


Droit coutumier et savoirs traditionnels*





* Le présent dossier d'information s'inspire de textes qui ont déjà été publiés, notamment un document de synthèse établi par le Secrétariat de l'OMPI et des études réalisées par MM. Brendan Tobin et Rodrigo de la Cruz (voir la section "Suggestions de lecture" ci-dessous).

Les lois coutumières sont un aspect essentiel de l'identité même des peuples autochtones et des communautés locales. Elles définissent les droits, les obligations et les responsabilités des membres sur des aspects importants de leur vie, de leur culture et de leur conception du monde : utilisation des ressources naturelles et accès à celles-ci; droits et obligations en matière foncière, d'héritage et de biens; conduite de la vie spirituelle; entretien du patrimoine culturel et des systèmes de connaissances; et bien d'autres questions.

La préservation des lois coutumières peut s'avérer essentielle pour assurer la vitalité de la vie intellectuelle, culturelle et spirituelle et du patrimoine des peuples autochtones et des communautés locales. Ces derniers ont également milité en faveur de différentes formes de respect et de reconnaissance de leurs lois coutumières au-delà de la sphère de leurs communautés proprement dites, s'agissant par exemple de la propriété des ressources foncières et naturelles. Cette revendication peut soulever des questions complexes en droit constitutionnel national.

Ces questions peuvent également se poser dans l'examen de l'interface entre les lois et pratiques coutumières et le droit conventionnel de la propriété intellectuelle et dans le choix des formes appropriées de protection des savoirs traditionnels contre leur utilisation abusive et leur appropriation illicite.

Ce dossier d'information explorera les questions concernant le droit coutumier, les savoirs traditionnels et la propriété intellectuelle. L'expression "savoirs traditionnels" est employée ici au sens général et vise le contenu des savoirs proprement dits ainsi que les expressions culturelles traditionnelles.

Qu'est-ce que le droit coutumier?

Le droit coutumier se compose d'un ensemble de coutumes, d'usages et de croyances qui sont acceptés comme des règles de conduite obligatoires par les peuples autochtones et les communautés locales. Il fait partie intégrante de leurs systèmes socioéconomiques et de leur mode de vie.

Ce qui caractérise le droit coutumier est précisément le fait qu'il se compose d'un ensemble de coutumes qui sont reconnues et partagées collectivement par une communauté, un peuple, une tribu, un groupe ethnique ou religieux, contrairement au droit écrit émanant d'une autorité politique constituée, dont l'application est entre les mains de cette autorité, généralement l'État.

Comment le droit coutumier protège-t-il les savoirs traditionnels?

Ce qui rend les savoirs “traditionnels” peut être le fait même qu’ils soient élaborés, préservés et diffusés dans un contexte intergénérationnel coutumier, lequel sera souvent défini et façonné par le droit coutumier. Ainsi, la simple question fondamentale en matière de protection des savoirs traditionnels – à savoir que recouvre ce terme? – peut nécessiter une connaissance du droit coutumier. Cela explique en partie pourquoi les peuples autochtones et les communautés locales n’ont cessé de faire valoir que les mesures à prendre pour la protection des savoirs traditionnels contre une utilisation abusive et une appropriation illicite devraient se fonder sur leurs lois coutumières et en favoriser l’application.

Les lois coutumières constituent donc potentiellement un élément d’une approche globale pouvant englober les lois et protocoles coutumiers et autochtones dans le cadre d’un éventail plus large d’instruments permettant de protéger les savoirs traditionnels.

Protection des savoirs médicaux traditionnels

Ces instruments peuvent englober les systèmes de propriété intellectuelle existants, les systèmes de propriété intellectuelle adaptés comprenant des éléments *sui generis*, et de nouveaux systèmes *sui generis* indépendants ainsi que des solutions sans rapport avec la propriété intellectuelle, telles que celles qu’offrent les pratiques commerciales et les lois sur l’étiquetage, les principes de la responsabilité, les contrats, la réglementation de l’accès aux ressources génétiques, et les voies de recours fondées sur des délits tels que l’enrichissement sans cause, l’atteinte au droit à l’image et la diffamation.

Légitimité, souplesse et adaptabilité peuvent, selon le contexte, être les caractéristiques majeures du droit coutumier. Certains pays le reconnaissent comme étant une source de droit, d’autres limitent son rôle à l’exercice d’une autonomie interne ou gouvernementale par les peuples autochtones et les communautés locales, mais nombreux sont ceux qui ne l’ont pas encore reconnu officiellement.

En règle générale, le droit coutumier peut jouer les rôles suivants :

- servir de base juridique ou de source de droit fondamentale pour les droits juridiques d’une communauté sur les savoirs traditionnels;

- constituer un élément de fait dans l'établissement des droits collectifs d'une communauté sur les savoirs traditionnels;
- entrer dans la définition des savoirs traditionnels, ou établir le lien, essentiel à la notion de 'savoirs traditionnels', qui existe entre les savoirs et une communauté;
- constituer un moyen de déterminer ou d'orienter les procédures à suivre pour garantir le "consentement libre et préalable donné en connaissance de cause" d'une communauté concernant l'accès aux savoirs traditionnels et l'utilisation de ces savoirs;
- servir de base aux droits ou exceptions propres à l'utilisateur, les utilisations et pratiques coutumières continues d'une communauté n'étant ainsi pas soumises aux restrictions juridiques relatives à l'utilisation des savoirs traditionnels;
- servir de guide pour évaluer l'outrage ou le dommage culturel ou spirituel causé par l'utilisation inappropriée des savoirs traditionnels;
- constituer un facteur déterminant ou un guide concernant le partage équitable, au sein d'une communauté, des avantages découlant de l'utilisation des savoirs traditionnels;
- constituer un moyen de déterminer les voies de recours, sanctions ou restitutions appropriées suite à une violation des droits sur les savoirs traditionnels;
- constituer une voie pour régler les litiges relatifs à la propriété ou tout autre mode de conservation des savoirs traditionnels; et
- servir de guide pour la transmission des droits sur les savoirs traditionnels d'une génération à l'autre.

Droit coutumier et protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle

L'interaction entre le droit coutumier et la protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle est un sujet complexe. Les peuples autochtones et les communautés locales, en tant que groupes distinctifs, ont souvent élaboré des normes de gouvernance variées qui peuvent notamment réguler les flux de savoirs et d'innovation, d'une manière qui tienne compte des valeurs liées aux savoirs de chaque peuple autochtone ou communauté locale. Bien que se distinguant des systèmes de propriété intellectuelle, ces réglementations permettent de protéger tout aussi efficacement l'innovateur local.

Lorsqu'ils le souhaitent, les détenteurs de savoirs traditionnels ont souvent eu des difficultés à accéder au système formel de la propriété intellectuelle, lequel repose sur des structures et des procédures exigeant de nombreux

documents, codifiées et administrées par les pouvoirs publics. De nombreux peuples autochtones et communautés locales ne disposent pas des ressources suffisantes, des enregistrements écrits et des structures de gouvernance représentatives reconnues à l'extérieur qui les aideraient à mieux contrôler leurs savoirs traditionnels, ce qui empêche les détenteurs de savoirs de bénéficier d'une protection efficace contre l'appropriation illicite, ou d'obtenir une protection positive par la propriété intellectuelle.

En outre, les lois et pratiques coutumières peuvent, par exemple, nécessiter que les savoirs traditionnels soient tenus secrets, alors que la divulgation fait partie des principes fondamentaux du droit des brevets. À moins qu'une invention ne soit entièrement divulguée, un brevet portant sur cette invention n'est pas valable. Par ailleurs, un brevet fondé sur les savoirs traditionnels, même s'il est accordé, ne confère qu'une protection de durée limitée, ce qui peut constituer une garantie inadéquate pour un savoir transmis de génération en génération.

Cela étant, le droit coutumier peut être utilisé parallèlement aux systèmes formels de la propriété intellectuelle afin de combler certaines lacunes existant en matière de protection des savoirs traditionnels. Par exemple, les lois coutumières relatives à l'héritage peuvent déterminer le titulaire de la propriété intellectuelle ou l'identité juridique d'une communauté en tant que titulaire du droit; les lois coutumières prévoyant une obligation de confidentialité peuvent se révéler efficaces pour empêcher une divulgation au-delà du cercle traditionnel; et les lois coutumières régissant l'utilisation d'un symbole sacré peuvent servir à refuser l'enregistrement du symbole en tant que marque par un tiers.

Du point de vue de la procédure, le droit coutumier peut régir la façon dont les consultations doivent être menées, la façon dont les litiges doivent être réglés, la façon dont les revendications concurrentes doivent être conciliées, et quelles pénalités ou recours doivent être appliqués. En principe, ces aspects relatifs à la procédure pourraient s'appliquer à un objet qui n'entre pas dans le champ traditionnel du droit coutumier – par exemple, en vue de déterminer le partage équitable des avantages découlant de l'exploitation commerciale des savoirs traditionnels, ou de déterminer la répartition des dommages-intérêts en cas de violation des droits de propriété intellectuelle.

L'expérience beaucoup plus vaste en matière de reconnaissance du droit coutumier dans des domaines autres que la propriété intellectuelle peut mettre en lumière les possibilités inexploitées qu'offre le droit de la

propriété intellectuelle. Citons par exemple les lois relatives à la préservation des ressources et de l'environnement, le droit des biens et le droit successoral; l'application du droit coutumier dans le cadre du règlement de litiges et du droit pénal; le droit des contrats, des trusts et les principes d'équité; et le droit civil général et le droit de la famille.

Lois *sui generis* et droit coutumier

Les représentants des peuples autochtones et des communautés locales ont participé activement au Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI (IGC) et aux réunions relatives à la Convention sur la diversité biologique (CDB) (telles que le Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'article 8.j) et ses dispositions connexes, les réunions sur l'accès et le partage des avantages avant le Protocole de Nagoya, ainsi que les réunions portant sur le Protocole de Nagoya). Dans ces deux tribunes, ils ont plaidé en faveur de l'élaboration de mécanismes concernant les savoirs traditionnels qui tiennent compte de leurs réalités, de leurs valeurs et de leurs lois coutumières. Les travaux ont ciblé les propositions relatives aux mécanismes *sui generis* visant à protéger les savoirs traditionnels, en particulier contre l'appropriation illicite. Les peuples autochtones et les communautés locales ont souvent fait valoir que leurs lois et pratiques coutumières sont, par nature, des régimes *sui generis* spécialement conçus pour assurer la protection de leurs savoirs traditionnels.

Au niveau national ou régional, les lois *sui generis* existantes pour la protection des savoirs traditionnels reposent sur différentes approches positives visant à reconnaître le droit coutumier.

Au niveau international, des négociations sont actuellement en cours au sein de l'IGC en vue de l'élaboration d'un ou plusieurs instruments juridiques internationaux destinés à protéger efficacement les savoirs traditionnels. De nombreux participants aux travaux de l'IGC, dont les États membres de l'OMPI et les représentants des peuples autochtones et des communautés locales, ont souligné le rôle des lois coutumières dans ce domaine.

Reconnaissance du droit coutumier dans les lois *sui generis* concernant la protection des savoirs traditionnels au niveau national et régional

- La loi des Philippines sur les droits des peuples autochtones de 1997 établit un "droit à la restitution des biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels" pris notamment "en violation [des] lois, traditions et coutumes [des peuples autochtones]". L'accès aux savoirs autochtones implique le consentement libre et préalable donné en connaissance de cause conformément aux lois coutumières. En cas de litige, "les lois et usages coutumiers seront utilisés pour régler ce litige".
- Un des objectifs de la loi péruvienne n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant un régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques est "de promouvoir la répartition juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces savoirs collectifs". La loi reconnaît les lois et protocoles coutumiers dans le contexte du partage des avantages lorsqu'elle dispose que les "peuples autochtones ... peuvent avoir recours à leurs systèmes traditionnels aux fins de la répartition des avantages". La loi prévoit également que "l'échange traditionnel entre peuples autochtones de savoirs collectifs" ne sera pas affecté.
- Le protocole de Swakopmund relatif à la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore dans le cadre de l'Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO) reconnaît le rôle des lois et pratiques coutumières dans plusieurs articles. Il contient également une définition des lois et pratiques coutumières.

Conclusion

La protection efficace des savoirs traditionnels ne peut être assurée qu'au seul niveau international. L'engagement des décideurs au niveau national de promouvoir ce type de protection à l'échelle internationale doit se traduire par l'adoption de lois et politiques pertinentes sur les savoirs traditionnels à l'échelon national. Les lois et politiques régionales joueront un rôle important dans la protection des droits relatifs aux savoirs traditionnels détenus en commun par les peuples autochtones et les communautés locales de plusieurs États. L'utilisation continue des savoirs traditionnels par les peuples autochtones et les communautés locales, l'élaboration de politiques en matière de gestion des savoirs traditionnels et la création de bases de données sur les savoirs traditionnels gérées par les communautés sont nécessaires pour assurer la protection à long terme des savoirs traditionnels. L'adoption d'une législation et de politiques de développement habilitant les peuples autochtones et les communautés locales à exercer un pouvoir sur leurs savoirs traditionnels conformément au droit coutumier est essentielle à la protection des savoirs traditionnels.



Questions à prendre en compte concernant le droit coutumier et le droit de la propriété intellectuelle

- Quelles formes le lien entre le droit coutumier et le droit de la propriété intellectuelle prend-il dans la pratique? Quels modèles pourrait-on explorer?
- Quelles leçons peut-on tirer de la reconnaissance du droit coutumier en rapport avec d'autres domaines (néanmoins connexes) du droit, comme le droit de la famille, le droit successoral, le droit foncier et des ressources naturelles, le droit constitutionnel, les droits de l'homme et le droit pénal, ainsi que le règlement des litiges en général?
- Quelles expériences ont-elles été rapportées concernant le rôle du droit coutumier en lien avec la propriété immatérielle, et les droits et obligations relatifs aux savoirs traditionnels?
- Quel rôle du droit coutumier a-t-il été reconnu dans les lois *sui generis* existantes ou proposées pour la protection des savoirs traditionnels?
- Pour les détenteurs de savoirs traditionnels, quel(s) rôle(s) devraient jouer de préférence les lois et protocoles coutumiers :
 - servir de base au développement durable axé sur les communautés, au renforcement de l'identité des communautés et à la promotion de la diversité culturelle?
 - constituer une source distincte de droit, juridiquement contraignante en soi – à l'égard des membres de la communauté d'origine, et des individus en dehors du cercle de la communauté, y compris dans d'autres pays?
 - constituer un guide pratique pour l'interprétation des lois et principes qui s'appliquent au-delà du champ traditionnel du droit et des protocoles coutumiers?
 - faire partie intégrante de formes culturellement appropriées de mécanismes de règlement extra-judiciaire des litiges?
 - constituer une condition d'accès aux savoirs traditionnels?
 - servir de base pour l'utilisation continue des droits, reconnus en tant qu'exceptions ou limitations à tous autres droits accordés sur les savoirs traditionnels ou sur un objet connexe ou dérivé?

Suggestions de lecture

Le rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/tk/768/wipo_pub_768.pdf

Propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles (publication de l'OMPI n° 933), www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo_pub_933_2020.pdf

Une série de dossiers d'information établis par l'OMPI, www.wipo.int/tk/fr/resources/publications.html

Droit coutumier, savoirs traditionnels et propriété intellectuelle : une description succincte des questions établie par le Secrétariat de l'OMPI en 2013, www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/overview_customary_law.pdf

"The Role of Customary Law in Access and Benefit-Sharing and Traditional Knowledge Governance : Perspectives from Andean and Pacific Island Countries", une publication de Brendan Tobin produite en collaboration par l'Université des Nations Unies et l'OMPI en 2008, www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/customary_law_abs_tk.pdf

L'étude de l'OMPI sur le droit coutumier de la région andine, établie par Rodrigo de la Cruz en 2006, www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/study_cruz.pdf

La base de données sur les textes législatifs sur la protection des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles et textes législatifs concernant les ressources génétiques, www.wipo.int/tk/fr/legal_texts

Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI (IGC), www.wipo.int/tk/fr/igc/index.html

