et d'application des droits soient efficaces, culturellement adaptés et accessibles.

Principes de fond

15. Les principes proposés concernent les principales questions de fond sur lesquelles devront porter tous les formules, systèmes ou instruments relatifs à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, comme cela a été souligné dans des débats antérieurs et, en particulier, dans la proposition présentée par le groupe des pays africains pendant la sixième session du comité (WIPO/GRTKF/IC/6/12). Ces questions sont les suivantes : portée de l'objet à protéger; critères de protection; bénéficiaires; gestion des droits; portée de la protection (par exemple utilisations exigeant une autorisation); exceptions et limitations; durée de la protection; formalités; sanctions, moyens de recours et procédures d'application; application dans le temps; rapport avec la protection de la propriété intellectuelle, et protection internationale et régionale.

16. Les principes spécifiques proposés intégreront les principes directeurs généraux dans leur application à toutes les questions précitées. Ils s'inspirent dans une large mesure des principes, de la doctrine et des mécanismes juridiques existants en matière de propriété intellectuelle et dans d'autres domaines, ainsi que des expériences nationales et régionales notamment sur le plan législatif. Ils tiennent compte du fait que certaines expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ainsi que des œuvres dérivées de ces expressions sont déjà protégées par des textes de loi existant en matière de propriété intellectuelle, tout en englobant en particulier, ainsi que bon nombre de parties prenantes l'ont demandé, la protection d'éléments qui ne sont actuellement pas protégés. Les principes proposés, tout en élargissant la protection à des éléments qui ne sont pas actuellement protégés par la propriété intellectuelle, sont solidement ancrés dans le droit, les politiques et la pratique relatifs à la propriété intellectuelle et visent à établir les équilibres nécessaires d'une façon qui complète et étaye les stratégies existantes en matière de propriété intellectuelle.

17. En résumé, les principes spécifiques proposés visent à :

- a) reconnaître et encourager l'utilisation de lois et de systèmes coutumiers et des systèmes de gestion et de prise de décision traditionnels autant que possible;
- b) fournir des orientations appropriées à la fois larges et souples, tout en laissant une latitude suffisante en ce qui concerne la mise en place de politiques et de législations aux niveaux national et communautaire tendant à offrir des options et des mécanismes conçus pour répondre aux aspirations et aux circonstances propres au pays et aux communautés concernés;
- c) élaborer des mesures au titre de la protection juridique applicables uniquement aux utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore s'inscrivant au-delà et hors du cadre coutumier et traditionnel;
- d) respecter et mettre en pratique le droit des communautés de contrôler l'accès à leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, en particulier celles de ces expressions qui présentent une valeur ou une importance culturelle ou spirituelle particulière, telles que les expressions sacrées ou secrètes, et les expressions qui sont particulièrement susceptibles d'être exploitées, comme les interprétations et exécutions d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Les formes de protection proposées sont facultatives et les communautés pourront toujours se fonder exclusivement ou à titre complémentaire sur leurs formes coutumières et traditionnelles de protection contre tout accès indésirable, ce qui pourrait être l'option la plus efficace dans la pratique;
- e) tenir compte des aspects économiques et culturels de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore;
- f) compléter les lois et les mesures relatives à la préservation et à la sauvegarde du patrimoine culturel et être appliquées en association avec ces lois et ces mesures. Dans de nombreux cas, les mesures, les institutions et les programmes existants en ce qui concerne le patrimoine culturel pourraient servir à étayer ces principes, ce qui permettrait d'éviter la répétition inutile d'activités et l'utilisation des ressources à des fins identiques;
- g) reconnaître que les droits de propriété privée sur des éléments culturels traditionnels peut être contraire aux caractéristiques et à la nature des cultures et des valeurs traditionnelles des communautés qui les préservent, les développent et les utilisent et, par conséquent, que les droits de propriété privée doivent compléter, en respectant un équilibre judiciaire, les mesures à caractère non exclusif et les mesures ne relevant pas de la propriété intellectuelle, ainsi que les formes de protection "positive" et "défensive";
- h) mettre en particulier l'accent sur la nécessité d'empêcher l'exploitation des expressions culturelles traditionnelles et des expressions du folklore présentant une importance culturelle particulière et à empêcher les actes insultants, dégradants et offensants à l'égard de ces expressions;
- i) établir un équilibre approprié entre les droits et les intérêts des communautés, des utilisateurs et du grand public. Cela implique notamment de tenir compte des normes internationales en ce qui concerne les droits de l'homme, d'établir un équilibre entre, par exemple, la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, d'une part, et la liberté artistique et intellectuelle, la préservation du patrimoine culturel, l'utilisation et la transmission coutumières des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, la promotion de la diversité culturelle, la stimulation de la créativité individuelle, l'accès aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et l'utilisation de ces expressions ainsi que la liberté d'expression, d'autre part;
- j) répondre directement, d'une façon concrète et ciblée, aux types d'appropriation d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont été déterminés au cours de consultations et de discussions antérieures comme étant les plus courants et les plus flagrants;

k) respecter la nature, les caractéristiques particulières et les formes des cultures traditionnelles, de l'expression et de la créativité;

l) en ce qui concerne la *portée de l'objet à protéger*, proposer d'utiliser comme point de départ la définition du terme "expressions du folklore" figurant dans les dispositions types de 1982 élaborées par l'OMPI et l'UNESCO;

m) en ce qui concerne les *critères de protection*, proposer que cette protection soit étendue aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont "créatifs" (c'est-à-dire le résultat d'une activité intellectuelle de l'homme mais pas nécessairement "originale" ou "nouvelle") et "caractéristiques" du patrimoine culturel traditionnel et de l'identité d'une communauté;

n) en ce qui concerne les *bénéficiaires*, établir que la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doit être dans l'intérêt des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles qui perpétuent, utilisent et développent ces expressions et dont elles sont caractéristiques;

o) en ce qui concerne la *gestion des droits*, l'autorisation d'utiliser les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devrait être accordée, lorsque cela est possible, par les communautés intéressées. Un office, une agence ou une autre administration, déjà existant ou créé spécialement, pourrait remplir diverses tâches associées à la mise en œuvre efficace des mesures de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dans l'intérêt des communautés concernées. Un office de ce type – il peut s'agir d'une administration gouvernementale, para-étatique ou non gouvernementale – pourrait aussi recevoir des demandes d'autorisation d'utiliser les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et faire respecter les droits correspondants au nom des communautés si elles ne sont pas en mesure de le faire, en étroite concertation avec ces communautés. Tout avantage perçu par un tel office devrait être transmis directement à la communauté concernée. Cet office serait aussi chargé de trancher des revendications antagoniques émanant de communautés différentes, autant que possible en fonction du droit et des processus de prise de décision coutumiers;

p) en ce qui concerne la *portée de la protection*, reconnaître le fait que des niveaux et des formes divers et multiples de protection peuvent être appropriés pour différents types d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, selon aussi les objectifs visés. Par exemple, les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière (telles que des expressions sacrées) ou les expressions confidentielles peuvent faire l'objet de modalités renforcées de protection, sous la forme de droits exclusifs ou du principe du "consentement préalable donné en connaissance de cause", par exemple (dans la mesure où le contrôle d'une communauté sur l'accès à ces expressions n'a pas été observé). Les interprétations ou les exécutions d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peuvent aussi faire l'objet d'une protection renforcée, fondée directement sur le droit international existant tel que le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (1996). Par ailleurs, pour d'autres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, en particulier celles qui sont déjà concrètement publiquement disponibles ou accessibles, l'accent pourra être mis sur la réglementation de leur utilisation, à partir des principes relatifs au droit moral, des systèmes de rémunération équitable, des règles de responsabilité compensatoire et des règles relatives à la répression de la concurrence déloyale;

q) en ce qui concerne les *exceptions*, sauvegarder les usages coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore déterminés par les lois coutumières, englober uniquement les utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dépassant le contexte traditionnel ou coutumier, qu'elles répondent ou non à des fins commerciales, et sinon, soumettre les utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore au même genre de limitations que celles qui sont

applicables à la protection des œuvres littéraires et artistiques, des marques, des dessins et modèles industriels et d'autres formes de propriété intellectuelle selon le cas, ces limitations ne devant pas être offensantes et culturellement inappropriées dans le contexte en question;

r) en ce qui concerne la *durée de la protection*, protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore aussi longtemps qu'elles sont perpétuées et utilisées par la communauté culturelle en cause ou demeurent caractéristiques de cette communauté. Les mesures de mise en œuvre régionales et nationales peuvent préciser les circonstances dans lesquelles une expression culturelle traditionnelle ne sera plus considérée comme caractéristique d'une communauté;

s) en ce qui concerne l'*application dans le temps*, prévoir que, tout en respectant autant que possible les droits antérieurs acquis légalement et les utilisations en cours faites de bonne foi d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, les utilisations antérieures et en cours de ces expressions devront être régularisées autant que possible dans un certain délai après l'entrée en vigueur des mesures relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles et des expressions du folklore;

t) en ce qui concerne la *protection existante de la propriété intellectuelle*, renforcer la notion selon laquelle la protection spéciale applicable aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit pas remplacer une protection conventionnelle de la propriété intellectuelle applicable aux expressions culturelles traditionnelles et aux œuvres qui en sont dérivées mais la compléter;

u) en ce qui concerne les *formalités et sanctions, les moyens de recours et l'application*, élaborer des mesures susceptibles d'être appliquées et efficaces et non pas des systèmes comprenant des prescriptions imaginatives mais inapplicables dans la réalité. Aucune formalité n'est proposée pour la protection, bien que, en vue de favoriser la certitude et la transparence, il soit fait état d'un système de notification à des fins déclaratoires, en particulier en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une signification particulière (comme cela a été dit plus haut, elle pourrait faire l'objet de formes renforcées de protection). Cette notification ne devrait pas impliquer le recensement, l'enregistrement ou la divulgation publique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore;

v) en ce qui concerne la *protection régionale et internationale*, établir des mécanismes juridiques et des mesures concrètes tendant à déterminer et appliquer les droits des titulaires de droits étrangers dans des systèmes nationaux. Des organisations régionales existantes ou nouvelles pourraient être chargées de trancher les revendications antagoniques à l'égard d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore émanant de communautés de pays différents, en utilisant pour ce faire le droit coutumier, des sources d'information locales et des procédures de règlement extrajudiciaire dans la mesure du possible.

III. LIGNES D'ACTION POSSIBLES ET MECANISMES JURIDIQUES AU NIVEAU NATIONAL

18. Une exigence générale de protection et des normes internationales générales peuvent être concrètement mises en œuvre au moyen d'un large éventail de mécanismes juridiques nationaux, englobant différentes formes de droits de propriété intellectuelle, des droits de propriété intellectuelle adaptés, le droit général sur la concurrence déloyale et divers mécanismes juridiques généraux dépassant le cadre de la législation relative à la propriété intellectuelle (tels que le droit pénal, la législation relative à la responsabilité civile, les lois sur le patrimoine culturel, les lois sur la diffamation, les lois coutumières, le droit des contrats, le droit du travail ou les systèmes et les lois relatives à la commercialisation et à

l'étiquetage). Cette approche – plus large qu'un régime de droits exclusifs proprement dit – est conforme à l'évolution passée de la protection relative aux droits de propriété intellectuelle telle que la protection des interprétations et exécutions et des phonogrammes; par exemple, la Convention phonogrammes de 1971, qui énonce certaines normes générales, prévoit que "sont réservés à la législation nationale de chaque État contractant les moyens par lesquels la présente Convention sera appliquée et qui comprendront l'un ou plusieurs des moyens suivants : la protection par l'octroi d'un droit d'auteur ou d'un droit spécifique; la protection au moyen de la législation relative à la concurrence déloyale; la protection par des sanctions pénales"¹⁷. La protection du droit moral dans la Convention de Berne (1971) peut aussi être – et est effectivement – mise en œuvre de différentes façons au niveau national : il est dit à l'article 6bis.3 de la Convention de Berne que "[L]es moyens de recours pour sauvegarder les droits [moraux] sont réglés par la législation nationale du pays où la protection est réclamée". Dans la pratique, la protection des droits moraux s'opère soit dans le cadre de la législation sur le droit d'auteur soit, par exemple, dans le cadre de la législation relative à la diffamation, à la concurrence déloyale ou aux contrats. Il est dit de la même façon dans un commentaire bien connu relatif à la Convention de Rome (1961) que la terminologie utilisée dans une disposition sur les droits des artistes interprètes ou exécutants répond "au désir des plénipotentiaires réunis à Rome de laisser aux législations nationales toute liberté sur le choix des moyens, pourvu que les buts poursuivis par la Convention soit atteints. La Convention se caractérise en effet par sa grande souplesse : elle donne donc aux États contractants la faculté de déterminer, de la façon et selon les modalités qu'ils estiment appropriées et les meilleures, la protection conventionnelle que peuvent revendiquer les artistes. Les législateurs ont la possibilité de se fonder sur des conceptions juridiques les plus diverses (droit du travail, droit de la personnalité, droit de la protection contre les actes de concurrence déloyale, droit basé sur la théorie de l'enrichissement sans cause etc. ... et même, s'ils le veulent, droit exclusif) et de recourir à des réglementations de différentes natures (civile, pénale, administrative). Mais ce qui importe c'est que soit atteint l'objectif [de la protection définie]"¹⁸. La souplesse est aussi apparue comme une nécessité lors de travaux précédents consacrés à l'élaboration de normes pour la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Bien que les dispositions types de 1982 soient, par elles-mêmes, des dispositions de loi, le terme "loi" y apparaît entre crochets "afin qu'il soit clair qu'elles ne doivent pas nécessairement se présenter sous la forme d'une loi distincte mais qu'elles peuvent constituer, par exemple, l'un des chapitres d'un code de la propriété intellectuelle. Il n'est pas indispensable non plus que ces dispositions soient adoptées par voie législative; elles peuvent être édictées, par exemple, par décret ou décret-loi. Les dispositions types ont été conçues de manière à laisser au législateur national une latitude suffisante pour adopter le type de dispositions qui correspond le mieux aux conditions propres à chaque pays intéressé"¹⁹.

19. Pour illustrer ce qui précède par un exemple concret, prenons un principe selon lequel, par exemple, une protection devrait être établie contre les indications fausses ou de nature à induire en erreur utilisées dans l'exercice du commerce en ce qui concerne l'origine, les caractéristiques, l'approbation par une communauté ou l'association avec une communauté de créations fondées sur la tradition (un exemple typique est constitué par un objet artisanal vendu comme "authentique" ou "indien" alors qu'il ne l'est pas). Ce principe pourrait être mis en œuvre au niveau national par le biais i) de l'enregistrement et de l'utilisation de

¹⁷ Article 3 de la Convention pour la protection des producteurs de phonogrammes contre la reproduction non autorisée de leurs phonogrammes (1971).

¹⁸ Page 42 du *Guide de la Convention de Rome et de la Convention phonogrammes*, OMPI (1981).

¹⁹ Commentaire des dispositions types (1982).

marques de certification par les communautés concernées; ii) des recours civils ou pénaux disponibles dans le cadre des pratiques commerciales générales et des législations sur l'étiquetage; iii) de l'adoption de législations prévoyant expressément cette forme de protection pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; iv) de l'enregistrement et de l'utilisation d'indications géographiques, et des sanctions prévues par la "common law" applicables dans les cas de "passing off" et de concurrence déloyale (voir aussi le document WIPO/GRTKF/IC/7/4). À condition que l'objectif soit atteint, à savoir l'octroi de la protection souhaitée, les moyens juridiques, les principes et les motifs d'action invoqués devraient être sans importance.

20. Le document WIPO/GRTKF/IC/7/4 ("La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : synthèse et analyse des options de politique générale et des mécanismes juridiques") qui complète le présent document propose un éventail d'options de politique générale et de mécanismes juridiques qui pourraient permettre d'atteindre et de mettre en œuvre les objectifs et les principes énoncés dans le présent document, compte tenu de toute la gamme de possibilités déjà envisagées par le comité, ainsi qu'une brève analyse des incidences de chaque option sur le plan de la politique générale et sur le plan pratique. Les objectifs et les principes tels que ceux qui sont formulés dans le présent document pourraient mieux se prêter à un accord au niveau international ("échelon international"), les options et les mécanismes mentionnés dans l'autre document correspondent peut-être davantage aux souhaits des législateurs chargés d'élaborer des lois et des mesures nationales et régionales ("échelon national et régional") en vue d'atteindre et de mettre en œuvre des objectifs et des principes convenus à l'échelon international. En d'autres termes, les options et les mécanismes mentionnés dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/4 peuvent être considérés, tout au moins à ce stade, comme intéressants principalement aux niveaux national et régional. Toutefois, cette distinction entre les échelons international et national et régional n'est pas absolue et ne constitue pas la différence fondamentale entre ces deux documents.

21. Dans un souci de brièveté, et étant donné que le deuxième document est censé démontrer au moyen de quelques exemples uniquement que les objectifs et les principes tels que ceux dont il est question dans le présent document peuvent être atteints et remis en œuvre de différentes façons, seuls quelques-uns de principes sont examinés de façon approfondie dans le deuxième document. Ce dernier document sera actualisé et complété en fonction de l'évolution ultérieure des objectifs et des principes énoncés dans le présent document (dans l'annexe I). Aucune décision précise n'est requise à ce stade à propos du deuxième document et le comité est simplement invité à en prendre note et à formuler les observations qu'il souhaite.

IV. UTILISATION DE CERTAINS TERMES DANS LE PRESENT DOCUMENT

"Expressions culturelles traditionnelles" et "expressions du folklore"

22. Conformément à des documents et à des délibérations antérieures, les termes "expressions culturelles traditionnelles" et "expressions du folklore" sont utilisés dans le présent document comme des synonymes interchangeables²⁰. Ces deux termes sont utilisés ensemble dans la plupart des cas, de façon à tenir compte des préoccupations exprimées par

²⁰ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

certaines communautés en ce qui concerne la connotation négative du terme folklore tout en respectant le fait que ce dernier mot est largement utilisé dans de nombreuses lois nationales et divers instruments internationaux.

Expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et “savoirs traditionnels”

23. Le présent document et le document WIPO/GRTKF/IC/7/4 portent expressément sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Les documents WIPO/GRTKF/IC/7/5 et WIPO/GRTKF/IC/7/6 sont des documents strictement parallèles qui ont trait à la protection des savoirs traditionnels proprement dits. Cela est conforme à l’approche suivie traditionnellement par le comité qui consiste à envisager la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et des savoirs traditionnels *stricto sensu* parallèlement mais séparément, ainsi que cela a été expliqué et développé dans des documents antérieurs²¹ et que l’ont proposé de nombreux États membres²². Ainsi que ces principes le mettent en lumière, il est question des moyens d’assurer une protection juridique contre l’utilisation abusive de ces éléments par des tiers en dehors du cadre traditionnel et non pas d’imposer des définitions ou des catégories en vue de leur intégration dans les pratiques, les principes et les textes de loi coutumiers des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres. Cette démarche est par conséquent compatible avec le contexte traditionnel dans lequel les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ainsi que les savoirs traditionnels sont souvent considérés comme parties intégrantes d’une identité culturelle globale, subordonnée au même ensemble de lois et de pratiques coutumières.

Le terme “protection”

24. Dans le sens de la pratique établie²³, le terme “protection” désigne la protection telle qu’elle est envisagée généralement dans les lois de propriété intellectuelle, c’est-à-dire qu’elle vise essentiellement à donner les moyens juridiques d’empêcher des tiers d’accomplir certains actes non autorisés impliquant l’utilisation d’éléments protégés. La “protection” dans ce sens doit être distinguée des notions de “préservation” et “sauvegarde”, qui dans le contexte du patrimoine culturel désigne en général l’identification, la fixation, la transmission, la revitalisation et la promotion de ce patrimoine en vue d’assurer sa perpétuation ou sa viabilité²⁴. Le terme “protection” dans le domaine de la propriété intellectuelle n’englobe pas seulement les droits de propriété exclusifs – les droits moraux, les systèmes de rémunération

²¹ Voir les distinctions établies dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/12 et les précisions supplémentaires données dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/3.

²² Groupe des pays africains (paragraphe 123 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15); Équateur (paragraphe 157 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15); Suisse (paragraphe 143 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15); Union européenne et ses États membres (paragraphe 218 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17 et paragraphes 27 et 192 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14); Canada (paragraphe 235 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17), Chine (paragraphe 242 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17) et États-Unis d’Amérique (paragraphe 254 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17); groupe des pays africains (paragraphe 188 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14); GRULAC (paragraphe 189 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14); Venezuela (paragraphe 34 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14) et Égypte (paragraphe 196 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

²³ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3, et, plus généralement, le document WIPO/GRTKF/IC/5/12.

²⁴ Voir le glossaire sur le patrimoine culturel immatériel de la Commission des Pays-Bas pour l’UNESCO, 2002.

équitable et la concurrence déloyale font aussi partie du droit d'auteur, des droits connexes et de la propriété intellectuelle en général et méritent d'être pris en considération face aux préoccupations exprimées par les peuples autochtones et les communautés traditionnelles et autres en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

Les bénéficiaires de la protection : peuples autochtones et communautés traditionnelles et autres communautés culturelles

25. Il a été indiqué dans les documents antérieurs que devraient bénéficier de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore les “peuples autochtones”, les “communautés traditionnelles” et les “communautés locales” ainsi que d'autres entités désignées par des termes voisins. Divers termes sont utilisés dans les lois existantes²⁵. Certaines délégations²⁶ et certains représentants d'observateurs²⁷ ont indiqué que la portée des travaux du comité devrait aller au-delà de la notion de “peuples autochtones” au sens strict de ce terme²⁸, bien qu'il ait été fait largement état des préoccupations particulières des peuples autochtones dans le comité, à la fois par les représentants d'organisations

²⁵ Par exemple, les termes “communautés”, “propriétaires traditionnels” et “peuples autochtones” sont utilisés respectivement dans les dispositions types de 1982, le cadre type pour la région du Pacifique et la loi péruvienne de 2002.

²⁶ Alors que les peuples autochtones sont des parties prenantes importantes dans ce débat, “[T]outes les expressions du folklore n'appartiennent pas aux peuples autochtones et il est également nécessaire de prendre en considération les expressions du folklore des peuples non autochtones”, Mexique (paragraphe 30 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14). Voir aussi le Canada (paragraphe 39 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

²⁷ L'American Folklore Society (AFS) a déclaré que le terme “folklore” comprend les savoirs des peuples autochtones, mais ne se limite pas à cette définition. Elle a proposé que les travaux de l'OMPI prennent en considération l'ensemble des groupes culturels traditionnels qui ont droit à la protection de la culture traditionnelle par la propriété intellectuelle, outre les peuples autochtones, tels que les Cajuns en Louisiane, les Amish en Pennsylvanie et les communautés africaines, asiatiques et latino-américaines des États-Unis d'Amérique. L'AFS souhaite donc élargir la notion de “groupe traditionnel” de façon qu'elle puisse inclure différentes identités, comme les identités régionales, religieuses, ethniques ou familiales (paragraphe 57 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15).

²⁸ L'expression “peuples autochtones” au “sens strict” correspond, ainsi que cela a été mentionné dans le rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête menées en 1998 et 1999, au 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 définies comme “les entités qui, s'inscrivant dans la continuité historique des sociétés ‘pré-invasion’ et pré-coloniales 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”. La loi philippine de 1997 et la loi péruvienne de 2002 utilisent ce terme dans ce sens.

gouvernementales et par les représentants d'organisations non gouvernementales, de sorte qu'il est possible de continuer à établir une distinction entre ces communautés même dans un contexte plus large.

26. Il pourra être nécessaire d'approfondir cette question ultérieurement. Toutefois, il est probablement préférable qu'il soit procédé au choix du terme utilisé pour désigner les bénéficiaires de la protection dans le cadre des consultations nationales et communautaires et des décisions qui en découleront, conformément à la proposition selon laquelle tous les principes acceptés à l'échelon international devraient laisser aux législateurs nationaux une souplesse suffisante en ce qui concerne leur mise en œuvre. Aux fins de notre étude, nous utiliserons dans le présent document et dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/4 l'expression de portée générale "peuples autochtones et communautés traditionnelles et autres communautés culturelles", ou simplement "communautés". L'utilisation de ces termes ne tend pas à suggérer l'existence d'un quelconque consensus entre les participants du comité quant à la validité ou 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 dans les délibérations d'autres instances internationales.

V. LA DIMENSION INTERNATIONALE

27. De nombreux États membres ont déclaré que la "dimension internationale" de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est d'une importance capitale. Il était proposé dans le rapport final sur les réponses au questionnaire de l'OMPI sur le folklore²⁹ que le comité examine expressément, à sa troisième session (juin 2002), les modalités de la protection internationale des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, mais cette proposition n'a pas été approuvée à l'époque. Dans le cadre du nouveau mandat du comité pour l'exercice 2004-2005, celui-ci est invité à privilégier en particulier la dimension internationale des questions qu'il est chargé d'examiner. Par conséquent, à sa sixième session, le comité a débattu de la dimension internationale de ses travaux, à partir d'une étude sur la "dimension internationale" des savoirs traditionnels ou expressions culturelles traditionnelles et des expressions du folklore en général (WIPO/GRTKF/IC/6/6). Le comité est arrivé à la conclusion que la dimension internationale ne constitue pas une question distincte mais fait partie intégrante de l'examen sur le fond de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore³⁰. Par conséquent, le présent document examine aussi les principes, les options de politique générale et les mécanismes juridiques associés à la dimension internationale (voir les annexes I et II sous "Protection régionale et internationale").

VI. RENFORCEMENT DES CAPACITES ET AUTRES ACTIVITES CONCRETES

28. Il a été largement souligné que toute protection au bénéfice des détenteurs d'expressions culturelles ou expressions du folklore doit être à la fois efficace et conçue en fonction du contexte particulier de ces communautés et des contraintes de celles-ci sur le plan des

²⁹ Document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

³⁰ Groupe des pays africains (paragraphe 188 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Brésil (paragraphe 195 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Thaïlande (paragraphe 201 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Canada (paragraphe 205 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14). Voir aussi le paragraphe 231 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14.

ressources. Par conséquent, les principes proposés mentionnent la nécessité de définir des mesures de protection efficaces, appropriées et accessibles. Cela souligne aussi la nécessité de procéder à une action coordonnée en matière de renforcement des capacités et de sensibilisation afin de garantir l'efficacité de toute protection. Un guide pratique complet sur la protection efficace des expressions culturelles traditionnelles est en cours d'élaboration. Dans l'intervalle, le Secrétariat a élaboré un questionnaire sur la création de systèmes efficaces de protection des expressions culturelles traditionnelles et des expressions du folklore en tant que moyen informel que les États et les organisations régionales pourront souhaiter utiliser pour structurer, faciliter et orienter des consultations nationales et régionales sur la question. Ce questionnaire utilise et met en application les mesures concrètes mentionnées dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/3. Le questionnaire fait l'objet du document WIPO/GRTKF/IC/7/INF 4. Des éléments concrets auxiliaires sont aussi en cours d'élaboration. Sous réserve des ressources disponibles, le Secrétariat étudie la possibilité d'élaborer, en étroite collaboration avec les parties intéressées, des éléments concrets, des lignes directrices et des pratiques recommandées pour les services d'archives, les musées et d'autres dépositaires d'expressions culturelles traditionnelles ainsi que pour les utilisateurs commerciaux d'expressions culturelles traditionnelles et d'expressions du folklore³¹ (ces activités et d'autres ont reçu le soutien exprès de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions indigènes; voir le document WIPO/GRTKF/IC/7/13), et des prescriptions techniques pour les bases de données et les registres relatifs aux expressions culturelles traditionnelles³². Ces formes d'aide concrète, en particulier l'élaboration d'un guide inspiré par des pratiques recommandées, ont aussi été approuvées pendant un séminaire sous-régional sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore tenu à Rabat (Maroc) en mai 2003³³.

VII. CONCLUSIONS

29. La formulation d'objectifs de politique générale et de principes fondamentaux communs en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est potentiellement utile non seulement pour les bénéficiaires prévus de la protection mais aussi pour l'ensemble de la communauté et peut promouvoir des intérêts qui sont partagés par les pays de chaque région. Il s'agit d'un domaine du développement de la politique et de la législation nationales et régionales riche en initiatives et évoluant rapidement. Il pourrait en résulter des mesures divergentes et mutuellement incompatibles sur le plan législatif susceptibles de créer des difficultés et des incertitudes pour des communautés autochtones et traditionnelles cherchant à préciser et à défendre leurs droits. Cela créerait aussi des difficultés et des incertitudes pour ceux qui souhaitent de bonne foi utiliser, échanger, approfondir des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et tirer des enseignements et s'inspirer de ces expressions. Dans le même temps, il s'agit d'un domaine de l'élaboration des politiques et du développement du droit qui doit progresser dans le cadre de consultations, de façon interactive et progressive, et compte dûment tenu non seulement de la diversité des systèmes juridiques nationaux et des réalités sociales et économiques, mais aussi de la diversité des besoins, des attentes et des lois et pratiques coutumières des

³¹ Nouvelle-Zélande (paragraphe 41 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), avec le soutien de plusieurs autres parties prenantes.

³² Inde (paragraphe 48 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

³³ Disponible en français, anglais et espagnol à l'adresse <http://www.wipo.int/tk/fr/activities/index.html>.

communautés qui conservent des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Les mesures touchant directement les des expressions culturelles traditionnelles et les expressions du folklore devraient aussi respecter le mandat d'autres instances internationales et ne pas empêcher des décisions importantes de politique générale dans d'autres instances.

30. Il semble donc qu'une place importante doive être accordée à l'élaboration d'une série d'objectifs de politique générale et de principes fondamentaux communs de façon à établir les fondements ou les éléments essentiels d'une méthode de protection commune et à mettre en place une fondation et une assise plus solides propices à la fois à la poursuite du développement du droit au sein de l'OMPI et à une interaction mieux définie avec d'autres instances internationales. Cela encouragerait aussi la collaboration et la coordination au niveau des approches nationales et régionales de sorte à exclure des conceptions mutuellement incompatibles et contradictoires, ce qui en fin de compte serait préjudiciable aux détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et au public en général.

31. Les objectifs et les principes proposés, qui sont énoncés et examinés dans les annexes I et II du présent document, visent uniquement à illustrer la possibilité d'aboutir, d'une façon qui favorise la cohérence et la coordination sur le plan international et permette de progresser sur la voie d'une protection plus efficace des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, tout en offrant aussi la souplesse et la dimension garantissant la diversité appropriée au niveau national et de futurs progrès au niveau international grâce à l'apport précieux de données d'expérience émanant de nombreux pays que le comité a déjà étudiées et répertoriées. Le comité pourra souhaiter fonder ses travaux futurs sur certains ou la totalité des éléments proposés dans le présent document ou étudier d'autres approches ou propositions. Une initiative possible consisterait pour le comité à inviter les parties ayant le statut de membre ou d'observateur du comité à fournir d'autres contributions avant le 25 février 2005, de sorte qu'un projet de texte intermédiaire pourrait être élaboré à partir de toutes les contributions reçues. Un projet révisé pourrait alors être élaboré et présenté pour examen par le comité à sa huitième session; le comité pourrait alors l'adopter et le transmettre ensuite à l'Assemblée générale de l'OMPI. Cela permettrait de préciser que l'adoption d'un tel texte serait sans préjudice du futur statut juridique de tout accord et autres résultats auxquels pourraient parvenir les États membres de l'OMPI. Il pourrait aussi être souhaitable d'étudier la possibilité de faire examiner ce projet révisé avant la huitième session du comité dans le cadre de consultations avec des experts ou de réunions de travail informelles.

32. Le comité est invité à : i) examiner le projet d'objectifs et de principes proposé figurant dans l'annexe I du présent document compte tenu des éléments d'appréciation figurant dans l'annexe II; ii) demander des observations supplémentaires sur le projet d'objectifs et de principes fondamentaux figurant dans l'annexe I, y compris des propositions rédactionnelles précises, avant le 25 février 2005; iii) demander au Secrétariat de l'OMPI d'élaborer, à partir de l'annexe I et de toutes les contributions et observations ultérieures communiquées par les participants

du comité, un nouveau projet d'objectifs et de principes concernant la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pour examen et adoption éventuelle par le comité à sa huitième session, et iv) envisager la possibilité d'organiser des consultations avec des experts ou des réunions de travail pour évaluer et examiner le nouveau projet d'objectifs et de principes ainsi élaboré avant la huitième session du comité.

[Les annexes suivent]

ANNEXE I

RESUME DU PROJET D'OBJECTIFS DE POLITIQUE GENERALE ET DE PRINCIPES FONDAMENTAUX CONCERNANT LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES OU EXPRESSIONS DU FOLKLORE

La présente annexe fournit le texte des éléments proposés, qui sont présentés dans le corps du document. Ces éléments sont passés en revue et précisés dans l'annexe II. Ils sont regroupés en une seule proposition afin de faciliter la poursuite de la réflexion et de la discussion sur les options qu'aurait le comité dans son travail d'élaboration d'une synthèse des objectifs de politique générale et des principes fondamentaux.

I. OBJECTIFS DE POLITIQUE GENERALE

La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devrait viser les objectifs suivants :

[Reconnaître la valeur des cultures traditionnelles et du folklore]

i) reconnaître la valeur intrinsèque des cultures traditionnelles et du folklore, notamment leur valeur sociale, culturelle, spirituelle, économique, intellectuelle, commerciale et éducative, et tenir compte du fait que les cultures traditionnelles constituent des cadres très divers où se manifestent une innovation et une créativité permanentes qui bénéficient à toute l'humanité;

[Assurer le respect des cultures traditionnelles et du folklore]

ii) assurer le respect des cultures traditionnelles et du folklore, ainsi que de la dignité, de l'intégrité culturelle et des valeurs intellectuelles et spirituelles des peuples et des communautés qui préservent et perpétuent les expressions de ces cultures et de ce folklore;

[Répondre aux besoins réels des communautés]

iii) s'orienter en fonction des aspirations et des attentes exprimées directement par les peuples autochtones et par les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, et contribuer au bien-être et au développement économique, culturel et social durable de ces peuples et communautés;

[Donner des moyens d'action aux communautés]

iv) s'inspirer de la protection fournie aux créations et innovations intellectuelles, d'une façon à la fois équilibrée et équitable et en donnant aux peuples autochtones et aux communautés traditionnelles et autres communautés culturelles des moyens efficaces d'avoir dûment la maîtrise de leurs propres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, avec notamment un droit moral et des droits patrimoniaux appropriés, s'ils le souhaitent;

[Soutenir les pratiques coutumières]

v) respecter et faciliter le processus constant d'usage, de développement, d'échange et de transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par ces communautés, en leur sein et entre elles;

[Contribuer à la sauvegarde des cultures traditionnelles]

vi) contribuer à la préservation et à la sauvegarde des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ainsi que des moyens coutumiers nécessaires à leur développement, à leur préservation et à leur transmission, et œuvrer en faveur de la conservation, de l'application et d'un usage plus large de ces expressions, dans l'intérêt direct des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, ainsi que pour le bien de l'humanité en général;

[Respecter les accords et processus internationaux pertinents et coopérer avec lesdits processus]

vii) reconnaître les autres instruments et processus internationaux et régionaux et en tenir compte;

[Encourager l'innovation et la créativité dans les communautés]

viii) encourager, récompenser et protéger la créativité et l'innovation authentiques fondées sur la tradition – en particulier, lorsqu'ils le désirent, de la part des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles ainsi que de leurs membres;

[Encourager l'échange intellectuel et culturel]

ix) favoriser, le cas échéant, l'accès aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et leur utilisation sur une plus grande échelle, à des conditions justes et équitables pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, dans l'intérêt général du public et en tant que moyen de développement durable;

[Contribuer à la diversité culturelle]

x) contribuer à la promotion et à la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques;

[Promouvoir le développement communautaire et les activités commerciales légitimes]

xi) encourager l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore aux fins du développement communautaire, en reconnaissant qu'elles constituent un bien collectif des communautés qui s'identifient à elles; favoriser en outre le développement et l'expansion des possibilités de commercialisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore authentiques, notamment des arts et artisanats traditionnels.

[Empêcher l'octroi de droits de propriété intellectuelle non valables]

xii) empêcher l'octroi, l'exercice et l'application de droits de propriété intellectuelle non valables, acquis par des parties non autorisées, sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, ainsi que sur les œuvres dérivées de ces expressions;

[Renforcer la certitude, la transparence et la confiance mutuelle]

xiii) renforcer la certitude et la transparence, ainsi que la compréhension et le respect mutuels, dans les relations entre les peuples autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, d'une part, et les milieux universitaires, commerciaux, pédagogiques et autres utilisant les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, d'autre part;

[Apporter un complément à la protection des savoirs traditionnels]

xiv) tenir compte systématiquement de la protection des savoirs traditionnels en respectant le fait que, pour de nombreuses communautés, leurs savoirs et les expressions de leur culture font indissociablement partie de leur identité culturelle holistique.

II. PRINCIPES FONDAMENTAUX

A. Principes directeurs généraux

[Il convient de respecter ces principes si l'on veut faire en sorte que les principes particuliers concernant la protection soient équitables, équilibrés, efficaces et cohérents, et servent adéquatement les objectifs de la protection. Chaque principe est suivi ici d'une brève description de son effet possible; une description plus complète figure dans l'annexe II.]

Principe de sensibilité aux aspirations et aux attentes des communautés concernées

La protection doit refléter les aspirations et les attentes des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles; elle doit notamment prendre en compte et appliquer dans la mesure du possible les lois et protocoles indigènes et coutumiers, encourager l'usage complémentaire de mesures de protection positive et défensive, tenir compte des aspects culturels et économiques du développement, s'attaquer aux actes insultants, dégradants et offensants, permettre une participation pleine et entière des communautés concernées, et reconnaître le caractère indissociable des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pour de nombreuses communautés. Il convient également de considérer que les mesures de protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être librement consenties par les peuples autochtones et autres communautés, qui auront toujours le droit d'avoir recours – exclusivement ou de façon complémentaire – à leurs modes de protection coutumiers et traditionnels contre tout accès indésirable à leurs expressions culturelles traditionnelles ou aux expressions de leur folklore et contre tout usage indésirable de ces expressions.

Principe d'équilibre et de proportionnalité

La protection doit tenir compte d'une triple nécessité : maintenir un équilibre équitable entre les droits et intérêts de ceux qui développent, préservent et perpétuent les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et ceux qui les utilisent et en tirent avantage, concilier des enjeux très divers et faire en sorte que les mesures de protection qui seront prises soient proportionnées aux objectifs de la protection et aux réalités et besoins concrets, et permettent de maintenir un juste équilibre entre les divers intérêts en cause.

Principe de respect des autres instruments et processus internationaux et régionaux et de coopération avec lesdits processus

Les modalités de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être compatibles avec les objectifs d'autres instruments et processus internationaux et régionaux, sans préjudice des droits et obligations particuliers déjà établis par des instruments juridiques contraignants. Les présents principes ne visent en aucune

façon à court-circuiter l'élaboration d'autres instruments ou les travaux d'autres instances concernant le rôle des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dans d'autres domaines d'action.

Principe de souplesse et d'exhaustivité

La protection doit respecter la diversité des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ainsi que le vaste éventail de besoins des bénéficiaires de la protection, tenir compte de la diversité des contextes et des systèmes juridiques nationaux, et ménager une marge de manœuvre suffisante pour que les administrations nationales puissent définir les moyens qui permettront le mieux de réaliser les objectifs qu'elle vise. Il est possible, pour ce faire, de recourir à un ensemble très varié de formules associant mesures à caractère exclusif ou non exclusif et mesures ne relevant pas de la propriété intellectuelle, et faisant intervenir des droits de propriété intellectuelle existants, des élargissements ou des adaptations *sui generis* de droits de propriété intellectuelle et des mesures et systèmes *sui generis* de propriété intellectuelle conçus spécialement à cet effet, comprenant des mesures défensives et positives. Des droits de propriété privée doivent compléter, en respectant un équilibre approprié, les mesures à caractère non exclusif et les mesures ne relevant pas de la propriété intellectuelle.

Principe de reconnaissance de la nature spécifique, des caractéristiques et des formes traditionnelles de l'expression culturelle

La protection doit être adaptée à plusieurs traits caractéristiques des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : leur caractère traditionnel; leur contexte collectif ou communautaire et le caractère intergénérationnel de leur développement, de leur préservation et de leur transmission; leur relation avec l'identité et l'intégrité, les croyances, la spiritualité et les valeurs culturelles et sociales d'une communauté; le fait qu'elles sont souvent les véhicules d'une expression religieuse et culturelle et, enfin, leur évolution constante au sein de la communauté concernée. Les mesures spéciales de protection juridique doivent également tenir compte du fait que, dans la pratique, les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont pas toujours créées dans des "communautés" assez clairement délimitées pour être reconnaissables et pouvoir être traitées comme une personne morale ou un groupe d'acteurs homogène. Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont pas toujours l'expression d'identités locales distinctes; souvent, d'ailleurs, elles ne sont pas véritablement propres à une seule communauté mais sont plutôt le produit d'influences et d'échanges interculturels.

Principe de respect de l'usage et de la transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

La protection doit encourager l'usage, le développement, l'échange, la transmission et la diffusion des expressions culturelles traditionnelles et des expressions du folklore par les communautés concernées et conformément à leurs lois et pratiques coutumières. Aucun usage contemporain d'une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore au sein de la communauté qui l'a développée et perpétuée ne doit être considéré comme une déformation dès lors que la communauté s'identifie à cet usage de l'expression et à toute modification qu'il suppose. L'utilisation, les pratiques et les normes coutumières doivent orienter dans la mesure du possible la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, et notamment le traitement de questions telles que

la titularité des droits, la gestion des droits et le processus décisionnel communautaire, le partage équitable des avantages, les exceptions et limitations des droits et les moyens de recours.

Principe d'efficacité et d'accessibilité de la protection

Les mesures relatives à l'acquisition, à la gestion et à l'application des droits ainsi qu'à la mise en œuvre d'autres modes de protection doivent être efficaces, judicieuses et accessibles, et tenir compte du contexte culturel, social, politique et économique des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles.

B. Principes de fond particuliers

B.1 Portée de l'objet à protéger

a) Les termes "expressions culturelles traditionnelles" ou "expressions du folklore" peuvent s'entendre de productions composées d'éléments caractéristiques du patrimoine culturel traditionnel développé et perpétué par une communauté ou par des individus reconnus comme répondant aux aspirations artistiques traditionnelles de cette communauté. Ces productions peuvent comprendre, par exemple, les formes d'expression suivantes, ou des combinaisons de ces formes d'expression :

i) les expressions verbales telles que les contes populaires, la poésie populaire et les énigmes, ainsi que des éléments du langage tels que les mots, les signes, les noms, les symboles et autres indications;

ii) les expressions musicales telles que les chansons et la musique instrumentale populaires;

iii) les expressions corporelles telles que les danses et spectacles populaires ainsi que les expressions artistiques ou les rituels, que ces expressions soient fixées ou non sur un support; et

iv) les expressions tangibles, telles que

a) les ouvrages d'art populaire, notamment les dessins, modèles, peintures, ciselures, sculptures, poteries, objets en terre cuite, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, produits artisanaux, travaux d'aiguille, textiles, tapis, costumes;

b) les instruments de musique;

c) les ouvrages d'architecture.

b) Le choix précis des termes qui désigneront l'objet protégé doit se faire aux niveaux national et régional.

B.2 Critères de protection

Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peuvent être protégées, quels que soient le mode ou la forme d'expression, à condition qu'elles soient

i) les produits d'une activité intellectuelle créative, notamment d'une créativité collective et cumulative, et

ii) caractéristiques de l'identité culturelle distinctive d'une communauté et du patrimoine traditionnel développé et perpétué par cette communauté.

B.3 Bénéficiaires

Les mesures de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent viser l'intérêt des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles

- i) qui sont les gardiens des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et sont chargés de leur protection, conformément à leurs droits et pratiques coutumiers, et
- ii) qui perpétuent et utilisent les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en tant qu'éléments caractéristiques de leur patrimoine culturel traditionnel.

B.4 Gestion des droits

a) Pour garantir l'efficacité de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, une administration responsable, qui peut être un office ou un autre organisme existant, doit être chargée de fonctions de sensibilisation, d'éducation, de conseil et d'orientation, de surveillance et de règlement des litiges, entre autres.

b) Les autorisations requises pour exploiter les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être obtenues soit directement auprès de la communauté concernée, soit auprès de l'administration agissant pour le compte et dans l'intérêt de cette communauté. Lorsque les autorisations sont délivrées par cette administration,

- i) elles ne doivent être accordées qu'après des consultations appropriées avec les peuples autochtones ou communautés traditionnelles – ou autres – concernés, conformément à leurs systèmes traditionnels de prise de décisions et de gestion des affaires publiques;
- ii) elles doivent être conformes à la portée de la protection prévue pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore concernées et, en particulier, prévoir le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces expressions;
- iii) les incertitudes ou les litiges relatifs à la question de savoir quelles communautés sont concernées doivent être résolus, dans la mesure du possible, selon les lois et pratiques coutumières;
- iv) tous les avantages monétaires ou non monétaires découlant de l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être transmis directement par l'administration perceptrice au peuple autochtone ou à la communauté traditionnelle ou autre concernés;
- v) une législation ou un règlement d'habilitation ou des mesures administratives d'application doivent fournir une orientation sur des questions telles que les procédures de demande d'autorisation, les taxes que l'administration peut, le cas échéant, percevoir pour ses services, les procédures de publication officielle, le règlement des litiges et les conditions régissant la délivrance d'autorisations par l'administration.

B.5 Portée de la protection

Des mesures adéquates doivent être prises pour

- i) empêcher la reproduction, l'adaptation, la communication au public et toutes autres formes d'exploitation similaires des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle

particulière (par exemple les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore à caractère sacré) et des œuvres qui en sont dérivées, ainsi que la déformation, la mutilation ou autre modification de ces expressions et œuvres ou tout acte leur portant atteinte, et l'acquisition par des tiers de droits de propriété intellectuelle sur lesdites expressions et œuvres;

ii) empêcher la divulgation et l'utilisation ultérieure non autorisées d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes, ainsi que l'acquisition par des tiers de droits de propriété intellectuelle sur ces expressions;

iii) en ce qui concerne les interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, garantir la protection du droit moral et des droits patrimoniaux prévus par le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (1996), et

iv) garantir que, en cas d'utilisation et d'exploitation d'autres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore,

- les communautés autochtones, traditionnelles ou autres communautés culturelles concernées seront reconnues comme étant la source de toute œuvre dérivée ou inspirée de ces expressions;
- toute déformation, mutilation ou autre modification d'expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore – ou autre acte portant atteinte à une telle expression – qui constituerait un outrage ou serait préjudiciable à la réputation, aux valeurs coutumières ou à l'identité ou l'intégrité culturelle de la communauté, pourra être empêché ou sera passible de sanctions civiles ou pénales;
- toute indication ou allégation fautive, prêtant à confusion ou fallacieuse et contraire aux pratiques commerciales honnêtes qui serait utilisée dans l'exercice du commerce en ce qui concerne l'origine, la nature, le procédé de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi, la quantité, l'approbation par une communauté – ou l'association avec une communauté – de produits ou de services qui mentionnent, utilisent ou évoquent des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pourra être empêchée ou sera passible de sanctions civiles ou pénales, et
- lorsque l'exploitation est à but lucratif, il y aura une rémunération ou un partage des avantages équitable selon des modalités définies par une autorité compétente et la communauté concernée.

B.6 Exceptions et limitations

Les mesures visant à protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent

i) être telles qu'elles ne restreindront ou n'entraveront pas l'usage, la transmission, l'échange et le développement normaux des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par des membres de la communauté concernée et dans le contexte traditionnel et coutumier, tels que les définissent les lois et pratiques coutumières;

ii) porter uniquement sur les utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont faites en dehors du contexte traditionnel ou coutumier, que ce soit ou non à des fins commerciales;

iii) être soumises au même genre de limitations que celles qui sont applicables à la protection des œuvres littéraires et artistiques, des dessins et modèles industriels, des marques et autres éléments de propriété intellectuelle, selon les cas. Toutefois, ces limitations ne doivent pas autoriser une utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore susceptible d'être offensante pour la communauté concernée.

B.7 Durée de la protection

a) La protection de toute expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore doit durer aussi longtemps que cette expression est perpétuée et utilisée dans le cadre de l'identité culturelle et du patrimoine traditionnel du peuple autochtone ou de la communauté traditionnelle ou culturelle concernée, ou reste caractéristique de cette identité et de ce patrimoine.

b) Les mesures visant à protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peuvent préciser les circonstances dans lesquelles une expression sera réputée ne plus être caractéristique d'un peuple ou d'une communauté particuliers.

B.8 Formalités

a) La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit être soumise à aucune formalité.

b) À des fins de transparence et de certitude, les mesures visant à protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peuvent prévoir que certaines catégories d'expressions de ce type pour lesquelles la protection est demandée doivent faire l'objet d'une notification à une autorité compétente, notamment les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière, par exemple un caractère sacré. Cette notification aurait une fonction déclaratoire, ne constituerait pas en elle-même de droits, et pourrait concerner une protection positive ou défensive. Elle ne devrait pas supposer ni exiger la fixation, l'enregistrement ou la divulgation publique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

B.9 Sanctions, moyens de recours et application

a) Des mécanismes d'exécution et de résolution des litiges, des sanctions et des moyens de recours accessibles et adéquats doivent être à disposition pour les cas de violation de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

b) Une administration doit être chargée, entre autres fonctions, de conseiller et d'aider les communautés en matière d'application des droits et d'intenter des actions civiles et pénales en leur nom, s'il y a lieu et à leur demande.

B.10 Application dans le temps

Tout usage continu d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui aurait commencé avant l'adoption de nouvelles mesures de protection devra être mis en conformité avec ces mesures dans un délai raisonnable après leur entrée en vigueur, un traitement équitable devant toutefois être réservé aux droits et intérêts acquis par des tiers du fait d'un usage antérieur de bonne foi. Le maintien d'un usage antérieur de bonne foi qui dure depuis longtemps peut être autorisé, mais l'utilisateur doit être incité à indiquer la source des

expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore concernées et à partager avec la communauté d'origine les avantages découlant de l'usage en question. Les autres utilisations doivent cesser au terme d'une période de transition de durée raisonnable.

B.11 Rapport avec la protection de la propriété intellectuelle

La protection spécifique assurée aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit pas remplacer la protection prévue par d'autres lois de propriété intellectuelle pour ces expressions et les œuvres qui en sont dérivées, mais être complémentaire.

B.12 Protection internationale et régionale

a) Des mécanismes juridiques et administratifs doivent être mis en place pour fournir, au sein des systèmes nationaux, une protection efficace aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dont les droits appartiennent à des titulaires étrangers. Il conviendra d'adopter des mesures qui facilitent autant que possible l'acquisition, la gestion et la mise en œuvre de cette protection au bénéfice des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles de pays étrangers.

b) Des organisations régionales déjà en place ou nouvelles doivent être chargées de résoudre les cas de revendications concurrentes de communautés de pays différents à l'égard de certaines expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; elles utiliseront pour ce faire le droit coutumier, des sources d'information locales, des modes extrajudiciaires de règlement des litiges et tout autre dispositif pratique de ce type qui pourrait s'avérer nécessaire.

[L'annexe II suit]

ANNEXE II

PROJET D'OBJECTIFS DE POLITIQUE GENERALE ET DE PRINCIPES
FONDAMENTAUX : CONTEXTE ET DISCUSSION

1. La présente annexe présente le cadre général du projet d'objectifs de politique générale et de principes fondamentaux et explique comment les éléments du projet trouvent leur source dans le travail du comité et les débats afférents. Elle s'efforce de montrer que les objectifs de politique générale et les principes fondamentaux sont bien établis tant dans les droits nationaux que dans les débats internationaux et qu'ils s'inspirent de diverses approches juridiques et politiques de la protection des expressions culturelles traditionnelles et des expressions du folklore qui ont déjà été employées dans un certain nombre de pays.

2. Si le comité le souhaite, ces éléments préliminaires peuvent servir de point de départ pour examiner la dimension internationale des règles, principes, directives ou pratiques recommandées qui régissent la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Ils constitueront une trame à partir de laquelle on pourra élaborer un outil concret de protection de ces expressions, sous la forme d'un ou de plusieurs instruments internationaux qui deviendraient des instruments contraignants, ou du moins reconnus, du droit international. Ces principes ne concernent par conséquent que le fond et non la forme de la protection envisagée au niveau international. Le statut juridique que pourraient avoir à l'avenir ces règles de fond devra être examiné et pourra se dégager ultérieurement; la décision sur ce point sera facilitée lorsqu'un consensus sur le fond aura été atteint.

I. OBJECTIFS DE POLITIQUE GENERALE

3. La protection des expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore ne doit pas être considérée comme une fin en soi, mais bien comme un outil permettant de réaliser les objectifs et les aspirations des peuples et des communautés intéressés et de promouvoir des objectifs de politique générale nationaux et internationaux. La façon dont un système de protection est constitué et défini dépendra dans une large mesure des objectifs qu'il s'efforce d'atteindre. Avant d'élaborer, par conséquent, un régime juridique ou une méthode de protection, il est indispensable de commencer par déterminer les objectifs de politique générale en la matière.

4. Le comité a décidé que la formulation de ces objectifs constituait une tâche spécifique. Les objectifs proposés ci-après s'inspirent des textes et déclarations présentés précédemment au comité et des textes juridiques pertinents³⁴.

³⁴ Égypte (paragraphe 34 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Roumanie (paragraphe 176 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), Brésil (paragraphe 69 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Inde (paragraphe 48 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), États-Unis d'Amérique (paragraphe 76 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), loi type de Tunis de 1976; dispositions types de 1982; loi type du cadre juridique régional pour le Pacifique de 2002; loi du Panama de 2000; loi du Pérou de 2002; GRULAC (page 3 de l'annexe I du document OMPI/GRTKF/IC/1/5), République islamique d'Iran (paragraphe 30 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13 et paragraphe 168 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), Madagascar

La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devrait viser les objectifs suivants :

[Reconnaître la valeur des cultures traditionnelles et du folklore]

i) reconnaître la valeur intrinsèque des cultures traditionnelles et du folklore, notamment leur valeur sociale, culturelle, spirituelle, économique, intellectuelle, commerciale et éducative, et tenir compte du fait que les cultures traditionnelles constituent des cadres très divers où se manifestent une innovation et une créativité permanentes qui bénéficient à toute l'humanité;

[Assurer le respect des cultures traditionnelles et du folklore]

ii) assurer le respect des cultures traditionnelles et du folklore, ainsi que de la dignité, de l'intégrité culturelle et des valeurs intellectuelles et spirituelles des peuples et des communautés qui préservent et perpétuent les expressions de ces cultures et de ce folklore;

[Répondre aux besoins réels des communautés]

iii) s'orienter en fonction des aspirations et des attentes exprimées directement par les peuples autochtones et par les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, et contribuer au bien-être et au développement économique, culturel et social durable de ces peuples et communautés;

[Donner des moyens d'action aux communautés]

iv) s'inspirer de la protection fournie aux créations et innovations intellectuelles, d'une façon à la fois équilibrée et équitable et en donnant aux peuples autochtones et aux communautés traditionnelles et autres communautés culturelles des moyens efficaces d'avoir dûment la maîtrise de leurs propres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, avec notamment un droit moral et des droits patrimoniaux appropriés, s'ils le souhaitent;

[Soutenir les pratiques coutumières]

v) respecter et faciliter le processus constant d'usage, de développement, d'échange et de transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par ces communautés, en leur sein et entre elles;

[Suite de la note de la page précédente]

(paragraphe 54 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Panama (paragraphe 170 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Roumanie (paragraphe 176 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/6/12), Japon (paragraphe 70 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Norvège (paragraphe 33 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Égypte (paragraphe 167 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), Communauté européenne (WIPO/GRTKF/IC/3/11), Nouvelle-Zélande (paragraphe 41 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Égypte (paragraphe 167 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), Équateur (paragraphe 166 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), Mexique (paragraphe 74 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de 2003, Accord de 1999 portant révision de l'Accord de Bangui, préambule de la loi indonésienne sur le droit d'auteur de 2002; loi des États-Unis d'Amérique de 1990 sur l'art et l'artisanat indien.

[Contribuer à la sauvegarde des cultures traditionnelles]

vi) contribuer à la préservation et à la sauvegarde des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ainsi que des moyens coutumiers nécessaires à leur développement, à leur préservation et à leur transmission, et œuvrer en faveur de la conservation, de l'application et d'un usage plus large de ces expressions, dans l'intérêt direct des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, ainsi que pour le bien de l'humanité en général;

[Respecter les accords et processus internationaux pertinents et coopérer avec lesdits processus]

vii) reconnaître les autres instruments et processus internationaux et régionaux et en tenir compte;

[Encourager l'innovation et la créativité dans les communautés]

viii) encourager, récompenser et protéger la créativité et l'innovation authentiques fondées sur la tradition – en particulier, lorsqu'ils le désirent, de la part des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles ainsi que de leurs membres;

[Encourager l'échange intellectuel et culturel]

ix) favoriser, le cas échéant, l'accès aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et leur utilisation sur une plus grande échelle, à des conditions justes et équitables pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, dans l'intérêt général du public et en tant que moyen de développement durable;

[Contribuer à la diversité culturelle]

x) contribuer à la promotion et à la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques;

[Promouvoir le développement communautaire et les activités commerciales légitimes]

xi) encourager l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore aux fins du développement communautaire, en reconnaissant qu'elles constituent un bien collectif des communautés qui s'identifient à elles; favoriser en outre le développement et l'expansion des possibilités de commercialisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore authentiques, notamment des arts et artisanats traditionnels.

[Empêcher l'octroi de droits de propriété intellectuelle non valables]

xii) empêcher l'octroi, l'exercice et l'application de droits de propriété intellectuelle non valables, acquis par des parties non autorisées, sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, ainsi que sur les œuvres dérivées de ces expressions;

[Renforcer la certitude, la transparence et la confiance mutuelle]

xiii) renforcer la certitude et la transparence, ainsi que la compréhension et le respect mutuels, dans les relations entre les peuples autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, d'une part, et les milieux universitaires, commerciaux, pédagogiques et autres utilisant les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, d'autre part;

[Apporter un complément à la protection des savoirs traditionnels]

xiv) tenir compte systématiquement de la protection des savoirs traditionnels en respectant le fait que, pour de nombreuses communautés, leurs savoirs et les expressions de leur culture font indissociablement partie de leur identité culturelle holistique.

II. PRINCIPES FONDAMENTAUX

II.1 Principes directeurs généraux

5. Le respect des principes directeurs généraux permettrait de garantir que les principes particuliers concernant la protection seront équitables, équilibrés, efficaces et cohérents, et serviront adéquatement les objectifs de la protection énoncé ci-dessus. Les principes directeurs proposés ci-après sont présentés en trois parties : un titre désignant le principe général en question, une description du principe directeur assortie d'exemples et un bref résumé de ce principe.

Sensibilité aux aspirations et aux attentes des communautés concernées

Les débats qui ont eu lieu à l'OMPI et ailleurs ont mis en évidence le fait que les communautés autochtones ou traditionnelles et les autres communautés culturelles doivent être directement associées à la prise de décision en matière de protection, d'utilisation et d'exploitation commerciale de leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, si possible par le recours à des processus de prise de décision, à des lois et à des protocoles coutumiers³⁵. La Nouvelle-Zélande a déclaré que réaliser les buts et les aspirations des communautés et peuples intéressés doit constituer "le principal objectif de la protection des expressions culturelles traditionnelles"³⁶.

³⁵ Voir les déclarations suivantes : ARIPO (paragraphe 114 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Communauté européenne (page 5 du document WIPO/GRTKF/IC/3/16), Brésil (paragraphe 15 de l'annexe du document OMPI/GRTKF/IC/2/14, Colombie (paragraphe 145 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Mexique (paragraphe 97 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Venezuela (paragraphe 147 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Conseil Same (paragraphe 76 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15), GRAIN (paragraphe 78 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15), Université des Nations Unies (paragraphe 103 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15), GRULAC (paragraphe 12 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), IPBN (paragraphe 160 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Mejlis des peuples tatars de Crimée (paragraphe 162 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15). Voir également paragraphe 87 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13; paragraphes 75, 91 et 117 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16; Exposé de la position du groupe des pays d'Asie et de la Chine (document OMPI/GRTKF/IC/2/10); Réunion régionale de consultation OMPI-UNESCO sur la protection des expressions du folklore pour les pays d'Afrique, Pretoria, 23 au 25 mars 1999 (WIPO-UNESCO/Folk/AFR/99/1) page 3; *Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle – Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)* pages 84, 138 et 153; paragraphe 152 du document OMPI/GRTKF/IC/2/26; paragraphe 186 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16; Nouvelle-Zélande (paragraphe 41 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15).

³⁶ Paragraphe 41 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14.

6. Ce principe pourrait impliquer notamment :

a) la reconnaissance et l'application dans la mesure du possible des lois indigènes et coutumières dans les systèmes de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore³⁷;

b) la prise en compte dans tous leurs aspects des besoins et des attentes en matière de propriété intellectuelle de ces communautés. Pour cela, il convient :

i) de recourir à titre complémentaire aux mesures de protection positive ou défensive envisagées dans des documents précédents³⁸;

ii) de prendre en compte les aspects culturels et économiques du développement, car de nombreuses expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont pas créées, développées ou exécutées à des fins commerciales mais bien pour leur valeur en tant que support d'une expression religieuse ou culturelle;

iii) étant donné la nature culturelle et spirituelle des expressions en cause, de veiller tout particulièrement à éviter les usages insultants, dégradants ou offensants du point de vue culturel et spirituel, en particulier dans le cas des expressions culturelles traditionnelles sacrées;

c) la participation réelle et effective des communautés aux consultations internationales, régionales et nationales ainsi qu'à l'élaboration des dispositions juridiques et des politiques;

d) la reconnaissance du fait que les communautés autochtones et traditionnelles et autres communautés culturelles considèrent souvent leurs expressions culturelles traditionnelles comme indissociables de leur système de savoirs traditionnels et que les procédés de protection juridique de ces deux domaines doivent être complémentaires et se renforcer mutuellement³⁹.

Principe de sensibilité aux aspirations et aux attentes des communautés concernées

La protection doit refléter les aspirations et les attentes des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles; elle doit notamment prendre en compte et appliquer dans la mesure du possible les lois et protocoles indigènes et coutumiers, encourager l'usage complémentaire de mesures de protection positive et défensive, tenir compte des aspects culturels et économiques du développement, s'attaquer aux actes insultants, dégradants et offensants, permettre une participation pleine et entière des communautés concernées, et reconnaître le caractère indissociable des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pour de nombreuses

³⁷ Voir notamment groupe des pays asiatiques (paragraphe 22 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/3/15).

³⁸ Groupe des pays africains (paragraphe 73 et 188 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), République islamique d'Iran (paragraphe 86 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Inde (paragraphe 48 et 197 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), GRULAC (paragraphe 189 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Égypte (paragraphe 196 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14). Voir paragraphe 115 du document WIPO/GRTKF/IC/6/3.

³⁹ Voir par exemple Inde (paragraphe 197 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

communautés. Il convient également de considérer que les mesures de protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être librement consenties par les peuples autochtones et autres communautés, qui auront toujours le droit d'avoir recours – exclusivement ou de façon complémentaire – à leurs modes de protection coutumiers et traditionnels contre tout accès indésirable à leurs expressions culturelles traditionnelles ou aux expressions de leur folklore et contre tout usage indésirable de ces expressions.

Équilibre et proportionnalité

7. Cette question intéresse diverses parties prenantes et représentants d'intérêts publics et communautaires et concerne des mécanismes juridiques et des processus de politique générale. La nécessité d'un équilibre et d'une proportionnalité a souvent été reconnue dans les activités de l'OMPI dans ce domaine. Les parties prenantes ont par exemple évoqué la nécessité d'un équilibre entre :

- a) les intérêts de la communauté détentrice du folklore, les utilisateurs des expressions du folklore et la société en général⁴⁰;
- b) la préservation, la promotion et la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore⁴¹;
- c) la protection et les enjeux du multiculturalisme et de la diversité culturelle, en particulier dans des sociétés qui comptent à la fois des communautés autochtones et des communautés d'immigrants⁴²;
- d) le maintien des traditions et du respect de valeurs culturelles et spirituelles élevées, et la promotion du développement, de la création et de l'innovation⁴³;
- e) la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et l'encouragement à la créativité individuelle s'inspirant de celles-ci⁴⁴;
- f) la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et l'accès à celles-ci⁴⁵;
- g) la protection, d'une part, et, d'autre part la liberté artistique, la mise en commun des connaissances et des cultures et la liberté d'expression⁴⁶;
- h) la protection et le maintien d'un domaine public dynamique et multiculturel⁴⁷;

⁴⁰ Voir le plan d'action adopté à l'occasion du Forum mondial sur la protection du folklore tenu à Phuket (Thaïlande) en 1997; Canada (paragraphe 39 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14); Japon (paragraphe 70 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

⁴¹ Norvège (paragraphe 53 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

⁴² Voir par exemple les déclarations du Canada.

⁴³ Par exemple, Chine (paragraphe 32 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Nigéria (paragraphe 43 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

⁴⁴ Les dispositions types de 1982 prévoient une exception s'agissant de "l'emprunt d'expressions du folklore pour la création d'une œuvre originale d'un auteur ou plusieurs auteurs". Cette exception a été prévue spécialement pour permettre le libre développement de la créativité individuelle inspirée par les expressions culturelles. Les dispositions types de 1982 ne visaient pas à empêcher de quelque façon que ce soit la création d'œuvres originales dérivées de ces expressions. Voir également les réponses au questionnaire de l'OMPI sur le folklore de 2001 : réponses du Canada, de la Chine, de l'Équateur, des États-Unis d'Amérique, du Kirghizistan, de la Malaisie, du Mexique, de la République de Corée, de la Roumanie et de la Suisse.

⁴⁵ Myanmar (paragraphe 200 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

⁴⁶ Réponse des États-Unis d'Amérique au questionnaire de l'OMPI sur le folklore en 2001.

⁴⁷ Par exemple, la Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/11).

- i) la protection et la préservation d'une part, et d'autre part, l'utilisation et l'exploitation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore⁴⁸;
- j) la protection des expressions culturelles et la protection et la défense des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Principe d'équilibre et de proportionnalité

La protection doit tenir compte d'une triple nécessité : maintenir un équilibre équitable entre les droits et intérêts de ceux qui développent, préservent et perpétuent les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et ceux qui les utilisent et en tirent avantage, concilier des enjeux très divers et faire en sorte que les mesures de protection qui seront prises soient proportionnées aux objectifs de la protection et aux réalités et besoins concrets, et permettent de maintenir un juste équilibre entre les divers intérêts en cause.

Respect des autres instruments et processus internationaux et régionaux et coopération avec lesdits processus

8. De nombreux participants ont souligné que l'action de l'OMPI devrait être coordonnée avec le travail d'autres organisations et processus intergouvernementaux⁴⁹. De même, il a été dit que l'action menée à l'OMPI doit être compatible avec les instruments internationaux existants et doit tenir compte des mandats d'autres instances internationales. Dans le domaine des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, il faut considérer les conventions, les programmes et processus de l'UNESCO en matière de patrimoine culturel, de droit d'auteur, de diversité culturelle et de diversité des contenus culturels et des expressions artistiques; les programmes du Haut Commissariat aux droits de l'homme pour tout ce qui concerne les droits de l'homme en général et en particulier le patrimoine des peuples autochtones, de l'Organisation internationale du travail pour ce qui concerne par exemple les industries culturelles et la Convention 169, dans la mesure où celle-ci traite des peuples indigènes et tribaux et de leur artisanat, de l'Instance permanente sur les questions autochtones, du Centre de commerce international (CNUCED-OMC) pour ce qui concerne les arts et l'artisanat, de la CNUCED pour les industries de création, de l'Organisation arabe pour l'éducation, la culture et la science (ALESCO) et de l'Organisation des États américains pour ce qui concerne la diversité culturelle et les droits des peuples autochtones, ainsi que de très nombreux mécanismes juridiques et politiques au niveau régional. Au cours de la

⁴⁸ Nigéria (paragraphe 43 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

⁴⁹ Voir les recommandations du séminaire sous-régional sur les expressions culturelles traditionnelles, Rabat (Maroc), 20-21 mai 2003; groupe des pays africains (page 8 de l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/4/13 et page 7 de l'annexe du document OMPI/GRTKF/IC/1/10, proposition 3.3.g)), groupe des pays d'Asie du Pacifique (page 5 de l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/4/14), la Communauté européenne et ses États membres (page 6 de l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/3/16), GRULAC (paragraphe 12 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Brésil (paragraphe 5 de l'annexe du document OMPI/GRTKF/IC/2/14), Inde (paragraphe 100 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15), Niger (paragraphe 237 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17), Suisse (paragraphe 224 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17), Venezuela (paragraphe 122 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Zambie (paragraphe 19 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15), FAO (paragraphe 101 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15), Conseil Same (paragraphe 76 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15), Institut international des ressources phytogénétiques (paragraphe 104 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15), INADEV (paragraphe 116 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Communauté européenne (document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

troisième session de l'instance permanente (mai 2004), l'OMPI a réuni un comité interorganisations sur la préservation, la promotion et la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, présidé par un membre de l'instance permanente.

*Principe de respect des autres instruments et processus internationaux
et régionaux et de coopération avec lesdits processus*

Les modalités de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être compatibles avec les objectifs d'autres instruments et processus internationaux et régionaux, sans préjudice des droits et obligations particuliers déjà établis par des instruments juridiques contraignants. Les présents principes ne visent en aucune façon à court-circuiter l'élaboration d'autres instruments ou les travaux d'autres instances concernant le rôle des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dans d'autres domaines d'action.

Souplesse et exhaustivité

9. Ce principe traduit la nécessité d'accepter le fait qu'on peut obtenir une protection efficace et appropriée par une grande variété de mécanismes juridiques; une vision trop étroite ou trop rigide des choses, se plaçant sur le plan des principes peut constituer une entrave à la protection, être incompatible avec les lois existantes en la matière et empêcher la nécessaire consultation avec les parties prenantes, et en particulier les détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles. Il est nécessaire de s'inspirer d'une grande diversité de mécanismes juridiques pour réaliser les objectifs de protection visés. En particulier, l'expérience montre que la solution la mieux adaptée à cette fin est d'associer d'une part les mesures à caractère exclusif et les mesures à caractère non exclusif, et d'autre part les mesures nouvelles spécifiques et les droits de propriété intellectuelle existants. Le document WIPO/GRTKF/IC/7/4 décrit en détail cette souplesse et cette exhaustivité nécessaires.

10. Les droits de propriété exclusifs sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, et les mécanismes de type droits de propriété intellectuelle en général, doivent compléter, dans un équilibre soigneusement maintenu et de façon coordonnée, d'autres types de mesures tenant compte des caractéristiques des formes et processus traditionnels de créativité, des intérêts des parties prenantes, des usages et des pratiques coutumiers, ainsi que des structures, pratiques et structures sociales communautaires⁵⁰. Des droits de propriété exclusifs sur les expressions culturelles traditionnelles, même s'ils sont détenus par les communautés, risquent de contredire les caractéristiques des formes et processus traditionnels de créativité et d'entraîner des effets secondaires imprévus, tels qu'une concurrence entre communautés ou au sein des communautés.

11. L'expérience acquise en matière de législation nationale est instructive. Parmi les nombreux pays qui ont déjà mis en place une protection spécifique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, rares sont ceux qui prévoient pour celles-ci des droits de propriété exclusifs à proprement parler : la plupart s'efforcent plutôt de mettre en

⁵⁰ Voir par exemple Nouvelle-Zélande (paragraphe 41 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14) et Conseil Same (paragraphe 57 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

place une réglementation de leur exploitation⁵¹. De plus, même si la loi type de Tunis de 1976 et les dispositions types de 1982 semblent prévoir des droits d'exclusivité type "droit d'auteur" pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, les résultats du questionnaire de l'OMPI montrent clairement qu'alors même qu'un certain nombre de pays prévoient une protection juridique spéciale pour les expressions du folklore (23, soit 36% des 64 pays ayant répondu au questionnaire) et que la plupart d'entre eux le font sur la base de la loi type de Tunis ou des dispositions types de 1982, il y a peu de pays où l'on peut dire que ces dispositions sont activement utilisées et ont des effets dans la pratique. Il a été souligné à l'époque qu'"[i] est malheureusement impossible d'attribuer une seule cause à cette situation. Les États ont mentionné différentes difficultés juridiques, théoriques, infrastructurelles et autres obstacles opérationnels rencontrés dans la conception et l'application au niveau national de dispositions législatives praticables et efficaces. Les besoins à cet égard sont variés et il n'existe pas de solution ou de stratégie unique pouvant être adoptée"⁵². Il est possible qu'une partie du problème vienne du fait que la solution des droits exclusifs adoptée par la loi type de Tunis et les dispositions types s'est avérée impraticable ou insatisfaisante dans la pratique. Comme cela a été signalé à l'époque, de nombreux États ont proposé des modifications aux dispositions types, estimant qu'il était nécessaire de les actualiser étant donné les progrès technologiques et les nouvelles formes d'exploitation commerciales apparues depuis le début des années 80⁵³.

12. Ainsi, les droits de propriété exclusifs, de type droits de propriété intellectuelle, ne constituent pas le seul moyen d'assurer la protection des expressions culturelles traditionnelles. Une protection complète peut impliquer toute une gamme d'outils exclusifs et non exclusifs, dont certains ne relèvent pas de la propriété intellectuelle. Les moyens à caractère non exclusif utilisés jusqu'à présent sont les dispositions relatives à la concurrence déloyale; aux systèmes de rémunération équitable; aux pratiques commerciales et à la commercialisation; aux contrats et licences; aux registres, inventaires et bases de données; aux lois et protocoles coutumiers indigènes; aux lois et programmes sur la préservation du patrimoine culturel; et aux programmes de promotion et de développement de l'artisanat (comme par exemple les "labels d'excellence"). Ces possibilités ne s'excluent pas mutuellement et peuvent toutes jouer un rôle dans une approche exhaustive de la protection. Le choix des modalités et méthodes adoptées dépendra aussi de la nature des expressions culturelles traditionnelles à protéger, et des objectifs de politique générale visés.

⁵¹ Voir WIPO/GRTKF/IC/3/10 et Lucas-Schloetter, "Folklore", dans von Lewinski, S. (éd.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, 2004 (Kluwer), page 291.

⁵² WIPO/GRTKF/IC/3/10.

⁵³ Voir les déclarations des États au comité (OMPI/GRTKF/IC/1/13, OMPI/GRTKF/IC/2/16), ainsi que les réponses au questionnaire (par exemple, Burundi; Côte d'Ivoire; Colombie; Équateur; Iran (République islamique d'); Jamaïque; Kirghizistan; Malaisie; Mexique; Namibie; Nouvelle-Zélande; Pakistan; Panama; Philippines; Pologne; Roumanie; Sri Lanka; Tchad; Togo; Tunisie; Venezuela; Viet Nam et le groupe des pays africains). Voir également la réunion régionale de consultation OMPI-UNESCO sur la protection des expressions du folklore pour l'Asie et le Pacifique, Hanoi, 21 – 23 avril 1999 (WIPO-UNESCO/FOLK/ASIA/99/1); la réunion régionale de consultation OMPI-UNESCO sur la protection des expressions du folklore pour les pays africains, Pretoria, 23 – 25 mars 1999 (WIPO-UNESCO/FOLK/AFR/99/1). Voir par exemple la partie consacrée à la mission d'enquête en Afrique de l'Ouest dans : *Savoirs traditionnels : besoins et attentes des dépositaires de savoirs traditionnels en matière de propriété intellectuelle – Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête relatives à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, (WIPO, 2001), page 163.

13. De même, il est bien établi qu'on peut répondre à un certain nombre, voire à un grand nombre, des besoins et des préoccupations des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles et de leurs membres par l'application des systèmes actuels de propriété intellectuelle, notamment par des extensions ou adaptations appropriées de ces systèmes⁵⁴. Par exemple :

- a) les législations en matière de droit d'auteur et de dessins et modèles industriels peuvent protéger les adaptations et interprétations contemporaines d'objets préexistants, même si celles-ci s'inscrivent dans un contexte traditionnel;
- b) la législation en matière de droit d'auteur peut protéger les œuvres non publiées dont l'auteur est inconnu;
- c) le droit de suite, qui fait partie du droit d'auteur, permet aux auteurs d'œuvres d'art de percevoir un avantage économique des ventes successives de leurs œuvres;
- d) les interprétations et exécutions d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peuvent être protégées en vertu du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) de 1996;
- e) les signes, symboles et emblèmes traditionnels peuvent être enregistrés comme marques;
- f) les noms géographiques traditionnels et les appellations d'origine peuvent être enregistrés comme indications géographiques;
- g) le caractère distinctif et la renommée des biens et services traditionnels peuvent être protégés contre la substitution de produits dans le cadre des lois sur la concurrence déloyale ou par l'utilisation de la certification et des marques collectives;
- h) les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont secrètes peuvent être protégées en tant que renseignements confidentiels ou au titre de la répression de l'abus de confiance.

14. Dans un grand nombre de ces cas, la protection internationale peut être assurée en vertu des traités pertinents, tels que la Convention de Berne, l'Accord sur les ADPI et le WPPT de 1996. Les marques collectives et de certification, les indications géographiques et le droit de la concurrence déloyale sont des solutions particulièrement intéressantes, non seulement parce que ces dispositifs sont largement reconnus au niveau international, mais aussi parce que n'ayant pas été conçus pour des individus, ils peuvent être utilisés au bénéfice de collectivités telles que les communautés autochtones (voir l'examen plus approfondi de ces doctrines et mécanismes ci-après ainsi que dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/4). L'expérience de certains mécanismes et normes existantes donne également des orientations utiles.

15. C'est ainsi que le groupe des pays d'Amérique latine et des Caraïbes (GRULAC) a déclaré que "les ressources qu'offre la propriété intellectuelle n'ont pas été suffisamment exploitées par les détenteurs de savoirs traditionnels du domaine de la culture, ni par les entreprises (petites et moyennes) constituées par ceux-ci"⁵⁵. La créativité inspirée par la

⁵⁴ Communauté européenne (paragraphe 20 et 165 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Canada (paragraphe 46 et 166 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), États-Unis d'Amérique (paragraphe 49 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Norvège (paragraphe 33 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Pologne (paragraphe 156 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), groupe des pays d'Asie et du Pacifique (paragraphe 170 du document OMPI/GRTKF/IC/2/10 et paragraphe 170 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

⁵⁵ Page 2 de l'annexe II du document OMPI/GRTKF/IC/1/5.

tradition devrait également être encouragée et la protection existant au titre de la propriété intellectuelle pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et les œuvres dérivées devrait être utilisée dans la mesure du possible par les communautés et leurs membres. Ainsi, le groupe des pays africains a relevé que la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devraient avoir pour objectif, entre autres, de “promouvoir la protection des innovations et des créations découlant des savoirs traditionnels et des expressions du folklore”⁵⁶.

16. En même temps, de nombreux participants du comité ont estimé que les systèmes actuels de propriété intellectuelle ne sont pas entièrement adéquats ou appropriés, et qu’ils devraient être modifiés, ou que des systèmes *sui generis* devraient être mis en place⁵⁷. Tout en reconnaissant que les législations existantes assument déjà une forme de protection, certains ont estimé que le travail du comité devrait être axé sur les expressions et les formes de créativité qui ne sont pas actuellement protégées par les lois en matière de propriété intellectuelle⁵⁸.

17. Le débat relatif à la protection des expressions culturelles traditionnelles est souvent centré sur la question de savoir si le meilleur moyen d’assurer une protection adéquate et appropriée est de recourir au système existant de propriété intellectuelle ou s’il faut préférer un système *sui generis*. Toutefois, l’expérience pratique de nombreux États membres montre que les droits de propriété intellectuelle des systèmes existants et les mesures *sui generis* ne s’excluent pas mutuellement mais constituent des options complémentaires⁵⁹. Une approche

⁵⁶ Document WIPO/GRTKF/IC/6/12. Voir également Communauté européenne (WIPO/GRTKF/IC/3/11).

⁵⁷ Éthiopie (paragraphe 50 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), groupe des pays d’Asie et du Pacifique (paragraphe 170 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), Thaïlande (paragraphe 172 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), groupe des pays africains (paragraphe 62 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Brésil (paragraphe 63 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Venezuela (paragraphe 65 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Colombie (paragraphe 67 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Fédération de Russie (paragraphe 68 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Iran (République islamique d’) (paragraphe 69 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Indonésie (paragraphe 74 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Maroc (paragraphe 76 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Égypte (paragraphe 80 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15) et Communauté andine (paragraphe 82 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15).

⁵⁸ Comme l’a très bien dit la délégation du Nigéria à la sixième session : “La préoccupation de nombreux pays en développement en matière de folklore est de protéger les éléments de créativité dont la paternité ne peut plus être attribuée à un seul individu compte tenu soit du passage du temps, soit du mode communautaire d’évolution de ces éléments” (paragraphe 43 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

⁵⁹ GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5), Communauté européenne (paragraphe 20 et 165 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Canada (paragraphe 46 et 166 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Norvège (paragraphe 33 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), États Unis d’Amérique (paragraphe 49 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), Pologne (paragraphe 156 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), groupe des pays d’Asie et du Pacifique (paragraphe 170 des documents OMPI/GRTKF/IC/2/10 et OMPI/GRTKF/IC/2/16), Éthiopie (paragraphe 50 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13), groupe des pays d’Asie (paragraphe 170 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), Thaïlande (paragraphe 172 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), groupe des pays africains (paragraphe 62 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Brésil (paragraphe 63 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Venezuela (paragraphe 65 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Colombie (paragraphe 67 du

exhaustive consisterait sans doute à examiner chacun de ces dispositifs, puis à les utiliser judicieusement pour réaliser l'objectif de la protection, sachant que dans la pratique, les frontières entre ces options ne sont pas immuables. La protection efficace pourrait donc résulter d'une approche pluraliste et exhaustive, avec toute une gamme de formes de protection différenciées à plusieurs niveaux. Les options choisies par différents pays jusqu'à présent dépendent dans une large mesure de leurs objectifs de politique générale et de leurs objectifs nationaux.

Principe de souplesse et d'exhaustivité

La protection doit respecter la diversité des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ainsi que le vaste éventail de besoins des bénéficiaires de la protection, tenir compte de la diversité des contextes et des systèmes juridiques nationaux, et ménager une marge de manœuvre suffisante pour que les administrations nationales puissent définir les moyens qui permettront le mieux de réaliser les objectifs qu'elle vise. Il est possible, pour ce faire, de recourir à un ensemble très varié de formules associant mesures à caractère exclusif ou non exclusif et mesures ne relevant pas de la propriété intellectuelle, et faisant intervenir des droits de propriété intellectuelle existants, des élargissements ou des adaptations *sui generis* de droits de propriété intellectuelle et des mesures et systèmes *sui generis* de propriété intellectuelle conçus spécialement à cet effet, comprenant des mesures défensives et positives. Des droits de propriété privée doivent compléter, en respectant un équilibre judicieux, les mesures à caractère non exclusif et les mesures ne relevant pas de la propriété intellectuelle.

Reconnaissance de la nature spécifique, des caractéristiques et des formes traditionnelles de l'expression culturelle

18. Une protection efficace et équitable des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devrait se fonder sur la connaissance des origines, des formes, de la nature et des caractéristiques des formes traditionnelles d'expression culturelle. Cette connaissance permet de mieux préciser les caractéristiques des expressions pour lesquelles une protection est recherchée, les formes que peut prendre cette protection, l'identité des bénéficiaires et les objectifs recherchés⁶⁰. Les niveaux et les formes de protection doivent prendre en compte et respecter la nature de la créativité traditionnelle et de l'expression culturelle.

[Suite de la note de la page précédente]

document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Fédération de Russie (paragraphe 68 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Iran (République islamique d') (paragraphe 69 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Indonésie (paragraphe 74 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Maroc (paragraphe 76 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Égypte (paragraphe 80 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Communauté andine (paragraphe 82 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15), Pérou (paragraphe 77 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Inde (paragraphe 81 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), Nouvelle-Zélande (paragraphe 88 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

⁶⁰ Voir les paragraphes 28 à 50 du document WIPO/GRTKF/IC/6/3. Stavenhagen, "Cultural Rights: a social science perspective", in UNESCO, *Pour ou contre le droit culturel?*, 1998, pages 2-7.

19. Les lois existantes de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui se fondent sur les principes de propriété intellectuelle leur attribuent généralement les caractéristiques suivantes :

- a) elles sont transmises d'une génération à l'autre, soit oralement, soit par imitation, et peuvent être des expressions et des interprétations contemporaines d'objets préexistants;
- b) elles reflètent l'identité et l'intégrité culturelles et sociales d'une communauté, ses croyances, sa spiritualité et ses valeurs;
- c) elles sont constituées d'éléments caractéristiques du patrimoine d'une communauté (ce point est compris généralement comme signifiant que l'expression du folklore doit être reconnue comme représentative du patrimoine traditionnel distinctif d'une communauté);
- d) elles sont l'œuvre d'auteurs inconnus, ou l'œuvre collective des communautés, ou l'œuvre d'individus à qui la communauté a reconnu le droit, la responsabilité ou la faculté de produire cette expression (il n'est donc pas indispensable à ces fins de définition de savoir si l'expression, constituée d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel, est le fruit de la créativité collective d'une communauté ou l'œuvre d'un individu concrétisant les attentes artistiques traditionnelles de la communauté);
- e) elles ont un caractère tangible ou intangible ou, le plus souvent, un caractère mixte; et
- f) elles évoluent, se développent et sont recréées de façon constante au sein de la communauté.

19. De plus, les spécialistes⁶¹ soulignent que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont pas nécessairement créées, élaborées ou exécutées à des fins commerciales, mais plutôt pour leur signification en tant que support de l'expression religieuse et culturelle; elles ne sont pas "implantées" dans des pays ou des zones géographiques particuliers, mais sont transportées, exécutées et modifiées par les populations au fur et à mesure de leur passage dans les groupes ethniques et entre les groupes ethniques; leurs "origines" sont imprécises, ce qui souvent complique la tâche de déterminer ou de vérifier leur "authenticité". Il est souligné qu'en pratique, les cultures traditionnelles ne sont pas toujours créées au sein d'une communauté bien délimitée et facile à identifier qui puisse être traitée comme une personne morale ou groupe homogène. Elles ne sont pas nécessairement le produit de communautés restreintes et l'expression d'identités locales. Souvent, d'ailleurs, elles ne sont pas non plus réellement propres à un groupe, mais sont plutôt le produit d'influences et d'échanges interculturels résultant des migrations, des

⁶¹ Stavenhagen, "Cultural Rights: a social science perspective", in UNESCO, *Pour ou contre le droit culturel?*, 1998, pages 2-7; entretiens avec, notamment, Dorothy Noyes, professeur associé spécialiste du folklore à l'Université d'État d'Ohio; Valdimar Hafstein, chercheur à l'Académie de Reykjavik (Islande) et maître de conférence en ethnologie et folklore à l'Université d'Islande; voir également Valdimar Tr Hafstein, 2004, "The Politics of Origins: Collective Creation Revisited", *Journal of American Folklore* 117 (465): 300-315, J. Sanford Rikoon; 2004, "On the Politics of the Politics of Origins: Social (In)Justice and the International Agenda on Intellectual Property, Traditional Knowledge, and Folklore", *Journal of American Folklore* 117 (465): 325-336 et Brown M., *Who Owns Native Culture*, Harvard University Press, 2003. Actes du colloque "Folklore, écologies esthétiques et domaine public" de l'Université de Pennsylvanie, du 2 et 3 avril 2004 et du huitième congrès de la Société internationale d'ethnologie de folklore/troisième congrès de l'Association d'anthropologie méditerranéenne de Marseille du 28 avril 2004.

pèlerinages et des contacts. Dans ce contexte, l'application pratique de notions telles que "authenticité", "communauté", "origine", "source", "caractère distinctif" et "caractéristique" doit être examinée avec soin. Voir ci-après "critères de protection".

Principe de reconnaissance de la nature spécifique, des caractéristiques et des formes traditionnelles de l'expression culturelle

La protection doit être adaptée à plusieurs traits caractéristiques des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : leur caractère traditionnel; leur contexte collectif ou communautaire et le caractère intergénérationnel de leur développement, de leur préservation et de leur transmission; leur relation avec l'identité et l'intégrité, les croyances, la spiritualité et les valeurs culturelles et sociales d'une communauté; le fait qu'elles sont souvent les véhicules d'une expression religieuse et culturelle et, enfin, leur évolution constante au sein de la communauté concernée. Les mesures spéciales de protection juridique doivent également tenir compte du fait que, dans la pratique, les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont pas toujours créées dans des "communautés" assez clairement délimitées pour être reconnaissables et pouvoir être traitées comme une personne morale ou un groupe d'acteurs homogène. Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont pas toujours l'expression d'identités locales distinctes; souvent, d'ailleurs, elles ne sont pas véritablement propres à une seule communauté mais sont plutôt le produit d'influences et d'échanges interculturels.

Respect de l'usage et de la transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

20. Les communautés dans lesquelles et par lesquelles les expressions du folklore sont créées et utilisées doivent être libres d'exploiter leur patrimoine artistique traditionnel et de le développer conformément à leurs lois et pratiques coutumières pertinentes. Il est impératif d'établir un équilibre entre la protection contre les usages abusifs de ces expressions et l'encouragement à la poursuite du développement et à la diffusion de ces expressions dans le cadre de cultures vivantes⁶².

21. La protection des expressions du folklore ne doit donc pas entraver leur développement, leur échange, leur transmission et leur diffusion par les communautés intéressées, conformément à leurs lois et pratiques coutumières. Aucun usage d'une expression du folklore au sein de la communauté qui l'a élaborée et perpétuée ne doit être considéré comme une déformation dès lors que la communauté s'identifie avec l'usage actuel de l'expression et toute modification qu'il suppose. Ces principes sont consacrés dans différents instruments, par exemple les dispositions types de 1982, la loi type du cadre juridique régional pour le Pacifique de 2002 et la loi du Panama de 2000.

⁶² Voir la réponse des États-Unis d'Amérique au questionnaire de l'OMPI sur le folklore, la réponse du Panama (paragraphe 28 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), du Pérou (paragraphe 77 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14, de la Fédération de Russie (paragraphe 45 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

*Principe de respect de l'usage et de la transmission coutumiers
des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore*

La protection doit encourager l'usage, le développement, l'échange, la transmission et la diffusion des expressions culturelles traditionnelles et des expressions du folklore par les communautés concernées et conformément à leurs lois et pratiques coutumières. Aucun usage contemporain d'une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore au sein de la communauté qui l'a développée et perpétuée ne doit être considéré comme une déformation dès lors que la communauté s'identifie à cet usage de l'expression et à toute modification qu'il suppose.

L'utilisation, les pratiques et les normes coutumières doivent orienter dans la mesure du possible la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, et notamment le traitement de questions telles que la titularité des droits, la gestion des droits et le processus décisionnel communautaire, le partage équitable des avantages, les exceptions et limitations des droits et les moyens de recours.

Efficacité et accessibilité de la protection

22. Les nouvelles formes de protection qui pourraient être instaurées n'auront aucune réalité pratique si elles ne prévoient pas des moyens culturellement acceptables, efficaces et accessibles par lesquels les communautés peuvent acquérir des droits et ultérieurement les administrer et les faire respecter. Même si un certain nombre de pays prévoient déjà une protection juridique spéciale pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (23 pays, soit 36% des 64 pays ayant répondu au questionnaire de l'OMPI de 2001), rares sont les pays pour lesquels ces dispositions sont utilisées activement et ont des effets dans la pratique. De plus, l'utilisation des dispositifs de propriété intellectuelle existants, le cas échéant, semble limitée à un petit nombre de pays⁶³.

23. Par conséquent, il est nécessaire de prévoir des mesures spéciales qui accroîtront l'utilisation et l'efficacité opérationnelle de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, compte tenu des différents besoins juridiques, théoriques, infrastructurels et autres obstacles opérationnels dans les pays. À cette fin, il peut être nécessaire de désigner une autorité nationale spécifique ou de recourir à des mécanismes existants tels que les sociétés de perception des droits afin d'administrer et de faire respecter les droits et les intérêts des détenteurs et des gardiens des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

Principe d'efficacité et d'accessibilité de la protection

Les mesures relatives à l'acquisition, à la gestion et à l'application des droits ainsi qu'à la mise en œuvre d'autres modes de protection doivent être efficaces, judicieuses et accessibles, et tenir compte du contexte culturel, social, politique et économique des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles.

⁶³ WIPO/GRTKF/IC/3/10.

II.2 Principes particuliers

24. On trouvera ci-après des principes plus concrets sur la protection par des mesures juridiques des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Ces principes portent sur les aspects principaux de la protection, quels que soient la méthode, le système ou l'instrument retenus, évoqués dans les précédents débats au sein du comité et particulièrement dans la proposition présentée lors de la sixième session par le groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/6/12). Ces principes particuliers visent à la réalisation des objectifs de politique générale (partie I) dans le cadre fixé par les principes directeurs généraux (partie II.1).

25. Ces principes s'inspirent largement des doctrines et mécanismes juridiques existants relevant ou non de la propriété intellectuelle, ainsi que des expériences en matière de pratique et de législation dans un grand nombre de pays et de régions. Ils tiennent compte du fait que la législation actuelle en matière de propriété intellectuelle couvre déjà certaines expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et leurs expressions dérivées, tout en répondant à la demande d'États membres, de communautés et d'autres de traiter certains aspects qui ne sont pas couverts par les normes internationales (même si une protection peut exister dans certaines législations). Les principes proposés, même s'ils reconnaissent un objet très large, sont ancrés dans le droit, les politiques et la pratique en matière de propriété intellectuelle et s'efforcent de réaliser les équilibres voulus en complétant et en appuyant les systèmes de propriété intellectuelle actuels.

Portée de l'objet à protéger

26. De nombreuses normes internationales laissent aux législations nationales le soin de déterminer la portée précise de l'objet à protéger. Cette pratique est conforme aux principes de souplesse et de sensibilité aux aspirations et aux attentes des communautés intéressées. C'est pourquoi, afin de permettre l'élaboration au niveau national de politiques et de législations appropriées, les consultations nécessaires à cette fin et l'évolution des dispositifs, un principe particulier pourrait être que les choix précis sur l'objet de la protection doivent être faits aux niveaux national et régional. Les législations existantes utilisent des termes divers pour désigner cet objet, et cet état de choses devrait continuer – sachant que le terme de “folklore” est largement utilisé dans les lois et instruments existants, mais que certaines communautés préfèrent l'éviter. La question de la terminologie a été examinée de façon approfondie dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/9.

27. Malgré tout, certaines délégations ont souligné le besoin de préciser l'objet visé par le terme “expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore”⁶⁴. Il conviendrait également de promouvoir le principe de reconnaissance des caractéristiques et des formes particulières des expressions culturelles. Aucune définition formelle n'a été proposée, mais la description des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore figurant dans les dispositions types de 1982 constitue un bon point de départ, même s'il est peut-être

⁶⁴ À la sixième session par exemple, les États-Unis d'Amérique (paragraphe 35 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), la République islamique d'Iran (paragraphe 36 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), la Suisse (paragraphe 37 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), le Nigéria (paragraphe 43 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), la Fédération de Russie (paragraphe 45 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14), l'Union internationale des éditeurs (paragraphe 65 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

dépassé en raison de l'évolution récente de la notion de folklore et d'autres notions connexes; cette description concorde par ailleurs avec de nombreuses lois nationales sur le folklore. Elle pourra servir de base pour la suite des débats et l'élaboration d'un ou de plusieurs principes fondamentaux. On pourrait s'inspirer des législations régionales et nationales existantes ou en projet, ainsi que des instruments internationaux pertinents, pour modifier ou développer cette description⁶⁵.

28. De plus, il peut être souhaitable ultérieurement, étant donné l'importance attachée à l'artisanat, de disposer d'une description ou d'une définition précise de cette notion⁶⁶.

Principe relatif à la portée de l'objet à protéger

Les termes "expressions culturelles traditionnelles" ou "expressions du folklore" peuvent s'entendre de productions composées d'éléments caractéristiques du patrimoine culturel traditionnel développé et perpétué par une communauté ou par des individus reconnus comme répondant aux aspirations artistiques traditionnelles de cette communauté. Ces productions peuvent comprendre, par exemple, les formes d'expression suivantes, ou des combinaisons de ces formes d'expression :

- i) les expressions verbales telles que les contes populaires, la poésie populaire et les énigmes, ainsi que des éléments du langage tels que les mots, les signes, les noms, les symboles et autres indications;
- ii) les expressions musicales telles que les chansons et la musique instrumentale populaires;
- iii) les expressions corporelles telles que les danses et spectacles populaires ainsi que les expressions artistiques ou les rituels, que ces expressions soient fixées ou non sur un support; et
- iv) les expressions tangibles, telles que les ouvrages d'art populaire, notamment les dessins, modèles, peintures, ciselures, sculptures, poteries, objets en terre cuite, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, produits artisanaux, travaux d'aiguille, textiles, tapis, costumes, les instruments de musique et les ouvrages d'architecture.

Le choix précis des termes qui désigneront l'objet protégé doit se faire aux niveaux national et régional.

Critères de protection

29. Les délibérations du comité ont permis de préciser la distinction entre la notion d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en général et celle d'expressions susceptibles de protection en vertu d'une mesure juridique précise. Généralement, les lois établissent cette distinction en énonçant les critères matériels auxquels doivent satisfaire les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pour être protégées. Comme l'a souligné la délégation du Nigéria, toutes les expressions du folklore ne peuvent pas être des objets susceptibles de protection dans le cadre d'un système

⁶⁵ Voir par exemple les lois du Panama et des pays insulaires du Pacifique, le projet de loi de la Chine (paragraphe 32 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14). Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3.

⁶⁶ Voir par exemple, le chapitre 2 du document CCI/OMPI, "Le marketing des produits de l'artisanat et des arts visuels : le rôle de la propriété intellectuelle – Guide pratique".

de propriété intellectuelle⁶⁷. On trouvera ci-après un examen des principales options s'agissant des critères de fond dans les législations existantes visant à dégager les principes généraux applicables.

Exigences d'originalité

30. Les systèmes *sui generis* de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore n'imposent pas généralement à ces expressions d'être "originales" ou "nouvelles", car un tel critère ne protégerait que les expressions qui sont des interprétations, des arrangements, des adaptations ou des anthologies contemporains d'objets culturels préexistants, réalisés par un ou plusieurs individus identifiables, et non pas ces objets eux-mêmes et leur simple recreation ou imitation⁶⁸. Ainsi, par exemple les dispositions types n'évoquent aucune exigence d'originalité; il en va de même pour les législations nationales en matière de droit d'auteur qui s'en sont inspirées. La loi du Panama et la loi type du cadre juridique régional pour le Pacifique n'exigent pas non plus l'originalité. Une telle exigence ne serait pas conforme à la pratique qui se met en place et exclurait de la protection des pans entiers d'expressions culturelles traditionnelles.

31. Cela étant, pour pouvoir être protégée au titre de la propriété intellectuelle, l'objet en question doit résulter d'une activité intellectuelle créatrice⁶⁹. Les dispositions types de 1982 précisent également que les expressions du folklore susceptibles de protection sont celles qui constituent des manifestations de la créativité intellectuelle⁷⁰. Or les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont le produit de processus de création intellectuelle et l'un des objectifs de la protection est de promouvoir le respect de la valeur créatrice et intellectuelle de cette production.

32. Au moment d'établir des principes de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore selon des modalités s'inspirant des principes de propriété intellectuelle, il semble judicieux d'examiner ce que sont les produits de la créativité intellectuelle. On peut supposer qu'un certain montant de créativité intellectuelle constitue un critère de base pour décider du fait qu'une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore est ou non susceptible de protection. Un peu comme l'"originalité", la "créativité" ne se prête pas aisément à une définition précise et détaillée valable sur le plan international. La conformité à ce critère devra être déterminée par les autorités judiciaires compétentes au cas par cas, compte tenu de la nature des expressions culturelles et, le cas échéant, des pratiques coutumières et du contexte culturel de la communauté qui s'identifie à l'expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore.

⁶⁷ Paragraphe 43 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14.

⁶⁸ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

⁶⁹ La Convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle de 1967 définit la propriété intellectuelle comme étant les droits relatifs aux œuvres littéraires, artistiques et scientifiques; aux interprétations des artistes interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion; aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaine; aux découvertes scientifiques; aux dessins et modèles industriels; aux marques de fabrique, de commerce et de services, ainsi qu'aux noms commerciaux et dénominations commerciales; à la protection contre la concurrence déloyale; et à tous les autres droits afférent à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique.

⁷⁰ Paragraphe 4 du préambule.

Fixation sous forme matérielle

33. De nombreuses législations nationales exigent que, pour être protégées par le droit d'auteur, une œuvre soit fixée sous une forme matérielle. Toutefois, la fixation n'est pas un élément obligatoire du droit international en matière de droit d'auteur, et de nombreux autres pays, en particulier les pays de droit romano-germanique, étendent la protection au titre du droit d'auteur à des œuvres non fixées. Les législations *sui generis* de protection des productions littéraires et artistiques traditionnelles n'exigent pas de fixation (voir par exemple la loi type de Tunis, les dispositions types, la loi du Panama, l'Accord de Bangui et la loi type du cadre juridique régional pour le Pacifique).

34. De nombreuses expressions culturelles traditionnelles sont conservées et transmises entre générations oralement et ne sont jamais écrites. On peut donc penser qu'une exigence de fixation telle qu'elle existe dans certains droits pour ce qui concerne le droit d'auteur ne serait pas utile ou adaptée et que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être protégées quels que soient leur forme et leur support. Cette idée est conforme à plusieurs principes directeurs, en particulier la reconnaissance des caractères et des formes spécifiques de l'expression culturelle.

35. Par conséquent, la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit pas être subordonnée à la condition que ces œuvres soient fixées ou enregistrées, même si elles peuvent ultérieurement être publiées dans des bases de données ou ailleurs. Il a été avancé dans des documents précédents que la fixation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne constitue pas nécessairement une stratégie adaptée aux fins de la protection de la propriété intellectuelle⁷¹. Les expressions dont il s'agit sont des expressions "vivantes", constamment en cours d'adaptation et de récréation. Exiger une forme de fixation ou d'enregistrement préalable contredit la nature orale, intangible et "vivante" de nombreuses expressions culturelles traditionnelles. Le système du droit d'auteur, dont les principes et les formes de protection sont les plus appropriés pour les expressions culturelles traditionnelles, ne permet pas d'imposer des formalités quelles qu'elles soient : la protection est automatique dès la création de l'œuvre. Il n'existe aucune forme d'examen préalable, contrairement à ce qui se passe généralement pour la propriété industrielle. Les inventaires et bases de données d'objets culturels peuvent certes s'avérer utiles pour l'identification, la préservation et la promotion de ces matériaux dans le cadre de politiques de patrimoines culturels. Toutefois, la fixation ou l'enregistrement des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit pas être considérée comme la base unique de la protection, d'autant que cette fixation peut même faciliter et accélérer les types d'usage abusif contre lesquels les communautés veulent se protéger.

36. La question du caractère obligatoire de l'enregistrement est à distinguer de celle de savoir s'il est utile ou souhaitable de disposer d'une forme de notification pour certaines expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, soit pour instituer leur protection, soit à des fins de preuve ou des fins défensives (ce point est examiné ci-après au chapitre "formalités").

⁷¹ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/5/3 et WIPO/GRTKF/IC/6/3.

Valeur commerciale/utilité

37. L'un des systèmes *sui generis* existants prévoit que les expressions culturelles traditionnelles doivent entre autres pouvoir "donner lieu à un usage commercial"⁷². Cela limite la protection aux seules expressions ayant une valeur ou une utilité commerciale ou industrielle. L'avantage d'un tel critère est sans doute qu'il ne prévoit de moyen de faire respecter les droits et qu'il n'augmente les coûts de la transaction que pour les expressions susceptibles d'être exploitées. D'un autre côté, les peuples autochtones et les communautés traditionnelles et autres soulignent que leurs préoccupations ne portent pas uniquement sur les aspects économiques. De nombreuses expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont pas créées à des fins commerciales, mais sont le support d'une expression spirituelle et culturelle. Une approche plus large peut répondre au principe de sensibilité aux aspirations et aux attentes des communautés intéressées, notamment par la prise en compte de façon équilibrée des aspects culturels et économiques du développement.

Lien avec la communauté – notion d'objet "authentique" ou "caractéristique" de l'identité et du patrimoine culturel de la communauté

38. La prévention de la commercialisation et de la vente, dans des conditions de nature à induire en erreur, d'imitations d'expressions culturelles traditionnelles ou d'expressions du folklore au détriment des communautés intéressées et des consommateurs est la raison d'être de nombreux projets de protection juridique de ces expressions. Cela suppose un critère juridique ou pratique objectif permettant de distinguer les imitations des expressions "authentiques". Un tel critère serait particulièrement utile dans la mesure où il établirait un lien clair et constant entre l'expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore et une communauté autochtone traditionnelle ou une autre communauté culturelle identifiable. Il mettrait en lumière l'aspect souvent collectif et communautaire des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Dans un souci d'équité et de répression des pratiques déloyales, il conviendrait de se concentrer sur des expressions qui ont un lien avec des communautés particulières, sont perpétuées par elles et leur sont associées de façon distinctive. Le terme d'"authenticité" en tant que tel est contesté par les folkloristes et son usage dans les processus internationaux et nationaux a causé des difficultés⁷³. Cependant, dans la mesure où le terme dénote un caractère véritable, par opposition à un faux ou une imitation⁷⁴, il pourrait servir à élaborer un critère approprié établissant le lien voulu entre une expression et une communauté (à savoir que l'expression serait un "attribut" d'une communauté particulière).

39. La plupart, sinon la totalité, des systèmes actuels de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore supposent, sous une forme ou une autre, un lien entre l'expression protégée et la communauté. Les critères peuvent différer, mais tous

⁷² La loi du Panama de 2000.

⁷³ Voir, de façon générale, les débats sur le thème "Folklore, écologie esthétique et domaine public" de l'Université de Pennsylvanie les 2 et 3 avril 2004 ainsi que le huitième congrès de la Société internationale d'ethnologie et de folklore/troisième congrès de l'Association d'anthropologie méditerranéenne tenu à Marseille le 28 avril 2004; entretiens avec notamment Dorothy Noyes, chargée de cours spécialiste du folklore de l'Université d'État de l'Ohio et Valdimar Hafstein, chercheur à l'Académie de Reykjavik et maître de conférence en ethnologie et en folklore à l'Université d'Islande.

⁷⁴ Voir, pour le terme anglais, le dictionnaire Merriam-Webster et le *Concise Oxford Dictionary*.

ces systèmes s'efforcent de distinguer d'une façon ou d'une autre les expressions "authentiques" et les expressions "non authentiques". Certains systèmes et mesures *sui generis* définissent les qualités que doivent présenter les auteurs d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Ainsi, la loi des États Unis d'Amérique sur l'art et l'artisanat indiens prévoit une protection uniquement pour les objets d'arts et d'artisanat qui sont "des produits indiens" et charge la Commission de l'art et de l'artisanat indien d'enregistrer des marques d'authenticité et de qualité; le label d'authenticité australien ne peut être utilisé que par les "créateurs autochtones certifiés" définis par la loi⁷⁵; et la marque *Toi Iho*TM "fait par les Maoris" de Nouvelle-Zélande, marque d'authenticité et de qualité destinée aux produits d'arts et d'artisanat maoris, est concédée sous licence à des artistes d'origine maorie pour leurs œuvres ayant un référent maori explicite ou implicite⁷⁶.

40. La nature même d'une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore est de représenter, de façon distinctive et caractéristique, le patrimoine traditionnel d'une communauté (voir ci-dessus le principe de reconnaissance de la nature spécifique, des caractéristiques et des formes traditionnelles de l'expression culturelle). Cela signifie que, pour être susceptible de protection, l'objet doit être "caractéristique" du patrimoine traditionnel distinct d'une communauté donnée. Ce critère est tiré presque directement des dispositions types de 1982 et de la loi type de Tunis de 1976. Certains des systèmes *sui generis* plus récents, tels que la loi de Panama de 2000 et le décret d'application y relatif de 2001 ainsi que le cadre juridique régional pour le Pacifique de 2002 prévoient un critère similaire, quoique exprimé de diverses façons⁷⁷.

41. Les notions d'expression "authentique" et "caractéristique" se recouvrent partiellement. Dans les deux cas il s'agit de veiller à ce que seules les expressions ayant un lien réel avec une communauté puissent faire l'objet d'une protection. Étant donné les difficultés liées à l'utilisation du terme "authentique", il n'est pas utilisé dans le libellé du principe énoncé ci-après. Celui-ci, qui se réfère aux expressions qui sont "caractéristiques" d'une identité et d'un patrimoine culturels et communautaires donnés sous-entend cependant l'idée d'un objet authentique, au sens de "véritable" par opposition à une imitation. Le critère de "caractéristique" englobe ces notions. Le commentaire apporté aux dispositions types de 1982 est éclairant à cet égard. S'agissant de la description des "expressions du folklore" dans les dispositions types, le commentaire est le suivant :

Les "éléments caractéristiques" du patrimoine artistique traditionnel, dont la production doit être composée pour pouvoir prétendre à une protection au titre d'"expressions du folklore", s'entendent dans ce contexte des éléments généralement admis comme représentant un patrimoine traditionnel distinct d'une communauté. S'agissant de la question de savoir ce qu'il faut considérer comme faisant partie du folklore d'une "communauté", un ou deux membres du groupe de travail ont estimé que la réponse exige un "consensus" de la communauté qui certifierait l'"authenticité" de l'expression du folklore. La définition proposée ne mentionne pas ce "consensus" de la communauté car subordonner l'application de la loi dans chaque cas au jugement de la communauté exigerait d'autres dispositions fixant la façon dont ce consensus peut se vérifier et le moment où il doit exister. Il semble en être de

⁷⁵ Janke, Terri, *Minding Culture*, pages 134 à 158.

⁷⁶ Règles régissant l'utilisation par les artistes de la marques *Toi Iho Maori Made*, sur le site www.toiho.com (18 août 2004).

⁷⁷ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/3/10 et Lucas-Schloetter, "Folklore", dans von Lewinski, S. (éd.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, 2004 (Kluwer).

même pour l'exigence d'“authenticité”, qui nécessiterait aussi une interprétation. Au contraire, *l'exigence d'un “consensus” et d'une “authenticité” découle implicitement de la règle exigeant que les éléments soient “caractéristiques”, c'est-à-dire qu'ils incarnent le patrimoine culturel traditionnel : les éléments généralement reconnus comme caractéristiques sont habituellement d'authentiques expressions du folklore, reconnues comme telles par le consensus tacite de la communauté intéressée* (italiques ajoutés).

42. Il semble, d'après les expériences étudiées, que ce type de critère est neutre quant au lieu de résidence de l'individu ou de la communauté détenteur ou interprète de l'expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore. En d'autres termes, une expression détenue ou interprétée par un individu ou une communauté vivant en dehors de leur lieu d'origine géographique traditionnel (par exemple une communauté migrante) reste susceptible de protection si elle est encore “caractéristique” de l'identité et du patrimoine de la communauté.

Principe relatif aux critères de protection

Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peuvent être protégées, quels que soient le mode ou la forme d'expression, à condition qu'elles soient

- i) les produits d'une activité intellectuelle créative, notamment d'une créativité collective et cumulative, et
- ii) caractéristiques de l'identité culturelle distinctive d'une communauté et du patrimoine traditionnel développé et perpétué par cette communauté.

Bénéficiaires

43. De nombreux participants ont souligné que les expressions culturelles traditionnelles sont généralement considérées comme ayant une origine collective et étant détenues de façon collective, si bien que les droits et intérêts portant sur ces objets devraient appartenir aux communautés et non aux individus⁷⁸ (conformément aux principes de sensibilité aux aspirations des communautés intéressées et de reconnaissance de la nature spécifique des caractéristiques et des formes de l'expression culturelle). Il peut être nécessaire de préciser la répartition des droits ou le partage des avantages entre les communautés partageant le même folklore ou un folklore semblable dans le même pays ou dans différents pays (cas du “folklore régional”).

Reconnaître les droits et bénéfices communautaires

La protection des œuvres n'ayant pas d'auteur identifiable est une notion connue dans le domaine du droit d'auteur. En effet, les règles existantes en matière de droit d'auteur s'appliquent aux œuvres anonymes, non publiées, collectives et de collaboration⁷⁹. Ces notions ne sont pas parfaitement adaptées au cas des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Néanmoins, elles permettent de trouver une base jurisprudentielle sûre aux nouvelles mesures, qui s'inspireront des principes reconnus de longue date en matière de droit d'auteur et seront compatibles avec ceux-ci. Il existe également des

⁷⁸ GRULAC (page 5 de l'annexe II du document OMPI/GRTKF/IC/1/5), SAARC (paragraphe 26 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13, Indonésie (paragraphe 29 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13).

⁷⁹ Voir l'article 15 de la Convention de Berne de 1971.

précédents pour la protection des droits de groupes dans des domaines ne concernant pas la propriété intellectuelle, notamment les lois relatives au patrimoine culturel telles que la loi sur la protection et le rapatriement des sépultures des autochtones américains de 1990 et la loi sur l'art et l'artisanat indiens de 1990 aux États-Unis d'Amérique; la loi sur la protection des biens culturels de la République de Corée de 1962; et la loi sur la protection et la préservation des biens culturels de Croatie de 1999.

44. Certaines législations *sui generis* prévoient des droits et des intérêts communautaires sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, se référant directement aux communautés visées par ces lois. Il s'agit de la loi des Philippines de 1997, de la loi du Panama de 2000 et des dispositions types de 1982. En particulier, la loi sur l'art et l'artisanat indiens de 1990 des États-Unis d'Amérique (voir si après WIPO/GRTKF/IC/7/4) se limite aux "tribus indiennes", aux organismes s'occupant d'art et d'artisanat indien et aux individus indiens d'après la définition donnée. La loi type du cadre juridique régional pour le Pacifique de 2002 attribue les "droits culturels traditionnels" aux "propriétaires traditionnels".

45. Les droits communautaires pourraient également faire l'objet d'une disposition spéciale *sui generis* dans le cadre de la législation en matière de droit d'auteur. L'Australie, par exemple, met en place une législation visant à accorder aux communautés le droit moral de protéger le matériel fondé sur la tradition contre un usage déplacé, dégradant ou culturellement inacceptable (voir le document WIPO/GRTKF/IC/7/4). De plus, les tribunaux d'Australie se sont montrés prêts à reconnaître les intérêts communautaires sur une œuvre protégée au titre du droit d'auteur⁸⁰.

46. Toutefois, la plupart des législations nationales qui assurent la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, en particulier celles qui se fondent sur la loi type de Tunis de 1976 ou les dispositions types de 1982, attribuent les droits à l'État ou à un organisme statutaire, ou du moins prévoient que ces droits doivent être gérés et exercés par l'État. Dans la plupart des cas, les bénéficiaires résultant de l'octroi de ces droits sont employés à des programmes relatifs au patrimoine national, au bien-être social et à la culture. Le groupe des pays africains, dans sa proposition présentée lors de la sixième session du comité, a ainsi formulé l'un des principes préconisés : "reconnaître le rôle de l'État dans la préservation et la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore"⁸¹.

Expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore communes à plusieurs communautés d'un même pays

47. Dans certains cas, deux ou plusieurs communautés d'un même pays sont titulaires de droits se chevauchant potentiellement sur les mêmes expressions culturelles traditionnelles ou des expressions culturelles traditionnelles analogues. Parmi les options retenues afin de régler le problème des droits ou intérêts concurrents ou se chevauchant, figurent la cotitularité des droits (option préconisée dans la loi du Panama de 2000) et la possibilité donnée aux communautés de demander (pour autant qu'il soit nécessaire d'en présenter la demande) et de détenir séparément des droits sur les mêmes expressions culturelles traditionnelles ou des

⁸⁰ Voir Janke, Terri, *Minding Culture – Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, OMPI.

⁸¹ WIPO/GRTKF/IC/6/12.

expressions culturelles traditionnelles analogues. Une autre solution éventuelle à ce problème consiste à conférer les droits à l'État ou à l'organisme officiel, comme indiqué plus haut. Voir, ci-après, la partie intitulée "Gestion des droits".

"Folklore régional"

48. Des communautés de différents pays, voire de différentes régions, peuvent avoir des prétentions sur les mêmes expressions du folklore ou des expressions du folklore analogues ("folklore régional"). Les États ont notamment proposé, dans ce cas, l'établissement de registres ou de bases de données sur le folklore national et international, le recours à des modes extrajudiciaires de règlement des litiges, la mise en place de systèmes d'enregistrement et de notification, le développement de la gestion collective et la création d'organismes chargés du règlement des litiges ou, éventuellement, une combinaison de ces différentes solutions⁸². Certains commentateurs, tels que Kuruk, ont préconisé la création à l'échelle régionale de systèmes et institutions, ainsi que d'organismes chargés du règlement des litiges, en vue de traiter ces questions⁸³ et, lors d'un séminaire sous-régional sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, tenu à Rabat (Maroc) en mai 2003, il a notamment été recommandé aux pays arabes ayant en commun un patrimoine culturel populaire et traditionnel de créer des commissions conjointes chargées d'examiner et d'élaborer des stratégies équitables de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Les organismes et mécanismes régionaux actuels (tels que l'ARIPO et l'OAPI en Afrique, qui, conjointement avec la Zambie, ont soulevé cette question devant le comité intergouvernemental⁸⁴) peuvent jouer un rôle important dans l'élaboration d'une solution à la question du "folklore régional". Cette question qui renvoie à celle, plus vaste, de la création de mécanismes institutionnels, est aussi étroitement liée aux questions soulevées dans les parties respectivement intitulées "Formalités" et "Protection régionale et internationale" (voir ci-après).

Principe relatif aux bénéficiaires

Les mesures de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent viser l'intérêt des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles

- i) qui sont les gardiens des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et sont chargés de leur protection, conformément à leurs droits et pratiques coutumiers, et
- ii) qui perpétuent et utilisent les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en tant qu'éléments caractéristiques de leur patrimoine culturel traditionnel.

⁸² Voir, par exemple, les réponses des pays ci-après au questionnaire envoyé par l'OMPI en 2001 : Canada, Colombie, Égypte, Fédération de Russie, Gambie, Indonésie, Jamaïque, Kirghizistan, Malaisie, Mexique et Roumanie. Voir le document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

⁸³ Kuruk P., "Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States", 48 *American University Law Review* 769 (1999).

⁸⁴ Paragraphes 48, 50 et 51 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15.

Gestion des droits

49. En vue de garantir l'efficacité et l'accessibilité de la protection, il conviendrait notamment de préciser comment sont présentées les demandes d'autorisation requises pour exploiter les expressions culturelles traditionnelles, à qui elles sont adressées, quelles sont les procédures de notification officielle, d'identification des bénéficiaires et de répartition des avantages, quel est le mode de règlement des litiges. Ces questions doivent être réglées, que les bénéficiaires de la protection soient des communautés ou des organismes officiels (voir, plus haut, la section intitulée "Bénéficiaires"). Certaines lois actuellement en vigueur contiennent des dispositions détaillées concernant la gestion des droits et le traitement des demandes d'autorisation (par exemple, la loi type contenue dans le cadre juridique régional pour le Pacifique). Le présent document vise à déterminer les principes fondamentaux qui pourraient être appliqués. Manifestement, l'élaboration de telles mesures dépendra en grande partie de facteurs liés aux communautés : des options pour l'élaboration de dispositions plus détaillées pourraient être approfondies aux niveaux tant national que communautaire.

50. De nombreux États (en se fondant sur la loi type de Tunis de 1976 et les dispositions types de 1982) ont conféré les droits sur les expressions culturelles traditionnelles à un organisme officiel chargé d'accorder les autorisations requises pour leur utilisation⁸⁵. Il en est ainsi aussi en vertu de la législation des Philippines et du Pérou. Le cadre défini par le groupe des pays africains énonce le principe de la reconnaissance du "rôle de l'État dans la préservation et la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore"⁸⁶. Le cadre juridique régional pour le Pacifique de 2002 prévoit une solution hybride : l'autorité compétente défend les intérêts des communautés concernées et sert d'intermédiaire entre les communautés et les utilisateurs⁸⁷. Aux termes de la loi sur les arts et l'artisanat indiens des États Unis d'Amérique, le Conseil des arts et de l'artisanat indiens semble jouer un rôle analogue. Bien que les tribus amérindiennes, les organismes de défense des arts et de l'artisanat indiens et les amérindiens eux-mêmes aient le droit d'intenter une action au civil en vertu de cette loi, le Conseil est aussi habilité à recevoir des plaintes et à y donner suite⁸⁸.

51. Ces exemples semblent indiquer qu'une "administration" mise en place par l'État pourrait, du moins dans certains cas, être chargée de délivrer les autorisations requises pour exploiter les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; de veiller à l'exploitation dans les règles de ces expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (en particulier lorsque l'accent est mis sur la réglementation de cette exploitation et non sur un droit de propriété exclusif); de conseiller les communautés concernées et de leur fournir une assistance; d'assurer le règlement des litiges relatifs aux questions de titularité et de partage des avantages; de mieux faire connaître la nécessité de respecter et de protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; d'intenter, si nécessaire, des actions au civil ou au pénal au nom des communautés. Si un système de notification a été

⁸⁵ Voir les réponses au questionnaire sur le folklore, ainsi que le document WIPO/GRTKF/IC/3/10 et le document présenté par le GRULAC (page 5 de l'annexe II du document OMPI/GRTKF/IC/1/5).

⁸⁶ WIPO/GRTKF/IC/6/12.

⁸⁷ Voir en général la partie 4 du cadre juridique régional.

⁸⁸ Voir aussi l'exposé consacré à la législation des États-Unis d'Amérique lors de la cinquième session (WIPO/GRTKF/IC/5/INF 4).

adopté (voir ci-après la partie intitulée “Formalités”), cette administration pourrait également le gérer. De nombreux pays disposent déjà d’un bureau, d’un conseil, d’un organisme ou d’un autre type d’administration remplissant ces fonctions ou des fonctions analogues.

Principe relatif à la gestion des droits

Pour garantir l’efficacité de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, une administration responsable, qui peut être un office ou un autre organisme existant, doit être chargée de fonctions de sensibilisation, d’éducation, de conseil et d’orientation, de surveillance et de règlement des litiges, entre autres.

Les autorisations requises pour exploiter les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être obtenues soit directement auprès de la communauté concernée, soit auprès de l’administration agissant pour le compte et dans l’intérêt de cette communauté. Lorsque les autorisations sont délivrées par cette administration,

- i) elles ne doivent être accordées qu’après des consultations appropriées avec les peuples autochtones ou communautés traditionnelles – ou autres – concernés, conformément à leurs systèmes traditionnels de prise de décisions et de gestion des affaires publiques;
- ii) elles doivent être conformes à la portée de la protection prévue pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore concernées et, en particulier, prévoir le partage équitable des avantages découlant de l’utilisation de ces expressions;
- iii) les incertitudes ou les litiges relatifs à la question de savoir quelles communautés sont concernées doivent être résolus, dans la mesure du possible, selon les lois et pratiques coutumières;
- iv) tous les avantages monétaires ou non monétaires découlant de l’utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être transmis directement par l’administration perceptrice au peuple autochtone ou à la communauté traditionnelle ou autre concernés;
- v) une législation ou un règlement d’habilitation ou des mesures administratives d’application doit fournir une orientation sur des questions telles que les procédures de demande d’autorisation, les taxes que l’administration peut, le cas échéant, percevoir pour ses services, les procédures de publication officielle, le règlement des litiges et les conditions régissant la délivrance d’autorisations par l’administration.

Portée de la protection

52. L’élément essentiel de la protection concerne la portée des types d’actes ou d’omissions qui doivent être empêchés. Les principes fondamentaux relatifs à la portée de la protection peuvent être tirés d’un large éventail de données d’expérience acquises à ce jour et des lois en vigueur relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. L’ensemble des principes et mécanismes juridiques régissant la fourniture de la protection souhaitée sont énoncés dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/4 et ne sont mentionnés que succinctement dans le présent document. Toutefois, la méthode adoptée dans l’élaboration du présent projet de principe a été d’examiner l’esprit ou le dénominateur commun de la protection accordée dans les nombreux pays qui ont rendu compte de leur expérience au comité intergouvernemental.

Appropriation et utilisation abusive

53. En vue de mettre l'accent sur la détermination des droits éventuellement associés aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et de mettre en évidence leur particularité et leur importance concrète, les missions d'enquête et les consultations avec les communautés concernées menées précédemment ont été mises à profit dans les documents antérieurs du comité afin de recenser les types d'utilisation et d'appropriation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont le plus souvent source de préoccupation pour les communautés autochtones et locales et les autres dépositaires et détenteurs de ces expressions, à savoir

- a) la reproduction ou l'adaptation puis la commercialisation non autorisées des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, sans partage des avantages économiques en découlant⁸⁹;
- b) l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore d'une manière insultante, dégradante ou culturellement et spirituellement offensante⁹⁰;
- c) l'accès non autorisé à des documents sacrés ou secrets, leur divulgation et leur utilisation⁹¹;
- d) l'appropriation de langages traditionnels⁹²;
- e) la fixation non autorisée de prestations en direct d'expressions culturelles traditionnelles ou d'expressions du folklore et les actes ultérieurs découlant de cette fixation⁹³;
- f) l'appropriation de la réputation ou du caractère distinctif d'expressions culturelles traditionnelles ou d'expressions du folklore de manière à évoquer un produit traditionnel authentique, par l'utilisation d'indications fausses ou fallacieuses quant à son authenticité ou son origine, ou l'adoption des méthodes utilisées pour sa fabrication et de son "style"⁹⁴;
- g) la non-indication de la source traditionnelle d'une création ou innovation fondée sur la tradition⁹⁵;

⁸⁹ Il peut s'agir, par exemple, de l'enregistrement d'une musique traditionnelle, de la reproduction de tableaux, de la reproduction de dessins ou modèles incorporés à des textiles ou des objets d'artisanat ou de la prise de photographies de colliers de perles et de parures portés par des membres de communautés autochtones ou traditionnelles.

⁹⁰ Il peut s'agir, par exemple, de la modification d'une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore afin de l'adapter aux marchés étrangers, ou à l'exécution d'un rite ou d'une cérémonie dans un contexte et un environnement inappropriés.

⁹¹ Il peut s'agir, par exemple, de la divulgation de documents secrets ou contenant des informations délicates du point de vue culturel, tels que des sites et des objets tribaux dotés d'une profonde signification religieuse et culturelle (comme ce fut par exemple le cas dans l'affaire *Foster c. Mountford* (1976) 29 FLR 233, voir le paragraphe 209 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3).

⁹² Dans des documents antérieurs sont cités des cas dans lesquels des termes, symboles et autres signes distinctifs propres à des communautés autochtones ou traditionnelles ont été utilisés en dehors de leur contexte traditionnel par des personnes n'appartenant pas à ces communautés. Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁹³ Par exemple, la prise de photographies de la prestation en direct de chants et danses interprétés ou exécutés par des membres de communautés autochtones, puis la reproduction et la publication de ces photographies sur des CD, des cassettes audio, des cartes postales, ainsi que sur l'Internet. Voir, par exemple, *Minding Culture* de Terri Janke.

⁹⁴ Il peut notamment s'agir de la commercialisation d'articles traditionnels pour cadeaux portant abusivement la mention "autochtone", "d'origine amérindienne" ou "authentique".

⁹⁵ On peut notamment citer le cas de l'incorporation d'une musique traditionnelle dans un album de "world music" sans indication de la source de la musique.

h) l'octroi par erreur de droits de propriété industrielle sur des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et leurs dérivés⁹⁶.

Forme juridique de la protection

54. Les lois en vigueur en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore énoncent un large éventail de principes et mécanismes juridiques dont il conviendrait de s'inspirer dans l'élaboration des principes fondamentaux applicables en ce qui concerne la portée de la protection. Certaines prévoient un véritable droit exclusif sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en tant que telles. La plupart n'offrent pas de protection sous la forme d'un droit véritablement exclusif, mais mettent plutôt l'accent sur la réglementation de l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore protégées. Les différentes options retenues, examinées en détail dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/4, sont notamment :

a) la reconnaissance de droits de propriété exclusifs, qui permettent d'autoriser des tiers à accomplir certains actes en rapport avec les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore⁹⁷ ou de les en empêcher. Cette option constituerait un moyen de donner effet au principe de "consentement préalable donné en connaissance de cause". Des droits exclusifs sont conférés dans la loi type de Tunis de 1976, dans les dispositions types de 1982, dans la loi du Panama de 2000, dans le cadre juridique régional pour le Pacifique de 2002, et dans la loi des Philippines de 1997;

b) la possibilité d'accorder des autorisations selon un mécanisme de rémunération équitable ou de responsabilité compensatoire prévoyant une forme de contrepartie équitable pour les titulaires des droits en échange de l'utilisation de leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, sans créer de droit exclusif sur ces dernières. Cette option a été retenue dans certains systèmes de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, souvent dans le cadre d'un régime de domaine public payant⁹⁸;

c) la reconnaissance d'un droit moral conférant normalement un droit de regard sur l'attribution de la titularité; le droit de contester l'attribution erronée de la titularité; le droit de veiller à ce que les éléments protégés ne fassent pas l'objet d'un traitement dégradant; et, au moins dans certains ressorts juridictionnels, le droit de publier ou de divulguer (le droit de décider si, quand et comment les éléments protégés doivent être rendus accessibles au public)⁹⁹. "Le droit à l'intégrité qui protège la réputation des créateurs peut permettre d'apaiser les craintes quant à une utilisation répréhensible des expressions du folklore, en empêchant la déformation, la modification ou la présentation inexacte des œuvres des créateurs. Il peut être invoqué en réparation d'un traitement culturellement inapproprié des expressions du folklore ... Le droit de publication est le droit qu'a le créateur de décider quand, où et sous quelle forme une œuvre sera publiée. Il peut donner aux créateurs du folklore une certaine maîtrise de la publication ou de la divulgation d'œuvres sacrées et ainsi,

⁹⁶ Un brevet délivré pour une méthode de fabrication du tambour métallique de la région des Caraïbes a été cité en exemple. Voir le paragraphe 188 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

⁹⁷ GRULAC (page 2 de l'annexe I et page 5 de l'annexe II du document OMPI/GRTKF/IC/1/5), Zambie (paragraphe 88 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13).

⁹⁸ GRULAC (page 2 de l'annexe I et page 5 de l'annexe II du document OMPI/GRTKF/IC/1/5), Accord de Bangui de l'OAPI, voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/INF 3.

⁹⁹ Voir Lucas-Schloetter, "Folklore", dans von Lewinski, S. (éd.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, 2004 (Kluwer), page 298.

diminuer le risque d'actes répréhensibles. Par ailleurs, il peut éventuellement être appliqué parallèlement à un procès pour abus de confiance si l'information sur les œuvres sacrées a été communiquée en toute confiance¹⁰⁰. La protection du droit moral est prévue dans les dispositions types de 1982 et dans le cadre juridique régional pour le Pacifique de 2002 (et, en rapport avec les interprétations ou exécutions des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, dans le WPPT de 1996);

d) la mise en place d'un système fondé sur la protection contre la concurrence déloyale, qui confère le droit d'empêcher divers actes généralement considérés comme des actes de "concurrence déloyale", tels que des pratiques commerciales fallacieuses et de nature à induire en erreur, l'enrichissement sans cause, la substitution de produits et la perception d'avantages commerciaux injustifiés¹⁰¹. Ce système inspire la loi sur les arts et l'artisanat des États Unis d'Amérique et figure également dans les dispositions types de 1982;

e) la mise en place d'un système fondé sur des sanctions pénales, dans lequel certains actes ou omissions sont considérés comme des infractions pénales. Les dispositions types de 1982, ainsi que le cadre juridique régional pour le Pacifique de 2002 sanctionnent certains types d'infractions pénales¹⁰².

55. Ces différentes options ne sont pas nécessairement incompatibles et pourraient être combinées, conformément au principe directeur de souplesse et d'exhaustivité. Une option peut, par exemple, être plus applicable ou adaptée à un type particulier d'expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore qu'à un autre. La plupart des systèmes *sui generis* comportent une, et souvent plusieurs, de ces options et une protection intégrale des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peut être fondée aussi bien sur plusieurs textes législatifs que sur la législation de base et les codes juridiques généraux (voir le document WIPO/GRTKF/IC/7/4 pour un examen plus détaillé des diverses options).

Portée de la protection

56. Compte tenu des données d'expérience communiquées à ce jour et des déclarations et propositions formulées par les États membres, les communautés et les autres parties prenantes, on pourrait notamment recourir aux droits et mesures ci-après afin de protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore :

a) étendre, à l'exemple de la plupart des lois nationales de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore inspirées du droit d'auteur, les droits sur les œuvres littéraires et artistiques traditionnelles à des actes tels que la reproduction, l'adaptation, l'interprétation ou exécution publique, la mise en circulation, la récitation publique, la communication au public, la réalisation d'œuvres dérivées et l'importation (de copies ou d'adaptations non autorisées en vertu de la loi du pays où l'œuvre est importée);

¹⁰⁰ Palethorpe et Verhulst, *Report on the International Protection of Expressions of Folklore Under Intellectual Property Law*, 2000, page 31.

¹⁰¹ GRULAC (page 2 de l'annexe I du document OMPI/GRTKF/IC/1/5).

¹⁰² Articles 26 à 29.

- i) les mesures *sui generis* adoptées dans les lois relatives au droit d’auteur présentent, toutefois, une grande diversité en matière de traitement des droits et il serait difficile de codifier leurs éléments communs¹⁰³. Voir aussi le cadre juridique régional pour le Pacifique de 2002 qui prévoit des droits exclusifs classiques de la catégorie du droit d’auteur, y compris un droit d’adaptation et un droit “de créer des œuvres dérivées”¹⁰⁴;
- ii) ces droits peuvent faire l’objet d’une cession ou d’une concession sous licence (bien que des lois, telles que la loi type contenue dans le cadre juridique régional pour le Pacifique¹⁰⁵, puissent limiter une telle cession afin de garantir aux communautés traditionnelles la titularité de leurs droits ou exiger l’autorisation d’une administration compétente¹⁰⁶);
- iii) certaines questions juridiques et de politique générale s’articulent autour du droit d’adaptation, du droit de créer des œuvres dérivées et de la détermination d’exceptions et de limitations appropriées. Les dispositions types ne prévoient pas un droit d’adaptation et admettent une large exception en ce qui concerne “l’emprunt d’expressions du folklore aux fins de la création d’une œuvre originale par un ou plusieurs auteurs”¹⁰⁷. Les législations *sui generis* nationales relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles divergent sur ce point : certaines confèrent un droit d’adaptation, d’autres non. Le cadre juridique régional pour le Pacifique prévoit un droit d’adaptation et définit pour les créateurs extérieurs certaines obligations à l’égard de la communauté concernée (telles que la mention de la communauté et le partage des avantages découlant de l’exploitation du droit d’auteur et de tout type de droit moral sur les traditions fondamentales utilisées);
- b) interdire toute utilisation insultante, dégradante et culturellement et spirituellement offensante des expressions culturelles traditionnelles, en particulier celles qui sont sacrées, en se fondant sur des principes de droit moral (par exemple, les dispositions types de 1982 et le cadre juridique régional pour le Pacifique de 2002¹⁰⁸. Comme indiqué, l’Australie est en train d’élaborer une législation en vue d’introduire un droit moral communautaire dans sa législation sur le droit d’auteur);
- c) sanctionner la non-indication de la source ou la fourniture d’indications quant à la source susceptibles de prêter à confusion, en se fondant également sur la doctrine en matière de droit moral dans la législation sur le droit d’auteur. Les dispositions types, le cadre

¹⁰³ Voir et comparer, par exemple, les lois des pays suivants : Algérie, Angola, Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Congo, Ghana, Côte d’Ivoire, Djibouti, Gabon, Guinée, Lesotho, Malawi, Mali, Maroc, Nigéria, Qatar, République centrafricaine, Sénégal, Sri Lanka, Togo et Tunisie. Voir le document WIPO/GRTKF/IC/3/10, ainsi que Lucas-Schloetter, “Folklore”, dans von Lewinski, S. (éd.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, 2004 (Kluwer), pages 286 à 291, dans lesquels les systèmes en vigueur fondés sur le droit d’auteur font l’objet d’une analyse et d’une comparaison approfondies. Voir aussi Kuruk P., “Protecting Folklore Under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions Between Individual and Communal Rights in Africa and the United States”, 48 *American University Law Review* 769 (1999)

¹⁰⁴ Article 7.

¹⁰⁵ Article 10.

¹⁰⁶ Mali, Maroc, Rwanda, Tunisie. Voir Lucas-Schloetter, “Folklore”, dans von Lewinski, S. (éd.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property*, 2004 (Kluwer), *ibid.*

¹⁰⁷ Article 4.1)iii) des dispositions types de 1982.

¹⁰⁸ Voir l’article 13 de la loi type contenue dans le cadre juridique régional pour le Pacifique.

juridique régional pour le Pacifique et de nombreux systèmes de protection du folklore fondés sur le droit d'auteur prévoient des droits et des moyens de recours applicables en cas de non-indication de la source;

d) garantir aux interprètes ou exécutants des expressions du folklore un droit moral et des droits patrimoniaux dans le droit fil de la protection déjà prévue en vertu du WPPT de 1996;

e) en ce qui concerne les objets d'artisanat en particulier, prévoir expressément, comme dans les dispositions types et la loi du Panama de 2000, la protection des dessins et modèles en tant qu'expressions tangibles du folklore;

f) protéger la réputation (le caractère distinctif, le "style" et l'"authenticité") des expressions culturelles traditionnelles et empêcher toute allégation susceptible de prêter à confusion en ce qui concerne l'"authenticité" ou l'origine d'un produit, ou l'association avec une communauté ou l'approbation par une communauté, au moyen d'options telles que :

i) la certification des marques (exemples de l'Australie¹⁰⁹, de la Nouvelle-Zélande¹¹⁰ et des États-Unis d'Amérique¹¹¹);

ii) des lois sur la "publicité mensongère" et l'étiquetage en général (par exemple, la loi sur les arts et l'artisanat indiens de 1990¹¹²);

iii) la protection des indications géographiques (le Portugal, le Mexique et la Fédération de Russie ont donné des exemples intéressants d'enregistrement d'indications géographiques en rapport avec les expressions culturelles traditionnelles et les savoirs traditionnels associés¹¹³); et

iv) la législation relative à la concurrence et aux pratiques commerciales déloyales (par exemple, récemment, il a été interdit à une entreprise australienne de continuer à utiliser l'expression "art aborigène" ou le terme "authentique" pour sa gamme d'objets d'inspiration autochtone peints ou taillés à la main et ce, à moins d'avoir des raisons de penser que ces derniers ont été faits par des personnes d'origine aborigène¹¹⁴);

g) empêcher l'enregistrement non autorisé en tant que marques des signes, symboles, et autres marques autochtones. Des mécanismes à cet effet ont été mis en place par les pays de la Communauté andine, les États-Unis d'Amérique et la Nouvelle-Zélande¹¹⁵;

h) empêcher l'exploitation d'éléments sacrés ou secrets, en s'appuyant sur les principes relatifs à la protection contre la concurrence déloyale, la divulgation de renseignements non divulgués et confidentiels, l'abus de confiance et d'autres domaines analogues. Par exemple, l'Accord sur les ADPIC dispose à l'article 39 qu'en assurant une

¹⁰⁹ Voir *Minding Culture*, études de cas par Terri Janke, "Indigenous Arts Certification Mark", <http://www.wipo.int/globalissues/studies/cultural/minding-culture/index.html>.

¹¹⁰ Pour plus de renseignements sur la marque Toi Iho™, voir à l'adresse <http://www.toiiho.com>.

¹¹¹ En vertu de la loi de 1990 sur les arts et l'artisanat indiens, le Conseil des arts et de l'artisanat indiens veille à l'enregistrement de marques d'authenticité et de qualité.

¹¹² Paragraphe 122.i) du document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

¹¹³ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

¹¹⁴ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3 et aussi à l'adresse <http://www.accc.gov.au/> (7 avril 2003).

¹¹⁵ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/6/3.

protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10bis de la Convention de Paris, les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) doivent protéger "les renseignements non divulgués", tels qu'ils sont définis dans l'article, contre toute acquisition ou divulgation illicite, ou utilisation par des tiers d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes. Dans l'affaire *Foster c. Mountford*¹¹⁶ en Australie, le tribunal s'est fondé sur la doctrine relative aux informations confidentielles en common law pour interdire la publication d'un livre contenant des informations délicates du point de vue culturel;

i) empêcher l'octroi de droits de brevet sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et leurs dérivés n'impliquant pas d'activité inventive. Le document WIPO/GRTKF/IC/6/3 Add. contient des informations relatives à la mise au point éventuelle d'outils de classement en matière de propriété industrielle aux fins de la protection défensive des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

Réglementation par les communautés des œuvres dérivées

57. Les commentaires précédents ont porté sur la possibilité de favoriser la réglementation par les communautés de l'exploitation des œuvres dérivées créées par des individus, en particulier ceux n'ayant aucun lien avec les traditions et les éléments culturels qu'ils ont adaptés ou dont ils se sont inspirés. Généralement, l'exploitation des œuvres dérivées n'est pas réglementée dans les dispositions types, la loi type de Tunis, l'Accord de Bangui ou d'autres systèmes *sui generis* et lois nationales. Les dispositions types de 1982 ne contiennent aucun droit d'adaptation et admettent même une large "exception en ce qui concerne l'emprunt d'expressions". Toutefois, ce sont souvent l'adaptation et la commercialisation d'éléments traditionnels par des "profanes" qui peuvent causer le plus de dommages sur les plans culturel et économique. Il a même été avancé que le droit d'auteur et les autres droits de propriété intellectuelle ne doivent pas être reconnus pour ces créations fondées sur la tradition réalisées par des étrangers à la communauté. Cependant, il a également été proposé de reconnaître pleinement les droits sur les œuvres dérivées et de les protéger sans s'encombrer de considérations de ce genre, car la reconnaissance de tels droits vise à encourager et à promouvoir la créativité fondée sur les traditions. D'après certains, c'est précisément ainsi que le système de la propriété intellectuelle doit fonctionner, à savoir non pas récompenser la préservation du passé, mais plutôt le revitaliser et stimuler la créativité fondée sur les traditions aux fins de la croissance économique¹¹⁷. Il est aussi souligné que tout droit d'auteur sur une œuvre dérivée ne porte que sur l'élément nouveau et laisse l'élément sous-jacent en l'état. Cet aspect, qui a été évoqué dans des documents antérieurs, est dénommé le principe du "thin copyright"¹¹⁸.

58. Une solution de compromis, adoptée dans le cadre juridique régional pour le Pacifique, consiste à soumettre les créateurs d'œuvres dérivées à certaines obligations à l'égard de la communauté concernée (comme, dans le présent cas, l'obligation de mentionner la communauté, de partager les avantages découlant de l'exploitation commerciale de la propriété intellectuelle attachée aux œuvres dérivées et de respecter une forme de droit moral dans les traditions et le patrimoine sous-jacents utilisés).

¹¹⁶ (1976) 29 FLR 233.

¹¹⁷ Communauté européenne (WIPO/GRTKF/IC/3/11), Égypte (paragraphe 34 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13); proposition du groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/3/15).

¹¹⁸ WIPO/GRTKF/IC/6/3.

Principe relatif à la portée de la protection

Des mesures adéquates doivent être prises pour

i) empêcher la reproduction, l'adaptation, la communication au public et toutes autres formes d'exploitation similaires des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière (par exemple les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore à caractère sacré) et des œuvres qui en sont dérivées, ainsi que la déformation, la mutilation ou autre modification de ces expressions et œuvres ou tout acte leur portant atteinte, et l'acquisition par des tiers de droits de propriété intellectuelle sur lesdites expressions et œuvres;

ii) empêcher la divulgation et l'utilisation ultérieure non autorisées d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes, ainsi que l'acquisition par des tiers de droits de propriété intellectuelle sur ces expressions;

iii) en ce qui concerne les interprétations ou exécutions d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, garantir la protection du droit moral et des droits patrimoniaux prévus par le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (1996), et

iv) garantir que, en cas d'utilisation et d'exploitation d'autres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore,

- les communautés autochtones, traditionnelles ou autres communautés culturelles concernées seront reconnues comme étant la source de toute œuvre dérivée ou inspirée de ces expressions;
- toute déformation, mutilation ou autre modification d'expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore – ou autre acte portant atteinte à une telle expression – qui constituerait un outrage ou serait préjudiciable à la réputation, aux valeurs coutumières ou à l'identité ou l'intégrité culturelle de la communauté, pourra être empêché ou sera passible de sanctions civiles ou pénales;
- toute indication ou allégation fausse, prêtant à confusion ou fallacieuse et contraire aux pratiques commerciales honnêtes qui serait utilisée dans l'exercice du commerce en ce qui concerne l'origine, la nature, le procédé de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi, la quantité, l'approbation par une communauté – ou l'association avec une communauté – de produits ou de services qui mentionnent, utilisent ou évoquent des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pourra être empêchée ou sera passible de sanctions civiles ou pénales, et
- lorsque l'exploitation est à but lucratif, il y aura une rémunération ou un partage des avantages équitable selon des modalités définies par une autorité compétente et la communauté concernée.

59. Ces principes proposés doivent être examinés à la lumière des observations et précisions supplémentaires suivantes :

a) les éventuelles formes juridiques de protection (fondées, par exemple, sur des droits exclusifs, des droits non exclusifs, des sanctions pénales, la législation relative à la protection contre la concurrence déloyale ou d'autres mécanismes juridiques) sont examinées en détail dans le document WIPO/GRTKF/IC/7/4;

b) conformément aux principes directeurs, le principe relatif à la portée de la protection pourrait être appliqué à différents types d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore de plusieurs manières différentes :

i) par exemple, en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes ou revêtant une importance sur le plan culturel, les termes "des mesures appropriées doivent être prises afin de veiller à [...] empêcher [...]" font référence à des formes de protection renforcées. Les mesures à prendre à cet égard pourraient être du ressort des lois nationales ou régionales. Ces formes de protection renforcées pourraient, par exemple, consister en un droit de propriété exclusif ou un droit relatif au consentement préalable en connaissance de cause (voir le document WIPO/GRTKF/IC/7/4);

ii) par ailleurs, les termes "(empêcher) l'acquisition de droits de propriété intellectuelle sur" renvoient à des mesures de "protection défensive" visant à empêcher l'obtention et l'exercice de droits attachés au droit d'auteur, aux marques, aux brevets ou à d'autres droits de propriété intellectuelle sur des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sacrées ou secrètes. Là encore, ce principe pourrait être appliqué de différentes manières (voir le document WIPO/GRTKF/IC/7/4);

iii) particulièrement en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sacrées ou secrètes, ces formes de protection devraient compléter et renforcer le droit et l'obligation des communautés de réglementer efficacement l'accès aux expressions culturelles traditionnelles et expressions du folklore revêtant une importance particulière pour elles, conformément au droit et aux systèmes de gouvernance coutumiers (voir le principe de sensibilité aux aspirations et attentes des communautés concernées);

iv) la protection des interprétations ou exécutions des expressions du folklore pourrait s'inspirer généralement du droit moral et des droits patrimoniaux mentionnés dans le WPPT de 1996 (articles 6 à 10) et du droit à rémunération lorsque l'interprétation ou exécution est fixée sous forme d'enregistrement sonore (article 15), qu'elle soit ou non éventuellement publiée à des fins commerciales (voir la deuxième déclaration commune concernant l'article 15);

v) en ce qui concerne les autres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, y compris les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore déjà mises à la disposition du public ou accessibles au public, il conviendrait plutôt de mettre l'accent sur la réglementation de leur utilisation. Même si aucune autorisation préalable n'est nécessaire, leur utilisation est réglementée et des sanctions pénales peuvent être éventuellement prévues (là aussi, toutefois, le choix de la sanction ou du droit applicable est laissé aux lois nationales ou régionales). La réglementation de l'utilisation de ces expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est notamment fondée sur les principes du droit moral, des mécanismes de rémunération équitable et la législation relative à la protection contre la concurrence déloyale. Les communautés conservent toujours le droit de refuser purement et simplement l'accès à leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, ce qui leur assure, peut-être, la protection la plus efficace;

c) le principe d'efficacité et d'accessibilité de la protection va à l'encontre de la volonté d'imposer une quelconque formalité en ce qui concerne la protection spécifique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (autre que les formalités applicables à l'enregistrement des droits de propriété industrielle classiques sur les marques, les innovations et les dessins et modèles fondés sur la tradition). Par ailleurs, les objectifs de politique générale relatifs au renforcement de la transparence et de la certitude mettent en exergue l'importance d'un système de notification ou d'enregistrement des formes renforcées

de protection envisagées (expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sacrées, par exemple, afin que leur enregistrement ne donne pas lieu à la divulgation inopportune de ces éléments);

d) dans le domaine des expressions culturelles traditionnelles, le terme “source” est préféré à celui d’“origine” parce que, comme le soulignent notamment les spécialistes du folklore, il est souvent très difficile de déterminer l’origine d’une expression culturelle traditionnelle.

Exceptions et limitations

60. Dans les commentaires précédents, trois questions permettant de déterminer quelles utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être soumises à une forme quelconque d’autorisation ont été mises en évidence, à savoir :

- a) si l’utilisation est à but lucratif;
- b) si les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont utilisées par des membres de la communauté dont elles proviennent ou par des personnes étrangères à cette communauté; et
- c) si cette utilisation a lieu en dehors du contexte traditionnel ou coutumier.

61. Tout d’abord, comme beaucoup l’ont fait valoir, la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit pas empêcher les communautés elles-mêmes d’utiliser, d’échanger et de se transmettre mutuellement les expressions de leur patrimoine culturel traditionnel de manière traditionnelle et coutumière et de les développer par une récréation et une imitation constantes. Ainsi, un principe fondamental doit être que les utilisations, les échanges et la transmission sous une forme traditionnelle ou coutumière des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, conformément aux lois et pratiques coutumières, que ce soit ou non à des fins commerciales, ne doivent pas être subordonnés à une quelconque autorisation. Les dispositions types de 1982 ne sont applicables qu’à l’utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dans un contexte coutumier ou traditionnel et dans un but lucratif, et les dispositions de la loi type contenue dans le cadre juridique régional pour le Pacifique ne sont pas applicables aux usages coutumiers par des “propriétaires traditionnels” (articles 5 et 7.3)). La loi du Panama de 2000 ainsi que la loi du Pérou de 2002 contiennent aussi des dispositions analogues.

62. Deuxièmement, de nombreux États ont souligné que toute protection par la propriété intellectuelle des expressions culturelles traditionnelles doit faire l’objet d’un certain nombre de limitations afin que cette protection ne soit pas trop rigide. Une protection trop stricte peut étouffer la créativité, freiner les échanges culturels et se révéler impossible à mettre en œuvre, à surveiller et à appliquer¹¹⁹.

¹¹⁹ Des considérations analogues ont guidé le Comité d’experts gouvernementaux ayant élaboré les dispositions types de 1982, qui n’a pas perdu de vue la nécessité de définir un juste équilibre entre la protection des expressions du folklore contre les abus, d’une part et, d’autre part, la liberté et la nécessité d’encourager le développement et la diffusion du folklore. Le comité a tenu compte du fait que les expressions du folklore constituent une partie vivante de la culture humaine qu’il faut se garder d’étouffer par des mesures de protection trop rigides. Il a également estimé que tout système de protection devait être pratique et efficace plutôt qu’imaginatif et inapplicable.

63. D'autres exceptions et limitations peuvent être inspirées des principes de propriété intellectuelle actuellement en vigueur (tels que les exceptions généralement prévues dans le droit d'auteur qui sont contenues dans la plupart des législations relatives au droit d'auteur ainsi que le "triple critère"). Le cadre juridique régional pour le Pacifique, par exemple, admet les exceptions généralement prévues dans le droit d'auteur (article 7.4) de la loi type), de même que les dispositions types de 1982. Là encore, les lois nationales en vigueur dans le cadre du système du droit d'auteur varient considérablement quant aux exceptions qu'elles admettent (voir le document WIPO/GRTKF/IC/7/4 pour plus d'exemples). Toutefois, toutes les exceptions prévues dans le droit d'auteur ne sont peut-être pas appropriées, car elles pourraient porter atteinte aux prérogatives attachées aux droit et protocoles coutumiers – par exemple, les exceptions en vertu desquelles une sculpture ou une œuvre artistique exposée en permanence dans un lieu public peut être reproduite sans autorisation sur des photographies, des dessins ou d'autres supports¹²⁰. De même, les législations nationales relatives au droit d'auteur autorisent souvent les archives publiques, bibliothèques et autres organismes publics à reproduire des œuvres littéraires et artistiques en vue de les mettre à la disposition du public. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'expressions culturelles traditionnelles protégées par le droit d'auteur, cette démarche peut poser des problèmes culturels et spirituels.

64. L'accent est particulièrement mis sur le fait que, comme il ressort de documents antérieurs, les dispositions types n'octroient pas de droit d'adaptation aux titulaires de droits sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, tout en prévoyant une large exception en ce qui concerne "l'emprunt d'expressions du folklore pour la création d'une œuvre originale d'un ou plusieurs auteurs"¹²¹. Toutefois, ce sont souvent l'adaptation et la commercialisation des éléments traditionnels par des étrangers à la communauté qui peuvent causer le plus de dommages sur les plans culturel et économique.

65. Les principes directeurs généraux pertinents à cet égard sont les principes "d'équilibre et de proportionnalité" et de "respect de l'usage et de la transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore".

Principe relatif aux exceptions et limitations

Les mesures visant à protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent

- a) être telles qu'elles ne restreindront ou n'entraveront pas l'usage, la transmission, l'échange et le développement normaux des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par des membres de la communauté concernée et dans le contexte traditionnel et coutumier, tels que les définissent les lois et pratiques coutumières;
- b) porter uniquement sur les utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont faites en dehors du contexte traditionnel ou coutumier, que ce soit ou non à des fins commerciales;
- c) être soumises au même genre de limitations que celles qui sont applicables à la protection des œuvres littéraires et artistiques, des dessins et modèles industriels, des marques et autres éléments de propriété intellectuelle, selon les cas. Toutefois, ces limitations ne doivent pas autoriser une utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore susceptible d'être offensante pour la communauté concernée.

¹²⁰ McDonald I., *Protecting Indigenous Intellectual Property* (Australian Copyright Council, Sydney, 1997, 1998), page 44.

¹²¹ Article 4.1)iii) des dispositions types de 1982.

Durée de la protection

66. De nombreux peuples autochtones et communautés traditionnelles souhaitent la protection illimitée d'au moins certains aspects de leur culture traditionnelle et, à cet égard, la plupart des éléments du système de la propriété intellectuelle ne répondent pas à leurs attentes (toutefois, les marques sont renouvelables et la protection contre la concurrence déloyale est illimitée). Le fait que la durée de la protection ne soit pas illimitée est généralement considéré comme un élément indispensable à l'équilibre du système du droit d'auteur afin que, à terme, les œuvres tombent dans le "domaine public". Les demandes de protection illimitée sont étroitement liées aux demandes de protection rétroactive (voir ci-après la partie intitulée "Application dans le temps"). Quelles sont les options proposées?

a) tout d'abord, il convient de noter qu'une protection étendue dans le domaine du droit d'auteur ne créerait pas entièrement un précédent. Si la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC prévoient une durée de protection minimale de 50 ans, les pays sont libres de protéger le droit d'auteur pendant une durée plus longue (et beaucoup le font). Les droits sur la célèbre œuvre *Peter Pan* sont, en vertu de la loi sur le droit d'auteur du Royaume-Uni, réservés à perpétuité à une œuvre caritative, et une proposition a été faite en Australie en faveur de la protection perpétuelle des œuvres d'un artiste aborigène célèbre au profit de ses descendants;

b) en ce qui concerne la législation *sui generis*, aucun délai n'est fixé dans les dispositions types, ni dans la loi de Panama ou dans la loi type contenue dans le cadre juridique régional pour le Pacifique;

c) dans le cadre des délibérations au sein du comité, il a été proposé de limiter la revendication d'une protection illimitée à une durée de protection "prospective" plutôt que rétrospective et de protéger les expressions culturelles traditionnelles pendant les 150 prochaines années, par exemple¹²²;

d) un commentateur a aussi proposé que la durée maximale de la protection soit liée à la "durée de vie" de la communauté source. Cela permettrait de mettre l'accent, comme c'est le cas pour les marques, sur l'usage continu de sorte que, dès que la communauté dont l'expression culturelle traditionnelle constitue un critère de reconnaissance ne l'utiliserait plus ou n'existerait plus en tant qu'entité définie (comme c'est également le cas lors de l'abandon d'une marque), la protection de cette expression culturelle traditionnelle expirerait¹²³. Une telle solution a le mérite de donner effet aux droit et pratiques coutumiers et de tirer parti de l'essence même de la protection (il convient de rappeler que la caractéristique essentielle des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est qu'elles sont propres à une communauté et constituent un critère de reconnaissance de cette communauté (voir plus haut)). Lorsqu'une expression culturelle traditionnelle cesse de remplir cette fonction, elle cesse par définition d'être une expression culturelle traditionnelle et sa protection doit donc expirer. C'est un peu dans cet esprit que la loi sur les arts et l'artisanat indiens de 1990 des États Unis d'Amérique exclut de la protection les produits qui ne sont plus "indiens" car, par exemple, ils sont devenus des "produits industriels". La loi expose en détail en quoi consiste un "produit indien". La plupart des principes pertinents à cet égard sont les principes généraux proposés "d'équilibre et de proportionnalité", "de sensibilité aux aspirations et aux attentes des communautés concernées" et "de reconnaissance de la nature spécifique, des caractéristiques et des formes traditionnelles de l'expression culturelle".

¹²² Voir le paragraphe 37 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15.

¹²³ Scafidi S., *Intellectual Property and Cultural Products* 81 *B.U.L. Rev.* 793.

67. Si des conditions relatives à la notification ou à l'enregistrement devaient être considérées comme utiles, en fonction de leurs effets juridiques, la durée de la protection pourrait aussi être liée au maintien en vigueur des enregistrements (ce point est examiné dans la partie intitulée "Formalités").

Principe relatif à la durée de la protection

La protection de toute expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore doit durer aussi longtemps que cette expression est perpétuée et utilisée dans le cadre de l'identité culturelle et du patrimoine traditionnel du peuple autochtone ou de la communauté traditionnelle ou culturelle concernée, ou reste caractéristique de cette identité et de ce patrimoine.

Les mesures visant à protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peuvent préciser les circonstances dans lesquelles une expression sera réputée ne plus être caractéristique d'un peuple ou d'une communauté particuliers.

Formalités

68. Les membres du comité ont proposé que l'acquisition et le maintien en vigueur de la protection soient concrètement applicables, notamment en ce qui concerne les communautés traditionnelles, et n'imposent pas une charge administrative excessive aux titulaires de droits et aux administrateurs (voir, plus haut, le principe général proposé "d'efficacité et d'accessibilité de la protection"). Tout aussi importante est la nécessité, exprimée par de nombreuses parties prenantes, en particulier les chercheurs et les utilisateurs externes, de renforcer la certitude et la transparence dans leurs relations avec les communautés (voir, plus haut, les Objectifs de politique générale). Le groupe des pays africains a mentionné la nécessité d'étudier la possibilité d'établir des "mécanismes d'enregistrement"¹²⁴ et d'administration.

Protection automatique ou enregistrement

69. Il est essentiel de déterminer s'il convient d'octroyer une protection automatique ou de prévoir un enregistrement sous une forme ou une autre.

a) une première possibilité consisterait à exiger une protection automatique, sans qu'il soit nécessaire de procéder à des formalités, de sorte que l'expression culturelle traditionnelle bénéficierait d'une protection dès sa création, comme c'est le cas en matière de droit d'auteur (dispositions types de 1982 et cadre juridique régional pour le Pacifique de 2002);

b) une deuxième possibilité consisterait à exiger une forme quelconque d'enregistrement, éventuellement sous réserve d'un examen quant à la forme ou quant au fond. Un système d'enregistrement peut soit avoir un effet purement déclaratif, la preuve de l'enregistrement permettant de fonder une revendication de titularité, soit être constitutif de droits. Un enregistrement peut apporter des précisions et un degré de certitude utiles quant à la question de savoir quelles expressions culturelles traditionnelles sont protégées et dans l'intérêt de qui (loi du Panama de 2000, loi du Pérou de 2002 et base de données créée aux États Unis d'Amérique pour empêcher l'enregistrement abusif comme marques de mots et symboles amérindiens (voir plus haut)).

¹²⁴ WIPO/GRTKF/IC/6/12.

Enregistrement et fixation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

70. Comme il a déjà été indiqué dans une autre partie du présent document, la fixation ou l'enregistrement des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont pas considérés comme nécessairement utiles dans le cadre d'une stratégie de protection de la propriété intellectuelle (bien qu'ils présentent beaucoup d'intérêt en matière de préservation de ces expressions)¹²⁵.

Principe relatif aux formalités

La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit être soumise à aucune formalité.

À des fins de transparence et de certitude, les mesures visant à protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peuvent prévoir que certaines catégories d'expressions de ce type pour lesquelles la protection est demandée doivent faire l'objet d'une notification à une autorité compétente, notamment les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière, par exemple un caractère sacré. Cette notification aurait une fonction déclaratoire, ne constituerait pas en elle-même de droits, et pourrait concerner une protection positive ou défensive. Elle ne devrait pas supposer ni exiger la fixation, l'enregistrement ou la divulgation publique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

Sanctions, moyens de recours et procédures d'application des droits

71. Cette question, qui porte sur le point de savoir quelles sanctions au civil et au pénal et quels moyens de recours peuvent être mis à disposition en cas d'atteinte aux droits reconnus, n'a pas encore été approfondie. Aussi bien la législation en matière de propriété intellectuelle et la législation *sui generis* actuellement en vigueur, que la jurisprudence ou d'autres sources de droit posent les fondements de l'élaboration de principes, options et mécanismes appropriés à un stade ultérieur, peut-être lorsque les principes fondamentaux de la protection auront été examinés en détail. Le cadre juridique régional pour le Pacifique, par exemple, contient des dispositions détaillées relatives à l'application des droits¹²⁶. Le rôle éventuel d'une "administration" chargée d'aider les communautés à faire respecter leurs droits a été évoqué plus haut.

72. Il convient toutefois de noter que les communautés et autres entités font valoir que les moyens de recours prévus dans la législation actuelle ne suffisent peut-être pas à empêcher une utilisation illicite des œuvres d'un artiste autochtone titulaire du droit d'auteur ou à justifier l'octroi de dommages-intérêts d'un montant équivalent au préjudice culturel et non économique découlant de cette utilisation illicite. Ces questions culturelles pourraient être prises en considération par les tribunaux au moment de fixer le montant des

¹²⁵ Voir aussi les déclarations du Brésil (paragraphe 69 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14) et de l'Égypte (paragraphe 196 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14).

¹²⁶ Articles 26 à 34.

dommages-intérêts, comme dans l'affaire *George M*, Payunka, Marika and Others c. Indofurn Pty. Ltd*¹²⁷. L'opportunité de recourir à des modes extrajudiciaires de règlement des litiges dans ce domaine¹²⁸ a également été étudiée et la loi type contenue dans le cadre juridique régional pour le Pacifique mentionne expressément ces mécanismes¹²⁹.

Principe relatif aux sanctions, moyens de recours et application

Des mécanismes d'exécution et de résolution des litiges, des sanctions et des moyens de recours accessibles et adéquats doivent être à disposition pour les cas de violation de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Une administration doit être chargée, entre autres fonctions, de conseiller et d'aider les communautés en matière d'application des droits et d'intenter des actions civiles et pénales en leur nom, s'il y a lieu et à leur demande.

Application dans le temps

73. Cette question porte sur le point de savoir si la protection doit avoir un effet rétroactif et, en particulier, quelles mesures prendre à l'égard d'un usage des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui a légalement commencé avant l'entrée en vigueur d'une loi ou d'un instrument et continue après cette entrée en vigueur. Plusieurs options peuvent être relevées dans les lois actuelles, à savoir :

- i) la rétroactivité de la loi, ce qui signifie qu'un tel usage des expressions culturelles traditionnelles serait également soumis à autorisation en vertu de la nouvelle loi ou du nouveau règlement;
- ii) la non-rétroactivité de la loi, ce qui signifie que seul l'usage qui n'avait pas commencé avant l'entrée en vigueur de la loi ou du règlement serait soumis à autorisation; et
- iii) une solution intermédiaire selon laquelle, l'usage soumis à autorisation par la loi et qui aurait commencé sans autorisation avant l'entrée en vigueur de la loi devrait cesser avant l'expiration d'un certain délai si l'utilisateur n'a pas obtenu entre temps l'autorisation requise.

74. La législation générale relative au droit d'auteur et aux droits connexes offre un éventail de solutions aux questions d'"application dans le temps", en ce qui concerne la nécessité de préciser si des droits nouveaux ou récemment renforcés doivent être étendus rétrospectivement à l'objet de la protection déjà existant. Les options proposées concernent un effet non-rétroactif, un effet rétroactif avec la reconnaissance des droits acquis par des tiers du fait d'un usage continu antérieur de bonne foi, et d'autres mesures équitables de protection des intérêts des tiers.

75. Les dispositions types ne traitent pas de cette question. Dans la loi du Panama de 2000, il est stipulé que les droits obtenus antérieurement doivent être respectés et ne sont pas régis par la loi. Dans le cadre juridique régional pour le Pacifique, c'est généralement la solution intermédiaire décrite plus haut qui est retenue (voir les articles 3.2) et 3.3), ainsi que

¹²⁷ 30 IPR 209. Voir Janke, Terri, *Minding Culture*.

¹²⁸ GRULAC (page 9 de l'annexe I du document OMPI/GRTKF/IC/1/5), groupe des pays asiatiques (OMPI/GRTKF/IC/2/10), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/3/15).

¹²⁹ Article 33.

l'article 35 de la loi type). La loi sur les arts et l'artisanat indiens de 1990, n'est applicable que dans un sens prospectif (à compter de 1935, date de l'entrée en vigueur de la loi précédente).

Principe relatif à l'application dans le temps

Tout usage continu d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui aurait commencé avant l'adoption de nouvelles mesures de protection devra être mis en conformité avec ces mesures dans un délai raisonnable après leur entrée en vigueur, un traitement équitable devant toutefois être réservé aux droits et intérêts acquis par des tiers du fait d'un usage antérieur de bonne foi. Le maintien d'un usage antérieur de bonne foi qui dure depuis longtemps peut être autorisé, mais l'utilisateur doit être incité à indiquer la source des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore concernées et à partager avec la communauté d'origine les avantages découlant de l'usage en question. Les autres utilisations doivent cesser au terme d'une période de transition de durée raisonnable.

Rapport avec la protection de la propriété intellectuelle

76. Il a précédemment été indiqué que toute protection spécifique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doit compléter la protection qui pourrait être prévue par d'autres lois de propriété intellectuelle, mais ne doit pas compromettre l'acquisition d'une telle protection. Cette question est encore plus pertinente s'agissant des œuvres dérivées. Les commentaires antérieurs ont été axés sur la nécessité de réglementer éventuellement l'utilisation des œuvres dérivées dans certains cas, sans préconiser de ne pas reconnaître les droits de propriété intellectuelle sur des œuvres dérivées :

- a) les dispositions types de 1982 ne limitent ni ne compromettent toute protection applicable aux expressions du folklore en vertu des lois de propriété intellectuelle ou de lois relatives au patrimoine culturel (article 12);
- b) le cadre juridique régional pour le Pacifique également prévoit que les droits culturels traditionnels sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore s'ajoutent aux droits pouvant exister, sans les modifier (article 11 de la loi type), et que tout droit de propriété intellectuelle applicable à une œuvre dérivée revient au créateur de l'œuvre, à moins que la législation régissant la propriété intellectuelle n'en dispose autrement (article 12 de la loi type).

Principe relatif au rapport avec la protection de la propriété intellectuelle

La protection spécifique assurée aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit pas remplacer la protection prévue par d'autres lois de propriété intellectuelle pour ces expressions et les œuvres qui en sont dérivées, mais être complémentaire.

Protection internationale et régionale

La dimension internationale de la propriété intellectuelle en général et des travaux du comité dans le domaine des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore renvoie essentiellement à la reconnaissance du droit des titulaires étrangers de droits à bénéficier des systèmes nationaux de protection au même titre que les ressortissants des pays concernés; à la création de mécanismes concrets visant à faciliter l'obtention et la gestion des droits de propriété intellectuelle dans des ressorts juridictionnels étrangers; et à l'élaboration de règles

de fond énonçant des normes internationales relatives à la protection de la propriété intellectuelle au niveau national (telles que des critères minimum de protection) et à la préservation des autres intérêts, tels que ceux des tiers et du grand public (par exemple, en prévoyant des exceptions aux droits de propriété intellectuelle et des moyens de recours contre l'utilisation abusive des droits de propriété intellectuelle).

77. Au-delà de ces principaux aspects, la dimension internationale couvre potentiellement un large éventail d'éléments de politique générale et d'éléments juridiques, techniques et pratiques, susceptibles d'entrer en interaction de diverses manières avec les législations et institutions nationales et régionales. Ces éléments, recensés dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/6, concernent notamment :

- a) la coordination et la définition précise des liens avec les autres éléments du droit international;
- b) la prise en considération du droit et des normes de propriété intellectuelle actuellement en vigueur applicables aux expressions culturelles traditionnelles;
- c) l'interprétation des normes existantes et l'élaboration de nouvelles normes internationales applicables au traitement des expressions culturelles traditionnelles dans les systèmes juridiques nationaux, et la définition précise de la gamme d'options juridiques susceptibles de donner effet à ces normes dans le cadre des législations nationales;
- d) l'élaboration de mécanismes internationaux permettant aux ressortissants d'un pays de jouir de droits de propriété intellectuelle dans un ressort juridictionnel étranger;
- e) la coordination et l'articulation de positions et d'objectifs de politique générale communs, et de principes directeurs aux fins de leur mise en œuvre;
- f) l'élaboration de mécanismes internationaux visant à permettre ou à faciliter la prise en considération de la notification ou de l'enregistrement comme base de la reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle en vertu de la législation nationale;
- g) la coordination administrative et la coopération en matière de mise en œuvre des systèmes de droits de propriété intellectuelle dans la législation nationale, ainsi que l'adoption de moyens propres à faciliter cette mise en œuvre, y compris des normes internationales de classement et de documentation;
- h) la coordination internationale des mécanismes d'administration et de gestion collectives des droits de propriété intellectuelle;
- i) le règlement des litiges au niveau international; et
- j) le règlement des litiges privés impliquant plusieurs pays au moyen d'instruments internationaux ou quasi internationaux.

78. Tous ces éléments sont examinés en détail dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/6. Sans reprendre l'intégralité des renseignements contenus dans ce document, les paragraphes ci-après portent sur des points particulièrement pertinents s'agissant des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en ce qui concerne certaines de ces questions.

a) Prise en considération du contexte global du droit international

79. L'examen de la dimension internationale du mandat du comité suppose de prendre en considération le droit international existant dans des domaines autres que la propriété intellectuelle. En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, ces domaines comprennent notamment le patrimoine culturel, l'éducation, les industries de la création, la promotion du tourisme, les droits de l'homme, les normes de travail, les questions relatives aux peuples autochtones et le commerce et l'industrie

(développement des petites entreprises, promotion des arts et de l'artisanat). Les membres du comité ont souligné la nécessité d'instaurer une coopération étroite avec d'autres institutions et initiatives internationales ayant une influence sur le mandat du comité. Comme indiqué plus haut (le principe directeur de respect des autres instruments et processus internationaux et régionaux et de coopération avec lesdits processus), parmi les instruments juridiques internationaux présentant un intérêt particulier pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore figurent notamment ceux administrés ou en train d'être élaborés par l'UNESCO (tels que la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel et le projet de Convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques). L'Assemblée générale a indiqué que l'accent mis par le comité sur la "dimension internationale" de ses travaux doit être "sans préjudice des travaux menés au sein d'autres instances", ce qui souligne d'autant la nécessité de la consultation, de la coordination et de la prise en considération des activités menées ailleurs.

b) Normes internationales en vigueur relatives à la propriété intellectuelle

80. Les traités de propriété intellectuelle actuellement en vigueur contiennent de nombreuses dispositions déjà appliquées concrètement à la protection des expressions culturelles traditionnelles en tant qu'objets de propriété intellectuelle. On citera notamment les dispositions suivantes :

- la Convention de Berne, qui prévoit des droits patrimoniaux et un droit moral sur les œuvres artistiques et littéraires lorsqu'il s'agit d'expressions de cultures traditionnelles, y compris des œuvres anonymes et des œuvres anonymes non publiées (article 15), ainsi que la possibilité de protéger les œuvres non fixées (article 2.2));
- la Convention de Paris, qui prévoit la protection des marques collectives et des marques de certification, la protection des armoiries, drapeaux et autres emblèmes d'État (article 6*ter*), la protection des dessins et modèles industriels et la lutte contre la concurrence déloyale (y compris les indications fallacieuses selon lesquelles les produits sont des produits traditionnels ou sont associés à une communauté autochtone ou locale);
- le WPPT, qui protège les interprétations et exécutions en tant qu'expressions du folklore;
- l'Arrangement de Lisbonne, qui prévoit la protection des appellations d'origine qui se rapportent à des produits incorporant des savoirs traditionnels ou qui sont associées à des cultures traditionnelles;
- l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques et le protocole y relatif, qui prévoit la protection des marques de certification relatives à des produits d'origine traditionnelle;
- l'Accord de l'OMC sur les ADPIC, qui reconnaît une série de droits de propriété intellectuelle applicables aux savoirs traditionnels; outre les catégories indiquées ci-dessus, l'Accord sur les ADPIC prévoit deux catégories de protection qui ont été appliquées aux éléments associés aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, à savoir les indications géographiques (catégorie plus large que celle des appellations d'origine) et les renseignements non divulgués (informations confidentielles ou secrets d'affaires), liant ces deux formes de protection à la lutte contre la concurrence déloyale selon la Convention de Paris.

c) Normalisation internationale : création de normes et harmonisation

81. Des propositions en faveur de l'élaboration de nouvelles normes internationales ont été avancées devant le comité¹³⁰, l'Assemblée générale de l'OMPI¹³¹ et d'autres instances¹³². La création de normes, et le choix des mécanismes, sont des questions politiques essentielles à examiner et à trancher par les États membres de l'OMPI. En conséquence, le présent document ne vise à promouvoir aucune solution particulière ni à exprimer aucune préférence, mais vise simplement à recenser et à décrire les options disponibles. Ces options comprennent notamment les éléments suivants :

- un ou plusieurs instruments internationaux contraignants;
- une déclaration ou une recommandation de nature non contraignante;
- des principes directeurs ou des dispositions types;
- des interprétations des instruments juridiques existants faisant autorité ou ayant un caractère impératif; et
- une déclaration internationale de politique générale énonçant des principes fondamentaux et faisant une priorité politique des besoins et aspirations des détenteurs de savoirs traditionnels.

82. Ces options sont examinées plus en détail dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/6. En ce qui concerne plus particulièrement les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, le WPPT est un accord indépendant (c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas d'un arrangement particulier relevant d'une convention ou d'une union plus large), mais qui s'inscrit néanmoins dans une matrice juridique internationale plus vaste. Le traité correspondant pour le droit d'auteur, à savoir le Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT) est, par contraste, un arrangement particulier au sens de l'article 20 de la Convention de Berne.

83. Plusieurs dispositions de la Convention de Berne peuvent être développées à l'égard de certains aspects de la protection des expressions culturelles traditionnelles. Ainsi, les dispositions de la Convention de Berne sur les œuvres non fixées¹³³ et les œuvres "anonymes"¹³⁴ sont généralement considérées comme susceptibles d'être appliquées à la protection des œuvres réalisées dans un contexte traditionnel, où la transmission orale et les incertitudes quant à la paternité de l'œuvre sont plus fréquentes que dans un cadre conventionnel. Certaines lois nationales stipulent expressément que ces dispositions sont applicables au folklore. Les dispositions de la Convention de Berne sur le droit moral (article 6bis) peuvent également être appliquées à l'indication fallacieuse de la source des expressions culturelles traditionnelles et à toute autre atteinte à celles-ci. Il a également été indiqué que les dispositions de la Convention de Paris sur la concurrence déloyale pourraient être appliquées par analogie ou servir de modèle aux fins de la protection des expressions

¹³⁰ Voir, par exemple, les diverses propositions faites à la cinquième session du comité (document WIPO/GRTKF/IC/5/15, sous les points intitulés "Déclarations générales" et "Activités futures").

¹³¹ Voir les paragraphes 65 à 92 du document WO/GA/30/8, intitulé "Rapport de l'Assemblée générale de l'OMPI".

¹³² Voir, par exemple, le projet de "Décision sur les savoirs traditionnels" figurant dans le document IP/C/W/404 de l'OMC intitulé "Comment faire progresser l'examen de l'article 27.3.b) de l'Accord sur les ADPIC – communication conjointe du groupe africain".

¹³³ Article 2.2).

¹³⁴ Article 15.4).

culturelles traditionnelles. Les conventions de Paris et de Berne peuvent servir d'instruments pour préciser les droits dont doivent jouir les ressortissants étrangers, notamment dans le cadre du principe du traitement national. Dans la mesure où les expressions culturelles traditionnelles sont protégées par le droit d'auteur, la Convention de Berne prévoit, par exemple, l'application du principe du traitement national.

84. L'OMPI a, dans le passé, élaboré des dispositions types sur différents thèmes, notamment la loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en voie de développement (1976) et les dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1982); ces dernières devaient en fait servir de base à un traité international, mais les experts concernés ont conclu à l'époque que cette démarche serait prématurée. De nombreux États ayant répondu au questionnaire de 2001 sur le folklore et les expressions culturelles traditionnelles ont fait état de la nécessité d'élaborer de nouvelles dispositions types, directives ou recommandations non contraignantes de législation nationale en se fondant sur les dispositions types de 1982. Les résultats du questionnaire de l'OMPI et d'autres activités de l'Organisation ont fait apparaître plusieurs propositions en faveur de l'actualisation et de la modification des dispositions types (voir le "Rapport final sur la protection juridique des expressions du folklore", publié sous la cote WIPO/GRTKF/IC/3/10). Toutefois, à sa troisième session, tenue en juin 2002, le comité n'a pas approuvé une proposition contenue dans ce rapport en faveur de l'élaboration de nouvelles dispositions types non contraignantes de législation nationale sur la protection des expressions du folklore.

d) Reconnaissance des droits des ressortissants étrangers dans le cadre du droit international

85. L'une des pierres angulaires de la dimension internationale du système conventionnel de propriété intellectuelle réside dans le mécanisme de reconnaissance du droit des ressortissants étrangers à la protection. D'une manière générale, la norme internationale prévoit un accès relativement aisé aux systèmes de propriété intellectuelle pour les ressortissants étrangers (pour autant qu'ils soient nationaux d'un pays partie à un traité pertinent), une règle datant des premières conventions internationales dans les années 1800. En vertu des obligations découlant des conventions de Paris et de Berne, de l'Accord sur les ADPIC et d'autres traités de propriété intellectuelle, le principe du traitement national s'applique en général à la plupart des objets de propriété intellectuelle (sous réserve de certaines exceptions). En outre, les membres de l'OMC sont tenus (également sous réserve de certaines exceptions) d'appliquer la clause de la nation la plus favorisée au moins en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle requise en vertu de l'Accord sur les ADPIC. Certains aspects particuliers de la protection de la propriété intellectuelle (tels que la durée de la protection du droit d'auteur) peuvent aussi être déterminés dans certains cas par le principe de réciprocité.

86. En revanche, certaines formes *sui generis* de protection de la propriété intellectuelle établies par les législations nationales ne prévoient pas nécessairement l'accès automatique des ressortissants étrangers ou la protection des expressions culturelles traditionnelles détenues par des ressortissants étrangers. Certains systèmes d'enregistrement et de reconnaissance des droits *sui generis* sur les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles semblent axés sur les titulaires qui sont ressortissants du pays où la

protection est assurée, ou qui sont des communautés reconnues dans ce pays¹³⁵. La réciprocité de la protection est l'un des modèles qui ont été appliqués. Ainsi, la loi du Panama de 2000 et le cadre juridique régional pour le Pacifique de 2002 prévoient la protection des œuvres étrangères. Les dispositions types de 1982 prévoient la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore d'origine étrangère, soit selon le principe de la réciprocité, soit sur la base des traités internationaux¹³⁶.

87. En principe, l'accès des dépositaires étrangers d'expressions culturelles traditionnelles aux systèmes de protection *sui generis* nationaux peut reposer sur différentes formes de reconnaissance. Il peut, par exemple, être fondé sur les éléments suivants :

- reconnaissance en tant que communautés autochtones ou locales remplissant les conditions requises, ou reconnaissance juridique de la titularité des droits d'un collectif ou d'une communauté;
- droit à l'octroi d'un droit sur des expressions culturelles traditionnelles, y compris, le cas échéant, le droit à l'enregistrement des expressions culturelles traditionnelles ou des éléments connexes;
- participation à tout mécanisme officiel de gestion collective des droits;
- participation aux arrangements en matière de partage des avantages ou accès à d'autres fonds découlant de l'exploitation des expressions culturelles traditionnelles; et
- droits relatifs à l'application des droits, y compris en ce qui concerne les mesures d'application prises d'office par les autorités ou les ministères publics nationaux.

88. En vertu des dispositions de certaines législations nationales, les droits sur les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles peuvent être spécialement réservés à certains groupes de personnes ou de communautés recensés et reconnus par la législation nationale, tels que les "indiens" dans la loi sur les arts et l'artisanat indiens de 1990, ou certaines communautés locales ou autochtones. Ainsi, la reconnaissance de ces droits à l'égard de ressortissants étrangers individuels ou collectifs peut aussi être fonction de la mesure dans laquelle ils remplissent des critères similaires ou adaptés. Dans ces conditions, il peut être nécessaire de déterminer si la reconnaissance du droit des titulaires étrangers de jouir des droits ou avantages réservés à certaines catégories de détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles doit être définie en fonction de la législation du pays d'origine ou de celle du pays où la protection est demandée.

e) Coordination des politiques

89. La dimension internationale de la protection de la propriété intellectuelle, ainsi que la promotion des avantages sociaux et économiques qui en découlent reposent en partie sur la coordination des politiques pertinentes par des moyens autres que l'application des instruments internationaux. La coordination internationale des politiques vise à assurer que les autorités nationales disposent d'un large éventail de données d'expérience glanées dans d'autres pays pour prendre leurs décisions en connaissance de cause, que la mise en œuvre des orientations soit cohérente et coordonnée lorsque cela s'avère nécessaire et que les

¹³⁵ Voir, par exemple, les annexes du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2, ainsi que les tableaux figurant dans les documents WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3 et 4.

¹³⁶ Article 14.

avantages découlant de la création de moyens de sensibilisation et de renforcement des capacités puissent atteindre un cercle de bénéficiaires plus large que le public ciblé à l'origine. La coordination des politiques générales peut comprendre les éléments suivants :

- l'échange d'informations entre les États membres et les autres parties prenantes (notamment les représentants de communautés autochtones et locales) sur la pratique interne en matière de consultations et d'élaboration des politiques, compte tenu des préoccupations particulières des communautés traditionnelles, locales et autochtones;
- l'appui aux réseaux de détenteurs de savoirs traditionnels et de communautés traditionnelles dans différents pays;
- l'élaboration de moyens d'information et de renforcement des capacités à l'intention des détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles; et
- la mise en commun des données d'expérience en matière d'appui à l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles aux fins du développement communautaire, de la création d'entreprises communautaires et de l'établissement de partenariats commerciaux appropriés.

f) Notification internationale ou enregistrement international

90. Outre les normes internationales (contraignantes ou non) concernant la protection de la propriété intellectuelle au niveau national, il existe un certain nombre de mécanismes concrets qui facilitent et définissent plus précisément le processus d'octroi et de protection des droits de propriété intellectuelle. Il peut s'agir par exemple d'un système international d'enregistrement ou de notification des éléments dont la protection est demandée. Dans ce cas, un déposant ou une autre partie intéressée peut, au moyen d'un acte unique, informer les tiers dans de nombreux autres pays. Il a été indiqué, plus haut dans le présent document, qu'il serait souhaitable, par souci de transparence et de certitude, de mettre en place une forme quelconque de notification ou d'enregistrement, en particulier peut-être en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles sacrées pour lesquelles il peut être nécessaire de prévoir des formes renforcées de protection.

91. Plusieurs systèmes d'enregistrement international ou de notification internationale ont déjà été appliqués à des éléments en rapport avec les expressions culturelles traditionnelles, notamment :

- la protection des armoiries, drapeaux et autres emblèmes, signes et poinçons officiels de contrôle et de garantie en vertu de l'article 6^{ter} de la Convention de Paris;
- l'enregistrement international des marques, y compris les marques collectives et les marques de certification, à l'égard de produits traditionnels et de produits d'origine incorporant des savoirs traditionnels, dans le cadre du système de Madrid;
- l'enregistrement international des appellations d'origine à l'égard de produits incorporant des savoirs traditionnels, dans le cadre du système de Lisbonne; et
- l'enregistrement international des dessins et modèles originaux mis au point dans un cadre culturel traditionnel, en vertu du système de La Haye.

Il existe plusieurs systèmes bilatéraux de reconnaissance ou de notification, ce qui permet d'évoquer la possibilité de favoriser la notification et la protection réciproques des expressions culturelles traditionnelles dans le cadre d'un régime bilatéral.

g) Administration et gestion collectives des droits de propriété intellectuelle

92. Les systèmes d'administration et de gestion collectives des droits de propriété intellectuelle sont bien développés en ce qui concerne le droit d'auteur et certains droits connexes. L'existence de ces mécanismes collectifs de gestion et d'application des droits, ainsi que la dimension internationale de la coopération entre les organismes chargés de les mettre en œuvre, sont des éléments très importants du système global de la propriété intellectuelle grâce auxquels les personnes censées bénéficier de la protection par la propriété intellectuelle tirent effectivement parti des avantages qui en découlent.

93. Quels que soient les moyens juridiques de protection des expressions culturelles traditionnelles retenus aux niveaux national, régional ou international, il convient d'emblée de déterminer comment ces droits peuvent être gérés et appliqués d'une manière réaliste, compatible avec les ressources et les capacités des titulaires de droits, tout en étant efficaces sur le plan international, afin que les fruits de la protection par la propriété intellectuelle des expressions culturelles traditionnelles puissent être concrètement recueillis par les bénéficiaires visés. À cet égard, il convient sans doute de tirer les enseignements de l'existence de systèmes d'administration collective des droits de propriété intellectuelle et d'envisager l'extension ou l'adaptation de ces mécanismes dans l'intérêt des détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles¹³⁷.

Principe relatif à la protection régionale et internationale

Des mécanismes juridiques et administratifs doivent être mis en place pour fournir, au sein des systèmes nationaux, une protection efficace aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dont les droits appartiennent à des titulaires étrangers. Il conviendra d'adopter des mesures qui facilitent autant que possible l'acquisition, la gestion et la mise en œuvre de cette protection dans l'intérêt des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles de pays étrangers. Des organisations régionales déjà en place ou nouvelles doivent être chargées de résoudre les cas de revendications concurrentes de communautés de pays différents à l'égard de certaines expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; elles utiliseront pour ce faire le droit coutumier, des sources d'information locales, des modes extrajudiciaires de règlement des litiges et tout autre dispositif pratique de ce type qui pourrait s'avérer nécessaire.

[Fin de l'annexe II et du document]

¹³⁷ Drahos, P. (2000), "Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy : Is a global bio-collecting society the answer?", *European Intellectual Property Review*, 22, pages 245 à 250.