

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

**Dix-septième session
Genève, 6 – 10 décembre 2010**

LA PROTECTION DES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES OU EXPRESSIONS DU FOLKLORE : OBJECTIFS ET PRINCIPES REVISÉS

Document établi par le Secrétariat

INTRODUCTION

1. À sa seizième session tenue du 3 au 7 mai 2010, 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 "établir et diffuser pour la première session du groupe de travail intersessions une nouvelle version du document WIPO/GRTKF/IC/16/4. Ce nouveau document devrait être mis à disposition par le Secrétariat d'ici au 19 juin 2010. Ce document devrait indiquer clairement les propositions de rédaction et les observations formulées par les participants du comité durant la seizième session et les propositions et observations à soumettre au Secrétariat par écrit avant le 14 mai 2010. Les auteurs des différentes propositions de rédaction devraient être mentionnés dans des notes. Les observations devraient être consignées, avec la mention de leur auteur, dans un commentaire figurant dans le document. La manière dont les propositions relatives au texte à ajouter, à supprimer ou à modifier et les observations présentées ont été intégrées dans le document devrait être clairement expliquée. Les propositions de rédaction faites par des observateurs devraient figurer dans le commentaire pour examen par les États membres¹."

¹ Projet de rapport sur la seizième session (document WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov.).

2. Le présent document de travail est la version révisée du document de travail WIPO/GRTKF/IC/16/4, et tient compte des modifications proposées et des observations formulées durant la seizième session du comité ainsi que des observations écrites reçues durant le processus intersessions conformément aux décisions de la seizième session. Des observations écrites ont été reçues des membres suivants : Japon; et des observateurs accrédités suivants : Conseil international des musées (ICOM). Les observations reçues par écrit sont disponibles, dans le texte original, en ligne à l'adresse suivante :
http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/comments-3.html.

Établissement et structure du présent document

3. Pour que le présent document demeure aussi concis et à jour que possible :
- a) dans l'annexe, le commentaire de fond originel sur chaque objet et principe figurant dans le document WIPO/GRTKF/IC/9/4 a été conservé et placé dans la partie "Généralités". Le commentaire comprend également les observations formulées et les questions posées lors des quinzième et seizième sessions ainsi que durant leur processus intersessions respectifs de présentation des observations écrites. Les observations formulées antérieurement sur le document WIPO/GRTKF/IC/9/4 peuvent toujours être consultées en ligne²;
 - b) conformément aux décisions prises par le comité à ses quinzième et seizième sessions, les modifications proposées par les États membres à ces sessions et les observations soumises par écrit durant le processus intersessions ont été prises en considération dans les objectifs et principes faisant l'objet de l'annexe. Les propositions d'insertion et d'adjonction sont soulignées alors que les mots ou membres de phrase qu'un État membre a proposé de supprimer ou a contesté ont été placés entre crochets. Les variantes rédactionnelles sont séparées par des barres obliques. Chaque proposition de rédaction est accompagnée d'une note indiquant quelle délégation est l'auteur de cette proposition et, le cas échéant, les délégations qui se sont associées à la proposition ou s'y sont opposées, selon le cas. En outre, lorsque la délégation a donné une explication sur le sens de la proposition, cette explication est reproduite dans la note de bas de page. Aucun des textes explicatifs figurant dans les notes n'émane du Secrétariat, sauf indication contraire. Le numérotage des notes de bas de page peut varier selon les différentes versions linguistiques du présent document. La disposition et le numérotage des paragraphes des articles ont été normalisés et corrigés dans un souci de clarté. On trouvera également consignées dans l'annexe, avec mention de leurs auteurs, d'autres observations formulées et questions posées lors des quinzième et seizième sessions et les observations soumises par écrit durant le processus intersessions ainsi que les suggestions de libellé, observations et questions des observateurs pour examen par les États membres. Les observations et questions ont été, dans la mesure du possible, regroupées par thème. Les observations générales concernant l'ensemble du document sont présentées à la toute fin du document.

4. 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 mise à jour ainsi qu'à formuler des observations sur ce projet de dispositions.

[L'annexe suit]

² http://www.wipo.int/tk/en/consultations/draft_provisions/comments-1.html.

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 et l'utilisation abusive¹ 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 dans les communautés
- 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] des peuples et communautés autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles² et les activités commerciales légitimes
- xii) Faire obstacle aux droits de propriété intellectuelle non autorisés
- 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 accords et instruments internationaux et régionaux et conformité avec eux
- 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] communautés autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles³ 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

¹ Délégation du Mexique.

² Délégation du Mexique.

³ Délégation du Mexique.

III. PRINCIPES DE FOND

1. Objet de la protection
2. Bénéficiaires
3. Actes d'appropriation illicite et d'utilisation abusive⁴ (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

⁴ Délégation du Mexique.

I. OBJECTIFS

La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore⁵, devrait avoir pour but de :

Reconnaître la valeur des cultures traditionnelles et du folklore

- i) *reconnaître que les peuples et communautés⁶ autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles considèrent que leur patrimoine culturel a une valeur intrinsèque, notamment sur les plans social, culturel, spirituel, économique, scientifique, intellectuel, commercial et éducatif, et tenir compte du fait que les cultures traditionnelles et le folklore constituent des cadres d'innovation et de créativité qui bénéficient aux peuples autochtones et aux communautés traditionnelles et autres communautés 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 philosophiques, intellectuelles et spirituelles des peuples et des communautés qui préservent et perpétuent les expressions de ces cultures et de ce folklore;*

Répondre aux besoins réels des communautés

- iii) *être guidé par les aspirations et les attentes exprimées directement par les peuples et communautés⁷ autochtones et par les communautés traditionnelles et autres communautés 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 et l'utilisation abusive⁸ des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

- iv) *donner aux peuples et communautés⁹ autochtones et aux communautés traditionnelles et autres communautés culturelles les moyens juridiques et pratiques, y compris des mesures efficaces d'application des droits, d'empêcher l'appropriation illicite de leurs expressions culturelles et des [dérivés] adaptations¹⁰ de celles-ci et de [contrôler]¹¹ l'utilisation qui en est faite en dehors du contexte coutumier et traditionnel et promouvoir le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation;*

⁵ Note du Secrétariat : dans les présentes dispositions, les termes "expressions culturelles traditionnelles" et "expressions du folklore" sont utilisés comme des synonymes interchangeable. 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, et elle n'affecte en rien ni ne limite l'utilisation d'autres termes dans les législations nationales ou régionales.

⁶ Délégation du Mexique.

⁷ Délégation du Mexique.

⁸ Délégation du Mexique.

⁹ Délégation du Mexique.

¹⁰ Délégation des États-Unis d'Amérique : la délégation a suggéré de placer entre crochets toutes les occurrences du mot "dérivés". Comme variante à la suppression de ce mot, elle a proposé de remplacer "dérivés" par "adaptations". Le concept de "dérivés" ne se trouve pas dans les textes internationaux sur la propriété intellectuelle en vigueur à la différence de celui d'"adaptations". Le droit d'adaptation est un droit bien connu inscrit à l'article 14 et à l'article 14bis de la Convention de Berne. Ce droit à réaliser des œuvres dérivées a été établi dans certains droits nationaux. Par souci de cohérence, si ce concept devait continuer de figurer dans le texte, le terme "adaptations" était préféré. La délégation de l'Afrique du Sud s'est déclarée opposée à cette proposition.

¹¹ Délégation du Mexique.

Donner des moyens d'action aux communautés

- v) *d'une façon équilibrée et équitable, mais en donnant effectivement aux peuples et aux communautés¹² autochtones et aux communautés traditionnelles et autres communautés culturelles les moyens d'exercer d'une manière efficace¹³ leurs droits et d'avoir la maîtrise de leurs propres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore;*

Soutenir les pratiques coutumières et la coopération communautaire

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

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 direct des peuples et des communautés¹⁴ autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, ainsi que pour le bien de l'humanité en général;*

Encourager l'innovation et la créativité dans les communautés

- viii) *récompenser et protéger spécialement la créativité et l'innovation fondées sur la tradition, en particulier lorsqu'elles émanent des peuples et communautés¹⁵ autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés 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 et communautés¹⁶ autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles;*

Contribuer à la diversité culturelle

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

Promouvoir le développement [communautaire] des peuples et communautés autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles¹⁷ et les activités commerciales légitimes

- xi) *lorsque les [communautés] peuples et communautés autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles¹⁸ et leurs membres le souhaitent, promouvoir l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore aux fins du développement [communautaire] des peuples et communautés*

¹² Délégation du Mexique.

¹³ Délégation du Mexique.

¹⁴ Délégation du Mexique.

¹⁵ Délégation du Mexique.

¹⁶ Délégation du Mexique.

¹⁷ Délégation du Mexique.

¹⁸ Délégation du Mexique.

autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles¹⁹, 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;

Faire obstacle aux droits de propriété intellectuelle non autorisés

- 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] [adaptations]*²⁰;

Renforcer la sécurité, la transparence et la confiance mutuelle

- xiii) *renforcer la sécurité, la transparence, le respect mutuel et la compréhension dans les relations entre les peuples et communautés*²¹ autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, d'une part, et les milieux universitaires, commerciaux, gouvernementaux, éducatifs et autres qui utilisent les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, d'autre part.

[Le commentaire sur les objectifs suit]

¹⁹ Délégation du Mexique.

²⁰ Délégation des États-Unis d'Amérique : voir note 10.

²¹ Délégation du Mexique.

COMMENTAIRE

OBJECTIFS

GÉNÉRALITÉS

La présente section contient des objectifs de politique générale suggérés pour la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, inspirés des communications et déclarations qui ont été adressées au 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.

Observations formulées et questions posées

La délégation de l'Espagne, parlant au nom de l'Union européenne et de ses États membres, a dit que certains des objectifs et principes ne semblaient pas axés sur le mandat de l'OMPI, mais sur celui d'autres instances internationales. Par exemple, la préservation des cultures ou communautés traditionnelles et le respect parmi les communautés étaient des sujets traités par différentes instances.

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 conformité avec eux
- 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 de respect des droits des peuples et des [autres communautés traditionnelles] communautés autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles²² 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 suivante 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 accords et instruments internationaux et régionaux et de conformité avec eux

Les modalités de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être compatibles avec les instruments internationaux et régionaux pertinents, 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 global et vise, tout en établissant que l'appropriation et l'utilisation abusives des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore seraient illégales, 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 et 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 de respect des droits des peuples et des [autres communautés traditionnelles] communautés autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles²³ 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, en particulier des 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 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.

²³

Délégation du Mexique.

III. DISPOSITIONS DE FOND

ARTICLE PREMIER :

OBJET DE LA PROTECTION

1. *On entend par “expressions culturelles traditionnelles” et/ou²⁴ “expressions du folklore” et²⁵ toutes les formes, [quelles soient]²⁶ tangibles [et] [et/ou]²⁷ ou²⁸ intangibles ou une combinaison de ces formes²⁹, dans lesquelles la culture et les savoirs traditionnels sont exprimés, apparaissent ou sont manifestés [et comprennent]³⁰ et qui se transmettent de génération en génération, y compris :³¹ /telles que mais pas exclusivement³² les formes d’expressions ou les combinaisons des formes d’expressions ci-après :*
- a) *les expressions phonétiques ou³³ verbales, telles que histoires, épopées, légendes, poèmes, énigmes et autres récits; mots, signes, noms et symboles etc.³⁴;*
 - b) *les expressions musicales ou sonores³⁵, telles que chansons, rythmes, [et]³⁶ musique instrumentale et contes populaires³⁷;*
 - c) *les expressions corporelles, telles que les danses, spectacles, cérémonies, rituels, sports et jeux traditionnels³⁸ et autres représentations, pièces de théâtre, y compris, notamment, les spectacles de marionnettes et le théâtre populaire³⁹;*
- que ces expressions soient ou non fixées sur un support; et*
- d) *les expressions tangibles, telles que les ouvrages d’art, notamment les dessins, modèles, peintures (y compris la peinture du corps), ciselures sur bois⁴⁰, sculptures, moulages⁴¹, poteries, objets en terre cuite, mosaïques, travaux sur*

²⁴ Délégations du Mexique et du Venezuela (République bolivarienne du).

²⁵ Délégation du Nigéria.

²⁶ Délégations de l’Australie, de l’Inde, du Népal et du Nigéria.

²⁷ Délégation du Nigéria. La délégation a suggéré de remplacer “et” par et/ou”.

²⁸ Délégations de l’Australie et de l’Inde. Ces délégations ont suggéré de remplacer “et” par “ou”.

²⁹ Délégations de l’Iran (République islamique d’) et du Mexique.

³⁰ Délégations de la Colombie, de l’Égypte, de l’Iran (République islamique d’), du Mexique, des Philippines et du Venezuela (République bolivarienne du).

³¹ Délégation du Mexique.

³² Délégations de la Colombie, de l’Égypte, de l’Iran (République islamique d’), des Philippines et du Venezuela (République bolivarienne du). Les délégations de l’Égypte et des Philippines ont dit que la définition devait rester ouverte en vue d’autres adjonctions. La délégation de l’Égypte a suggéré d’ajouter à la fin du paragraphe du préambule “etc.”, afin d’indiquer qu’il existe également d’autres formes d’expressions culturelles traditionnelles. La délégation de l’Iran (République islamique d’) a estimé que la définition était globalement acceptable mais que, compte tenu de la diversité culturelle, les exemples donnés dans la définition ne devaient pas être considérés comme exclusifs.

³³ Délégation du Mexique.

³⁴ Délégation de l’Égypte.

³⁵ Délégation du Mexique.

³⁶ Délégation du Mexique.

³⁷ Délégation du Mexique.

³⁸ Délégation de la Bolivie (État plurinational de la), du Mexique, de Trinité-et-Tobago.

³⁹ Délégation de l’Indonésie.

⁴⁰ Délégation du Mexique.

⁴¹ Délégation de l’Inde et du Mexique.

bois, objets métalliques, bijoux, vannerie, produits alimentaires et boissons⁴², travaux d'aiguille, textiles, verrerie, tapis, costumes, œuvres de mascarade⁴³, jouets, souvenirs et⁴⁴, produits artisanaux; instruments de musique; pierre, travail des métaux, filature⁴⁵ et formes architecturales et/ou funéraires⁴⁶.

2. *La protection s'étend également aux "expressions culturelles traditionnelles" ou "expressions du folklore" qui sont*
- a) *le produit d'une activité intellectuelle créative, qu'elle soit individuelle ou collective;*
 - b) *[caractéristiques] révélatrices de l'authenticité/la véridicité⁴⁷ de l'identité culturelle et sociale et du [patrimoine]⁴⁸ culturel [d'une communauté] des peuples et communautés autochtones et des communautés traditionnelles et autres communauté culturelles⁴⁹; et*
 - c) *conservées, utilisées ou développées par [cette communauté] des peuples et communautés autochtones et des communautés traditionnelles ou autres communautés culturelles⁵⁰, ou par des personnes qui en ont le droit ou la responsabilité conformément au système foncier [du droit]⁵¹ ou au droit⁵² coutumier/aux systèmes normatifs coutumiers⁵³ [et] ou⁵⁴ aux pratiques traditionnelles ancestrales⁵⁵ de [cette communauté] ces peuples et communautés autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles⁵⁶, ou rattachées à une communauté autochtone/traditionnelle⁵⁷.*
3. *Le choix précis des termes désignant l'objet protégé doit être arrêté au niveau national, sous régional⁵⁸ et régional.*

[Le commentaire sur l'article premier suit]

⁴² Délégation du Mexique.

⁴³ Délégation du Mexique et de Trinité-et-Tobago.

⁴⁴ Délégation du Mexique.

⁴⁵ Délégation du Mexique.

⁴⁶ Délégation du Mexique.

⁴⁷ Délégations du Brésil et du Mexique. La délégation du Brésil a suggéré d'utiliser, au lieu du mot "caractéristique," qui est trop général, une autre formulation qui indiquerait clairement que les expressions culturelles traditionnelles doivent être "authentiques et véridiques".

⁴⁸ Délégation du Brésil. La délégation a suggéré qu'en anglais le terme "héritage" soit remplacé par un mot plus proche du sens du mot espagnol "patrimonio". Le terme anglais ne reflétait pas la même idée que celle exprimée dans la version espagnole, à savoir le caractère dynamique et interactif des expressions culturelles traditionnelles.

⁴⁹ Délégation du Mexique.

⁵⁰ Délégation du Mexique.

⁵¹ Délégation d'El Salvador, du Mexique et du Népal.

⁵² Délégation du Népal.

⁵³ Délégation d'El Salvador et du Mexique.

⁵⁴ Délégation de l'Australie et du Mexique.

⁵⁵ Délégation de l'Angola et du Mexique.

⁵⁶ Délégation du Mexique.

⁵⁷ Délégation du Nigéria.

⁵⁸ Délégation du Mexique.

COMMENTAIRE

ARTICLE PREMIER : OBJET DE LA PROTECTION

Généralités

L'article suggéré décrit la matière couverte par les dispositions. Le paragraphe (1) 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 formes" qui figurent au paragraphe 1 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. Le paragraphe 1 indique, en outre 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 aux alinéas a) à c) du paragraphe 2, 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, le paragraphe 3 proposé indique que la terminologie concrète doit être arrêtée aux niveaux national et régional.

Observations formulées et questions posées

Structure de l'article premier

La délégation de la Suisse a demandé un éclaircissement au Secrétariat concernant la structure de l'article premier. Elle souhaitait savoir s'il était bien entendu que toutes les conditions énoncées aux alinéas a) à c) du paragraphe 2 s'appliquaient à toutes les formes d'expressions culturelles traditionnelles décrites aux alinéas 1) à d) du paragraphe 1. Si son interprétation était exacte, la délégation suggérait de structurer le texte en conséquence afin d'éviter toute ambiguïté. [Note du Secrétariat : la numérotation a été changée pour tenir compte de cette remarque.]

Terminologie

La délégation de la République de Corée a suggéré qu'au paragraphe 1, le terme "traditionnelles" soit clairement défini. Elle estimait que l'objectif principal de la protection des expressions culturelles traditionnelles consistait à protéger celles de ces expressions qui représentaient une valeur suffisante à protéger et ne relevaient pas du régime classique de protection par le droit d'auteur. Les "expressions culturelles" pouvant d'une manière générale faire l'objet d'une protection en vertu du régime du droit d'auteur en vigueur, la notion fondamentale applicable pour décider de l'objet à protéger en matière d'expressions culturelles traditionnelles devrait être le terme "traditionnelles". Même si l'alinéa 2b) permettait de définir ce terme, les expressions "identité culturelle et sociale" et "patrimoine culturel" constituaient des notions trop larges. Le terme "traditionnelles" n'était par conséquent pas défini avec précision.

La délégation du Japon s'est demandé qu'elle était la portée du mot "traditionnelle". Par exemple, combien de générations devaient se succéder pour que le mot "traditionnelle" s'applique? En outre, existaient-ils des conditions pour qu'une communauté dans lesquelles les expressions étaient partagées et transmises soit considérée comme "traditionnelle"? Par exemple, les expressions partagées et transmises au sein d'un pays pouvaient-elles être considérées comme "traditionnelles"?

Les délégations du Cameroun, de la Chine, de la Colombie, de l'Espagne, de la Fédération de Russie, du Soudan et de la Suisse ont suggéré d'ajouter un article ou un glossaire comportant les définitions des principaux termes. D'aucuns étaient 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 un débat de fond. La délégation de la Suisse a déclaré que le comité devrait également tenir compte de la terminologie internationale pertinente en vigueur, notamment la définition du "patrimoine culturel immatériel" dans la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003).

La délégation des États-Unis d'Amérique 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.

La délégation de l'Espagne, au nom de l'Union européenne et de ses États membres, a dit que la définition soulevait des difficultés étant donné que certaines formes d'expressions culturelles traditionnelles incluses dans le libellé actuel pourraient être déjà protégées par des droits de propriété intellectuelle. Une définition ouverte serait un obstacle à l'harmonisation et à la transparence au moment du choix des termes au niveau national, régional ou sous-régional. En outre, la définition devait inclure certaines exceptions, compte tenu du fait que certaines formes d'expressions prévues à l'article 1 ne pouvaient être considérées comme des expressions culturelles traditionnelles. Enfin, à des fins de cohérence, certains termes devraient être interprétés à partir d'un glossaire.

Sens de “communauté”

Les délégations de l’Australie et des États-Unis d’Amérique ont posé des questions sur la notion de membres d’une “communauté” et ont souhaité connaître la définition de l’expression “communauté traditionnelle”.

La délégation de la Suisse a suggéré que le terme “communauté” s’entende dans le même sens de portée générale que le terme “communautés” tel qu’il est expliqué à la note 23 de l’annexe du document de travail WIPO/GRTKF/IC/9/4. [Note du Secrétariat : cette note est ainsi libellée : “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.”]

La question de la diaspora en tant que communauté a été aussi soulevée. La délégation des États-Unis d’Amérique 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.

Le représentant des tribus Tulalip a déclaré partager l’avis exprimé sur la question de la diaspora.

Sens de “caractéristique”

À propos de l’alinéa b) du paragraphe 2, la délégation de la France a demandé qui déterminerait ce qui était “caractéristique” et à quel stade.

À propos de l’alinéa b) du paragraphe 2 et en réponse à la question posée par la délégation de la France, le représentant du Conseil Same 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 seuls les Sames 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 l’alinéa c) du paragraphe 2, 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 (portée de l’objet) : en suspens / caractère exhaustif

La délégation de l’Allemagne a demandé un éclaircissement quant à ce que devraient être l’objectif et l’objet de la protection des expressions culturelles traditionnelles.

La délégation de la Chine a suggéré que la portée de l’objet des expressions culturelles traditionnelles aux fins de protection soit clairement définie, estimant que la classification de ces expressions était peu précise dans le présent document. Des travaux supplémentaires s’imposaient pour la détailler davantage.

La délégation de la Suisse a fait valoir que l'établissement d'une définition pratique des "expressions culturelles traditionnelles" était l'un des éléments indispensables de tout débat de fond. La définition des "expressions culturelles traditionnelles" telle que contenue à l'article premier constituait une bonne définition pratique. Le comité pourrait et devrait réexaminer cette définition au cours de ses négociations en vue de la modifier éventuellement. La délégation a souligné que la définition des "expressions culturelles traditionnelles" devrait englober toutes les expressions culturelles traditionnelles, à savoir celles émanant tant des pays en développement que des pays développés.

La délégation du Yémen a observé que le comité essayait de définir des concepts et de trouver les moyens de classer les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par catégorie. Elle a indiqué que cela pourrait se faire en utilisant des concepts prédéfinis. De manière générale, le folklore pouvait être divisé en quatre catégories : 1) littérature populaire, notamment récits, légendes, mythes, poésie populaire, épopées, proverbes, dictons et énigmes; 2) architecture, modèles, uniformes, costumes, etc.; 3) traditions, coutumes, rites tels que cérémonies liées à la circoncision ou à la naissance, ou cérémonies religieuses ou représentations ou autres expressions; 4) exécutions artistiques comme théâtre, chant, soufisme, pratiques religieuses, chansons, et expressions corporelles. Des définitions précises devraient être élaborées.

La délégation du Japon a demandé comment la portée des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore pourraient être définies pour assurer une certaine prévisibilité aux utilisateurs de ces expressions et aux tiers.

Lien avec le droit d'auteur conventionnel

La délégation de la République de Corée a observé qu'il y avait un chevauchement possible 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.

La délégation de l'Italie 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 un groupe d'experts.

Le représentant de la Fédération ibéro latino-américaine des artistes interprètes ou exécutants (FILAIE) a proposé de revenir sur la question des "formes architecturales". 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

Les délégations de l'Australie et du Japon ont suggéré d'examiner les répercussions sur le domaine public. La délégation du Japon 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 large des expressions culturelles traditionnelles pourrait induire une limitation de la portée des éléments du domaine public actuellement disponibles. La délégation s'est aussi demandé comment seraient traitées les expressions appartenant au domaine public et comment serait défini le domaine public dans ce contexte.

Propositions de libellé émanant d'observateurs

Concernant le paragraphe 1, le représentant de la Fédération ibéro-latino-américaine des artistes interprètes ou exécutants (FILAIE) 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 du paragraphe 2, 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.

Le représentant du Conseil Same, 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".

Le représentant du Mouvement indien Tupaj Amaru 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 nationales⁵⁹ doivent être dans l'intérêt des peuples et communautés⁶⁰ autochtones, des groupes, des familles, des tribus, des nations⁶¹ ainsi que des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles ou de la nation⁶² / ou des pays, d'où émane une expression culturelle traditionnelle ou expression du folklore spécifique^{63,64}.

- a) qui [sont chargés de] assurent⁶⁵ la garde, le soin et la préservation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore conformément à leurs droit [et]ou⁶⁶ pratiques coutumiers; et
- b) qui préservent, contrôlent,⁶⁷ utilisent ou développent les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en tant qu'éléments [caractéristiques] authentiques et véridiques⁶⁸ de leur identité culturelle et sociale et de leur patrimoine culturel.

[Le commentaire sur l'article 2 suit]

⁵⁹ Délégation du Maroc. La délégation a dit qu'une nation avait son propre folklore, le folklore "national"; toutefois, il n'était pas fait mention des expressions culturelles traditionnelles nationales.

⁶⁰ Délégation du Mexique.

⁶¹ Délégation de l'Iran (République islamique d'). La délégation estimait que les droits des titulaires s'inscrivaient dans le cadre des droits de la société. À cet égard, la législation nationale était importante et ne devait pas être ignorée. Les droits des communautés locales qui étaient de véritables titulaires et leur consentement devaient également être respectés.

⁶² Délégation du Maroc. La délégation a indiqué que le terme de "communautés traditionnelles" était beaucoup trop large et devait être défini pour plus de clarté et de précision. Voir note 59.

⁶³ Délégation du Mexique.

⁶⁴ Note du Secrétariat : l'expression de portée générale "peuples autochtones et communautés traditionnelles et autres communautés culturelles", ou simplement "communautés", a été retenue au stade actuel du présent projet de disposition. L'utilisation de ces termes n'entend pas suggérer l'existence d'un quelconque consensus entre les participants au comité quant à la validité ou à l'opportunité de ces termes ou d'autres termes, et elle n'affecte en rien ni ne limite l'utilisation d'autres termes dans les législations nationales ou régionales.

⁶⁵ Délégation de l'Inde. La délégation a indiqué que le terme "sont chargés" pourrait avoir certaines conséquences juridiques quant à l'obligation de fournir la preuve de la garde, du soin et de la préservation dont est chargée une communauté particulière.

⁶⁶ Délégation de l'Australie. La délégation a indiqué qu'il serait difficile de prouver le droit coutumier pertinent pour les communautés autochtones.

⁶⁷ Délégation de Trinité-et-Tobago.

⁶⁸ Délégation du Brésil. La délégation a réitéré ses observations faites au sujet de l'article 1 concernant l'équivalent anglais du terme espagnol de "patrimonio". Voir note 48.

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"⁶⁹.

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 auxdits 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")⁷⁰, 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")⁷¹. 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 aussi 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 conforme à la pratique dans d'autres domaines des politiques publiques et s'inscrit en complément de celle-ci⁷². Par conséquent, une loi nationale peut, par exemple, prévoir que tous les nationaux sont les bénéficiaires de la protection.

⁶⁹ WIPO/GRTKF/IC/6/12.

⁷⁰ Article 5 du Décret.

⁷¹ Article 10.

⁷² 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").

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 coutumiers⁷³. 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 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.

Observations formulées et questions posées

Champ des bénéficiaires

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

La délégation de l'Indonésie 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.

⁷³

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

La délégation de la République de Corée a déclaré que la disposition ne traitait pas complètement la question des bénéficiaires légitimes de la protection des expressions culturelles traditionnelles. Différentes communautés peuvent partager les mêmes expressions culturelles traditionnelles ou des formes analogues, ou encore leurs expressions culturelles traditionnelles peuvent avoir des caractéristiques similaires, ce qui rendrait difficile à tout utilisateur potentiel de découvrir les bénéficiaires légitimes ou les titulaires des droits des expressions culturelles traditionnelles qu'il souhaitait utiliser. En outre, sans une détermination précise des bénéficiaires, les offices d'enregistrement des expressions culturelles traditionnelles, tels que visés à l'article 7.2)d), auraient beaucoup à faire pour régler les litiges.

La délégation du Japon a posé la question de la délimitation du champ des bénéficiaires d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore particulières. Elle s'est également demandé quelles conditions objectives s'imposaient aux bénéficiaires d'expressions culturelles traditionnelles ou d'expressions du folklore spécifiques et comment le principe de prévisibilité pour les bénéficiaires d'expressions culturelles traditionnelles ou d'expressions du folklore spécifiques pourrait être assuré aux utilisateurs.

Droit coutumier

À propos de l'alinéa a), le représentant de l'Arts Law Center of Australia 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 phrase 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.

Le représentant du mouvement indien Tupaj Amaru a suggéré de déterminer l'article par la phrase suivante : "Les États adopteront des moyens efficaces pour s'assurer du consentement préalable en connaissance de cause des personnes intéressées en vue de garantir le respect et la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles.

ARTICLE 3 :

ACTES D'APPROPRIATION ILLICITE ET D'UTILISATION ABUSIVE⁷⁴
(ÉTENDUE DE LA PROTECTION)

Contribuer à la promotion et à la protection de la diversité des expressions culturelles.⁷⁵

Promouvoir la liberté intellectuelle et artistique, la recherche et les échanges culturels à des conditions équitables pour les peuples autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles⁷⁶, ainsi que pour les utilisateurs des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et qui tiennent compte de l'intérêt de la société dans son ensemble⁷⁷.

Assurer le respect des cultures traditionnelles et du folklore, ainsi que de la dignité, de l'intégrité culturelle et des valeurs philosophiques, intellectuelles et spirituelles des peuples et des communautés qui préservent et perpétuent les expressions de ces cultures et de ce folklore⁷⁸.

D'une façon équilibrée et équitable, mais en donnant aux peuples et aux communautés autochtones et aux communautés traditionnelles et autres communautés culturelles les moyens d'exercer d'une manière efficace leurs droits et d'avoir la maîtrise de leurs propres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore⁷⁹.

Respecter l'utilisation coutumière continue, le développement, l'échange et la transmission des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore par ces communautés, en leur sein et entre elles⁸⁰.

Expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore [d'une valeur ou d'une signification particulière] ayant fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification⁸¹

- 1) 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]⁸² [qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification selon l'article 7]⁸³, des mesures juridiques et pratiques, adéquates et efficaces, doivent être

⁷⁴ Délégation du Mexique.

⁷⁵ Délégation du Canada. La délégation a proposé d'ajouter un chapeau à cet article. Il était important que les objectifs soient reflétés dans les articles, les trois parties du document étant liées entre elles et ne pouvant être traitées isolément. Le projet de dispositions de fond apparaîtrait plus cohérent et permettrait au comité de prendre de meilleures décisions informées quant au contenu des articles. Ce chapeau pourrait être utilisé en tant que préambule à un instrument international sur les expressions culturelles traditionnelles. Il s'agit de l'objectif ix. Lorsque l'on traite de l'appropriation illicite, il est important de garder présent à l'esprit que les cultures ont notamment évolué en s'enrichissant les unes avec les autres.

⁷⁶ Délégation du Canada. Voir note 75. Il s'agit de l'objectif x.

⁷⁷ Délégation du Canada. Voir note 75. Il est proposé d'ajouter ce texte à l'objectif x.

⁷⁸ Délégation de l'Australie. Il était important de renvoyer aux objectifs iii, v et vii.

⁷⁹ Délégation de l'Australie. Voir note 78.

⁸⁰ Délégation de l'Australie. Voir note 78.

⁸¹ Délégation du Mexique.

⁸² Délégation du Mexique.

⁸³ Délégation de l'Australie. La délégation s'est demandé si les droits économiques et moraux seraient déterminés par cette disposition ou en fonction de l'enregistrement au niveau national. Il fallait envisager de laisser cette option ouverte de sorte que les communautés puissent soit exercer leurs droits par l'intermédiaire d'une autorité nationale ou d'un autre organisme agissant en leur nom, soit exercer leurs droits elles-mêmes.

prises pour s'assurer que [la communauté concernée]⁸⁴ les bénéficiaires, qui peuvent être une nation, un peuple ou une communauté autochtone ou une autre communauté⁸⁵ / un peuple autochtone ou une communauté traditionnelle ou une autre communauté culturelle⁸⁶ pourront empêcher ou arrêter⁸⁷ la réalisation des actes suivants [sans son consentement libre, préalable et informé]⁸⁸ :

- a) *s'agissant des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore [autres que les mots, signes, noms et symboles]⁸⁹ :*
- i) *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] [de leurs adaptations]⁹⁰ ;*
 - ii) *toute utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou adaptation de celles-ci faite sans mention appropriée [de la communauté] des peuples et des communautés autochtones, des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles⁹¹ ou de la nation⁹² en tant que source ou en tant que détenteur⁹³ des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, sauf lorsque le mode d'utilisation impose l'omission⁹⁴ ;*
 - iii) *toute déformation, mutilation ou autre modification des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou toute autre atteinte aux expressions accomplie dans le but de nuire à celles-ci, ou tout acte susceptible de porter préjudice aux expressions, qui constituerait une offense ou porterait atteinte à la réputation, aux valeurs coutumières ou à*

⁸⁴ Délégations du Mexique et du Maroc. Les deux délégations ont suggéré un autre libellé. En outre, la délégation des États-Unis d'Amérique a suggéré d'utiliser l'expression "communauté concernée" tout au long du document. Cette expression pourrait être définie à l'article 2. Les longues expressions telles que "peuples ou communautés autochtones, communautés traditionnelles et autres communautés culturelles concernés" ne favorisaient par la clarté. La délégation de l'Afrique du sud s'est opposée à ce changement et préférerait que l'on conserve "peuples ou communautés autochtones concernés, communautés traditionnelles et autres communautés culturelles".

⁸⁵ Délégation du Maroc. Ce libellé a été proposé pour que la nation figure au nombre des bénéficiaires possibles.

⁸⁶ Délégation du Mexique.

⁸⁷ Délégation de l'Algérie. Cette adjonction vise des situations où les actes sont déjà concrétisés.

⁸⁸ Délégation de l'Inde. La délégation de l'Afrique du Sud s'est opposée à ce changement et a proposé de conserver le libellé du texte.

⁸⁹ Délégation de l'Afrique du Sud.

⁹⁰ Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 10.

⁹¹ Délégation du Mexique.

⁹² Délégation de l'Égypte. La délégation a indiqué que dans certains pays il n'y avait qu'une seule communauté parce que prévalait l'harmonie culturelle. L'histoire de l'Égypte remontait à de nombreuses années. Sa culture ancienne, riche et diverse avait fait naître un tissu culturel harmonieux et homogène. C'est pourquoi la délégation souhaitait que l'on inclut dans le document, lorsque l'on mentionnait les peuples et communautés autochtones, le terme de "nation". La délégation du Maroc s'est associée à cette déclaration.

⁹³ Délégation de la Zambie. La délégation a suggéré que les communautés soient également reconnues en tant que détentrices des œuvres en raison du sens particulier que revêt en droit le terme de détenteur ou de propriétaire, qui suppose un droit positif. Cela reflétait les droits de propriété.

⁹⁴ Délégation des États-Unis d'Amérique. La délégation a recommandé de faire figurer dans cette disposition un membre de phrase repris de l'article 5 du WPPT : "sauf lorsque le mode d'utilisation impose l'omission". Elle a expliqué que, dans la pratique, il n'était pas toujours possible ou approprié d'attribuer une expression.

l'identité ou l'intégrité culturelle de la communauté⁹⁵ ou de la nation⁹⁶, / à la réputation ou à l'image de la communauté, des peuples et des communautés autochtones ou de la région ou de la nation⁹⁷ à laquelle elles appartiennent⁹⁸; et

- iv) [l'acquisition ou l'exercice, par un acte injuste ou abusif⁹⁹, de droits de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou les adaptations de celles-ci;]¹⁰⁰
- b) s'agissant des mots, signes, noms et symboles qui constituent de telles expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, [toute utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou de leurs [dérivés] adaptations¹⁰¹ à des fins commerciales ou autres que leur usage traditionnelle]¹⁰² ou l'acquisition ou l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou leurs [dérivés] adaptations¹⁰³]¹⁰⁴ l'offre à la vente ou la vente d'articles qui sont faussement représentés comme étant des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore émanant de peuples autochtones¹⁰⁵, [qui discrédite, offense ou donne faussement l'impression d'un lien avec [la communauté] les bénéficiaires, que ceux-ci soient une nation, un peuple ou une communauté autochtone ou une autre communauté¹⁰⁶, /les peuples et les communautés autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles¹⁰⁷ concernés, ou qui les¹⁰⁸ méprise ou dénigre [la communauté]¹⁰⁹;
- c) toute fixation, représentation, publication, communication ou utilisation de quelque forme que ce soit des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ne font aucune mention de la communauté, des peuples ou des communautés autochtones ou de la région ou de la nation¹¹⁰ auxquels elles

⁹⁵ Délégation de la Zambie. Proposition d'adjonction.

⁹⁶ Délégation de l'Égypte. Voir note 92. La délégation du Maroc s'est associée à cette déclaration.

⁹⁷ Délégation de l'Égypte. Voir note 92. La délégation du Maroc s'est associée à cette déclaration.

⁹⁸ Délégation du Mexique.

⁹⁹ Délégation de l'Australie. La disposition empêchait un créateur autochtone d'obtenir des droits d'auteur ou des droits voisins et d'exercer ces droits à travers, par exemple, la concession de licences. Cela devait rester une possibilité pour un artiste ou auteur autochtone. Il convenait de réfléchir aux objectifs fondamentaux des politiques publiques concernant le lien entre les droits individuels d'un créateur autochtone sur ses œuvres et les droits d'une communauté sur celles-ci.

¹⁰⁰ Délégation de l'Australie. Voir note 99.

¹⁰¹ Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 10.

¹⁰² Délégation du Maroc.

¹⁰³ Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 10.

¹⁰⁴ Délégation de l'Australie. La délégation a suggéré de remplacer le membre de phrase "toute utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore... ou de leurs [dérivés] adaptations" par "l'offre à la vente ou la vente d'articles qui sont faussement présentés comme des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore émanant de peuples autochtones". La délégation a suggéré que cette nouvelle formulation couvrirait spécifiquement l'appropriation illicite. Elle a indiqué qu'elle poursuivrait les discussions quant au fait de savoir si de tels actes devaient être considérés comme une appropriation illicite.

¹⁰⁵ Délégation de l'Australie. Voir note 104.

¹⁰⁶ Délégation du Maroc. Voir note 85.

¹⁰⁷ Délégation du Mexique.

¹⁰⁸ Délégation du Mexique.

¹⁰⁹ Délégation du Venezuela (République bolivarienne du). La délégation a indiqué que les droits devaient être entiers et non pas conditionnels.

¹¹⁰ Délégation de l'Égypte. Voir note 92. La délégation du Maroc s'est associée à cette déclaration.

appartiennent¹¹¹ /qui n'est pas légitime et qui ne reflète pas fidèlement la région à laquelle ces communautés appartiennent¹¹² sauf lorsque le mode d'utilisation en impose l'omission¹¹³ .

Autres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

2) En ce qui concerne l'utilisation et l'exploitation d'autres 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] garantir¹¹⁴ que :

- a) [la communauté concernée est] les peuples et les communautés autochtones, les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles ou la nation¹¹⁵ concernés sont¹¹⁶ identifiés en tant que source ou détenteur¹¹⁷ de toute œuvre ou autre production adaptée des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, sauf lorsque le mode d'utilisation impose l'omission de cette mention¹¹⁸;
- b) toute déformation, mutilation ou autre modification des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou toute autre atteinte à celle-ci pourra être empêchée ou arrêtée¹¹⁹ et/ou donner lieu à des sanctions [civiles ou pénales] pénales ou civiles¹²⁰;
- c) toute indication ou allégation fautive, 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] de peuples et communautés autochtones, des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles¹²¹ ou d'une nation¹²² suggère l'approbation [de cette communauté ou tout lien avec celle-ci] [l'approbation de ces peuples et communautés autochtones, de ces communautés traditionnelles et autres communautés culturelles et tout lien avec celles-ci¹²³¹²⁴ pourra être empêchée ou arrêtée¹²⁵ / ou donner lieu à des sanctions [civiles ou pénales] pénales ou civiles¹²⁶; et

¹¹¹ Délégation du Mexique.

¹¹² Délégation du Maroc.

¹¹³ Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 94.

¹¹⁴ Délégation de l'Algérie.

¹¹⁵ Délégation de l'Égypte. Voir note 92. La délégation du Maroc s'est associée à cette déclaration.

¹¹⁶ Délégation du Mexique.

¹¹⁷ Délégation de la Zambie. Voir note 93.

¹¹⁸ Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 94.

¹¹⁹ Délégation de l'Algérie. Voir note 87.

¹²⁰ Délégation du Venezuela (République bolivarienne du). La délégation a fait valoir que, si des sanctions pénales avaient été demandées il ne pouvait plus y avoir de sanctions civiles. Le libellé du texte était ambiguë puisqu'il fallait choisir entre la procédure au pénal et la procédure civile. Il fallait obtenir des sanctions pénales avant d'obtenir des sanctions civiles.

¹²¹ Délégation du Mexique.

¹²² Délégation de l'Égypte. Voir note 92. La délégation du Maroc s'est associée à cette déclaration.

¹²³ Délégation du Mexique. La délégation a suggéré de remplacer "cette communauté" par "ces peuples et communautés autochtones et ces communautés traditionnelles et autres communautés culturelles".

¹²⁴ Une délégation a proposé de remplacer le membre de phrase par le pronom "les".

¹²⁵ Délégation de l'Algérie. Voir note 87.

¹²⁶ Délégation du Venezuela (République bolivarienne du). Voir note 120.

d) 2 OPTIONS

OPTION A : [Lorsque l'utilisation ou l'exploitation est à but lucratif,¹²⁷ elle [donnerait] donnera¹²⁸ lieu à [une rémunération équitable]¹²⁹ à un partage des bénéfices selon des modalités définies par [l'administration] l'autorité [nationale]¹³⁰ désignée¹³¹ visée à l'article 4 en consultation avec [la communauté concernée] les peuples et les communautés autochtones, les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles¹³² ou nations¹³³ concernés; et

OPTION B¹³⁴ : [Lorsque l'utilisation ou l'exploitation est à but lucratif¹³⁵, elle [donnerait] donnera¹³⁶ lieu [à une rémunération équitable ou]¹³⁷ à un partage des avantages selon des modalités définies par [la communauté concernée]] les peuples autochtones et les communautés locales¹³⁸ ou la nation¹³⁹ concernés en consultation avec [l'administration] l'autorité [nationale]¹⁴⁰ désignée¹⁴¹ visée à l'article 4; et

¹²⁷ Délégation du Venezuela (République bolivarienne du). L'utilisation ou l'exploitation ne saurait être soumise à des conditions. Il était évident que l'utilisation ou l'exploitation avait un but lucratif parce que, le terme "exploitation" étant fort, il suggérait implicitement qu'il y avait recherche d'un profit. La délégation de l'Afrique du Sud s'est associée à cette déclaration.

¹²⁸ Délégation de l'Inde. Le libellé devait être impératif pour les raisons suivantes : 1) il était nécessaire de reconnaître avec la propriété collective les droits exclusifs positifs des communautés et non seulement les droits d'interdire; 2) le droit d'attribuer ces droits par des accords devait être reconnu, et non seulement reposer sur le principe du consentement libre, préalable et éclairé; 3) les systèmes de rémunération équitables pour tous types d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore n'étaient pas acceptables, cela relevait du droit exclusif de la communauté; 4) si l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore s'étendait à l'ensemble d'une nation ou d'un pays, et n'était pas associée à une communauté particulière, la répartition des bénéfices devait reposer sur la décision de l'autorité nationale.

¹²⁹ Délégation de l'Inde. Voir note 128. Les délégations de l'Afrique du Sud et des États-Unis d'Amérique se sont associées à cette déclaration.

¹³⁰ Délégation des États-Unis d'Amérique. La délégation a indiqué que, dans certaines circonstances, une autorité régionale ou internationale telle que l'OAPI ou l'ARIPO pourrait être choisie par une communauté autochtone ou traditionnelle pour être l'administration désignée.

¹³¹ Délégation du Mexique.

¹³² Délégation du Mexique.

¹³³ Délégation de l'Égypte. Voir note 92. La délégation du Maroc s'est associée à la déclaration.

¹³⁴ Délégation des États-Unis d'Amérique. L'accent devait être mis sur les peuples et communautés autochtones, leurs désirs, et non ceux d'une administration nationale désignée.

¹³⁵ Délégation du Venezuela (République bolivarienne du). L'utilisation ou l'exploitation ne saurait être soumise à des conditions. Il était évident que l'utilisation ou l'exploitation avait un but lucratif parce que, le terme "exploitation" étant fort, il suggérait implicitement qu'il y avait recherche d'un profit. La délégation de l'Afrique du Sud s'est associée à cette déclaration.

¹³⁶ Délégation de l'Inde. Le libellé devait être impératif pour les raisons suivantes : 1) il était nécessaire de reconnaître avec la propriété collective les droits exclusifs positifs des communautés et non seulement les droits d'interdire; 2) le droit d'attribuer ces droits par des accords devait être reconnu, et non seulement reposer sur le principe du consentement libre, préalable et éclairé; 3) les systèmes de rémunération équitables pour tous types d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore n'étaient pas acceptables, cela relevait du droit exclusif de la communauté; 4) si l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore s'étendait à l'ensemble d'une nation ou d'un pays, et n'était pas associée à une communauté particulière, la répartition des bénéfices devait reposer sur la décision de l'autorité nationale.

¹³⁷ Délégation de l'Inde. Voir note 128. Les délégations de l'Afrique du Sud et des États-Unis d'Amérique se sont associées à cette déclaration.

¹³⁸ Délégation du Maroc.

¹³⁹ Délégation de l'Égypte. Voir note 92. La délégation du Marco s'est associée à cette déclaration.

¹⁴⁰ Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 180.

¹⁴¹ Délégation du Mexique.

Expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes

- 3) Des mesures juridiques et pratiques, adéquates et efficaces, seront prises pour s'assurer que [les communautés] les peuples et les communautés autochtones, les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles¹⁴² ou la nation¹⁴³ 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]

¹⁴² Délégation du Mexique.

¹⁴³ Délégation de l'Égypte. Voir note 92. La délégation du Maroc s'est associée à cette déclaration.

COMMENTAIRE

ARTICLE 3 : ACTES D'APPROPRIATION ILLICITE ET D'UTILISATION ABUSIVE¹⁴⁴ (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.

Pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière, un droit de "consentement libre, préalable et informé", 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 informé de la communauté concernée.

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 3.3. 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.

Le droit de consentement préalable, libre et informé donnerait à une communauté le droit d'interdire ou d'autoriser, à des conditions convenues, notamment en matière de partage des avantages, l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. En ce sens, le consentement préalable, libre et informé 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).

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

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 2) ou 3) ci-après, selon les circonstances et les souhaits de la communauté.

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 folklore¹⁴⁵, ainsi que dans la législation classique du droit d'auteur concernant les œuvres musicales déjà fixées dans des enregistrements sonores¹⁴⁶.

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 de la jurisprudence dans ce domaine¹⁴⁷. La Déclaration de Mataatua de 1993 reconnaît notamment que les peuples autochtones ont le droit de "protéger et contrôler la diffusion" de [leurs] connaissances¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Par exemple, l'Accord de Bangui créant l'OAPI, révisé en 1999.

¹⁴⁶ Voir l'article 13 de la Convention de Berne de 1971.

¹⁴⁷ *Foster c. Mountford* (1976) 29 FLR 233.

¹⁴⁸ Article 2.1.

Souplesse des mécanismes juridiques de mise en œuvre

Les dispositions ont une portée large et ouverte 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.

La 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 expression¹⁴⁹. 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.

Observations formulées et questions posées

Application des droits

La délégation de la Chine a proposé que des critères minimaux soient définis pour l'application des droits. Par exemple, les deux conditions ci-après devraient être remplies par principe et quelle que soit la nature des droits, lorsque les expressions culturelles traditionnelles doivent être utilisées : i) en ce qui concerne les droits moraux, les expressions culturelles traditionnelles devraient être protégées contre toute déformation ou mutilation et la source d'une expression culturelle traditionnelle devrait être indiquée; et ii) en ce qui concerne les droits de propriété, des compensations économiques appropriées devraient être garanties.

Enregistrement

La délégation de la Nouvelle-Zélande s'est référée au principe directeur (xiii) qui vise à "renforcer la certitude, la transparence et la confiance mutuelle". L'article 3 tente de traiter de la question de la transparence par l'introduction du concept d'enregistrement, mais il n'était pas certain que

¹⁴⁹ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/6/3.

cela soit une bonne idée, compte tenu notamment des problèmes que rencontrent les peuples autochtones en ce qui concerne les systèmes d'enregistrement, et notamment des risques en matière de documentation. Elle a suggéré que le groupe de travail, lorsqu'il examinera l'étendue de la protection au titre de l'article 3, considère les deux points suivants : 1) étudier ou recommander tout autre moyen par lequel le projet de dispositions pourrait traiter l'objectif de transparence et; 2) envisager des variantes à l'enregistrement qui minimiseraient les risques, par exemple des systèmes d'enregistrement n'incluant pas d'examen et selon lesquels les peuples autochtones eux-mêmes approuveraient le contenu de l'enregistrement.

Dérivés

La délégation des États-Unis d'Amérique, en tant que variante aux propositions de rédaction présentées, a suggéré de revenir au libellé utilisé dans la loi type de 1982 qui, au lieu de garantir le contrôle sur les adaptations et les dérivés, veille à ce que les droits établis sur les expressions culturelles traditionnelles ne s'étendent pas à "l'emprunt d'expressions du folklore pour la création d'une œuvre originale d'un ou plusieurs auteurs."

La délégation de l'Afrique du Sud a suggéré de garder le terme "dérivés" dans le texte.

Catégories d'expressions culturelles traditionnelles

La délégation de l'Inde a proposé de remplacer les trois catégories 1) expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière, 2) autres expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et 3) expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes, par les deux catégories suivantes : expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore connues et expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes.

Appropriation illicite

La délégation du Canada a souligné que l'un des enjeux consistait à trouver un juste équilibre entre la protection des expressions culturelles traditionnelles et les actes d'appropriation illicite qui contribuaient à la diversité culturelle. Elle a soulevé des questions, qui devraient être examinées par le groupe de travail intersessions, à savoir : Qui aura la responsabilité de fournir l'accès aux expressions culturelles traditionnelles et qui pourra autoriser cet accès? Que se passe-t-il si une expression culturelle traditionnelle appartient à plusieurs communautés, qui décide, qui arbitre? Les travaux qui s'inspirent d'une expression culturelle traditionnelle ou qui sont adaptés à partir d'une expression culturelle traditionnelle seront-ils couverts? Et quelle serait l'incidence de cette protection sur la protection déjà accordée en vertu des lois de propriété intellectuelle existantes ou de quelle manière cette protection interagirait-elle avec ces lois ou se chevaucheraient-elles? Enfin, dans quelle mesure ce niveau de protection, associé aux propositions concernant la protection perpétuelle des expressions culturelles traditionnelles, répond-il aux demandes concernant la consolidation du domaine public?

La délégation de la Zambie a suggéré que des documents soient établis sur les types de mutilations ou de déformations existants.

Rôle des États et domaine public

La délégation de l'Australie a insisté sur la nécessité que le groupe de travail intersessions examine les incidences, à la fois sur les communautés autochtones et sur le domaine public, en étudiant les circonstances dans lesquelles les États pourraient exercer des droits de propriété intellectuelle sur des expressions culturelles traditionnelles non attribuées.

Terminologie

La délégation de la Fédération de Russie dit que le sens du terme "indication", à l'article 3.2.c), n'était pas clair.

La délégation de l'Afrique du Sud a proposé que le groupe de travail intersessions examine des définitions, notamment en ce qui concerne le terme "communautés". Elle préférerait l'expression "peuples autochtones et communautés locales". La délégation des États-Unis d'Amérique a fait siennes cette proposition, ajoutant que cette définition devrait être énoncée à l'article 2. Pour sa part, elle préférerait l'expression "communauté concernée" ou "titulaire d'un droit". La délégation de l'Australie a également partagé cet avis.

Le représentant des tribus Tualip a indiqué qu'il n'approuvait pas cette proposition, estimant que l'expression "communauté concernée" était "trop générale".

Étendue de la protection

La délégation de l'Espagne, au nom de l'Union européenne et de ses États membres, a indiqué qu'une approche différente devait être adoptée en ce qui concerne les caractéristiques requises et l'étendue de la protection des expressions culturelles traditionnelles, lorsque ces dernières renvoient à l'étendue de la protection au titre du droit d'auteur.

Article distinct

La délégation de la Zambie a proposé d'inclure un article qui traite exclusivement des droits conférés.

Représentant d'une communauté

La délégation du Japon s'est interrogée sur la possibilité d'identifier la personne adéquate en mesure de donner son consentement préalable en connaissance de cause sans mécanisme décisionnel clair ou représentation d'une communauté.

Suggestions de libellé émanant d'observateurs

Le représentant du Conseil Same a suggéré de supprimer l'article 3.1.b), car les signes et les symboles des peuples autochtones étaient trop différents des marques pour faire l'objet d'une protection semblable à celle conférée aux marques. Il a également proposé de supprimer, à l'article 3.1.a), les mots "autres que les mots, signes, noms et symboles". De fait, l'alinéa a) devrait être étendu à toute expression culturelle traditionnelle et pas seulement à celles qui ont une valeur culturelle ou spirituelle particulière. La protection par le droit d'auteur devrait être accordée quelle que soit la valeur culturelle ou spirituelle de l'expression culturelle traditionnelle. L'enregistrement ne devrait pas être obligatoire. Le représentant a également attiré l'attention sur l'article 6 du projet de dispositions relatives à la protection des savoirs traditionnels, qui traitait du partage des avantages. Il a proposé d'adopter la même démarche et de l'utiliser comme modèle. Le représentant a rappelé que cet article était trop restrictif, indiquant par exemple qu'il ne traitait que du partage des avantages en ce qui concerne les "autres expressions culturelles traditionnelles", c'est-à-dire celles qui n'étaient pas significatives du point de vue culturel ou spirituel. Selon lui, la question ne s'arrêtait pas là. Il a également affirmé que le partage des avantages devait être reconnu en tant que principe général pour pouvoir par la suite mieux être traité dans un seul article, afin de couvrir toute forme d'expression culturelle traditionnelle. Le représentant a proposé d'inclure l'article 6 du projet de dispositions relatives aux savoirs traditionnels, avec les modifications pertinentes, dans le projet de dispositions relatives aux expressions culturelles traditionnelles, afin d'adopter une démarche générale vis-à-vis de la notion de partage des avantages dans son ensemble. Le représentant de l'Ethio-Africa Diaspora Union Millennium Council a fait siennes ces deux propositions.

Le représentant de la Fédération ibéro-latino-américaine des artistes interprètes ou exécutants (FILAIE) a fait trois déclarations concernant l'article 3. Il a noté que le terme "concernée" était très vague. En outre, le pouvoir d'empêcher qui était conféré aux communautés constituait une affirmation négative du droit qui leur avait été accordé, puisque la capacité d'empêcher impliquait la préexistence d'actes d'appropriation illicite ou d'utilisation abusive. Il a suggéré de supprimer les mots "qui discrédite, offense ou donne faussement l'impression d'un lien avec [...], ou qui méprise ou dénigre ceux-ci". Il a également proposé de supprimer, à l'article 3.2.d), les mots "lorsque l'utilisation ou l'exploitation est à but lucratif" et de les remplacer par "lorsqu'ils sont

utilisés". Bien que cela soit un droit accordé aux communautés autochtones, sous la forme d'une rémunération équitable, l'utilisation par une tierce partie devrait en soi donner lieu à une compensation. Il était inutile de préciser que l'utilisation devait être à but lucratif; malheureusement, l'expérience montrait que certaines actions apparemment caritatives étaient source de profit pour des organisateurs sans scrupules, qui employaient cette stratégie pour honorer certains peuples, communautés, etc., et portaient atteinte aux droits de propriété intellectuelle. Par conséquent, toute utilisation devrait être rémunérée. Faisant référence à l'article 3.1.a.iii), il a suggéré le libellé suivant : "toute déformation, mutilation [...] des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ou toute autre atteinte aux expressions". Il n'était pas nécessaire d'ajouter les mots qui suivaient. Le représentant de l'Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO) a fait sienne cette proposition. S'agissant de l'alinéa 1.b), le représentant de la FILAIE a suggéré qu'il s'arrête à "... leurs dérivés", d'ajouter les mots "par des tiers", et de supprimer la fin de l'alinéa. Le sens de cette proposition était d'affirmer de manière positive le droit des communautés, qui dérivait de la propriété intellectuelle, sans qu'il soit soumis à la difficile interprétation d'impératifs moraux puisqu'il fallait tenir compte de la notion de droit exclusif, qui devait et pouvait être exercé pleinement. Le représentant a estimé qu'aucune interprétation supplémentaire du préjudice moral ou du tort occasionné n'était nécessaire dès lors que les bénéficiaires étaient déterminés. La manière dont le paragraphe était rédigé pourrait faire obstacle à l'exercice des droits des auteurs ainsi que des exécutants ou interprètes au moment de l'adaptation d'œuvres du folklore. S'agissant du paragraphe 3, les mots "ont les moyens" à la troisième ligne devraient être modifiés. Dans la version espagnole, le terme "necesarios" devrait être supprimé dans l'expression "dispongan de los medios necesarios" et remplacé par le texte du paragraphe 2)c), le reste de l'article n'étant pas modifié.

Le représentant de Tupaj Amaru a estimé que le libellé de cet article pourrait s'inspirer de nombreux instruments des Nations Unies, notamment de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Il a indiqué que ce libellé n'était pas suffisamment précis à plusieurs égards et qu'il devrait être juridiquement contraignant. L'article 3, en plus de désigner les peuples et les communautés autochtones, ainsi que les autres communautés culturelles, devait définir les droits et les obligations des parties. Il s'est interrogé sur les raisons pour lesquelles le rôle de l'État, à savoir défendre et protéger les droits des peuples et des communautés autochtones, n'apparaissait pas dans cet article. S'agissant de l'article 3.2.b), il a indiqué qu'il conviendrait de remplacer le mot "empêchée" par "interdite", et que des sanctions devraient être prévues dans les tribunaux civils et pénaux. Le représentant a également suggéré d'ajouter, à l'alinéa 2.d), après "autorité nationale désignée", les mots "désignée par les communautés autochtones visées à l'article 4 en consultation avec les peuples et les communautés autochtones concernés". En outre, il conviendrait de remplacer les mots "communautés culturelles", trop vagues, par "communautés autochtones ou ancestrales". Il a également proposé de supprimer les mots "lorsque l'exploitation est à but lucratif".

Le représentant du Conseil du peuple autochtone (Bethechilokono) de Sainte-Lucie (BCG) s'est interrogé sur la manière de traiter les expressions culturelles traditionnelles qui traversaient les frontières au sein des petits États. Selon lui, cette question devait être du ressort des législations nationales. Par ailleurs, il a ajouté que le fait que le partage des avantages doit être déterminé par l'autorité nationale ne rendait pas compte de l'expérience dans les Caraïbes ou à Sainte-Lucie.

Le représentant du Conseil indien d'Amérique du Sud (CISA) a déclaré, au sujet de l'article 3.2.a), que le terme "concernés" n'était pas suffisamment précis car il n'indiquait pas quels étaient les peuples et les communautés autochtones en question. Il a ajouté que l'article 3 devrait être libellé ainsi : "les peuples et les communautés autochtones traditionnels concernés". Le représentant a également indiqué qu'une procédure devait être établie permettant de définir les peuples concernés, de manière à pouvoir traiter avec le mandataire ou l'autorité qui convient. Il a proposé de mettre entre crochets les mots "selon l'article 7".

ARTICLE 4 :

GESTION DES DROITS

1. Lorsqu'elle est requise en vertu des présentes dispositions, l'autorisation préalable¹⁵⁰ [d'utiliser] d'accomplir des actes dans le cadre des droits des peuples autochtones qui portent sur des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doit être obtenue soit directement [de la communauté concernée si celle-ci le souhaite] des peuples et communautés autochtones et de chaque groupe, famille, tribu, nation, communauté traditionnelle et autre communauté culturelle du pays¹⁵¹, ou [d'une administration] d'une autorité [nationale]¹⁵² désignée¹⁵³ agissant à la demande et au nom [de la communauté (ci-après appelée "l'administration")] du peuple et de la communauté autochtones ou des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles ou des nations.¹⁵⁴ Lorsque les autorisations sont délivrées par [l'administration] l'autorité¹⁵⁵ :
- a) elles ne doivent être accordées qu'après des consultations appropriées avec les peuples¹⁵⁶ et les communautés autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles concernés¹⁵⁷ conformément à leurs procédures traditionnelles de prise de décisions et de gouvernance;
- b) tous les avantages monétaires ou non monétaires recueillis par [l'administration] l'autorité [nationale]¹⁵⁸ désignée¹⁵⁹ pour l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être remis directement par celle-ci aux peuples¹⁶⁰ et communautés autochtones et aux communautés traditionnelles et autres communautés culturelles¹⁶¹ concernés.

¹⁵⁰ Délégation de l'Australie. On a besoin de définitions claires et fiables des titulaires de droits. La première ligne de l'alinéa a) de l'article 4 portait sur l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles qui semblait faire intervenir à la fois les droits de propriété individuelle et de nouveaux droits collectifs. Cela soulevait des questions importantes qui devaient être discutées plus avant et clarifiées. En particulier, les droits des auteurs autochtones pris individuellement à contrôler l'exercice de leurs droits de propriété sur leurs propres créations ne pouvaient être supprimés sans un examen approfondi. En outre, dans certains pays, dont l'Australie, il existait déjà des modalités de gestion collective des droits qui permettaient l'utilisation d'un droit d'auteur individuel à certaines fins d'intérêt général comme l'éducation ou l'enseignement. On ne pouvait à la légère empiéter sur de tels arrangements. Le changement suggéré par la délégation visait à faire apparaître clairement que la gestion des droits était la gestion des droits collectifs des peuples, mais non la gestion des droits de créateurs individuels.

¹⁵¹ Délégation du Mexique.

¹⁵² Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 130.

¹⁵³ Délégation du Mexique.

¹⁵⁴ Délégation du Mexique.

¹⁵⁵ Délégation du Mexique.

¹⁵⁶ Délégation du Mexique.

¹⁵⁷ Délégation du Mexique.

¹⁵⁸ Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 130.

¹⁵⁹ Délégation du Mexique.

¹⁶⁰ Délégation du Mexique.

¹⁶¹ Délégation du Mexique.

2. À la demande d'un peuple et d'une communauté autochtones et de communautés traditionnelles et autres communautés culturelles,¹⁶² [l'administration] l'autorité [nationale]¹⁶³ désignée¹⁶⁴ doit normalement s'acquitter de fonctions de sensibilisation, d'éducation, de conseil et d'orientation. [L'administration] l'autorité [nationale]¹⁶⁵ désignée¹⁶⁶ doit également :

- a) [à la demande d'un peuple autochtone¹⁶⁷ et d'une communauté autochtones et de communautés traditionnelles et autres communautés culturelles¹⁶⁸] ¹⁶⁹ 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 3.2); et,
- b) déterminer la rémunération équitable visée à l'article 3.2) en consultation avec [la communauté concernée] les peuples et communautés autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles concernés¹⁷⁰.

[Le commentaire sur l'article 4 suit]

¹⁶² Délégation des États-Unis d'Amérique. La délégation a suggéré de commencer le paragraphe par le membre de phase "à la demande d'un peuple et d'une communauté autochtone et des communautés traditionnelles et d'autres communautés culturelles", d'autant qu'il n'y avait aucune raison pour que l'ensemble du paragraphe ne soit pas soumis à la demande d'un peuple ou d'une communauté autochtone. En fait, le peuple ou la communauté autochtone pourrait préférer, s'agissant d'expressions culturelles traditionnelles secrètes, que l'autorité désignée ne s'engage pas dans une démarche d'information.

¹⁶³ Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 130.

¹⁶⁴ Délégation du Mexique.

¹⁶⁵ Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 130.

¹⁶⁶ Délégation du Mexique.

¹⁶⁷ Délégation du Mexique.

¹⁶⁸ Délégation du Mexique.

¹⁶⁹ Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 162.

¹⁷⁰ Délégation du Mexique.

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.

Observations formulées et questions posées

La délégation du Japon a indiqué que, si l'objet de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est de corriger les iniquités du développement économique et d'assurer le développement durable de certaines communautés en fournissant de nouvelles ressources financières, l'on n'avait pas encore démontré que l'octroi d'un droit sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore était le moyen approprié d'atteindre cet objectif. La délégation s'est également demandé comment les bénéfices recueillis, qui devaient être partagés par les utilisateurs des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, pourraient être répartis entre l'ensemble des bénéficiaires de manière équitable.

Suggestions de libellé émanant d'observateurs

Le représentant de la Fédération ibéro-latino-américaine des artistes interprètes ou exécutants (FILAIE) a suggéré, à propos du paragraphe 4.2), que les communautés vivant dans les régions frontalières choisissent leur "administration" dans le pays où elles passent le plus grand nombre de jours par an.

ARTICLE 5 :

EXCEPTIONS ET LIMITATIONS

1. *Les mesures destinées à protéger les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent*

- a) *être telles qu'elles ne restreindront ou n'entraveront pas l'usage, la transmission, l'échange et le développement normaux des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dans le contexte traditionnel et coutumier par des membres [de la communauté concernée] des peuples et des communautés autochtones, des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles concernés¹⁷¹, tels que les déterminent les lois et pratiques coutumières;*
- b) *porter uniquement sur les utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui sont faites en dehors du contexte traditionnel ou coutumier, qu'elles aient ou non pour objet un bénéfice commercial; et*
- c) *ne pas s'appliquer aux utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dans les cas suivants :*
 - a) *illustration d'un enseignement ou d'un apprentissage;*
 - b) *recherche non commerciale ou étude privée;*
 - c) *critique ou évaluation;*
 - d) *comptes rendus d'actualité ou d'événements actuels;*
 - e) *utilisation dans le cadre de procédures juridiques;*
 - f) *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*
 - g) *utilisations occasionnelles,*

pour autant que dans chaque cas ces utilisations soient conformes au bon usage, que [la communauté concernée soit reconnue] les peuples et les communautés autochtones, les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles concernés soient reconnus¹⁷² en tant que source des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore lorsque cela est raisonnablement possible et qu'elles ne soient pas offensantes pour [la communauté concernée] ces peuples et communautés autochtones, ces communautés traditionnelles et autres communautés culturelles, tant que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne sont pas déformées, mutilées ou modifiées afin de nuire à celles-ci ou à la réputation de la communauté, des peuples et des communautés autochtones ou de la région à laquelle elles appartiennent¹⁷³.

2. *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 expressions spécifiées.*

[Le commentaire sur l'article 5 suit]

¹⁷¹ Déléation du Mexique.

¹⁷² Déléation du Mexique.

¹⁷³ Déléation du Mexique.

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 recréation et une imitation constantes.

La disposition suggérée contient certaines exceptions et limitations à examiner.

- a) L'alinéa 1.a) met en œuvre les objectifs et les 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 1.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 1.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 évoquées¹⁷⁴. 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 public¹⁷⁵, 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 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 évoquées¹⁷⁶.

¹⁷⁴ 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 douzième session du Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes (SCCR) de l'OMPI en novembre 2004.

¹⁷⁵ 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.

¹⁷⁶ Voir ci-dessus la proposition du Chili.

- 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.

Observations formulées et questions posées

Suggestions de libellé émanant d'observateurs

Le représentant de la Fédération ibéro-latino-américaine des artistes interprètes ou exécutants (FILAIE) a suggéré que dans l'alinéa 1.c.vii), le terme "occasionnelles" soit supprimé ou, au cas où il serait maintenu, que le triple critère soit appliqué à ces utilisations.

Le représentant du Conseil international des musées a proposé d'ajouter ce qui suit à l'article 5.1.c), comme avant-dernier point : "-préservation d'éléments culturels résultant, directement ou indirectement, d'expressions culturelles traditionnelles ou d'expressions du folklore dans les musées ou autres institutions culturelles apparentées à but non lucratif, dans l'intérêt de préserver, d'assurer la continuité, de transmettre, de présenter au public, à des fins d'enseignement, de recherche ou comme source d'émerveillement, la valeur du patrimoine culturel et naturel mondial, actuel et futur, tangible et intangible, sous réserve exclusivement des règles relatives à l'usage loyal".

ARTICLE 6 :

DURÉE DE LA PROTECTION

La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doit durer aussi longtemps que ces expressions satisfont aux critères de protection indiqués à l'article premier des présentes dispositions, et

- a) *en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore visées à l'article 3.1), 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]¹⁷⁷*
- b) *en ce qui concerne les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes, leur protection dure aussi longtemps qu'elles restent secrètes; et¹⁷⁸*
- c) *la protection accordée aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore contre toute déformation, mutilation ou autre modification ou contre toute atteinte réalisée dans le but de leur porter préjudice ou de nuire à la réputation ou à l'image de la communauté, des peuples et communautés autochtones ou de la région à laquelle elles appartiennent a une durée illimitée.¹⁷⁹*

[Le commentaire sur l'article 6 suit]

¹⁷⁷ Délégation du Mexique.

¹⁷⁸ Délégation du Mexique.

¹⁷⁹ Délégation du Mexique.

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

Observations formulées et questions posées

La délégation du Japon a déclaré que si la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore devait représenter une incitation à d'autres créations d'expressions susceptibles de conduire à un développement culturel ou industriel assuré par des tiers grâce à l'utilisation de l'objet protégé, il était inapproprié de prévoir une protection d'une durée illimitée des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore car celle-ci compromettrait l'équilibre entre les intérêts des titulaires de droits et l'intérêt général.

Suggestions de libellé émanant d'observateurs

Le représentant de la Fédération ibéro-latino-américaine des artistes interprètes ou exécutants (FILAIE) a déclaré que le libellé de l'alinéa b) pouvait apparaître ambigu. Pour cette raison, il conviendrait d'ajouter que les règles juridiques applicables à toutes les autres formes d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore s'appliqueraient également aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore secrètes lorsque celles-ci cesseraient d'être secrètes.

ARTICLE 7 :

FORMALITÉS

1. *En règle générale, 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 le moment de leur création.*

2. *Les mesures de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore [ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière et pour lesquelles un degré de protection est recherché]¹⁸⁰ prévues à l'article 3.1) devraient imposer que ces expressions fassent l'objet d'une notification ou d'un enregistrement auprès [d'un office ou d'un organisme compétent] d'une autorité [nationale]¹⁸¹ désignée¹⁸² par [la communauté concernée ou par] le peuple et la communauté autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles¹⁸³ concernés par [l'administration visée à l'article 4] l'autorité [nationale]¹⁸⁴ désignée ou par un tiers¹⁸⁵ agissant à la demande et au nom de la communauté.*
 - a) *Dans la mesure où cet enregistrement ou cette notification peut supposer l'enregistrement ou une autre fixation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore concernées, tout droit de propriété intellectuelle sur cet enregistrement ou fixation doit être conféré ou cédé [à la communauté concernée] aux peuples et aux communautés autochtones ou aux communautés traditionnelles et autres communautés culturelles concernés¹⁸⁶.*
 - b) *Les informations sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification ainsi que les représentations de ces expressions doivent être rendues accessibles au public 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.*
 - c) *Cet enregistrement ou cette notification est déclaratoire 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.*
 - d) *[L'office ou l'organisme] L'autorité [nationale]¹⁸⁷ désignée¹⁸⁸ qui reçoit les enregistrements ou notifications [devrait] doit¹⁸⁹ lever toute incertitude [ou régler tout litige] et aider à régler les litiges qui surgissent¹⁹⁰ quant aux [communautés] peuples et communautés autochtones et aux communautés traditionnelles et autres communautés culturelles¹⁹¹, y compris celles implantées dans plusieurs*

¹⁸⁰ Délégation du Mexique.

¹⁸¹ Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 130.

¹⁸² Délégation du Mexique.

¹⁸³ Délégation du Mexique.

¹⁸⁴ Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 130.

¹⁸⁵ Délégation du Mexique.

¹⁸⁶ Délégation du Mexique.

¹⁸⁷ Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 130.

¹⁸⁸ Délégation du Mexique.

¹⁸⁹ Délégation du Mexique.

¹⁹⁰ Délégation du Mexique.

¹⁹¹ Délégation du Mexique.

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, autant que possible, au droit coutumier, aux systèmes¹⁹² et processus normatifs, au règlement extrajudiciaire des litiges et aux ressources culturelles existantes, telles que les inventaires du patrimoine culturel.

[Le commentaire sur l'article 7 suit]

¹⁹² Délégation du Mexique. La délégation a expliqué que les "systèmes normatifs" comprenaient les savoirs élaborés et préservés au sein de groupes particuliers de peuples et communautés autochtones, et se transmettaient oralement de génération en génération. Les systèmes normatifs autochtones faisaient donc partie de la même matrice culturelle que la médecine traditionnelle, les arts et l'artisanat, les mythes de création et les relations d'échange existants entre les communautés et avec la nature. Dans cette mesure, les systèmes normatifs internes constituaient des savoirs traditionnels des peuples autochtones et ces derniers devraient avoir le droit d'utiliser leurs systèmes normatifs pour résoudre leurs litiges internes.

COMMENTAIRE

ARTICLE 7 : FORMALITÉS

Généralités

Il a été suggéré que l'acquisition et le maintien en vigueur de la protection devraient être concrètement réalisables, 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 important est le besoin, exprimé par plusieurs parties prenantes telles que des chercheurs et d'autres utilisateurs d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, de sécurité et de 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, le paragraphe 1) 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 3.1), 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 3.2) 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 3.3). 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 6^{ter} 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'efforcerait 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)¹⁹³. L'OMPI travaille à l'examen de ces questions avec les parties prenantes intéressées;
- 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

¹⁹³

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

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, fixation et documentation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore

Le rôle de la documentation, 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 précédents¹⁹⁴. 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)¹⁹⁵. 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 coutumiers¹⁹⁶.

Observations formulées et questions posées

Liens avec les "caractéristiques" des expressions culturelles traditionnelles

La délégation de la République de Corée a estimé que des formalités devaient être mises en place, en particulier en ce qui concerne les caractéristiques des expressions culturelles traditionnelles. Par exemple, des difficultés peuvent se présenter lorsqu'il s'agit de déterminer le moment où une expression culturelle traditionnelle a été originalement créée et de préciser le moment où celle-ci a été reconnue ou autorisée en tant que telle. Il peut exister un délai entre ces deux moments, ce qui pose la question de la protection rétroactive des expressions culturelles traditionnelles. C'est pourquoi, la protection d'une expression culturelle traditionnelle depuis sa création originale, sans formalité, est susceptible de prêter à confusion à la fois pour les titulaires des droits et pour les utilisateurs des expressions culturelles traditionnelles.

¹⁹⁴ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/5/3, WIPO/GRTKF/IC/6/3 et WIPO/GRTKF/IC/7/3, par exemple.

¹⁹⁵ Voir par exemple Janke, 'Unauthorized Reproduction of Rock Art' in *Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, OMPI, 2003.

¹⁹⁶ Article 1.3).

La délégation du Japon a dit que, compte tenu de la prévisibilité à assurer aux utilisateurs, il serait nécessaire d'établir une définition plus précise des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et des bénéficiaires, en particulier si l'on entendait conférer une protection aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore indépendamment de formalités.

ARTICLE 8 :

SANCTIONS, RECOURS ET EXERCICE DES DROITS

1. *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, [devraient] doivent¹⁹⁷ être prévus en cas de violation de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.*
2. *[L'administration] l'autorité [nationale]¹⁹⁸ désignée¹⁹⁹ visée à l'article 4 doit être chargée, entre autres fonctions, de conseiller et d'aider [les communautés] les peuples et les communautés autochtones et les communautés traditionnelles et autres communautés culturelles concernés²⁰⁰ 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]

¹⁹⁷ Délégation du Mexique.

¹⁹⁸ Délégations des États-Unis d'Amérique. Voir note 130.

¹⁹⁹ Délégation du Mexique.

²⁰⁰ Délégation du Mexique.

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 ont fait valoir que les moyens de recours prévus dans le droit en vigueur ne suffisent peut-être pas à empêcher une utilisation illicite des œuvres d'un titulaire de droits d'auteur autochtone 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 un règlement extrajudiciaire 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

1. *Les présentes dispositions sont applicables à toutes les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui, au moment de l'entrée en vigueur de ces dispositions, satisfont aux critères énoncés à l'article premier.*
2. *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 disposition porte sur le point de savoir si la protection doit avoir un effet rétroactif ou prospectif et, en particulier, sur les mesures à prendre en ce qui concerne les utilisations des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont légalement commencé avant l'entrée en vigueur des dispositions et continuent 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"²⁰¹. 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 du représentant des tribus Tualip, "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"²⁰².

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. 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.

²⁰¹ Voir, par exemple, le document WIPO/GRTKF/IC/5/3 et les documents suivants.

²⁰² Déclaration à la cinquième session du comité, également disponible à l'adresse <http://www.wipo.int/tk/en/igc/ngo/ngopapers.html>.

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] [adaptations]²⁰³ 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]

²⁰³

Délégation des États-Unis d'Amérique. Voir note 10.

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 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 qui donnent effet aux présentes dispositions internationales doivent être octroyés à tous les bénéficiaires remplissant les conditions requises qui sont des ressortissants ou des résidents [habituels]²⁰⁴ d'un pays 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 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) [I]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"²⁰⁵. Le Maroc a souligné la nécessité d'une "consultation plus large avec toutes les parties intéressées avant l'établissement de mécanismes de protection juridique"²⁰⁶. 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.

²⁰⁵ Paragraphe 69 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.

²⁰⁶ Paragraphe 85 du document WIPO/GRTKF/IC/7/15 Prov.

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.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

La délégation de l'Allemagne a estimé que les travaux futurs du comité ne devaient pas uniquement être fondés sur le document de travail [WIPO/GRTKF/IC/9/4](#) (ultérieurement révisé et rebaptisé [WIPO/GRTKF/IC/16/4](#)). Au contraire, les délibérations devaient être fondées sur tous les travaux réalisés par le comité, sans exclure aucun document en particulier. Il fallait également mentionner, par exemple, le projet d'analyse des lacunes (document [WIPO/GRTKF/IC/13/4\(b\) Rev.](#)) car il contient des informations précieuses sur les caractéristiques générales des expressions culturelles traditionnelles. Tout débat sur les questions secondaires doit être fondé sur un point de vue commun solide au sein du comité, concernant l'objectif de la protection des expressions culturelles traditionnelles. Par conséquent, la délégation a demandé des précisions sur l'objectif et l'objet de la protection dans l'article 1 et s'est réservé le droit de formuler des observations additionnelles sur les autres dispositions de fond une fois que cette question serait suffisamment clarifiée. Cela ne signifiait pas pour autant que la délégation acceptait les dispositions de fond figurant à l'annexe du présent document comme étant la seule base pour les discussions futures.

La délégation de la Suisse a estimé que les questions de fond devaient être traitées sur un pied d'égalité. Par conséquent, les trois questions devaient être traitées à chaque session du comité et se voir consacrer une attention et un temps comparables. Étant donné que le mandat renouvelé mentionnait le document de travail [WIPO/GRTKF/IC/9/4](#) dans son intégralité, dans la poursuite des négociations, le comité ne devait pas seulement étudier la troisième partie de l'annexe du présent document mais également la première et la deuxième. La délégation souhaitait préciser que l'absence de crochets dans le document révisé [WIPO/GRTKF/IC/16/4 Prov.](#) ne signifiait pas que le comité soit parvenu à un consensus sur des parties du texte du document.

La délégation du Japon a suggéré que, lors de l'examen des questions de fond, les principes généraux de souplesse et d'exhaustivité soient respectés et dûment pris en considération dans le libellé de chacun des articles.

[Fin de l'annexe et du document]