

# OMPI



ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE  
GENÈVE

F

WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov.

ORIGINAL : anglais

DATE : 22 janvier 2010

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

**Seizième session  
Genève, 3 – 7 mai 2010**

LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES/  
EXPRESSIONS DU FOLKLORE :

OBJECTIFS ET PRINCIPES RÉVISÉS

*Document établi par le Secrétariat*

### I. INTRODUCTION

1. À sa quinzième session tenue du 7 au 11 décembre 2009, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé “comité”) a décidé que le Secrétariat devrait “élaborer et diffuser, avant la fin janvier 2010, une version révisée du document WIPO/GRTKF/IC/9/4 tenant compte des modifications proposées, des observations formulées et des questions posées à propos de ce document pendant la présente session du comité. Les modifications, observations et questions soulevées par les observateurs devraient être consignées en vue d’être examinées par les États membres. Le Secrétariat inviterait les participants du comité à communiquer des observations écrites sur cette version révisée avant la fin février 2010. Le comité a invité le Secrétariat à élaborer et diffuser ensuite, en tant que document de travail pour la prochaine session du comité, une nouvelle version révisée du document tenant compte des observations écrites”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Projet de rapport sur la quinzième session (document WIPO/GRTKF/IC/15/7 Prov.).

2. Le présent document est une version révisée du document de travail WIPO/GRTKF/IC/9/4, qui tient compte des modifications proposées, des observations formulées et des questions posées à propos de ce document à la quinzième session du comité. Les modifications, observations et questions des observateurs sont aussi consignées pour examen par les États membres.

3. Conformément à la décision prise à la quinzième session, les membres du comité sont invités à fournir des observations écrites sur ce document avant le 28 février 2010. Le Secrétariat élaborera et diffusera ultérieurement, en tant que document de travail pour la prochaine session du comité, une nouvelle version révisée du document tenant compte des observations écrites.

4. La prochaine session du comité, c'est-à-dire la seizième session, aura lieu du 3 au 7 mai 2010. Le présent document, qui est une nouvelle version révisée, sera mis à la disposition des participants de cette session en tant que document de travail WIPO/GRTKF/IC/16/4.

#### *Établissement et structure du présent document*

5. Le document WIPO/GRTKF/IC/9/4 comprenait un document d'accompagnement établi par le Secrétariat, qui fournissait des informations sur l'historique, la structure et le contenu du document au moment de son établissement (janvier 2006), et une annexe qui constituait le "corps" du document, à savoir le projet d'objectifs et principes révisés.

6. L'annexe comprenait les objectifs et principes ainsi qu'un commentaire. Le commentaire était un commentaire de fond sur chaque objectif et principe et contenait des informations sur les observations reçues à propos d'une version antérieure de chaque objectif et principe, ainsi qu'il ressort du document établi pour la septième session du comité (document WIPO/GRTKF/IC/7/3). Ces observations avaient déjà été prises en considération dans le document WIPO/GRTKF/IC/9/4<sup>2</sup>.

7. Dans ces conditions et pour que le présent document demeure aussi concis et à jour que possible,

- a) le document d'accompagnement du document WIPO/GRTKF/IC/9/4 n'a pas été repris dans la présente version révisée. Toutefois, ainsi qu'il ressort du document d'accompagnement, le projet d'objectifs et principes est fondé sur des compilations d'informations, des analyses de débats et des études de cas approfondis, et s'inspire directement des observations et propositions faites par les participants du comité depuis leur première publication en août 2004. On trouvera en ligne l'historique intégral du projet d'objectifs et principes, dont les observations formulées dans le passé à leur sujet<sup>3</sup>. Le projet d'objectifs et

---

<sup>2</sup> Les observations figurant dans le commentaire du document WIPO/GRTKF/IC/9/4 sont des observations relatives au document WIPO/GRTKF/IC/7/3, version antérieure du document WIPO/GRTKF/IC/9/4, formulées durant un processus intersessions mis en place par le comité à sa septième session tenue en novembre 2004. Ce processus a duré de novembre 2004 à février 2005, et les observations formulées à cette occasion ont été incorporées dans une version révisée du document WIPO/GRTKF/IC/7/3 diffusé, en tant que document de travail, à la huitième session du comité en juin 2005 (document WIPO/GRTKF/IC/8/4). Le document WIPO/GRTKF/IC/8/4 a été rediffusé par la suite, sans modification de l'annexe, sous la cote WIPO/GRTKF/IC/9/4. En d'autres termes, les observations figurant dans le document WIPO/GRTKF/IC/9/4 ont déjà été prises en considération lors de l'établissement du document.

<sup>3</sup> [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo\\_grtkf\\_ic\\_9/wipo\\_grtkf\\_ic\\_9\\_4.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_4.pdf)

principes a aussi été enrichi d'informations plus récentes, provenant notamment de compilations de données et d'extraits factuels d'observations sur la liste de questions approuvées<sup>4</sup> et le projet d'analyse des lacunes<sup>5</sup>. Toutes ces informations sont disponibles en ligne<sup>6</sup>;

- b) dans l'annexe, le commentaire de fond sur chaque objectif et principe a été maintenu. L'information sur les observations formulées à propos de la version antérieure du document WIPO/GRTKF/IC/9/4 n'y figure pas et, en réalité, est remplacée par les observations formulées à la quinzième session et les questions posées à cette même session. Afin d'éviter toute confusion entre les observations antérieures et celles qui ont été formulées à la quinzième session, les renvois aux observations antérieures dans les notes de bas de page ont aussi été supprimés. Les observations formulées antérieurement à propos du document "original" WIPO/GRTKF/IC/9/4 peuvent toujours être consultées en ligne<sup>7</sup>;
- c) conformément aux décisions prises par le comité à sa quinzième session, les modifications spécifiques proposées par les États membres à cette session ont été prises en considération dans les objectifs et principes faisant l'objet de l'annexe. Les propositions d'insertions et d'adjonctions sont soulignées alors que les mots ou membres de phrase qu'un État membre a proposé de supprimer sont biffés. Lorsqu'il y a plus d'une proposition, une barre oblique (/) sépare la première proposition de la suivante. On trouvera aussi consignées dans l'annexe d'autres observations formulées à la quinzième session et d'autres questions qui y ont été posées, ainsi que les propositions de libellé, les observations et les questions des observateurs pour examen par les États membres. Les observations et questions ont été, dans la mesure du possible, regroupées par thème.

*8. Le comité est invité à poursuivre l'examen du projet de dispositions figurant dans l'annexe en vue de parvenir à une version révisée et actualisée ainsi qu'à formuler des observations sur ce projet de dispositions.*

[L'annexe suit]]

---

<sup>4</sup> Documents de travail WIPO/GRTKF/IC/11/4(a) intitulé "La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : recueil des observations écrites formulées sur la liste de questions" et WIPO/GRTKF/IC/12/4(b) intitulé "La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : projet de récapitulatif d'extraits factuels".

<sup>5</sup> Document de travail WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev.

<sup>6</sup> <http://www.wipo.int/tk/fr/igc>

<sup>7</sup> [http://www.wipo.int/tk/fr/consultations/draft\\_provisions/comments-1.html](http://www.wipo.int/tk/fr/consultations/draft_provisions/comments-1.html)

ANNEXE

DISPOSITIONS RÉVISÉES RELATIVES  
À LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES  
OU EXPRESSIONS DU FOLKLORE

OBJECTIFS DE POLITIQUE GÉNÉRALE ET PRINCIPES FONDAMENTAUX

*TABLE DES MATIÈRES*

I. OBJECTIFS

- i) Reconnaître la valeur des cultures traditionnelles et du folklore
- ii) Assurer le respect des cultures traditionnelles et du folklore
- iii) Répondre aux besoins réels des communautés
- iv) Empêcher l'appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore
- v) Donner des moyens d'action aux communautés
- vi) Soutenir les pratiques coutumières et la coopération communautaire
- vii) Contribuer à la sauvegarde des cultures traditionnelles
- viii) Encourager l'innovation et la créativité communautaires
- ix) Promouvoir la liberté intellectuelle et artistique, la recherche et les échanges culturels à des conditions équitables
- x) Contribuer à la diversité culturelle
- xi) Promouvoir le développement communautaire et les activités commerciales légitimes
- xii) Empêcher l'octroi de droits de propriété intellectuelle sans autorisation
- xiii) Renforcer la sécurité, la transparence et la confiance mutuelle

II. PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX

- a) Prise en considération des aspirations et des attentes des communautés concernées
- b) Équilibre
- c) Respect des arrangements et instruments internationaux et régionaux et mise en conformité avec ces arrangements et instruments
- d) Souplesse et exhaustivité
- e) Reconnaissance de la nature spécifique et des caractéristiques de l'expression culturelle
- f) Complémentarité avec la protection des savoirs traditionnels
- g) Respect des droits des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles et des obligations à leur égard
- h) Respect de l'usage et de la transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore
- i) Efficacité et accessibilité des mesures de protection

### III. PRINCIPES DE FOND

1. Objet de la protection
2. Bénéficiaires
3. Actes d'appropriation illicite (étendue de la protection)
4. Gestion des droits
5. Exceptions et limitations
6. Durée de la protection
7. Formalités
8. Sanctions, recours et exercice des droits
9. Mesures transitoires
10. Lien avec la protection de la propriété intellectuelle et d'autres formes de protection, de préservation et de promotion
11. Protection internationale et régionale

## I. OBJECTIFS

*La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore<sup>1</sup>, devrait viser les objectifs suivants :*

*Reconnaître la valeur des cultures traditionnelles et du folklore*

*i) reconnaître que les peuples autochtones et les autres communautés traditionnelles ou culturelles considèrent que leur patrimoine culturel a une valeur intrinsèque, notamment sur les plans social, culturel, spirituel, économique, scientifique, intellectuel, commercial et éducatif, et que les cultures traditionnelles et le folklore constituent des cadres d'innovation et de créativité qui profitent aux peuples autochtones et aux autres communautés traditionnelles ou culturelles, ainsi qu'à l'humanité tout entière;*

*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, philosophiques 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 autres communautés traditionnelles ou culturelles, respecter les droits qui leur sont reconnus par le droit national et international et contribuer au bien-être et au développement économique, culturel, environnemental et social durable de ces peuples et communautés;*

*Empêcher l'appropriation illicite des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore*

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

*Donner des moyens d'action aux communautés*

*v) d'une façon à la fois équilibrée et équitable, donner aux peuples autochtones et aux autres communautés traditionnelles ou culturelles les moyens concrets d'exercer leurs droits et leur pouvoir de décision sur leurs propres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore;*

*Soutenir les pratiques coutumières et la coopération communautaire*

*vi) respecter l'usage coutumier ininterrompu, le développement, l'échange et la transmission des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par ces communautés, en leur sein et entre elles;*

---

<sup>1</sup> Dans les présentes dispositions, les termes "expressions culturelles traditionnelles" et "expressions du folklore" sont utilisés comme des synonymes interchangeables. L'utilisation de ces termes ne tend pas à suggérer l'existence d'un quelconque consensus entre les participants aux sessions du comité quant à la validité ou à l'opportunité de ces termes ou d'autres termes; par ailleurs, elle n'affecte en rien ni ne limite l'utilisation d'autres termes dans les législations nationales ou régionales.

*Contribuer à la sauvegarde des cultures traditionnelles*

vii) *contribuer à la préservation et à la sauvegarde de l'environnement dans lequel les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont créées et perpétuées, dans l'intérêt immédiat des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles ou culturelles, ainsi que pour le bien de l'humanité en général;*

*Encourager l'innovation et la créativité des communautés*

viii) *récompenser et protéger spécialement la créativité et l'innovation des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles ou culturelles;*

*Promouvoir la liberté intellectuelle et artistique, la recherche et les échanges culturels à des conditions équitables*

ix) *promouvoir la liberté intellectuelle et artistique, la recherche et les échanges culturels à des conditions équitables pour les peuples autochtones et les autres communautés traditionnelles ou culturelles;*

*Contribuer à la diversité culturelle*

x) *contribuer à la promotion et à la protection de la diversité des expressions culturelles;*

*Promouvoir le développement des communautés et les activités commerciales légitimes*

xi) *lorsque les communautés et leurs membres le souhaitent, encourager l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore aux fins du développement communautaire, en reconnaissant qu'elles constituent un bien des communautés qui s'identifient à elles, par exemple en favorisant le développement et l'expansion des possibilités de commercialisation des créations et des innovations fondées sur la tradition;*

*Empêcher l'octroi de droits de propriété intellectuelle sans autorisation*

xii) *empêcher l'octroi, l'exercice et l'application de droits de propriété intellectuelle acquis par des parties non autorisées sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et leurs dérivés;*

*Renforcer la sécurité, la transparence et la confiance mutuelle*

xiii) *renforcer la sécurité et la transparence, ainsi que la compréhension et le respect mutuels, dans les relations entre les peuples autochtones et les autres communautés traditionnelles ou culturelles, d'une part, et les milieux universitaires, commerciaux, gouvernementaux, éducatifs et autres qui utilisent des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, d'autre part.*

[Le commentaire sur les objectifs suit]

## COMMENTAIRE

### OBJECTIFS

#### Généralités

La présente section contient des objectifs de politique générale suggérés pour la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont inspirés des communications et déclarations faites à l'intention du comité et des textes juridiques pertinents. Ces objectifs pourraient notamment faire partie du préambule d'une loi ou d'un autre instrument.

Comme le comité l'a fait observer à plusieurs reprises, la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit pas être considérée comme une fin en soi, mais 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 aux niveaux national, régional et international. La façon dont un système de protection est constitué et défini dépendra dans une large mesure des objectifs qu'il s'efforce d'atteindre. Par conséquent, avant d'élaborer un régime juridique ou une méthode de protection, il est indispensable de commencer par déterminer les objectifs de politique générale en la matière.

## II. PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX

- a) *Principe de prise en considération des aspirations et des attentes des communautés concernées*
- b) *Principe d'équilibre*
- c) *Principe de respect des accords et instruments internationaux et régionaux et de mise en conformité avec ces arrangements et instruments*
- d) *Principe de souplesse et d'exhaustivité*
- e) *Principe de reconnaissance de la nature spécifique et des caractéristiques de l'expression culturelle*
- f) *Principe de complémentarité avec la protection des savoirs traditionnels*
- g) *Principe du respect des droits des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles et des obligations à leur égard*
- h) *Principe de respect de l'usage et de la transmission coutumiers des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore*
- i) *Principe d'efficacité et d'accessibilité des mesures de protection*

[Le commentaire sur les principes directeurs généraux suit]

## COMMENTAIRE

### PRINCIPES DIRECTEURS GÉNÉRAUX

#### Généralités

Les dispositions de fond figurant dans la section ci-après sont inspirées de certains principes directeurs généraux qui sous-tendent une grande partie des délibérations du comité depuis sa création et des débats et consultations internationaux qui ont eu lieu avant l'établissement du comité et visent à leur donner une forme juridique.

#### *a) Principe de prise en considération des aspirations et des attentes des communautés concernées*

Ce principe tient compte du fait que la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doit s'inspirer des aspirations et des attentes des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles ou culturelles. Cela signifie notamment que la protection des expressions culturelles traditionnelles doit reconnaître et appliquer les lois indigènes et coutumières dans toute la mesure possible, promouvoir l'utilisation complémentaire de mesures de protection positive et défensive, porter sur les aspects à la fois culturels et économiques du développement, prévenir les actes injurieux, désobligeants et offensants, promouvoir la coopération entre communautés et ne pas susciter de concurrence ou de conflits entre elles, et permettre une participation entière et effective de ces communautés à l'élaboration et à la mise en œuvre de systèmes de protection. Les mesures de protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent aussi être considérées comme d'application volontaire du point de vue des peuples autochtones et des autres communautés, qui doivent toujours être habilités à s'appuyer exclusivement ou en partie sur leurs propres formes coutumières et traditionnelles de protection contre l'accès non souhaité à leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et l'utilisation non autorisée de celles-ci. Cela signifie que la protection juridique extérieure contre les actes illicites des tiers ne doit pas empiéter sur les lois, pratiques et protocoles coutumiers ni restreindre ceux-ci.

#### *b) Principe d'équilibre*

La nécessité de respecter un équilibre a été souvent soulignée par les différentes parties prenantes aux délibérations concernant l'amélioration de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Ce principe suggère que la protection doit tenir compte d'une triple nécessité : maintenir un juste équilibre entre les droits et intérêts de ceux qui élaborent, 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.

#### *c) Principe de respect des arrangements et instruments internationaux et régionaux et de mise en conformité avec ces arrangements et instruments*

Les modalités de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être compatibles avec les autres instruments et processus internationaux et régionaux, sans préjudice des droits et obligations particuliers déjà établis par des instruments

juridiques contraignants, notamment ceux relatifs aux droits de l'homme. La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit pas être invoquée pour porter atteinte aux droits de l'homme garantis par le droit international ou limiter leur portée.

d) *Principe de souplesse et d'exhaustivité*

Ce principe traduit la nécessité de reconnaître 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, 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 acquise en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore montre 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 pays. 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".

Le projet de dispositions est donc vaste et universel et vise, tout en rendant illégales l'appropriation et l'utilisation abusives des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, à laisser aux autorités nationales et régionales et aux communautés une souplesse maximale pour déterminer les mécanismes juridiques précis susceptibles d'être utilisés pour réaliser ou mettre en œuvre ces dispositions au niveau national ou régional.

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.

Il s'agit d'une démarche relativement répandue dans le domaine de la propriété intellectuelle et les documents antérieurs ont donné des exemples de conventions dans ce domaine qui établissent des principes généraux et laisse une marge de manœuvre importante quant à leur mise en œuvre dans la législation des signataires. Même lorsque les obligations internationales créent des exigences matérielles minimales pour les législations nationales, il est admis que le choix des mécanismes juridiques appartient aux autorités nationales. On trouve également cette conception dans les instruments relatifs aux peuples autochtones, comme la Convention n° 169 de l'OIT.

*e) Principe de reconnaissance de la nature spécifique et des caractéristiques de l'expression culturelle*

La protection doit être adaptée aux caractéristiques des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, à savoir leur caractère collectif, communautaire ou intergénérationnel; 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 particulières 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 à l'intérieur de "communautés" clairement délimitées.

Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont pas toujours l'expression d'identités locales distinctes, ni réellement uniques, mais plutôt le produit d'influences et d'échanges inter et intra-culturels au sein d'un même peuple dont le nom ou la désignation peut varier d'un côté à l'autre de la frontière. La culture est véhiculée et personnifiée par des individus qui se déplacent et résident parfois à l'extérieur de leur lieu d'origine tout en continuant à pratiquer et à recréer les traditions et expressions culturelles de leur communauté.

*f) Principe de complémentarité par rapport à la protection des savoirs traditionnels*

Ce principe tient compte du caractère souvent indissociable de la teneur ou de la substance des savoirs traditionnels au sens strict et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pour de nombreuses communautés. Le présent projet de dispositions couvre les différents modes de protection juridique contre l'utilisation abusive de ce matériel par des tiers en dehors du contexte traditionnel et ne vise pas à imposer des définitions ou des catégories aux lois, protocoles et pratiques coutumiers des peuples autochtones et des communautés traditionnelles ou autres. La démarche établie depuis longtemps par le comité vise à considérer la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et des savoirs traditionnels de manière parallèle mais séparément et, comme cela a été précédemment indiqué, en conformité et en accord avec le contexte traditionnel dans lequel ces expressions et savoirs sont souvent perçus comme faisant partie intégrante d'une identité culturelle holistique.

*g) Principe du respect des droits des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles et des obligations à leur égard*

Ce principe suggère que toute protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doit tenir compte en les respectant d'un certain nombre de droits et obligations s'imposant à tous, s'agissant notamment de droits de l'homme internationaux et des systèmes de droits indigènes, et ne pas contrarier la poursuite de l'élaboration de ces droits et obligations.

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

La protection ne doit pas entraver 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 élaborée 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 guider dans toute la mesure possible la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

*i) Principe d'efficacité et d'accessibilité des mesures de 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 autres communautés traditionnelles ou culturelles.

### III. DISPOSITIONS DE FOND

#### ARTICLE PREMIER :

#### OBJET DE LA PROTECTION

a) On entend par “expressions culturelles traditionnelles” ou “expressions du folklore” toutes les formes, tangibles ou intangibles/tangibles, intangibles ou à la fois tangibles et intangibles, d’expression ou de représentation de la culture et des savoirs traditionnels, y compris mais sans s’y limiter les formes d’expression ou les combinaisons de ces formes d’expression indiquées ci-après :

- i) les expressions verbales, telles que récits, légendes, épopées, énigmes et autres narrations; mots, signes, noms et symboles;
- ii) les expressions musicales, telles que chansons et musique instrumentale;
- iii) les expressions corporelles, telles que les danses, spectacles, cérémonies, rituels, sports, jeux traditionnels et autres représentations;

que ces expressions soient fixées ou non sur un support; et

iv) les expressions tangibles, telles que les ouvrages d’art, notamment les dessins, modèles, peintures (y compris la peinture du corps), ciselures, sculptures, moulages, poteries, objets en terre cuite, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, travaux d’aiguille, textiles, verreries, tapis, costumes, œuvres de mascarade; les produits artisanaux; les instruments de musique et les ouvrages d’architecture;

qui sont

- aa) le produit d’une activité intellectuelle créative, qu’elle soit individuelle ou collective;
- bb) ~~caractéristiques de~~ révélatrices de l’authenticité/la véridicité de l’identité culturelle et sociale et du patrimoine culturel d’une communauté; et
- cc) conservées, utilisées ou développées par cette communauté, ou par des personnes qui, conformément ~~au droit~~ aux systèmes normatifs coutumiers et aux pratiques traditionnelles/ancestrales coutumiers de cette communauté, en ont le droit ou la responsabilité.

b) Le choix des termes désignant l’objet protégé doit être arrêté aux niveaux national, sous-régional et régional.

[Le commentaire sur l’article premier suit]

## COMMENTAIRE

### ARTICLE PREMIER : OBJET DE LA PROTECTION

#### Généralités

L'article suggéré décrit la matière couverte par les dispositions. L'alinéa a) contient à la fois une description de l'objet de protection ("les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore") et les critères matériels qui définissent plus précisément les expressions susceptibles d'être protégées. Les délibérations du comité ont permis de préciser la distinction entre la description de l'objet de la protection en général et la délimitation plus précise des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore susceptibles de protection en vertu d'une mesure juridique précise. Comme il a été indiqué, toutes les expressions du folklore et expressions des cultures et savoirs traditionnels ne peuvent faire l'objet d'une protection au titre de la propriété intellectuelle.

L'article suggéré emprunte aux 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 de 1982) et au cadre régional pour les pays insulaires du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture de 2002 (loi type de 2002 pour les pays insulaires du Pacifique), ainsi qu'aux législations nationales actuelles sur le droit d'auteur, qui prévoient une protection *sui generis* pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

#### *Description de l'objet de la protection*

Les termes "ou combinaisons de ces expressions" qui figurent à l'alinéa a) visent à montrer que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peuvent être tangibles ou intangibles et qu'elles ont des composantes à la fois tangibles et intangibles ("expressions mixtes"), comme cela a été suggéré. L'alinéa a) indique clairement que les expressions orales (non fixées) sont aussi susceptibles de protection, conformément à la nature souvent orale de l'expression culturelle traditionnelle. La fixation ne constituerait donc pas un critère de protection. La protection des "formes architecturales" contribuerait à la protection des sites sacrés (tels que sanctuaires, tombes et mémoriaux) dans la mesure où ils font l'objet d'une appropriation ou d'une utilisation abusive au sens des présentes dispositions.

#### *Critères de protection*

Selon les critères énoncés à l'alinéa a)aa) à cc), la disposition suggérée porte que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pouvant prétendre à la protection doivent

i) être des créations intellectuelles et constituer par conséquent un objet de "propriété intellectuelle", que cette création soit individuelle ou collective. Des versions différentes, des variantes ou des adaptations d'une même expression peuvent constituer des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore distinctes si elles sont suffisamment créatives (au même titre que des versions différentes d'une œuvre peuvent être protégées par le droit d'auteur si elles sont suffisamment originales).

ii) avoir un lien avec l'identité socioculturelle de la communauté et son patrimoine culturel. Ce lien est contenu dans le terme "caractéristique", qui est utilisé pour indiquer que les expressions doivent être généralement reconnues comme représentant une identité et un patrimoine collectifs. Le terme "caractéristique" vise à évoquer la notion "d'authenticité" ou l'idée selon laquelle les expressions protégées sont "authentiques", "appartiennent" à tel ou tel peuple ou communauté ou en sont un attribut. Les deux notions de "consensus communautaire" et "d'authenticité" sont implicitement contenues dans l'exigence selon laquelle les expressions, ou les éléments de celles-ci, doivent être "caractéristiques" : les expressions généralement reconnues comme caractéristiques sont habituellement d'authentiques expressions, reconnues comme telles par le consensus tacite de la communauté concernée;

iii) être toujours perpétuées, développées ou utilisées par la communauté ou ses membres.

La notion de "patrimoine" est utilisée pour évoquer des éléments, tangibles ou intangibles, qui ont été transmis de génération en génération, rendant compte de la qualité transgénérationnelle des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; pour être protégée, une expression doit être "caractéristique" d'un tel patrimoine. Les experts considèrent généralement que les éléments qui ont été perpétués et transmis sur trois générations, voire deux, font partie du "patrimoine". Les expressions susceptibles de caractériser des communautés ou des identités établies plus récemment ne seraient pas couvertes.

#### *Créativité contemporaine/créateurs*

Comme indiqué dans de précédents documents, de nombreuses expressions du folklore sont transmises de génération en génération, oralement ou par imitation. Au fil du temps, des compositeurs, chanteurs et autres créateurs et artistes interprètes ou exécutants peuvent revisiter des expressions en les réutilisant, en les réarrangeant ou en les inscrivant dans un nouveau contexte. Il y a donc une interaction dynamique entre la créativité collective et la créativité individuelle, qui permet de produire un nombre infini de variantes des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, que ce soit au niveau communautaire ou au niveau individuel.

L'individu joue donc un rôle central dans la création et la recréation des expressions culturelles traditionnelles. C'est pourquoi la description de l'objet de la protection figurant à l'article premier comprend les expressions émanant d'individus isolés. Pour déterminer ce qui constitue ou non une expression de la culture traditionnelle ou expression du folklore, la question de savoir si cette expression est une émanation collective ou individuelle n'est donc pas directement pertinente. Même une expression créative contemporaine émanant d'un individu (par exemple, un film ou une vidéo ou une interprétation contemporaine de danses ou d'autres spectacles préexistants) peut être protégée en tant qu'expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore pour autant qu'elle soit caractéristique de l'identité socioculturelle et du patrimoine d'une communauté et qu'elle soit issue de la personne ayant le droit ou la responsabilité de le faire conformément au droit et aux pratiques coutumiers de cette communauté. En ce qui concerne les *bénéficiaires de la protection*, toutefois, le projet de dispositions porte sur les communautés davantage que sur les individus. Les communautés sont constituées d'individus, de sorte que le contrôle et la réglementation communautaires des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore bénéficient en fin de compte aux individus qui les composent (voir ci-après l'article 2 ("Bénéficiaires")).

*Choix des termes*

Les États membres et les autres parties prenantes ont milité en faveur d'une certaine souplesse en ce qui concerne notamment la terminologie. De nombreux instruments internationaux dans le domaine de la propriété intellectuelle renvoient la décision sur ces questions à l'ordre national. 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, l'alinéa b) proposé indique que la terminologie concrète doit être arrêtée aux niveaux national et régional.

*Modifications proposées, observations formulées et questions posées à la quinzième session (7 - 11 décembre 2009)*

Les modifications de libellé spécifiques dont il est tenu compte dans le projet de dispositions ont été proposées par l'Angola, l'Australie, la Bolivie (État plurinational de), le Brésil, la Colombie, l'Égypte, El Salvador, l'Inde, l'Indonésie, l'Iran (République islamique d'), le Mexique, les Philippines, Trinité-et-Tobago et le Venezuela (République bolivarienne du).

*Observations formulées et questions posées*

Les observations et questions émanaient de l'Australie, du Brésil, du Cameroun, de la Chine, de la Colombie, de l'Égypte, de l'Espagne, des États-Unis d'Amérique, de la Fédération de Russie, de la France, l'Iran (République islamique d'), de l'Italie, du Japon, des Philippines, de la République de Corée, du Soudan, de la Suisse et, en qualité d'observateurs, de la Fédération ibéro-latino-américaine des artistes interprètes ou exécutants (FILAIE), du Conseil Same, des Tulalip Tribes et de Tupaj Amaru.

Terminologie

Une délégation a proposé que, dans l'alinéa a)iv)bb) de la version anglaise, le mot "heritage" soit remplacé par un mot plus proche du mot espagnol "*patrimonio*." La version anglaise ne reflète pas l'idée, présente dans la version espagnole, que les expressions culturelles traditionnelles ont un caractère dynamique et interactif.

Plusieurs délégations ont suggéré d'ajouter un article ou un glossaire comportant les définitions des principaux termes. D'aucuns se sont déclarés convaincus qu'il était nécessaire d'utiliser une terminologie harmonisée, la mise au point d'une définition de travail des expressions culturelles traditionnelles constituant l'une des conditions préalables à des débats de fond.

Une délégation a fait observer que le comité n'avait pas déterminé si les expressions culturelles traditionnelles et les expressions du folklore étaient une seule et même chose, et que la question des définitions demeurait en suspens.

Sens de “communauté”

Deux délégations ont posé des questions sur la notion de membres d’une “communauté” et ont souhaité connaître la définition de l’expression “communauté traditionnelle”.

La question de la diaspora en tant communauté a été aussi soulevée. Une délégation a déclaré que les expressions culturelles traditionnelles étaient vivantes uniquement lorsqu’elles étaient incarnées par un peuple, exprimées par un peuple dans une région politique ou géographique la revendiquant ou détenues par un peuple appartenant à une diaspora. Elle a cité, à titre d’exemple, un danseur cambodgien se trouvant à Seattle qui pourrait être accusé de pirater les expressions culturelles traditionnelles cambodgiennes ou, de façon similaire, un groupe de musiciens éthiopiens à Washington. La délégation a dit estimer [dans le commentaire sur cet article] que la phrase “les expressions susceptibles de caractériser des communautés ou des identités établies plus récemment ne seraient pas couvertes” prêtait à confusion.

Un observateur a déclaré partager l’avis exprimé sur la question de la diaspora.

Sens de “caractéristiques”

Une délégation a suggéré d’utiliser, à la place du mot “caractéristiques” considéré comme trop général, un autre mot qui contribuerait à préciser que les expressions culturelles traditionnelles devraient être “authentiques et véridiques”.

À propos de l’alinéa a)iv)bb), une délégation a demandé qui déterminerait ce qui était “caractéristique” et à quel stade.

À propos de l’alinéa a)iv)bb) et en réponse à la question posée par une délégation, un observateur a déclaré qu’il conviendrait que ce soit le peuple ou la communauté autochtone soi-même qui décide de ce qui est caractéristique. Par exemple, le costume traditionnel same constituerait une expression culturelle traditionnelle au sens de l’article premier puisqu’il s’agit d’un costume traditionnel du peuple same; mais ce ne seraient que les Sames qui seraient réellement en mesure de déterminer s’il s’agit d’un costume révélateur de leur identité culturelle ou non. Personne d’autre que les Sames ne pourrait le faire. Dans la plupart des cas et d’une manière générale, c’est à la communauté ou au peuple à l’origine de l’expression culturelle traditionnelle qu’il reviendrait de déterminer si l’expression est significative d’un point de vue culturel ou non; en ce qui concerne le point cc), il a suggéré de remplacer l’intégralité du texte par “rattachées à un peuple ou à une communauté autochtone en raison de son importance culturelle pour ledit peuple ou ladite communauté.”

Définition des expressions culturelles traditionnelles : en suspens / caractère exhaustif

Deux délégations ont dit que la définition des expressions culturelles traditionnelles devrait demeurer une question en suspens afin de permettre des adjonctions ultérieures.

Une délégation a suggéré d’ajouter à la fin du préambule le mot “etc.” afin de laisser entendre que d’autres formes d’expressions culturelles traditionnelles existent.

Une délégation a dit être d’avis que la définition, dans son ensemble, était acceptable mais que, compte tenu de la diversité culturelle, les exemples figurant dans les définitions ne devaient pas être considérés comme limitatifs.

### Lien avec le droit d'auteur conventionnel

Une délégation a observé qu'il y avait éventuellement un chevauchement avec la protection par le droit d'auteur des adaptations et des variantes des expressions culturelles traditionnelles, et a demandé comment cette incompatibilité serait réglée. Elle a attiré l'attention sur le libellé suivant "des versions différentes, des variantes ou des adaptations d'une même expression peuvent constituer des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore distinctes". Elle a dit que non seulement les expressions culturelles traditionnelles originales mais aussi leurs variations et leurs adaptations seraient protégées en tant qu'expressions culturelles traditionnelles. La délégation a dit avoir cru comprendre que les adaptations d'expressions culturelles traditionnelles originales pouvaient aussi être protégées par le système conventionnel du droit d'auteur. Il y aurait donc deux droits applicables à un même objet, ce qui pourrait conduire à un conflit de droits.

Une délégation a relevé qu'il existait un conflit avec la Convention de Berne (article 2) pour ce qui est des définitions ainsi que du lien entre la Convention de Berne et la protection visée dans le document. Elle a suggéré que cette question soit examinée par le groupe d'experts.

Un observateur a proposé de revenir sur la question du renvoi aux "ouvrages d'architecture". Sa préoccupation éventuelle était que ni dans la Convention de Berne, ni dans un quelconque texte législatif moderne de propriété intellectuelle les ouvrages d'architecture n'étaient protégés. Toutefois, les projets, dessins, modèles, dessins d'architecture ou dessins industriels pouvaient être protégés. L'observateur a relevé qu'il y avait en permanence des ouvrages d'architecture dans les parcs, les rues, les jardins ou d'autres endroits publics et qu'ils pouvaient être reproduits, diffusés et communiqués librement au moyen de peintures, dessins, photographies ou processus audiovisuels. Cela pouvait éventuellement être incompatible avec la Convention de Berne.

### Lien avec le domaine public

Deux délégations ont suggéré d'examiner les répercussions sur le domaine public. Une délégation a demandé quels critères servaient à distinguer les expressions culturelles traditionnelles protégées de celles qui ne l'étaient pas. Parmi les expressions culturelles traditionnelles, certaines étaient transmises seulement à certains individus d'une communauté restreinte alors que d'autres étaient transmises dans un cadre culturel national plus vaste, conservées et utilisées par un plus grand nombre de personnes et, parfois, même utilisées à des fins commerciales. La question était importante parce qu'elle avait des répercussions directes sur les limites du domaine public. Selon le niveau de protection appliqué à l'objet, une définition plus vaste des expressions culturelles traditionnelles pourrait supposer limiter la portée des éléments du domaine public actuellement disponibles.

### Propositions de libellé émanant d'observateurs

À propos de l'alinéa a), un observateur a suggéré d'ajouter après les mots "ou de représentation" les mots "sous leur forme initiale" afin d'avoir un critère d'identification et de mention d'une communauté précise. Le représentant a aussi suggéré de supprimer les mots "et des savoirs" pour éviter toute confusion avec les savoirs traditionnels qui font l'objet d'un examen distinct. À propos de l'alinéa a)iv)aa), le représentant a proposé d'ajouter, avant le point-virgule, les mots "émanant de générations précédentes" afin de mettre l'accent sur l'élément fondamental de ce qui donne lieu à des délibérations : le patrimoine et l'héritage culturels.

Un observateur, à propos du membre de phrase “conservées, utilisées ou développées par cette communauté, ou par des personnes qui [...] en ont le droit [...]”, a dit que ce libellé laissait à penser que l’instrument s’appliquerait uniquement aux expressions culturelles traditionnelles encore détenues par les peuples autochtones. Les mots “conservées, utilisées ou développées” suggéraient que l’expression culturelle traditionnelle était toujours gérée par la communauté ou les peuples autochtones, et il s’est dit convaincu que cette disposition devrait aussi s’appliquer aux objets qui pourraient avoir été pris à la communauté sans son consentement. Il a proposé un autre libellé, à savoir “rattachées à un peuple ou une communauté autochtone en raison de leur importance culturelle pour cette communauté”.

Un observateur a proposé le libellé ci-après pour l’article premier :

“Article premier

Matériel protégé :

- 1) les expressions verbales, telles que les contes populaires et les légendes, la poésie populaire, les récits, les poèmes épiques, les énigmes et autres narrations : mots, signes, noms sacrés et symboles;
- 2) les expressions musicales, telles que les chansons et la musique instrumentale autochtone, la musique faisant appel à des instruments de percussion et aux bois;
- 3) les expressions corporelles, telles que les danses, les spectacles, les cérémonies, les rituels et autres interprétations ou exécutions folkloriques;
- 4) les expressions tangibles, telles que les œuvres d’art, les dessins, les peintures, les sculptures, les poteries, les objets en terre cuite, les mosaïques, les travaux sur bois, les bijoux, les vanneries, les travaux d’aiguille, les textiles, les verreries, les crayons, les costumes et les produits artisanaux; et
- 5) les instruments de musique et les ouvrages d’architecture.

Ledit savoir traditionnel a une valeur universelle d’un point de vue historique, esthétique et anthropologique et se transmet de génération en génération.”

ARTICLE 2 :

BÉNÉFICIAIRES

*Les mesures de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore nationales doivent viser l'intérêt des peuples autochtones, des groupes, des familles, des tribus, des nationaux ainsi que et des communautés traditionnelles ou culturelles ou de la nation<sup>2</sup>*

i) *qui, conformément à leurs droits ~~et~~ou pratiques coutumiers, assurent ~~sont~~ ~~chargés de~~ la garde, le soin et la préservation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; et*

ii) *qui perpétuent, ont en charge, utilisent ou développent les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en tant qu'éléments caractéristiques authentiques et véridiques de leur identité culturelle et sociale et de leur patrimoine culturel.*

[Le commentaire sur l'article 2 suit]

---

<sup>2</sup> L'expression de portée générale "peuples autochtones et autres communautés traditionnelles ou culturelles", ou simplement "communautés", a été retenue au stade actuel du présent projet de dispositions. L'utilisation de ces termes ne tend pas à suggérer l'existence d'un quelconque consensus entre les participants aux sessions du comité quant à la validité ou à l'opportunité de ces termes ou d'autres termes; par ailleurs, elle n'affecte en rien ni ne limite l'utilisation d'autres termes dans les législations nationales ou régionales.

COMMENTAIRE

ARTICLE 2 : BÉNÉFICIAIRES

Généralités

De nombreuses parties prenantes ont souligné que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont généralement considérées comme une émanation et une propriété collective, de sorte que tout droit ou intérêt sur celles-ci devrait être conféré aux communautés plutôt qu'aux individus. Certaines lois de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore prévoient des droits à octroyer directement aux peuples et communautés concernés. En revanche, de nombreuses autres confèrent ces droits à une autorité gouvernementale et prévoient souvent que les bénéfices de l'octroi des droits d'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être reversés à des programmes nationaux de préservation du patrimoine et autres programmes sociaux et culturels. Le groupe des pays africains a affirmé que les principes de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devaient "reconnaître le rôle de l'État dans la préservation et la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore"<sup>3</sup>.

La disposition suggérée est suffisamment flexible pour concilier les deux conceptions au niveau national : alors que les bénéficiaires de la protection doivent être directement les peuples et communautés concernés, les droits proprement dits peuvent être conférés soit audits peuples et communautés, soit à une administration ou à un office (voir également l'article 4 ("Gestion des droits")).

L'article 2, et les dispositions dans leur ensemble, prévoient que plusieurs communautés peuvent prétendre à la protection de leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore selon les critères énoncés à l'article premier. Des lois *sui generis* existantes prévoient cette possibilité, comme 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")<sup>4</sup>, et 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")<sup>5</sup>. Cette question touche aussi à la répartition des droits ou des avantages entre communautés partageant des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore identiques ou similaires dans différents pays ("folklore régional"). Elle est abordée dans les articles 4 ("Gestion des droits") et 7 ("Formalités").

Le terme "communautés culturelles" est censé être suffisamment large pour englober les ressortissants d'un pays entier, une "nation", dans les cas où les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont considérées comme l'expression d'un "folklore national" appartenant à la totalité d'une population d'un pays donné. Cette disposition est

---

<sup>3</sup> Document WIPO/GRTKF/IC/6/12.

<sup>4</sup> Article 5 du décret.

<sup>5</sup> Article 10.

conforme à la pratique dans d'autres domaines des politiques publiques et s'inscrit en complément de celle-ci<sup>6</sup>. Par conséquent, une loi nationale peut, par exemple, prévoir que tous les nationaux sont les bénéficiaires de la protection.

#### *Communautés/individus*

Ainsi qu'il a été indiqué au sujet de l'article premier, les présentes dispositions visent principalement à bénéficier aux communautés, y compris dans les cas où une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore est créée ou développée par un individu appartenant à une communauté. Les créations "traditionnelles" ont pour caractéristique essentielle de contenir des motifs, un style ou d'autres éléments caractéristiques de l'identité et d'une tradition d'une communauté qui continue de porter et de pratiquer celles-ci. Ainsi, lorsqu'un individu a élaboré une création fondée sur une tradition dans le cadre de son contexte coutumier, celle-ci est considérée du point de vue communautaire comme le produit d'un processus créatif social et collectif. La création est donc non pas "possédée" par l'individu mais "contrôlée" par la communauté, conformément aux systèmes juridiques et aux pratiques indigènes et coutumiers<sup>7</sup>. C'est ce qui donne à cette création son caractère "traditionnel".

Pour ces raisons, les avantages de la protection envisagés dans les présentes dispositions reviennent aux communautés et non aux individus; c'est ce qui distingue ce système *sui generis* du droit classique de la propriété intellectuelle, qui reste toutefois accessible aux individus qui souhaitent en tirer parti (voir l'article 10). Cette conception est conforme à l'avis exprimé par les participants aux sessions du comité selon lequel ces dispositions devraient viser à prévoir des formes de protection des expressions de la culture et des savoirs qui ne sont pas actuellement prévues par le droit conventionnel de la propriété intellectuelle.

Cela étant, les communautés sont constituées d'individus, de sorte que le contrôle et la réglementation communautaires des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore bénéficient en fin de compte aux individus qui les composent. Ainsi, en pratique, les bénéficiaires seront les individus, conformément au droit et aux pratiques coutumiers.

#### *Modifications proposées, observations formulées et questions posées à la quinzième session (7 – 11 décembre 2009)*

Les modifications de libellé spécifiques dont il est tenu compte dans le projet de dispositions ont été proposées par l'Australie, le Brésil, El Salvador, l'Inde, le Maroc et Trinité-et-Tobago.

#### *Observations formulées et questions posées*

Les observations et questions émanaient de l'Australie, du Brésil, d'El Salvador, de l'Inde, de l'Indonésie, de l'Iran (République islamique d'), du Maroc et, en qualité d'observateur, de l'Arts Law Centre of Australia.

---

<sup>6</sup> Voir le glossaire sur le patrimoine culturel immatériel de la Commission des Pays-Bas pour l'UNESCO, 2002 ("... une nation peut être une communauté culturelle").

<sup>7</sup> Voir, d'une manière générale, le document WIPO/GRTKF/IC/6/3.

### Terminologie

Une délégation a répété ses observations à propos de l'article premier sur l'équivalent, dans la version anglaise, du terme espagnol "*patrimonio*."

À propos de l'alinéa i), une délégation a dit que les mots "sont chargés de" pouvaient avoir certaines répercussions juridiques en ce sens qu'ils supposaient la fourniture de preuves quant au fait que la garde, le soin et la préservation avaient été confiés à une communauté particulière. Elle a donc proposé de remplacer les mots "sont chargés de" par le mot "assurent".

### Groupes de bénéficiaires

Une délégation a suggéré d'ajouter d'autres groupes aux "peuples autochtones et [...] communautés traditionnelles ou culturelles".

À propos de l'alinéa i), une délégation a dit que l'expression "communautés traditionnelles", trop vaste, devrait être plus claire et plus précise. La délégation a dit que la nation avait son propre folklore, le folklore "national"; toutefois, il n'y a aucune mention d'expressions culturelles traditionnelles "nationales". Elle a suggéré de modifier l'alinéa i) en précisant que le folklore "national" des États avait aussi besoin d'être protégé.

Une délégation a proposé que la définition des bénéficiaires tienne aussi compte des éléments suivants : i) outre les communautés traditionnelles/autochtones qui participent à la préservation et au développement des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, il conviendrait que les pouvoirs publics y contribuent également en facilitant la protection de ces expressions au cas où d'autres communautés seraient susceptibles de retirer des avantages de leur utilisation; ii) au cas où le détenteur des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne pourrait pas être identifié, le bénéficiaire d'une protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devrait être les pouvoirs publics, par exemple une administration locale qui veillerait à ce que ces expressions soient utilisées dans l'intérêt de la communauté; iii) le détenteur des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui a droit à la protection devrait être celui identifié par l'administration locale; iv) en ce qui concerne la contribution personnelle au développement des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, elle pourrait être récompensée par le système de propriété intellectuelle existant; v) un État pourrait contribuer dans une certaine mesure à faciliter la protection de la communauté; ce rôle pourrait être alors étendu jusqu'à le considérer comme le titulaire d'un droit à la seule condition que cela profite aux communautés.

Une délégation s'est dite convaincue que les titulaires de droits devraient être des groupes, des familles, des communautés locales, des tribus ou des nations. Toutefois, les droits des titulaires sont pris en considération à l'aune des droits de la société. À cet égard, la législation nationale est un élément important qui ne peut être ignoré. Il convient d'être particulièrement attentif aux droits des communautés locales qui sont les titulaires véritables et au consentement de celles-ci.

Droit coutumier

Une délégation a dit qu'il serait difficile d'apporter la preuve d'un droit coutumier pertinent dans l'intérêt des communautés autochtones, et a suggéré de remplacer "et" par "ou" dans l'alinéa i).

À propos de l'alinéa i), un observateur a suggéré de supprimer l'exigence selon laquelle les communautés doivent prouver qu'elles ont été chargées de la garde, du soin et de la préservation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore conformément à leurs droits et pratiques coutumiers, et de recourir à une présomption en faveur de la communauté autochtone affirmant avoir été chargée de la garde, du soin et de la préservation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Il a suggéré de revoir le libellé de cet alinéa comme suit : "qui, conformément à leurs droits ou pratiques coutumiers, sont chargés de la garde, du soin et de la préservation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore". Il a aussi dit que la fin de la phrase devrait être supprimée, et qu'une nouvelle clause devrait être ajoutée à la fin de la disposition, ainsi libellée : "Les peuples autochtones ainsi que les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles prétendant aux avantages découlant des mesures de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont présumés avoir été chargés de la garde, du soin et de la préservation desdites expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore". Comme solution de rechange et aux fins d'un critère minimal, il a suggéré de procéder à la modification suivante : "qui, conformément à leurs droits ou pratiques coutumiers, sont chargés de la garde, du soin et de la préservation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore". Il a aussi dit que, en Australie, les peuples autochtones estimaient qu'il était peu respectueux d'utiliser le terme anglais "indigenous" sans majuscule et que, par conséquent, le mot "indigenous" devrait commencer par une majuscule dans l'ensemble de la version anglaise. Il a dit que cette orthographe était conforme à celle qui est utilisée dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

ARTICLE 3 :

ACTES D'APPROPRIATION ILLICITE (ÉTENDUE DE LA PROTECTION)

*Expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore  
ayant une valeur ou une signification particulière*

a) *En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière pour une communauté et qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification selon l'article 7, des mesures juridiques et pratiques, adéquats et efficaces, doivent être prises pour s'assurer que cette communauté pourra empêcher la réalisation des actes suivants sans son consentement préalable, libre et en connaissance de cause :*

i) *s'agissant des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore autres que les mots, signes, noms et symboles :*

- la reproduction, la publication, l'adaptation, la radiodiffusion, l'interprétation ou exécution publique, la communication au public, la distribution, la location, la mise à la disposition du public et la fixation (y compris par photographie) des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou de leurs dérivés;*
- toute utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou adaptation de celles-ci faite sans mention appropriée de la communauté en tant que source des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore;*
- toute déformation, mutilation ou autre modification des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou toute autre atteinte à celles-ci; et*
- l'acquisition ou l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou les adaptations de celles-ci;*

ii) *s'agissant de mots, signes, noms et symboles qui constituent de telles expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en soi, toute utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou de leurs dérivés ou l'acquisition ou l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou leurs dérivés qui discrédite ou offense la communauté concernée ou donne faussement l'impression d'un lien avec elle, ou qui méprise ou dénigre celle-ci;*

Autres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

b) *En ce qui concerne l'utilisation et l'exploitation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui n'ont pas fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification selon l'article 7, des mesures juridiques et pratiques, adéquates et efficaces, doivent être prises pour s'assurer que*

i) *la communauté concernée sera mentionnée en tant que source de toute œuvre ou autre production adaptée des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore;*

ii) *toute déformation, mutilation ou autre modification des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou toute autre atteinte à celles-ci pourra être empêchée ou donner lieu à des sanctions civiles ou pénales;*

iii) *toute indication ou allégation fausse, prêtant à confusion ou fallacieuse qui, à l'égard de produits ou de services qui mentionnent, utilisent ou évoquent des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore d'une communauté, suggère l'approbation de cette communauté ou un lien avec celle-ci pourra être empêchée ou donner lieu à des sanctions civiles ou pénales; et*

iv) *lorsque l'exploitation est à but lucratif, elle donnera lieu à une rémunération ou à un partage des avantages équitable selon des modalités définies par l'administration visée à l'article 4 en consultation avec la communauté concernée; et*

Expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes

c) *Des mesures juridiques et pratiques, adéquates et efficaces, seront prises pour s'assurer que les communautés ont les moyens d'empêcher la divulgation non autorisée et l'utilisation ultérieure des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes, ainsi que l'acquisition et l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur ces expressions.*

[Le commentaire sur l'article 3 suit]

## COMMENTAIRE

### ARTICLE 3 : ACTES D'APPROPRIATION ILLICITE (ÉTENDUE DE LA PROTECTION)

#### Généralités

Ce projet d'article traite d'un élément central de la protection, à savoir les appropriations illicites des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore visées par les dispositions et les droits et autres mesures applicables dans les différents cas.

Conformément à l'avis exprimé par les participants, l'article vise à prévoir des formes de protection des expressions de la culture et des savoirs qui ne sont pas actuellement prévues par le droit conventionnel de la propriété intellectuelle. Ces dispositions sont sans préjudice de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore déjà prévue par le droit actuel de la propriété intellectuelle. La protection de la propriété intellectuelle classique reste applicable. Voir le commentaire sur l'article 2 ("Bénéficiaires") et l'article 10 ("Lien avec la propriété intellectuelle et les autres formes de protection et de préservation").

La disposition suggérée vise à tenir compte des types d'utilisations et d'appropriations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore liées à la propriété intellectuelle qui sont très souvent source de préoccupation pour les communautés autochtones et locales et les autres dépositaires et détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, ainsi qu'il ressort des missions d'établissement des faits et des consultations antérieures (voir le paragraphe 53 du document WIPO/GRTKF/IC/7/3). Elle s'inspire d'un large éventail de conceptions et de mécanismes juridiques consacrés dans différentes lois nationales et régionales (voir les paragraphes 54 à 56 du document WIPO/GRTKF/IC/7/3).

#### *Résumé du projet de disposition*

En résumé, le projet de disposition suggère trois "niveaux" de protection, visant à prévoir une protection supplémentaire adaptée aux différentes formes d'expression culturelle et aux divers objectifs associés à leur protection et tenant compte d'une combinaison de droits de rémunération exclusifs et équitables et d'un ensemble de mesures juridiques et pratiques.

a) Pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière, un droit de "consentement préalable libre et en connaissance de cause", semblable à un droit exclusif en termes de propriété intellectuelle, est suggéré, en vertu duquel les types d'actes généralement couverts par les législations de propriété intellectuelle, en particulier le droit d'auteur et les droits connexes, le droit des marques et le droit des dessins et modèles industriels, seraient subordonnés à l'obtention du consentement préalable libre et en connaissance de cause de la communauté concernée.

i) Ce niveau de protection serait subordonné à la notification ou à l'inscription préalable sur un registre public conformément aux dispositions de l'article 7 (voir ci-après). L'enregistrement ou la notification est facultatif et laissé à la discrétion des communautés concernées. Il ne serait pas nécessaire d'enregistrer ou de notifier les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes étant donné que celles-ci sont protégées séparément en vertu de l'article 3.c). L'option d'enregistrement est applicable uniquement

dans le cas des communautés qui souhaitent une protection au titre du strict consentement donné en connaissance de cause pour des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont déjà connues et accessibles au public.

ii) Le droit de consentement préalable, libre et en connaissance de cause donnerait à une communauté le droit d'interdire ou d'autoriser, à des conditions agréées, notamment en matière de partage des avantages, l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. En ce sens, le consentement préalable en connaissance de cause s'apparente à un droit de propriété intellectuelle exclusif qui peut faire l'objet d'une licence, mais pas nécessairement. Ces droits pourraient être utilisés de manière positive ou, plus vraisemblablement, défensive (pour prévenir l'utilisation et l'exploitation de ces expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et l'acquisition de droits de propriété intellectuelle sur celles-ci).

iii) Des formes de protection spécialement adaptées sont suggérées pour les mots, noms, symboles et autres désignations, d'après la législation sur les marques et les mesures particulières déjà établies à cet égard au sein de la Communauté andine, des États-Unis d'Amérique et de la Nouvelle-Zélande

iv) Les interprétations ou exécutions qui peuvent être assimilées à des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ("expressions corporelles", voir l'article premier) peuvent aussi faire l'objet d'un enregistrement ou d'une notification pour bénéficier d'une forte protection. Les droits économiques et moraux proposés comprennent des droits calqués sur les types de droits déjà prévus à l'intention des autres artistes interprètes ou exécutants, en particulier dans le Traité de l'OMPI de 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT). Cette forme de protection est sans préjudice de la protection prévue par le WPPT. Si ces interprétations ou exécutions ne donnaient pas lieu à un enregistrement ou une notification, elles pourraient être protégées conformément au point b) ou c) ci-après, selon les circonstances et les souhaits de la communauté.

b) En ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui n'auront pas fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification, leur utilisation ne serait pas subordonnée au consentement préalable mais la protection porterait sur *la manière* dont elles sont utilisées. Ces expressions pourraient être utilisées, comme source d'inspiration par exemple, sans consentement ou autorisation préalable, aux fins de créativité et de liberté artistique, objectif affirmé par beaucoup. Toutefois, la manière dont les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont ainsi utilisées serait réglementée, principalement sur la base des droits moraux et des principes relatifs à la concurrence déloyale, avec des voies de recours civiles et pénales proposées, ainsi que le paiement d'une rémunération équitable ou un partage équitable des avantages, au choix de l'autorité compétente. Cette autorité pourrait être la même que l'administration visée à l'article 4 ("Gestion des droits"). Cette solution s'apparente sans doute aux dispositions relatives aux licences obligatoires ou à la rémunération équitable qui figurent dans les législations *sui generis* nationales concernant les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore<sup>8</sup>, ainsi que dans la législation classique du droit d'auteur concernant les œuvres musicales déjà fixées dans des enregistrements sonores<sup>9</sup>.

c) Enfin, pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes, confidentielles ou non divulguées, la disposition suggérée vise à préciser que la protection existante des renseignements confidentiels ou non divulgués s'applique également aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, compte tenu également

<sup>8</sup> Par exemple, l'Accord de Bangui créant l'OAPI, révisé en 1999.

<sup>9</sup> Voir l'article 13 de la Convention de Berne de 1971.

de la jurisprudence dans ce domaine<sup>10</sup>. La Déclaration de Mataatua de 1993 reconnaît notamment que les peuples autochtones ont le droit de “protéger et contrôler la diffusion” de [leurs] connaissances<sup>11</sup>.

### *Souplesse des mécanismes juridiques de mise en œuvre*

Les dispositions sont vastes et universelles et visent à laisser aux autorités nationales et régionales et aux communautés une souplesse maximale pour déterminer les mécanismes juridiques précis susceptibles d’être retenus au niveau national ou régional en vue de leur mise en œuvre.

Pour illustrer ce qui précède par un exemple concret, le principe suggéré selon lequel 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’approbation par une communauté ou l’association avec une communauté concernant des 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), pourrait être mis en œuvre au niveau national par l’un ou plusieurs des moyens suivants : i) l’enregistrement et l’utilisation de marques de certification par les communautés concernées; ii) les recours civils ou pénaux disponibles dans le cadre des pratiques commerciales générales et des législations sur l’étiquetage; iii) l’adoption de législations prévoyant expressément cette forme de protection pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; iv) l’enregistrement et l’utilisation d’indications géographiques, et v) les sanctions prévues par la “common law” dans les cas de substitution de produits et par la législation en matière de lutte contre la concurrence déloyale.

### *Œuvres dérivées*

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 à cet égard.

Cette disposition suggérée évoque un droit d’adaptation à l’égard des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière, sous réserve d’un enregistrement ou d’une notification préalable. En ce qui concerne les autres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, il n’y aurait pas de droit d’adaptation en tant que tel, ni d’interdiction de l’obtention de droits de propriété intellectuelle par leur créateur sur les œuvres dérivées, pas plus que, dans les deux cas, la simple “inspiration”, comme dans le cadre du droit d’auteur, conformément à la séparation entre l’idée et son expression<sup>12</sup>. Toutefois, il est suggéré de réglementer la manière dont les œuvres dérivées peuvent être exploitées, suivant la démarche générale suivie dans la loi type de 2002 pour les pays insulaires du Pacifique.

---

<sup>10</sup> *Foster c. Mountford* (1976) 29 FLR 233.

<sup>11</sup> Article 2.1.

<sup>12</sup> Voir le document WIPO/GRTKF/IC/6/3.

ARTICLE 4 :

GESTION DES DROITS

*a) Lorsqu'elle est requise en vertu des présentes dispositions, l'autorisation préalable d'utiliser des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doit être demandée soit directement à la communauté concernée soit, si celle-ci le souhaite, à une administration agissant à la demande et au nom de la communauté (ci-après dénommée "administration"). Lorsque les autorisations sont délivrées par l'administration,*

*i) elles ne doivent être accordées qu'après des consultations appropriées avec la communauté concernée, conformément à ses procédures traditionnelles de prise de décisions et de gestion;*

*ii) 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 à la communauté concernée.*

*b) L'administration doit normalement être chargée de fonctions de sensibilisation, d'éducation, de conseil et d'orientation. Elle doit également,*

*i) à la demande d'une communauté, surveiller les utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore afin d'assurer un usage loyal et approprié, conformément aux dispositions de l'article 3.b); et*

*ii) déterminer la rémunération équitable visée à l'article 3.b) en consultation avec la communauté concernée.*

[Le commentaire sur l'article 4 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 4 : GESTION DES DROITS

Généralités

Cette disposition traite de la manière de présenter les demandes d'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et des personnes ou services auxquels il convient de s'adresser à cet égard, ainsi que de questions connexes. Les points traités dans cette disposition s'appliquent indépendamment de la question de savoir si les titulaires de droits sont les communautés ou des organismes étatiques (voir ci-dessus l'article 2 ("Bénéficiaires")).

Les dispositions dans leur ensemble envisagent l'exercice des droits par les communautés concernées elles-mêmes. Toutefois, dans le cas où les communautés concernées ne sont pas en mesure d'exercer directement les droits ou ne souhaitent pas le faire, ce projet d'article suggère un rôle pour une "administration" agissant en tout temps à la demande et au nom des communautés concernées. L'intervention d'une telle "administration" est entièrement facultative et n'est nécessaire et indiquée que si les communautés concernées le souhaitent.

Une administration remplissant ce type de fonctions est prévue dans les dispositions types de 1982, la loi des Philippines de 1997 sur les droits des peuples autochtones ("loi des Philippines de 1997"), la loi type pour les pays insulaires du Pacifique de 2002 et de nombreuses lois nationales établissant une protection *sui generis* des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Plusieurs États membres se sont prononcés en faveur d'une "autorité" dans ce type de cas.

L'administration suggérée pourrait être un office, une autorité ou une société existant, ainsi qu'une organisation ou un office régional. L'Organisation régionale africaine de la propriété industrielle (ARIPO) et l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) ont, par exemple, souligné le rôle des organisations régionales à l'égard de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Les sociétés de perception des droits d'auteur pourraient aussi jouer un rôle.

Cette disposition vise à déterminer uniquement certains principes fondamentaux qui pourraient être appliqués. Manifestement, l'élaboration de telles mesures dépendra en grande partie de facteurs nationaux et communautaires : des options pour l'élaboration de dispositions plus détaillées pourraient être approfondies aux niveaux tant national que communautaire. Les lois et modèles existants contiennent des dispositions dont on pourrait s'inspirer.

ARTICLE 5 :

EXCEPTIONS ET LIMITATIONS

a) *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; et*

iii) *ne pas s'appliquer aux utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore aux fins suivantes :*

- *illustration d'un enseignement ou d'un apprentissage;*
- *recherche non commerciale ou étude privée;*
- *critiques ou évaluations;*
- *comptes rendus d'événements d'actualité*
- *utilisation dans le cadre de procédures juridiques;*
- *réalisation d'enregistrements et d'autres reproductions des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en vue de leur incorporation dans des archives ou un inventaire à des fins non commerciales de préservation du patrimoine culturel; et*
- *utilisations occasionnelles*

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

b) *Les mesures de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore peuvent autoriser, conformément au droit et aux pratiques coutumières, l'utilisation sans restriction par tous les membres d'une communauté, y compris tous les ressortissants d'un pays, des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou de certaines d'entre elles dûment indiquées.*

[Le commentaire sur l'article 5 suit]

## COMMENTAIRE

### ARTICLE 5 : EXCEPTIONS ET LIMITATIONS

#### Généralités

De nombreuses parties prenantes 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. Il a été suggéré qu'une protection trop stricte peut étouffer la créativité, la liberté artistique et les échanges culturels et se révéler impossible à mettre en œuvre, à surveiller et à appliquer.

En outre, 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 de manière traditionnelle et coutumière et de les développer par une recreation et une imitation constantes.

La disposition suggérée propose certaines exceptions et limitations à examiner.

a) L'alinéa a) met en œuvre des objectifs et des principes directeurs généraux liés à la non-ingérence et à l'appui à l'usage et au développement permanents des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par les communautés, alors que l'alinéa b) affirme que ces dispositions s'appliqueraient uniquement aux utilisations "hors site" des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, à savoir les utilisations faites en dehors du contexte coutumier ou traditionnel, à des fins commerciales ou non;

b) l'alinéa c) énonce des exceptions tirées des dispositions types de 1982, de la loi type pour les pays insulaires du Pacifique de 2002 et des lois relatives au droit d'auteur en général. Les commentaires suivants ont notamment été reçus :

i) Les limitations et exceptions aux fins de l'enseignement sont courantes dans les législations relatives au droit d'auteur. Alors que celles-ci sont parfois limitées à l'enseignement interpersonnel (comme dans la loi type de 2002 pour les pays insulaires du Pacifique), des limitations et exceptions particulières au droit d'auteur et aux droits connexes pour l'enseignement à distance ont aussi été évoquées<sup>13</sup>. L'expression "enseignement et apprentissage" est utilisée pour l'instant.

ii) Les législations nationales sur le droit d'auteur autorisent parfois les services d'archives, les bibliothèques et autres institutions publiques à réaliser, à des fins non commerciales de préservation uniquement, des reproductions d'œuvres et d'expressions du folklore et à les mettre à la disposition du public<sup>14</sup>, possibilité qui est envisagée ici. À cet égard, des contrats adaptés, des inventaires de propriété intellectuelle et d'autres principes directeurs et codes de conduite à l'intention des musées et des services d'archives et

---

<sup>13</sup> Voir la proposition du Chili (document SCCR/12/3) sur les "Exceptions et limitations au droit d'auteur et aux droits connexes", examinée à la 12<sup>e</sup> session du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes (SCCR) de l'OMPI en novembre 2004.

<sup>14</sup> On en trouve un exemple à l'article 14.1 du titre 2 de la loi du Royaume-Uni sur le droit d'auteur, les dessins et modèles industriels et les brevets.

d'inventaires du patrimoine culturel sont en cours d'élaboration à l'OMPI. Des limitations spécifiques à l'intention des bibliothèques et des services d'archives dans la législation relative au droit d'auteur en général ont aussi été évoquées<sup>15</sup>.

iii) Cela étant, toutes les exceptions relatives au droit d'auteur ne sont pas forcément appropriées, dans la mesure où elles peuvent être contraires à l'intérêt public et aux droits coutumiers – s'agissant par exemple des exceptions au titre de l'utilisation indirecte en vertu desquelles une sculpture ou une œuvre artistique artisanale exposée de manière permanente dans un lieu public peut être reproduite sur une photographie, un dessin ou d'une autre manière sans autorisation. Les exceptions qui seraient offensantes sont exclues.

---

<sup>15</sup> Voir ci-dessus la proposition du Chili.

ARTICLE 6 :

DURÉE DE LA PROTECTION

*La protection de toute expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore doit durer aussi longtemps que cette expression satisfait aux critères de protection indiqués à l'article premier des présentes dispositions, et*

*i) en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore visées à l'article 3.a), la protection prévue dans cet alinéa dure aussi longtemps qu'elles font l'objet d'un enregistrement ou d'une notification visé à l'article 7; et*

*ii) en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes, leur protection dure aussi longtemps qu'elles restent secrètes.*

[Le commentaire sur l'article 6 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 6 : DURÉE DE LA PROTECTION

Généralités

De nombreux peuples autochtones et communautés traditionnelles souhaitent une protection illimitée pour certains aspects au moins des expressions de leurs cultures traditionnelles. Les demandes de protection illimitée sont étroitement liées aux demandes de protection rétroactive (voir ci-après l'article 9 ("Mesures transitoires")). En revanche, le caractère limité de la protection 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".

La disposition suggérée, comme le droit des marques, insiste sur l'utilisation actuelle, de sorte que lorsqu'une communauté dont l'expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore est caractéristique n'utilise plus celle-ci ou n'existe plus en tant qu'entité distincte (comme dans le cas de l'abandon d'une marque ou d'une marque qui devient générique), la protection de cette expression expire. Cette conception s'inspire de l'essence même de l'objet de la protection, les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant pour trait fondamental de caractériser ou d'identifier une 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.

Outre ce principe général, la durée de la protection est expressément indiquée pour deux catégories d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, à savoir celles qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification et celles qui sont secrètes, non divulguées ou confidentielles

ARTICLE 7 :

FORMALITÉS

a) *Par principe, la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne doit être soumise à aucune formalité. Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore visées à l'article premier sont protégées dès leur création.*

b) *Les mesures de protection de certaines expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière qui se fondent sur les dispositions de l'article 3.a) devraient être subordonnées à une notification ou à un enregistrement effectué auprès d'un service ou d'un organisme compétent par la communauté concernée ou par l'administration visée à l'article 4 agissant à la demande et au nom de la communauté.*

i) *Dans la mesure où cet enregistrement ou notification peut supposer l'enregistrement ou la fixation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore concernées, tout droit de propriété intellectuelle sur cet enregistrement ou fixation doit être conféré ou transmis à la communauté concernée.*

ii) *Il convient de rendre accessibles au public les informations sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification et les représentations de ces expressions au moins dans la mesure nécessaire pour assurer la transparence et la sécurité juridique des tiers en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ainsi protégées et les bénéficiaires de cette protection.*

iii) *Cet enregistrement ou notification relève d'une déclaration et n'est pas constitutif de droits. Pour autant, l'inscription au registre emporte présomption que les faits ainsi consignés sont véridiques, sauf preuve du contraire. L'inscription en soi est sans effet sur les droits des tiers.*

iv) *Le service ou l'organisme qui reçoit les enregistrements ou notifications doit lever toute incertitude ou régler tout litige quant aux communautés, y compris celles implantées dans plusieurs pays, qui sont habilitées à procéder à l'enregistrement ou à la notification ou qui doivent bénéficier de la protection prévue à l'article 2, en recourant dans la mesure du possible au droit et procédures coutumiers, aux modes de règlement extrajudiciaire des litiges et aux ressources culturelles existantes, s'agissant par exemple des inventaires du patrimoine culturel.*

[Le commentaire sur l'article 7 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 7 : FORMALITÉS

Généralités

Il a été suggéré que l'acquisition et le maintien en vigueur de la protection devraient être concrètement applicables, en particulier du point de vue des communautés traditionnelles, et ne pas créer de difficultés administratives excessives pour les titulaires de droits ou les administrateurs. Tout aussi importante est la nécessité, exprimée par plusieurs parties prenantes telles que des chercheurs et d'autres utilisateurs d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, d'assurer la sécurité et la transparence dans leurs relations avec les communautés.

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 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 pourrait être utile pour assurer la précision, la transparence et la sécurité quant aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore protégées et quant aux bénéficiaires de cette protection;

b) une deuxième possibilité consisterait à exiger une protection automatique sans formalités, afin que la protection prenne naissance au moment de la création des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, comme dans le droit d'auteur.

La disposition suggérée combine les deux conceptions.

Tout d'abord, l'alinéa a) suggère le principe général selon lequel les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être protégées sans formalité, selon les principes du droit d'auteur, et afin de faciliter au maximum l'obtention de la protection.

Ensuite, une forme d'enregistrement ou de notification est néanmoins proposée pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui bénéficieraient, en vertu de l'article 3.a), de la protection la plus forte.

i) L'enregistrement ou la notification est facultatif et laissé à la discrétion des communautés concernées. L'enregistrement ou la notification n'est pas une obligation; la protection reste disponible en vertu de l'article 3.b) pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore non enregistrées. Il ne serait pas nécessaire d'enregistrer ou de notifier les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes étant donné que celles-ci sont protégées séparément en vertu de l'article 3.c). L'option de l'enregistrement est applicable uniquement dans le cas des communautés qui souhaitent une protection au titre du strict consentement donné en connaissance de cause pour des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont déjà connues et accessibles au public;

ii) la disposition s'inspire globalement des systèmes d'enregistrement du droit d'auteur existants, de la base de données créée aux États-Unis d'Amérique sur les insignes amérindiens, de la loi du Panama de 2000, de la décision n° 351 de la Communauté andine et de la loi péruvienne de 2002 (voir d'une manière générale le document WIPO/GRTKF/IC/7/3 et les documents précédents pour de plus amples informations sur ces instruments);

iii) ce système d'enregistrement ou de notification pourrait être administré par une organisation régionale. L'ARIPO et l'OAPI ont, par exemple, souligné le rôle des organisations régionales dans ce domaine. Si ces dispositions peuvent trouver dans un premier temps une application au niveau national, ce qui suppose l'établissement de registres ou de systèmes de notification nationaux, une forme de registre régional ou international pourrait à terme faire partie d'éventuels systèmes de protection régionaux ou internationaux. Un tel système international de notification ou d'enregistrement pourrait peut-être s'inspirer des systèmes existants, tels que l'article 6ter de la Convention de Paris ou le système d'enregistrement prévu à l'article 5 de l'Arrangement de Lisbonne de 1958 concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international;

iv) il est suggéré que l'office ou l'organisation auprès duquel ces enregistrements ou notifications peuvent être effectués, et qui s'efforcera de régler les litiges, soit différent de l'administration visée à l'article 4;

v) il est clairement indiqué que seule est habilitée à enregistrer ou à notifier une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore la communauté qui en revendique la protection, ou, dans les cas où elle n'est pas en mesure de le faire, l'administration visée à l'article 4, agissant à la demande et dans l'intérêt de cette communauté;

vi) pour le règlement des litiges entre communautés, y compris les communautés implantées dans plusieurs pays, le projet d'article suggère que l'office ou l'organisation chargé de l'enregistrement ait recours dans la mesure du possible aux lois et procédures coutumières et aux modes extrajudiciaires de règlement des litiges. Ces solutions sont suggérées afin d'appliquer autant que possible les objectifs et les principes relatifs au droit coutumier et à la coexistence pacifique entre les communautés. En ce qui concerne la prise en considération des ressources culturelles existantes, l'office ou l'organisation pourrait également se reporter aux inventaires, listes et collections relatifs au patrimoine culturel, tels que ceux établis en vertu de la Convention de l'UNESCO de 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Plus généralement, il peut exister des possibilités de créer des synergies entre les inventaires établis ou en cours d'établissement à des fins de préservation du patrimoine culturel (comme ceux que les États parties sont tenus d'établir en vertu de la convention de l'UNESCO susmentionnée) et les types de registres ou de systèmes de notification suggérés ici. Des mesures pourraient être élaborées pour s'assurer que les inventaires, listes et collections relatifs au patrimoine culturel viennent renforcer, appuyer et faciliter la mise en œuvre des dispositions *sui generis* de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (et des savoirs traditionnels)<sup>16</sup>. L'OMPI travaille à l'examen de ces questions avec les parties prenantes intéressées;

---

<sup>16</sup> Voir la réunion d'experts de l'UNESCO sur la réalisation d'inventaires du patrimoine culturel immatériel, 17 et 18 mars 2005.

vii) toutefois, afin que la disposition ne soit pas trop directive, les questions de mise en œuvre pourraient être laissées à la discrétion des législations nationales et régionales. La législation, la réglementation ou les mesures administratives d'habilitation pourraient donner des indications sur les questions suivantes notamment : a) la procédure de présentation des demandes de notification ou d'enregistrement; b) la mesure dans laquelle les demandes sont examinées par l'office chargé de l'enregistrement et à quelles fins; c) les mesures permettant de s'assurer que l'enregistrement ou la notification des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est accessible et abordable; d) l'accès du public aux renseignements concernant les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification; e) les recours contre l'enregistrement ou la notification d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore; f) le règlement par l'office chargé de l'enregistrement des litiges concernant la ou les communautés habilitées à bénéficier de la protection d'une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore, y compris en cas de revendications concurrentes émanant de communautés implantées dans plusieurs pays; et g) les effets juridiques de la notification ou de l'enregistrement.

*Enregistrement et fixation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore*

Le rôle de l'enregistrement et de la fixation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et leur lien avec la protection de la propriété intellectuelle ont été longuement examinés dans les documents et publications précédents<sup>17</sup>. En résumé, les discussions précédentes ont fait apparaître certaines préoccupations de propriété intellectuelle concernant les initiatives de documentation. Ainsi, les droits d'auteur et les droits connexes sur les enregistrements et les fixations seraient presque toujours dévolus non aux communautés elles-mêmes mais aux personnes qui se chargent de l'enregistrement ou de la fixation. Ensuite, la fixation et l'enregistrement des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, notamment en cas de diffusion sous forme numérisée, rendent ces expressions plus accessibles et largement disponibles, ce qui peut entraver les efforts déployés par les communautés pour les protéger. Pour ces raisons, l'article proposé prévoit que tout droit de propriété intellectuelle sur les enregistrements réalisés en vue de l'inscription au registre soit dévolu aux communautés concernées. En fait, la fixation sur un support matériel d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ne pourraient pas prétendre à la protection sans cela établit de nouveaux droits de propriété intellectuelle sur la fixation et ces droits peuvent être utilisés indirectement pour protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore elles-mêmes (cette stratégie a été par exemple utilisée pour protéger des peintures rupestres antiques)<sup>18</sup>. Il est en outre évident que l'enregistrement et la fixation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont un élément précieux, voire essentiel, des programmes de préservation du patrimoine culturel. L'OMPI entreprend des travaux supplémentaires sur les aspects et les incidences de propriété intellectuelle de l'enregistrement et de la fixation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en coopération avec les autres parties prenantes. La Déclaration de Mataatua de 1993 sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones exhorte notamment ceux-ci à élaborer un code d'éthique que les utilisateurs externes doivent observer lors de l'enregistrement (visuel, audio et par écrit) de leurs savoirs traditionnels et coutumiers<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 et WIPO/GRTKF/IC/7/3, par exemple.

<sup>18</sup> Voir par exemple Janke, 'Unauthorized Reproduction of Rock Art' in *Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, OMPI, 2003.

<sup>19</sup> Article 1.3).

ARTICLE 8 :

SANCTIONS, RECOURS ET EXERCICE DES DROITS

*a) Des mécanismes d'exécution et de règlement des litiges, des mesures à la frontière, des sanctions et des moyens de recours accessibles, appropriés et adéquats, y compris des voies de recours pénales et civiles, doivent être prévus en cas de violation de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.*

*b) L'administration visée à l'article 4 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, pénales et administratives en leur nom, s'il y a lieu et à leur demande.*

[Le commentaire sur l'article 8 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 8 : SANCTIONS, RECOURS ET EXERCICE DES DROITS

Généralités

Cette disposition traite des sanctions et des voies de recours civiles et pénales qui peuvent être prévues pour les atteintes aux droits octroyés.

Les communautés et d'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 autochtone titulaire de droits 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. Il a également été indiqué qu'il serait souhaitable de prévoir des modes extrajudiciaires de règlement des litiges dans ce domaine.

Les États membres ont souligné la nécessité de disposer d'indications et de données d'expérience concrètes sur les sanctions, les voies de recours et les moyens d'application des droits.

ARTICLE 9 :

MESURES TRANSITOIRES

*a) Les présentes dispositions sont applicables à toutes les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui, au moment de l'entrée en vigueur des présentes dispositions, satisfont aux critères énoncés à l'article premier.*

*b) Les actes à l'égard des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont été entrepris avant l'entrée en vigueur des présentes dispositions et qui ne seraient pas autorisés ou qui seraient régis d'une autre manière par ces dispositions doivent être mis en conformité avec lesdites dispositions dans un délai raisonnable à compter de l'entrée en vigueur des présentes dispositions, sous réserve des droits antérieurs des tiers.*

[Le commentaire sur l'article 9 suit]

COMMENTAIRE

ARTICLE 9 : MESURES TRANSITOIRES

Généralités

Cette question porte sur le point de savoir si la protection doit avoir un effet rétroactif ou prospectif et, en particulier, sur les mesures à prendre à l'égard d'un usage des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui a légalement commencé avant l'entrée en vigueur des dispositions et continue après cette entrée en vigueur.

Comme de nombreux participants aux sessions du comité l'ont souligné, cette question touche directement à la notion de "domaine public". Il est indiqué dans des documents précédents qu'"une connaissance plus précise du rôle, du cadre et des limites du domaine public est essentielle à l'élaboration d'un cadre général approprié pour la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore"<sup>20</sup>. Les participants aux sessions du comité ont indiqué que le domaine public n'est pas une notion reconnue par les peuples autochtones et que, puisque les expressions du folklore au sens strict n'ont jamais été protégées au titre de la propriété intellectuelle, elles ne sauraient être tombées dans un quelconque "domaine public". Selon les termes de tribus Tulalip, "c'est pour cette raison que les peuples autochtones demandent de manière générale la protection des savoirs que le système occidental considère comme faisant partie du "domaine public", estimant que ces savoirs sont et continueront d'être régis par le droit coutumier. Leur présence dans le "domaine public" est due non pas au fait que les mesures nécessaires pour les faire protéger dans le système occidental de propriété intellectuelle n'ont pas été prises mais à l'incapacité des gouvernements et des citoyens de reconnaître et de respecter le droit coutumier régissant leur utilisation"<sup>21</sup>.

Plusieurs options peuvent être relevées dans les lois actuelles, à savoir :

- i) la rétroactivité de la loi, ce qui signifie que toutes les utilisations antérieures, courantes et nouvelles des expressions culturelles traditionnelles seraient soumises à autorisation en vertu de la nouvelle législation ou réglementation;
- ii) la non-rétroactivité de la loi, ce qui signifie que seules les utilisations nouvelles qui n'avaient pas commencé avant l'entrée en vigueur de la législation ou réglementation seraient soumises à autorisation; et
- iii) une solution intermédiaire selon laquelle les utilisations soumises à autorisation en vertu de la législation ou de la réglementation et qui auraient commencé sans autorisation avant l'entrée en vigueur de celle-ci devraient cesser avant l'expiration d'un certain délai (si l'utilisateur n'a pas obtenu entre temps l'autorisation requise).

Les systèmes et modèles *sui generis* existants soit ne traitent pas cette question, soit prévoient uniquement une application prospective. La loi type de 2002 pour les pays insulaires du Pacifique suit toutefois d'une manière générale la solution intermédiaire décrite ci-dessus.

---

<sup>20</sup> Voir, par exemple, le document WIPO/GRTKF/IC/5/3 et les documents suivants.

<sup>21</sup> Déclaration à la cinquième session du comité, également disponible à l'adresse <http://www.wipo.int/tk/en/igc/ngo/ngopapers.html>.

Cette solution intermédiaire est celle retenue dans le projet de dispositions.  
Elle s'inspire notamment de la loi type de 2002 pour les pays insulaires du Pacifique ainsi que du libellé de l'article 18 de la Convention de Berne de 1971 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

ARTICLE 10 :

LIEN AVEC LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ  
INTELLECTUELLE ET D'AUTRES FORMES DE PROTECTION,  
DE PRÉSERVATION ET DE PROMOTION

*La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore prévue par les présentes dispositions complète sans la remplacer la protection applicable aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et aux dérivés de ces expressions en vertu des lois de propriété intellectuelle, des lois et programmes de sauvegarde, de préservation et de promotion du patrimoine culturel et des autres mesures, juridiques ou non, de protection et de préservation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.*

[Le commentaire sur l'article 10 suit]

## COMMENTAIRE

### ARTICLE 10 : LIEN AVEC LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET D'AUTRES FORMES DE PROTECTION, DE PRÉSERVATION ET DE PROMOTION

#### Généralités

##### *Lien avec les législations de propriété intellectuelle*

Les présentes dispositions visent à prévoir des formes de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui n'existent pas encore dans les législations classiques de propriété intellectuelle.

Il a précédemment été indiqué que toute protection spécifique des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doit être compatible avec l'acquisition de la protection prévue par d'autres lois de propriété intellectuelle. Il a également été rappelé qu'on peut répondre à un certain nombre, voire à un grand nombre, des besoins et des préoccupations des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles ou culturelles et de leurs membres par l'application des systèmes actuels de propriété intellectuelle, notamment par des extensions ou adaptations appropriées de ces systèmes. 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 du folklore peuvent être protégées en vertu du Traité de l'OMPI de 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT);
- 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; et
- 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.

##### *Lien avec des mesures ne relevant pas de la propriété intellectuelle*

Il a été également abondamment observé qu'une protection complète peut impliquer toute une gamme d'outils exclusifs et non exclusifs, dont certains ne relèvent pas de la propriété intellectuelle. Parmi ces derniers, les instruments suivants peuvent se révéler pertinents et utiles : lois relatives aux pratiques commerciales et à la commercialisation; au respect de la vie privée et au droit à l'image; à la diffamation; aux contrats et licences; aux registres, inventaires et bases de données sur le patrimoine culturel; aux lois et protocoles coutumiers indigènes; aux lois et programmes sur la préservation et la promotion du patrimoine culturel; et aux programmes de promotion et de développement de l'artisanat. Il conviendrait en particulier, comme certains participants aux sessions du comité l'ont

suggéré, d'explorer de manière plus approfondie les possibilités de synergie entre la Convention de l'UNESCO de 2003 pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel et les présentes dispositions.

Les dispositions suggérées ne visent pas à remplacer ces mesures et programmes qui ne relèvent pas de la propriété intellectuelle. Ces conceptions et approches reposant les unes sur la propriété intellectuelle et les autres non ne s'excluent pas mutuellement et peuvent toutes jouer, ensemble, un rôle dans une approche exhaustive de la protection.

Elles visent à compléter les lois et les mesures relatives à la préservation et à la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel et à être appliquées en association avec ces lois et ces mesures. Dans certains 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. 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.

ARTICLE 11 :

PROTECTION INTERNATIONALE ET PROTECTION RÉGIONALE

*Les droits et avantages découlant de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en vertu de mesures ou de lois nationales donnant effet aux présentes dispositions internationales doivent être octroyés à tous les bénéficiaires remplissant les conditions requises qui sont ressortissants d'un pays ou qui y résident de manière permanente conformément aux obligations ou engagements internationaux. Les bénéficiaires étrangers qui remplissent les conditions requises jouissent des mêmes droits et avantages que les bénéficiaires qui sont ressortissants du pays de la protection, ainsi que des droits et avantages spécialement prévus par les présentes dispositions internationales.*

[Le commentaire sur l'article 11 suit]

## COMMENTAIRE

### ARTICLE 11 : PROTECTION INTERNATIONALE ET PROTECTION RÉGIONALE

#### Généralités

Cette disposition traite de la question technique de la reconnaissance dans les législations nationales des droits et intérêts des titulaires étrangers de droits sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. En d'autres termes, il s'agit des conditions et des circonstances dans lesquelles les titulaires de droits étrangers peuvent accéder aux systèmes de protection nationaux et du niveau de protection disponible pour les titulaires de droits étrangers. Cette question est examinée de manière plus approfondie dans le document WIPO/GRTKF/IC/8/6. Pour l'heure, et *uniquement comme point de départ pour les discussions*, une disposition fondée d'une manière générale sur le traitement national tel qu'il est prévu à l'article 5 de la Convention de Berne a été insérée aux fins d'un complément d'examen et d'analyse.

D'une manière générale, mais en aucun cas exclusive, la question de la reconnaissance dans les législations nationales des droits et intérêts des titulaires de droits étrangers sur des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore a été réglée dans le domaine de la propriété intellectuelle par la notion de "traitement national", bien que ce principe puisse souffrir d'importantes exceptions et limitations. Le traitement national peut être défini comme le principe consistant à accorder aux titulaires étrangers la même protection que celle dont bénéficient les nationaux, ou *au moins* la même forme de protection. Par exemple :

a) la Convention de Berne prévoit en son article 5 que "1) [L]es auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention" et que "[L]a protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur ne ressortit pas au pays d'origine de l'œuvre pour laquelle il est protégé par la présente Convention, il aura, dans ce pays, les mêmes droits que les auteurs nationaux";

b) La Convention de Rome de 1961 prévoit ce qui suit en ce qui concerne les artistes interprètes ou exécutants : "Aux fins de la présente Convention, on entend, par traitement national, le traitement que l'État contractant sur le territoire duquel la protection est demandée accorde, en vertu de sa législation nationale : a) aux artistes interprètes ou exécutants, qui sont ses ressortissants, pour les exécutions qui ont lieu, sont fixées pour la première fois, ou sont radiodiffusées, sur son territoire; ... Le traitement national sera accordé, compte tenu de la protection expressément garantie et des limitations expressément prévues dans la présente Convention" (article 2); et

c) Le WPPT de 1996 porte ce qui suit : "Chaque Partie contractante accorde aux ressortissants d'autres Parties contractantes, au sens de l'article 3.2), le traitement qu'elle accorde à ses propres ressortissants en ce qui concerne les droits exclusifs expressément reconnus dans le présent traité et le droit à rémunération équitable prévu à l'article 15 de ce traité".

D'autres mécanismes juridiques internationaux ont été utilisés à la place ou en complément du principe de traitement national pour reconnaître les droits de propriété intellectuelle des ressortissants étrangers. En vertu du principe de "réciprocité" (ou de reconnaissance réciproque), un pays peut octroyer une protection aux ressortissants d'un autre pays si celui-ci protège également les ressortissants du premier pays; la durée et la nature de la protection peuvent aussi être déterminées selon le même principe. Dans un système fondé sur la "reconnaissance mutuelle", un droit reconnu dans un pays est reconnu dans un autre en vertu d'un accord conclu entre ces deux pays. "L'assimilation" du fait de la domiciliation est un autre mécanisme permettant d'ouvrir l'accès de certaines nationalités au système national. Ainsi, l'article 3.2) de la Convention de Berne prévoit que les auteurs ne ressortissant pas à l'un des pays de l'union [de Berne] mais ayant leur résidence habituelle dans l'un de ceux-ci sont, pour l'application de la convention, assimilés aux auteurs ressortissant audit pays.

La reconnaissance des droits des titulaires étrangers peut également être assurée au moyen du principe de la "nation la plus favorisée". L'Accord sur les ADPIC prévoit (sous réserve de certaines exceptions) que "[e]n ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre [de l'OMC] aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres".

Si le traitement national semble constituer, compte tenu de l'expérience acquise dans le domaine de la propriété intellectuelle, un point de départ approprié, la nature même des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et les formes *sui generis* de protection préconisées par de nombreux participants aux sessions du comité militent en faveur de l'adoption en complément de certaines exceptions et limitations ou d'autres principes tels que la reconnaissance mutuelle, la réciprocité et l'assimilation, notamment lorsqu'il s'agit du statut juridique et des lois coutumières des bénéficiaires de la protection. C'est pourquoi l'article 2 des dispositions suggérées indique que les bénéficiaires de la protection seraient les communautés qui, "conformément à leurs droits et pratiques coutumiers, sont chargées de la garde, du soin et de la préservation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore". Selon une conception stricte du traitement national, un tribunal du pays de la protection aurait recours à ses propres lois, y compris les lois coutumières, pour déterminer si une communauté étrangère remplit les conditions requises pour bénéficier de la protection. Cette situation peut ne pas être satisfaisante du point de vue de la communauté, qui souhaiterait normalement que l'on se réfère à ses propres lois coutumières. En vertu des principes de reconnaissance mutuelle et d'assimilation, un tribunal du pays de la protection pourrait accepter qu'une communauté du pays d'origine des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore jouisse de la capacité juridique d'intenter une action dans ledit pays en tant que bénéficiaire de la protection dans la mesure où elle jouit de cette capacité dans le pays d'origine. Ainsi, si le traitement national peut être adapté d'une manière générale, il est possible que le principe de reconnaissance mutuelle, par exemple, soit plus indiqué pour répondre à certaines questions, telles que la capacité juridique.

La protection des titulaires de droits étrangers sur des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est néanmoins une question complexe, comme l'ont souligné les participants aux sessions du comité. La délégation de l'Égypte a par exemple fait la déclaration suivante à la septième session : "Les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore font souvent partie du patrimoine culturel commun des pays. Leur protection régionale et internationale constitue donc une question complexe qui mérite d'être examinée avec attention. Les pays doivent donc se consulter avant d'adopter toute mesure

juridique dans ce domaine”<sup>22</sup>. Le Maroc a souligné la nécessité d’une “consultation plus large avec toutes les parties intéressées avant l’établissement de mécanismes de protection juridique”<sup>23</sup>. Compte tenu de cette complexité, les délibérations du comité ont jusqu’ici donné peu d’indications concrètes sur cette question technique et les législations nationales *sui generis* sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore soit ne protègent pas du tout les titulaires de droits étrangers, soit prévoient une combinaison de principes.

C’est pourquoi, une disposition fondée d’une manière générale sur le traitement national prévu à l’article 5 de la Convention de Berne est proposée dans un premier temps aux fins de poursuite de l’examen et de l’analyse.

Si le comité le souhaite, de nouvelles versions de ces dispositions pourraient explorer de manière plus approfondie les dispositions techniques figurant dans les instruments internationaux, comme celles traitant des points d’attache, de l’assimilation, de la protection dans le pays d’origine et de l’indépendance de la protection. Elles pourraient également approfondir la question du “folklore régional” et le lien concret entre la dimension internationale et le système proposé d’enregistrement ou de notification des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (voir les articles 3.a) et 7 ci-dessus). Ainsi qu’il est indiqué dans le commentaire sur ces articles, il est question pour l’instant de registres nationaux, mais on pourrait envisager à terme l’établissement de registres régionaux ou internationaux, en s’inspirant, par exemple, de l’article 6*ter* de la Convention de Paris ou du système d’enregistrement prévu à l’article 5 de l’Arrangement de Lisbonne de 1958 concernant la protection des appellations d’origine et leur enregistrement international

[Fin de l’annexe et du document]

---

<sup>22</sup> Paragraphe 69 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.

<sup>23</sup> Paragraphe 85 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.