

**Loi type de 2002 sur la protection des savoirs traditionnels
et des expressions de la culture en Océanie:
Principes de transposition dans la législation nationale**

**SECRETARIAT GENERAL DE LA COMMUNAUTE DU PACIFIQUE
NOUMEA (NOUVELLE-CALÉDONIE)**

Tous droits réservés de reproduction ou de traduction à des fins commerciales/lucratives, sous quelque forme que ce soit. Le Secrétariat général de la Communauté du Pacifique autorise la reproduction ou la traduction partielles de ce document à des fins scientifiques ou éducatives ou pour les besoins de la recherche, à condition qu'il soit fait mention de la CPS et de la source. L'autorisation de la reproduction et/ou de la traduction intégrale ou partielle de ce document, sous quelque forme que ce soit, à des fins commerciales/lucratives ou à titre gratuit, doit être sollicitée au préalable par écrit. Il est interdit de modifier ou de publier séparément des graphismes originaux de la CPS sans autorisation préalable.

Texte original : anglais

Secrétariat général de la Communauté du Pacifique – Catalogage avant publication (CIP)

Loi type de 2002 sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie: Principes de transposition dans la législation nationale

1. Cultural property – Protection – Law and legislation – Oceania
2. Intellectual property – Oceania 3. Copyright – Oceania

I. Titre II. Secrétariat général de la Communauté du Pacifique

344.909

AACR2

ISBN 978-982-00-0267-8

AVANT-PROPOS

En septembre 2002, j'ai eu la chance d'assister à la première Conférence régionale des Ministres de la culture des pays insulaires océaniques, qui s'est tenue à Nouméa (Nouvelle-Calédonie). La présentation officielle et l'adoption du Cadre juridique régional pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture (qui comprend la Loi type de 2002 pour l'Océanie), élaboré sous la houlette du Secrétariat général de la Communauté du Pacifique (CPS), figuraient parmi les principaux points inscrits à l'ordre du jour. Étant donné que la Nouvelle-Zélande étudie plus avant la question des savoirs traditionnels, je reste stimulée par l'enthousiasme de nos débats et les progrès réalisés dans le domaine de la conservation et de la promotion du patrimoine culturel en Océanie.

Je me félicite de ce que la Nouvelle-Zélande ait eu l'opportunité d'œuvrer aux côtés de la CPS, pour qu'un ensemble de principes directeurs visant à aider les juristes des pays insulaires océaniques à élaborer des dispositions juridiques nationales sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture voie le jour. Inspirés de la Loi type de 2002 pour l'Océanie, les Principes directeurs représentent pour les communautés océaniques un pas de plus vers la mise en œuvre du Cadre juridique régional pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture. Cet outil permettra aux détenteurs de savoirs traditionnels d'identifier les mécanismes de protection offerts par le régime actuel de droits de propriété intellectuelle qui sont susceptibles d'être appliqués.

À l'échelon international, les questions liées aux savoirs traditionnels ont suscité un intérêt grandissant en raison de certains sujets de préoccupation comme : la disparition rapide des savoirs traditionnels et de la diversité culturelle, l'utilisation illicite et l'appropriation abusive des savoirs traditionnels, le manque ou l'absence de partage des bénéfices avec les communautés traditionnelles et la volonté d'exploiter les savoirs traditionnels en faveur du développement durable.

Bon nombre de pays et de communautés s'interrogent sur la meilleure façon de traiter ces problèmes. La Loi type de 2002 pour l'Océanie reconnaît qu'un modèle "unique" ou "universel" de protection des expressions de la culture risque de ne pas fonctionner, en ce sens qu'il ne tiendrait pas compte des priorités nationales, du contexte culturel et juridique, ni des besoins des communautés traditionnelles. Elle aborde les problèmes liés aux savoirs traditionnels en suivant une méthode générale et globale, pour faire en sorte que les diverses solutions possibles forment un ensemble homogène et s'appliquent de manière complémentaire.

La conservation, la protection et la promotion des savoirs traditionnels revêtent une importance capitale pour les communautés océaniques. Les savoirs traditionnels font partie intégrante du quotidien des Océaniques, et ils ont une fonction essentielle en matière de santé, de culture, d'identité, d'éducation, de sécurité alimentaire et de gestion des ressources naturelles. Ils sont donc la clé de voûte du bien-être futur et du développement durable des communautés océaniques.

Judith Tizard

Vice-ministre de l'art, de la culture et du patrimoine

Vice-ministre du commerce

Gouvernement de la Nouvelle-Zélande

REMERCIEMENTS

La CPS tient à exprimer sa gratitude à la Nouvelle-Zélande pour le soutien permanent qu'elle a fourni à la Section affaires culturelles de la CPS. Elle remercie en particulier l'Agence néo-zélandaise pour le développement international (NZAID) d'avoir contribué à la mise en œuvre de la Loi type de 2002 dans la région océanienne, et notamment par l'élaboration des Principes directeurs.

Elle remercie également l'auteur des Principes directeurs, Anne Haira, pour son engagement à l'égard de ce projet et de la question des savoirs traditionnels en général, en particulier dans la région océanienne.

La CPS tient enfin à rendre hommage au travail accompli par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et remercie tout particulièrement M. Wend Wendland d'avoir soutenu ce projet sans relâche. Les Principes directeurs empruntent des éléments aux documents, publications et autres supports réalisés dans le cadre des différentes sessions du Comité intergouvernemental de l'OMPI sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore, notamment aux documents suivants : WIPO/GRTKF/IC/7/3, WIPO/GRTKF/IC/7/4, WIPO/GRTKF/IC/8/4 et WIPO/GRTKF/IC/9/4. Ces documents, qui résument les principaux éléments politiques et juridiques et suggèrent des objectifs, des principes directeurs et des dispositions de fond en matière de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, s'inspirent des expériences vécues aux échelons national et régional et se fondent directement sur les vastes débats conduits lors des sessions du Comité intergouvernemental de l'OMPI, et auxquels participent différents intervenants, ainsi que sur les observations formulées par le biais de la procédure de commentaires libres. Ces documents contribuent parallèlement au développement national et régional dans bon nombre de régions du globe et représentent une aide précieuse pour les responsables de l'élaboration des politiques, les législateurs, les communautés, etc. Pour toute information complémentaire, veuillez consulter le site suivant : <http://www.wipo.int/tk/fr/index.html>.

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	III
REMERCIEMENTS	IV
ACRONYMES ET ABREVIATIONS	VI
PREFACE	VII
INFORMATION SUR LES PRINCIPES DE TRANSPOSITION	1
METHODOLOGIE	5
ETAPE 1 : EVALUATION DES PRINCIPES GENERAUX DE LA LOI TYPE DE 2002 POUR L'OCEANIE	7
1.1 Nature du système <i>sui generis</i>	7
1.2 Objet du système <i>sui generis</i>	8
1.3 Forme juridique de la protection	9
1.4 Application du système <i>sui generis</i>	10
ETAPE 2 : ELABORATION DU CADRE METHODOLOGIQUE	12
2.1 Objectif général de la protection	12
2.2 Principes directeurs	13
ETAPE 3 : DEFINITION DES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA PROTECTION	15
3.1 Objet de la protection.....	16
3.2 Critères de protection	20
3.3 Bénéficiaires	23
3.4 Étendue de la protection	28
3.5 Exceptions et limitations	43
3.6 Gestion des droits.....	47
3.7 Durée de la protection	54
3.8 Formalités	57
3.9 Procédures judiciaires (sanctions et réparations)	61
3.10 Garantie des droits	71
3.11 Règlement des litiges	74
3.12 Lien entre la protection <i>sui generis</i> des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et la protection de la propriété intellectuelle	75
3.13 Protection internationale et régionale	81
ETAPE 4 : ELABORATION DES DISPOSITIONS LEGISLATIVES COMPLEMENTAIRES	87
4.1 Dispositions transitoires	87
4.2 Pouvoir réglementaire.....	89
BIBLIOGRAPHIE	92

ACRONYMES ET ABRÉVIATIONS

ADPIC	Aspect des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
CNUCED	Conférence des Nations Unies pour le commerce et le Développement
CPS	Secrétariat général de la Communauté du Pacifique
DPI	Droits de propriété intellectuelle
NZAID	Agence néo-zélandaise pour le développement international
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	organisation mondiale de la propriété intellectuelle
PROE	Programme régional Océanien de l'environnement
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

PRÉFACE

Les savoirs traditionnels et les expressions de la culture sont la pierre angulaire des sociétés océaniques. Les valeurs et les pratiques traditionnelles forment les identités, renforcent la cohésion au sein des communautés et sont une source inépuisable de créativité et d'innovation. L'existence d'identités fortes, la cohésion sociale et la possibilité d'innover et de créer demeurent des éléments fondamentaux, en dépit des changements rapides qui s'opèrent en Océanie, notamment les migrations et l'urbanisation croissantes, l'exploitation du patrimoine à des fins commerciales et médiatiques, et l'expansion du matérialisme. La culture est la clé d'un avenir prospère pour les Océanien.

La concurrence mondiale accrue qui s'exerce pour la mise sur le marché de nouveaux produits, services et procédés, exacerbée par la mondialisation du commerce et les progrès accomplis sur le plan des technologies de l'information, a malheureusement engendré une multiplication des cas d'appropriation abusive de l'identité sociale et culturelle des peuples océaniques. Dans de nombreux États et Territoires insulaires océaniques, des objets artisanaux et des souvenirs ont été copiés, puis importés pour être revendus à une entreprise touristique de bonne foi. Des œuvres musicales et des images sont enregistrées pour être diffusées sans le consentement des propriétaires traditionnels. Des remèdes et des plantes ont été brevetés et les communautés reçoivent peu de bénéfices en retour.

En tant que manifestation de la créativité intellectuelle, les savoirs traditionnels et les expressions de la culture méritent de bénéficier de la même protection juridique que celle dont jouissent les autres formes de propriété intellectuelle. Des mesures draconiennes doivent être prises pour garantir le statut et le soutien économique des clans, des groupes ou des communautés qui sont les créateurs, les gardiens, les détenteurs et les administrateurs légaux des savoirs traditionnels et des expressions de la culture. Ces savoirs et ces expressions appartiennent à un groupe de personnes qui les détient à titre perpétuel. Ils se transmettent de génération en génération et se développent de façon informelle. Enfin, ils évoluent au fil du temps.

Le Secrétariat général de la Communauté du Pacifique (CPS), en partenariat avec le Secrétariat général du Forum des Îles du Pacifique et l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), et en étroite collaboration avec les parties prenantes, a œuvré en faveur de la protection juridique des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, en créant notamment le Cadre juridique régional pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture (qui comprend la Loi type de 2002 pour l'Océanie). La Loi type de 2002 pour l'Océanie a été adoptée lors de la première Conférence régionale des Ministres de la culture des États et Territoires insulaires océaniques et vise à faire en sorte que la commercialisation des savoirs traditionnels et des expressions de la culture se fasse par des moyens légaux, lorsque les peuples océaniques y ont consenti et qu'un partage équitable des bénéfices est prévu.

À l'échelon régional, la CPS joue un rôle de chef de file pour ce qui concerne l'élaboration d'un régime juridique de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture. Elle travaille en étroite collaboration avec les parties prenantes et les différents partenaires pour atteindre ses objectifs et accorde une importance toute particulière à cette contribution. La collaboration est la condition *sine qua non* pour que l'Organisation concrétise sa vision pour la région, à savoir : une communauté océanique prospère et vivant dans la sécurité, composée d'hommes et de femmes qui jouissent d'une bonne santé, et qui gèrent leurs

ressources en vue d'un développement économique et social durable, et sans nuire à l'environnement.

Jimmie Rodgers

Directeur général

Secrétariat général de la Communauté du Pacifique

INFORMATIONS SUR LES PRINCIPES DE TRANSPOSITION

Objectif

Les présents Principes directeurs (de transposition) ont pour but de fournir une assistance technique aux juristes des États et Territoires insulaires océaniques chargés de transposer la Loi type sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en Océanie (ci-après dénommée “Loi type de 2002 pour l’Océanie”) dans la législation nationale.

Ils ont été conçus en réponse à des demandes d’assistance formulées par les États et Territoires insulaires océaniques dans des domaines bien précis et fournissent des conseils sur :

- Une méthode efficace d’élaboration de dispositions juridiques nationales inspirées de la Loi type de 2002 pour l’Océanie ;
- les options à examiner pour définir les éléments constitutifs de la protection juridique ; et
- les options de mise en œuvre qui peuvent être envisagées pour élaborer des dispositions juridiques nationales inspirées de la Loi type de 2002 pour l’Océanie.

Portée

Les présents Principes directeurs s’appliquent uniquement au stade de la méthode d’élaboration des dispositions juridiques relatives à la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture. Ils ne concernent pas la procédure parlementaire, étant donné que cette dernière diffère d’un pays à l’autre et que les pays n’ont pas sollicité d’assistance technique dans ce domaine.

En outre, tout comme la Loi type de 2002 pour l’Océanie, les Principes directeurs ne concernent que la protection juridique des savoirs traditionnels et des expressions de la culture. Le terme “protection” est employé au sens de protection du caractère créatif, innovant et distinctif des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, contre l’utilisation non autorisée, déloyale et dégradante, c’est-à-dire l’utilisation et l’appropriation abusives. La protection se distingue de la “préservation”, la “conservation” ou la “sauvegarde” des savoirs traditionnels et des expressions de la culture (voir paragraphe suivant), même si elle y contribue. Une protection complète impliquerait probablement toute une gamme d’instruments, relevant ou non de la propriété intellectuelle, tels que les droits et protocoles coutumiers et autochtones, les pratiques commerciales et les lois sur le commerce, les contrats et les licences, les registres et les bases de données sur le patrimoine culturel. Ces mesures ne sont pas incompatibles et chacune peut, en complément des autres, contribuer à assurer une protection complète. La création d’un système *sui generis* ne supprime pas la nécessité d’inclure ce type de mesures et programmes.

Enfin, les Principes directeurs ne concernent pas la sauvegarde et la préservation du patrimoine et des expressions culturelles, même si ces questions sont à la fois importantes et étroitement liées. Celles-ci devront faire l’objet de mesures complémentaires telles que des lois et des programmes sur la préservation du patrimoine culturel et des programmes de promotion et de développement de l’artisanat.

Structure

Les présents Principes directeurs suivent l’ordre des différentes phases d’élaboration des dispositions qui accompagnent la création de ce type de législation. En ce qui concerne les éléments constitutifs de la protection, ces principes sont regroupés par domaines thématiques, et non suivant l’ordre des parties de la Loi type de 2002 pour l’Océanie.

Principes

Les présents Principes directeurs :

- ont un caractère facultatif et ne sauraient être interprétés comme limitant les droits souverains des pays ;
- ne cherchent à promouvoir aucune solution particulière ni à exprimer aucune préférence, mais visent simplement à recenser et à décrire les solutions envisageables pour résoudre les problèmes rencontrés ;
- reconnaissent que les formes d'expression traditionnelle et les moyens coutumiers de régler leur usage, leur transmission et leur préservation sont multiples ;
- tiennent compte du fait que les intérêts et les préoccupations des divers pays en matière de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture diffèrent et que leurs choix peuvent varier en fonction de leurs aspirations et de leurs points de vue idéologiques ;
- reconnaissent qu'un modèle "unique" ou universel de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture risque de ne pas fonctionner, en ce sens qu'il ne tiendrait pas compte des priorités nationales, du contexte culturel et juridique et des besoins des communautés traditionnelles ;
- reconnaissent que des mesures complémentaires, comme des lois sur la propriété intellectuelle, des contrats et des lois coutumières, seront également nécessaires pour assurer une protection juridique complète ; et
- sont appelés à être révisés et modifiés au fur et à mesure que des progrès sont accomplis en matière de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture.

Définitions

Dans les présents Principes directeurs, il est entendu que :

- le terme "loi" est employé pour désigner la législation sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture que les juristes des États et Territoires insulaires océaniques élaborent en s'inspirant de la Loi type de 2002 pour l'Océanie et en se référant aux Principes directeurs ;
- le terme "protection" est employé pour désigner la protection qui est généralement prévue par les lois sur la propriété intellectuelle et qui vise à offrir des moyens légaux d'empêcher des tiers d'accomplir certains actes non autorisés impliquant l'utilisation d'un objet protégé. La protection concerne tout ce qui a trait à l'existence, l'acquisition, l'étendue, la gestion et la garantie des droits, ainsi que la protection des intérêts relatifs aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture. Elle se distingue des notions de "conservation" et de "préservation", sans pour cela laisser entendre que ces questions sont moins importantes ;
- l'expression "communautés traditionnelles" est employée pour désigner à la fois les communautés autochtones et locales, et les communautés culturelles ;
- l'expression "détenteurs de savoirs traditionnels" est employée pour désigner ceux qui détiennent les savoirs traditionnels des communautés traditionnelles, conformément aux lois ou pratiques coutumières ou traditionnelles. Le terme "détenteurs" est employé afin de souligner le lien entre une communauté et ses savoirs traditionnels ; souvent perçu comme une forme de protection ou de responsabilité, il est jugé plus approprié que le terme "propriétaires";

- l'expression "savoirs traditionnels et expressions de la culture" désigne les expressions de la culture des communautés traditionnelles et les savoirs traditionnels qui sous-tendent ces expressions.

Présupposés

Les présents Principes directeurs portent sur l'élaboration de dispositions juridiques nationales qui s'inspirent de la Loi type de 2002 pour l'Océanie, ce qui présuppose que :

- i. les États et Territoires insulaires océaniques sont arrivés au stade d'élaboration des dispositions juridiques où l'absence de protection juridique des savoirs traditionnels et des expressions de la culture pose un problème ;
- ii. des solutions *sui generis* ont été jugées nécessaires, car les mécanismes existants (juridiques et non juridiques) ne suffisent pas pour atteindre les objectifs de protection ;
- iii. parmi les solutions *sui generis* envisageables, la création d'une loi *sui generis* a été jugée nécessaire (vraisemblablement l'un des nombreux instruments nécessaires) pour atteindre une partie ou la totalité des objectifs de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture.

Les présents principes directeurs ne fournissent pas une analyse exhaustive des travaux qui sont censés précéder cette phase. Cependant, la CPS élabore actuellement une "boîte à outils" sur les savoirs traditionnels qui comprend une "Carte des politiques" et qui vise à compléter les présents Principes directeurs. Cette boîte à outils est conçue pour aider les juristes des États et Territoires insulaires océaniques à élaborer un vaste cadre juridique et politique en vue de la préservation, de la protection et de la promotion des savoirs traditionnels, dans lequel s'inscrira la loi.

METHODOLOGIE

Certains États et Territoires insulaires océaniques ont fait part de leurs difficultés à élaborer leur loi nationale en s'inspirant de la Loi type de 2002 pour l'Océanie. La plupart du temps, ces difficultés proviennent du fait que la Loi type de 2002 pour l'Océanie est une sorte de « produit fini ». Le fait que cet instrument de haut niveau soit destiné à guider la rédaction de dispositions nationales, implique que les juristes suivent la méthode standard d'élaboration de textes de loi, en « peaufinant » les points de détail et en identifiant les éléments adaptés au contexte national. Cela peut cependant poser problème, car les juristes doivent élaborer le cycle législatif à rebours.

Ainsi, la présente section propose un exemple de méthode pouvant être suivie pour définir les grandes lignes de la loi sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture. Il est entendu que les juristes peuvent redéfinir les étapes proposées, afin que celles-ci répondent aux besoins et aux exigences de chacun. En outre, cette section s'intéresse aux principes généraux qui guideront les juristes.

Organisation du travail

La méthode proposée ci-dessous fait en principe partie d'un vaste projet de création d'un cadre juridique et politique pour la protection des savoirs traditionnels en général. Ce cadre pourrait comprendre divers programmes, comme des mesures de conservation et l'élaboration d'une loi cadre sur la propriété intellectuelle.

Exemple de méthode possible

- Étape I : Examiner les principes généraux de la Loi type de 2002 pour l'Océanie et déterminer si elle représente une manière adaptée de résoudre une partie ou la totalité des problèmes identifiés et/ou d'atteindre les objectifs de protection. Soumettre ces principes généraux aux ministres pour approbation, afin que la nouvelle loi se fonde sur ce modèle.
- Étape II : Élaborer le cadre méthodologique global d'élaboration de la législation, c'est-à-dire les objectifs et les principes directeurs. La définition des objectifs représente une étape clé. Soumettre ces objectifs et ces principes directeurs aux ministres pour approbation.
- Étape III : Définir ou délimiter les éléments constitutifs de la protection et solliciter l'accord des ministres.
- Quel est l'objet de la protection ?
 - Quels sont les critères de protection ?
 - Qui sont les bénéficiaires de la protection ?
 - Quelle est l'étendue de la protection ?
 - Quelles sont les exceptions et les limitations aux droits ?
 - Comment les droits seront-ils administrés ?
 - Quelle est la durée de la protection ?
 - Quelles sont les formalités à accomplir pour obtenir des droits ?
 - Quelles procédures judiciaires peuvent être engagées (quelles sont notamment les sanctions encourues et les réparations prévues) ?
 - Comment les droits seront-ils garantis ?
 - Quels mécanismes peuvent être utilisés pour régler les litiges ?
 - Quel est le lien entre la protection *sui generis* des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et la protection offerte par le système de la propriété intellectuelle ?
 - Comment assurer une protection internationale et régionale ?
- Étape IV : Transposer les éléments constitutifs de la protection dans le langage législatif.
- Étape V : Élaborer d'autres dispositions juridiques, notamment des dispositions transitoires et des dispositions relatives au pouvoir réglementaire.
- Étape VI : Prendre des actes réglementaires (règlements).

Règles de conduite

Avant de commencer à élaborer des textes de loi, les juristes auront intérêt à énoncer des principes qui les guideront dans leur tâche. Ces principes, parfois appelés “règles de conduite”, peuvent être un bon moyen de veiller à ce que les juristes chargés d’élaborer des textes de loi adoptent un certain comportement. Ils peuvent en outre servir de norme de référence pour toutes les décisions prises par les juristes durant toute l’opération.

Il convient de noter que, dans le cadre de l’élaboration d’une loi sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, la relation qu’entretiennent les juristes avec les communautés traditionnelles est fondamentale. Il est par conséquent indispensable que ces juristes honorent pleinement leurs engagements envers les communautés traditionnelles.

Si les juristes souhaitent énoncer des règles de conduite, ils pourront s’inspirer des points qui figurent ci-dessous et qui sont souvent considérés comme essentiels.

- Reconnaître qu’il est fondamental que les communautés traditionnelles participent largement et activement à la procédure afin de faire en sorte que les droits qui leur sont dévolus en tant que détenteurs de savoirs traditionnels soient protégés de manière efficace et complète.
- Reconnaître que l’élaboration de la loi devrait se conformer aux aspirations et aux attentes exprimées directement par les communautés traditionnelles, ainsi qu’à la nature, aux spécificités et aux formes de culture, d’expression et de créativité traditionnelles.
- Respecter les droits des communautés traditionnelles, notamment des peuples autochtones, conformément aux lois nationales et internationales.

ÉTAPE 1. ÉVALUATION DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DE LA LOI TYPE DE 2002 POUR L'OCÉANIE

La Loi type de 2002 pour l'Océanie est un outil destiné aux États et Territoires insulaires océaniques qui ont constaté la nécessité de créer une loi *sui generis*, et qui ont sollicité une assistance afin d'élaborer celle-ci. Avant tout, il convient de noter qu'elle ne représente qu'une manière d'aborder le problème de la protection des savoirs traditionnels. Il en existe évidemment d'autres.

Les Principes directeurs ne prétendent pas que la Loi type de 2002 pour l'Océanie permettra d'atteindre une partie ou la totalité des objectifs de protection des pays. Chaque pays devra évaluer les principes généraux de cette loi, afin de déterminer si celle-ci représente une manière adaptée de protéger les savoirs traditionnels et les expressions de la culture. Pour aider les pays dans cette tâche, la présente section passe en revue les divers aspects qui caractérisent cette loi. Il est surtout question de la nature, de l'objet et de la forme juridique de la protection. L'application du système *sui generis* y figure également. Les juristes peuvent en effet choisir de créer un système national, adapté à leurs besoins particuliers, ou d'adopter une approche régionale (comme la Loi type de 2002 pour l'Océanie) ou internationale.

Si un pays doit s'inspirer de la Loi type de 2002 pour l'Océanie pour élaborer sa loi nationale, il devra en premier lieu adopter les principes généraux de cette loi, étant donné qu'ils sous-tendent la définition des éléments constitutifs de la protection (étape 3). Il est parfaitement admis que les pays peuvent choisir de se fonder sur un autre modèle que celui proposé dans la Loi type de 2002 pour l'Océanie. Dans ce cas, les présents Principes directeurs risquent de fournir un soutien limité aux juristes, même si ces derniers peuvent y trouver des indications utiles sur des questions d'ordre général.

1.1 Nature du système *sui generis*

Si l'on s'intéresse à la nature des systèmes *sui generis* actuels de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture contre l'utilisation illicite et l'appropriation abusive, on distingue *grosso modo* deux catégories. Ces deux catégories de systèmes assurent une protection fondée sur la notion de propriété intellectuelle (ce sur quoi portent essentiellement les présents Principes directeurs). On distingue :

- i. d'une part, les systèmes *sui generis* qui relèvent clairement de la propriété intellectuelle et qui prévoient des droits de propriété intellectuelle nouveaux ou équivalents. On parle souvent de "protection *sui generis* de la propriété intellectuelle". Les Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables adoptées par l'UNESCO et l'OMPI en 1982 (ci-après dénommées "Dispositions types de 1982") assurent une protection *sui generis* de la propriété intellectuelle des expressions culturelles traditionnelles. La Loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en développement de 1976 (ou "Loi type de Tunis de 1976") et la loi du Panama de 2000 sur le régime spécial de propriété intellectuelle régissant les droits collectifs des peuples autochtones, pour la protection et la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels (ou "loi du Panama de 2000"), ainsi que son décret d'application de 2001, sont deux autres exemples. Il existe en outre plusieurs lois nationales sur le droit d'auteur qui contiennent des dispositions *sui generis* de protection des expressions culturelles traditionnelles (parfois appelées "expressions du folklore" dans ce type de lois). Ces lois s'inspirent la plupart du temps des Dispositions types de 1982 et/ou de la Loi type de Tunis de 1976, mentionnées précédemment.

- ii. d'autre part, les systèmes *sui generis* qui ont été élaborés dans un tout autre domaine ou contexte, mais qui prévoient néanmoins des droits de propriété intellectuelle équivalents. On parle souvent de systèmes de protection fondés sur le droit et les protocoles coutumiers traditionnels des détenteurs de savoirs traditionnels et des gardiens des traditions culturelles. Parmi ces systèmes figurent les lois sur la préservation du patrimoine culturel et sur le commerce et la protection des consommateurs, qui contiennent parfois des dispositions visant à protéger les savoirs traditionnels et les expressions de la culture contre l'appropriation abusive et l'utilisation illicite.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie décrit un système *sui generis* fondé sur la propriété intellectuelle (par conséquent, elle s'inscrit dans la première catégorie de systèmes décrite plus haut). Elle crée des droits de propriété intellectuelle nouveaux ou équivalents. L'expérience a montré que la protection de la propriété intellectuelle des expressions culturelles traditionnelles reposait sur des assises juridiques semblables à celles sous-tendant le droit d'auteur et les droits voisins. Par conséquent, la Loi type de 2002 pour l'Océanie protège les savoirs traditionnels et les expressions de la culture contre l'utilisation illicite et l'appropriation abusive en employant les mécanismes habituellement utilisés dans le système de la propriété intellectuelle (principalement le droit d'auteur), tout en tenant compte de la nature spécifique et des caractéristiques de la créativité traditionnelle et des expressions culturelles, notamment de leur dimension collective. Elle tient également compte du droit et des protocoles coutumiers traditionnels, mais c'est le système de propriété intellectuelle qui lui sert de base.

Comme il a été dit plus haut, la Loi type de 2002 pour l'Océanie assure uniquement une protection de la propriété intellectuelle des savoirs traditionnels et des expressions de la culture : les autres types de protection devront faire l'objet de dispositions juridiques supplémentaires.

1.2 Objet du système *sui generis*

À l'échelon national, les systèmes *sui generis* de protection existants diffèrent en ce sens qu'ils ne couvrent pas le même objet. Bien que les détenteurs de savoirs traditionnels aient souvent insisté sur le fait qu'ils considéraient les savoirs traditionnels comme un tout, bon nombre de pays ont choisi de ne pas réunir ces savoirs sous un seul et unique système. Plusieurs raisons expliquent ce choix, notamment la diversité de l'objet, qui pose problème sur le plan pratique. En outre, la conception de systèmes de protection étendus ou qui bénéficient à un grand nombre de communautés passe par l'élaboration de normes qui, de par leur caractère général, risquent de ne pas s'appliquer de manière appropriée à certains types d'objets ou de communautés (Correa [2003], p. 34–36). Les expressions culturelles, les pratiques médicinales et autres peuvent exiger différentes formes de protection si leur nature diffère, comme c'est le cas dans les lois sur la propriété intellectuelle (Correa (2003), p. 34–36).

Les systèmes *sui generis* couvrent trois types d'objets, à savoir :

- i. les expressions culturelles traditionnelles ou expressions de la culture, c'est le cas de la Loi type de Tunis de 1976 et de la loi du Panama de 2000 ;
- ii. les savoirs traditionnels se rapportant à la biodiversité, c'est le cas de la loi du Pérou de 2002 qui établit le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones liés aux ressources biologiques (ou "loi du Pérou de 2002") et de la mesure brésilienne provisoire n° 2186-16 de 2001 qui régit l'accès au patrimoine génétique, la protection des savoirs traditionnels associés et l'accès à ces savoirs ;
- iii. tous les savoirs traditionnels, c'est le cas de la loi des Philippines de 1997 sur les droits des peuples autochtones (ou "loi des Philippines de 1997").

La Loi type de 2002 pour l'Océanie couvre les savoirs traditionnels et les expressions de la culture. En effet, les communautés autochtones et traditionnelles considèrent en général que les expressions de leur culture traditionnelle sont indissociables des savoirs traditionnels qui les sous-tendent.

Toutefois, la Loi type de 2002 pour l'Océanie ne couvre pas tous les savoirs traditionnels, notamment ceux liés aux ressources biologiques. La nature et l'étendue de la protection qu'elle propose, exceptions comprises, reposent sur les principes du droit d'auteur et, par conséquent, s'adaptent parfaitement aux expressions littéraires, musicales et artistiques du patrimoine culturel. Il convient de noter que le Programme régional océanien de l'environnement (PROE) élabore actuellement une loi type pour la protection des savoirs écologiques traditionnels.

1.3 Forme juridique de la protection

Les lois en vigueur sur la protection des expressions culturelles traditionnelles reprennent un large éventail de doctrines et de mécanismes juridiques. Certaines prévoient de véritables droits exclusifs, tandis que d'autres n'en prévoient pas et visent plutôt à réglementer l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles protégées.

L'éventail des formes juridiques de protection existantes comprend :

- i. des droits de propriété exclusifs, qui permettent d'autoriser ou d'empêcher des tiers d'accomplir certains actes se rapportant aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture. La reconnaissance de droits exclusifs serait un moyen d'appliquer le principe du consentement préalable et éclairé. La Loi type de Tunis de 1976, les Dispositions types de 1982, la loi du Panama de 2000, la Loi type de 2002 pour l'Océanie et la loi des Philippines de 1997 prévoient des droits exclusifs ;
- ii. des droits découlant d'un système de rémunération équitable, qui prévoient une forme de compensation équitable pour les titulaires de droits en contrepartie de l'utilisation de leurs savoirs traditionnels et des expressions de leur culture, sans créer de droits exclusifs sur ces savoirs. Certains systèmes de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture confèrent ce type de droits, souvent dans le cadre d'un système de "domaine public payant";
- iii. des droits moraux, qui comprennent normalement le droit d'attribution de la propriété, le droit de contester l'attribution erronée de la propriété, le droit de veiller à ce que les éléments protégés ne fassent pas l'objet d'un traitement dégradant, et, du moins dans certains pays, le droit de publication ou de divulgation (le droit de décider si les éléments protégés doivent être rendus publics, quand et comment ceux-ci doivent être rendus publics – Schloetter [2004], p. 298). Le droit à l'intégrité, qui protège la réputation des créateurs, peut apaiser les craintes quant à l'utilisation inappropriée des expressions de la culture, en empêchant toute déformation, modification ou présentation trompeuse des œuvres des créateurs. Il peut être invoqué en réparation d'un traitement culturellement inapproprié des expressions de la culture. Le droit de publication est le droit du créateur de décider quand, où et sous quelle forme une œuvre sera publiée. Il peut donner aux communautés une certaine maîtrise de la publication ou de la divulgation des œuvres sacrées et ainsi, diminuer le risque d'utilisation inappropriée. En outre, il pourrait être invoqué dans le cadre d'un procès pour abus de confiance, si l'information sacrée a été communiquée en toute confiance (Palethorpe et Verhulst [2000], p. 31). Un certain nombre de systèmes *sui generis* de protection des expressions de la culture prévoient des droits moraux, notamment les Dispositions types de 1982, la Loi type de 2002 pour l'Océanie et la loi du Nigéria sur le droit d'auteur de 1992 ;
- iv. des mesures contre la concurrence déloyale, qui donnent le droit d'interdire divers actes constituant *lato sensu* une "concurrence déloyale", tels que les pratiques commerciales déloyales, l'enrichissement sans cause, la commercialisation trompeuse et l'exploitation des avantages commerciaux injustes. La loi des États-Unis d'Amérique de 1990 sur l'art et l'artisanat indiens contient ce type de dispositions et interdit la commercialisation d'un produit sous l'appellation "produit indien" si, comme le stipule cette loi, celui-ci n'a pas été fabriqué par des Indiens ; et

- v. des sanctions pénales, lorsque certains actes ou omissions sont considérés comme des infractions pénales. Les Dispositions types de 1982 et la Loi type de 2002 pour l'Océanie prévoient des infractions pénales.

Ces mécanismes ne sont pas nécessairement antagoniques et peuvent être complémentaires. Certains peuvent, par exemple, s'avérer plus utiles et efficaces que d'autres, pour une forme donnée d'expressions culturelles. La plupart des systèmes *sui generis* incluent au moins un de ces mécanismes.

Les droits de propriété exclusifs sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture, et plus généralement les mécanismes relevant de la propriété intellectuelle, devraient compléter d'autres mesures ne relevant pas de la propriété intellectuelle. Ils devraient être soigneusement équilibrés et coordonnés avec ces mesures pour refléter les caractéristiques des formes et modes traditionnels de créativité, les intérêts des parties prenantes, les pratiques et les usages coutumiers associés à ces formes et modes ainsi que les structures sociales, et les pratiques des communautés. Il convient également de noter que les droits exclusifs de propriété privée sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture risquent, même s'ils sont détenus par les communautés, de s'opposer aux caractéristiques des formes et modes traditionnels de créativité et peuvent avoir des conséquences imprévues, telles que la concurrence au sein des communautés et entre les communautés. Parmi les nombreux pays qui ont déjà adopté un système de protection *sui generis* des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, peu nombreux sont ceux qui prévoient d'authentiques droits de propriété exclusifs sur ces savoirs. La plupart cherchent en effet à réglementer leur exploitation.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie reprend certains des mécanismes mentionnés plus haut et prévoit :

- i. des droits de propriété exclusifs et stipule que certaines utilisations de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture requièrent le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels ;
- ii. que les propriétaires traditionnels des savoirs traditionnels et des expressions de la culture sont les titulaires des droits moraux sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture. Ces droits moraux comprennent le droit d'attribution de leur droit de propriété sur leurs savoirs traditionnels et les expressions de leur culture, le droit de contester l'attribution qui leur est faite de la propriété d'un savoir traditionnel ou d'une expression culturelle qui ne leur appartient pas et le droit de protéger leurs savoirs traditionnels et les expressions de leur culture contre tout traitement risquant de leur porter atteinte ; et
- iii. des délits portant atteinte aux droits culturels traditionnels, aux droits moraux, à un matériel secret-sacré et contrevenant aux règles régissant l'importation et l'exportation.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie impose un partage équitable des bénéfices avec les propriétaires traditionnels (sous une forme monétaire ou non), lorsqu'une œuvre dérivée, un savoir traditionnel ou une expression de la culture est utilisé à des fins commerciales. Ce système se distingue toutefois de celui fondé sur une rémunération équitable/versement compensatoire, dans lequel les droits ne reposent pas sur la création d'un droit de propriété exclusif.

En outre, si la Loi type de 2002 pour l'Océanie ne contient aucune disposition sur la concurrence déloyale, il est tout de même possible d'intégrer les réparations accordées en vertu de la *common law* en cas de commercialisation trompeuse, d'enrichissement sans cause et de toute autre pratique commerciale déloyale.

1.4 Application du système *sui generis*

Les pays peuvent choisir de créer leur propre système national ou de mettre en œuvre une approche régionale (comme la Loi type de 2002 pour l'Océanie) ou internationale. Toutes ces approches présentent des avantages et des inconvénients.

- i. L'approche nationale permet de créer un système national "inédit". L'intérêt est que les pays peuvent élaborer des dispositions qui répondent à leurs besoins particuliers. Cependant, si aucun accord bilatéral ou multilatéral n'est signé afin d'étendre la protection dans d'autres pays, la protection ne s'applique qu'à l'intérieur du territoire concerné. Cela peut, par exemple, déboucher sur des cas où le système de protection d'un pays est contourné par l'utilisation d'un savoir traditionnel identique ou similaire dans un autre pays, qui n'applique pas nécessairement le même système de protection.
- ii. L'approche régionale assure une protection plus efficace que l'approche nationale. La création d'un cadre, comme le Cadre juridique régional pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture (qui comprend la Loi type de 2002 pour l'Océanie), permet d'harmoniser les systèmes nationaux en imposant des normes minimales sur les questions de fond et en laissant aux pays toute latitude pour modifier ou adapter les points de détail au contexte national. En ce sens, une "approche régionale" désigne un cadre régional qui sert de dénominateur commun et qui assure un certain degré de similitude entre les législations nationales. Les lois demeurent cependant nationales et ne s'appliquent qu'à l'intérieur du territoire concerné. Un "système régional" peut désigner en ce sens une approche intégrée qui pourrait, par exemple, permettre la reconnaissance mutuelle des droits par les pays participants, le contrôle réciproque de la stricte application de ces droits dans les territoires de la région, et l'instauration d'un mécanisme commun de règlement des litiges. Cette approche est particulièrement efficace lorsque les savoirs traditionnels et les expressions de la culture ne se cantonnent pas à l'intérieur d'un territoire, comme c'est le cas de la région océanienne.
- iii. L'approche internationale, qui doit être mise en œuvre par le biais d'un système international, est celle qui est le plus souvent indiquée pour assurer une protection complète. Un système international consiste vraisemblablement en normes et principes, tels que ceux élaborés par le Comité intergouvernemental de l'OMPI, tous les points de détail étant réglés aux échelons national et régional. Ce dernier point est essentiel, étant donné la diversité culturelle et jurisprudentielle du monde. Il permet également de tenir compte des divers intérêts et des préoccupations des pays, dont les avis se fondent sur des croyances et des points de vue idéologiques différents sur les savoirs traditionnels et sur les groupes qui détiennent ces savoirs. Néanmoins, tout système international qui prévoit une protection juridique efficace à l'échelon international implique un certain degré d'harmonisation, qui peut être obtenu grâce à des normes et principes adoptés à l'échelon international. Le principal atout de ce système, et le plus intéressant, est que les droits qui ont été créés sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture, dans les pays ayant adopté un tel système, peuvent facilement s'appliquer dans un autre pays ayant adopté ce même système (la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1971 assure, par exemple, la protection internationale du droit d'auteur). Le Comité intergouvernemental de l'OMPI poursuit ses débats quant à la création et l'adoption d'un tel système. Comme il a été souligné auparavant, à l'échelon international, des intérêts très variés entrent en ligne de compte et les points de vue sur la question sont très nombreux. L'élaboration de la Loi type de 2002 pour l'Océanie a grandement nourri le débat conduit par l'OMPI, et ces discussions permettent à leur tour d'étudier plus avant cette loi et, surtout, d'envisager sa mise en œuvre dans les États et Territoires insulaires océaniques.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie est un système hybride qui suit à la fois l'approche nationale et l'approche régionale. Elle propose un cadre de haut niveau pour les législations nationales et laisse le soin aux juristes de définir les points de détails et les solutions de mise en œuvre, conformément aux lois et systèmes nationaux. Elle a été élaborée en tenant compte du contexte océanien et vise à jeter les bases d'un cadre juridique harmonisé pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture à l'échelon régional.

ÉTAPE 2. ÉLABORATION DU CADRE MÉTHODOLOGIQUE

Une fois que les pays ont choisi d'élaborer leur législation nationale en s'inspirant de la Loi type de 2002 pour l'Océanie et qu'ils en ont adopté les principes généraux, l'étape suivante consiste à créer le cadre méthodologique qui présidera à l'élaboration de la législation, c'est-à-dire les objectifs de la protection et les principes directeurs. Comme ce fut le cas lors de l'étape précédente, les juristes devront adopter les objectifs et les principes directeurs de la Loi type de 2002 pour l'Océanie d'une manière globale. Ils ont cependant la possibilité de formuler différemment ces objectifs et d'y apporter des précisions, s'il y a lieu. Cette section expose les objectifs de la protection et les principes directeurs de la Loi type de 2002 pour l'Océanie et fournit des précisions quant aux méthodes de mise en œuvre possibles.

Suivant les procédures législatives des pays, il peut être utile que les ministres approuvent le cadre méthodologique avant que ne soit entamée la phase de définition des éléments constitutifs de la protection (étape 3). De cette manière, les juristes auront des indications précises sur les préférences et les attentes des ministres, tout au long de cette phase. Les ministres pourraient adopter le cadre méthodologique en même temps qu'ils approuvent les principes généraux de la loi (étape 1).

2.1 Objectif général de la protection

Un système de protection est en grande partie conçu et défini selon les objectifs qu'il cherche à atteindre. Pour élaborer la loi, il est primordial de fixer des objectifs clairs et d'examiner attentivement les solutions possibles.

La première étape consiste, par conséquent, à définir le ou les objectifs de la protection en général. Il ne s'agit pas nécessairement des objectifs premiers de protection d'un cadre juridique ou politique de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture. Ces objectifs premiers sont susceptibles d'aller au-delà de la protection qui peut être assurée par la législation et peuvent concerner des éléments tels que la prévention de l'attribution erronée des droits de propriété sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture. Les objectifs visés en l'occurrence sont l'objet de la législation et le but qu'elle cherche à atteindre. Ils s'inscriront parmi les objectifs premiers de protection du vaste cadre juridique et politique de protection des savoirs traditionnels et contribueront les atteindre.

L'objet général de la Loi type de 2002 pour l'Océanie est "de protéger les droits des propriétaires traditionnels sur leurs savoirs traditionnels et les expressions de leur culture et de permettre la créativité et l'innovation fondées sur la tradition, notamment en commercialisant les œuvres ainsi produites, sous réserve du consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels et du partage des avantages"¹. Cette loi vise quatre objectifs, à savoir :

- i. protéger les droits des propriétaires traditionnels sur leurs savoirs traditionnels et les expressions de leur culture ;
- ii. permettre la créativité et l'innovation fondées sur la tradition, notamment en commercialisant les œuvres ainsi produites ;
- iii. veiller à ce que les savoirs traditionnels et les expressions de la culture (les créations ou les innovations fondées sur la tradition) soient utilisés avec le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels ; et

¹ La Loi type de 2002 pour l'Océanie ne contient pas de premiers paragraphes semblables à un préambule, qui expose habituellement le but du texte. Ses objectifs figurent dans les Notes explicatives.

- iv. garantir un partage des avantages tirés de l'utilisation des savoirs traditionnels et des expressions de la culture (les créations ou les innovations fondées sur la tradition) avec les propriétaires traditionnels.

Au stade de la rédaction d'un projet de loi, l'objectif est volontairement large, conformément au principe général de la Loi type de 2002 pour l'Océanie selon lequel les points de détail doivent être définis à l'échelon national. Les juristes peuvent donc le reprendre tel quel ou énoncer des objectifs plus précis, le cas échéant, étant entendu que les idées maîtresses devront être conservées. En dehors de cette contrainte, les juristes sont libres de formuler ces objectifs différemment, d'y apporter des précisions ou de les adapter aux besoins de leur pays.

2.2 Principes directeurs

En général, les principes directeurs d'une loi servent à la fois à promouvoir l'objectif général de la loi et, d'un point de vue pratique, à aider les juristes à définir la teneur du texte (qui correspond dans ce cas aux éléments constitutifs de la protection). Lorsque les magistrats, les agents d'organismes publics, les propriétaires traditionnels et les autres personnes concernées ont des doutes quant au but d'une disposition particulière, ils peuvent se référer aux principes directeurs pour trancher. Ce sont souvent les usages en matière de rédaction des textes de loi qui déterminent si le texte doit contenir des dispositions énonçant les principes qui ont guidé l'élaboration de la loi. La Loi type de 2002 pour l'Océanie ne contient aucune disposition mentionnant les principes directeurs de la législation, mais, afin d'aider les juristes, ces principes sont repris ci-après.

- i. Reconnaître que les cultures traditionnelles constituent des sphères de créativité et d'innovation qui profitent aux communautés traditionnelles et à l'humanité tout entière.
- ii. Reconnaître que les communautés traditionnelles sont les propriétaires, les dépositaires et les gardiens des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, les titulaires des droits sur ces savoirs et les personnes responsables au premier chef des décisions concernant leur utilisation.
- iii. Respecter et protéger le droit des communautés traditionnelles de contrôler l'accès à leurs savoirs traditionnels et aux expressions de leur culture, en particulier ceux qui ont une valeur culturelle ou spirituelle, comme les savoirs traditionnels et les expressions de la culture sacrés et secrets.
- iv. Veiller à ce que les mesures et les procédures de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture soient justes, équitables, accessibles et transparentes, qu'elles ne représentent pas une charge pour les détenteurs de savoirs traditionnels et qu'elles préservent les intérêts des tiers légitimes et ceux du public.
- v. Reconnaître que la protection devrait bénéficier aux collectivités traditionnelles plutôt qu'à des individus, étant donné que les droits individuels des innovateurs ou des créateurs d'œuvres originales (notamment les droits de propriété intellectuelle existants) pourront être reconnus en vertu d'autres systèmes juridiques.
- vi. Encourager le recours au droit et aux systèmes coutumiers, aux modes de gouvernement et aux mécanismes de prise de décisions traditionnels, chaque fois que cela est possible, et, reconnaître que les communautés traditionnelles pourront toujours se fonder, exclusivement ou à titre complémentaire, sur leurs propres formes coutumières et traditionnelles de protection contre l'accès inopportun à leurs savoirs, cette solution pouvant être la plus efficace dans la pratique.
- vii. Reconnaître que la législation ne devrait pas restreindre ou entraver l'usage, l'échange, la transmission et la mise en valeur des savoirs traditionnels et des expressions de la culture par

les membres des communautés concernées, dans le contexte coutumier et conformément aux lois et pratiques coutumières.

- viii. Reconnaître que l'État doit jouer un rôle en matière de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, notamment assister les communautés traditionnelles dans la gestion et l'application de leurs droits sur leurs savoirs traditionnels et les expressions de leur culture.
- ix. Trouver un juste équilibre entre les droits et les intérêts des communautés traditionnelles, des utilisateurs et du public. Il convient notamment de prendre en compte les normes internationales relatives aux droits de l'homme et d'essayer de trouver un équilibre entre, par exemple, la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, d'une part, et la liberté artistique et intellectuelle, la préservation du patrimoine culturel, l'usage traditionnel et la transmission des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, la promotion de la diversité culturelle, la stimulation de la créativité individuelle, l'accès aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture, la possibilité de les utiliser et la liberté d'expression, d'autre part.
- x. Reconnaître que la protection *sui generis* des savoirs traditionnels et des expressions de la culture devrait compléter les régimes actuels de protection de la propriété intellectuelle qui peuvent s'appliquer, sans pour autant les remplacer ou empêcher l'acquisition des droits qui en découlent.
- xi. Veiller à ce que les mécanismes garantissant le respect des droits et de règlement des litiges prévus en cas de violation des droits sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture soient accessibles, appropriés et adéquats.

Les pays ont toute latitude d'adapter la formulation de ces principes directeurs et d'ajouter des principes complémentaires, le cas échéant. Toutefois, si les pays choisissent d'élaborer leur législation en s'inspirant de la Loi type de 2002 pour l'Océanie, ils doivent conserver les grandes orientations définies par les principes directeurs, exactement comme ils l'ont fait pour l'objectif général.

ÉTAPE 3. DÉFINITION DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA PROTECTION

Pour élaborer un système de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture fondé sur la propriété intellectuelle, il est nécessaire de répondre à un certain nombre de questions relatives aux éléments constitutifs de la protection.

- i) Quel est l'objet de la protection ?
- ii) Quels sont les critères de protection ?
- iii) Qui sont les bénéficiaires ?
- iv) Quelle est l'étendue de la protection ?
- v) Quelles sont les exceptions et limitations ?
- vi) Comment les droits seront-ils administrés ?
- vii) Quelle est la durée de la protection ?
- viii) Quelles sont les formalités à accomplir pour acquérir la protection ?
- ix) Quelles procédures judiciaires peuvent être engagées (quelles sont notamment les sanctions encourues et les réparations prévues) ?
- x) Comment les droits seront-ils garantis ?
- xi) Quels mécanismes peuvent être utilisés pour régler les litiges ?
- xii) Quel est le lien entre la protection *sui generis* des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et la protection offerte par le système de la propriété intellectuelle ?
- xiii) Comment assurer une protection internationale et régionale ?

Cette section fournit des informations techniques sur chacun de ces éléments. Elle étudie leur nature et expose les raisons pour lesquelles ils doivent être définis. Elle reprend ensuite les options qui se posent et donne des indications sur les solutions de mise en œuvre envisageables. Enfin, lorsqu'il y a lieu, elle indique aux juristes les principaux facteurs à prendre en considération.

3.1 Objet de la protection

L'objet de la protection est tout simplement ce qui sera protégé par la législation. Étant donné que les présents Principes directeurs portent sur l'élaboration de dispositions juridiques sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, l'objet général est évident.

Pourtant, il existe une différence substantielle entre l'objet en général et l'objet protégeable. Seul ce dernier bénéficiera de la protection juridique.

Pour déterminer l'objet de la protection, les juristes peuvent procéder en deux étapes. La première étape consiste à élaborer une description générale de l'objet qui devrait être protégeable. Les juristes peuvent juger bon de fournir cette description en même temps qu'ils délimiteront l'objet protégeable. La délimitation de l'objet protégeable se fait généralement à l'échelon national, plutôt qu'aux échelons régional ou international. Par conséquent, la Loi type de 2002 pour l'Océanie ne devrait être utilisée qu'à titre indicatif. La seconde étape consiste à délimiter plus précisément les savoirs traditionnels et les expressions de la culture qui pourront bénéficier de la protection juridique. Cette étape est reprise dans la section "Critères de protection".

3.1.1 Options

Les questions suivantes ont pour but d'aider les juristes à identifier l'objet à protéger, en tenant compte du contexte national. Il convient de noter que les juristes pourront être amenés à examiner des questions supplémentaires.

a) Quelles expressions de la culture devraient bénéficier de la protection ?

La loi devrait identifier aussi clairement que possible les savoirs traditionnels et les expressions de la culture qui seront protégeables, sinon l'objet risque de s'avérer trop vaste et trop vague.

Pour fournir une description des expressions de la culture à protéger, les juristes auront intérêt à se reporter à la liste d'expressions suivantes :

- les expressions verbales telles que les noms, récits, chants, épopées, légendes, poèmes, énigmes et autres narrations, histoires, mots, signes, indications et symboles ;
- les expressions musicales telles que les chansons et la musique instrumentale ;
- les expressions corporelles telles que les danses, spectacles, cérémonies, rituels et autres exécutions, que ces expressions soient fixées ou non sur un support ; et
- les expressions tangibles telles que les dessins, motifs, peintures (y compris la peinture sur corps), gravures, sculptures, poteries, terres cuites, mosaïques, travail du bois ou du métal, bijoux, vannerie, travaux d'aiguille, textiles, verreries, tapis, costumes, objets artisanaux, instruments de musique et les formes architecturales.

Par **expressions de la culture**, on entend [...] :

- a. les appellations, contes, chants, énigmes, histoires et airs chantés dans des récits ;
- b. l'art et l'artisanat, les instruments de musique, sculptures, peintures, gravures, poteries, terres cuites, mosaïques, le travail du bois ou du métal, la fabrication de bijoux, la vannerie, les travaux d'aiguille, l'artisanat en coquillages, les tapis, les nattes, les costumes et les textiles ;
- c. la musique, la danse, le théâtre, la littérature, les cérémonies, les représentations rituelles et les pratiques culturelles ;
- d. les formes figuratives, les parties et les détails de dessins et de compositions plastiques ; et
- e. l'architecture.

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 4

Les juristes peuvent également se reporter à l'article 4 de la Loi type de 2002 pour l'Océanie et à la définition des "expressions de la culture". Cette dernière fournit une liste non-exhaustive et sert de base à la discussion. Les juristes peuvent, s'ils le souhaitent, adapter cette définition. Par ailleurs, ces expressions de la culture ne sont que des exemples d'objets, vu la diversité culturelle de la région océanienne. Il n'est pas attendu que tous ces exemples s'appliquent dans tous les États et Territoires insulaires océaniques.

Dans les pays qui abritent un certain nombre de communautés traditionnelles distinctes, les juristes devront se demander si la description tient réellement compte de cette diversité. Il n'est pas nécessaire de fournir une définition pour chaque communauté traditionnelle. Il suffira d'englober les diverses expressions dans une définition générale de l'objet.

b) Quels termes devraient être employés pour décrire l'objet ?

Les pays ont une marge de manœuvre importante pour ce qui concerne le choix des termes. La plupart des instruments internationaux de propriété intellectuelle prévoient que cette question soit réglée à l'échelon national. En conséquence, la Loi type de 2002 pour l'Océanie laisse toute latitude aux pays pour décider des termes à employer. Par exemple, il est possible d'utiliser le terme "expressions culturelles traditionnelles" ou un terme pouvant être plus approprié que "expressions de la culture". Les lois en vigueur emploient toute une gamme de termes pour désigner l'objet. À titre d'exemple, la Loi type de Tunis de 1976 fait référence au "folklore" et la loi du Panama de 2000 parle d'"expressions traditionnelles des peuples autochtones"

En outre, les juristes peuvent choisir d'employer des termes vernaculaires pour décrire les expressions proprement dites, comme le terme maori *waiata*, qui désigne une "chanson" en Nouvelle-Zélande, ou le terme *tivaevae*, qui veut dire "couvre-lit en patchwork" aux Îles Cook.

c) La législation devrait-elle porter à la fois sur les expressions tangibles et intangibles ?

Par expressions de la culture, on entend toutes les formes, tangibles ou intangibles, d'expression ou de représentation de savoirs traditionnels, quels qu'en soient le contenu, la qualité ou le motif [...].

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 4

Bon nombre d'expressions de la culture sont préservées et se transmettent oralement d'une génération à l'autre, et ne sont en général jamais transcrites. Conformément à l'article 8 de la Loi type de 2002 pour l'Océanie, les savoirs traditionnels et les expressions de la culture sont protégés quels que soient leur forme et leur mode d'expression. La fixation ne devra donc pas être une condition de protection. Il convient d'ailleurs de souligner que la fixation n'est pas un élément obligatoire des lois internationales sur le droit

d'auteur, et de nombreux pays, en particulier les pays de droit romain, étendent la protection à des œuvres non fixées sur un support.

Pour ce qui concerne l'élaboration des législations nationales, si les juristes estiment qu'il est préférable que la législation porte à la fois sur les expressions tangibles et intangibles, ils peuvent ajouter la mention "ou combinaisons de ces expressions", afin de souligner le fait que les savoirs traditionnels et les expressions de la culture peuvent être à la fois tangibles et intangibles et qu'ils peuvent comporter des éléments tangibles et intangibles.

d) De quelle manière le lien entre les expressions de la culture et les savoirs traditionnels devrait-il être pris en considération ?

Dans la Loi type de 2002 pour l'Océanie, l'objet protégeable comprend à la fois les expressions de la culture et les savoirs traditionnels qui les sous-tendent. En effet, la plupart des communautés traditionnelles considèrent que leurs systèmes d'expressions de la culture et de savoirs traditionnels forment un tout : les expressions de la culture sont la manifestation des savoirs traditionnels. Les détenteurs de savoirs traditionnels ont souligné qu'il ne fallait pas distinguer ces éléments.

Par conséquent, la question de savoir quel savoir traditionnel sera protégeable dépendra du choix des pays de protéger telle ou telle expression de la culture. Ce sont en effet les savoirs traditionnels qui sous-tendent ces expressions de la culture qui seront protégés.

Les juristes noteront que, depuis que la Loi type de 2002 pour l'Océanie a été adoptée, le Comité intergouvernemental de l'OMPI a étudié plus avant la question du lien entre les expressions de la culture et les savoirs traditionnels qui les sous-tendent, du point de vue de la protection juridique. L'OMPI observe que, dans la pratique, les expressions de la culture et les savoirs traditionnels sont inextricablement liés et s'inscrivent dans un ensemble formant le patrimoine culturel et l'identité des communautés traditionnelles. Du point de vue de la protection juridique, ces éléments se distinguent, en ce sens qu'ils soulèvent des problèmes distincts et qu'ils renvoient à différentes branches du système de propriété intellectuelle, ainsi qu'à différents domaines d'action. Cela ne veut pas dire qu'ils devraient être séparés de manière artificielle dans le contexte communautaire. L'OMPI propose des instruments juridiques différents et un ensemble de questions générales qui se posent habituellement lorsque l'on se fonde sur la propriété intellectuelle pour protéger d'une part, les expressions de la culture, et d'autre part, les savoirs traditionnels. Par exemple, la protection des expressions de la culture selon le système de la propriété intellectuelle implique des doctrines juridiques et des choix politiques très proches de ceux qui sous-tendent le droit d'auteur et les systèmes de droits voisins, et, le cadre de politique générale approprié englobe des lois et des programmes liés à la sauvegarde et la préservation du patrimoine culturel, le respect de la liberté d'expression et la promotion de la diversité culturelle. Certaines formes d'expression culturelle sont déjà protégées par les lois internationales sur le droit d'auteur et les droits voisins, comme les interprétations et exécutions des "expressions du folklore", qui sont protégées à l'échelon international par le Traité de l'OMPI de 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Ce sont ces mécanismes politiques et juridiques qui sont appliqués lorsque l'on cherche à renforcer la protection des expressions culturelles traditionnelles. Pour ce qui concerne le savoir et le savoir-faire en tant que tel, ce sont cependant les principes du droit des brevets qui prévalent et les questions liées à la protection de l'environnement et de la biodiversité, ainsi que les mesures en matière de santé et d'agriculture, qui fondent le cadre de politique générale adéquat. Les mesures *sui generis* visant à assurer la *protection juridique* des expressions de la culture et des savoirs traditionnels peuvent, par conséquent, différer. Pour l'OMPI, il est important que les formes de protection des expressions de la culture s'inspirent et se composent de dispositions politiques et juridiques appropriées. Une solution efficace pourrait consister dans l'élaboration d'une seule et unique loi sur la protection des expressions du savoir et de la culture et les savoirs en tant que tels, qui consacrerait des sections différentes à chaque élément se rapportant à l'essence de la protection (exactement comme la possibilité pour un pays d'adopter une loi sur la propriété intellectuelle qui contienne différentes sections sur le droit d'auteur, les brevets, les marques commerciales, etc.)

Étant donné que la Loi type de 2002 pour l'Océanie est une loi fondée sur la propriété intellectuelle, les États et Territoires insulaires océaniques sont invités à examiner les remarques de l'OMPI avec la plus grande attention. Il appartient aux juristes de décider si les savoirs traditionnels qui sous-tendent les expressions de la culture seront également protégés. Les pays qui élaborent leur législation nationale en s'inspirant de la Loi type de 2002 pour l'Océanie ont toute latitude pour régler cette question. Les remarques qui précèdent ont pour but d'aider les juristes à statuer sur ce point en toute connaissance de cause. Les juristes peuvent étudier cette question en tenant compte des objectifs de protection de leur pays respectif.

e) Tous les objets protégeables devraient-ils bénéficier de la même protection en vertu de la législation ?

Dans bon nombre de communautés traditionnelles, on considère que certains savoirs traditionnels ont une plus grande valeur culturelle ou spirituelle que les autres. On dit aussi que certaines expressions sont sacrées ou secrètes, lorsque leur accès et leur utilisation sont très restreints. Par conséquent, pour élaborer la description de l'objet protégeable, les juristes peuvent mentionner les différents niveaux ou catégories de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture.

Le fait de reconnaître ces distinctions peut revêtir une importance capitale sur le plan de la protection, notamment pour ce qui concerne la durée et l'étendue de la protection, et les formalités. Il peut être opportun de prévoir des degrés et des formes de protection divers et multiples, lorsqu'il existe plusieurs catégories d'expressions. Par exemple, les expressions qui ont une valeur culturelle ou spirituelle peuvent bénéficier d'une forme de protection renforcée, alors que pour les autres expressions, en particulier celles qui sont déjà à la disposition du public ou accessibles, l'accent peut être mis sur la réglementation de leur utilisation.

Dans la Loi type de 2002 pour l'Océanie, les savoirs traditionnels et les expressions de la culture bénéficient de deux "niveaux" de protection. Le matériel secret-sacré bénéficie en effet d'un degré de protection plus élevé que les autres savoirs traditionnels et expressions de la culture, qui bénéficient de la même protection². Le Comité intergouvernemental de l'OMPI a identifié trois niveaux ou catégories d'expressions : les expressions secrètes, confidentielles ou non divulguées, les expressions qui ont une valeur culturelle ou spirituelle aux yeux des communautés, et, les autres expressions. Cette conception prévoit un niveau de protection supplémentaire par rapport à la Loi type de 2002 pour l'Océanie, en distinguant parmi les expressions qui ne sont pas secrètes ou sacrées, celles qui ont une valeur culturelle ou spirituelle.

Il est essentiel que les juristes se demandent si toutes les expressions devraient bénéficier de la même protection ou si, le cas échéant, diverses formes de protection devraient s'appliquer aux différentes catégories d'expressions. Si un pays estime qu'il devrait y avoir plusieurs formes de protection, il devra déterminer à quelles catégories appartiennent les savoirs traditionnels et les expressions de la culture. Les solutions de mise en œuvre envisageables pour ce qui concerne les différents degrés de protection sont reprises dans les sections "Étendue de la protection", "Durée de la protection" et "Formalités".

3.1.2 Informations complémentaires

Pour toute information complémentaire sur l'objet de la protection, consulter la source suivante :

- STERLING, J.A.L. *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londres (1998). Le chapitre 6 fournit des informations sur l'objet de la protection dans le système du droit d'auteur.

² Le qualificatif "secret-sacré" s'applique à tout savoir traditionnel ou expression de la culture ayant un caractère secret ou sacré selon les lois et pratiques coutumières des propriétaires traditionnels concernés (article 4). L'article 28 fonde le délit portant atteinte à un matériel secret-sacré.

3.2 Critères de protection

Après avoir fourni une description générale de l'objet, il convient de délimiter plus précisément les savoirs traditionnels et les expressions de la culture qui peuvent être protégés par la législation. En effet, dans un système *sui generis* fondé sur la propriété intellectuelle tel que la Loi type de 2002 pour l'Océanie, il est concevable que tous les savoirs traditionnels et les expressions de la culture ne soient pas protégés.

Afin de distinguer les expressions qui relèvent de l'objet en général de celles qui peuvent être protégées en vertu d'une mesure juridique particulière, les lois établissent généralement des critères de fond auxquels doivent satisfaire l'objet pour être protégé.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie ne prévoit aucun critère de protection. Les pays qui élaborent leur législation nationale pourraient gagner à établir des critères explicites de protection et à relier ces derniers à la description de l'objet protégeable.

3.2.1 Facteurs à prendre en considération

En établissant les critères auxquels doivent satisfaire les savoirs traditionnels et les expressions de la culture pour pouvoir être protégés, il convient de trouver un équilibre entre les impératifs de protection et la promotion de la créativité. Si les critères sont trop précis, la protection sera réduite. Inversement, des critères trop vagues pourraient nuire au domaine public, ce qui pourrait avoir des effets sur l'innovation et la créativité.

La question de la protection extraterritoriale se pose également. Si, dans un pays, des critères vagues et souples font qu'un grand nombre d'expressions sont protégés, il est possible qu'ailleurs, c'est-à-dire là où des critères plus stricts ont été établis, la protection s'applique à un petit nombre d'expressions. Le problème est qu'il n'existe pas pour le moment de normes internationales sur les critères de protection des expressions de la culture. Cela étant, les juristes peuvent s'inspirer des dispositions prises par le Comité intergouvernemental de l'OMPI qui, dans leur version actuelle, ou future si elles sont modifiées, sont susceptibles de devenir une forme de norme ou de règle internationale.

3.2.2 Options

Les questions suivantes ont pour but d'aider les juristes à établir des critères de protection adaptés au contexte national. Il convient de noter que ces juristes pourront être amenés à examiner des questions supplémentaires.

a) Pour être protégées, les expressions devraient-elles résulter d'une activité intellectuelle créatrice ?

Pour pouvoir être protégé au titre de la propriété intellectuelle, l'objet devrait résulter d'une activité intellectuelle créatrice, notamment être le fruit de la créativité collective³. Parmi les exemples qui illustrent ce principe figurent l'"originalité" de l'œuvre, qui est la pierre angulaire du droit d'auteur, et le critère de "nouveau" en droit des brevets. Cependant, les systèmes *sui generis* de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en vigueur n'exigent pas que l'objet protégé soit "original" ou "nouveau", car seuls les savoirs traditionnels et les expressions de la culture

³ La Convention de 1967 instituant l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle définit la "propriété intellectuelle" en se référant aux droits relatifs : aux œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, aux interprétations des artistes interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion, aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaine, aux découvertes scientifiques, aux dessins et modèles industriels, aux marques de fabrique, de commerce et de service, ainsi qu'aux noms commerciaux et dénominations commerciales, à la protection contre la concurrence déloyale, et tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique.

contemporains seraient protégés⁴. L'OMPI a également signalé que le critère d'originalité ne serait pas conforme à l'évolution des pratiques et exclurait une kyrielle de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture (WIPO/GRTKF/IC/8/4, Annexe, p. 11–15).

Ainsi, la question suivante se pose : quel critère, emprunté au droit de la propriété intellectuelle, pourrait s'appliquer de manière appropriée à la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture ? Selon l'OMPI, la "créativité intellectuelle" peut éventuellement servir de critère de base pour déterminer les expressions de la culture qui pourront être protégées (WIPO/GRTKF/IC/8/4, Annexe, p. 11–15). Les savoirs traditionnels et les expressions de la culture sont le fruit de processus intellectuels et créatifs. Ce critère permettrait donc de reconnaître la valeur créative et intellectuelle de l'objet.

Au même titre que l'"originalité" en droit d'auteur, il est peut probable qu'une description et une définition précise de la "créativité" voient le jour à l'échelon international. Si un pays juge opportun d'établir ce critère, les juristes noteront que la conformité à ce critère devra être déterminée par les autorités judiciaires compétentes au cas par cas, compte tenu de la nature des expressions culturelles et, le cas échéant, des pratiques coutumières et du contexte culturel de la communauté qui s'identifie au savoir traditionnel ou à l'expression de la culturelle.

L'OMPI et d'autres organisations se demandent si la créativité individuelle qui s'exprime dans le contexte traditionnel (comme les œuvres d'art contemporaines fondées sur la tradition et produites par un membre d'une communauté traditionnelle) peut être considérée comme une expression culturelle "traditionnelle" et, par conséquent, bénéficier d'une protection *sui generis*. Certains s'opposent à cette idée en répondant que, étant donné que la créativité contemporaine peut être protégée par le droit d'auteur, elle ne devrait pas bénéficier d'une protection *sui generis*. Ceux qui partagent ce point de vue considèrent en outre que ce principe peut générer des conflits entre le droit d'auteur classique et les systèmes *sui generis*. D'autres pensent au contraire que la créativité individuelle peut être "traditionnelle" lorsqu'elle est reconnue comme telle par la communauté de l'artiste et lorsqu'elle s'exprime dans un contexte traditionnel et coutumier.

b) Pour être protégées, les expressions devraient-elles être reliées à une communauté traditionnelle ?

La plupart, sinon la totalité, des systèmes actuels de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture supposent une forme de lien entre les savoirs traditionnels et les expressions de la culture et la communauté, et ce, pour distinguer les savoirs traditionnels et les expressions de la culture "authentiques" de ceux qui ne le sont pas, et empêcher la vente et la commercialisation d'imitations. Ce lien peut être sous-entendu par le critère selon lequel les savoirs traditionnels et les expressions de la culture doivent être "caractéristiques" de l'identité et du patrimoine culturels d'une communauté donnée.

Les termes "authentique" et "caractéristique" comportent des éléments communs. Tous deux semblent indiquer que seuls les savoirs traditionnels et les expressions de la culture qui se rattachent réellement à la communauté sont protégeables. Cependant, l'emploi du terme "authentique" a été contesté, notamment par les folkloristes. L'emploi du terme "caractéristique" peut donc être une solution moins controversée. En effet, l'"authenticité" est sous-entendue par l'exigence selon laquelle les expressions ou les éléments qui les composent doivent être "caractéristiques"; les expressions considérées comme "caractéristiques" sont donc, par définition, des expressions authentiques, reconnues comme telles par consensus tacite de la communauté concernée.

Certains systèmes ou dispositions *sui generis* définissent les qualités que devraient avoir les créateurs de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture. Ainsi, la loi des États-Unis

⁴ Les savoirs traditionnels et les expressions de la culture contemporains englobent les interprétations contemporaines, arrangements, adaptations ou collections d'objets culturels préexistants, faits par un ou des individus identifiables, mais n'incluent pas ces objets proprement dits, ni la création et l'imitation de ceux-ci.

d'Amérique de 1990 sur l'art et l'artisanat indiens ne protège que les objets d'art et d'artisanat qui sont des "produits indiens" et la Commission de l'art et de l'artisanat indiens enregistre les marques d'authenticité et de qualité. De même, le label d'authenticité australien ne peut être utilisé que par les "créateurs autochtones certifiés", tels que définis par la loi (Janke [2003], p. 134-158). De même, la marque néo-zélandaise *toi iho*TM, "de fabrication maorie", marque déposée attestant l'authenticité et la qualité des produits d'art et d'artisanat maoris, est concédée sous licence à des artistes "d'origine maorie pour être utilisée sur des œuvres produites par eux et ayant un référent maori explicite ou implicite"(Conseil des arts de Nouvelle-Zélande, sans date).

Les systèmes actuels ne donnent aucune indication sur le lieu de résidence de l'individu détenteur des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture, de l'artiste-interprète ou exécutant, ou de la communauté. En d'autres termes, tout savoir traditionnel ou expression de la culture détenu ou interprété par un individu ou une communauté vivant en dehors de son lieu d'origine géographique traditionnel est protégeable s'il demeure "caractéristique" de l'identité et du patrimoine de la communauté.

Les juristes doivent en outre se demander si les expressions qui caractérisent des communautés ou identités établies récemment seront protégées.

c) Pour être protégées, les expressions devraient-elles subsister et être utilisées par la communauté ?

Il est à déplorer que certains savoirs traditionnels ou expressions de la culture n'existent plus ou ne sont plus utilisés par les communautés traditionnelles. Cette réalité soulève une question générale, à savoir : la protection devrait-elle s'étendre aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture qui étaient autrefois caractéristiques d'une communauté traditionnelle mais qui ne demeurent plus ou qui ne sont plus utilisés par la communauté ou les personnes qui en avaient la responsabilité ? Compte tenu de la nécessité de trouver un équilibre entre la protection et la promotion de la créativité, les juristes sont invités à se prononcer sur l'opportunité d'établir le critère selon lequel les savoirs traditionnels et les expressions de la culture doivent subsister ou être utilisés ou développés par une communauté ou des personnes qui, conformément aux lois et pratiques coutumières de cette communauté, en ont le droit ou la responsabilité. Tout savoir traditionnel ou expression de la culture qui ne satisfait pas à ce critère n'est pas protégeable, même s'il est le fruit de la "créativité" et qu'il est "caractéristique" d'une communauté traditionnelle.

Si ce critère peut paraître impartial, il ne faut pas oublier que beaucoup d'États et Territoires insulaires océaniques mènent à l'heure actuelle des campagnes de préservation et de redynamisation de la culture, qui visent à lutter contre la disparition des pratiques culturelles. Si un critère de "perpétuation" ou d'"utilisation" est établi, bon nombre d'expressions n'ayant pas été utilisées récemment pourraient en fait ne pas être protégées.

3.2.3 Informations complémentaires

Pour toute information complémentaire sur les critères de protection, consulter la source suivante :

- STERLING, J.A.L. *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londres (1998). Le chapitre 7 fournit des informations sur les critères de protection dans le système du droit d'auteur.

3.3 Bénéficiaires

Le savoir traditionnel est généralement considéré comme le produit collectif d'une communauté détentrice de savoirs traditionnels (même si les innovateurs ou détenteurs de savoirs traditionnels peuvent avoir des droits personnels distincts au sein de la structure communautaire). On considère que ce sont les communautés plutôt que les individus qui sont les titulaires des prérogatives attachées à ce matériel.

C'est ce qui transparaît au travers du principe directeur de la Loi type de 2002 pour l'Océanie qui dispose que la protection devrait bénéficier aux communautés traditionnelles plutôt qu'aux individus, étant donné que les droits individuels des innovateurs ou des créateurs d'œuvres originales (notamment les droits de propriété intellectuelle existants) pourront être reconnus en vertu d'autres systèmes juridiques. La définition de cet élément implique d'étoffer ce principe.

3.3.1 Options

Les questions suivantes ont pour but d'aider les juristes à élaborer une disposition de fond sur les bénéficiaires de la protection, en tenant compte du contexte national. Il convient de noter que les juristes pourront être amenés à examiner des questions supplémentaires.

a) Quels groupes ou communautés devraient bénéficier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture ?

Les savoirs traditionnels et les expressions de la culture sont détenus par une multitude de communautés, notamment les peuples autochtones, les peuples tribaux, les communautés locales et autres communautés culturelles. En Océanie, il se peut qu'il existe plusieurs communautés détentrices de savoirs traditionnels au sein d'un même pays. La première question consiste donc à savoir quels groupes ou communautés devraient bénéficier de la protection. Il convient également de savoir si la protection devrait s'étendre à toutes les communautés détentrices de savoirs traditionnels ou seulement à certains groupes en particulier.

Les lois en vigueur sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture se fondent sur un ensemble de mécanismes. Dans certains cas, la protection ne s'applique qu'aux savoirs détenus par les communautés autochtones⁵ ; dans d'autres, les bénéficiaires sont plus nombreux et la protection s'applique aux savoirs détenus par les communautés ou peuples autochtones et locaux⁶. Le Comité intergouvernemental de l'OMPI a élaboré un projet de disposition qui indique que les mesures de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture devraient viser l'intérêt des peuples autochtones et autres communautés traditionnelles ou culturelles (WIPO/GRTKF/IC/8/4, Annexe, p. 16). Il propose également que plusieurs types de communautés puissent avoir droit à la protection de leurs savoirs traditionnels et des expressions de leur culture. En vertu de la Loi type de 2002 pour l'Océanie, les bénéficiaires de la protection sont les "propriétaires traditionnels" des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, terme suffisamment général pour englober les différentes communautés détentrices de savoirs traditionnels.

Pour identifier quels groupes ou communautés devraient être investis des droits collectifs sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture, et notamment savoir s'il conviendrait de limiter le nombre de groupes bénéficiaires, les pays devraient tenir compte de leurs objectifs de protection. Des raisons historiques ou morales peuvent également justifier le fait que certains groupes soient prioritaires sur d'autres.

⁵ C'est le cas de la loi du Panama de 2000.

⁶ C'est le cas des législations en vigueur au Bangladesh, au Brésil et au Portugal.

Si un pays juge nécessaire de limiter le nombre de groupes bénéficiaires, il peut inclure dans sa législation des critères spécifiques auxquels les groupes doivent satisfaire pour bénéficier de la protection, comme la nécessité d'être une communauté autochtone ou locale du pays en question.

b) Quelle expression devrait être employée pour désigner les groupes bénéficiaires ?

La Loi type de 2002 pour l'Océanie emploie l'expression "propriétaires traditionnels" pour désigner les bénéficiaires, afin d'englober plusieurs communautés détentrices de savoirs traditionnels. Les pays sont libres d'utiliser un autre terme pour désigner le ou les groupes bénéficiaires dans leur législation. En fonction de la réponse à la question qui précède, il peut paraître opportun d'employer, par exemple, l'expression "peuple autochtone" ou "communauté locale".

Par ailleurs, des pays peuvent opter pour un autre terme que "propriétaires". Le terme "détenteurs" est souvent considéré comme plus approprié que "propriétaires". Il est employé pour souligner le lien qui existe entre une communauté et ses savoirs traditionnels, lien qui est souvent perçu comme une forme de gardiennage.

En outre, les lois en vigueur sur la protection des savoirs traditionnels ne définissent pas toujours les bénéficiaires comme les titulaires de droits de propriété incorporelle distincts, bien que certaines aient prévu d'établir des droits distincts. Plusieurs lois utilisent l'expression "communauté locale" ou "peuple autochtone", ou une combinaison de ces termes, pour désigner les titulaires de droits. D'autres ne désignent aucun titulaire de droits, mais stipulent que les bénéficiaires sont notamment les "créateurs et détenteurs des savoirs et des informations se rapportant aux ressources biologiques". Certaines lois comportent des définitions non limitatives telles que "toute personne ayant fait enregistrer ses droits de propriété intellectuelle sur les savoirs médicaux traditionnels". La loi costaricienne prévoit que le titulaire des droits de propriété intellectuelle *sui generis* des communautés est désigné par un processus participatif.

c) Devrait-il y avoir un lien entre les bénéficiaires de la protection et les savoirs traditionnels ou les expressions de la culture protégés ?

Le fait d'exiger qu'il y ait un lien entre les bénéficiaires de la protection et l'objet protégeable peut servir à plusieurs fins. Le fait de requérir une forme de "lien de corrélation" entre les groupes bénéficiaires et les savoirs traditionnels et les expressions de la culture peut servir à s'assurer que les bons groupes bénéficient de la protection. Cela peut aussi servir à promouvoir la sûreté et la transparence du système. Ce lien pourrait être établi grâce au droit coutumier ou aux pratiques communautaires. Si aucun lien n'est établi, une communauté traditionnelle peut revendiquer les droits sur une expression de la culture qui est en fait détenue par une autre communauté traditionnelle.

Le lien de corrélation peut également servir lorsqu'un petit groupe faisant partie d'une vaste communauté détient un savoir traditionnel ou une expression de la culture que les autres membres de la communauté ne détiennent pas. Dans ce cas, il peut paraître opportun que le groupe bénéficie de la protection, plutôt que la communauté tout entière. Le groupe pourrait utiliser le lien requis afin de prouver qu'il est le bénéficiaire de la protection sur le savoir ou l'expression en question.

En fonction des liens qui pourraient être utilisés, deux types de bénéficiaires se distinguent :

Par propriétaires traditionnels de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture, on entend :

- a) le groupe, le clan ou la communauté de personnes ; ou
- b) l'individu reconnu par un groupe, un clan ou une communauté de personnes ;

à qui est confiée la garde ou la protection des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture, conformément aux lois et pratiques coutumières du groupe, du clan ou de la communauté.

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 4

- ceux qui, conformément aux lois et pratiques coutumières, sont chargés de la garde, de la protection et de la sauvegarde des savoirs traditionnels et des expressions de la culture ;
- ceux qui perpétuent, utilisent ou développent des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en tant qu'éléments caractéristiques de leur identité culturelle et sociale et de leur patrimoine culturel (ou simplement "en tant qu'éléments caractéristiques de leur patrimoine culturel traditionnel").

d) Comment le groupe bénéficiaire devrait-il être représenté ?

Après avoir défini le ou les groupes bénéficiaires en les nommant ou en les décrivant, il convient de se demander si la législation précisera la manière dont ce ou ces groupes pourront ou devront être représentés pour percevoir les avantages prévus par la législation (et faire valoir leurs droits). Les lois en vigueur sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture prévoient plusieurs mécanismes pour régler cette question, à savoir :

- l'obligation pour le groupe bénéficiaire d'avoir une personnalité juridique : les pays peuvent exiger que le groupe bénéficiaire ait une forme de personnalité juridique pour entamer des procédures judiciaires, et notamment faire appliquer leurs droits. La législation pourrait imposer une forme particulière ou prescrire que le groupe bénéficiaire désigne une personne morale distincte (par exemple, une association, un représentant légal ou un administrateur) en tant que titulaire des droits administrés pour le compte du groupe. Les juristes peuvent se fonder sur les mécanismes juridiques prévus dans leur droit national, leur expérience des droits de propriété intellectuelle détenus collectivement, comme les marques collectives, ou le droit coutumier applicable. À titre d'exemple, la loi du Panama de 2000 reprend des mécanismes existants pour que les communautés autochtones intéressées puissent être représentées par leurs conseils généraux ou leurs autorités traditionnelles ;
- la désignation d'un représentant suivant une procédure telle que l'enregistrement ou la certification : l'enregistrement ou la certification pourrait servir à s'assurer que le groupe bénéficiaire est représenté par une entité distincte. Si cette solution implique l'intervention de l'État, elle n'exige aucune formalité pour l'obtention et la conservation de la personnalité juridique. Elle pourrait en outre servir à promouvoir les règles et pratiques coutumières de la communauté, s'il est précisé que les groupes bénéficiaires désignent leur(s) représentant(s) suivant les pratiques coutumières et informent l'organisme étatique concerné, en vue de l'enregistrement ou de la certification. La loi pourrait tout aussi bien établir un critère auquel la communauté devrait satisfaire pour s'enregistrer en tant que groupe bénéficiaire. Un tel critère pourrait reprendre n'importe quel lien requis entre la communauté et les savoirs traditionnels et les expressions de la culture. En Thaïlande, la loi sur la protection des variétés végétales de 1999 stipule qu'"une personne pleinement capable, résidente, héritant communément de la culture et perpétuant celle-ci continuellement, qui agit en faveur de la conservation et du développement de la variété végétale [...] peut s'enregistrer en tant que communauté, conformément à la présente loi". Au Portugal, la représentation revendiquée par une entité publique ou privée pour l'enregistrement d'une variété végétale locale doit être validée par la chambre municipale compétente ;
- aucune obligation de représentation : il n'est pas nécessaire que le groupe bénéficiaire soit désigné comme des "propriétaires distincts". La législation pourrait ne contenir aucune disposition sur la représentation et laisser la question ouverte à toute forme de représentation. La propriété intellectuelle ne doit pas forcément être détenue séparément par des titulaires de droits distincts. Certains droits de propriété intellectuelle tels que les indications géographiques n'exigent pas non plus de "propriétaires" distincts et peuvent être administrés par l'État, au nom de groupes de producteurs remplissant les conditions requises. Les marques collectives et les marques de certification peuvent être protégées au nom d'un groupe de bénéficiaires. Lorsque le "droit" se limite au droit de réclamer certaines réparations ou mesures judiciaires, il se peut qu'il ne soit pas nécessaire de désigner un titulaire précis et il peut être possible de définir les parties intéressées ou lésées qui ont qualité pour ester en justice. Le fait que le groupe bénéficiaire se voit conférer des droits dans d'autres pays sans qu'il y ait de titulaire de droits distincts aura des conséquences

sur le plan de la protection internationale⁷. La Loi type de 2002 pour l'Océanie ne prévoit aucune disposition sur la manière dont les "propriétaires traditionnels" pourront ou devront être représentés dans le cadre de la législation. Cela n'est pas une disposition mais plutôt le reflet d'une approche globale. En tant qu'instrument de haut niveau, la Loi type de 2002 pour l'Océanie prévoit que les questions comme la représentation seront réglées à l'échelon national. Les pays peuvent donc choisir d'instaurer une obligation de représentation ou de laisser la question ouverte. Si un pays opte pour la seconde solution, toute personne souhaitant utiliser un savoir traditionnel ou une expression de la culture déposera une demande auprès de l'Autorité culturelle établie par la législation, qui suivra ensuite la procédure indiquée pour identifier les propriétaires traditionnels concernés.

e) L'État devrait-il intervenir en tant que bénéficiaire ?

S'il est bien établi que les communautés qui détiennent les savoirs traditionnels et les expressions de la culture devraient être les bénéficiaires de la protection, il peut, dans certains cas, paraître opportun que l'État joue également un rôle en tant que bénéficiaire. Par exemple, lorsqu'il est difficile d'identifier les groupes qui détiennent les droits sur certaines expressions, notamment les expressions communes à plusieurs communautés, l'État pourrait percevoir les bénéfices de la protection au nom des communautés et les utiliser pour financer des programmes qui profitent à l'ensemble des communautés concernées. Dans les lois en vigueur qui vont dans ce sens, il est prévu que les bénéfices de la protection soient affectés à des programmes liés au patrimoine national, au bien-être social et à la culture, au profit des communautés traditionnelles en général et sans que le produit ne leur soit directement reversé. En outre, lorsqu'il est difficile de reverser les bénéfices de la protection au groupe bénéficiaire, l'État pourrait servir d'intermédiaire et recevoir les bénéfices au nom du groupe, pour ensuite les lui reverser.

Si l'État agit en tant que bénéficiaire, les juristes peuvent se demander si celui-ci devrait également intervenir dans la gestion et l'application des droits, étant donné que les communautés traditionnelles rencontrent souvent des difficultés dans ces domaines (voir les sections "Gestion des droits" et "Application des droits").

f) Comment la question du lien entre le groupe bénéficiaire et le créateur individuel peut-elle être réglée ?

Lorsqu'un individu est l'auteur d'une création fondée sur la tradition dans son contexte coutumier, celle-ci est considérée du point de vue communautaire comme le produit d'une création collective. Cela renvoie aux caractéristiques essentielles des créations "traditionnelles", qui contiennent des motifs, un style ou d'autres éléments caractéristiques et distinctifs d'une tradition et d'une communauté qui perpétue et utilise celles-ci. La création n'est pas "possédée" par l'individu mais "contrôlée" par la communauté, conformément aux systèmes juridiques et aux pratiques coutumiers. C'est ce qui donne à cette création son caractère "traditionnel" et ce qui justifie que les bénéfices reviennent à la communauté plutôt qu'aux individus en vertu de la loi.

S'agissant de la manière dont les droits des créateurs individuels devraient être pris en compte au sein de leur communauté, la Loi type de 2002 pour l'Océanie s'en remet au droit et aux pratiques coutumiers. Le droit coutumier définit souvent les modalités d'attribution des droits et des bénéfices au sein d'une communauté, notamment des droits individuels sur les savoirs traditionnels. Il pourra en être de même pour les droits individuels qui pourront être conférés en vertu du système actuel de propriété intellectuelle. Les pays sont évidemment libres d'adopter des dispositions réglant la question du lien entre les créateurs individuels et leur communauté. Toutefois, le recours de telles dispositions n'est généralement pas jugé nécessaire.

⁷ Bien que, en ce qui concerne les marques collectives, la Convention de Paris prévoit de protéger "les marques collectives appartenant à des collectivités dont l'existence n'est pas contraire à la loi du pays d'origine, même si ces collectivités ne possèdent pas un établissement industriel ou commercial" (article 7^{bis}).

g) Peut-il y avoir deux ou plusieurs groupes titulaires de droits sur des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture ?

Dans certains cas, deux ou plusieurs communautés traditionnelles d'un pays peuvent partager des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture identiques ou similaires. Par ailleurs, des communautés de différents pays, voire de différentes régions, peuvent revendiquer les mêmes savoirs traditionnels ou expressions de la culture. Cette situation peut créer des droits concurrents sur des expressions identiques ou similaires et, par conséquent, il sera nécessaire de préciser les questions d'attribution des droits ou de répartition des avantages parmi les communautés concernées. Étant donné qu'il ne s'agit pas de savoir quels groupes devraient bénéficier de la protection, mais plutôt comment les bénéfices devraient être répartis, cette question est traitée dans la section "Gestion des droits". Dans la présente section, il est utile de noter qu'il peut y avoir deux ou plusieurs groupes titulaires de droits sur des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture et que des dispositions devront être prévues pour prendre en compte ces intérêts multiples.

3.3.2 Informations complémentaires

Pour toute information complémentaire sur les bénéficiaires de la protection, consulter la source suivante :

- STERLING, J.A.L. *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londres (1998). Le chapitre 5 fournit des informations sur les bénéficiaires de la protection dans le système du droit d'auteur.

3.4 Étendue de la protection

La protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture est un élément essentiel de la loi envisagée. Étant donné que les Principes directeurs portent sur la création d'un système *sui generis* fondé sur la propriété intellectuelle (inspiré de la Loi type de 2002 pour l'Océanie), la protection prévue par la législation est la même que celle qui est généralement conférée par le système de propriété intellectuelle, c'est-à-dire la protection contre l'utilisation illicite et l'appropriation abusive⁸. Il est important de rappeler que ce type de protection est clairement axé sur la propriété intellectuelle. Il est admis que les attentes en matière de protection sont susceptibles de cibler d'autres sujets de préoccupation que l'utilisation illicite et l'appropriation abusive. Par conséquent, cette section fournit des informations générales sur le cadre global de protection dans lequel la loi peut s'inscrire.

La protection prévue par la Loi type de 2002 pour l'Océanie repose sur des assises juridiques semblables à celles sous-tendant le droit d'auteur et les droits voisins. Elle comprend :

- i. des droits de propriété exclusifs⁹ lorsque l'utilisation des savoirs traditionnels et des expressions de la culture requiert le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels. Ainsi, toute utilisation desdits savoirs ou expressions faite sans le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels, alors que la législation l'impose, sera considérée comme une utilisation illicite et/ou une appropriation abusive ; et
- ii. les droits moraux des propriétaires traditionnels sur leurs savoirs traditionnels et les expressions de leur culture.

La définition de cet élément suppose que les juristes définissent l'étendue de ces droits, c'est-à-dire les cas d'utilisation, d'appropriation et d'omission qui devraient être interdits, nécessiter une autorisation ou être réglementés d'une quelconque manière. Les juristes doivent en outre se demander si différentes formes de protection devraient être appliquées aux diverses catégories de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture, le cas échéant.

3.4.1 Éléments d'information

a) Quels cas d'utilisation, d'appropriation et d'omission se rapportant aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture inquiètent fréquemment les communautés traditionnelles ?

Tout d'abord, il est admis que les communautés traditionnelles sont multiples et qu'elles sont susceptibles d'avoir des avis divergents sur ce point. Il serait utile que les juristes cernent les problèmes en suivant une procédure méthodique, afin de mieux cerner les cas d'utilisation, d'appropriation ou d'omission qui sont une source de préoccupation pour les communautés traditionnelles dans leur pays respectif.

Les cas d'utilisation, d'appropriation ou d'omission se rapportant aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture qui inquiètent fréquemment les communautés traditionnelles comprennent, entre autres :

- a) la reproduction, l'adaptation et la commercialisation non autorisées des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, sans partage des avantages économiques. Il pourrait s'agir de

⁸ Ainsi qu'il a été mentionné précédemment, la loi assure une protection de la propriété intellectuelle, et non une protection générale, et ne porte pas sur la "sauvegarde" et la "préservation" du patrimoine culturel.

⁹ La forme juridique de la protection devra avoir été approuvée au moment de l'évaluation des principes généraux de la Loi type de 2002 pour l'Océanie (étape I des Principes directeurs).

l'enregistrement d'une musique traditionnelle, la reproduction de tableaux et la photographie de parures de perles et de vêtements portés par des membres d'une communauté autochtone ou traditionnelle ;

- b) l'appropriation de langages traditionnels tels que des mots, des symboles et d'autres signes distinctifs propres aux communautés traditionnelles et autochtones, qui sont utilisés en dehors de leur contexte traditionnel par des personnes n'appartenant pas à ces communautés ;
- c) l'utilisation de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture qui s'avère insultante, dégradante et/ou culturellement et spirituellement offensante. Il pourrait, par exemple, s'agir de la modification d'une expression pour l'adapter aux marchés étrangers ou de l'exécution d'un rite dans un contexte et un environnement inappropriés ;
- d) l'omission de la mention de la source traditionnelle d'une création ou d'une innovation fondée sur la tradition. Il pourrait, par exemple, s'agir de l'insertion d'une musique traditionnelle dans un album de "musique du monde", sans que la source de la musique ne soit citée ;
- e) l'appropriation de la renommée ou du caractère distinctif des savoirs traditionnels et des expressions de la culture de manière à évoquer un produit traditionnel authentique, en fournissant des indications fausses ou fallacieuses sur son authenticité ou son origine, ou en imitant des procédés de fabrication et le "style" traditionnels. Il pourrait notamment s'agir de la commercialisation de souvenirs traditionnels portant abusivement la mention "autochtone", "de fabrication indienne" ou "authentique";
- f) l'accès non autorisé au matériel secret-sacré, et, la divulgation et l'utilisation de ce matériel. Il pourrait, par exemple, s'agir de la divulgation au public du matériel secret et/ou qui revêt une importance cruciale sur le plan culturel, tels que des sites et des objets tribaux qui ont une forte dimension religieuse et culturelle ;
- g) la fixation non autorisée d'une interprétation ou exécution en direct de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture et les actes ultérieurs découlant de cette fixation. Il pourrait, par exemple, s'agir de la photographie de chants et de danses interprétés ou exécutés en direct par des membres des communautés autochtones, la reproduction et la publication de ces photographies sur DVD, cassettes audio, cartes postales ou Internet ;
- h) l'octroi de droits de propriété intellectuelle erronés sur des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et des œuvres dérivées. Par exemple, un brevet a été délivré pour le procédé de fabrication des "steel drums" des Caraïbes ; et
- i) l'exploitation d'œuvres dérivées créées par des individus (en particulier ceux qui n'ont rien à voir avec les traditions et le matériel culturel qu'ils ont adaptés ou dont ils se sont inspirés) et l'acquisition de droits de propriété intellectuelle sur des dérivations et adaptations de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture, et des représentations.

b) Quelles dispositions peuvent-être prévues pour répondre à ces questions ?

Il apparaît que la majorité des cas d'utilisation, d'appropriation ou d'omission sont de même nature que ceux observés en droit de propriété intellectuelle. Il est admis qu'il peut y avoir d'autres sujets de préoccupation qui ne relèvent pas des cas d'utilisation, d'appropriation ou d'omission se rapportant aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture, comme la disparition des savoirs. Ces cas devront faire l'objet de dispositions complémentaires.

Étant donné la gravité des problèmes mentionnés précédemment, il est évident qu'une série de dispositions juridiques seront nécessaires. Par ailleurs, il est incontestable que la protection devra s'appliquer non seulement aux expressions elles-mêmes, mais aussi à la renommée et au caractère distinctif qui y sont associés et/ou à leur procédé de fabrication (notamment lorsqu'il s'agit de produits

artisans et de textiles). Certaines de ces questions peuvent être réglées par l'application des mécanismes du droit de propriété intellectuelle classique, à savoir le droit d'auteur, les marques commerciales, les dessins, les brevets et les mesures contre la concurrence déloyale, alors que d'autres exigeront la création de nouveaux droits de propriété intellectuelle par l'adoption de lois *sui generis* telles que la Loi type de 2002 pour l'Océanie.

Le tableau 1 expose les dispositions qui pourraient être prévues pour apaiser les préoccupations des communautés traditionnelles concernant les cas d'utilisation, d'appropriation et d'omission se rapportant aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture. Ces dispositions ne sont pas incompatibles.

Tableau 1 : Dispositions visant à apaiser les préoccupations des communautés traditionnelles concernant les cas d'utilisation, d'appropriation et d'omission se rapportant aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture

Préoccupations des communautés traditionnelles	Dispositions	Exemples
<p>a. Reproduction, adaptation et commercialisation non autorisées des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, sans partage des avantages économiques</p>	<p>Les savoirs traditionnels et les expressions de la culture qui remplissent les critères de protection par le droit d'auteur peuvent être protégés par les lois en vigueur sur le droit d'auteur.</p>	<p>Parmi les exemples de lois sur le droit d'auteur en Océanie figurent la loi néo-zélandaise de 1994 (<i>Copyright Act 1994</i>), la loi australienne de 1968 (<i>Copyright Act 1968</i>), la loi fidjienne de 1999 (<i>Copyright Act 1999</i>) et la loi du Samoa de 1998 (<i>Copyright Act 1998</i>).</p>
	<p>Lorsque les savoirs traditionnels et les expressions de la culture ne remplissent pas les critères de protection par le droit d'auteur, il est possible d'adopter des lois <i>sui generis</i> qui créent des droits exclusifs sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture semblables à ceux généralement conférés par le droit d'auteur. Ces droits peuvent s'étendre à des actes tels que la reproduction, l'adaptation, l'exécution publique, la mise en circulation, la récitation publique, la communication au public, la création d'œuvres dérivées et l'importation de copies ou d'adaptations non autorisées par la législation du pays importateur.</p>	<p>Parmi les exemples de lois <i>sui generis</i> en vigueur qui créent des droits exclusifs sur les expressions de la culture semblables à ceux prévus par le droit d'auteur figurent la Loi type de 2002 pour l'Océanie, la Loi type de Tunis de 1976 et la loi du Panama de 2000.</p>
	<p>S'agissant plus particulièrement des objets artisanaux, il est possible de prévoir expressément une protection des dessins en tant qu'expressions tangibles de la culture.</p>	<p>La loi néo-zélandaise de 1953 sur les dessins (<i>Designs Act 1953</i>) et la loi australienne de 2003 sur les dessins (<i>Designs Act 2003</i>) sont deux exemples.</p>
<p>b. Appropriation de langages traditionnels tels que les mots, les symboles et autres signes distinctifs propres aux communautés traditionnelles et autochtones, qui sont utilisés en dehors de leur contexte traditionnel, par des personnes n'appartenant pas à ces communautés</p>	<p>Des clauses de protection défensives peuvent empêcher les tiers d'acquérir des droits sur les mots, les symboles et autres signes traditionnels. Elles n'empêcheront pas l'utilisation proprement dite, mais seront dissuasives.</p>	<p>La loi néo-zélandaise de 2002 sur les marques de fabrique ou de commerce (<i>Trade Marks Act 2002</i>) contient une disposition visant à empêcher l'enregistrement de marques susceptibles d'offenser une partie importante de la communauté, notamment les Maoris (article 17).</p>

Préoccupations des communautés traditionnelles	Dispositions	Exemples
c. Utilisations de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture qui sont insultantes, dégradantes et/ou culturellement et spirituellement offensantes	Les principes qui sous-tendent les droits moraux dans les lois sur le droit d'auteur peuvent servir à interdire les utilisations insultantes, dégradantes et culturellement et spirituellement offensantes des savoirs traditionnels et des expressions de la culture.	La loi néo-zélandaise de 1994 sur le droit d'auteur et la Loi type de 2002 pour l'Océanie contiennent des dispositions sur les droits moraux.
d. Omission de la mention de la source traditionnelle d'une création ou d'une innovation fondée sur la tradition	Les principes qui sous-tendent les droits moraux dans les lois sur le droit d'auteur peuvent servir à assurer la protection contre l'omission de la source ou la fourniture d'indications fallacieuses quant à la source.	Les Dispositions types de 1982, la Loi type de 2002 pour l'Océanie et de nombreux autres systèmes de protection des expressions de la culture fondés sur le droit d'auteur prévoient des droits et des sanctions en cas d'omission de la source.

Préoccupations des communautés traditionnelles	Dispositions	Exemples
<p>e. Appropriation de la renommée ou du caractère distinctif des savoirs traditionnels et des expressions de la culture de manière à évoquer un produit traditionnel authentique, en fournissant des indications fausses ou fallacieuses sur son authenticité ou son origine, ou en imitant des procédés de fabrication et le “style” traditionnels. Il pourrait notamment s’agir de la commercialisation de souvenirs traditionnels portant abusivement la mention “autochtone”, “de fabrication indienne” ou “authentique”.</p>	<p>Les mécanismes juridiques visant à protéger la renommée (le caractère distinctif, le “style” et l’“authenticité”) des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et à empêcher les allégations fausses et mensongères d’“authenticité”, d’origine, de lien ou d’approbation par une communauté comprennent notamment :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les marques de certification ; - les indications géographiques ; et - les dispositions contre la concurrence et les pratiques commerciales déloyales. 	<p>Parmi les exemples de marques de certification figurent la marque néo-zélandaise <i>toi iho</i>TM “de fabrication maorie” ainsi que le label d’authenticité australien.</p> <p>Des indications géographiques sont utilisées au Portugal, au Mexique et en Russie pour protéger les savoirs traditionnels et les expressions de la culture.</p> <p>S’agissant des dispositions prises contre la concurrence et les pratiques commerciales déloyales, en Australie, une entreprise s’est vu interdire d’utiliser l’expression “art aborigène” ou le terme “authentique” pour décrire ou évoquer sa gamme de souvenirs d’inspiration autochtone peints ou taillés à la main, à moins d’avoir des raisons de penser que ces objets d’art ou ces souvenirs ont été peints ou taillés par des personnes d’origine aborigène.</p>
<p>f. Accès non autorisé au matériel secret-sacré, et, divulgation et utilisation de ce matériel</p>	<p>La prévention de l’exploitation du matériel secret-sacré peut reposer sur les principes relatifs à la concurrence déloyale, aux informations confidentielles et non divulguées, à l’abus de confiance et à d’autres questions analogues.</p>	<p>En Australie, dans l’affaire Foster contre Mountford¹⁰, le tribunal s’est fondé sur la doctrine de la <i>common law</i> relative aux informations confidentielles pour interdire la publication d’un livre contenant des informations confidentielles sur le plan culturel. Il a jugé que la publication du livre pouvait révéler des informations d’une importance cruciale pour les Aborigènes sur le plan religieux et culturel, informations qui avaient été communiquées au défendeur (un anthropologue) à titre confidentiel, et que la divulgation de ces informations équivalait à un abus de confiance.</p>

¹⁰ 29 FLR 233 (1976)

Préoccupations des communautés traditionnelles	Dispositions	Exemples
g. Fixation non autorisée d'une interprétation ou exécution en direct de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture et les actes ultérieurs découlant de cette fixation	Le Traité de l'OMPI de 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes assure la protection des droits moraux et patrimoniaux des artistes-interprètes ou exécutants d'expressions de la culture.	La Nouvelle-Zélande n'a pas signé le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996. La loi néo-zélandaise de 1994 sur le droit d'auteur contient cependant des dispositions sur les droits des artistes-interprètes ou exécutants (partie 9) et confèrent à ces derniers certains droits limités afin de contrôler l'exploitation de leur exécution, lorsque ceux-ci n'y ont pas consenti. Toutefois, la notion de propriété collective n'existe pas et les membres de la communauté n'ont aucun droit collectif sur l'interprétation ou exécution du groupe.

Préoccupations des communautés traditionnelles	Dispositions	Exemples
h. Acquisition par des tiers de droits de propriété intellectuelle erronés sur des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et leurs dérivés	Des clauses de protection défensives peuvent empêcher l'acquisition de droits de propriété intellectuelle erronés sur des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, telles que la prévention de l'enregistrement non autorisé de signes, symboles et autres emblèmes autochtones en tant que marque de commerce.	La loi néo-zélandaise de 2002 sur les marques de fabrique et de commerce contient une disposition visant à empêcher l'enregistrement des marques susceptibles d'offenser une partie importante de la communauté, notamment les Maoris (article 17).
i. Exploitation des œuvres dérivées créées par des individus (en particulier ceux qui n'ont rien à voir avec les traditions et le matériel culturel qu'ils ont adaptés ou dont ils se sont inspirés) et acquisition de droits de propriété intellectuelle sur des dérivations et des adaptations de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture, et des représentations	<p>Le droit d'adaptation désigne le droit d'un ou des auteurs de contrôler la transformation de leur œuvre en un autre type d'œuvre, comme la traduction ou la production d'un scénario à partir d'un livre. Toutes les adaptations impliquent, sans conteste, une reproduction lorsque les principaux éléments de l'œuvre adaptée existent déjà. Cependant, bon nombre de législations nationales distinguent le droit d'adaptation du droit de reproduction.</p> <p>Lors des sessions du Comité intergouvernemental de l'OMPI, il a été observé que certaines questions juridiques et de politique générale essentielles concernaient le droit d'adaptation, le droit de créer des œuvres dérivées et la détermination d'exceptions et limitations appropriées. Ce sont souvent l'adaptation et la commercialisation d'éléments traditionnels par des "étrangers" qui causent le plus de dommages sur le plan culturel et économique. Il a été suggéré d'appliquer une réglementation collective de l'exploitation des œuvres dérivées créées par des individus, en particulier lorsque ceux-ci n'ont rien à voir avec les traditions et le matériel culturels qu'ils ont adaptés ou dont ils se sont inspirés. Il a également été observé que le droit d'auteur et les autres mécanismes du système de propriété intellectuelle ne devraient pas s'appliquer aux créations fondées sur la tradition qui ont été créées par des étrangers. Cependant, il a en outre été proposé que les droits sur les œuvres dérivées soient pleinement reconnus et respectés, sans que leur application soit remise en cause par de tels engagements, car la reconnaissance de tels droits vise à encourager et à promouvoir la créativité fondée sur les</p>	<p>Les Dispositions types de 1982, la Loi type de Tunis de 1976, l'Accord de Bangui et d'autres systèmes <i>sui generis</i> et lois nationales ne réglementent généralement pas l'exploitation des œuvres dérivées. Les Dispositions types de 1982 ne prévoient pas de droit d'adaptation mais comprennent une vaste "exception d'emprunt".</p> <p>La Loi type de 2002 pour l'Océanie régit la manière dont les œuvres dérivées peuvent être exploitées et impose aux créateurs d'œuvres dérivées certaines obligations envers la communauté concernée. Elle exige un partage des avantages offrant aux propriétaires traditionnels une compensation équitable, sous une forme monétaire ou non, lorsqu'une œuvre dérivée ou des savoirs traditionnels et des expressions de la culture sont utilisés à des fins commerciales. Elle exige en outre que le créateur respecte les droits moraux de la communauté concernée sur les traditions et le patrimoine sous-jacents utilisés, notamment en mentionnant la communauté.</p> <p>Lors des sessions du Comité intergouvernemental de l'OMPI, il a été suggéré d'appliquer un droit d'adaptation sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture qui ont une valeur culturelle ou spirituelle particulière, sous réserve d'un enregistrement ou d'une notification préalable. Pour ce qui est des autres savoirs traditionnels et expressions de la culture, il n'y aurait pas de droit d'adaptation en tant que tel, ni de clauses interdisant l'acquisition par leur créateur de droits de propriété intellectuelle sur les œuvres dérivées. Il n'y</p>

Préoccupations des communautés traditionnelles	Dispositions	Exemples
	<p>traditions. D'après certains, c'est précisément ainsi que le système de propriété intellectuelle doit fonctionner, à savoir non pas récompenser la préservation du passé, mais plutôt le revitaliser et stimuler la créativité fondée sur la tradition, en vue de favoriser la croissance économique. Tout droit d'auteur sur une œuvre dérivée ne porte que sur l'élément nouveau et ne concerne pas l'élément sous-jacent.</p>	<p>aurait pas non plus, dans tous les cas, de clauses s'opposant au simple fait de s'inspirer d'un matériel protégé, comme dans le cadre du droit d'auteur, conformément à la dichotomie idée/expression. Par contre, des clauses régleraient la manière dont les œuvres dérivées peuvent être exploitées.</p>

c) Quelles clauses de protection juridique peuvent être prévues par la législation ?

Il est utile de se demander en quoi la protection conférée par les lois *sui generis* telles que la Loi type de 2002 pour l'Océanie contribue à mettre en œuvre le cadre général de protection. En s'inspirant du tableau 1, les juristes peuvent choisir d'appliquer des principes empruntés aux lois en vigueur sur la propriété intellectuelle, et à celles qui ont été remaniées (par l'ajout de clauses *sui generis*), aux systèmes *sui generis* fondés sur la propriété intellectuelle (comme les lois qui s'inspirent de la Loi type de 2002 pour l'Océanie) et à la *common law* (comme l'abus de confiance), pour mettre en œuvre le cadre général de protection.

La protection qui peut être prévue par des dispositions fondées sur la Loi type de 2002 pour l'Océanie s'étend notamment :

- au droit d'autoriser ou d'interdire la reproduction non autorisée, l'adaptation et la commercialisation ultérieure de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture ;
- à l'appropriation de langages traditionnels tels que des mots, des symboles et d'autres signes distinctifs propres aux communautés traditionnelles et autochtones qui sont utilisés en dehors de leur contexte traditionnel, par des personnes n'appartenant pas à ces communautés ;
- aux utilisations de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture qui sont insultantes, dégradantes et/ou culturellement et spirituellement offensantes ;
- à l'omission de la mention de la source traditionnelle d'une création ou d'une innovation fondée sur la tradition ; et
- à l'exploitation des œuvres dérivées créées par des individus en dehors du contexte traditionnel.

Ces clauses s'inspirent de la protection habituellement conférée par le droit d'auteur et les droits voisins, à savoir la protection contre l'utilisation illicite, l'appropriation abusive et les cas d'omission.

3.4.2 Options

Les questions suivantes ont pour but d'aider les juristes à résoudre les problèmes liés à l'élaboration d'une politique de fond sur l'étendue de la protection, en tenant compte du contexte national. Il convient de noter que les juristes pourront être amenés à examiner des questions supplémentaires.

a) Quels actes concernant les savoirs traditionnels et les expressions de la culture devraient être réglementés ?

L'étendue des actes qui seront réglementés est un élément central de la protection. Les droits exclusifs accordés en vertu du droit d'auteur s'étendent à des actes tels que la reproduction, l'adaptation, la réalisation d'œuvres dérivées et l'importation. Bon nombre de lois nationales sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture prévoient ce type de droits patrimoniaux conférés par le droit d'auteur, car la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture se fonde sur le droit d'auteur. Pour déterminer les utilisations qui devraient exiger le consentement préalable et éclairé des communautés traditionnelles, les juristes peuvent se reporter à la liste suivante, qui reprend les utilisations réglementées en vertu des lois en vigueur sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture :

- la reproduction ;
- l'adaptation ;
- la représentation ou l'exécution publique ;

- la distribution ;
- la récitation publique ;
- la communication au public ;
- la création d'œuvres dérivées ; et
- l'importation (de copies ou d'adaptations non autorisées par la législation du pays importateur).

Les juristes peuvent également se reporter au deuxième alinéa de l'article 7 de la Loi type de 2002 pour l'Océanie qui dispose que :

Les utilisations suivantes de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture exigent le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels [...] :

- a. reproduire les savoirs traditionnels ou expressions de la culture ;
- b. publier les savoirs traditionnels ou expressions de la culture ;
- c. représenter en public ou exposer les savoirs traditionnels ou expressions de la culture ;
- d. faire connaître au public les savoirs traditionnels ou expressions de la culture par radiodiffusion ou télédiffusion, par satellite, par câble ou par tout autre moyen de communication ;
- e. traduire, adapter, arranger, transformer ou modifier les savoirs traditionnels ou expressions de la culture ;
- f. fixer les savoirs traditionnels ou expressions de la culture par quelque procédé que ce soit, tel que la photographie, l'enregistrement sonore ou filmé ;
- g. rendre public l'accès aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture en ligne ou par courrier électronique (par un chemin d'accès ou par une combinaison de chemins, ou par les deux moyens) ;
- h. créer des œuvres dérivées ;
- i. représenter, utiliser, offrir à la vente, vendre, importer ou exporter des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture, ou encore des produits en dérivant ;
- j. utiliser les savoirs traditionnels ou expressions de la culture sous quelque autre forme matérielle;

si ces utilisations ne relèvent pas d'un usage coutumier (qu'elles soient ou non de nature commerciale).

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 7, alinéa 2

À ce stade, il est utile de mentionner brièvement que la loi devrait définir le contexte dans lequel les actes seront réglementés. Par exemple, dans la Loi type de 2002 pour l'Océanie, seuls les actes ne relevant pas d'un usage coutumier sont réglementés. En conséquence, la protection s'étend uniquement aux utilisations de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture qui sont faites en dehors du contexte traditionnel et coutumier, que ce soit ou non à des fins commerciales. Cette disposition est conforme au principe directeur selon lequel la législation ne devrait pas restreindre ou entraver l'usage, l'échange et la transmission des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, conformément aux lois et pratiques coutumières, qu'ils soient ou non de nature commerciale. Ce point est repris plus loin dans la section "Exceptions et limitations".

b) Quels actes ne devraient pas être réglementés par la législation ?

Il arrive souvent que des actes ne soient pas réglementés par la loi. Il s'agit d'"exceptions" ou de "limitations". Ce point est développé dans la section suivante, intitulée "Exceptions et limitations".

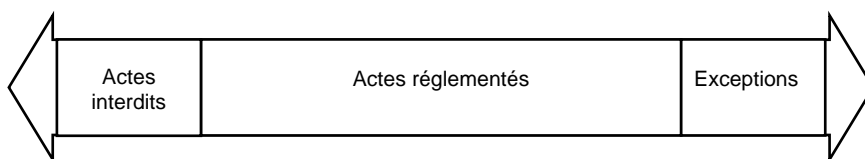
c) Certains actes se rapportant aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture devraient-ils être interdits ?

Il est probable que les communautés traditionnelles considèrent que certains actes ne devraient en aucun cas être permis. Les juristes doivent tenir compte du droit et des pratiques coutumiers pour statuer sur cette question. Le fait d'interdire certains actes permet non seulement d'augmenter le degré de protection lorsque cela est nécessaire, mais aussi d'indiquer clairement aux utilisateurs potentiels les limites des usages autorisés.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie interdit toute utilisation non-coutumière de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture sacrés et secrets (article 28).

d) Quelle est le lien entre les actes interdits, ceux qui sont réglementés et les exceptions ?

Même si ces informations ne relèvent pas à proprement parler des questions générales, elles peuvent aider les juristes à mieux cerner le sujet.



Les actes interdits et les exceptions ont un point commun en ce sens qu'ils ne sont pas concernés par l'obligation d'obtenir le consentement préalable et éclairé des communautés traditionnelles. Par contre, ils sont tout à fait opposés, étant donné qu'ils se situent chacun à une extrémité de la figure et qu'ils sont exclus de différentes manières. L'interdiction défend complètement certaines utilisations et, par conséquent, l'obligation d'obtenir le consentement préalable et éclairé ne s'applique pas. À l'inverse, l'exception prévoit que certaines utilisations ne nécessitent pas le consentement préalable et éclairé et peuvent se faire, généralement sous réserve que lesdites utilisations respectent certaines conditions.

e) Quels droits moraux sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture devraient être créés ?

Les droits moraux vont de pair avec la protection de la personnalité du créateur ou de l'auteur, l'intégrité de l'œuvre, etc. (Sterling (1998), p. 279) Si l'étendue des droits moraux diffère selon les pays, certains éléments sont tout à fait semblables : dans les lois nationales, les droits moraux figurent presque toujours dans un article distinct de celui consacré aux droits patrimoniaux, les droits moraux ne sont pas cessibles, même s'ils peuvent se transmettre à des héritiers ou les successeurs, et enfin, la durée de la protection des droits moraux est la même que pour les droits patrimoniaux, voire plus longue. En outre, dans les pays de droit romain, lorsque les droits moraux et les droits patrimoniaux s'opposent, c'est vraisemblablement le droit moral qui prévaut (Sterling (1998), p. 279).

Pour déterminer les droits moraux qui devraient être créés, les juristes noteront que les lois nationales sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et les lois sur le droit d'auteur prévoient fréquemment les types de droits moraux suivants :

- le droit de protéger les savoirs traditionnels et les expressions de la culture contre les utilisations insultantes, dégradantes et offensantes sur le plan culturel et spirituel ;

- le droit d'attribution de la propriété des savoirs traditionnels et des expressions de la culture ;
- le droit de contester l'attribution qui leur est faite de la propriété d'un savoir traditionnel ou d'une expression de la culture qui ne leur appartient pas.

Il existe d'autres types de droits moraux tels que le droit de divulgation (le droit de décider quand, où et comment l'œuvre sera divulguée, à une ou plusieurs personnes) et le droit de retrait (le droit de l'auteur de retirer son œuvre du marché après sa publication parce que celui-ci a changé d'avis), mais ces derniers sont rarement prévus par les lois nationales sur la protection des expressions culturelles traditionnelles.

f) Comment les actes se rapportant aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture devraient-ils être réglementés ?

Après avoir identifié les actes qui devraient être réglementés, il convient de se demander comment ces actes devraient être réglementés. Cette question est en grande partie prédéterminée par :

- la forme juridique de la protection conférée par la Loi type de 2002 pour l'Océanie, qui comprend des droits de propriété exclusifs permettant aux titulaires de droits d'autoriser ou d'interdire l'accomplissement de certains actes par des tiers ; et
- le principe directeur de la Loi type de 2002 pour l'Océanie selon lequel les communautés traditionnelles sont les propriétaires, les dépositaires et les gardiens des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et les personnes responsables au premier chef des décisions concernant leur utilisation.

En se fondant sur ces facteurs, la Loi type de 2002 pour l'Océanie réglemente les actes concernant les savoirs traditionnels et les expressions de la culture en précisant que certaines utilisations requièrent le **consentement préalable et éclairé** des propriétaires traditionnels. Il s'agit dans le texte des "**droits culturels traditionnels**". Toute utilisation des savoirs traditionnels et des expressions de la culture faite sans le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels, alors que la loi l'impose, sera considérée comme une utilisation illicite et/ou une appropriation abusive (ou, dans le cadre de poursuites judiciaires, une "violation"). Par conséquent, pour entreprendre un acte légitime, l'utilisateur potentiel devra obtenir le consentement préalable et éclairé de la communauté traditionnelle concernée.

Concrètement, la Loi type de 2002 pour l'Océanie prévoit une procédure complexe pour obtenir le consentement préalable et éclairé des communautés traditionnelles intéressées. En ce qui concerne l'obligation d'obtenir le consentement préalable et éclairé des communautés traditionnelles (étant entendu que les savoirs traditionnels et les expressions de la culture sacrés et secrets ne sont pas concernés par l'application de ce régime, puisqu'ils ne peuvent être utilisés en dehors de leur contexte coutumier), la Loi type de 2002 pour l'Océanie place tous les savoirs traditionnels et les expressions de la culture sur un pied d'égalité. Toutefois, les pays sont libres de prendre d'autres dispositions. À titre d'exemple, un pays peut ne pas souhaiter imposer l'obligation d'obtenir le consentement préalable et éclairé sur tous les savoirs traditionnels et les expressions de la culture et préférer réglementer certaines expressions en employant des mécanismes plus "souples". Les "trois niveaux de protection" proposés par le Comité intergouvernemental de l'OMPI illustrent bien ce principe.

Les trois niveaux de protection sont (par ordre d'importance décroissant) :

- i. les savoirs traditionnels et les expressions de la culture secrets-sacrés, confidentiels ou non divulgués : des mesures juridiques et pratiques pourraient être prises pour veiller à ce que les communautés aient les moyens d'empêcher la divulgation non autorisée et l'utilisation ultérieure des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, ainsi que l'acquisition et l'exercice de droits de propriété intellectuelle sur lesdits savoirs ;
- ii. les savoirs traditionnels et les expressions de la culture ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière pour une communauté : des mesures juridiques et pratiques pourraient être prises pour veiller à ce que la communauté en question puisse empêcher la réalisation des actes n'ayant pas obtenu son consentement préalable, libre et en connaissance de cause ; et
- iii. les autres savoirs traditionnels et expressions de la culture : des mesures juridiques et pratiques plus souples pourraient être prises pour veiller à ce que :
 - i. la communauté traditionnelle intéressée soit mentionnée en tant que source de toute œuvre ou autre production inspirée de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture ;
 - ii. toute déformation, mutilation ou autre modification de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture, ou autre acte portant atteinte auxdits savoirs, puisse être empêché ou être passible de sanctions civiles ou pénales ;
 - iii. toute indication ou allégation fautive, fallacieuse ou prêtant à confusion qui, sur des produits ou des services qui mentionnent, utilisent ou évoquent des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture d'une communauté, suggère l'approbation de cette communauté ou un lien avec celle-ci, puisse être empêchée ou être passible de sanctions civiles ou pénales; et
 - iv. lorsque l'utilisation ou l'exploitation a un but lucratif, qu'il y ait une rémunération ou un partage des avantages équitable selon des modalités définies par une administration compétente (le cas échéant), après consultation de la communauté concernée ;

Tiré de l'article 3, "Actes d'appropriation illicite (Étendue de la protection)", du document WIPO/GRTKF/IC/9/4, destiné au Comité intergouvernemental de l'OMPI

Les "trois niveaux de protection" suggérés visent à prévoir une protection flexible qui tienne compte des différentes formes d'expression culturelle et des divers objectifs liés à leur protection. Ils combinent des droits de rémunération exclusifs et équitables et un ensemble de dispositions juridiques et pratiques.

D'après cette conception, les juristes noteront que :

- les savoirs traditionnels et les expressions de la culture sacrés et secrets, confidentiels ou non divulgués, bénéficient du degré de protection le plus élevé. Cette conception s'inspire de la protection qui est actuellement conférée aux renseignements confidentiels ou non divulgués et tient compte de la jurisprudence¹¹ ;
- les savoirs traditionnels et les expressions de la culture ayant une valeur ou une signification culturelle ou spirituelle particulière pour une communauté bénéficient d'un degré élevé de protection qui est néanmoins inférieur à celui de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture sacrés et secrets. Cette protection est assurée par un droit de "consentement préalable libre et en connaissance de cause". Ce droit de "consentement préalable libre et en connaissance de cause":

¹¹ Affaire Foster contre Mountford - 29 FLR 233 (1976).

- s'apparente à un droit de propriété intellectuelle exclusif et pourrait s'appliquer aux types d'actes généralement couverts par les lois sur la propriété intellectuelle ;
- donnent à une communauté le droit d'interdire ou d'autoriser, sous certaines conditions prédéfinies comme le partage des avantages, l'utilisation de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture ; et
- pourrait être soumis à la notification ou à l'enregistrement préalable sur un registre public, suivant les décisions prises au sujet des "Formalités" (sachant que le recours à l'enregistrement ou la notification n'est pas obligatoire et qu'il incombe à la communauté concernée de statuer sur ce point) ;
- les autres savoirs traditionnels et expressions de la culture (par exemple, ceux qui n'auraient pas fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification, en fonction des décisions prises au sujet des "Formalités") bénéficient du degré de protection le moins élevé et ne sont pas soumis à l'obtention d'une autorisation préalable. En revanche, la protection porte sur la manière dont ces savoirs et expressions sont utilisés. Les savoirs traditionnels et les expressions de la culture pourraient, par exemple, être utilisés comme source d'inspiration sans consentement ou autorisation préalable, afin de favoriser la créativité et la liberté artistique. Cependant, la manière dont ces savoirs et expressions sont ainsi utilisés est réglementée, principalement sur la base des droits moraux, des principes relatifs à la concurrence déloyale et au paiement d'une rémunération, ou du partage équitable des avantages, suivant les décisions de l'autorité compétente. Cette solution s'apparente sans doute aux dispositions relatives aux licences obligatoires ou à la rémunération équitable qui sont contenues dans les lois nationales *sui generis* sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture, ainsi qu'aux dispositions sur les œuvres musicales déjà fixées sur des enregistrements sonores qui sont contenues dans les lois en vigueur sur le droit d'auteur¹².

3.4.3 Informations complémentaires

Pour toute information complémentaire sur l'étendue de la protection, consulter les sources suivantes :

- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et principes révisés*, WIPO/GRTKF/IC/8/4, OMPI, Genève (2005). Les pages 19 à 23 de l'Annexe portent sur les "trois niveaux de protection";
- STERLING, J.A.L. *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londres (1998). Le chapitre 8 fournit des informations sur les types de droits moraux et patrimoniaux utilisés dans le système du droit d'auteur.

¹² Article 13 de la Convention de Berne (1971).

3.5 Exceptions et limitations

Il est généralement admis que, dans certains cas, l'exercice ou l'étendue des droits conférés devrait être restreint par des "exceptions" ou des "limitations". Les clauses relatives aux exceptions et limitations peuvent stipuler que certains actes ne portent pas atteinte au droit, que le droit ne subsiste pas pour une certaine catégorie d'objet, que le droit ne s'applique pas aux choses réalisées par le titulaire du droit, et/ou que le droit ne s'applique pas à une certaine catégorie d'œuvre.

L'exercice ou l'étendue des droits conférés peut également être restreint par l'application de principes juridiques ou d'une autre nature, ne relevant pas du droit de propriété intellectuelle, tels que la liberté d'expression ou les normes internationales relatives aux droits de l'homme. De telles restrictions peuvent être prises dans l'intérêt public ou en prévention de situations de monopole.

Pour ce qui est de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, bon nombre de détenteurs de savoirs traditionnels ont souligné que les mesures de protection fondées sur la propriété intellectuelle devaient prévoir certaines limitations afin de ne pas entraver l'usage desdits savoirs par les communautés traditionnelles. C'est ce qui transparaît au travers du principe directeur de la Loi type de 2002 pour l'Océanie qui reconnaît que la législation ne devrait pas restreindre ou entraver l'usage, l'échange, la transmission et la mise en valeur des savoirs traditionnels et des expressions de la culture par les membres des communautés concernées, dans le contexte coutumier et conformément au droit et aux pratiques coutumières.

La définition de cet élément implique que les juristes auront à identifier les exceptions concernant l'utilisation des savoirs traditionnels et des expressions de la culture (c'est-à-dire les utilisations non réglementées) qui seront prévues par la loi et à définir les limitations quant à l'étendue de la protection.

Pour plus de clarté, le terme "exceptions" est utilisé dans les Principes directeurs pour désigner les utilisations qui ne requièrent aucune autorisation, et le terme "limitations", pour décrire les limites de l'étendue de la protection. Les instruments internationaux ne fournissent cependant aucune définition permettant de distinguer les exceptions des limitations. Une loi peut parfois employer le terme "limitation" pour désigner ce qu'une autre loi appelle une "exception". L'expression "exceptions et limitations" est souvent employée pour qualifier tous les types de restrictions quant à l'exercice ou l'étendue des droits conférés.

3.5.1 Facteurs à prendre en considération

À l'échelon national, un certain nombre de facteurs peuvent entrer en ligne de compte dans la définition des exceptions et des limitations devant être prévues. La vision des pays sur les fondements du droit d'auteur sera déterminante. Elle servira à définir les critères de restriction au cours de la phase d'élaboration de la législation et dans le cadre d'une affaire portée devant les tribunaux (Sterling (1998), p. 376). Il ressort des diverses législations nationales que les pays ont des opinions divergentes sur la question des restrictions qui devraient être prévues et sur l'étendue de ces restrictions. Ainsi, aux États-Unis d'Amérique, s'il est considéré que la loi sur le droit d'auteur sert à récompenser la créativité de l'auteur, il est admis que son but ultime est d'encourager la création d'œuvres utiles pour le bien du plus grand nombre¹³. Le droit français donne au contraire la prééminence à l'auteur et reconnaît que le droit d'auteur est un droit personnel qui doit bénéficier du plus grand respect.

À l'échelon international, l'article 9, alinéa 2 de la Convention de Berne établit le principe communément appelé "test en trois étapes", qui, en général, régit la manière dont les exceptions et

¹³ Voir l'affaire *Twentieth Century Music Corp. contre Aiken* (422 U.S. 156), citée dans *Harper and Row* (*supra*, 471 U.S. 558).

les limitations doivent être appliquées. Les pays peuvent donc statuer sur ce point, en respectant certaines conditions concernant les restrictions à imposer.

Toute exception ou limitation au droit de reproduction peut être introduite si trois conditions sont remplies¹⁴ :

- i. la limitation ou l'exception doit se restreindre à certains cas particuliers (en d'autres termes, les limitations et les exceptions générales au droit de reproduction ne sont pas acceptables) ;
- ii. la limitation ou l'exception ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre (cela concerne notamment l'interdiction d'effectuer des reproductions dans les domaines généralement couverts par le droit du détenteur) ; et
- iii. la limitation ou l'exception ne doit pas causer de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur (cela concerne notamment les restrictions qui empêchent l'auteur de bénéficier des avantages économiques engendrés par l'utilisation de l'œuvre).

Il est évident que ces conditions ne s'appliquent qu'à l'élaboration de lois sur le droit d'auteur et ne s'imposent qu'aux pays qui ont signé la Convention de Berne (également appelés "pays de l'Union"). Toutefois, les juristes pourront trouver ce test utile. Leur attention est également attirée sur l'article 13 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC – Annexe 1C de l'Accord de Marrakech de 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce), qui a étendu le principe du "test en trois étapes" aux droits de propriété exclusifs conférés par l'Accord (Sterling (1998), p. 356).

En matière de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, un des principaux problèmes consiste à trouver un juste équilibre entre la protection de ces savoirs et expressions contre l'utilisation illicite et l'appropriation abusive, d'une part, et la possibilité et la nécessité d'encourager le développement et la diffusion des expressions de la culture d'autre part. Par ailleurs, les expressions de la culture constituent un ensemble vivant de la culture humaine et, par conséquent, il est essentiel de veiller à ce que la protection ne soit pas trop rigide.

3.5.2 Options

a) Quelles utilisations de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture ne devraient pas être soumises à l'obtention du consentement préalable et éclairé en vertu de la loi ?

En droit d'auteur, les exceptions et limitations prévues par les lois nationales et des instruments régionaux et internationaux concernent tout un éventail de cas et varient considérablement d'un pays à l'autre. Certains cas généraux reviennent souvent, à savoir : l'usage privé, la critique ou l'évaluation, l'utilisation dans le cadre de l'enseignement (c'est-à-dire l'exception au profit des bibliothèques et de la recherche) et l'utilisation de programmes informatiques et de bases de données. Les législations nationales peuvent, bien entendu, prévoir d'autres limitations de l'étendue des droits ou des restrictions complémentaires. Les comptes rendus d'événements récents, la photographie

La Loi type de 2002 pour l'Océanie stipule que les utilisations suivantes ne requièrent pas le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels :

- a. cours particuliers ;
- b. critiques ou évaluation ;
- c. informations sur des sujets d'actualité ou des manifestations actuelles ;
- d. procédures judiciaires ; et
- e. usage occasionnel.

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 7, alinéa 4

¹⁴ Le deuxième alinéa de l'article 9 stipule ce qui suit : "est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur".

d'œuvres artistiques exposées au public et les procédures administratives et judiciaires sont des exemples.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie énonce les exceptions classiques du droit d'auteur qui limitent l'exercice ou l'étendue des "droits culturels traditionnels". Ces exceptions ne sont pas obligatoires et visent seulement à guider les juristes.

Le Comité intergouvernemental de l'OMPI a observé que les mesures de protection ne devaient pas s'appliquer aux utilisations suivantes :

- illustration d'un enseignement ou d'un apprentissage¹⁵ ;
- recherche non commerciale ou étude privée ;
- critiques ou évaluations ;
- comptes rendus sur des sujets d'actualité ou des manifestations en cours ;
- utilisation dans le cadre de procédures judiciaires ;
- réalisation d'enregistrements et d'autres reproductions des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en vue de leur incorporation dans des archives ou des inventaires, à des fins non commerciales de préservation du patrimoine culturel¹⁶; et
- utilisations occasionnelles.

D'autres exceptions pourraient se fonder sur le système actuel de propriété intellectuelle, notamment les exceptions au droit d'auteur. Cependant, toutes les exceptions au droit d'auteur ne sont pas forcément appropriées, étant donné que certaines peuvent porter atteinte aux droits conférés par les lois et protocoles coutumiers. Par exemple, cela pourrait être le cas d'une exception permettant la reproduction sur des photographies, des dessins ou d'autres supports, sans aucune autorisation, d'une sculpture ou d'une œuvre d'art exposée de manière permanente dans un lieu public (McDonald (1997), p. 44). De la même façon, les lois nationales sur le droit d'auteur autorisent souvent les services d'archives, les bibliothèques et autres établissements publics à réaliser des reproductions d'œuvres et à mettre celles-ci à la disposition du public. Or, l'application de ce type d'exceptions aux expressions culturelles protégées par le droit d'auteur peut poser des problèmes culturels et spirituels.

b) Des conditions d'application des exceptions devraient-elles être prévues ?

Parfois, les lois nationales prévoient qu'une exception ne s'applique que sous certaines conditions ou lorsque certaines procédures sont respectées.

Toute personne utilisant des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture dans le cadre des activités mentionnées au paragraphe 4, alinéas a) à d), est tenue de citer dûment ses sources en mentionnant les propriétaires traditionnels et/ou le lieu géographique d'où les savoirs traditionnels ou expressions de la culture proviennent.

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 7, alinéa 5

¹⁵ Si les exceptions aux fins de l'enseignement sont parfois limitées aux cours particuliers, comme dans la Loi type de 2002 pour l'Océanie, il peut être utile de prévoir des exceptions particulières pour l'enseignement à distance. L'expression "enseignement et apprentissage" peut être employée pour couvrir les deux cas.

¹⁶ Les lois nationales sur le droit d'auteur autorisent parfois les services d'archives, les bibliothèques et autres établissements publics à réaliser, à des fins non commerciales de préservation uniquement, des reproductions d'œuvres et d'expressions du folklore et à les mettre à la disposition du public (c'est le cas de la loi britannique de 1988 sur les droits d'auteur, les dessins et les brevets). 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.

Parfois, elles ne contiennent aucune disposition sur ce point : le défendeur doit démontrer que le comportement en cause constitue une exception légale.

Dans le contexte de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, les lois nationales peuvent prévoir des conditions qui doivent être remplies pour que l'exception s'applique. Par exemple, il pourrait y avoir une condition exigeant que l'utilisation soit conforme aux bons usages, que la communauté concernée soit, dans la mesure du possible, mentionnée en tant que source des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et que ladite utilisation ne soit pas offensante pour la communauté concernée. La Loi type de 2002 pour l'Océanie dispose que l'utilisateur doit citer dûment ses sources en mentionnant les propriétaires traditionnels et/ou le lieu géographique d'où les savoirs traditionnels ou expressions de la culture proviennent.

c) Quelles limitations du degré de protection devraient être prévues ?

Comme il a été mentionné précédemment, bon nombre de détenteurs de savoirs traditionnels ont souligné que toute protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture fondée sur la propriété intellectuelle devrait faire l'objet d'un certain nombre de limitations afin que cette protection ne soit pas trop rigide. Une protection trop stricte peut étouffer la créativité, freiner les échanges culturels et se révéler impossible à mettre en œuvre, à surveiller et à appliquer.

En ce qui concerne la définition des limites de l'étendue de la protection, il est largement admis que la protection ne devrait pas empêcher les communautés elles-mêmes d'utiliser, d'échanger et de se transmettre mutuellement les expressions de leur patrimoine culturel de manière traditionnelle et coutumière, et de les développer par une recreation et une imitation constantes. C'est ce qui transparaît au travers du principe directeur de la Loi type de 2002 pour l'Océanie qui reconnaît que la législation ne devrait pas restreindre ou entraver l'usage, l'échange, la transmission et le développement permanents des expressions traditionnelles de la culture par les membres des communautés concernées, dans le contexte traditionnel et coutumier et conformément au droit et aux pratiques coutumiers.

En d'autres termes, la protection portera uniquement sur les utilisations des savoirs traditionnels et des expressions de la culture qui sont faites en dehors du contexte traditionnel et coutumier (utilisations "*ex-situ*"), que ce soit ou non à des fins commerciales. Étant donné que ce sont les utilisations qui sont faites en dehors du contexte traditionnel et coutumier qui inquiètent la plupart du temps les communautés traditionnelles, ce type de limitation est un bon moyen de parvenir à un équilibre entre d'une part, la protection, et d'autre part, l'usage et le développement permanents des savoirs traditionnels et des expressions de la culture par les communautés traditionnelles.

La loi peut éventuellement disposer que tous les membres d'une communauté, voire tous les nationaux d'un pays, sont autorisés, conformément aux pratiques coutumières et traditionnelles, à utiliser sans restriction les savoirs traditionnels et les expressions de la culture, ou certains d'entre eux, dûment indiqués.

3.5.3 Informations complémentaires

Pour toute information complémentaire sur les exceptions et les limitations, consulter les sources suivantes :

- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et principes révisés*, WIPO/GRTKF/IC/8/4, OMPI, Genève (2005). Les pages 26 à 28 de l'Annexe portent sur les exceptions et limitations ;
- STERLING, J.A.L. *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londres (1998). Le chapitre 10 fournit des informations sur les exceptions et limitations dans le système du droit d'auteur.

3.6 Gestion des droits

Après avoir identifié les droits relatifs aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture qui seront créés, il convient d'examiner la manière dont ces droits seront administrés. Dans le système du droit d'auteur, cette question consisterait à déterminer si les droits seront exercés par leur titulaire, cédés ou soumis à une licence d'utilisation, ou si leur gestion sera confiée à quelqu'un d'autre (Sterling [1998]). Dans le contexte de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, il est généralement admis que la gestion des droits revêt un sens plus large.

Cet élément concerne bien évidemment l'exercice des droits comme on l'entend habituellement et les questions ayant trait à la procédure qu'il convient de suivre pour soumettre une demande d'utilisation d'un savoir traditionnel ou d'une expression de la culture. Mais il englobe aussi un certain nombre de dispositions supplémentaires qui peuvent être prévues pour assurer la gestion des droits, comme la fourniture d'une assistance technique et d'une formation aux communautés traditionnelles, ou la mise en œuvre de campagnes d'information sur les questions culturelles, auxquels participent les entreprises et le public. L'expression "gestion des droits" a donc été choisie pour souligner que cet élément revêt un sens plus large que l'"exercice des droits" en droit d'auteur classique.

Cette dimension générale est particulièrement importante sur le plan de la prévention. La prévention est un élément essentiel de la protection. Les communautés traditionnelles insistent fréquemment sur le fait que l'appropriation abusive de leurs savoirs traditionnels et des expressions de leur culture engendre souvent un préjudice d'ordre spirituel, qui ne peut être réparé par une compensation monétaire ou quoi que ce soit d'autre. Il est donc primordial d'agir en amont des problèmes afin de réduire autant que possible les conséquences des cas de violation.

Étant donné que la gestion des droits est une notion très large, il est évident que l'État aura un rôle à jouer en la matière. C'est ce qui transparaît au travers du principe directeur de la Loi type de 2002 pour l'Océanie qui reconnaît que l'État doit jouer un rôle, notamment assister les communautés traditionnelles dans la gestion et l'application de leurs droits sur leurs savoirs traditionnels et les expressions de leur culture. Le recours à un organisme étatique permet en outre aux utilisateurs potentiels de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture d'avoir un interlocuteur identifiable et de promouvoir une certaine transparence. La Loi type de 2002 pour l'Océanie prévoit qu'un organisme étatique, appelé "Autorité culturelle" dans le texte, assume ce rôle. Il appartiendra aux pays de définir la nature des conseils et de l'assistance que cet organisme pourra fournir.

Pour définir cet élément, les juristes doivent se demander en quoi consistera la gestion des droits, qui se chargera des divers aspects liés à cette question et quels seront les rôles respectifs de l'organisme étatique et des communautés traditionnelles. À ce stade, il convient également de noter que les grands principes de gestion des droits devraient être énoncés dans la loi, alors que les modalités d'application détaillées devraient figurer dans des dispositions réglementaires.

3.6.1 Facteurs à prendre en considération

Dans ce domaine, un des principaux problèmes consiste à trouver un équilibre entre, d'une part, la reconnaissance du droit des communautés traditionnelles de contrôler l'accès à leurs savoirs traditionnels et aux expressions de leur culture et d'en limiter l'usage, et, d'autre part, la reconnaissance du manque de capacités et de ressources de bon nombre de ces communautés, et la nécessité de leur fournir une assistance dans ce domaine.

3.6.2 Options

Les questions suivantes ont pour but d'aider les juristes à élaborer un cadre juridique de gestion des droits. Il convient de noter que les juristes pourront être amenés à examiner des questions supplémentaires.

a) En quoi la gestion des droits devrait-elle consister ?

Étant donné que la gestion des droits revêt un sens plus large que l'«exercice des droits» en droit d'auteur classique, les juristes devront se demander ce que cette notion englobe, compte tenu du contexte national et de certains facteurs pertinents.

La gestion des droits concerne tout au moins la manière dont les droits seront administrés, notamment les procédures à suivre pour soumettre une demande d'utilisation d'un savoir traditionnel ou d'une expression de la culture. Les mesures supplémentaires et les actions visant à assurer la gestion des droits comprennent :

- la fourniture d'une assistance technique aux communautés traditionnelles (comme le renforcement des capacités, la formation et les programmes éducatifs) ;
- l'entretien de relations avec les organismes nationaux ou régionaux chargés de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et situés dans d'autres pays de la région ; et
- la réalisation d'un travail de prévention auprès des entreprises et du public (comme l'adoption d'un code d'éthique par les associations professionnelles et la conduite de campagnes d'information sur les questions culturelles).

Pour définir en quoi consistera la gestion des droits, les juristes peuvent juger utile de s'inspirer des mesures et des actions susmentionnées ainsi que de l'article 37 de la Loi type de 2002 pour l'Océanie. Il ne faut pas oublier que les fonctions énumérées dans l'article 37 ne sont citées qu'à titre indicatif. Les juristes peuvent également juger bon de procéder en définissant d'abord la procédure à suivre, puis en identifiant l'organisme qui se chargera de veiller au respect de ces procédures.

Fonctions de l'Autorité culturelle

L'Autorité culturelle peut exercer, entre autres, les fonctions suivantes :

- a) recevoir et traiter les demandes d'utilisation, régies par la quatrième partie de la présente loi ;
- b) veiller à ce que les utilisateurs se conforment aux accords régissant leur autorisation et informer les propriétaires traditionnels de tout manquement à cet égard ;
- c) formuler des conditions-types d'autorisation d'utilisation ;
- d) organiser des actions de formation et d'éducation à l'intention des propriétaires traditionnels et des utilisateurs de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture ;
- e) élaborer un code d'éthique relatif à l'utilisation de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture ;
- f) émettre des conseils et des orientations en ce qui concerne l'application de la présente loi ;
- g) entretenir des contacts avec des institutions régionales pour tout ce qui touche à l'application de la présente loi ;
- h) tenir un registre des propriétaires traditionnels et/ou des savoirs et expressions de la culture ;
- i) sur demande, donner des indications sur la signification de l'usage coutumier dans des cas précis ;
- j) assumer toute autre fonction qui lui est assignée par la présente loi.

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 37

b) Quel organisme sera chargé de la gestion des droits ?

Après avoir identifié les mesures qui entreront dans le cadre de la gestion des droits, il convient de se demander quel organisme sera chargé de les mettre en œuvre. Sachant qu'un des principes directeurs de la Loi type de 2002 pour l'Océanie reconnaît que l'État doit intervenir dans la gestion des droits, et notamment assister les communautés traditionnelles dans la gestion et l'application de leurs droits, il est attendu que l'État joue un rôle en la matière. Les juristes doivent par conséquent créer un organisme ou désigner un organe existant. Les pays qui devront le faire auront toute latitude pour définir le rôle et les fonctions de cet organisme et le rôle des communautés traditionnelles. Dans certains cas, il peut y avoir d'autres organismes, par exemple des organisations regroupant toutes les tribus, auxquelles il conviendrait également de confier un rôle.

Il conviendrait que certaines mesures de gestion, comme la fourniture d'une assistance technique, le renforcement des capacités des communautés traditionnelles ou la gestion des relations régionales et bilatérales, soient mises en œuvre ou soutenues par l'État. Il peut paraître opportun que la prévention, qui comprend la conduite de campagnes d'information et la création de codes d'éthique, se fasse en concertation avec les communautés traditionnelles, en fonction des moyens disponibles.

Cependant, la gestion administrative des droits n'est pas si simple. Il convient en effet de répondre à cette question complexe : à qui les utilisateurs potentiels devraient-ils s'adresser pour utiliser les savoirs traditionnels et des expressions de la culture ?

Deux principes directeurs de la Loi type de 2002 pour l'Océanie peuvent éclairer les juristes à cet égard :

- reconnaître que les communautés traditionnelles sont les propriétaires et les gardiens des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, les titulaires des droits sur ces savoirs et les personnes responsables au premier chef des décisions concernant leur utilisation ; et
- respecter et protéger le droit des communautés traditionnelles de contrôler l'accès à leurs savoirs traditionnels et aux expressions de leur culture, en particulier ceux qui ont une valeur culturelle ou spirituelle, comme les savoirs traditionnels et les expressions de la culture sacrés et secrets.

Selon la Loi type de 2002 pour l'Océanie, l'autorisation ne peut être délivrée que par la communauté traditionnelle concernée¹⁷. Les personnes souhaitant utiliser un savoir traditionnel ou une expression de la culture peuvent soit déposer une demande auprès de l'organisme étatique (l'Autorité culturelle), qui agit ensuite en tant qu'intermédiaire entre l'utilisateur potentiel et la communauté, soit s'adresser directement à la communauté traditionnelle. Cependant, il se peut, dans certains cas, que les communautés traditionnelles ne souhaitent ou ne puissent pas exercer directement leurs droits. Ainsi, un organisme étatique, c'est-à-dire une institution, une autorité ou un organisme officiel, peut être désigné pour agir en tout temps à la demande et au nom des communautés concernées.

Pour savoir à qui les utilisateurs potentiels devront s'adresser pour utiliser les savoirs traditionnels et les expressions de la culture, les juristes peuvent juger utile de s'inspirer des solutions suivantes, qui sont mises en œuvre dans les lois en vigueur sur la protection des expressions culturelles traditionnelles. Les utilisateurs peuvent ainsi s'adresser à :

- i. la communauté traditionnelle concernée ; ou
- ii. un organisme étatique (existant ou spécialement créé à cet effet) ; ou
- iii. un organisme étatique et la communauté traditionnelle concernée ; ou

¹⁷ Ce texte admet une exception lorsqu'il est impossible d'identifier les propriétaires traditionnels ou qu'aucun accord n'a été conclu au sujet du droit de propriété (article 19 de la Loi type de 2002 pour l'Océanie).

iv. un organisme de gestion collective.

Chacune de ces solutions est expliquée ci-après.

Solution i : la communauté traditionnelle concernée

Dans ce cas de figure, un utilisateur potentiel s'adresse directement à la communauté traditionnelle concernée pour obtenir l'autorisation d'utiliser l'expression et le savoir qui la sous-tend. Cette solution pourrait être considérée comme la solution idéale, étant donné que les communautés traditionnelles décideront elles-mêmes d'accorder ou non l'autorisation. Elle permet donc d'appliquer le principe qui reconnaît que les communautés traditionnelles sont les personnes responsables au premier chef des décisions concernant leurs savoirs traditionnels et les expressions de leur culture.

Cependant, d'un point de vue pratique, un certain nombre d'obstacles ont été identifiés. Par exemple, les communautés manquent souvent de capacités, ce qui peut nuire à la négociation d'un accord juste et équitable. En outre, les communautés peuvent manquer de ressources, ce qui limite leur capacité de recourir aux services d'une société de conseils sur l'utilisation envisagée et les conditions de l'accord proposées.

Solution ii : un organisme étatique

Lorsque les communautés concernées ne sont pas en mesure d'exercer directement les droits ou qu'elles ne souhaitent pas le faire, un organisme étatique peut être désigné pour agir en tout temps à la demande et au nom des communautés. Dans ce cas, le titulaire confie la gestion de ses droits à l'organisme étatique afin que celui-ci puisse délivrer l'autorisation d'utilisation, au nom de la communauté traditionnelle concernée.

Bon nombre de peuples autochtones ont cependant émis de sérieuses réserves quant à l'adoption de cette solution. Cela montre combien il importe que tout organisme étatique tire son droit d'agir de l'expression de la volonté et du pouvoir de décision de la communauté concernée.

Un service existant, une autorité ou un organisme gouvernemental, para-étatique ou non gouvernemental pourrait être désigné. Bon nombre de lois nationales qui assurent une protection *sui generis* des savoirs traditionnels et des expressions de la culture contiennent des dispositions de ce type. Ainsi, la loi tunisienne de 1994 sur le droit d'auteur stipule que "chaque transcription du folklore en vue de son exploitation lucrative nécessite une autorisation du ministère chargé de la culture, moyennant le paiement d'une redevance au profit de la caisse sociale de l'Organisme de protection du droit d'auteur créé en vertu de cette loi"¹⁸. Dans la loi nigérienne de 1997 sur le droit d'auteur, c'est la Commission nigérienne du droit d'auteur qui détient le droit d'autoriser les actes se rapportant au folklore¹⁹. La loi des Philippines de 1997 est un autre exemple.

Cette solution peut également être utile lorsque, dans un même pays, plusieurs communautés partagent les mêmes expressions et qu'il est difficile de trouver un moyen de répartir équitablement les bénéfices entre les communautés concernées. L'organisme pourrait recueillir les bénéfices et les transférer à un programme d'action dont toutes les communautés profiteraient.

Si les juristes optent pour cette solution, ils devront étudier un certain nombre de questions, parmi lesquelles figurent celles-ci :

- L'État devrait-il consulter la communauté traditionnelle concernée ? Étant donné que, dans ce cas de figure, le titulaire confie la gestion de ses droits à un organisme étatique, il peut être préférable

¹⁸ Article 7 de la loi tunisienne de 1994 sur le droit d'auteur.

¹⁹ Article 28 de la loi nigérienne de 1997 sur le droit d'auteur.

que celui-ci ne dispose pas d'un pouvoir absolu. Ainsi, un pays peut choisir d'insérer dans sa loi une clause stipulant que l'organisme compétent ne devrait délivrer une autorisation qu'après consultation de la communauté concernée, conformément aux systèmes traditionnels de prise de décisions et de gouvernance ;

- quelles autorisations peuvent être accordées par l'organisme étatique ? Il peut être préférable que l'organisme ne dispose pas d'un pouvoir absolu en ce qui concerne la délivrance des autorisations et que des critères soient établis. Il peut être attendu que les autorisations soient pour le moins conformes à l'étendue prévue de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture concernés. Les pays peuvent également prévoir une clause stipulant que, pour agir au nom d'une communauté, l'organisme étatique doit négocier l'étendue de son pouvoir avec la communauté. Cette clause peut, par exemple, spécifier les utilisations qui requièrent la consultation de la communauté concernée ;
- qu'est-ce que l'organisme devrait faire des bénéfices reçus ? L'organisme étatique peut recevoir les bénéfices découlant de l'utilisation de certains savoirs traditionnels. Un pays peut choisir d'insérer dans sa loi une clause stipulant que les avantages, pécuniaires ou non, qui découlent de l'utilisation d'expressions de la culture devraient être reversés directement par l'organisme perceuteur à la communauté concernée.

Cet organisme pourrait également remplir d'autres fonctions en matière de gestion des droits. Ces autres fonctions sont détaillées dans les paragraphes qui suivent.

Solution iii : un organisme étatique et la communauté traditionnelle concernée

Dans ce cas de figure, l'organisme étatique joue un rôle purement administratif dans la procédure d'autorisation, même si dans certains pays, il est en mesure de délivrer l'autorisation. L'organisme étatique et la communauté traditionnelle concernée ont tous deux un rôle à jouer dans la procédure d'autorisation. L'organisme étatique, qu'il existe déjà ou qu'il soit spécialement créé à cet effet, sert d'interlocuteur aux utilisateurs potentiels, reçoit les demandes d'utilisation des savoirs traditionnels et des expressions de la culture si les communautés ne sont pas en mesure de le faire, et transmet ces demandes aux communautés concernées. L'organisme étatique agit dans l'intérêt des communautés concernées et sert d'intermédiaire entre ces dernières et les utilisateurs. Dans la loi du Pérou de 2002, il est par exemple question d'une "Autorité nationale compétente" et d'un "Conseil pour la protection des savoirs autochtones", qui ont chacun diverses fonctions spécifiques. En outre, les utilisateurs potentiels peuvent, s'ils le souhaitent, s'adresser directement à la communauté traditionnelle concernée. L'organisme étatique remplira tout de même une fonction de "gendarme", afin de veiller à ce que les intérêts de la communauté soient correctement défendus.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie contient des dispositions similaires et prévoit la création d'une "Autorité culturelle", auprès de laquelle toute personne souhaitant utiliser des savoirs traditionnels peut déposer une demande afin d'obtenir le consentement préalable et éclairé des "propriétaires traditionnels". Un utilisateur potentiel peut aussi s'adresser directement à la communauté concernée. Lorsqu'une demande est déposée auprès de l'Autorité culturelle, celle-ci doit identifier les propriétaires traditionnels et agir en tant qu'intermédiaire entre l'utilisateur potentiel et les propriétaires traditionnels, notamment résoudre les incertitudes ou les litiges au sujet de la propriété. S'il n'est pas possible d'identifier les "propriétaires traditionnels" ou de parvenir à un accord au sujet de la propriété, l'Autorité culturelle peut être désignée comme étant le propriétaire traditionnel. Lorsque l'utilisateur potentiel traite directement avec les propriétaires traditionnels, l'Autorité culturelle intervient en fournissant des conseils sur les conditions de l'accord.

Si les juristes choisissent d'appliquer cette mesure, ils devront étudier un certain nombre de questions, notamment :

- quelles autorisations peuvent être accordées par l'organisme étatique ? La Loi type de 2002 pour l'Océanie précise, que s'il n'est pas possible d'identifier les "propriétaires traditionnels" ou si

aucun accord n'est conclu au sujet de la propriété, l'Autorité culturelle peut être désignée comme étant le propriétaire traditionnel. Elle peut alors délivrer des autorisations, le cas échéant. Les pays qui appliquent cette mesure noteront qu'il est essentiel que l'organisme étatique tire son droit d'agir des communautés traditionnelles. Dans certains pays, il peut être préférable que l'organisme étatique n'accorde des autorisations que dans certaines circonstances. Les pays peuvent prévoir une clause stipulant que, pour agir au nom de la communauté, l'organisme étatique doit négocier l'étendue de son pouvoir avec la communauté concernée ;

- l'organisme étatique devrait-il avoir pour fonction de déterminer si le consentement préalable et éclairé des communautés traditionnelles a bien été obtenu ? En vertu du deuxième alinéa de l'article 7 de la Loi type de 2002 pour l'Océanie, les utilisations de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture sont soumises à l'obtention du consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels. Les juristes peuvent se demander si des paramètres sont nécessaires pour caractériser le consentement préalable et éclairé. Le premier alinéa de l'article 23 de la Loi type de 2002 pour l'Océanie stipule que, si un accord débouchant sur une autorisation d'utilisation est conclu, les propriétaires traditionnels sont censés avoir donné leur consentement préalable et éclairé. La plupart du temps, il est admis que le consentement préalable et éclairé est obtenu quand : tous les membres des communautés concernées approuvent la décision, l'accord est conclu conformément aux pratiques coutumières, la finalité et l'étendue de l'activité envisagée sont entièrement révélées et les décisions sont prises dans un langage et selon une procédure claires pour la communauté ;
- l'organisme étatique devrait-il avoir pour fonction de fixer une rémunération équitable et, le cas échéant, de faciliter et d'administrer le paiement et l'utilisation de cette rémunération ?
- quelle procédure les utilisateurs potentiels devraient-ils suivre pour déposer une demande d'utilisation des savoirs traditionnels et des expressions de la culture ? Après avoir déterminé auprès de qui les demandes d'utilisation devaient être déposées, il convient de définir la procédure à suivre. Les points de détails seront généralement précisés dans des actes réglementaires, plutôt que dans la loi. Cependant, étant donné que ce point fait partie des options liées à la gestion des droits, il convient de mentionner brièvement les types de problèmes qui devront être résolus. Il convient notamment de fournir des indications sur les procédures de dépôt des demandes d'utilisation, les renseignements qui doivent figurer dans les demandes d'utilisation, les taxes qui peuvent être prélevées, le cas échéant, en contrepartie de la délivrance des autorisations et la destination des sommes prélevées, les procédures de notification publique et les conditions régissant la délivrance d'autorisations par l'autorité.

Solution iv : un organisme de gestion collective

Une autre solution consiste à recourir aux services d'un organisme de gestion collective, ce qui constitue probablement le moyen le plus pratique d'administrer les droits sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture. Les systèmes d'administration collective et de gestion des droits de propriété intellectuelle sont bien développés dans le domaine du droit d'auteur et de certains droits connexes. De plus en plus, l'exercice des droits est confié à des sociétés de gestion collective qui disposent des ressources et des connaissances nécessaires pour agir efficacement au nom des titulaires de droits (Sterling (1998), p. 393). L'organisme est en général identifié comme étant une personne morale (une société, etc.) en vertu de la loi applicable. Il comprend souvent un conseil qui, lorsqu'il s'agit des droits d'auteur, réunit par exemple les représentants des auteurs et des éditeurs.

En ce qui concerne les savoirs traditionnels et les expressions de la culture, les titulaires de droits reçoivent une compensation en contrepartie de l'utilisation desdits savoirs grâce aux systèmes de licences. Ainsi, en vertu de ces systèmes, les organismes percepteurs reçoivent une rémunération pour toute reproduction des expressions. La société de perception est ensuite tenue de reverser l'argent à ses membres. Une fondation nationale pourrait tout aussi bien voir le jour et réunir des fonds en octroyant des licences d'utilisation des savoirs traditionnels et des expressions de la culture.

Ces fonds pourraient, par exemple, servir à promouvoir la préservation des pratiques culturelles au sein des communautés traditionnelles.

3.6.3 Informations complémentaires

Pour toute information complémentaire sur la gestion des droits, consulter la source suivante :

- STERLING, J.A.L. *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londres (1998). Le chapitre 12 fournit des informations sur l'exercice des droits d'auteur.

3.7 Durée de la protection

Les lois sur la propriété intellectuelle, comme les lois sur le droit d'auteur et les brevets, fixent souvent la durée de la protection, c'est-à-dire le délai au terme duquel l'objet tombe dans le domaine public pour le bien commun, favorisant et encourageant ainsi la divulgation des innovations. En droit d'auteur, la durée de la protection couvre généralement la vie de l'auteur et quelques années après sa mort. En ce qui concerne les droits voisins des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs, des diffuseurs et autres, la durée de la protection est habituellement fixée à un certain nombre d'années, calculé à partir d'une date précise²⁰.

Cependant, de nombreuses communautés traditionnelles souhaitent tout au moins que certaines expressions de leurs cultures traditionnelles bénéficient d'une protection illimitée et, sur ce point précis, la plupart des branches du droit de la propriété intellectuelle ne répondent pas à leurs attentes²¹. En revanche, le caractère limité de la protection est généralement considéré comme un élément indispensable à l'équilibre du système de propriété intellectuelle afin que les œuvres finissent par tomber dans le "domaine public".

Pour définir cet élément, il est nécessaire que les juristes déterminent la durée de la protection en fonction de la nature des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, en particulier lorsqu'il existe diverses catégories de savoirs ou d'expressions. Les juristes doivent également se demander si certaines conditions devraient être fixées pour que la protection soit maintenue.

3.7.1 Facteurs à prendre en considération

Un des problèmes essentiels consiste à trouver un juste équilibre entre le souhait des détenteurs de savoirs traditionnels d'établir une protection illimitée et la promotion du domaine public pour le bien commun.

3.7.2 Options

Les questions suivantes ont pour but d'aider les juristes à rédiger une disposition sur la durée de la protection, en tenant compte du contexte national. Il convient de noter que les juristes pourront être amenés à examiner des questions supplémentaires.

a) Tous les savoirs traditionnels et les expressions de la culture devraient-ils être protégés durant la même période ?

En fonction des décisions prises au sujet de l'objet de la protection, il se peut que les pays aient identifié plusieurs catégories de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture et que, sur le plan de la protection, ces catégories donnent lieu à différentes formes de protection. Dans la section "Étendue de la protection", il a été mentionné que différentes formes de protection pouvaient s'appliquer aux diverses catégories de savoirs (notamment les "trois niveaux de protection" proposés par le Comité intergouvernemental de l'OMPI).

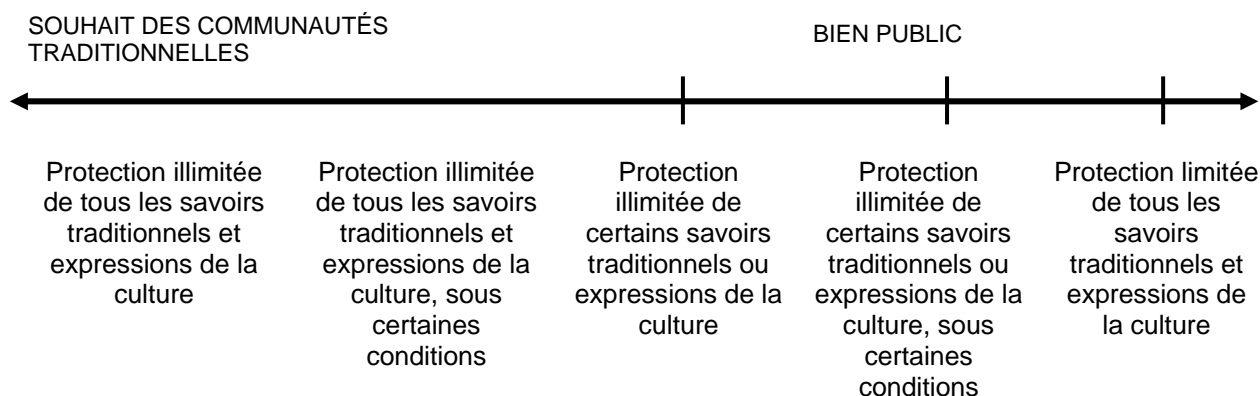
Il peut paraître inopportun que tous les savoirs traditionnels et les expressions de la culture soient protégés durant la même période. Par conséquent, pour définir la durée de la protection, les juristes doivent se demander si la durée de la protection doit varier en fonction des différentes catégories de savoirs et d'expressions. À titre d'exemple, seules les expressions sacrées et secrètes pourraient

²⁰ À l'échelon international, la durée de la protection des droits d'auteur couvre généralement la vie de l'auteur et les cinquante années qui suivent sa mort (en vertu de la Convention de Berne et de l'Accord sur les ADPIC). Pour ce qui concerne les droits voisins, la durée de la protection est fixée à cinquante ans (cf. Sterling [1998], p. 380).

²¹ Les marques sont renouvelables et la protection contre la concurrence déloyale est illimitée. Le fait d'étendre la durée de la protection du droit d'auteur n'est pas complètement sans précédent. Si la Convention de Berne et l'Accord sur les ADPIC prévoient une durée minimum de protection de 50 ans, les pays sont libres de protéger le droit d'auteur pendant une période plus longue.

jour d'une protection illimitée. Les expressions qui ont une certaine valeur pour la communauté traditionnelle pourraient également bénéficier d'une protection illimitée, sous réserve que certaines conditions soient remplies et maintenues.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie ne fixe pas la durée de la protection. L'article 9 dispose que les droits culturels traditionnels sont perpétuels. Les pays peuvent modifier cette disposition. L'éventail des solutions concernant la durée de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture peut *grosso modo* être représenté par le schéma suivant :



Chacune de ces solutions tient compte des intérêts des communautés traditionnelles et du public de différentes manières.

- i. Protection illimitée de tous les savoirs traditionnels et expressions de la culture : tous les savoirs traditionnels et expressions de la culture sont protégés indéfiniment, sans aucune condition. C'est ce qui est prévu dans la Loi type de 2002 pour l'Océanie et dans les Dispositions types de 1982.
- ii. Protection illimitée de tous les savoirs traditionnels et expressions de la culture, sous certaines conditions : cette solution confère la même protection à tous les savoirs traditionnels et expressions de la culture, sous réserve que certaines conditions soient remplies.
- iii. Protection illimitée de certains savoirs traditionnels ou expressions de la culture : cette solution obéit au principe selon lequel tous les savoirs traditionnels et expressions de la culture ne devraient pas être protégés durant la même période.
- iv. Protection illimitée de certains savoirs traditionnels ou expressions de la culture, sous certaines conditions : certains savoirs traditionnels ou expressions de la culture bénéficient d'une protection illimitée, sous réserve que certaines conditions soient remplies. Ces conditions pourraient coïncider avec les critères de protection juridique.
- v. Protection limitée de tous les savoirs traditionnels et les expressions de la culture : aucune distinction n'est faite entre les différentes catégories de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture.

b) La durée de la protection devrait-elle être soumise à certaines conditions ?

Lorsqu'une expression de la culture et le savoir traditionnel qui la sous-tend bénéficient d'une protection illimitée, il est possible de veiller à ce que la protection reste applicable en fixant des conditions de validité. Le fait d'exiger que l'expression demeure, qu'elle soit encore utilisée et qu'elle soit toujours caractéristique de la communauté concernée constitue un exemple de conditions. En se fondant sur le système des marques, cette mesure met l'accent sur l'utilisation actuelle, de sorte que,

dès que la communauté dont l'expression est caractéristique n'utilise plus celle-ci ou n'existe plus en tant qu'entité distincte, la protection de cette expression expire (Scafidi [2001], p. 793).

Cette disposition a le mérite de donner effet aux lois et pratiques coutumières et de reposer sur l'essence même de l'objet de la protection. Lorsqu'un savoir traditionnel cesse d'être caractéristique d'une communauté et qu'il ne permet plus de distinguer cette communauté, il cesse par définition d'être un savoir traditionnel protégeable en vertu de la loi, et, par conséquent, la protection devrait expirer. La loi des États-Unis d'Amérique de 1990 sur l'art et l'artisanat indiens, dont la protection ne s'applique pas aux produits qui ne sont plus "indiens", car ceux-ci sont, par exemple, devenus des "produits industriels", applique ce principe général. La loi précise de façon détaillée ce qui constitue un "produit indien". La loi du Panama semble lier la durée de la protection au fait que l'objet protégé continue à présenter les caractéristiques qui lui ont permis, au départ, de bénéficier de la protection (la protection est soumise à certains critères plutôt qu'illimitée).

S'il paraît utile d'imposer des formalités d'enregistrement ou de notification (cf. section "Formalités"), la durée de protection peut être liée à la validité de l'enregistrement, en fonction de ses effets juridiques.

3.7.3 Information complémentaire

Pour toute information complémentaire sur la durée de la protection, consulter la source suivante :

- STERLING, J.A.L. *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londres (1998). Le chapitre 11 fournit des informations sur la durée de la protection dans le système du droit d'auteur.

3.8 Formalités

Cet élément, appelé “formalités”, porte sur la manière dont la protection sera acquise et maintenue en vertu de la législation. Il ne faut pas confondre les formalités et la manière dont l’autorisation d’utilisation des savoirs traditionnels et des expressions de la culture est délivrée.

La Loi type de 2002 pour l’Océanie ne contient aucune disposition particulière sur ce point. La protection est acquise automatiquement, sans formalité. En effet, les détenteurs de savoirs traditionnels ont perçu l’accomplissement de formalités comme une contrainte limitant considérablement l’accès à la protection. Les pays sont libres de modifier cette approche pour plus de sûreté et de précision.

Pour définir cet élément, les juristes doivent déterminer la manière dont la protection juridique sera acquise.

3.8.1 Facteurs à prendre en considération

Il est important que les juristes tiennent compte de la nécessité de prévoir des formalités applicables en pratique et d’éviter toute lourdeur administrative pour les titulaires de droits ou les administrateurs. Ils doivent en même temps tenir compte du besoin de transparence et de sûreté, notamment dans les relations qu’entretiennent les chercheurs et les autres utilisateurs externes de savoirs traditionnels et d’expressions de la culture avec les communautés.

3.8.2 Options

Les questions suivantes ont pour but d’aider les juristes à rédiger une disposition concernant les formalités, en tenant compte du contexte national. Il convient de noter que les juristes pourront être amenés à examiner des questions supplémentaires.

a) Comment la protection devrait-elle être acquise ?

L’examen des lois en vigueur sur la protection des expressions culturelles traditionnelles montre qu’il existe trois approches générales pour ce qui concerne la manière d’acquérir la protection, à savoir :

- i. l’acquisition automatique de la protection, sans formalité : la protection est octroyée automatiquement, sans formalité, de telle sorte que l’expression peut être protégée dès sa création, comme c’est le cas en droit d’auteur. Comme il a été dit plus haut, la Loi type de 2002 pour l’Océanie et les Dispositions types de 1982 comptent parmi les exemples de lois qui adoptent cette approche ;
- ii. le système d’enregistrement ou de notification : pour que la protection ne soit pas acquise automatiquement, il est possible d’exiger une forme d’enregistrement, avec éventuellement un examen de la forme ou du fond. Le système d’enregistrement ou de notification est souvent mis en place pour assurer une plus grande transparence et une certaine sûreté, ce qui peut être essentiel pour les utilisateurs des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et les chercheurs. La loi du Panama de 2000 ainsi que la loi du Pérou de 2002 adoptent par exemple cette approche. Le système d’enregistrement peut avoir un effet purement déclaratif, auquel cas la preuve de l’enregistrement pourra être utilisée pour justifier la revendication du titre de propriétaire, soit être constitutif de droits ; et
- iii. l’approche qui allie à la fois l’acquisition automatique de la protection et le système d’enregistrement : cette approche repose sur le principe général qui veut que les savoirs traditionnels et les expressions de la culture soient protégés sans formalité, conformément aux principes du droit d’auteur, afin de faciliter au maximum l’accès à la protection. Cependant, une certaine forme d’enregistrement ou de notification devrait être exigée pour les expressions qui bénéficient d’un degré de protection élevé, c’est-à-dire les expressions sacrées et secrètes (afin

que leur enregistrement n'entraîne pas la divulgation inopportune de ce matériel), et les expressions ayant une valeur spirituelle ou culturelle, qui bénéficient d'un degré élevé de protection basée sur le consentement préalable et éclairé des détenteurs de savoirs. Cette approche prévoit en outre différentes formes de protection, en fonction des diverses catégories de savoirs traditionnels et d'expressions de la culture.

S'ils estiment que l'acquisition automatique de la protection est une solution appropriée, les juristes pourront se demander s'il convient d'insérer une clause sur ce point dans la législation.

S'ils estiment au contraire que le système d'enregistrement ou de notification est mieux adapté, les juristes devront étudier certaines questions de mise en œuvre. Des mesures réglementaires pourraient fournir des précisions sur les points suivants :

- la procédure de dépôt des demandes de notification ou d'enregistrement ;
- la mesure dans laquelle les demandes sont examinées par l'organisme chargé de l'enregistrement et les motifs ;
- les mesures permettant de s'assurer que les mécanismes d'enregistrement ou de notification sont simples et peu coûteux ;
- l'accès du public aux renseignements concernant les savoirs traditionnels et les expressions de la culture qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification ;
- les recours contre l'enregistrement ou la notification de certains savoirs traditionnels ou expressions de la culture ;
- le règlement, par l'organisme chargé de l'enregistrement, des litiges concernant la ou les communautés habilitées à bénéficier de la protection d'une expression culturelle et du savoir qui la sous-tend, notamment en cas de revendications concurrentes émanant de communautés implantées dans plusieurs pays ;
- les effets juridiques de la notification ou de l'enregistrement.

Si un système d'enregistrement ou de notification peut, dans un premier temps, être appliqué à l'échelon national, entraînant ainsi la création de registres ou de systèmes de notification nationaux, une forme de registre régional ou international pourrait être créée dans le cadre de systèmes de protection régionaux ou internationaux. Ce type de système international de notification ou d'enregistrement peut éventuellement s'inspirer des systèmes existants, comme celui prévu aux termes de l'article 6^{ter} de la Convention de Paris ou celui prévu par l'article 5 de l'Arrangement de Lisbonne de 1958 concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international.

Si les juristes préfèrent l'approche qui allie à la fois l'acquisition automatique de la protection et le système d'enregistrement, ils devront examiner les questions mentionnées plus haut au sujet du système d'enregistrement ou de notification. Il ne sera pas nécessaire d'enregistrer ou de notifier les expressions sacrées et secrètes, étant donné que celles-ci pourront être protégées séparément. L'enregistrement ne sera exigé que lorsque les communautés souhaiteront que les savoirs traditionnels et les expressions de la culture qui sont déjà connus et accessibles au public et qui ont une valeur spirituelle ou culturelle bénéficient d'une protection fondée sur le consentement préalable et éclairé. S'agissant de la manière dont cette politique pourrait être mise en œuvre, les juristes noteront ce qui suit.

- Seule une communauté revendiquant la protection d'une expression particulière et du savoir traditionnel qui la sous-tend peut accomplir l'enregistrement ou la notification, ou, si elle n'est pas en mesure de le faire, l'autorité chargée de la gestion des droits, en agissant à la demande et dans l'intérêt de cette communauté.

- L'enregistrement ou la notification n'est pas forcément obligatoire : la protection peut couvrir les expressions qui n'ont pas fait l'objet d'un enregistrement. Le système d'enregistrement ne s'applique que lorsque les communautés souhaitent que les expressions qui sont déjà connues et accessibles au public bénéficient simplement d'une protection fondée sur le consentement préalable et éclairé.
- L'enregistrement ou la notification peut être purement déclaratif et non constitutif de droits. Il appartient aux pays de statuer sur ce point. 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.
- Dans la mesure où cet enregistrement ou notification peut supposer l'enregistrement ou la fixation des savoirs traditionnels et des expressions de la culture concernés, tout droit de propriété intellectuelle sur cet enregistrement ou fixation peut être conféré ou transmis à la communauté concernée.
- Les informations sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification et leurs représentations peuvent, au moins dans la mesure du nécessaire, être rendues accessibles au public, par souci de transparence et de sécurité envers les tiers, pour ce qui concerne les savoirs traditionnels et les expressions de la culture ainsi protégés et les bénéficiaires de cette protection.
- L'autorité compétente qui reçoit les enregistrements ou notifications peut lever toute incertitude ou régler tout litige au sujet des communautés (y compris celles implantées dans plusieurs pays) qui doivent être capables de procéder à l'enregistrement ou à la notification, ou qui doivent bénéficier de la protection, en utilisant dans la mesure du possible les lois et procédures coutumières, les modes de règlement extrajudiciaire des litiges et les ressources culturelles existantes, comme les inventaires du patrimoine culturel. S'agissant de l'utilisation des ressources culturelles existantes, l'autorité peut également se reporter aux inventaires, listes et collections relatifs au patrimoine culturel, tels que ceux établis en vertu de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel adoptée par l'UNESCO en 2003. Plus généralement, il peut être possible de coordonner les inventaires établis à des fins de préservation du patrimoine culturel ou en cours d'établissement (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. En effet, des mesures peuvent être prises 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 savoirs traditionnels et des expressions de la culture (UNESCO, 2005). Pour ce faire, l'OMPI élabore des protocoles relatifs à la propriété intellectuelle et des guides de bonnes pratiques pour l'enregistrement et la numérisation du patrimoine culturel immatériel²². Ces protocoles et ces guides de bonnes pratiques trouveront leur utilité auprès des communautés, des musées, des services d'archives, des organismes culturels et de tous ceux qui collectent, enregistrent, inventorient, numérisent et mettent à la disposition du public des éléments du patrimoine culturel immatériel. Ils aideront ce type d'acteurs à identifier les problèmes liés à la propriété intellectuelle, à mieux cerner les solutions relevant de la propriété intellectuelle et à élaborer des politiques fondées sur la propriété intellectuelle qui permettent d'atteindre leurs objectifs généraux de sauvegarde.

3.8.3 Information complémentaire

Pour toute information complémentaire sur les formalités, consulter les sources suivantes :

- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et principes révisés*,

²² Voir l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/tk/fr/folklore/culturalheritage/index.html>.

WIPO/GRTKF/IC/8/4, OMPI, Genève (2005). Les pages 32 à 36 de l'Annexe fournissent des informations sur les formalités ;

- STERLING, J.A.L. *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londres (1998).

3.9 Procédures judiciaires (sanctions et réparations)

Les législations nationales prévoient généralement des réparations civiles et des sanctions pénales en cas de violation du droit d'auteur. De la même façon, il a été largement admis que, dans le contexte de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, les communautés traditionnelles devraient pouvoir engager des poursuites civiles ou pénales lorsque leurs droits sont violés. La définition de cet élément implique que les juristes rédigent des clauses concernant les procédures civiles et pénales.

3.9.1 Options : la procédure civile

En principe, le droit civil ne traite pas de la répression, qui concerne plutôt le droit pénal. Les sanctions prévues en droit civil visent d'autres objectifs, comme la compensation, la réparation d'un préjudice et la suspension d'un acte illicite. Dans la pratique, il y a des exceptions, notamment les dommages-intérêts exemplaires (qui cherchent à punir plutôt qu'à compenser) et la peine de réparation (qui cherche à indemniser la victime plutôt qu'à punir l'auteur de l'infraction).

Les questions suivantes ont pour but d'aider les juristes à définir la procédure civile en cas de violation des droits.

a) Qu'est-ce qui constitue une violation ?

Une fois qu'ils auront défini l'étendue de la protection, les juristes auront déterminé les types d'actes se rapportant aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture qui seront réglementés en vertu de la législation. Les juristes peuvent envisager d'insérer une clause particulière reliant les actes réglementés à la définition de ce qui constitue une violation en vertu de la législation. À titre d'exemple, il est possible de prévoir une clause stipulant que "les droits culturels traditionnels sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture sont violés par celui qui commet un acte réglementé". Cette clause peut également indiquer si l'acte accompli doit concerner l'œuvre tout entière ou s'il suffit d'utiliser un élément essentiel de l'œuvre pour constituer une violation. Elle peut enfin déterminer si l'accomplissement d'actes réglementés concerne à la fois les actes directs et les actes indirects.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie ne prévoit aucune disposition sur ce qui constitue une violation de la législation, étant donné que ce point sera réglé à l'échelon national.

b) Quand une action en violation peut-elle être intentée ?

La loi devra préciser les cas où une action peut être intentée. Dans la plupart des cas, elle disposera qu'une violation de la loi donne lieu à une action en justice.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie prévoit qu'une procédure pour violation peut être engagée dans deux cas :

- i. lorsque les droits culturels traditionnels sont violés, c'est-à-dire lorsqu'une personne fait un usage non coutumier de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture (que cet usage soit à des fins commerciales ou non) et qu'elle n'a pas obtenu le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels (article 30, alinéa 1) ; et
- ii. lorsque les droits moraux sont violés, c'est-à-dire lorsqu'une personne commet un acte ou est responsable d'une omission ayant rapport avec des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture contraire aux droits moraux des propriétaires traditionnels desdits savoirs ou expressions et qu'elle n'a pas obtenu le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels (article 30, alinéa 2).

Les juristes peuvent également préciser les cas où une procédure pour violation ne peut être engagée. Par exemple, la loi peut contenir une disposition stipulant qu'aucune action ne peut être intentée en cas de violation de droits n'ayant pas fait l'objet d'un enregistrement (si un système d'enregistrement ou de notification est mis en place), le cas échéant.

En outre, les juristes sont invités à se demander si une action peut être intentée lorsqu'il existe une forte probabilité que des droits soient violés. Par exemple, la loi du Pérou de 2002 prévoit qu'une personne peut engager des poursuites lorsque ses droits risquent d'être violés. De même, la loi du Panama de 2000 prévoit que les communautés autochtones ou le gouverneur du territoire ou de la province peut prendre des mesures préventives (article 22).

Ces mesures "de précaution" sont essentielles, car l'appropriation abusive des expressions de la culture engendre souvent un préjudice spirituel et culturel. Dans certains cas, le préjudice subi par les individus et/ou les communautés traditionnelles est irréparable. Par conséquent, il vaut mieux éviter que le préjudice ne soit causé, plutôt que d'attendre que l'acte se produise pour engager une procédure.

c) Qui peut intenter une action en violation ?

Il est important de préciser qui peut intenter une action en violation. Cela dépendra en grande partie des décisions prises dans la section "Application des droits", notamment pour ce qui concerne le rôle de l'État dans l'application des droits.

Selon des principes directeurs de la Loi type de 2002 pour l'Océanie, "les communautés traditionnelles sont les propriétaires, les dépositaires et les gardiens des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, les titulaires des droits sur ces savoirs et les personnes responsables au premier chef des décisions concernant leur utilisation". Par conséquent, la loi devra prévoir des clauses pour que les communautés traditionnelles soient en mesure d'intenter une action pour faire valoir leurs droits. En vertu de l'article 30 de la Loi type de 2002 pour l'Océanie, les propriétaires traditionnels peuvent engager des poursuites civiles. Il en est de même dans bon nombre de lois *sui generis* sur la protection des expressions culturelles traditionnelles.

Les juristes sont toutefois invités à se demander s'il est nécessaire d'introduire dans la loi une clause stipulant que d'autres individus ou organismes ont la capacité d'ester en justice. La loi du Panama de 2000 prévoit par exemple que, outre les communautés lésées, le gouverneur du territoire ou de la province peut prendre des mesures préventives (article 22). La loi du Pérou de 2002 prévoit quant à elle qu'une action en violation peut être intentée à l'initiative de l'Institut national pour la défense de la concurrence et la protection de la propriété intellectuelle (INDECOP), qui est l'autorité péruvienne compétente.

Il est également possible que certaines communautés traditionnelles souhaitent qu'un organisme étatique exerce leurs droits en leur nom, alors que d'autres communautés du même pays ne le souhaitent pas. Les juristes devront adopter des solutions adaptées, tout en appliquant le principe directeur selon lequel les communautés traditionnelles sont les propriétaires, les dépositaires et les gardiens des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, les titulaires des droits sur ces savoirs et les personnes responsables au premier chef des décisions concernant leur utilisation.

Les juristes sont également invités à se demander si la loi devrait prévoir des restrictions quant à ceux qui auront la capacité d'ester en justice, afin d'éviter que des actions non légitimes ne soient intentées. À titre d'exemple, la législation peut prévoir que seul un représentant mandaté par les communautés traditionnelles peut engager une procédure, plutôt que de laisser ce droit aux membres de la communauté.

d) Devant quel tribunal l'action en violation peut-elle être engagée ?

La loi devrait préciser devant quel tribunal les actions en violation devront être engagées. La Loi type de 2002 pour l'Océanie ne mentionne pas le nom du tribunal compétent, car cette question devrait être réglée à l'échelon national.

Toutefois, une autre question se pose : les tribunaux ordinaires sont-ils des juridictions appropriées pour les procédures judiciaires relatives aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture ? Étant donné que les États et Territoires insulaires océaniques sont des petits pays qui manquent de ressources, la Loi type de 2002 pour l'Océanie ne crée pas de nouvelles institutions aux fins de poursuites judiciaires. Elle utilise les juridictions de droit commun sans en préciser le type : le choix du tribunal est laissé au pays légiférant.

Lors de l'élaboration de la Loi type de 2002 pour l'Océanie, il a été reconnu que le caractère formaliste de la procédure judiciaire pouvait être inapproprié. Des institutions, existantes ou nouvelles, autres que les tribunaux ordinaires, peuvent permettre de mieux gérer les problèmes qui doivent être résolus dans le cadre de la législation, en raison du besoin de connaissances spécialisées, de la nécessité d'alléger les formalités imposées par la procédure de droit commun, et, de l'utilité de prévoir des procédures d'enquête ou d'autres procédures, comme la médiation, qui n'existent pas dans le système de droit commun. En effet, les communautés traditionnelles ont condamné le recours à l'appareil judiciaire occidental et ont souhaité que des procédures mieux adaptées soient prévues et que les mécanismes coutumiers soient davantage pris en compte.

Il existe de nombreux exemples dont les juristes peuvent s'inspirer, s'ils préfèrent créer une institution chargée de statuer en matière civile plutôt que de recourir à la procédure judiciaire, qui est formaliste et contradictoire. Parmi les institutions chargées des questions autochtones figurent le tribunal foncier maori et le tribunal de Waitangi (Nouvelle-Zélande). S'agissant de la nécessité d'alléger les formalités et d'utiliser d'autres procédures d'enquête, bon nombre de pays recourent aux tribunaux d'affaires familiales. Sur le plan des systèmes de propriété intellectuelle, certains pays prévoient que des plaintes peuvent être déposées auprès de commissaires (comme le Commissaire aux marques, en Nouvelle-Zélande), en complément de la procédure de droit commun. Il existe également un tribunal du droit d'auteur en Australie et en Nouvelle-Zélande.

e) Devrait-il y avoir une sanction en cas de procédure abusive ?

Afin d'éviter tout procès injustifié, les juristes sont invités à se prononcer sur l'opportunité d'inclure dans la législation une sanction en cas de procédure abusive. Si les lois sur le droit d'auteur ou les lois sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ne prévoient généralement rien à ce sujet, la législation néo-zélandaise sur le droit d'auteur et les marques de commerce ainsi que la loi fidjienne sur le droit d'auteur contiennent des dispositions de ce type.

Un exemple de dispositions relatives aux procédures abusives, tiré de la législation néo-zélandaise sur le droit d'auteur, est fourni ci-après.

- 1) Lorsqu'une personne engage une procédure en arguant d'une violation du droit d'auteur, le tribunal peut, à la demande de toute personne contre laquelle la procédure est engagée :
 - a. déclarer que la procédure était abusive ;
 - b. ordonner le versement de dommages-intérêts pour toute perte subie par la personne contre laquelle la procédure est engagée.
- 2) Le tribunal n'accorde pas de réparations en vertu du présent article si la personne qui a engagé la procédure prouve que les actes qui font l'objet de l'action en justice constituent, ou auraient constitué s'ils avaient été commis, une violation du droit d'auteur considéré.
- 3) Aucune disposition du présent article ne permet d'engager une procédure en vertu de ce même article contre un avocat ou un avoué près la Haute cour de Nouvelle-Zélande pour un acte accompli par ce dernier au nom d'un client dans le cadre de son activité professionnelle.

Loi néo-zélandaise de 1994 sur le droit d'auteur, article 130

f) Quelles réparations devraient être accordées en cas de violation ?

Les réparations qui sont généralement prévues par les lois sur le droit d'auteur et la loi sur la protection des expressions culturelles traditionnelles sont l'injonction, les dommages-intérêts et la restitution des bénéfices. La plupart du temps, les textes de loi contiennent également une disposition générale autorisant le tribunal à accorder d'autres formes de réparation lorsqu'il les juge appropriées. Pour prévenir la violation, il est particulièrement important de prévoir des procédures judiciaires qui permettent de prendre des mesures rapides en attendant le déroulement du procès (comme les ordonnances de référé suspendant la distribution du produit du défendeur).

S'agissant de la violation des droits sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture, les communautés traditionnelles indiquent souvent que les sanctions prévues par les lois en vigueur ne suffisent pas à justifier l'octroi de dommages-intérêts équivalant au préjudice culturel et non économique causé par cette utilisation illicite. Même si les réparations accordées par les tribunaux tiennent parfois compte des questions culturelles²³, les cas d'appropriation abusive et d'utilisation préjudiciable des savoirs traditionnels et des expressions de la culture engendrent la plupart du temps un préjudice culturel et non économique. Par conséquent, le versement d'une somme d'argent en dédommagement du préjudice culturel subi par les communautés traditionnelles n'est pas une solution adaptée. Il est donc impératif de prévoir d'autres formes de compensation en réparation du préjudice culturel. Pour ce faire, les juristes pourront s'inspirer du droit coutumier en vigueur.

Les juristes peuvent s'inspirer de l'article 31 de la Loi type de 2002 pour l'Océanie pour définir des réparations adaptées. Ils sont également invités à noter ce qui suit concernant cet article.

- Il énonce les réparations qui sont généralement accordées, telles que la mise en demeure, l'indemnisation et la restitution des bénéfices.
- Il contient d'autres formes de réparation, telles que les excuses publiques et la déclaration reconnaissant que les droits culturels traditionnels des propriétaires traditionnels ont été violés (alinéa c) et d) de l'article 31).
- Il prévoit que le tribunal peut ordonner que les actes portant atteinte aux droits moraux cessent ou soient annulés (alinéa e) de l'article 31).
- Il prévoit que le tribunal peut ordonner la saisie de tout objet fabriqué, importé ou exporté en violation des dispositions de la loi. Les juristes doivent se demander s'il convient d'insérer dans la

²³ Voir l'affaire *George M*, Payunka, Marika et autres contre Indofurn Pty. Ltd* – 30 IPR 2009 (Australie).

législation une clause clarifiant ce point. Cette clause pourrait fournir des précisions sur la capacité du tribunal d'ordonner le retrait, la suppression, la destruction, la restitution (au propriétaire ou à une autre personne, selon l'avis du tribunal) et la confiscation des objets. Elle pourrait également indiquer si les personnes intéressées par la violation des objets recevront un préavis et si ces personnes disposent de droits, et, le cas échéant, quels sont ces droits. Pour plus d'informations sur ce sujet, les juristes sont invités à consulter les lois en vigueur sur le droit d'auteur (alinéa g) de l'article 31).

- Il prévoit que le tribunal peut rendre toute ordonnance qu'il estime appropriée dans les circonstances considérées. Cette mesure pourrait permettre de prévoir des formes de compensation en réparation des préjudices culturels et non économiques causés par l'utilisation illicite. Toutefois, les pays sont invités à fournir de plus amples informations sur ce sujet en incluant des formes de réparation particulières. Si certains doutes subsistent quant à l'application d'une réparation, il est nécessaire d'inclure une disposition législative expresse (alinéa h) de l'article 31).

Le tribunal de [] peut imposer l'une quelconque ou plusieurs des formes de réparation suivantes dans le cas d'une poursuite en justice correspondant aux cas suivants :

- a) mise en demeure ;
- b) indemnisation de la perte subie du fait de l'utilisation non autorisée ;
- c) déclaration reconnaissant que les droits culturels traditionnels des propriétaires traditionnels ont été violés ;
- d) injonction au défendeur de faire des excuses publiques pour sa faute ;
- e) ordonnance prescrivant que l'attribution frauduleuse de propriété du savoir traditionnel ou de l'expression de la culture, ou le traitement qui lui est préjudiciable, soient annulés ou rescindés ;
- f) ordonnance imposant la restitution des bénéfices ;
- g) ordonnance prescrivant la saisie de tout objet fabriqué, importé ou exporté en violation des dispositions de la présente loi ;
- h) toute ordonnance que le tribunal estime appropriée dans les circonstances considérées.

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 31

Une fois que les juristes auront identifié les formes de réparation qui devraient être prévues, ils devront les comparer avec les réparations prévues en vertu du *common law* et du droit législatif de leur pays et se demander si celles-ci s'accordent. Cet examen pourra déboucher sur une ou plusieurs des conclusions suivantes.

- Les réparations civiles existantes sont jugées suffisantes.
- Il est jugé nécessaire de modifier certaines formes de réparation pour pouvoir les intégrer dans la législation : il se peut qu'il faille modifier certains aspects d'une réparation afin que celle-ci fournisse un moyen efficace de protéger les savoirs traditionnels et les expressions de la culture. Dans son article 81, la loi néo-zélandaise de 1986 sur le commerce contient un exemple de modification d'une réparation civile existante. L'article mentionne en effet une série de cas où la Haute cour peut interdire certains comportements. Il élargit l'éventail des cas où la réparation existante pourrait être accordée en vertu de la *common law* et fournit des précisions sur l'application de cette réparation.
- Il est jugé nécessaire de créer des nouvelles formes de réparation : cela peut arriver lorsqu'il est prouvé que les réparations civiles existantes ne sont pas en adéquation avec les objectifs politiques fixés ou qu'il est difficile de les modifier pour qu'elles puissent servir dans le cadre de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture. Si les juristes envisagent de créer une nouvelle forme de réparation, il est préférable qu'ils consultent un expert en la matière afin d'anticiper les éventuels écueils et de déterminer si la réparation proposée ne s'oppose pas à l'application générale de la loi (ou, en d'autres termes, si cette nouvelle forme de réparation est souhaitable d'un point de vue théorique, et efficace d'un point de vue pratique).

g) Quels éléments devraient être pris en compte par le tribunal ?

Les textes de loi mentionnent généralement les éléments que le tribunal doit prendre en considération au moment de déterminer la réparation à accorder. Ces éléments peuvent être des règles de droit très précises ou des critères très généraux (comme l'intérêt général ou le bien-être d'un enfant).

Pour définir ces éléments, les juristes peuvent s'inspirer du deuxième alinéa de l'article 31 de la Loi type de 2002 pour l'Océanie, qui énonce les circonstances que le tribunal doit prendre en considération au moment de déterminer la réparation à accorder. Ces circonstances sont mentionnées à titre indicatif et les pays peuvent les adapter comme bon leur semble.

Dans sa détermination de la réparation à accorder, le tribunal de [] peut tenir compte de l'une des circonstances suivantes :

- a) la mesure dans laquelle le défendeur connaissait, ou aurait normalement dû connaître, les droits culturels traditionnels et les droits moraux des propriétaires traditionnels;
- b) le préjudice causé à l'honneur ou à la réputation des propriétaires traditionnels du fait de l'utilisation non autorisée;
- c) les mesures prises éventuellement par le défendeur pour atténuer les effets de l'utilisation non autorisée;
- d) les frais ou les difficultés qui auraient été associés à l'identification des propriétaires traditionnels;
- e) les frais ou les difficultés éventuels associés à l'annulation ou à la rescision d'une attribution frauduleuse de propriété du savoir traditionnel ou de l'expression de la culture, ou du traitement préjudiciable qui en a été fait;
- f) les mesures éventuelles prises par les parties pour régler le litige.

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 31, alinéa 2

3.9.2 Options : la procédure pénale

a) Est-il nécessaire de créer une infraction pénale ?

La plupart des systèmes juridiques font la distinction entre les comportements assimilés à des actes criminels et les comportements qui, même s'ils sont considérés comme délictuels, ne sont passibles que de sanctions civiles. Par conséquent, les juristes doivent en premier lieu se demander si certains comportements nécessitent d'être sanctionnés pénalement ou si les sanctions civiles sont suffisantes et appropriées pour faire valoir les droits. Naturellement, les titulaires de droits sont mieux protégés lorsqu'il existe à la fois des sanctions civiles et pénales. Dans certains pays, le même acte portant atteinte aux droits d'auteur peut, dans le cadre de poursuites civiles, donner lieu à une indemnisation du dommage causé ou à d'autres formes de réparation, et, dans le cadre de poursuites pénales, être sanctionné d'une amende et/ou d'une peine d'emprisonnement.

Au moment de déterminer si la législation devrait prévoir des sanctions pénales, les juristes noteront que le droit pénal a pour objet de punir l'auteur de l'infraction et de dissuader les autres personnes de commettre une faute. En général, il ne cherche pas à indemniser, ce qui est du ressort du droit civil. Le droit pénal vise à punir les comportements qui sont, d'une certaine manière, répréhensibles. Le caractère répréhensible de l'acte est un élément constitutif de la procédure pénale (Legislation Advisory Committee [2001], p. 141).

Pour déterminer s'il est nécessaire de créer une infraction pénale, les juristes sont invités à se poser les questions suivantes (Legislation Advisory Committee [2001], p. 143).

- L'acte en question causera-t-il un préjudice substantiel aux personnes ou aux intérêts publics, s'il est permis ou s'il n'est pas réprimé ?
- L'opinion publique serait-elle favorable à l'application de sanctions pénales, ou le public considère-t-il que l'acte en question est une faute sans gravité ?
- Est-il préférable que l'acte en question soit réglementé par le droit civil, car les sanctions qui sont généralement prononcées en droit civil (soit l'indemnisation, la restitution, etc.) sont appropriées ?
- Le recours au droit pénal est-il envisagé uniquement, ou essentiellement, par commodité, ou est-il le résultat d'une décision fondée sur le fait que l'acte requiert des sanctions pénales ?
- Si l'acte en question est assimilé à une infraction pénale, comment la répression se fera-t-elle, qui sera chargé de l'enquête préliminaire et de l'engagement des poursuites pénales, quels pouvoirs seront requis pour faire respecter la loi ?
- Si les nouvelles infractions en question risquent de ne jamais être réprimées, ou de l'être que très rarement, la question de savoir si la sanction pénale est justifiée devrait être examinée attentivement, car la création d'infractions qui ne seront pas réprimées portera atteinte à la crédibilité de la loi. Si la police est chargée de faire appliquer la nouvelle loi, dans le cadre de sa mission de faire appliquer la loi, il peut être utile de demander aux agents de donner la priorité à la ou les nouvelles infractions créées.
- D'un point de vue économique et pratique, serait-il préférable de réprimer le comportement en cause par des sanctions civiles, existantes ou nouvelles ?
- Est-il possible de définir précisément l'acte qui doit être assimilé à une infraction pénale ?

Les questions générales qui suivent ne valent que pour les pays qui estiment que des sanctions pénales sont nécessaires

b) Qu'est-ce qui constitue une infraction ?

Les pays qui estiment que des sanctions pénales sont nécessaires devront déterminer ce qui constitue une infraction.

Des lois en vigueur sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture prévoient que certains actes se rapportant aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture constituent des infractions. Par exemple, en vertu du titre 18 du Code des États-Unis d'Amérique, partie I, chapitre 53, est illicite et passible d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement, le fait d'imiter une marque officielle reprise ou créée par la loi des États-Unis d'Amérique de 1990 sur l'art et l'artisanat indiens (article 1158, "Contrefaçon de marques enregistrées par la Commission de l'art et l'artisanat indiens") et de proposer ou d'exposer à la vente ou de vendre toute marchandise qui suggère faussement qu'il s'agit d'un produit fabriqué par des Indiens, d'un produit indien ou d'un produit appartenant à une tribu indienne ou à une organisation artistique ou artisanale indienne, domiciliée aux États Unis d'Amérique (article 1159, "Présentation trompeuse des biens et des produits fabriqués par des Indiens").

Les juristes sont invités à s'inspirer de la Loi type de 2002 pour l'Océanie pour définir ce qui constitue une infraction.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie définit les délits portant atteinte :

- aux droits culturels traditionnels : toute personne faisant un usage non coutumier de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture (que cette utilisation soit ou non de nature commerciale), ou utilisant des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture sans avoir obtenu le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels; se rend coupable de délit (article 26) ;
- aux droits moraux : toute personne commettant un acte ou responsable d'une omission ayant un rapport avec des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture contraire aux droits moraux des propriétaires traditionnels desdits savoirs ou expressions, ou ayant commis cet acte ou cette omission sans avoir obtenu le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels se rend coupable de délit (article 27) ;
- à un matériel secret-sacré : toute personne utilisant un savoir traditionnel ou une expression de la culture secret-sacré d'une manière non conforme à l'usage coutumier se rend coupable de délit (article 28) ;
- aux règles régissant l'importation : Toute personne important un article ou toute autre chose à/en [] ayant un rapport avec des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture de ce pays, ou ayant effectué cette transaction tout en sachant, ou en étant raisonnablement censée savoir, que, si l'article avait été fabriqué dans le pays, elle aurait enfreint les droits culturels traditionnels ou les droits moraux des propriétaires traditionnels est coupable de délit (article 29, alinéa 1) ;
- aux règles régissant l'exportation : toute personne exportant des savoirs traditionnels ou une expression de la culture alors que l'exportation est destinée à un usage non coutumier (à des fins commerciales ou non), ou effectuant l'exportation des savoirs traditionnels ou de l'expression de la culture sans avoir obtenu le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels est coupable de délit (article 29, alinéa 2).

En vertu de la Loi type de 2002 pour l'Océanie, le même acte portant atteinte aux droits culturels traditionnels (soit l'usage non coutumier de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture sans avoir obtenu le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels) constitue une infraction pénale et un délit civil. Par ailleurs, le même acte ou la même omission portant atteinte aux droits moraux constitue une infraction pénale et un délit civil. Par conséquent, une communauté traditionnelle peut éventuellement tenter une action en dommages-intérêts ou engager d'autres poursuites civiles, et, tenter une action pénale donnant lieu à une amende et/ou une peine d'emprisonnement en vertu des dispositions pénales. Comme il a été mentionné précédemment, certaines lois nationales sur le droit d'auteur prévoient que le même acte portant atteinte aux droits peut, dans le cadre de poursuites civiles, donner lieu à une indemnisation du dommage causé ou à d'autres formes de réparation, et, dans le cadre de poursuites pénales, être sanctionné d'une amende et/ou d'une peine d'emprisonnement.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie prévoit trois infractions supplémentaires : l'utilisation du matériel secret-sacré, l'importation et l'exportation de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture. Les juristes peuvent juger bon d'étudier ces infractions en les comparant avec la liste de questions proposées précédemment dans la sous-section 3.9.2 a), afin de déterminer si ces actes sont suffisamment répréhensibles dans leur pays pour constituer une infraction pénale.

Si les juristes estiment que certains types de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture (comme les savoirs traditionnels et les expressions de la culture ayant une grande valeur spirituelle) ne bénéficieront pas du même degré de protection que les autres, ils sont invités à se prononcer sur l'opportunité de sanctionner plus sévèrement l'utilisation illicite de ces savoirs. À titre d'exemple, l'utilisation du matériel secret-sacré constitue une infraction pénale en vertu de la Loi type de 2002 pour l'Océanie.

c) Quand une action pénale peut-elle être engagée ?

Vu que la plupart des lois précisent quand une action pénale peut être engagée, les pays peuvent choisir d'insérer une clause sur ce point dans leur législation. La Loi type de 2002 pour l'Océanie ne stipule rien à cet égard.

En vertu des lois sur la propriété intellectuelle, les poursuites pénales peuvent généralement être engagées lorsque le fait est établi. Ainsi, les lois sur les marques commerciales peuvent disposer qu'aucune action ne peut être intentée contre l'auteur d'une infraction commise avant la date d'enregistrement de la marque en question.

Comme ce fut le cas pour les poursuites civiles, les juristes sont une nouvelle fois invités à se demander si une action peut être intentée lorsqu'il existe une forte probabilité que les droits soient violés. Comme il a été indiqué précédemment, une approche dite "de précaution" a été adoptée au Pérou et au Panama, afin que les titulaires de droits puissent prendre des mesures préventives, étant donné que le préjudice subi par les individus et/ou les communautés traditionnelles est parfois irréparable.

d) Qui devrait être chargé d'engager l'action pénale ?

Étant donné que l'action pénale peut exiger des ressources considérables, les juristes sont invités à étudier cette question en tenant compte des capacités des communautés traditionnelles de leur pays et en se demandant si ces dernières ont besoin d'une assistance dans ce domaine. Ce point est développé dans la section "Application des droits". Il peut être nécessaire de prévoir expressément que telle organisation se chargera d'engager les poursuites pénales (il peut s'agir de la police ou d'un organisme étatique). Si ce n'est pas la police qui est chargée de l'engagement des poursuites mais un organisme étatique, les juristes devront examiner la possibilité d'inclure dans la législation des mesures visant à conférer des pouvoirs d'investigation à cet organisme (comme les mandats de perquisition) et à établir des sanctions en cas de non coopération au cours de l'enquête.

e) Quelles peines devraient être encourues en cas d'infraction ?

Pour définir les peines encourues, il est important de rappeler que le droit pénal ne vise pas à indemniser la victime, mais plutôt à punir l'auteur de l'infraction et à dissuader les autres personnes de commettre une faute.

Les instruments internationaux ou régionaux sur le droit d'auteur et les droits voisins n'édicte aucune règle quant aux peines encourues. Il n'existe pas non plus de normes à ces échelons pour ce qui a trait aux savoirs traditionnels. Les sanctions pénales varient de manière considérable d'un pays à l'autre, qu'il s'agisse du montant des amendes pouvant être réclamées ou de la durée de la peine d'emprisonnement pouvant être infligée (Sterling [1998], p. 432).

La Loi type de 2002 pour l'Océanie dispose que toute personne qui s'est rendue coupable d'un délit s'expose à une amende ou encourt une peine d'emprisonnement. Cependant elle ne précise pas le montant de l'amende, ni la durée de la peine d'emprisonnement, car ces éléments doivent être déterminés à l'échelon national. Étant donné que les pays sont susceptibles d'avoir des conventions sur les sanctions à imposer, la question n'est pas débattue dans ce guide.

Si un pays estime que l'amende est une sanction appropriée, les juristes sont invités à s'interroger en deuxième lieu sur l'utilisation du produit des amendes. Ce dernier pourrait être traité de la même manière que les autres fonds levés par le gouvernement et alimenter les ressources de l'État pour satisfaire l'intérêt général. Il convient de noter que les peines sont prononcées en vue de punir, et non pour dédommager, même s'il existe quelques exceptions à cette règle. Le produit des amendes pourrait par exemple alimenter un fonds destiné à promouvoir et sauvegarder la culture nationale, si cette mesure est jugée appropriée.

f) Le tribunal devrait-il pouvoir ordonner la restitution ?

Comme ce fut le cas pour les poursuites civiles, les juristes sont invités à se demander si la législation devrait contenir des dispositions sur les ordonnances de restitution dans le cadre d'une procédure pénale. La Loi type de 2002 pour l'Océanie ne contient aucune disposition sur ce point. Si les pays estiment qu'il convient d'insérer une clause de ce type dans leur législation, les juristes devront se demander :

- quand la restitution peut être ordonnée,
- quels éléments devraient être pris en compte par le tribunal,
- quels droits devraient être conférés aux personnes intéressées par les marchandises ou autres objets ; et
- si les marchandises seront restituées lorsqu'aucune ordonnance n'est rendue.

g) Quels moyens de défense devraient être prévus ?

La Loi type de 2002 pour l'Océanie stipule qu'une personne accusée d'une infraction n'est pas tenue pour responsable si une déclaration a été publiée et si les propriétaires traditionnels ont affirmé dans cette déclaration qu'ils ont donné leur consentement préalable et éclairé à l'utilisation en question. C'est le seul moyen de défense prévu en vertu de cette loi. Les juristes peuvent se demander si cette mesure suffit ou si d'autres moyens de défense sont adaptés.

3.9.3 Informations complémentaires

Pour toute information complémentaire sur les procédures civiles et pénale, consulter les sources suivantes :

- LEGISLATION ADVISORY COMMITTEE, *Guidelines on Process and Content of Legislation*, Ministère de la justice, Wellington (2001). Les chapitres 11 et 12 fournissent des informations sur les sanctions et les infractions pénales ;
- STERLING, J.A.L. *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londres (1998). Le chapitre 13 fournit des informations sur la violation du droit d'auteur.

3.10 Garantie des droits

La garantie des droits est un élément essentiel de la protection des savoirs traditionnels qui est souvent négligé. Tout comme les autres lois sur la propriété intellectuelle, la loi peut créer des droits, mais l'efficacité de la protection dépendra en grande partie du respect de ces droits. Par exemple, si toute une série de droits sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture peuvent être acquis en vertu de la législation, les bénéficiaires supposés peuvent, pour des raisons économiques ou culturelles, ne pas être en mesure de les exercer (Correa [2003], p. 38).

Bon nombre de lois sur la protection des expressions culturelles traditionnelles reconnaissent que l'État doit jouer un rôle dans l'application des droits des communautés traditionnelles. C'est ce qui transparaît au travers du principe directeur de la Loi type de 2002 pour l'Océanie qui reconnaît que l'État devrait jouer un rôle en matière de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, notamment assister les communautés traditionnelles dans la gestion et la garantie de leurs droits sur leurs savoirs traditionnels et les expressions de leur culture.

La définition de cet élément nécessite que les juristes s'interrogent sur le rôle que l'État devrait jouer dans la garantie des droits des communautés traditionnelles.

3.10.1 Facteurs à prendre en considération

Pour garantir le respect des droits, il est possible d'adopter des dispositions ou des lois nationales prévoyant le rôle de l'État à cet égard, en particulier lorsqu'il s'agit des communautés autochtones.

D'un point de vue pratique, il est essentiel de tenir compte des coûts et des ressources nécessaires à la garantie des droits. Ces coûts et ces ressources peuvent être considérables en fonction de certains facteurs comme la taille du pays et l'étendue de l'utilisation des savoirs traditionnels et des expressions de la culture. Les juristes sont invités à déterminer si l'État dispose de ressources appropriées pour jouer un rôle dans ce sens.

3.10.2 Options

Les questions suivantes ont pour but d'aider les juristes à rédiger une disposition concernant la garantie des droits, en tenant compte du contexte national. Il convient de noter que les juristes pourront être amenés à examiner des questions supplémentaires.

a) Quel rôle l'État devrait-il jouer dans la garantie des droits des communautés traditionnelles ?

Le rôle de l'État est essentiellement axé sur les communautés traditionnelles concernées. Il serait utile que les juristes évaluent la capacité des communautés traditionnelles de faire valoir leurs droits en vertu de la législation. S'il s'avère que certains facteurs, comme le manque de capacités et de ressources, peuvent empêcher les communautés traditionnelles d'exercer leurs droits, il peut être opportun et/ou nécessaire que l'État joue un rôle dans la garantie des droits en vertu de la législation.

Dans les législations nationales en vigueur, l'État joue divers rôles dans la garantie des droits de propriété intellectuelle et des droits sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture. Il remplit notamment les fonctions reprises ci-dessous.

- i. **Contrôle** : pour garantir le respect des droits de propriété intellectuelle, certains pays ont mis en place des services chargés de l'application des lois sur la propriété intellectuelle, comme un

groupe spécial interinstitutions de lutte contre la piraterie²⁴. Ils travaillent en étroite collaboration avec les groupes industriels et les autorités judiciaires pour veiller à l'application des lois sur la propriété intellectuelle et lutter contre les activités illicites. Des pays ont créé des chaînes ou des voies officielles pour aider les titulaires de droits, en leur fournissant des informations sur les infractions possibles ou des éléments montrant qu'une activité illicite présumée a lieu. La loi des États-Unis d'Amérique de 1990 sur l'art et l'artisanat indiens confère divers droits et fonctions à la Commission de l'art et de l'artisanat indiens, qui joue un rôle spécifique en matière de contrôle des infractions à la réglementation sur le territoire américain. La Loi type de 2002 pour l'Océanie prévoit que l'Autorité culturelle exerce une fonction de contrôle ;

- ii. Intervention dans le cadre de poursuites judiciaires : l'État peut éventuellement intervenir dans le cadre de poursuites civiles et pénales. L'État peut, le cas échéant, aider les communautés traditionnelles à exercer leurs droits sur leurs savoirs traditionnels et les expressions de leur culture, en leur fournissant des conseils techniques et une aide financière au titre de fonds d'aide juridique, ou être entièrement responsable de la garantie des droits. La détermination de ce rôle est susceptible de varier en fonction des besoins et des aspirations des communautés traditionnelles.

Les juristes peuvent se demander s'il convient de créer une institution ou un organisme chargé de contrôler l'application de la loi ou de fournir une assistance aux communautés traditionnelles à cet égard, en surveillant et en réprimant les infractions, par exemple. Certaines lois en vigueur disposent que les autorités nationales se chargent d'assurer la protection effective. Il peut être envisagé qu'un organisme étatique soit chargé d'assurer la protection des savoirs traditionnels. En ce qui concerne la procédure pénale, les juristes peuvent juger bon que l'État intervienne dans l'application des droits en complément, ou en remplacement, de la police. Cela peut s'avérer nécessaire lorsque les policiers d'un pays estiment qu'ils ne jouent pas un rôle de premier plan dans l'enquête préliminaire et l'engagement des poursuites pénales pour ce qu'ils considèrent être une "infraction réglementaire". Lors des sessions du Comité intergouvernemental de l'OMPI, il a été reconnu qu'un organisme étatique pourrait avoir plusieurs fonctions, dont celles de conseiller et d'aider les communautés dans l'exercice de leurs droits et, s'il y a lieu, d'engager des poursuites civiles, pénales et administratives en leur nom et à leur demande (WIPO/GRTKF/IC/8/4).

La loi des États-Unis d'Amérique de 1990 sur l'art et l'artisanat indiens contient des dispositions détaillées sur l'application des droits. Si les tribus indiennes, les organisations artistiques et artisanales indiennes et les Indiens à titre individuel ont le droit d'engager des poursuites civiles en vertu de cette loi, la Commission de l'art et de l'artisanat indiens peut également recevoir les plaintes et prendre les mesures nécessaires, y compris en renvoyant les affaires criminelles au FBI et au Ministère de la justice des États-Unis d'Amérique. À titre d'exemple, quiconque vend un produit en laissant croire à tort qu'il s'agit d'un produit indien s'expose à de très lourdes amendes et encourt une peine d'emprisonnement, ces peines étant aggravées en cas de récidive.

- iii. Formation en matière d'application de la législation : l'application effective de la loi peut nécessiter que les policiers et les douaniers aient une meilleure connaissance de l'infraction, ce qui peut se faire grâce à des formations et des liens de partenariat entre les agents et les communautés traditionnelles. Il est essentiel que les personnes chargées de garantir les droits bénéficient d'une formation continue.
- iv. Contrôle aux frontières : les problèmes liés à l'application des lois sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture concernent souvent l'importation de produits non autorisés. Ils peuvent en partie être résolus par le renforcement des mesures de police aux frontières dans une région. La formation des douaniers mentionnée précédemment peut être

²⁴ On peut citer par exemple le Service des droits de propriété intellectuelle de la police judiciaire de Singapour et le centre stratégique japonais pour la propriété intellectuelle.

utile. En outre, dans certains pays, les services des douanes et les autorités chargées de faire appliquer la loi disposent de procédures permettant d'aviser les titulaires de droits, pour contrôler les produits portant atteinte aux droits de propriété intellectuelle.

- v. Éducation et sensibilisation du public : bon nombre de pays reconnaissent l'utilité des droits de propriété intellectuelle en économie et ont adopté des politiques nationales et des mesures visant à informer le public. Certains pays ont créé des organismes chargés de promouvoir le respect de ces droits. Ces mesures sont étroitement liées aux programmes et aux campagnes d'information évoquées dans la section "Gestion des droits". Elles sont néanmoins distinctes, en ce sens qu'elles sont plus axées sur la prévention, afin d'essayer de réduire au minimum le nombre d'infractions. Les campagnes liées à l'application de la loi sont souvent destinées à diffuser des informations sur le respect des droits d'autrui et à inciter les consommateurs à refuser d'acheter des contrefaçons ou des marchandises piratées. Il existe également des systèmes de récompense du public lorsque celui-ci fournit des informations sur des activités illicites ou sur l'importation et l'exportation de marchandises non autorisées.

Il se peut qu'il ne soit pas nécessaire ou opportun de confier toutes ces fonctions à l'État. Les juristes devront tenir compte du contexte national et des besoins des communautés traditionnelles. En outre, certaines mesures liées à l'exécution des droits ne nécessiteront pas forcément un cadre législatif et pourraient, par conséquent, ne pas figurer dans la loi (cela concerne notamment les mesures d'éducation et de formation du public et la formation en matière d'application de la loi).

De plus, l'expérience dans le domaine du droit d'auteur a montré que, malgré les actions de promotion de l'application de la réglementation, les droits risquaient toujours d'être violés. Par conséquent, pour que la loi s'applique effectivement, il convient d'évaluer constamment les procédures en vigueur et de les adapter aux méthodes imaginées par les auteurs des infractions pour tourner la loi.

3.10.3 Information complémentaire

Pour toute information complémentaire sur la garantie des droits, consulter les sources suivantes :

- LEGISLATION ADVISORY COMMITTEE, *Guidelines on Process and Content of Legislation*, Ministère de la justice, Wellington (2001). Les chapitres 11 et 12 fournissent des informations sur les sanctions et les infractions pénales ;
- STERLING, J.A.L. *World Copyright Law*, Sweet & Maxwell, Londres (1998). Le chapitre 13 fournit des informations sur la violation du droit d'auteur.

3.11 Règlement des litiges

L'intérêt de prévoir des mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges portant sur les savoirs traditionnels est souvent souligné. Le règlement extrajudiciaire des litiges²⁵ est une expression passe-partout qui désigne plusieurs modes de règlement à l'amiable des litiges, tels que la négociation, la conciliation, la médiation et de nombreux autres types d'arbitrage. Pour régler les litiges qui concernent les communautés autochtones et traditionnelles, le règlement à l'amiable peut comprendre le recours au droit coutumier, ou le droit coutumier peut compléter les mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges.

Les modes de règlement à l'amiable des litiges présentent des caractéristiques communes, à savoir : ils sont plus rapides, moins formalistes, moins coûteux et bien souvent moins contradictoires qu'un procès. Le principe général sur lequel se fonde le règlement extrajudiciaire des litiges est le suivant : si les litiges ou les conflits peuvent être réglés sans être soumis à une juridiction, les modes de règlement à l'amiable devraient être favorisés.

Dans le contexte de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, ce sont généralement les lois et les décisions coutumières qui réglementent et régissent les sociétés traditionnelles. Il s'ensuit que ces mécanismes constituent vraisemblablement la procédure de règlement des litiges la mieux adaptée, car les communautés traditionnelles sont habituées à ces pratiques. Bon nombre de lois nationales en vigueur sur la protection des savoirs traditionnels mentionnent clairement le recours au droit coutumier et/ou à des mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges. À titre d'exemple, la loi des Philippines de 1997 prévoit que "lorsque les litiges concernent les communautés culturelles autochtones ou les peuples autochtones, le droit et les pratiques coutumières doivent être utilisés pour résoudre le conflit"²⁶. L'article 33 de la Loi type de 2002 pour l'Océanie dispose que les litiges peuvent être réglés par les moyens suivants : la médiation, les procédures de règlement extrajudiciaire des litiges, et, le droit et les pratiques coutumières.

Dans le cadre de la législation, lorsque les mécanismes de règlement extrajudiciaires des litiges (y compris le droit et les pratiques coutumières) seront utilisés, ils représenteront généralement une solution de remplacement des procédures civiles et pénales prévues par la loi. Dans ces cas, il peut ne pas être nécessaire de rédiger des clauses détaillées concernant le règlement extrajudiciaire des litiges. Les pays peuvent reprendre l'article 33 de la Loi type de 2002 pour l'Océanie et tout simplement approuver le fait que des procédures de règlement extrajudiciaire des litiges peuvent être utilisées.

En revanche, les juristes peuvent juger bon de définir des modalités particulières de règlement des litiges dans la loi. Dans ce cas, un des principaux problèmes est que les dispositions du droit coutumier qui régissent les sociétés traditionnelles varient considérablement. Ainsi, les juristes ne devraient pas présumer que les anciens ont toujours le même rôle ou que les différentes communautés utilisent des procédures de règlement des litiges identiques. Il est essentiel de consulter les communautés traditionnelles afin de s'assurer que les mécanismes de règlement extrajudiciaires des litiges prévus dans la loi représentent des modes appropriés de résolution des conflits (Wichard et Wendland (2006)).

²⁵ Depuis quelques années, l'expression "règlement extrajudiciaire des litiges" est employée pour signifier les "procédures appropriées de règlement des litiges", afin de montrer que ces mécanismes représentent une procédure à part entière et un moyen efficace de régler les conflits et qu'ils ne devraient pas être considérés comme une simple solution de remplacement du procès.

²⁶ Section 65, "Primauté des lois et pratiques coutumières".

3.12 Lien entre la protection *sui generis* des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et la protection de la propriété intellectuelle

Il est généralement admis que les nouveaux régimes de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture devraient compléter les régimes actuels de protection de la propriété intellectuelle applicables. En effet, ils devraient combler ce qui est souvent qualifié de “vide juridique”. C’est ce qui transparaît au travers du principe directeur de la Loi type de 2002 pour l’Océanie selon lequel la protection *sui generis* des savoirs traditionnels et des expressions de la culture devrait compléter les régimes actuels de protection de la propriété intellectuelle qui peuvent s’appliquer, sans pour autant les remplacer ou empêcher l’acquisition des droits qui en découlent.

Au moment d’élaborer et de mettre en œuvre la législation, les juristes devront bien connaître au moins deux aspects fondamentaux, à savoir : d’une part, le lien entre les régimes de protection applicables aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture, conformément aux lois en vigueur sur la propriété intellectuelle, et la protection qui sera assurée par la loi, et d’autre part, le lien entre les régimes de protection applicables aux créations fondées sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture (ci-après dénommées “œuvres dérivées”), conformément aux lois en vigueur sur la propriété intellectuelle, et la protection qui sera assurée par la loi. Il est primordial que les juristes soient bien conscients de ces aspects, surtout au moment de présenter la loi aux parties prenantes : les juristes devront s’attendre à ce que les parties intéressées s’interrogent sur le rapport entre le projet de loi et les lois en vigueur sur la propriété intellectuelle. Les juristes trouveront des précisions sur le lien entre le projet de loi et les lois sur la propriété intellectuelle dans la sous-section “Éléments d’information” qui figure ci-dessous, étant donné que ces informations ne relèvent pas des questions générales.

Les juristes devront néanmoins prendre en considération une importante question générale. Le principe directeur précité indique que la protection *sui generis* devrait compléter les régimes actuels de protection de la propriété intellectuelle qui peuvent s’appliquer, sans pour autant les remplacer ou empêcher l’acquisition des droits qui en découlent. En d’autres termes, la question de politique générale qui consiste à savoir si des droits de propriété intellectuelle sur les œuvres dérivées devraient être reconnus est déjà réglée. Cette reconnaissance peut toutefois se faire sous réserve que le créateur de l’œuvre dérivée respecte certaines conditions. La Loi type de 2002 pour l’Océanie énonce ce type de dispositions (voir article 12). Pour définir cet élément, les juristes devront se demander si des conditions devraient être prévues, dans quelles circonstances elles pourraient s’appliquer et quelle pourrait être leur nature.

3.12.1 Éléments d’information

a) Quel est le lien entre la législation et les lois en vigueur sur la propriété intellectuelle, au niveau de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture ?

Il est possible de répondre à certains besoins des communautés traditionnelles en matière de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture en appliquant les lois en vigueur sur la propriété intellectuelle, notamment en étendant ou en adaptant les dispositions qui s’y prêtent. Ainsi :

- les lois sur le droit d’auteur et les dessins ou modèles industriels peuvent protéger les adaptations et les représentations contemporaines de savoirs traditionnels et d’expressions de la culture préexistants, même si celles-ci s’inscrivent dans un contexte traditionnel ;
- le droit d’auteur peut protéger les œuvres non publiées dont l’auteur est inconnu ;

- 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 ;
- le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996 peut protéger les interprétations ou exécutions d'expressions de la culture ;
- les signes, symboles et emblèmes traditionnels peuvent être enregistrés en tant que marques commerciales ;
- les noms géographiques traditionnels peuvent être enregistrés en tant qu'indications géographiques ; et
- le caractère distinctif et la renommée des biens et services traditionnels peuvent être protégés contre la commercialisation trompeuse par les lois sur la concurrence déloyale ou l'utilisation de la certification et des marques collectives.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie a été élaborée afin de proposer des formes de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture qui ne sont pas prévues par les lois en vigueur sur la propriété intellectuelle. Pour plus de précisions sur le lien entre la protection conférée par le projet de loi et la protection qui peut s'appliquer en vertu des lois en vigueur sur la propriété intellectuelle, les juristes sont invités à se reporter aux éléments d'information fournis dans la section "Étendue de la protection".

b) Quel est le lien entre la législation et les lois en vigueur sur la propriété intellectuelle, au niveau de la protection des œuvres dérivées ?

Bon nombre de législations nationales font la distinction entre d'une part, les savoirs traditionnels et les expressions de la culture (dits "préexistants" ou appelés la "source"), et d'autre part, les expressions contemporaines, adaptations et interprétations qui en découlent. La première catégorie nécessite généralement une protection *sui generis*, alors que la seconde peut bénéficier des régimes actuels de protection des droits d'auteur ou de la propriété intellectuelle. Par exemple, dans la Loi type de Tunis de 1976, les "œuvres inspirées du folklore national" sont protégées par le droit d'auteur en tant qu'œuvres originales, tandis que le folklore lui-même (la loi emploie l'expression "œuvres du folklore national") bénéficie d'une protection *sui generis* fondée sur le droit d'auteur, car le droit d'auteur ne peut s'appliquer. Les Dispositions types de 1982 font la même distinction, exactement comme la législation hongroise, indonésienne et bien d'autres lois.

La figure 1 illustre le lien entre l'objet protégé (la "base" ou la "source" selon Wendland), qui est protégé par la loi, et les œuvres dérivées, qui peuvent éventuellement bénéficier des régimes actuels de protection de la propriété intellectuelle.

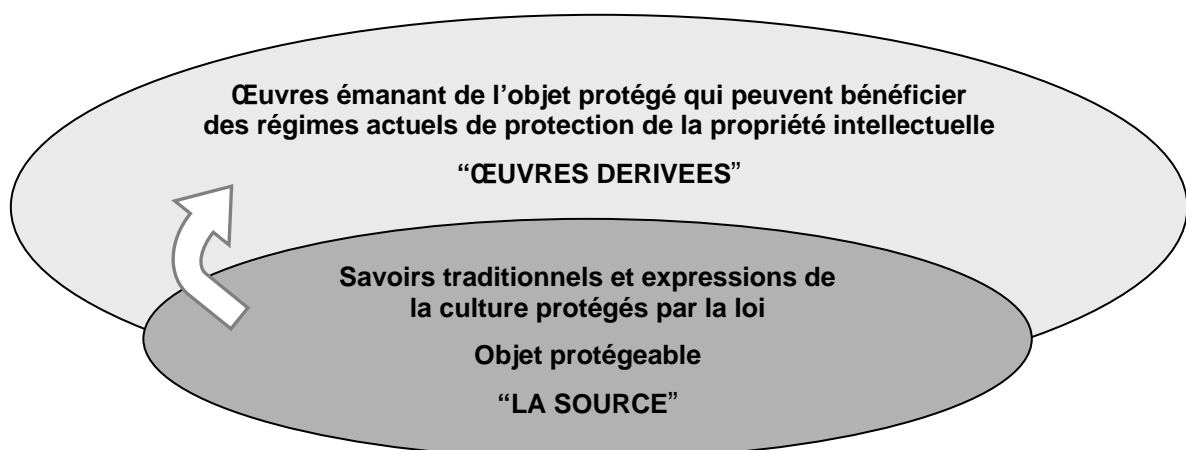


Figure 1 : Lien entre "la source" et "les œuvres dérivées"

Ce lien est justement expliqué par la situation fictive qui suit :

Tom est australien et vit à Nouméa. Il aimerait créer une œuvre sculptée qui s'inspire essentiellement des sculptures réalisées par la tribu kanak locale. Une fois qu'il a achevé son œuvre, Tom essaie de la vendre. Étant donné qu'il ne s'agit pas d'un usage coutumier, il est nécessaire d'obtenir le consentement préalable et éclairé de la tribu pour utiliser l'expression culturelle et créer une œuvre dérivée, conformément à la Loi type de 2002 pour l'Océanie. Tom obtient l'autorisation de la communauté de créer une œuvre qui s'inspire des savoirs traditionnels et des expressions de la culture de la tribu kanak.

Cette autorisation d'utilisation est délivrée conformément à l'accord que Tom a conclu avec la communauté. Cet accord ne prévoit aucune condition d'utilisation de l'œuvre, pour protéger les intérêts de la tribu. L'accord prévoit que tout droit d'auteur, droit sur les marques commerciales, les brevets, les dessins ou tout droit de propriété intellectuelle revient au créateur de l'œuvre, c'est-à-dire Tom.

Une fois qu'il a achevé son œuvre, Tom la vend à un prix élevé. Des années après, une grande maison d'édition prend contact avec lui et lui demande d'utiliser une représentation de sa sculpture pour illustrer la couverture d'un livre. En tant que titulaire des droits d'auteur, Tom conclut un accord avec la société d'édition qui prévoit une première rémunération d'un montant de 10 000 dollars et un pourcentage sur les ventes.

Tom a reçu une juste rétribution de son travail créatif et l'octroi des droits de propriété intellectuelle a, d'une certaine façon, favorisé l'innovation et la créativité. Toutefois, cet exemple pose un certain nombre de questions concernant le lien entre les droits de la communauté concernée et les droits de propriété intellectuelle de Tom. Si Tom a apporté sa propre contribution à la créativité, il s'est en grande partie inspiré des savoirs traditionnels et des expressions de la culture de la tribu kanak et a tiré profit de cette utilisation, alors que la communauté locale n'a reçu aucun bénéfice commercial. Cela met en lumière une question essentielle en matière de protection des droits et des intérêts d'une communauté traditionnelle sur les œuvres dérivées. Cette dernière est examinée dans la sous-section "Options" qui figure ci-dessous.

3.12.2 Options

Les questions suivantes ont pour but d'aider les juristes à rédiger une disposition concernant la réglementation des œuvres dérivées, en tenant compte du contexte national. Il convient de noter que les juristes pourront être amenés à examiner des questions supplémentaires.

a) L'utilisation d'œuvres dérivées devrait-elle être soumise à certaines conditions ?

Le fait d'imposer des conditions d'utilisation des œuvres dérivées peut être un moyen approprié de reconnaître qu'avant la création de l'œuvre, il existait déjà un lien entre les communautés traditionnelles et les savoirs traditionnels et les expressions de la culture qui ont inspiré cette œuvre et que les communautés détenaient déjà des droits et des intérêts sur ces savoirs et ces expressions. Si l'accord ne prévoit aucune condition pour garantir que les communautés concernées conservent des droits et des intérêts sur les œuvres dérivées, un utilisateur peut jouir des bénéfices de la protection de la propriété intellectuelle, sans avoir à partager ces avantages avec la communauté concernée.

Ce type de dispositions est courant, notamment dans le domaine de la protection des savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques. En vertu de l'article 8, alinéa j) de la Convention sur la diversité biologique, les parties contractantes sont tenues d'encourager le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles. Concrètement, les utilisateurs (c'est-à-dire les sociétés, les collectionneurs et les chercheurs) ont d'ailleurs conclu différents accords avec les communautés traditionnelles et autochtones. Ces accords contiennent des clauses qui prévoient un partage juste et équitable des bénéfices avec les

communautés concernées, en contrepartie de l'utilisation et de l'application des savoirs traditionnels des communautés traditionnelles et de la possibilité d'acquérir des droits de propriété intellectuelle sur les résultats de la recherche.

Il appartient à chaque pays de déterminer s'il convient ou non d'imposer des conditions d'utilisation des œuvres dérivées. La Loi type de 2002 pour l'Océanie définit les conditions qui doivent être prévues par l'autorisation d'utilisation (voir article 12).

Les questions générales qui suivent ne valent que pour les pays qui choisissent d'imposer des conditions d'utilisation des œuvres dérivées

b) Dans quelles circonstances des conditions devraient-elles s'appliquer ?

Il peut être nécessaire d'appliquer des conditions d'utilisation des œuvres dérivées dans certaines circonstances seulement. À titre d'exemple, lorsqu'une personne veut créer une œuvre dérivée pour en faire un usage personnel et non pour l'utiliser à des fins commerciales, il peut ne pas être nécessaire d'exiger que cette personne se plie à des conditions telles que le partage des bénéfices.

La Loi type de 2002 pour l'Océanie prévoit que les conditions s'appliquent uniquement lorsqu'une œuvre dérivée doit être utilisée à une fin commerciale. Les juristes sont invités à se demander s'il convient d'imposer des conditions dans les mêmes circonstances ou s'il convient de prévoir d'autres situations, comme l'usage non coutumier.

Subsidiairement, les juristes sont invités à se demander si des conditions devraient s'appliquer dans tous les cas, si toutes les conditions doivent être respectées ou s'il suffit de satisfaire une ou plusieurs de ces conditions.

c) Quel type de conditions devrait être prévu ?

La définition du type de conditions à imposer devrait se faire en étroite collaboration avec les communautés traditionnelles. En ce qui concerne les solutions envisageables, on a vu précédemment qu'il était courant de prévoir un partage des bénéfices. Il existe d'ailleurs des normes internationales à ce sujet. D'autres solutions consistent notamment à prévoir la mention de la communauté d'où est issue l'œuvre et inclure des dispositions indiquant qu'il ne sera pas porté atteinte à l'œuvre.

Pour plus de précisions, les juristes peuvent se reporter à l'article 12 de la Loi type de 2002 pour l'Océanie qui figure ci-après.

Si une œuvre dérivée [...] doit être utilisée à une fin commerciale, l'autorisation d'utilisation doit :

- a) prévoir un partage des bénéfices offrant aux propriétaires traditionnels une compensation équitable, sous une forme monétaire ou non ;
- b) prévoir l'identification appropriée des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture à partir desquels l'œuvre est dérivée lorsque celle-ci est destinée à être exploitée, par la mention des propriétaires traditionnels et/ou du lieu géographique d'où est issue l'œuvre ; et
- c) indiquer qu'il ne sera pas porté atteinte aux savoirs traditionnels ou aux expressions de la culture à l'origine de l'œuvre dérivée.

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 12

Si l'on reprend l'exemple de Tom qui a été évoqué précédemment, la situation qui est décrite ci-dessous montre comment les conditions peuvent concrètement s'appliquer.

Une fois que l'œuvre est achevée, une grande maison d'édition prend contact avec Tom et lui demande d'utiliser une représentation de sa sculpture pour illustrer la couverture d'un livre. En tant que titulaire des droits d'auteur, Tom conclut un accord avec la société d'édition qui prévoit une première rémunération d'un montant de 10 000 dollars et un pourcentage sur les ventes.

L'accord conclu entre Tom et la communauté prévoit que certaines conditions s'appliquent lorsque la sculpture est utilisée à une fin commerciale. Ces conditions sont reprises ci-dessous.

- *Compte tenu du fait que l'œuvre de Tom s'inspire des savoirs traditionnels et des expressions de la culture de la communauté, l'accord prévoit un partage des bénéfices grâce auquel la tribu recevra 20% des rémunérations perçues par Tom.*
- *Toute reproduction de l'œuvre dérivée mentionnera le fait que l'œuvre repose sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture de telle tribu kanak de Nouvelle-Calédonie.*
- *Il ne sera pas porté atteinte aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture à l'origine de l'œuvre dérivée.*

En fonction de ces conditions, Tom reverse à la communauté 20% de la première rémunération versée par la maison d'édition et informe la communauté qu'il lui versera 20% du pourcentage qu'il touchera sur les ventes. La description de l'œuvre qui figure en deuxième de couverture mentionne clairement la tribu kanak de Nouvelle-Calédonie et précise que celle-ci est tirée d'une expression de leur culture.

Cet exemple montre comment parvenir à un équilibre entre la reconnaissance des droits et des intérêts d'une communauté traditionnelle et la possibilité pour le créateur de l'œuvre de tirer profit du ou de ces droits de propriété intellectuelle. À l'échelon national, cet équilibre dépendra bien évidemment du contexte local et des situations de chaque pays.

3.12.3 Informations complémentaires

Pour toute information complémentaire sur le lien entre la protection *sui generis* des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et la protection de la propriété intellectuelle, consulter les sources suivantes :

- le site Web de la Convention sur la diversité biologique, notamment la page consacrée à l'article 8 de la Convention sur le savoir, les innovations et les pratiques traditionnels (en anglais uniquement), qui contient une masse d'informations sur le partage des bénéfices et les savoirs traditionnels ; et
- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et principes révisés*, WIPO/GRTKF/IC/8/4, OMPI, Genève (2005). Les pages 42 à 44 de l'Annexe fournissent des informations sur le lien entre la législation et les lois sur la propriété intellectuelle.

3.13 Protection internationale et régionale

La propriété intellectuelle revêt depuis longtemps une dimension internationale. En effet, au milieu du XIX^e siècle, il a été admis qu'une protection efficace et adéquate de la propriété intellectuelle exigeait un certain degré de coordination et de coopération internationales (WIPO/GRTKF/IC/6/6, p. 2). C'est également vrai en matière de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture.

Le premier problème majeur lié à la protection internationale de la propriété intellectuelle concernait la reconnaissance du droit des ressortissants étrangers d'accéder aux systèmes nationaux de propriété intellectuelle au même titre que les nationaux. Dans la plupart des cas, mais pas tous, l'application du principe du traitement national (ou "principe d'assimilation") a permis de régler le problème. En outre, des mécanismes concrets ont été mis en place pour faciliter l'acquisition et la gestion des droits de propriété intellectuelle, notamment lorsque les ressortissants étrangers rencontraient des difficultés particulières (d'où la reconnaissance du droit de priorité et l'élaboration de systèmes internationaux de dépôt et d'enregistrement). Un autre problème lié à la protection internationale de la propriété intellectuelle a conduit à l'élaboration progressive de règles de fond, créant ainsi des normes internationales en matière de protection nationale de la propriété intellectuelle (telles que des normes minimales de protection) et de préservation des autres intérêts, comme ceux des tiers et de la société (par exemple, en prévoyant des exceptions aux droits de propriété intellectuelle et des sanctions en cas d'utilisation abusive des droits de propriété intellectuelle).

En ce qui concerne l'élaboration de règles de fond sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture au sein des instances internationales, comme le Comité intergouvernemental de l'OMPI, et leur incidence éventuelle à l'échelon national, il est probable que ce type de normes internationales continue de laisser toute latitude aux pays, comme c'est le cas des lois internationales sur la propriété intellectuelle. Les pays pourront vraisemblablement choisir d'appliquer les normes internationales qui verront le jour.

Pour définir cet élément, les juristes devront examiner la question de la reconnaissance des droits des ressortissants étrangers sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture en vertu des systèmes nationaux de protection, et notamment s'interroger sur les circonstances dans lesquelles ces derniers pourront accéder aux systèmes de protection nationaux, et, sur la nature et l'étendue des droits qui leur seront conférés. Il pourra être nécessaire de prévoir des mécanismes concrets pour faciliter l'acquisition et l'administration des droits sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture, si les ressortissants étrangers rencontrent des difficultés particulières. Il peut être difficile d'anticiper ces problèmes avant que la loi n'entre en vigueur.

3.13.1 Éléments d'information

La propriété intellectuelle est essentiellement protégée par des droits reconnus et exercés en vertu des législations nationales (les systèmes régionaux peuvent également s'appliquer, mais par souci de simplicité, l'expression "législations nationales" englobe, dans le présent document, les systèmes régionaux applicables). D'une manière générale, c'est à l'échelon national que les titulaires de droits se voient reconnaître un statut (ou une personnalité) juridique, la capacité d'ester en justice et le droit d'acquiescer ou de conserver un droit de propriété intellectuelle. En fin de compte, les droits de propriété intellectuelle sont reconnus sur le plan juridique par les lois nationales (bien que des accords internationaux puissent faciliter le dépôt et l'enregistrement des droits et, dans certains pays, former la base des droits exercés directement par les titulaires) et les titulaires de droits de propriété intellectuelle peuvent prendre des mesures pour réprimer la violation de leurs droits et pour obtenir d'autres réparations, comme des dommages-intérêts, grâce aux mécanismes juridiques nationaux. Les accords et arrangements portant sur la cession des droits, les licences et les autres formes de transfert de droits de propriété intellectuelle sont également conclus et appliqués à l'échelon national (WIPO/GRTKF/IC/6/6, p. 4).

De la même manière, c'est finalement à l'échelon national que la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture est assurée, que ce soit par des droits de propriété intellectuelle

classiques, par droits de propriété intellectuelle adaptés ou étendus, ou par des systèmes *sui generis* particulier, comme la Loi type de 2002 pour l'Océanie. Pour créer un système global de protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture fondé sur la propriété intellectuelle, qui tienne compte notamment de la dimension internationale, il est nécessaire de se demander quels instruments et mécanismes juridiques sont requis à l'échelon national, comment ceux-ci devraient être mis en œuvre et comment, d'un point de vue juridique et pratique, les mesures internationales peuvent contribuer à assurer la protection à l'échelon national. Il est également nécessaire d'avoir une compréhension commune du rôle et des limites des mécanismes internationaux, qu'ils soient juridiques, politiques ou administratifs, ou qu'ils visent le renforcement des capacités. Il ne s'agit pas d'atténuer la dimension internationale de la propriété intellectuelle, mais de créer des mécanismes concrets et efficaces.

Même si la protection de la propriété intellectuelle dépend en fin de compte de l'application de lois nationales, elle exige néanmoins depuis longtemps une coopération sur le plan international, non seulement au travers d'instruments juridiques internationaux, mais également au travers d'un large éventail de systèmes et de processus internationaux distincts. En effet, c'est dès le milieu du XIX^e siècle qu'il a été jugé nécessaire d'assurer la protection de la propriété intellectuelle au niveau international. Une série d'accords bilatéraux en matière de commerce et de propriété intellectuelle ont d'abord vu le jour, puis les premiers traités multilatéraux sur la propriété intellectuelle (la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, conclue en 1883, et la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques²⁷, conclue en 1886) ont été ratifiés (WIPO/GRTKF/IC/6/6, p. 5).

Ce sont en partie la nécessité d'harmoniser la reconnaissance des droits des ressortissants étrangers dans les différents pays et la volonté de créer un cadre multilatéral permettant un accès raisonnable et non discriminatoire au système de propriété intellectuelle qui ont d'abord motivé la signature de ces traités multilatéraux décisifs. Ainsi, la création des unions de Paris et de Berne a eu pour principal effet de faire en sorte que les pays membres assurent aux nationaux de tous les autres membres de ces unions un accès non discriminatoire à leur système de propriété industrielle ou de droit d'auteur (WIPO/GRTKF/IC/6/6, p. 5).

3.13.2 Facteurs à prendre en considération

Il est essentiel de coordonner et d'identifier précisément les éléments du droit international qui ont un rapport avec la protection de la propriété intellectuelle. Pour ce qui est des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, cela concerne des domaines tels que le patrimoine culturel, l'éducation, les industries de la création, la promotion du tourisme, les droits de l'homme, les normes en matière d'emploi, les questions relatives aux peuples autochtones et, le commerce et l'industrie (développement des petites entreprises, promotion des arts et de l'artisanat). Parmi les instruments juridiques internationaux présentant un intérêt particulier sur le plan de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture figurent notamment ceux qui sont administrés ou qui sont en train d'être créés par l'UNESCO (comme la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel et le projet de Convention sur la protection de la diversité des contenus culturels et des expressions artistiques).

²⁷ L'article 5 de la Convention de Berne prévoit que "les 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 "la protection dans le pays d'origine est réglée par la législation nationale. Toutefois, lorsque l'auteur n'est pas un ressortissant du 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".

3.13.3 Options

a) Comment les droits et les intérêts des ressortissants étrangers peuvent-ils être reconnus ?

Un des éléments clés qui donne au système actuel de propriété intellectuelle sa dimension internationale est le mécanisme de reconnaissance du droit des ressortissants étrangers de bénéficier de la protection (qui permet aux nationaux d'un pays de jouir de droits de propriété intellectuelle à l'étranger). En règle générale, la norme internationale prévoit un accès relativement ouvert aux systèmes de propriété intellectuelle pour les ressortissants étrangers (pour autant qu'ils soient nationaux d'un pays partie à un traité pertinent). Ce principe date des premières conventions internationales, conclues dans les années 1800. En vertu des obligations découlant des conventions de Paris et de Berne, de l'Accord sur les ADPIC et des autres traités relatifs à la propriété intellectuelle, le principe du traitement national s'applique à la plupart des objets de propriété intellectuelle (sous réserve de certaines exceptions). En outre, les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sont tenus (également sous réserve de certaines exceptions) d'appliquer la clause de la nation la plus favorisée, au moins en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle requise en vertu de l'Accord sur les ADPIC. Certains aspects particuliers de la protection de la propriété intellectuelle (tels que la durée de la protection du droit d'auteur) peuvent aussi être déterminés dans certains cas par le principe de réciprocité.

La protection des droits des ressortissants étrangers sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture est néanmoins une question complexe, en particulier lorsque plusieurs lois coutumières entrent en ligne de compte et que les savoirs traditionnels et les expressions de la culture font partie du patrimoine culturel commun des pays. En outre, si les mécanismes internationaux permettant aux nationaux d'un pays de jouir de droits de propriété intellectuelle à l'étranger représentent un des éléments fondamentaux de la protection internationale de la propriété intellectuelle, il n'existe pas, à l'heure actuelle, d'instrument international qui établisse des obligations et des engagements en matière de reconnaissance des droits et des intérêts des ressortissants étrangers sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture. Soit les lois nationales en vigueur qui assurent une protection *sui generis* des savoirs traditionnels et des expressions de la culture ne confèrent aucun droit aux ressortissants étrangers, soit elles appliquent un éventail de principes. Certains systèmes d'enregistrement et de reconnaissance des droits *sui generis* sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture semblent axés sur les titulaires de droits qui sont ressortissants du pays où la protection est assurée, ou qui sont des communautés reconnues dans ce pays. Parmi les principes qui ont été appliqués figurent la réciprocité de la protection. Ainsi, la loi du Panama de 2000 et la Loi type de 2002 pour l'Océanie assurent la protection des œuvres étrangères. Les Dispositions types de 1982 assurent la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture d'origine étrangère, soit en vertu du principe de réciprocité, soit en vertu des traités internationaux (article 14).

En supposant que les pays estiment que les ressortissants étrangers devraient pouvoir bénéficier de la protection (compte tenu du fait que la Loi type de 2002 pour l'Océanie fait partie d'un cadre régional, adopté lors de la première Conférence régionale des Ministres de la culture des pays insulaires océaniques qui a eu lieu en 2002) et en admettant que ces principes peuvent souffrir de nombreuses exceptions et limitations, les juristes peuvent juger bon de s'inspirer des principes décrits ci-dessous pour mieux cerner la manière dont cette politique pourrait être mise en œuvre.

- i. Le traitement national : la question de savoir comment les intérêts et les droits des ressortissants étrangers sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture pourraient être reconnus dans les législations nationales a, dans la plupart des lois en vigueur sur la propriété intellectuelle, été réglée par l'application du principe du "traitement national", même si ce dernier souffre de nombreuses exceptions et limitations. Le principe du traitement national peut être défini comme l'obligation d'accorder aux ressortissants étrangers la même protection que celle dont bénéficient les nationaux, ou au moins la même forme de protection. La

Convention de Berne, la Convention de Rome de 1961²⁸ ainsi que le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996²⁹ appliquent ce principe.

- ii. La réciprocité : d'autres mécanismes juridiques internationaux ont été utilisés à la place ou en complément du principe du traitement national pour reconnaître les droits de propriété intellectuelle des ressortissants étrangers. En vertu du principe de "réciprocité" (ou de reconnaissance réciproque), un pays octroie une protection aux ressortissants d'un pays étranger si ce pays protège les droits de ses propres ressortissants ; la durée ou la nature de la protection peut être déterminée selon le même principe. Dans un système fondé sur la "reconnaissance mutuelle", un droit reconnu dans un pays peut être reconnu dans un autre en vertu d'un accord conclu par les deux pays. Un autre mécanisme visant à ouvrir l'accès au système national consiste à appliquer le principe de l'"assimilation", selon lequel certains ressortissants étrangers résidant dans un pays peuvent être assimilés à des nationaux. Par exemple, la Convention de Berne stipule que les auteurs qui ne sont pas des ressortissants de l'un des pays de l'Union [de Berne] mais qui ont leur résidence habituelle dans l'un de ceux-ci sont, pour l'application de la Convention, assimilés aux nationaux dudit pays³⁰.
- iii. Le traitement de la nation la plus favorisée : La reconnaissance des droits des ressortissants étrangers peut également se faire en appliquant le principe de la "nation la plus favorisée". L'Accord sur les ADPIC prévoit (sous réserve de certaines exceptions) que, en ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous les 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, au vu de l'expérience acquise dans le domaine de la propriété intellectuelle, le traitement national semble constituer un bon point de départ, la nature même des savoirs traditionnels et des expressions de la culture tend à indiquer que ce principe devrait connaître certaines exceptions et limitations et que d'autres principes, comme la reconnaissance mutuelle, la réciprocité et l'assimilation, devraient être appliqués en complément, notamment lorsqu'il est question du statut juridique et des lois coutumières des bénéficiaires de la protection.

Par exemple, il est largement reconnu que les bénéficiaires de la protection devraient être les communautés traditionnelles qui, conformément aux lois et pratiques coutumières, sont chargées de la garde, de la protection et de la sauvegarde des savoirs traditionnels et des expressions de la culture. Selon une conception stricte du principe du traitement national, un tribunal du pays de la protection se conforme à ses propres lois nationales, y compris les lois coutumières, pour déterminer si une communauté étrangère est en droit de bénéficier de la protection. Cette solution peut être jugée satisfaisante par la communauté, qui souhaite 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 peut accepter qu'une communauté du pays d'origine des savoirs traditionnels et des expressions de la culture jouisse de la capacité juridique d'intenter une action dans le pays de la protection en tant que bénéficiaire de la protection, dans la mesure où elle jouit de cette capacité dans son pays d'origine. Si, en règle générale, l'application du traitement national constitue une solution efficace, il est possible que le principe de reconnaissance mutuelle soit, par exemple, mieux adapté pour répondre à certaines questions, comme la capacité juridique.

²⁸ L'article 2 de 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 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".

²⁹ Le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996 stipule que : "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".

³⁰ Article 3, alinéa 2 de la Convention de Berne.

Pour déterminer quel principe devrait être appliqué, les juristes peuvent s'inspirer de la Loi type de 2002 pour l'Océanie, qui applique le principe de la réciprocité. À titre d'exemple, si les Îles Fidji et les Îles Cook concluent un accord de réciprocité, les bénéficiaires de la protection aux Îles Fidji jouiront des mêmes droits et intérêts sur leurs savoirs traditionnels et les expressions de leur culture aux Îles Cook, étant donné que les deux pays accordent la réciprocité de la protection. La loi pourrait stipuler que les droits et les avantages découlant de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture au titre de la législation devraient être accordés à tous les bénéficiaires remplissant les conditions requises qui sont des ressortissants ou des résidents d'un pays, selon que le principe du traitement national ou de réciprocité est appliqué.

Reconnaissance d'autres lois

Conformément à des accords de réciprocité, la présente loi peut accorder la même protection aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture provenant d'autres États ou territoires qu'aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture provenant de [pays légiférant].

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 39

b) En quoi devrait consister la reconnaissance des droits des ressortissants étrangers ?

L'accès des ressortissants étrangers aux systèmes nationaux de protection *sui generis* des savoirs traditionnels et des expressions de la culture peut être permis grâce à différentes formes de reconnaissance. Il peut s'agir par exemple de :

- la reconnaissance en tant que communautés autochtones ou locales remplissant les conditions requises, ou la reconnaissance du statut juridique d'un groupe ou d'une communauté en tant que titulaire de droits ;
- la possibilité de se voir conférer un droit sur des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture, y compris le droit d'enregistrer l'objet de la protection ou des éléments connexes, le cas échéant ;
- la participation à tout mécanisme officiel de gestion collective des droits ;
- la participation aux accords en matière de partage des avantages ou à d'autres fonds concernant l'exploitation des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture ; et
- la possibilité d'exercer les droits, y compris les mesures d'exécution prises d'office par les autorités ou les ministères publics nationaux.

En vertu des dispositions de certaines législations nationales, les droits sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture peuvent être expressément réservés à certaines catégories de personnes ou de communautés identifiées et reconnues par la législation nationale, comme par exemple les "Indiens" dans la loi des États-Unis d'Amérique de 1990 sur l'art et l'artisanat indiens, ou certaines communautés locales ou autochtones. De ce fait, l'accès des ressortissants étrangers individuels ou collectifs aux droits peut être soumis à certains critères similaires ou adaptés. Dans ce cas, il peut être nécessaire de déterminer si la reconnaissance du droit des titulaires étrangers de jouir des droits ou avantages réservés à certaines catégories de détenteurs de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture doit être définie conformément à la législation du pays d'origine ou de celle du pays où la protection est demandée.

c) Comment les obstacles pratiques devraient être supprimés, si tant est qu'il y en ait ?

Les titulaires de droits peuvent rencontrer des difficultés majeures dans l'exercice pratique et l'application des droits de propriété intellectuelle, notamment lorsque plusieurs législations nationales entrent en ligne de compte et que les titulaires disposent de ressources limitées. C'est ce qui a donné

sa dimension internationale au problème de la gestion des droits de propriété intellectuelle. Quand la validité d'un brevet, d'une marque ou d'un dessin ou modèle industriel dépendait du dépôt de la demande en temps voulu, les déposants rencontraient de sérieuses difficultés pour obtenir rapidement une date de dépôt afin de protéger leurs droits à l'étranger. La notion de droit de priorité a été donc introduite dans la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, afin que le déposant puisse étendre la protection dans les autres pays de l'Union de Paris et bénéficier de la date de dépôt initiale, lorsque la demande est déposée dans le délai fixé. Des systèmes internationaux tels que les systèmes d'enregistrement international de Madrid et de La Haye et le Traité de coopération en matière de brevets, ont, par nature, été élaborés pour supprimer ces obstacles, après qu'il ait été reconnu que l'acquisition de droits de propriété intellectuelle à l'étranger soulevait des difficultés pratiques, tant pour les déposants que pour les autorités nationales, et que cette procédure engendrait une répétition fréquente des tâches administratives accomplies par les diverses autorités. La création de tels systèmes génère des profits publics dans la mesure où cette solution permet de diminuer les ressources publiques investies dans la répétition des tâches administratives et la vérification des dossiers, et de produire des ressources documentaires publiques efficaces et utiles. La question de la suppression des obstacles à l'application des droits de propriété intellectuelle sur les savoirs traditionnels et les expressions de la culture, au profit des communautés traditionnelles, présente, de la même façon, une dimension internationale.

Les difficultés liées à l'application des droits de propriété intellectuelle dans plusieurs pays ont également conduit à l'élaboration de mécanismes quasi-internationaux visant à favoriser le règlement extrajudiciaire des litiges. Les procédures de règlement extrajudiciaire des litiges éliminent en partie les pratiques liées au règlement judiciaire des litiges opposant des ressortissants de pays différents et à la dimension internationale des différends portant sur des objets couverts par la propriété intellectuelle, comme les noms de domaine de l'Internet.

Étant donné que la Loi type de 2002 pour l'Océanie et le Cadre juridique régional adoptent des approches relativement originales pour assurer la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture et vu que ces approches n'ont pas encore été mises en œuvre, il est difficile, à ce stade, de savoir si des mesures administratives sont nécessaires pour supprimer ces obstacles. Pourtant, il est très probable que des mécanismes de coopération soient créés à l'échelon régional, puis mis en œuvre à l'échelon national. Dans ce cas, pour mettre en œuvre des mesures visant à supprimer les obstacles pratiques, les juristes devront amender la législation nationale pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture.

3.13.4 Informations complémentaires

Pour toute information complémentaire sur la protection internationale et régionale, consulter la source suivante :

- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et principes révisés*, WIPO/GRTKF/IC/8/4, OMPI, Genève (2005). Les pages 45 à 48 de l'Annexe fournissent des informations sur la protection internationale et régionale.

ÉTAPE 4. ÉLABORATION DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES COMPLÉMENTAIRES

Après avoir défini les éléments constitutifs de la protection juridique, les juristes devront prévoir un certain nombre de dispositions législatives complémentaires. La plupart de ces dispositions seront arrêtées en fonction des procédures législatives de chaque pays. Les Principes directeurs ne reprennent que les questions complexes pour lesquelles les juristes sont susceptibles de nécessiter une assistance, à savoir : l'élaboration de dispositions transitoires et de dispositions relatives au pouvoir réglementaire.

4.1 Dispositions transitoires

4.1.1 Options

Les questions suivantes ont pour but d'aider les juristes à élaborer une politique sur les dispositions transitoires, en tenant compte du contexte national. Il convient de noter que les juristes pourront être amenés à examiner des questions supplémentaires.

a) Les mesures de protection devraient-elles s'appliquer rétroactivement ?

La plupart des pays disposent de mesures transitoires, mais celles-ci peuvent ne pas être adaptées au contexte de la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture. Un des principaux problèmes consiste à savoir si les mesures de protection devraient s'appliquer rétroactivement, et en particulier, à déterminer comment les utilisations des savoirs traditionnels et des expressions de la culture qui ont été faites légalement avant l'entrée en vigueur de la législation et qui continuent d'être faites après cette entrée en vigueur devraient être réglementées.

En ce qui concerne les facteurs à prendre en considération, il est admis que les lois devraient respecter, dans la mesure du possible, les droits légalement acquis auparavant. Cela dit, il a également été constaté que les utilisations des savoirs traditionnels et des expressions de la culture qui ont été faites avant l'entrée en vigueur de la législation et qui continuent d'être faites après cette entrée en vigueur devraient, dans la mesure du possible, être réglementées dans un certain délai, à compter de la mise en application des mesures de protection (WIPO/GRTKF/IC/8/4, p. 40).

Les lois en vigueur appliquent divers principes (WIPO/GRTKF/IC/8/4, p. 40), à savoir :

- i. le principe de la rétroactivité de la loi, selon lequel toutes les utilisations antérieures, courantes et nouvelles des expressions culturelles traditionnelles sont soumises à autorisation en vertu de la nouvelle législation ou d'un règlement ;
- ii. le principe de la non-rétroactivité de la loi, selon lequel seules les utilisations nouvelles, c'est-à-dire celles qui n'ont pas été faites avant l'entrée en vigueur de la législation ou d'un règlement, sont réglementées en vertu de la législation ou du règlement. Par exemple, la loi du Panama de 2000 dispose que les droits acquis antérieurement seront respectés et ne seront pas soumis aux dispositions de la législation. La loi des États-Unis d'Amérique de 1990 sur l'art et l'artisanat indiens ne s'applique pas rétroactivement (elle concerne uniquement la période postérieure à 1935, date de l'entrée en vigueur de la loi précédente) ;
- iii. le principe intermédiaire, selon lequel les utilisations soumises à autorisation en vertu de la législation ou d'un règlement, mais qui ne l'étaient pas avant l'entrée en vigueur de la législation ou d'un règlement, devraient cesser avant l'expiration d'un certain délai (si l'utilisateur n'a pas obtenu entre temps l'autorisation requise).

Portée

- 1) La loi s'applique aux savoirs traditionnels et aux expressions de la culture :
 - a) qui existaient avant son entrée en vigueur, et
 - b) qui se manifestent le jour ou à la suite de son entrée en vigueur.
- 2) La présente loi n'affecte ni ne régit les droits conférés par des lois existant avant l'entrée en vigueur de celle-ci, y compris les droits de propriété intellectuelle.
- 3) La présente loi n'affecte ni ne régit les contrats, licences ou autres agréments concédés par des propriétaires traditionnels avant son entrée en vigueur et concernant l'utilisation de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture.

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 3

La Loi type de 2002 pour l'Océanie applique, de manière générale, le principe intermédiaire. L'article 3 énonce le principe qui concerne l'application générale de la loi et précise que la loi n'affecte ni ne régit les droits conférés avant son entrée en vigueur.

Par ailleurs, l'article 35 prévoit une période de soixante jours (appelée "période d'application" dans le texte) pendant laquelle une personne faisant un usage non coutumier d'un savoir traditionnel ou d'une expression de la culture protégeable avant l'entrée en vigueur de la loi doit obtenir le consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels afin de continuer à utiliser le savoir ou l'expression en question.

Procédure d'application de dispositions transitoires

- 1) [...] le présent article s'applique à toute personne ayant fait un usage non coutumier d'un savoir traditionnel ou d'une expression de la culture dans la période précédant immédiatement l'entrée en vigueur de la présente loi.
- 2) Les dispositions de la présente loi ne s'appliquent pas à ladite personne pendant un délai de soixante jours ("période d'application") suivant la date d'entrée en vigueur de la loi.
- 3) Pendant la période d'application, la personne en question doit, [...], solliciter auprès de l'Autorité culturelle l'obtention du consentement préalable et éclairé des propriétaires traditionnels afin de continuer d'utiliser le savoir traditionnel ou l'expression de la culture.
- 4) Si ladite personne néglige de s'adresser à l'Autorité culturelle [...], elle est soumise à l'application de la loi dès la fin de la période d'application.
- 5) Si, [...], elle sollicite le consentement des propriétaires traditionnels par l'intermédiaire de l'Autorité culturelle, elle continue de ne pas être soumise à la loi jusqu'à ce que les propriétaires traditionnels rejettent sa demande ou concluent avec elle un accord autorisant l'utilisation, le fait applicable étant celui qui se produit le premier.

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 35

Les juristes peuvent, s'ils le souhaitent, modifier ces dispositions. Ils peuvent également se prononcer sur l'opportunité de mentionner les critères de protection pour plus de clarté. Ainsi, un article pourrait contenir la disposition suivante : "la présente loi s'applique à tous les savoirs traditionnels et expressions de la culture qui [...] à la suite de son entrée en vigueur et qui satisfont aux critères de protection".

4.1.2 Informations complémentaires

Pour toute information complémentaire sur les dispositions transitoires, consulter la source suivante :

- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et principes révisés*, WIPO/GRTKF/IC/8/4, OMPI, Genève (2005). Les pages 39 à 41 de l'Annexe fournissent des informations sur les dispositions transitoires.

4.2 Pouvoir réglementaire

Il est généralement reconnu que les principes généraux devraient être énoncés dans l'acte législatif (loi votée par le Parlement), alors que les questions de détail devraient être réglées par des actes réglementaires (acte qui émane d'une autre autorité). Cette distinction a été comparée au rapport entre la loi et les faits, ou, la politique et sa mise en œuvre (Legislation Advisory Committee [2001], p. 125).

Étant donné que la Loi type de 2002 pour l'Océanie vise à assurer une protection concrète et efficace, des dispositions réglementaires devront être prises pour régler les questions pratiques. Pour permettre l'élaboration d'actes réglementaires, la loi devra contenir des dispositions sur le pouvoir réglementaire (c'est-à-dire un article sur la délégation du pouvoir réglementaire). Cette section des Principes directeurs fournit des informations sur ce sujet.

4.2.1 Options

a) Qui est compétent pour exercer le pouvoir réglementaire ?

L'article relatif au pouvoir réglementaire devra désigner la personne compétente pour prendre les règlements. La personne qui disposera du pouvoir réglementaire devrait avoir un degré de responsabilités approprié. Au sein du gouvernement, le pouvoir réglementaire est souvent confié au gouverneur général, aux ministres ou aux fonctionnaires. Il peut également être confié à des organismes professionnels lorsqu'il s'agit d'un secteur précis.

Si les actes réglementaires sont susceptibles d'avoir un effet sur les droits et les libertés individuels, il convient d'examiner la question de la délégation du pouvoir avec attention. Il peut être bon que le gouverneur général ou une personne ayant des responsabilités similaires exerce ce pouvoir (Legislation Advisory Committee [2001], p. 126). Si les actes réglementaires contiennent des dispositions sur des questions techniques qui n'auront aucun effet sur les droits individuels, un fonctionnaire peut être désigné comme la personne compétente pour prendre les règlements.

Dans le cadre de la législation, les dispositions porteront en grande partie sur des questions de procédure, plutôt que sur des points susceptibles d'avoir un effet sur les droits et les libertés individuels. Par conséquent, il peut être opportun de désigner un ministre plutôt que le gouverneur général en tant que personne compétente pour exercer le pouvoir réglementaire, étant entendu qu'il appartient à chaque pays de décider en fonction du contexte national et des pratiques.

Dans la Loi type de 2002 pour l'Océanie, c'est l'article 38 qui contient les dispositions sur le pouvoir réglementaire. Aux termes de cet article, le pouvoir réglementaire est délégué au ministre chargé de l'application de la loi. Il incombe aux pays de désigner le ministre responsable.

Règlement d'exécution

Le ministre édicte un règlement d'exécution indiquant toutes les mesures :

- à prescrire ou permises au titre de la présente loi, ou
- nécessaires ou utiles pour l'application ou la mise à effet de la présente loi.

Loi type de 2002 pour l'Océanie, article 38

Quelle devrait être l'étendue du pouvoir délégué ?

L'article prévu à cet effet devrait définir l'étendue du pouvoir réglementaire aussi clairement que possible. Les pays ont généralement des dispositions types sur la création de règlements, dans lesquels il suffit d'insérer les objectifs spécifiques. Dans le cas de la loi à élaborer, l'étendue du pouvoir réglementaire dépendra des décisions de politique générale prises dans la section 3. Il est donc difficile de fournir des indications sur ce point dans les présents Principes directeurs. La liste non-exhaustive qui suit vise à indiquer aux juristes les points qui peuvent figurer dans les actes réglementaires.

- Gestion des droits :
 - procédures de dépôt des demandes d'utilisation ;
 - renseignements qui doivent figurer dans les demandes d'utilisation ;
 - taxes que l'organisme étatique peut prélever en échange de ses services ;
 - destination des sommes collectées ;
 - procédures de notification publique ;
 - conditions selon lesquelles l'organisme étatique accorde les autorisations ;
 - règlement des litiges.
- Formalités³¹ :
 - procédure de présentation des demandes de notification ou d'enregistrement ;
 - mesure dans laquelle les demandes sont examinées par l'organisme chargé de l'enregistrement et motifs ;
 - mesures permettant de s'assurer que les mécanismes d'enregistrement ou de notification sont simples et peu coûteux ;
 - accès du public aux renseignements concernant les savoirs traditionnels et les expressions de la culture qui ont fait l'objet d'un enregistrement ou d'une notification ;
 - recours contre l'enregistrement ou la notification de certains savoirs traditionnels ou expressions de la culture ;
 - règlement, par l'organisme chargé de l'enregistrement, des litiges concernant la ou les communautés habilitées à bénéficier de la protection d'une expression culturelle et du savoir qui la sous-tend, notamment en cas de revendications concurrentes émanant de communautés implantées dans plusieurs pays ;
 - effets juridiques de la notification ou de l'enregistrement.

4.2.2 Informations complémentaires

Pour obtenir des indications détaillées sur l'élaboration des actes réglementaires, les juristes peuvent consulter la Partie IV de la Loi type de 2002 pour l'Océanie. Cette partie renferme les dispositions généralement contenues dans les actes réglementaires. Pour toute information complémentaire sur le pouvoir réglementaire, consulter les sources suivantes :

- LEGISLATION ADVISORY COMMITTEE, *Guidelines on Process and Content of Legislation*, Ministère de la justice, Wellington (2001). Voir le chapitre 10 ("Délégation du pouvoir

³¹ Ces questions ne valent que si un pays décide d'appliquer un système d'enregistrement ou de notification.

réglementaire”), qui fournit des informations sur les dispositions relatives au pouvoir réglementaire ;

- ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE (OMPI), *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et principes révisés*, WIPO/GRTKF/IC/8/4, OMPI, Genève (2005). Les pages 39 à 41 de l’Annexe fournissent des informations sur les dispositions transitoires.

BIBLIOGRAPHIE

Arts Council of New Zealand Toi Aotearoa. n.d. *Rules Governing the Use by Artists of the Toi Iho™ Maori Made Mark*.

<http://www.toiio.com/aboutus/pdfs/Rules%20maorimade%20book.pdf> Accessed 10 October 2006.

Commission on Intellectual Property Rights. 2003. *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy: Report of the Commission on Intellectual Property Rights*. London.

http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/CIPRfullfinal.pdf

Convention on Biological Diversity. 2003. Élaboration d'éléments pour un système *sui generis* de protection des connaissances, des innovations et de pratiques traditionnelles. UNEP/CBD/WG8J/3/7, Montreal.

<http://www.biodiv.org/doc/meetings/tk/wg8j-03/official/wg8j-03-07-fr.doc>.

Correa, C.M. 2003. *Protecting Traditional Knowledge: Lessons from National Experiences* (draft).

http://r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/tk2/correa.draft.doc

Janke, T. 2003. *Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*. Geneva: WIPO.

Legislation Advisory Committee. 2001. *Guidelines on Process and Content of Legislation*. Wellington: Ministry of Justice.

<http://www.justice.govt.nz/lac/index.html>

Lucas-Schloetter, A. 2004. 'Folklore'. In Lewinski, S. von (ed.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*. New York: Kluwer.

McDonald, I. 1997. *Protecting Indigenous Intellectual Property: A Copyright Perspective*. Sydney: Australian Copyright Council.

Palethorpe, S. & Verhulst, S. 2000. *Report on the International Protection of Expressions of Folklore under Intellectual Property Law*. ETD/2000/B5-3001/E/04. University of Oxford.

http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2000b53001e04_en.pdf

Scafidi, S. 2001. 'Intellectual property and cultural products'. *Boston University Law Review* 81:793–842.

Secrétariat général de la Communauté du Pacifique. 2003. Deuxième Réunion du Groupe de travail de juristes sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture, organisée conjointement par la CPS, le Secrétariat général du Forum des îles du Pacifique et l'UNESCO (Nouméa, Nouvelle-Calédonie, 29 septembre - 1er octobre 2003). Nouméa, Nouvelle-Calédonie : Secrétariat général de la Communauté du Pacifique.

Sterling, J.A.L. 1998. *World Copyright Law*. London: Sweet & Maxwell.

Twarog, S. 2004. *Preserving, Protecting and Promoting Traditional Knowledge: National Actions and International Dimensions*.

http://r0.unctad.org/trade_env/test1/meetings/tk2/twarog.pdf

Twarog, S. & Kapoor, P. (eds). 2004. *Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions*. UNCTAD/DITC/TED/10. New York & Geneva: UNCTAD. http://www.unctad.org/en/docs/ditcted10_en.pdf.

UNCTAD. 2004. *Report of the UNCTAD–Commonwealth Secretariat Workshop on Elements of National Sui Generis Systems for the Preservation, Protection and Promotion of Traditional Knowledge, Innovations and Practices and Options for an International Framework*. Geneva.
http://www.unctad.org/en/docs/ditcted200518_en.pdf

UNCTAD Secretariat. 2000. *Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices*. TD/B/COM.1/EM.13/2. Geneva.
<http://www.unctad.org/en/docs/c1em13d2.en.pdf>

UNESCO. 2005. *Rapport de la réunion d'experts sur les inventaires du patrimoine culturel immatériel*. Paris.
http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=30534&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

Wendland, W. 2002. 'Intellectual property and the protection of cultural expressions: The work of the World Intellectual Property Organization (WIPO). In Grosheide, F.W. & Brinkhof, J.J. (eds). *Intellectual Property Law 2002: Articles on the Legal Protection of Cultural Expressions and Indigenous Knowledge*. Antwerp: Intersentia. p.101–138.

Wichard, J.C. & Wendland, W.B. 2006. 'Mediation as an option for resolving disputes between indigenous/traditional communities and industry concerning traditional knowledge'. In Hoffman, B.T. (ed.), *Art and Cultural Heritage: Law, Policy and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press, p.475–482.

OMPI. 2001. *Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle – Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998–1999)*. Geneva.
<http://www.wipo.int/tk/en/tk/ffm/report/>

Secrétariat de l'OMPI. 2003. *Synthèse comparative des mesures et lois nationales sui generis existantes pour la protection des savoirs traditionnels*. WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4. Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Cinquième session, Genève, 7-15 juillet.
http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2003/igc/doc/grtkf_ic_5_inf_4.doc

Secrétariat de l'OMPI. 2004a. *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Synthèse des options de politique générale et les mécanismes juridiques*. WIPO/GRTKF/IC/7/4. Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Septième session, Genève, 1-5 novembre.
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_4.doc

Secrétariat de l'OMPI. 2004b. *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Résumé du projet d'objectifs de politique générale et de principes fondamentaux*. WIPO/GRTKF/IC/7/3. Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Septième session, Genève, 1-5 novembre.
http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_7/wipo_grtkf_ic_7_3.doc

Secrétariat de l'OMPI. 2004c. *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : La discussion internationale*. WIPO/GRTKF/IC/6/6. Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Sixième session, Genève, 15-19 mars.
http://www.wipo.int/documents/en/meetings/2004/igc/doc/grtkf_ic_6_6.doc

Secrétariat de l'OMPI. 2005. *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et Principes révisés*. WIPO/GRTKF/IC/8/4. Comité intergouvernemental de la

propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Huitième session, Genève, 6-10 juin.

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_8/wipo_grtkf_ic_8_4.doc

Secrétariat de l'OMPI. 2006. *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : Objectifs et Principes révisés*. WIPO/GRTKF/IC/9/4. Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Neuvième session, Genève, 24-28 avril

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_4.doc