

Vol. 28, n° 1

Quel avenir pour les projets d'articles sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles développés par l'OMPI ?

Thomas Burelli et B. Courtney Doagoo*

1. Introduction	5
2. L'apport conceptuel considérable des projets d'articles	10
2.1 La définition des termes « savoirs traditionnels » et « expressions culturelles traditionnelles »	11
2.2 Les définitions communes dans les projets	19

© Thomas Burelli et B. Courtney Doagoo, 2016.

* B. Courtney Doagoo et Thomas Burelli sont tous deux doctorants à la Faculté de droit de l'université d'Ottawa. Les deux auteurs ont contribué de manière équivalente à la rédaction de cet article. L'ordre des noms des auteurs a été déterminé au moyen d'un tirage à pile ou face. Courtney Doagoo était représentée par « pile » et Thomas Burelli par « face ». Nous souhaitons remercier du fond de notre cœur la professeure Mistrale Goudreau pour sa patience lors de la rédaction de cette contribution ainsi que pour ses précieux conseils qui nous ont permis d'améliorer de manière substantielle le présent texte. Nous souhaitons également remercier le rédacteur en chef de la revue *Les cahiers de propriété intellectuelle* pour sa patience et son travail d'édition. Nous remercions enfin les évaluateurs anonymes qui ont pris le temps de nous communiquer des commentaires et des recommandations très pertinents.

[Note de la rédaction : cet article a fait l'objet d'une évaluation à double anonymat.]

2.2.1	La notion d'utilisation.	19
2.2.2	Les notions de domaine public et d'accessible au public	20
2.2.2.1	Le domaine public.	20
2.2.2.2	La notion « accessible au public ».	23
2.3	Les définitions propres aux savoirs traditionnels.	28
2.3.1	L'utilisation non autorisée	28
2.3.2	L'appropriation illicite et l'utilisation abusive.	29
2.3.2.1	L'appropriation illicite	29
2.3.2.2	L'utilisation abusive.	31
2.4	Les bénéficiaires de la protection dans les projets d'articles.	32
3.	L'étendue de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles.	33
3.1	Les catégories de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles protégées	33
3.2	Une diversité d'options pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles	36
3.2.1	Les options relatives à la protection des savoirs traditionnels.	36
3.2.2	Les options relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles.	38
3.3	La durée de la protection.	40
3.4	Les exceptions et les limitations à la protection	41

3.4.1	Les exceptions générales	41
3.4.1.1	Les exceptions générales applicables aux savoirs traditionnels	42
3.4.1.2	Les exceptions générales applicables aux expressions culturelles traditionnelles	42
3.4.2	Les exceptions particulières	44
3.4.2.1	Les exceptions particulières applicables aux savoirs traditionnels	44
3.4.2.2	Les exceptions particulières applicables aux expressions culturelles traditionnelles	46
4.	Des mécanismes des procédures pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles	48
4.1	L'exigence de formalités pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles	49
4.2	L'administration des droits relatifs aux savoirs traditionnels ou aux expressions culturelles traditionnelles	51
4.3	L'exigence de divulgation pour la protection des savoirs traditionnels	54
4.4	Des mesures complémentaires pour faciliter la protection des savoirs traditionnels.	56
5.	Conclusion	58

1. Introduction

Depuis les années 1980, l'importance de la protection du patrimoine culturel immatériel autochtone (ci-après « PCIA ») composé des savoirs traditionnels (ci-après « ST ») et des expressions culturelles traditionnelles (ci-après « ECT ») est progressivement reconnue en droit international.

Les premiers signes de cette reconnaissance sont apparus au sein de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)¹ et de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO)² qui ont développé conjointement en 1982 des dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres formes d'action préjudiciable. Il ne s'agissait pas alors d'un cadre contraignant. Des évolutions ont par la suite eu lieu dans le champ du droit de l'environnement à partir des années 1990. Ainsi, selon l'article 8(j) de la *Convention sur la diversité biologique*³ (CDB) adoptée en 1992 lors du sommet de la Terre, les États signataires se sont engagés à respecter, préserver et maintenir

les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques.⁴

1. Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, en ligne : <<http://www.wipo.int/portal/fr/index.html>>.
2. Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, en ligne : <<http://fr.unesco.org/>>.
3. *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, RTNU Vol 1760 (entrée en vigueur : 23 décembre 1993), en ligne : <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-8&chapter=27&lang=en> [CDB].
4. *Ibid*, art 8(j).

N'est envisagé dans ce texte qu'une partie du PCIA, en l'occurrence les ST et, parmi eux, seuls les savoirs intéressant l'utilisation durable et la conservation de la biodiversité. Il est alors question de protéger les ST, non pas en raison de leur valeur intrinsèque, ni de leur importance pour les communautés, mais d'abord en raison de leur intérêt pour la connaissance, l'utilisation et la conservation de la biodiversité.

La reconnaissance et la protection du PCIA vont par la suite faire l'objet de discussions et de réflexions dans d'autres champs que celui de l'environnement. Cette problématique va par exemple être traitée au cours des années 2000 au sein de l'UNESCO et plusieurs textes vont être adoptés : la *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle* de 2001⁵ (DUDC), la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* de 2003⁶ (CPCI) ou encore la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* de 2005⁷ (CPDEC).

En 2007, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*⁸ (DDPA) qui, dans son article 31, reconnaît des droits de contrôle du PCIA en faveur des peuples autochtones⁹.

Au-delà de la reconnaissance du PCIA au sein de ces divers forums, il est étonnant de constater qu'aucun traité ou convention n'a été adopté par l'OMPI, institution des Nations Unies spécialisée dans le champ de la propriété intellectuelle. Comme nous l'avons

5. *Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle*, 2 novembre 2001, 31e sess, NU Doc 31C/Res 25, Annex 1 (2001) [DUDC].

6. *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*, 17 octobre 2003, 2368 RTNU 1 art 2 (entrée en vigueur : 20 avril 2003) [CPCI].

7. *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles*, 20 octobre 2005, (entrée en vigueur : 18 mars 2007) [CPDEC].

8. *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 septembre 2007, Doc NU A/Res/61/295 [DDPA].

9. *Ibid*, art 31 :

Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles.

déjà mentionné, l'OMPI a pourtant participé avec l'UNESCO à l'élaboration en 1982 d'une série de dispositions types de législation nationale pour la protection des expressions culturelles¹⁰. Le secrétariat de l'OMPI a également mené des missions d'enquête et des consultations à travers le monde afin d'identifier les besoins et les attentes des différents acteurs impliqués¹¹.

L'absence de texte adopté par l'OMPI est d'autant plus surprenante que celle-ci s'est saisie de la problématique de la reconnaissance et de la protection du patrimoine culturel immatériel dans son ensemble dès l'année 2000 et a créé le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore¹² (ci-après « l'IGC »). La création de l'IGC consistait alors dans la mise en place d'une instance de réflexion sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels¹³ et les expressions traditionnelles¹⁴. Depuis 2001, ce comité a tenu 28 sessions et a mené d'intenses réflexions et consultations¹⁵.

À partir de la 6^e session de l'IGC en 2004, le comité s'est donné pour objectif la création d'un projet de dispositions pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles¹⁶. Les propositions étudiées pour la première fois lors de la 7^e session de l'IGC en 2004 ont largement évolué depuis¹⁷. L'IGC a régulièrement retravaillé le projet de dispositions, notamment à la lumière des observations formulées par les États membres, les peuples autochtones et autres communautés traditionnelles et culturelles, mais aussi par divers organismes issus de la société civile. Il s'agissait initialement d'objectifs de politique générale et de prin-

10. WIPO, *Model Provisions For National Laws On The Protection Of Expressions Of Folklore Against Illicit Exploitation And Other Prejudicial Actions*, 1982, en ligne : <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=186459#LinkTarget_609>.

11. OMPI, *Savoirs traditionnels : Besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle*, 2001, Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/tk/768/wipo_pub_768.pdf>.

12. OMPI, *Comité intergouvernemental (IGC)*, en ligne : <<http://www.wipo.int/tk/fr/igc/>>.

13. OMPI, *Savoirs traditionnels*, en ligne : <<http://www.wipo.int/tk/fr/tk/>>.

14. OMPI, *Expressions culturelles traditionnelles*, en ligne : <<http://www.wipo.int/tk/fr/folklore/>>.

15. OMPI, *Projets de dispositions et d'articles sur la protection des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels*, en ligne : <http://www.wipo.int/tk/fr/igc/draft_provisions.html>.

16. *Ibid.*

17. *Ibid.*

cipes fondamentaux. C'est à partir de la 19^e session de l'IGC en 2011 que les propositions sont organisées sous forme de projets d'articles à l'image d'un futur traité international.

Le mandat de l'IGC pour l'année 2014-2015 prévoyait que le comité « mène des négociations fondées sur un texte en vue de parvenir à un accord sur le texte d'un ou plusieurs instruments juridiques internationaux assurant la protection effective des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles et des ressources génétiques »¹⁸. Trois projets d'articles relatifs aux savoirs traditionnels, aux expressions culturelles traditionnelles et aux ressources génétiques ont été soumis à l'Assemblée générale de l'OMPI lors de sa session de septembre 2014.

Or, l'Assemblée générale de l'OMPI n'a pris aucune décision concernant ces projets d'articles et il n'a pas été décidé de convoquer une conférence diplomatique qui aurait pu conduire à l'adoption d'un ou plusieurs nouveaux traités internationaux. L'Assemblée générale de l'OMPI n'a pas non plus pris de décision concernant le programme de travail de l'IGC pour 2015¹⁹. En conséquence, aucune réunion n'a été organisée en 2015 ; on a simplement renouvelé le mandat de l'IGC en lui demandant de poursuivre ses travaux sur un certain nombre de questions et de présenter le résultat de ses travaux en 2016-2017²⁰.

Comme nous l'avons dit, les projets de dispositions ont énormément évolué depuis 2004. Les projets d'articles élaborés en 2014 constituent aujourd'hui des documents particulièrement détaillés et structurés, mais présentement laissés à l'abandon ou à tout le moins en suspens. En effet, les débats qui ont eu lieu lors de la 54^e assemblée générale de l'OMPI ont démontré une incapacité à parvenir à un consensus en raison « [d]es divergences d'approche [qui] ont divisé les États membres »²¹. Il s'agit pourtant de docu-

18. IGC, *supra* note 12.

19. « Clôture de la cinquante-quatrième série de réunions des assemblées de l'OMPI » Doc PR/2014/769 OMPI (1 octobre 2014), en ligne : <http://www.wipo.int/press-room/fr/articles/2014/article_0016.html>.

20. OMPI, « Questions concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) : Décision », en ligne : OMPI Comité Intergouvernemental <http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/fr/igc/pdf/igc_mandate_1617.pdf> [Décision].

21. *Ibid.* Ces divisions d'approches concernent en particulier la nature des textes et instruments internationaux qui pourraient être adoptés, c'est-à-dire des textes et instruments contraignants pour les États ou non.

ments d'une grande richesse, notamment parce qu'il ne s'agit pas de textes achevés, mais plutôt de textes dans lesquels apparaissent encore les nombreux désaccords et débats qui subsistent entre les États membres²².

Ces versions présentent donc l'avantage de proposer plusieurs options et alternatives pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles. Il s'agit donc d'un aperçu des potentielles futures dispositions.

Dans ce bref commentaire, nous tenterons d'analyser les projets d'articles relatifs aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles²³ et d'en évaluer la pertinence et la valeur²⁴. Notre contribution se veut avant tout un commentaire des projets d'articles et non une analyse exhaustive de la doctrine juridique en lien avec la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles. Par cet article, nous souhaitons contribuer au débat d'idées entourant les projets d'articles de l'IGC et participer modestement à éviter l'enlisement des réflexions menées depuis le début des années 2000. Nous souhaitons également profiter de la diversité des options conservées dans ces documents pour décrire et évaluer les diverses voies envisagées. Notre analyse nous permettra de dire si les propositions actuelles sont de nature à transformer les rapports entre les peuples autochtones et les utilisateurs de leur patrimoine.

Dans le cadre de cette contribution, nous avons utilisé les versions françaises du projet d'articles sur la protection des savoirs traditionnels adopté le 28 mars 2014²⁵, et du projet d'articles sur

-
22. Ces désaccords sont illustrés par des expressions et paragraphes entre crochets.
23. Il existe également un projet d'articles relatifs aux ressources génétiques que nous n'étudierons pas dans le cadre de cette contribution.
24. Cet article n'aborde pas tous les points de débats, notamment de désaccords, concernant la protection des éléments du patrimoine culturel immatériel ainsi que les raisons pour lesquelles les projets d'articles ont été paralysés par certains pays « développés » et même par nombre de communautés autochtones ; voir, par exemple, Catherine Saez, « WIPO Assembly Still Divided On Normative Work On Traditional Knowledge » *Intellectual Property Watch* (13 octobre 2015), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2015/10/13/protection-of-gr-tk-wipo-general-assembly-divided-on-normative-work/>> [Saez, « WIPO Assembly Still Divided »] ; et Catherine Saez, « US Proposes Suspension of WIPO TK Committee ; Switzerland And Others Counter » *Intellectual Property Watch* (11 septembre 2015), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2015/09/11/us-proposes-suspension-of-wipo-tk-committee-switzerland-and-others-counter/>> [Saez, « US Proposes Suspension »].
25. OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles » Doc WIPO/GRTKF/IC/28/5, 28^e sess (2 juin 2014) [ST 28] ; Une version française des projets

la protection des expressions culturelles traditionnelles adopté le 4 avril 2014²⁶. Il s'agit des versions les plus récentes, mises à jour après la 27^e session²⁷ de l'IGC et utilisées lors de la 28^e session. La 28^e session n'a pas conduit à la modification des versions établies à l'issue de la 27^e session. Un projet de rapport de la 28^e session a néanmoins été publié et comprend des réflexions et débats supplémentaires²⁸.

Ces deux projets constituent des textes en chantier et leurs versions définitives, si un jour elles devaient être adoptées, seront probablement différentes. Ces projets contiennent notamment de nombreuses expressions ou mots entre crochets, ce qui signale qu'il n'existe pas de consensus sur leur utilisation. L'adoption d'un texte final requiert que l'ensemble des crochets soit supprimé. Comme nous le verrons, il en subsiste une grande quantité dans les deux projets d'articles. Dans le cadre de notre contribution, nous avons délibérément choisi de conserver les crochets lorsque nous citons des passages des projets.

Nous analyserons d'abord l'apport conceptuel des deux projets d'articles notamment au travers des définitions qui sont proposées. Nous verrons aussi quelle est l'étendue de la protection envisagée pour les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles. En effet, dans le cadre des débats internationaux, différentes visions du monde, du droit, et plus spécifiquement de la protection du patrimoine culturel immatériel se rencontrent et, le cas échéant, s'affrontent. Nous verrons enfin quels sont les mécanismes mis de l'avant pour appuyer la protection.

2. L'apport conceptuel considérable des projets d'articles

Un des défis les plus importants dans les projets d'articles consiste pour les États à s'accorder sur les définitions des notions et concepts clés. En effet, dans le cadre des débats internationaux différentes visions du monde du droit, et plus spécifiquement du patri-

d'articles est disponible en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_27/wipo_grtkf_ic_27_ref_facilitators_document_rev_2.pdf>.

26. OMPI, « La protection des expressions culturelles traditionnelles : projets d'articles » Doc WIPO/GRTKF/IC/28/6, 28^e sess (2 juin 2014) [ECT 28] ; une version française des projets d'articles est disponible en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_27/wipo_grtkf_ic_27_ref_facilitators_tces_document_rev_2.pdf>.

27. *Ibid.*

28. OMPI, « Projet de Rapport » Doc WIPO/GRTKF/IC/28/11 PROV 2, 28^e sess (29 septembre 2014) [Rapport 28^e], en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_28/wipo_grtkf_ic_28_11_prov_2.pdf>.

moine culturel immatériel se rencontrent et, le cas échéant, s'affrontent. Comme le soulignent Peter Drahos et Susy Frankel :

Without definitions, the discipline of law treats itself as undefined and uncertain. This has contributed to a plethora of definitions relating to traditional knowledge. Indigenous peoples do not usually attach the same value to abstract definition. If called upon to define their traditional knowledge, they will emphasise not the analytical facets of knowledge, but rather the relational boundaries and dynamics created by the possession of knowledge. This includes indigenous peoples' relationship with their knowledge, and their responsibility to maintain and develop the knowledge for the good of society and future generations.²⁹

Dans la partie qui suit, nous analyserons donc certaines des définitions les plus importantes traitées par les projets d'articles. Ces derniers proposent des définitions des termes clés tels que « savoirs traditionnels »³⁰ et « expressions culturelles traditionnelles »³¹. Par ailleurs, si certaines définitions présentes sont communes, comme celles d'« utilisation »³², de « domaine public » et d'« accessible au public »³³, il est intéressant de noter que le projet d'articles sur les savoirs traditionnels contient des définitions qui ne sont pas reprises dans le projet d'articles sur les expressions culturelles traditionnelles³⁴. Enfin, la notion de bénéficiaire, très problématique, est également abordée³⁵.

2.1 La définition des termes « savoirs traditionnels » et « expressions culturelles traditionnelles »

Les projets d'articles produits par l'IGC proposent une définition de travail des notions de « savoirs traditionnels » et d'« expressions culturelles ». Ces propositions sont particulièrement bienvenues dans la mesure où il n'en existe pas pour les ST, en dépit des

29. Peter Drahos et Susy Frankel, « Indigenous Peoples' Innovation and Intellectual Property : The Issues », dans Peter Drahos et Susy Frankel, dir, *Indigenous Peoples' Innovation : Intellectual Property Pathways to Development* (Canberra : Australian National University, 2012) 29 à la p 41 [note omise] [Drahos & Frankel].

30. ST 28, *supra* note 25 à la p 5 [Utilisation des Termes].

31. ECT 28, *supra* note 26 à la p 5 [Utilisation des Termes].

32. ST 28, *supra* note 25 à la p 6 [Utilisation des Termes] ; ECT 28, *supra* note 26 à la p 5 [Utilisation des Termes].

33. ST 28, *supra* note 25 à la p 5 [Utilisation des Termes] ; ECT 28, *supra* note 26 à la p 5 [Utilisation des Termes].

34. ST 28, *supra* note 25 à la p 5 [Utilisation des Termes].

35. *Ibid*, art 2, à la p 8 ; ECT 28, *supra* note 26, art 2, à la p 7.

textes internationaux qui traitent de cette notion³⁶ (notamment la CDB et le *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la diversité biologique*³⁷). En ce qui concerne les « expressions culturelles traditionnelles », la seule définition communément admise en droit international est celle de la CPDEC en 2005³⁸. Cependant, comme nous allons le voir, la définition proposée par l'IGC va plus loin.

La définition de « savoirs traditionnels » présentement proposée par l'IGC est la suivante :

Savoirs traditionnels [s'entend]/[comprend]/[signifie], aux fins du présent instrument, [du] le savoir-faire, [des] les techniques, [des] les innovations, [des] les pratiques, [des] les enseignements et [de] l'apprentissage [des [peuples autochtones] et des [communautés locales]]/[ou d'un ou plusieurs États].

[Les savoirs traditionnels peuvent être associés, en particulier, aux connaissances agricoles, environnementales et sanitaires et aux connaissances médicales autochtones et traditionnelles,

36. CPCI, *supra* note 6 art 2

Aux fins de la présente Convention, 1. On entend par « patrimoine culturel immatériel » les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire – ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés – que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. Aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communautés, groupes et individus, et d'un développement durable. 2. Le « patrimoine culturel immatériel », tel qu'il est défini au paragraphe 1 ci-dessus, se manifeste notamment dans les domaines suivants : (a) les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel ; (b) les arts du spectacle ; (c) les pratiques sociales, rituels et événements festifs ; (d) les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers ; (e) les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel.

37. *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la diversité biologique*, 12 octobre 2010, UNEP/CBD/COP/DEC/XI (entrée en vigueur : 12 octobre 2014), en ligne : <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-8-b&chapter=27&lang=fr&clang=fr>.

38. CPDEC, *supra* note 7, art 4(3) « 'Expressions culturelles' sont les expressions qui résultent de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, et qui ont un contenu culturel ».

à la biodiversité, à des modes de vie traditionnels et aux ressources naturelles et génétiques, ainsi qu'au savoir-faire lié à l'architecture traditionnelle et aux techniques de construction traditionnelles.]³⁹

Les ST sont définis de manière large en fonction de la nature des savoirs, leurs liens avec les communautés autochtones et locales, ainsi qu'une série de domaines dans lesquels ils peuvent s'exprimer. Il s'agit de cette manière de protéger l'ensemble des ST et non pas seulement les savoirs associés à la biodiversité, à l'image de ce que proposent la CDB et le protocole de Nagoya⁴⁰. Il est également important de souligner que l'IGC ne restreint pas les ST aux connaissances détenues par les seules communautés autochtones (ou peuples autochtones), mais inclut également les savoirs détenus par les communautés locales et les États. Il n'est pas fait référence dans cette définition au contexte de création, de transmission et d'évolution des ST, ce qui constitue pourtant des moyens efficaces pour les définir. Tout comme pour les expressions culturelles traditionnelles, il faut pour cela se reporter à la section « objet de la protection »⁴¹ des deux projets d'articles pour trouver des éléments de cette nature.

Des critiques ont été formulées à l'égard d'une définition des ST faisant référence à la fois aux communautés autochtones et aux communautés locales. Ainsi, selon Christoph Antons, une définition de ce type pose des difficultés et pourrait être désavantageuse pour les communautés autochtones⁴². Selon lui, des ST peuvent selon cette définition être détenus par des communautés locales sous réserve qu'elles vivent dans une certaine mesure de manière traditionnelle et que les savoirs soient transmis de génération en génération⁴³ :

'Local communities' are defined in the current glossary prepared for the negotiations in reference to the CBD as 'the human population in a distinct ecological area who depend directly on its biodiversity and ecosystem goods and services for all or part of their livelihood and who have developed or acquired traditional knowledge as a result of this dependence,

39. ST 28, *supra* note 25, Annexe, à la p 5 [savoirs traditionnels].

40. Convention sur la diversité biologique, 5 juin 1992, RTNU 1760 ; Protocole de Nagoya, 15 octobre 2010, C. N. 782. 2010. TREATIES-1.

41. ECT 28, *supra* note 26 à la p 6 ; ST 28, *supra* note 25 art 1 à la p 7.

42. Christoph Antons, « International Trade in Indigenous Cultural Heritage : an IP Practitioners' Perspective », dans Christoph B Graber, Karolina Kuprecht et Jessica C Lai, dir, *International Trade in Indigenous Cultural Heritage : Legal and Policy Issues* (Cheltenham, RU, Edward, 2012) 144 à la p 161.

43. *Ibid.*

including farmers, fisherfolk, pastoralists, forest dwellers and others'. The knowledge (and the associated cultural expressions) is, therefore, no longer exclusive to marginalised indigenous communities, but moved towards the centre where it becomes the knowledge of mainstream communities and is represented and defended by the nation state.⁴⁴

La notion d'expressions culturelles traditionnelles est moins problématique et a déjà fait l'objet de tentatives de définitions en droit international. Cependant, ces définitions ne sont pas uniformes. Ainsi, en 2003 la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel ne fait pas référence aux expressions « traditionnelles » mais traite du « patrimoine culturel immatériel », qui peut inclure :

- les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel⁴⁵ ;
- les arts du spectacle⁴⁶ ;
- les pratiques sociales, rituels et événements festifs⁴⁷ ;
- les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers⁴⁸ ;
- les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel⁴⁹ ;

et qui sont reconnus par les communautés, groupes ou individus comme faisant partie de leur patrimoine culturel.

La définition des ECT proposée dans le projet d'articles de l'OMPI est la suivante :

Expression culturelle [traditionnelle] s'entend de toute forme d'expression [artistique et littéraire], [créative ou spirituelle], tangible ou intangible, ou d'une combinaison de ces éléments, telle qu'actions, objets, musique et sons, orale et écrite [et leurs adaptations], quelle que soit la forme dans laquelle elle est

44. *Ibid.*

45. CPCI, *supra* note 6, art 2.2 (a).

46. *Ibid.*, art 2.2 (b).

47. *Ibid.*, art 2.2 (c).

48. *Ibid.*, art 2.2 (d).

49. *Ibid.*, art 2.2 (e).

incorporée, exprimée ou illustrée [qui peut subsister sous forme écrite/codifiée, orale ou sous d'autres formes]⁵⁰

Il s'agit d'une tentative de définition plus complète et précise que celle adoptée par l'UNESCO et celle utilisée dans le glossaire de l'OMPI⁵¹ : « les expressions qui résultent de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, et qui ont un contenu culturel »⁵². La définition proposée dans le projet d'article prévoit néanmoins la condition selon laquelle ces expressions doivent être « traditionnelles ». Contrairement à la définition de savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles ne sont pas définies par rapport à leurs détenteurs c'est-à-dire « [des [peuples autochtones] et des [communautés locales]]/[ou d'un ou plusieurs États] »⁵³.

L'adoption de ces deux définitions constituerait selon nous une avancée majeure en droit international et pourrait avoir des répercussions au-delà du champ de la propriété intellectuelle puisque ces définitions pourraient devenir des références, par exemple dans le cadre de la CDB.

La définition de « savoirs traditionnels » et celle d'« expressions culturelles traditionnelles » sont complétées par la section des projets d'articles relative à l'objet de la protection. Ainsi les savoirs traditionnels et les expressions culturelles protégées sont ceux :

a) qui sont créés et [préservés] dans un contexte collectif par les [peuples] autochtones et les communautés locales [ou les nations] [qu'ils soient ou non largement répandus] ;

50. ECT 28, *supra* note 26 à la p 5 [Utilisation des Termes] [notes omises] : telles qu'actions « [Telles que les danses, les œuvres de mascarade, les pièces de théâtre, les cérémonies, les rituels, les rituels dans des lieux sacrés et lors de pèlerinages, les jeux et les sports traditionnels/sports et jeux traditionnels, les spectacles de marionnettes et autres représentations, qu'elles soient fixées ou non.] » ; objets « [Telles que les ouvrages d'art, les produits artisanaux, les masques ou tenues de cérémonie, les tapis faits à la main, l'architecture et les formes spirituelles tangibles et les lieux sacrés.] » ; musique et sons « [Telles que les chansons, les rythmes et musique instrumentale, les chansons qui sont l'expression de rituels.] » ; orale « [Telles que les histoires, les épopées, les légendes, les histoires populaires, les poèmes, les énigmes et autres récits ; les mots, les signes, les noms et les symboles.] »

51. OMPI, « Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles », Doc WIPO/GRTKF/IC/22/INF/8 (21 avril 2012), en ligne : <http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=204299> [Glossaire].

52. CPDEC, *supra* note 7, art 4(3).

53. ECT 28, *supra* note 26 à la p 5 [Utilisation des Termes].

b) qui sont [liés] [directement]/[distinctement associés] à l'identité culturelle [et]/[ou] sociale et au patrimoine culturel des [peuples] autochtones et des communautés locales [ou des nations] ;

c) qui sont transmis de génération en génération, que ce soit ou non de manière consécutive ;

d) qui peuvent subsister sous une forme codifiée, orale ou autre ; et [ou]

e) qui peuvent être dynamiques et évolutifs.⁵⁴

Ces ajouts permettent de caractériser les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles en fonction de leur contexte de création et de transmission. Ils permettent également de reconnaître l'aspect évolutif de ces éléments, considérés comme non pas figés et immuables dans le temps⁵⁵.

Toutefois, les projets d'articles de l'IGC comprennent un élément supplémentaire qui nous paraît problématique. En effet, selon les projets actuels, seuls seraient protégés les savoirs ou les ECT qui auraient été utilisés pendant une durée déterminée par chaque État, mais qui ne pourrait pas être inférieure à 50 ans⁵⁶. Ce critère nous apparaît comme constituant une interprétation erronée du terme « traditionnel ». En effet, ce terme ne réfère pas à un critère temporel, mais plutôt au contexte d'émergence et de transmission des savoirs⁵⁷. En ce sens, ce critère nous semble conférer un pouvoir arbitraire superfétatoire aux États. De plus, son application conduirait à exclure de toute protection pour une période de 50 ans minimum les ST et les ECT développés de manière contemporaine ou depuis moins de 50 ans. Cette disposition pourrait également conduire à de longs débats au cours desquels le fardeau de la preuve pourrait apparaître parfois insurmontable concernant l'ancienneté des ST ou ECT.

54. Nous avons reproduit ici le projet d'article relatif aux savoirs traditionnels. La proposition relative aux ECT diffère très légèrement (ajout « e ») [qui sont le fruit d'une [activité intellectuelle créative]/[activité créative de l'intellect]] ; [et]/[ou] » mais pas le point d) de la définition des ST).

55. Fikret Berkes, *Sacred Ecology. Traditional Ecological Knowledge and Resource Management* (Philadelphie, Taylor & Francis, 2008) à la p 7.

56. ST 28, *supra* note 25 art 1 à la p 7 ; ECT 28, *supra* note 26 art 1(d) à la p 7.

57. Fikret Berkes, *supra* note 55 à la p 4 ; Marie Battiste et James Youngblood, Henderson, *Protecting Indigenous Knowledge and Heritage: A Global Challenge* (Saskatoon, SK, Purich Publishing, 2000) à la p 46.

Il est important de signaler que certaines voix se sont élevées contre l'établissement d'une distinction entre les ST et les ECT. C'est le cas par exemple de Marcial Arias, conseiller auprès de l'Association Kunas Unidos por Napguana (KUNA), qui a souligné le fait que certains peuples autochtones n'établissent pas de distinction entre les ST et les ECT :

[...] une chanson traditionnelle ayant des vertus thérapeutiques devrait-elle être considérée comme une expression culturelle traditionnelle ou un savoir traditionnel ? Les textes actuels ne devraient pas diminuer les droits autochtones qui étaient reconnus par des instruments internationaux, en particulier le droit à l'autodétermination en tant que peuples autochtones et le droit au consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause. Ces droits garantissent le contrôle des peuples autochtones sur leurs savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles.

De l'avis de Marcial Arias, l'élaboration d'une définition des savoirs traditionnels pourrait discriminer différents types de savoirs traditionnels et leurs propres processus d'innovation. Il a indiqué qu'il fallait aux savoirs autochtones une protection intellectuelle imprescriptible, en prenant en considération le fait que les savoirs traditionnels étaient transmis de génération en génération. Le contrôle des savoirs traditionnels devrait être assuré pour les générations futures⁵⁸.

Le commentaire de Marcial Arias illustre la complexité de la reconnaissance par le droit du patrimoine culturel immatériel autochtone ainsi que du respect de sa singularité. Il faut néanmoins noter que s'il existe aujourd'hui deux projets d'articles (trois en incluant celui relatif aux ressources génétiques), cette duplication ne sera peut-être pas maintenue si un traité venait à être adopté. Il faut également souligner que les droits reconnus aux titulaires de droits sur les savoirs et les ECT dans les projets d'articles ne sont pas si

58. Rapport 28e, *supra* note 28 au para 26, ce paragraphe est tiré du rapport écrit soumis par la présidente de séance, Maria Choque, résumant une demi-journée de présentations organisée à la demande de l'IGC WIPO/GRTKF/IC/7/15 « Propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles : perspectives autochtones sur les questions transversales traitées dans le cadre du comité intergouvernemental de l'OMPI » au para 63.

éloignés, comme nous le verrons dans la section 3 de cet article. Ainsi, quand bien même les projets d'articles distinguent entre les savoirs et les ECT, les statuts juridiques de ces deux catégories d'éléments du patrimoine culturel immatériel sont relativement proches dans les projets d'articles actuels.

De la même manière, lors du séminaire sur la propriété intellectuelle, les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles qui s'est tenu à Genève au printemps 2015, plusieurs problématiques liées au champ d'application de ces définitions ont été identifiées⁵⁹. Par exemple, à propos des détenteurs de savoirs ou d'ECT, Karin Ferriter, représentante de la mission américaine auprès de l'Organisation Mondiale du Commerce, a souligné que la notion de « communautés locales » pourrait inclure les communautés africano-américaines dont les connaissances traditionnelles, les traditions culinaires et « everything interesting from a community was taken and brought to the US » (par exemple le banjo, le riz cultivé en Caroline du Sud et originaire de Madagascar)⁶⁰ ; un autre exemple étant celui des communautés suisses qui ont immigré aux États-Unis au XIX^e siècle et qui ont apporté avec elles les fromages suisses ainsi que d'autres traditions culturelles⁶¹. Karin Ferriter a également donné des exemples *a priori* plus surprenants afin de souligner la diversité des éléments inclus dans les définitions actuellement en débat. Ainsi, selon elle, en tant qu'état, les États-Unis pourraient voir reconnaître comme ST ou ECT des éléments comme le surf, certaines spécialités culinaires ou encore des sports, comme par exemple le baseball⁶².

Ces exemples mettent en évidence les différentes interprétations possibles des définitions actuellement débattues par les États, les communautés locales et les communautés autochtones et qui doivent être réconciliées les unes avec les autres.

59. Karin Ferriter, « Commercial and Non-Commercial Uses of Traditional Cultural Expressions : Examples and Lessons Learned in the United States » Seminar on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions : Regional, National and Local Experiences présentée à l'OMPI, 31 mars 2015, WIPO/IPTK/GE/15 [non publiée], en ligne : <<http://www.wipo.int/webcasting/en/index.jsp?event=WIPO/IPTK/GE/15>> [Seminar] et <http://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=300300>.

60. *Ibid*, exemple des communautés africaines américaines.

61. *Ibid*, exemple des communautés suisses.

62. *Ibid*, exemple de ECT Américaines.

2.2 Les définitions communes dans les projets

Les projets d'articles comprennent trois définitions communes aux ST et aux ECT. Il s'agit des notions d'« utilisation »⁶³, d'« accessible au public » et de « domaine public »⁶⁴.

2.2.1 La notion d'utilisation

La définition de la « notion d'utilisation » apparaît comme une tentative innovatrice des négociateurs, potentiellement très intéressante dans la mesure où cette notion n'est pas, à ce jour, définie en droit international. Cette absence de définition est problématique car, dans certains cas, les utilisateurs n'hésitent pas à minimiser ou à interpréter de manière restrictive leur utilisation des savoirs ou des ECT de manière à ne pas reconnaître la contribution des communautés autochtones et de leurs membres⁶⁵. Ceci permet notamment de revendiquer un titre de propriété sur une innovation biotechnologique en excluant les communautés autochtones qui ont pourtant participé à son développement⁶⁶.

Selon la définition des projets d'articles, il y a utilisation des savoirs et des ECT dès lors qu'ils sont incorporés dans un produit ou lorsqu'un produit a été élaboré ou mis au point à partir de ces éléments, ainsi que dans les cas où ils sont incorporés dans un processus ou lorsqu'un processus a été élaboré ou mis au point à partir de ces éléments⁶⁷. Ces utilisations peuvent avoir pour but la recherche-développement à des fins non commerciales ou commerciales⁶⁸. Cette définition couvre donc de manière large tous types

63. OMPI, « La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles » Doc WIPO/GRTKF/IC/27/4, 27^e sess (23 janvier 2014) à la p 17, en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_27/wipo_grtkf_ic_27_4.pdf> [ST 27] ; OMPI, « La protection des expressions culturelles traditionnelles : projets d'articles » Doc WIPO/GRTKF/IC/27/5, 27^e sess (23 janvier 2014) à la p 9, en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_27/wipo_grtkf_ic_27_5.pdf> [ECT 27].

64. Ces définitions ont été introduites dans les versions des projets d'articles de la 28^{ème} session, à l'exception de la notion d'utilisation déjà présente dans le projet d'articles sur les savoirs traditionnels de la 27^{ème} session.

65. Thomas Burelli, « Collaboration entre scientifiques et communautés autochtones et locales : Le patrimoine culturel immatériel autochtone face aux logiques de développement et de valorisation de l'innovation » (2013), dans *Innovation et Droit*, coll Grands colloques (Paris, LGDJ, 2013) 135 aux pp 142-143.

66. *Ibid.*

67. ST 28, *supra* note 25 à la p 6 [Utilisation des Termes] ; ECT 28, *supra* note 26 à la p 5 [Utilisation des Termes].

68. *Ibid.*

d'utilisations, qu'il s'agisse de l'utilisation de savoirs ou des ECT, pour la réalisation de documents pédagogiques, la publication d'ouvrages ou encore le développement et la protection d'innovations biotechnologiques. En ce qui concerne ce dernier exemple, il est important de noter que seront protégés non seulement les savoirs incorporés dans un produit ou un processus, mais également les savoirs ayant permis le développement de ces produits ou processus.

2.2.2 Les notions de domaine public et d'accessible au public

2.2.2.1 Le domaine public

La notion de « domaine public » est distincte de celle d'« accessible au public »⁶⁹ et est définie dans les travaux de l'IGC comme une problématique dite transversale⁷⁰. Sa définition est néanmoins différente selon qu'il s'agit des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles puisque dans le premier cas sont concernés uniquement les éléments intangibles, alors que dans le second cas il s'agit des éléments tangibles et intangibles. Dans les travaux de l'IGC sur les problématiques transversales, il a été proposé d'harmoniser ces deux définitions⁷¹ :

Savoirs traditionnels :

[Domaine public s'entend, aux fins du présent instrument, des éléments intangibles qui, de par leur nature même, ne sont pas ou ne peuvent pas être protégés par les droits de propriété intellectuelle reconnus ou des formes connexes de protection prévues dans la législation du pays où ces éléments sont utilisés. Tel peut, par exemple, être le cas lorsque l'objet de la protection en question ne remplit pas les conditions requises pour bénéficier de la protection au titre de la propriété intellectuelle au

69. Voir généralement OMPI, ICG, « Note sur les significations du terme 'Domaine Public' dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore » WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8 17^e sess, Dec 6-10, l'Annexe au para 16, en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_8.doc> [Note, « Domaine Public »].

70. OMPI, « Savoirs traditionnels, expressions culturelles traditionnelles et ressources génétiques : suggestions de questions transversales à examiner » préparé par SEM l'Ambassadeur Wayne McCook, (7-9 juillet 2014), en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_28/wipo_grtkf_ic_28_ref_tk_tces_and_grs_certain_suggested_cross_cutting_issues.pdf> [Questions Transversales].

71. *Ibid* à la p 3.

niveau national ou, selon le cas, lorsque le délai de la protection accordée antérieurement a expiré.]⁷²

Expression culturelle traditionnelle :

[*Domaine public* s'entend, aux fins du présent instrument, *des éléments tangibles et intangibles* qui, de par leur nature même, ne sont pas ou ne peuvent pas être protégés par les droits de propriété intellectuelle reconnus ou des formes connexes de protection prévues dans la législation du pays où ces éléments sont utilisés. Tel peut, par exemple, être le cas lorsque l'objet de la protection en question ne remplit pas les conditions requises pour bénéficier de la protection au titre de la propriété intellectuelle au niveau national ou, selon le cas, lorsque le délai de la protection accordée antérieurement a expiré.]⁷³

Au-delà des définitions en tant que telles, il existe des interrogations très sérieuses concernant la signification du « domaine public » dans le contexte des ST et des ECT⁷⁴. Ces interrogations proviennent du fait que cette notion est issue du champ du droit de la propriété intellectuelle. Ainsi les éléments ne répondant pas aux critères de protection de la propriété intellectuelle (en raison par exemple d'un manque d'originalité, de l'expiration de la protection, etc.) relèveraient du domaine public⁷⁵. Par exemple, dans une note technique distribuée par l'IGC en décembre 2010, il est indiqué que « le domaine public ne désigne pas simplement ce qui n'est pas protégé par la propriété intellectuelle »⁷⁶, qu'« [e]n d'autres termes, il se compose d'éléments exclus de la protection »⁷⁷ et qu'il représente « une ressource précieuse en soi. De fait, la préservation d'un domaine public riche et solide est fréquemment présentée comme un important objectif de politique générale »⁷⁸. Néanmoins, comme le souligne également la note technique, de nombreuses communautés et leurs membres ont exprimé leurs inquiétudes à propos du domaine public comme excluant de nombreux savoirs et ECT et qui « peut être utilisé pour justifier leur appropriation illicite »⁷⁹.

72. ST 28, *supra* note 25 à la p 5 [Utilisation des Termes] [les italiques sont nôtres].

73. ECT 28, *supra* note 26 à la p 5 [Utilisation des Termes] [les italiques sont nôtres].

74. Voir généralement Note, « Domaine Public », *supra* note 69.

75. *Ibid.*

76. *Ibid* au para 4.

77. *Ibid* l'Annexe au para 5 [notes omises].

78. *Ibid* au para 4.

79. *Ibid* au para 5 ; OMPI, « Statement by the Tulalip Tribes of Washington on Folklore, Indigenous Knowledge, and the Public Domain » IGC 5^e sess (9 juillet

Les problématiques entourant la notion de domaine public sont très bien identifiées dans le Rapport de la Réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages⁸⁰, dont l'analyse est reprise dans la note technique sur le domaine public et dans le glossaire de l'OMPI⁸¹ :

Il a été indiqué que l'expression « domaine public », qui est utilisée pour indiquer la libre disponibilité, a été prise hors contexte et appliquée aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui sont publiquement disponibles. « Publiquement disponible » ne signifie pas normalement disponible gratuitement. Cette expression pourrait signifier qu'il y a une condition pour imposer des modalités convenues d'un commun accord comme le paiement d'un droit d'accès. Les connaissances traditionnelles ont souvent été considérées comme faisant partie du domaine public et, par conséquent, librement disponibles dès qu'on y a eu accès et qu'on les a enlevées du contexte culturel particulier pour les diffuser. Mais on ne peut pas supposer que les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui ont été rendues publiquement disponibles n'appartiennent pas à quelqu'un. Dans le cadre du concept de la disponibilité publique, le consentement préalable donné en connaissance de cause d'un détenteur de connaissances traditionnelles qui est identifiable pourrait encore être requis et les dispositions du partage des avantages rendues applicables même lorsqu'un changement d'utilisation est discernable d'un consentement préalable donné en connaissance de cause précédemment. Lorsqu'un détenteur n'est pas identifiable, l'État par exemple pourrait décider qui en sont les bénéficiaires.⁸²

2003), en ligne : <<http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/igc/ngo/tulaliptribes.pdf>> [Tulalip Tribes Statement] ; Wend B Wendland, « 'It's a Small World (After All)' : Some Reflections on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions » dans Christoph Beat Graber & Mira Burri-Nenova, dir, *Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions in a Digital Environment* (Cheltenham, RU, Edward Elgar, 2008) 150 à la p 174.

80. Note, « Domaine Public », *supra* note 69, l'Annexe au para 4 ; UNEP/CBD/WG ABS/8/2, intitulé « Rapport de la Réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages ».

81. Glossaire, *supra* note 51 [Domaine Public].

82. *Ibid* [notes omises].

Dans le rapport de la 28^e session de l'IGC, la notion de domaine public demeure un sujet très problématique pour de nombreuses délégations. Par exemple, la délégation de l'Union européenne (UE) a souligné l'importance de créer un cadre et une définition équilibrée du domaine public en raison des graves effets qu'elle pourrait avoir sur la protection des ST et des ECT ainsi que sur « ... l'innovation et la créativité tout en protégeant les droits des communautés, non seulement autochtones et locales, mais également de toute la société... »⁸³. Pour les représentants de l'UE, un tel équilibre n'existe pas dans les projets actuels⁸⁴. La délégation de l'UE a en outre souligné que l'objectif de satisfaire l'ensemble des intérêts en jeu pourrait se révéler très difficile à réaliser dans le cadre d'instruments contraignants⁸⁵. Des inquiétudes ont également été formulées par les représentants des communautés Tulalip qui demandent si, concernant cette discussion à propos de la notion de domaine public, le fondement du système de protection de la propriété intellectuelle devrait être considéré comme le fondement de la protection du patrimoine culturel et des droits de l'homme. Ils ont en effet souligné qu'il existe des différences majeures du point de vue de l'objet et des aspects de chacun de ces systèmes⁸⁶. Ainsi, dans une déclaration de 2003 les communautés Tulalip ont indiqué que : « the concept of public domain is not accepted by many indigenous peoples for their knowledge »⁸⁷. Enfin, la délégation de l'Inde a indiqué que la définition du domaine public était pour elle « préoccupante », car elle ne protégerait pas de manière adéquate des éléments faisant présentement l'objet d'appropriation abusive⁸⁸.

2.2.2.2 La notion « accessible au public »

Les projets d'articles définissent également la notion « accessible au public » qui correspond aux ST ou ECT « ayant perdu [son]/[leur] lien distinctif avec une communauté autochtone et, de ce fait, [est]/[sont] [devenu]/[devenus] des savoirs génériques ou courants, nonobstant le fait que [son]/[leur] origine peut être connue du public »⁸⁹.

83. Rapport 28e, *supra* note 28 au para 55.

84. *Ibid* au para 55.

85. *Ibid*.

86. *Ibid* au para 62 [version anglaise].

87. Tulalip Tribes Statement, *supra* note 79 à la p 1.

88. Rapport 28e, *supra* note 28 au para 69.

89. ST 28, *supra* note 25 à la p 5 [Utilisation des Termes] ; ECT 28, *supra* note 26 à la p 5 [Utilisation des Termes].

La présence de cette notion au sein des définitions nous apparaît étrange dans la mesure où cette expression n'est pas utilisée ailleurs dans les projets d'articles en français. On la retrouve néanmoins dans les versions anglaises des deux projets aux articles 3.2 et 3.3⁹⁰. Dans les versions françaises, l'expression qui s'en rapproche le plus est celle de « librement accessible »⁹¹ (non définie dans les projets d'articles). Il est possible de penser que ces deux expressions sont synonymes sans pouvoir néanmoins l'affirmer. Dans un souci de clarté, il conviendrait d'utiliser une seule et même expression ou de définir précisément chacune d'entre elles. Il est par ailleurs intéressant de noter que, dans la définition utilisée dans le projet d'articles sur les ECT, il est fait référence aux ST et non aux ECT⁹². Il s'agit probablement de la trace d'un copié-collé de la définition entre les projets d'articles.

Tel qu'indiqué dans la note sur le domaine public, « accessible au public » ne signifie pas que les éléments auxquels cette définition s'applique font partie du domaine public et sont librement accessibles⁹³. Au contraire, la note souligne que cette expression :

[...] pourrait signifier qu'il y a une condition pour imposer des modalités convenues d'un commun accord comme le paiement d'un droit d'accès. Les connaissances traditionnelles ont souvent été considérées comme étant du domaine public et, par conséquent, librement disponibles dès qu'on y a eu accès et qu'on les a enlevées du contexte culturel particulier pour les diffuser. Mais on ne peut pas supposer que les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui ont été rendues publiquement disponibles n'appartiennent pas à quelqu'un. Dans le cadre du concept de la disponibilité publique, le consentement préalable donné en connaissance de cause d'un détenteur de connaissances traditionnelles qui est identifiable pourrait encore être requis et les dispositions du partage des

90. ST 28, *supra* note 25 art 3.2 et 3.3 aux pp 9-10 [Scope of protection] ; ECT 28, *supra* note 26 art 3.2 et 3.3 aux pp 9-10 [Scope of protection].

91. Deux expressions sont utilisées pour « librement accessible » en anglais dans les projets d'articles : « Available for all to use » or « publicly available », ST 28, *supra* note 25 aux pp 2, 9 ; ECT 28, *supra* note 26 aux pp 2, 9.

92. Questions Transversales, *supra* note 70 à la p 3.

93. Certaines délégations ont néanmoins exprimé leur désaccord vis-à-vis de cette position. Voir par exemple OMPI, « Projet de Rapport » Doc WIPO/GRTKF/IC/27/10, 27^e sess (2 juillet 2014) [Rapport 27e], (la délégation canadienne : « ...était d'avis que l'objet qui était actuellement accessible au public et qui n'était pas, ou ne pouvait pas être ou n'était plus protégé par un droit de propriété intellectuelle, ne devrait pas être protégé au titre de ces instruments. » au para 52).

avantages rendues applicables même lorsqu'un changement d'utilisation est discernable d'un consentement préalable donné en connaissance de cause précédemment. Lorsqu'un détenteur n'est pas identifiable, l'État par exemple pourrait décider qui en sont les bénéficiaires.⁹⁴

Selon nous, la définition retenue dans les projets d'articles s'intéresse moins à définir la notion d'accessibilité que ses effets supposés, en l'occurrence la perte d'un lien distinctif avec une communauté. L'accessibilité au public signifie d'abord que les savoirs et les ECT « sont mis à la disposition du public », et ce selon « différents degrés d'« accessibilité » » comme le soulignent les travaux de l'IGC sur la notion de domaine public⁹⁵. La définition des projets d'articles nous apparaît en outre problématique, car contradictoire. En effet, des ST ou des ECT peuvent être accessibles au public dans le sens où des personnes extérieures peuvent y avoir accès et jouir de ces éléments, sans pour autant que ces savoirs aient perdu leur lien distinctif avec une communauté autochtone (sauf à définir de manière très restrictive la notion de « lien distinctif »). Cette définition tend en effet à établir selon notre interprétation un lien entre l'accessibilité d'un ST ou d'une ECT et la perte du lien distinctif entre ces éléments et les communautés.

Dans le champ de la propriété intellectuelle, la notion d'« accessible au public » est liée à la notion « d'état de l'art »⁹⁶, ce qui peut être source de confusion lorsque la notion est appliquée au champ de la protection des ST et des ECT. Dans le champ du droit des brevets et des dessins et modèles, le fait qu'une innovation soit accessible au public, donc comprise en l'état de l'art, détruit la nouveauté⁹⁷. Cependant dans les projets d'articles, la notion d'accessible au public ne renvoie pas au champ du droit des brevets. En effet, les notions de lien « distinctif » et d'éléments « génériques » rappellent plutôt des notions connues dans le champ du droit des marques de commerce⁹⁸.

94. *Supra* note 80.

95. *Ibid*, l'Annexe à la p 3.

96. Questions Transversales, *supra* note 70 à la p 3.

97. Lim Heng Gee, « Regional, National and Local Experiences with the Meaning and Relevance of 'Public Domain' in the Context of Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions », Seminar, *supra* note 59 aux pp 5, 10, en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_ipk_ge_15/wipo_ipk_ge_15_presentation_lim_heng_gee2.pdf> [Gee].

98. Teresa Scassa, *Canadian Trademark Law*, 2e éd (Toronto, Lexis Nexis, 2015) [Scassa]. Dans le contexte du droit des marques canadien, le caractère « distinctif » est une notion fondamentale. Tel que souligné par Teresa Scassa, à la p 64 :
Distinctiveness is a key attribute of all trademarks, whether registered or not.

Le détenteur d'une marque de commerce peut en effet voir sa protection disparaître dès lors que celle-ci devient générique⁹⁹. Il apparaît particulièrement problématique de mobiliser des concepts empruntés au champ de la propriété intellectuelle classique, et en particulier du droit des marques, pour les appliquer au champ du patrimoine culturel immatériel.

Étant donné cette définition, la question qui se pose est de savoir comment les détenteurs de ST et d'ECT peuvent se protéger contre la « découverte » et la diffusion des éléments du PCIA à l'extérieur des communautés ayant pour conséquence de les rendre génériques. Dans le champ du droit des marques de commerce au Canada, il revient au détenteur de prouver que la marque de commerce est bien utilisée afin de prévenir la perte de son caractère distinctif (par exemple par le biais de publicités), la rendant de ce fait générique¹⁰⁰. Au contraire, dans le cas des ST, il ne s'agit pas de signes distinctifs largement diffusés, et on ne devrait pas imposer à la communauté le fardeau de prendre des mesures pour empêcher que des informations ne soient rendues publiques par un tiers. Dans le champ du droit des marques, celles-ci peuvent devenir génériques, car elles ont perdu leur caractère distinctif et se confondent avec l'élément auquel elles s'appliquent¹⁰¹ ou sont devenues des éléments de la culture et du discours public¹⁰².

La définition d'« accessible au public » a également des liens avec le concept d'indications géographiques. Ainsi, en décrivant les différences entre les marques et les indications géographiques dans le contexte du droit des marques canadien, la professeure Scassa note que :

[g]eographical indications bear a strong resemblance to trademarks in some respects in that they consist of a word or words that are indicative of a particular source. However in the case

Une marque « générique » dans le champ du droit des marques de commerce dans le cadre du Canada est définie, à la p 398, comme :

one which is not merely descriptive of the goods or services, it is the name for the goods or services. In such cases, it is virtually impossible for a trader to acquire goodwill or reputation in the generic mark.

99. Note, « Domaine Public », *supra* note 69 au para 42.

100. Scassa, *supra* note 98 à la p 401, qui cite *Dubiner v Cheerio Toys & Games Ltd*, [1965] 1 RCÉ 524 au para 67 (C d'Éch).

101. *Ibid* à la p 398.

102. *Ibid* à la p 322 ; Rosemary J Coombe, *The Cultural Life of Intellectual Properties : Authorship, Appropriation, and the Law* (Durham, NC, Duke University Press, 1998) à la p 79.

of geographical indications, the source is more regional than individual in nature. [...] A geographical indication, therefore, identifies a particular product as coming from a specific geographical location and consequently embodying qualities or characteristics that are unique to that location. In some cases the qualities or characteristics may be due to environmental conditions such as the quality of the soil or climate, or they may be due to particular customs or practices in combination with environmental factors.¹⁰³

De la même manière que pour les marques, les indications géographiques peuvent aussi perdre leur caractère distinctif et devenir génériques¹⁰⁴. Comme le note le professeur Lim Heng Gee :

A fine balance will thus have to be drawn to demarcate what traditional property is still deemed to be the property of the traditional community and what is not. This can be done by defining the term “publicly available” in such a way that justice is done to the traditional community. The result may be that what had presently been regarded as public domain property may be “clawed back”. This however, is not unprecedented, as can be seen in the European Union advocating a clawback action to reclaim geographical indications that have been lost through genericization.¹⁰⁵

En conséquence, la définition d'« accessible au public » mériterait selon nous d'être clarifiée afin d'éviter toute confusion liée à l'usage de termes et de concepts issus du champ de la propriété intellectuelle et en particulier de celui du droit des marques. En partant du principe que l'IGC n'envisageait pas que cette définition soit interprétée dans le contexte du droit des marques ou du droit des brevets, malgré l'usage de concepts propres à ces champs, des explications concernant l'application de cette définition seraient particulièrement utiles.

103. Scassa, *supra* note 98 à la p 99.

104. Gee, *supra* note 97 à la p 10. Ce danger de perte de distinctivité concerne surtout les États comme le Canada ou les États-Unis, où les indications géographiques sont protégées à titre de marques de commerce collectives. Cela ne vise pas les pays, comme ceux de l'Union Européenne, qui accordent une protection *sui generis* aux indications géographiques. Voir en ce sens Crina Viju, May T Yeung et William A Kerr, « Geographical Indications, Conflicted Preferential Agreements, and Market Access », (2013) 16 :12 *Journal of International Economic Law* 409 aux pp 418-420.

105. Gee, *supra* note 97 à la p 10.

2.3 Les définitions propres aux savoirs traditionnels

Les projets d'articles présentent des définitions propres aux ST. Il s'agit des notions d'« utilisation non autorisée »¹⁰⁶, d'« appropriation illicite »¹⁰⁷ et d'« utilisation abusive »¹⁰⁸. Leur absence dans le projet d'articles sur les ECT est difficilement compréhensible, notamment en raison du fait que la première expression est utilisée dans la section étendue de la protection¹⁰⁹ et les deux dernières expressions citées sont présentes dans la section des objectifs du projet d'articles sur les ECT¹¹⁰. Il a été suggéré dans les travaux de l'IGC de fournir une définition propre aux ECT¹¹¹.

Dans cette section nous évoquerons plus longuement la notion d'appropriation illicite étant donné qu'il s'agit de celle des trois notions qui est la plus détaillée dans le projet sur les ST. À la lecture du projet d'articles, il semble que ces trois expressions se recoupent en certains points et qu'il est fort probable qu'il s'agisse en réalité de trois options concurrentes et non de définitions complémentaires. En effet, au fil du texte, les trois expressions sont systématiquement utilisées ensemble comme autant d'expressions encore débattues¹¹². Les définitions retenues à ce jour présentent néanmoins des différences significatives.

2.3.1 L'utilisation non autorisée

L'« utilisation non autorisée » est la définition la plus concise et la plus large des trois puisqu'elle « s'entend de l'utilisation de ST protégés sans l'autorisation du détenteur des droits »¹¹³. Cette définition manque néanmoins de clarté selon nous. En effet, la notion de « savoirs traditionnels protégés » n'est pas définie ; s'agit-il de savoirs

106. ST 28, *supra* note 25, à la p 5 [utilisation non autorisée].

107. *Ibid* [appropriation illicite].

108. *Ibid* [utilisation abusive].

109. ECT 28, *supra* note 26, art 3.1 a) ii à la p 8, n 5 :

On entend par 'utilisation' : la fixation ; la reproduction ; l'interprétation ou exécution publique ; la traduction ou l'adaptation ; la mise à la disposition ou la communication au public ; la distribution ; toute utilisation à des fins commerciales autre que leur usage traditionnel ; et l'acquisition ou l'exercice de droits de propriété intellectuelle.

110. « [empêcher] l'[appropriation illicite et l'utilisation abusive/offensante or dégradante] de leurs expressions culturelles traditionnelles [et des adaptations de celle-ci] », voir ECT 28, *supra* note 26 à la p 4 [Objectifs 1 a)].

111. Questions Transversales, *supra* note 70 à la p 4.

112. Dans les objectifs de politique générale, dans les définitions et dans la section sanctions.

113. ST 28, *supra* note 25 à la p 6 [utilisation non autorisée].

protégés par les législations nationales ou des savoirs protégés selon la coutume et les pratiques des communautés ? De la même manière, la notion d'autorisation n'est pas non plus très claire. S'agit-il du consentement préalable libre et éclairé auquel font référence la plupart des textes internationaux, ou d'une simple approbation ?

2.3.2 *L'appropriation illicite et l'utilisation abusive*

2.3.2.1 L'appropriation illicite

La définition d'« appropriation illicite » est beaucoup plus intéressante et répond à certaines des critiques que nous venons de formuler. Cette définition comprend deux variantes. Selon la première, l'appropriation illicite signifie

l'accès [à l'objet de la protection]/[aux savoirs traditionnels] ou [son]/[leur] utilisation sans consentement préalable en connaissance de cause ou approbation et participation et, le cas échéant, dans des conditions n'ayant pas été mutuellement convenues, à quelque fin que ce soit (commerce, recherche, enseignement ou transfert de technologie).¹¹⁴

La première option est apparemment beaucoup plus large, tandis que la seconde correspond à la définition donnée par le glossaire¹¹⁵. Ainsi, la première option met l'accent sur les relations entre les fournisseurs et les utilisateurs et sur les modalités d'accès et d'utilisation des savoirs. Selon cette variante, peu importe la législation nationale, il est de la responsabilité des utilisateurs de recueillir le consentement des détenteurs et de définir des conditions mutuellement convenues.

Au contraire, la seconde variante apparaît plus restrictive en faisant explicitement référence à la législation nationale des États. L'appropriation illicite est alors définie comme

l'utilisation de savoirs traditionnels protégés d'un tiers lorsque l'utilisateur a acquis [l'objet de la protection]/[les savoirs traditionnels] auprès de [son]/[leur] détenteur par des moyens abusifs ou par abus de confiance induisant une violation de la législation nationale du pays fournisseur.¹¹⁶

114. *Ibid* à la p 5 [Appropriation illicite] [Variante 1].

115. Glossaire, *supra* note 51 [appropriation illicite] dans le domaine de la propriété intellectuelle, exige que « le plaignant doit avoir subi un préjudice concurrentiel en raison de cette appropriation ».

116. ST 28, *supra* note 25 à la p 5 [Appropriation illicite] [Variante 2].

Cette option conduit à une protection d'autant plus limitée pour les communautés autochtones que le développement de législations étatiques reflétant leurs attentes et leurs besoins est particulièrement difficile pour les autorités publiques¹¹⁷.

Cette variante énumère également un ensemble de cas dans lesquels l'acquisition des ST est réputée licite : il s'agit de « la découverte ou la création indépendante, la lecture d'ouvrages, l'obtention par des sources autres que les communautés traditionnelles intactes, l'ingénierie inverse et la divulgation accidentelle résultant de l'incapacité des détenteurs à prendre les mesures de protection raisonnables »¹¹⁸. Ces modes d'accès sont considérés comme des moyens licites selon les rédacteurs, peu importe par exemple que la publication des ouvrages ait été effectuée en violation des droits des détenteurs ou que les sources des utilisateurs aient utilisé des moyens illicites pour avoir accès initialement aux savoirs. Selon cette variante, ces moyens ne requièrent donc pas l'obtention du consentement des détenteurs ni la négociation de conditions convenues d'un commun accord. Ces exceptions signifient également que dans les cas de savoirs largement partagés ou communs à plusieurs groupes, à l'image du cas du curcuma¹¹⁹, le consentement auprès d'un groupe suffirait à écarter la qualification d'appropriation illicite quand bien même les autres groupes n'auraient par donné leur consentement.

Un autre exemple très pertinent a été mis de l'avant lors d'un séminaire de l'OMPI au cours duquel s'est exprimée Manisha Desai, conseillère en droits de propriété intellectuelle de l'entreprise américaine Eli Lilly and Company. Manisha Desai a exposé le cas de médicaments anti-cancer lancés par cette entreprise dans les années 1950 en se basant sur des extraits de pervenche (Vinca)¹²⁰. Dans le cadre de ses recherches relatives au développement des médicaments, elle a mis en évidence le fait que les pervenches Vinca étaient disponibles

117. Rosemary J Coombe, « First Nations Intangible Cultural Heritage Concerns : Prospects for Protection of Traditional Cultural Expressions in International Law » dans Catherine Bell et Robert K Paterson, dir, *Protection of First Nations Cultural Heritage : Laws Policy and Reform* (Vancouver, UBC Press, 2009) 247 à la p 266 [Coombe, « Prospects »].

118. ST 28, *supra* note 25 à la p 5 [Appropriation illicite] [Variante 2].

119. Philippe Cullet, Christophe Germann, Andrea Nascimento et Gloria Pasadilla « Intellectual Property Rights, Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge » dans Susette Biber-Klemm et Thomas Cottier, dir, *Rights to Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge: Basic Issues and Perspectives* (Wallingford, CAB International, 2006) 112 à la p 135, en ligne : < <http://www.ielrc.org/content/a0610.pdf>>.

120. Manisha Desai, « Practical Considerations Regarding TK » Seminar, *supra* note 59 [Desai].

dans de nombreux pays incluant l'Australie, les Philippines, en Amérique centrale et aux États-Unis. Elle a également mis en évidence l'existence d'écrits à propos de ces plantes remontant à au moins 2000 ans. Ces plantes étaient alors utilisées de différentes manières et ont seulement fait l'objet de recherches en lien avec le traitement du diabète à partir des années 1920¹²¹. Cependant, les espèces spécifiques de pervenches nécessaires pour le développement de médicaments anti-cancer et qui ont été utilisées par Eli Lilly étaient originaires de Madagascar et sont maintenant présentes dans de nombreux jardins botaniques à travers le monde¹²². Bien que Manisha Desai indique que Eli Lilly a obtenu ses échantillons d'un fournisseur commercial biologique (origine inconnue)¹²³, d'autres sources indiquent que ces échantillons ont été initialement collectés en Inde et à Madagascar¹²⁴. La décision de cultiver par la suite la plante au Texas était justifiée par le fait que « a number of variables could seriously threaten the supply of this life-saving drug »¹²⁵. Cet exemple démontre qu'une recherche mobilisant un spécimen de plante provenant originellement d'un territoire spécifique puis diffusé plus tard dans un certain nombre de régions peut entraîner des difficultés pour un État arguant de l'appropriation illicite des ressources génétiques et des ST.

2.3.2.2 L'utilisation abusive

La définition d'« utilisation abusive »¹²⁶ s'appuie, elle, explicitement sur la violation de la législation nationale puisque l'« [Utilisation abusive s'entend des cas où l'utilisation de savoirs traditionnels appartenant à un bénéficiaire induit de la part de l'utilisateur une violation de la législation nationale ou des mesures adoptées par le pouvoir législatif dans le pays où ces savoirs sont utilisés »¹²⁷. Selon cette formulation, il revient aux États de délimiter les contours de la protection des savoirs et ce que constituent les cas d'abus. Pour cela,

121. *Ibid.*

122. John C Holmes, et al, *Plants : The Potentials for Extracting Protein, Medicines, and other Useful Chemicals*, Workshop Proceedings Washington DC, US Congress, Office of Technology Assessment, OTA-BP-F-23 Sept 1983 à la p 34.

123. Desai, *supra* note 120 à 1:33:25 (elle peut pas confirmer l'origine de ce fournisseur dans ses recherches ou dans les archives de Eli Lilly).

124. Gordon H Svoboda, « The Role of the Alkaloids of Catharanthus Roseus (L) G Don (Vinca Rosea) and Their Derivatives in Cancer Chemotherapy » à la p 159 [Svoboda] ; Michael F Brown, *Who Owns Native Culture ?* (Cambridge, Harvard University Press, 2003) à la p 137.

125. Desai, *supra* note 120 ; Svoboda, *supra* note 124 à la p 154.

126. La définition est ici similaire à celle du glossaire de l'OMPI. Glossaire, *supra* note 51, à la p 5.

127. ST 28, *supra* note 25 à la p 5 [Utilisation des Termes].

le texte précise que « la nature de la protection ou de la préservation des savoirs traditionnels au niveau national peut revêtir différentes formes »¹²⁸. Cette logique consistant à confier aux États la responsabilité d'encadrer la circulation des ST a largement montré ses limites dans le cas de la CDB et du protocole de Nagoya. En effet, en ce qui concerne les savoirs traditionnels associés à la biodiversité, très peu d'États signataires de la CDB ont adopté une législation visant à protéger ces éléments. C'est pourquoi nous sommes particulièrement dubitatifs concernant la portée normative de la définition d'« utilisation abusive » actuelle.

2.4 Les bénéficiaires de la protection dans les projets d'articles

Les deux projets d'articles définissent de manière similaire les bénéficiaires de la protection des ST et des ECT. Deux variantes sont néanmoins prévues. Selon la première, « Les bénéficiaires [de la protection] sont les [peuples autochtones] et les communautés autochtones et locales [et/ou les nations] qui créent, [détenient,] conservent, utilisent et/[ou] développent [l'objet de la protection]/[les savoirs traditionnels] [remplissant les critères pour bénéficier de la protection [défini]/[définis] à l'article [premier]/[3].] »¹²⁹. Cette définition semble répondre aux cas dans lesquels il n'est pas possible de distinguer entre les nations et les communautés autochtones et locales. Selon la seconde variante, les bénéficiaires sont seulement les peuples autochtones et les communautés autochtones et locales¹³⁰.

Ainsi les bénéficiaires sont définis selon leur statut en tant que groupe ainsi que par leurs liens avec les ST ou les ECT (création, détention, conservation, utilisation, développement). Il sera primordial de voir si ces conditions seront cumulatives ou si l'une d'entre elles suffira pour se voir attribuer la qualité de bénéficiaire.

Les projets d'articles prévoient également des cas dans lesquels les États pourraient « désigner une autorité nationale comme dépositaire des [avantages]/[bénéficiaires] de la protection »¹³¹. Il s'agirait des cas dans lesquels, les savoirs ou les ECT :

- a) [est détenu]/[sont détenus] par une communauté [dont le] dans un territoire qui a intégralement et exclusivement les

128. *Ibid.*

129. ST 28, *supra* note 25 art 2, à la p 8 ; ECT 28, *supra* note 26 art 2, à la p 7.

130. *Ibid.*

131. *Ibid.*

mêmes limites géographiques que le territoire de [cet État membre]/[cette Partie contractante] ;

b) [[n'est pas limité]/[ne sont pas limités] à un [peuple] autochtone ou une communauté locale en particulier ;

c) [n'est pas attribué]/[ne sont pas attribués] à un [peuple] autochtone ou une communauté locale en particulier ; ou

d) [[n'est pas revendiqué]/[ne sont pas revendiqués] par un [peuple] autochtone ou une communauté locale en particulier.]¹³².

Les travaux actuels de l'IGC reflètent des efforts conceptuels considérables de la part des États. Il ne s'agit bien sûr que de définitions de travail et de nombreux termes et expressions demeurent très discutés. Nul doute que les définitions finales, si elles venaient à être adoptées un jour, seront différentes. Les propositions actuelles constituent néanmoins une base de travail très intéressante et riche et pourraient être mobilisées au sein d'autres forums de négociation afin de faire évoluer les positions des États. Nous pensons en particulier à la Convention sur la diversité biologique et au protocole de Nagoya qui ne comportent aucune définition, par exemple, de « savoirs traditionnels », ni leur utilisation.

3. L'étendue de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles

Dans cette section, nous verrons quelles sont les catégories de ST et d'ECT dont on envisage la protection. Nous analyserons les scénarios de protection, c'est-à-dire les droits des détenteurs et les obligations des utilisateurs. Nous étudierons les dispositions relatives à la durée de la protection. Enfin, nous verrons les possibilités ouvertes en matière d'exceptions et de limitations et qui viendraient potentiellement diminuer l'étendue de la protection.

3.1 Les catégories de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles protégées

Les projets d'articles définissent trois types de savoirs et d'ECT en fonction de plusieurs critères : i) leur statut au sein des commu-

132. *Ibid.*

nautés (sacrés ou non), ii) leur utilisation par les communautés, iii) leur accessibilité (librement accessible ou non), et iv) leur degré de diffusion à l'extérieur des communautés (secret ou non).

Il est ainsi question :

a. Des savoirs et des ECT [[sacré]/[sacrés],] [[secret]/[secrets]] ou [est]/[sont] [connu]/[connus] [étroitement [lié]/[liés] à des [peuples autochtones] ou des communautés autochtones et locales.

b. Des savoirs et des ECT [[détenu]/[détenus],] [[préservé]/[préservés],] [utilisé]/[utilisés] [et]/[ou] [développé]/[développés] par des [peuples] autochtones ou des communautés locales et [est]/[sont] librement [accessible]/[accessibles], [mais [n'est]/[ne sont] ni largement [diffusé]/[diffusés], [ni [sacré]/[sacrés],] [ni [secret]/[secrets],]

c. Des savoirs et des ECT [largement [diffusé]/[diffusés], [et [est tombé]/[sont tombés] dans le domaine public]] [n'est pas visé par les alinéas 2 ou 3] et [est protégé]/[sont protégés] en vertu de la législation nationale.¹³³

Par le biais de ces trois catégories, il s'agit pour le comité intergouvernemental de tenter de traiter de l'ensemble des formes sous lesquelles les ST et les ECT peuvent se présenter¹³⁴. Les critères retenus nous apparaissent néanmoins problématiques, en particulier en ce qui concerne les deuxième et troisième catégories de savoirs et d'ECT.

La première catégorie fait référence aux savoirs ou ECT sacrés, secrets ou connus comme étroitement liés aux communautés. En l'état, le texte pose problème dans la mesure où les trois critères retenus ne sont pas équivalents et ne sont pas mutuellement exclusifs. Ainsi, un savoir sacré peut être ou non secret. Contrairement aux autres catégories, il n'est pas fait mention du degré de divulgation des savoirs ou ECT. Cela se comprend pour les savoirs secrets, mais pour les savoirs sacrés et ceux étroitement liés aux communautés, il est possible que ces savoirs soient accessibles et divulgués.

133. ST 28, *supra* note 25 art 3 aux p 9-10 ; ECT 28, *supra* note 26 art 3 aux pp 8-10.

134. Sur ce point, voir le document OMPI, Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter, WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9 17e sess, en ligne : <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/fr/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf>.

La seconde catégorie fait référence à des savoirs ou des expressions toujours mobilisés par les communautés, mais « librement accessibles » sans que cette notion – et surtout les personnes à qui elles s'appliquent – ne soient précisées¹³⁵. Il pourrait s'agir des savoirs ou des ECT accessibles aux personnes extérieures aux communautés quel que soit le mode d'accès (ouvrage, enregistrement, etc.). Il est important de noter que la notion de « librement accessible » n'est pas, selon les travaux du comité intergouvernemental, synonyme de « domaine public »¹³⁶. Cette seconde catégorie ne comprend néanmoins pas les savoirs ou les ECT librement accessibles, mais qui ne sont pas largement diffusés sans qu'il ne soit précisé la signification de cette notion (accessible en tout temps à l'échelle mondiale ? régionale ? nationale ?). Il faut ajouter à cela que les ST et les ECT sacrés et secrets seraient exclus de cette catégorie.

Enfin, la troisième catégorie comprend les savoirs et les ECT largement diffusés en dehors des communautés et considérés comme tombés dans le domaine public. Encore une fois, la notion de « largement diffusée » apparaît particulièrement floue, tout comme la notion de domaine public appliquée aux ST. En effet, certains États et communautés sont préoccupés par l'application de ces notions pour différentes raisons (iniquité, inefficacité)¹³⁷. En outre, selon la définition de cette catégorie, il est possible que des savoirs ou ECT sacrés ou étroitement liés à des communautés y soient inclus. Dès lors, ces deux critères retenus dans la première catégorie perdent de leur pertinence.

Le comité affiche une volonté claire de tenir compte de l'ensemble des situations observables en ce qui concerne les ST et les ECT. Il s'agit là néanmoins d'une tentative périlleuse dans la mesure où se mêlent plusieurs enjeux : la nature et le statut intrinsèques des savoirs et des ECT du point de vue des communautés, les événements passés qui ont contribué à la divulgation et la diffusion de certains savoirs et ECT et, enfin, l'application des concepts et principes de la propriété intellectuelle occidentale. L'exercice de synthèse apparaît particulièrement délicat et il n'est pas sûr qu'il puisse être réalisé sans compromis parfois importants vis-à-vis d'un ou plusieurs de ces enjeux.

135. Voir la section 2.2.2.2 La notion « accessible au public » ci-dessus.

136. Note, « Domaine Public », *supra* note 69 l'Annexe aux para 10-11.

137. Voir généralement Rapport 28^e, *supra* note 28 aux para 55, 69 et 76.

Ces trois catégories jouent néanmoins un rôle fondamental dans les projets d'articles, car elles vont déterminer le degré de protection applicable.

3.2 Une diversité d'options pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles

En raison des différences observables entre les deux projets d'articles, il est ici important de distinguer entre le cas des ST et celui des ECT.

3.2.1 Les options relatives à la protection des savoirs traditionnels

Les projets d'articles prévoient dans leur dernière version deux scénarios de protection des trois catégories de ST. Ainsi, un premier scénario prévoit une protection des trois catégories, tandis que le second scénario prévoit uniquement la protection des catégories 1 et 2, excluant donc les savoirs largement diffusés et considérés comme appartenant au domaine public¹³⁸. Cette exclusion pose problème dans la mesure où elle ne fait pas cas des circonstances de divulgation et de diffusion des ST. De cette manière, des pratiques abusives pourraient se voir légitimées.

L'étendue de la protection envisagée pour chacune des catégories n'est néanmoins pas uniforme et est clairement plus large pour les savoirs de la première catégorie.

Pour ces savoirs, les États sont responsables de prendre des mesures appropriées afin de garantir un certain nombre de droits aux communautés autochtones et locales. Les projets d'articles reprennent en particulier les termes de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, puisque les communautés doivent être en mesure de « [créer,] préserver, contrôler et développer »¹³⁹ leurs savoirs. De manière plus spécifique, les communautés doivent pouvoir exercer un contrôle sur la circulation de leur patrimoine immatériel et notamment être en mesure d'autoriser ou d'interdire son utilisation en donnant leur consentement préalable libre et éclairé¹⁴⁰. Afin d'exercer ce contrôle, il est également prévu que les bénéficiaires doivent être informés « de l'accès à leurs savoirs

138. ST 28, *supra* note 25 art 3.3 à la p 10 [Variante].

139. *Ibid.*, art 3.1 (a) i à la p 9.

140. *Ibid.*, art 3.1 (a) iii à la p 9.

traditionnels grâce à un mécanisme de divulgation dans les demandes d'octroi de titres de propriété intellectuelle »¹⁴¹. Il est enfin envisagé que ces demandes de titres soient accompagnées d'une preuve du respect du consentement préalable libre et éclairé et d'une preuve de partage des avantages¹⁴².

Les projets d'articles prévoient également de la part des États un encadrement des pratiques des utilisateurs. Ces derniers pourraient être tenus de reconnaître l'origine des savoirs et de prévoir par le biais de conditions convenues d'un commun accord d'un partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des savoirs¹⁴³. Enfin, les utilisateurs seraient tenus ou encouragés de faire un usage des savoirs « de façon à respecter les normes et pratiques culturelles des bénéficiaires, ainsi que la nature inaliénable, indivisible et imprescriptible des droits moraux associés »¹⁴⁴. Cette disposition fait à la fois référence aux normes coutumières autochtones et aussi au concept de droits moraux issus de la culture juridique occidentale. Cette dernière notion n'est d'ailleurs pas définie dans les projets d'articles.

En ce qui concerne la seconde catégorie de savoirs, il n'est pas question de reconnaître et de garantir des droits de contrôle sur les savoirs « librement accessibles » en faveur des communautés¹⁴⁵. Les projets d'articles ne traitent uniquement que des mesures à prendre vis-à-vis des utilisateurs. Ainsi, les États doivent faire en sorte que les utilisateurs identifient ou soient encouragés à identifier « les bénéficiaires et les mentionner comme source [des savoirs], sauf décision contraire de ces derniers » ou sauf s'ils ne peuvent pas être attribués à une communauté en particulier¹⁴⁶.

Si les bénéficiaires ne se voient pas reconnaître des droits de contrôle sur leurs savoirs, il est néanmoins prévu que les utilisateurs devraient être tenus d'organiser un partage juste et équitable des avantages ou, à tout le moins, de négocier des conditions d'utilisation avec les bénéficiaires¹⁴⁷. De la même manière que pour la première catégorie, il est prévu qu'ils devraient faire un usage des savoirs « de

141. *Ibid*, art 3.1 (a) iv à la p 9.

142. *Ibid*.

143. *Ibid*, art 3.1 (b) i et ii à la p 9. Selon une variante dans les projets d'articles, il s'agit seulement d'une obligation de « conclure un accord avec les bénéficiaires afin d'établir les conditions d'utilisation ».

144. *Ibid*, art 3.1 (b) iii à la p 9.

145. Voir la section 2.2.2.2 La notion « accessible au public » ci-dessus.

146. ST 28, *supra* note 25 art 3.2 (a) à la p 10.

147. *Ibid*, art 3.2 (b) à la p 10.

façon à respecter les normes et pratiques culturelles des bénéficiaires, ainsi que la nature inaliénable, indivisible et imprescriptible des droits moraux associés »¹⁴⁸. Les utilisateurs devraient également justifier du respect du consentement préalable des communautés et de l'organisation d'un partage des avantages lors du dépôt de titre de propriété intellectuelle¹⁴⁹.

En ce qui concerne la troisième catégorie, les dispositions du projet d'articles sont les mêmes que pour les savoirs de catégorie 2, à l'exception du partage des avantages et le dépôt des droits de propriété intellectuelle. Du point de vue du partage des avantages, les utilisateurs devraient déposer, « le cas échéant, toute redevance d'utilisation dans le fonds constitué par les États »¹⁵⁰. Pour cette catégorie de savoirs, il n'est pas prévu que les utilisateurs doivent justifier de la preuve du respect du consentement préalable libre et éclairé et de l'organisation d'un partage des avantages (en l'occurrence le versement à un fond) lors du dépôt d'un titre de propriété intellectuelle.

3.2.2 *Les options relatives à la protection des expressions culturelles traditionnelles*

Tout comme pour les ST, le projet d'articles relatif aux ECT prévoit deux scénarios de protection. Le premier de ces scénarios est très détaillé et envisage la protection de l'ensemble des ECT tandis que le second apparaît beaucoup moins large.

En effet, selon ce second scénario, les États signataires s'engageraient à « protéger les intérêts économiques et moraux des bénéficiaires concernant leurs expressions culturelles traditionnelles [protégées], telles qu'elles sont définies dans le présent [instrument], en tant que de besoin et conformément à la législation nationale, de manière raisonnable et équilibrée. »¹⁵¹. Cette protection ne concernerait alors que les ECT de catégories 1 et 2 et non les ECT « largement diffusées ou utilisées en dehors de la communauté des bénéficiaires »¹⁵². Comme nous l'avons dit pour les ST, cette option viendrait légitimer des pratiques abusives passées ayant contribué à divulguer et à rendre largement accessibles des ECT sans le consentement libre et éclairé des détenteurs.

148. *Ibid.*, art 3.2 (c) à la p 10 [Option 1].

149. *Ibid.*, art 3.2 (d) à la p 10 [Option 1].

150. *Ibid.*, art 3.3 (c) à la p 10 [Option 1].

151. ECT 28, *supra* note 26 option 2, art 3.1, à la p 11.

152. *Ibid.*, art 3.3 à la p 9 [Option 1].

Le scénario 1 pour la protection des ECT est, lui, très similaire dans sa logique au premier scénario envisagé pour les ST. Selon celui-ci, l'ensemble des ECT est protégé même si l'étendue de cette protection varie en fonction des types d'ECT.

Comme pour les ST, les ECT de catégorie 1 sont celles bénéficiant de la protection la plus large. Ainsi les bénéficiaires doivent pouvoir disposer de pouvoir de contrôle sur leurs ECT afin notamment de les préserver et les développer¹⁵³. Ils doivent être en mesure de contrôler les flux d'ECT à l'extérieur des communautés et notamment de « [dissuader] empêcher la divulgation et la fixation non autorisées et empêcher l'utilisation non autorisée des expressions culturelles traditionnelles »¹⁵⁴. Le projet d'article relatif aux ECT prévoit en outre des dispositions spécifiques aux expressions culturelles puisque les bénéficiaires devraient être protégés contre : « toute utilisation [fausse ou fallacieuse] des expressions culturelles traditionnelles, qui, en rapport avec des produits ou des services, suggère l'approbation des bénéficiaires ou un lien avec ces derniers »¹⁵⁵, ainsi que contre « toute utilisation ou modification qui déforme ou mutile l'expression culturelle traditionnelle [protégée] ou qui soit autrement offensante, dégradante ou qui diminue son importance culturelle pour le bénéficiaire »¹⁵⁶.

En ce qui concerne les dispositions visant les utilisateurs, celles-ci sont similaires à celles envisagées pour la protection des ST de catégorie 1, à l'exception de la disposition concernant les titres de propriété intellectuelle non pertinente pour les ECT. Ainsi, les utilisateurs devraient attribuer les ECT aux détenteurs¹⁵⁷, organiser un partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation¹⁵⁸ (ou prévoir des conditions convenues d'un commun accord pour encadrer l'utilisation), et respecter les normes et pratiques culturelles des bénéficiaires ainsi que les droits moraux associés aux ECT¹⁵⁹.

En ce qui concerne les savoirs de catégorie 2 et de catégorie 3, l'étendue de la protection est similaire à celle relative aux ST de catégories 2 et 3, avec pour simple ajout le fait que les utilisateurs

153. *Ibid*, art 3.1 (a) i à la p 8 [Option 1].

154. *Ibid*, art 3.1 (a) ii à la p 8 [Option 1].

155. *Ibid*, art 3.1 (a) iv à la p 8 [Option 1].

156. *Ibid*, art 3.1 (a) v à la p 8 [Option 1].

157. *Ibid*, art 3.1 (b) i à la p 8 [Option 1].

158. *Ibid*, art 3.1 (b) ii à la p 8 [Option 1].

159. *Ibid*, art 3.1 (b) iii à la p 9 [Option 1].

« s’abstiennent de toute utilisation [fausse ou fallacieuse] des expressions culturelles traditionnelles, qui, en rapport avec des produits ou des services, suggère l’approbation des bénéficiaires ou un lien avec ces derniers.] »¹⁶⁰.

3.3 La durée de la protection

Les dispositions relatives à la durée de la protection diffèrent selon qu’il s’agit des ST ou des ECT.

En ce qui concerne les ST, le projet d’articles ne prévoit qu’une seule option. Les États signataires seraient libres de déterminer la durée appropriée de la protection et des droits sur les ST¹⁶¹. Cette proposition vise, semble-t-il, à ne pas trancher une question très sensible pour les États du fait notamment des liens entre les ST, le développement d’innovations biotechnologiques et leur protection par des droits de propriété industrielle comme le brevet. En l’état, une telle proposition serait une source potentielle de traitements différenciés selon les institutions de protection de la propriété intellectuelle à travers le monde. Il est possible d’imaginer que les États où sont localisés de nombreux utilisateurs auront intérêt à limiter la durée de la protection, au contraire des États où sont localisées des communautés autochtones et locales.

Pour les ECT, le projet d’articles envisage trois options. Selon l’une des options, les ECT sont protégées tant et « aussi longtemps que les bénéficiaires de la protection continuent de jouir de l’étendue de la protection visée à l’article 3 »¹⁶² du projet d’articles que nous venons de discuter dans la section précédente. Cela signifierait que les ECT bénéficient d’une protection illimitée dans le temps dès lors qu’ils satisfont aux critères des trois catégories définies dans le projet d’articles.

Selon une option intermédiaire, il est envisagé que les États « peuvent déterminer que la durée de la protection des expressions culturelles traditionnelles, en ce qui concerne du moins leurs aspects économiques [devrait]/[doit] être limitée.] »¹⁶³. Il s’agit de permettre après un laps de temps une exploitation économique des ECT. Implicitement, cette proposition semble signifier que les aspects moraux

160. *Ibid*, art 3.2 (d) ii à la p 9 [Option 1].

161. ST 28, *supra* note 25 art 7 à la p 19.

162. ECT 28, *supra* note 26, art 6.1 à la p 14 [Option 2].

163. *Ibid*, art 6.1 à la p 14 [Option 3].

de la protection des savoirs ne devraient pas être limités dans le temps.

Enfin, l'option la plus ouverte en termes de possibilités pour les autorités étatiques est selon nous celle qui envisage le pouvoir pour les États de déterminer la durée appropriée de protection des droits relatifs aux ECT¹⁶⁴. Cette option ajoute néanmoins que les États

peuvent déterminer que la protection accordée aux expressions culturelles traditionnelles contre toute déformation, mutilation ou autre modification ou contre toute atteinte réalisée dans le but de leur porter préjudice ou de nuire à la réputation ou à l'image des bénéficiaires ou de la région à laquelle elles appartiennent [devrait]/[doit] avoir une durée indéterminée.¹⁶⁵

Les États n'ont donc pas ici l'obligation de prévoir la protection des aspects moraux de manière illimitée, mais peuvent le faire.

3.4 Les exceptions et les limitations à la protection

Les projets d'articles prévoient que les États peuvent définir des exceptions générales et des exceptions particulières en ce qui concerne l'accès et l'utilisation des ST et des ECT. Les propositions divergent parfois de manière substantielle dans les deux projets d'articles. C'est pourquoi, dans le document sur les problématiques transversales, il a été notamment recommandé d'unifier des différentes définitions et alternatives utilisées dans les textes¹⁶⁶. Il a également été souligné dans ce document le fait que les exceptions et limitations devraient tenir compte de l'approche retenue en ce qui concerne le champ de la protection distinguant entre trois catégories de ST et d'ECT¹⁶⁷. En l'état actuel des projets d'articles, les exceptions et limitations ne sont pas liées aux différentes catégories de ST et d'ECT¹⁶⁸.

3.4.1 Les exceptions générales

Alors que le projet d'articles relatif aux ST ne prévoit qu'une option, le projet d'articles relatif aux ECT prévoit, lui, deux variantes.

164. *Ibid.*, art 6.1 à la p 14 [Option 1].

165. *Ibid.*, art 6.2 à la p 14 [Option 1].

166. Questions Transversales, *supra* note 70 aux pp 11-12.

167. *Ibid.*

168. *Ibid.*

3.4.1.1 Les exceptions générales applicables aux savoirs traditionnels

En ce qui concerne les ST, les exceptions générales ne peuvent pas être décidées unilatéralement par les États. En effet, les communautés autochtones et locales devraient selon les projets participer à la prise de décision par un consentement préalable donné en connaissance de cause, leur approbation, leur participation ou leur consultation¹⁶⁹.

Actuellement, les conditions qui s'appliqueraient aux exceptions générales sont très nombreuses. Les utilisateurs seraient tenus de mentionner les bénéficiaires chaque fois que possible, de veiller à ce que leur utilisation ne soit ni offensante ni dégradante pour les bénéficiaires, qu'elle soit compatible avec l'usage équitable, qu'elle ne porte pas atteinte à l'utilisation normale des ST par les bénéficiaires et, enfin, qu'elle ne cause aucun préjudice injustifié aux intérêts légitimes des bénéficiaires compte tenu des intérêts légitimes des tiers¹⁷⁰.

Le projet d'articles prévoit un cas dans lequel il ne serait pas possible de prévoir d'exception générale, il s'agirait des situations « d'appréhension raisonnable portant sur des dommages irréparables en rapport avec des savoirs traditionnels [sacrées] et [secrètes] »¹⁷¹.

3.4.1.2 Les exceptions générales applicables aux expressions culturelles traditionnelles

Cette section du projet d'articles sur les ECT a fait l'objet de profondes modifications depuis la version adoptée lors de la 27^e session. En effet, dans cette précédente version, il n'était pas fait de différence entre les exceptions et limitations générales et les exceptions et limitations particulières¹⁷². En ce qui concerne les exceptions générales, deux variantes sont proposées à l'article 5.1 du projet. La première variante est similaire aux dispositions dont nous venons de discuter pour les ST¹⁷³ :

169. ST 28, *supra* note 25 art 6.1 à la p 16.

170. *Ibid*, art 6.1 (a), (b), (c), (d) et (e) à la p 16.

171. *Ibid*, art 6.2, à la p 16.

172. ECT 27, *supra* note 63 art 5 à la p 9.

173. ECT 28, *supra* note 26 art 5.1 à la p 12.

5.1 [Les [États membres]/[Parties contractantes] [peuvent]/ [devraient]/[doivent] adopter des limitations et des exceptions appropriées, en vertu de la législation nationale [avec le consentement préalable donné en connaissance de cause ou l'approbation et la participation des bénéficiaires] [en consultation avec les bénéficiaires] [avec la participation des bénéficiaires] [, à condition que l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles [protégées] :

- a) [mentionne les bénéficiaires chaque fois que possible ;]
- b) [ne soit ni offensante ni dégradante pour les bénéficiaires ;]
- c) [soit compatible avec l'usage/le traitement/la pratique loyal [e] ;]
- d) [ne porte pas atteinte à l'utilisation normale des expressions culturelles traditionnelles par les bénéficiaires ; et]
- e) [ne cause aucun préjudice injustifié aux intérêts légitimes des bénéficiaires compte tenu des intérêts légitimes des tiers.]]

Variante

5.1 [Les [États membres]/[Parties contractantes] [peuvent]/ [devraient]/[doivent] adopter des limitations ou des exceptions appropriées en vertu de la législation nationale [, pour autant que [ces limitations ou exceptions] :

- a) se limitent à certains cas spéciaux ;
- b) [ne portent pas [atteinte] à [l'utilisation] normale des expressions culturelles traditionnelles par les bénéficiaires ;]
- c) [ne causent aucun préjudice injustifié aux intérêts légitimes des bénéficiaires ;]
- d) [garantissent que [l'utilisation] des expressions culturelles traditionnelles :
 - i. [ne soit ni offensante ni dégradante pour les bénéficiaires ;]

ii. mentionne les bénéficiaires chaque fois que possible ;]
et

iii. [soit compatible avec l'usage loyal.]]
[*Fin de la variante*]

La deuxième variante nous apparaît beaucoup plus problématique du point de vue de la prise en compte de l'avis des communautés autochtones. En effet, selon cette proposition, les États peuvent décider seuls des limitations générales sans avoir à consulter ou recueillir le consentement des communautés autochtones¹⁷⁴. L'encadrement des exceptions est, lui, similaire à celui exposé ci-dessus¹⁷⁵.

De la même manière que pour les ST, il ne peut y avoir d'exceptions ou limitations générales « [En cas d'appréhension raisonnable portant sur des dommages irréparables en rapport avec des expressions culturelles traditionnelles [sacrées] et [secrètes]... »¹⁷⁶.

3.4.2 Les exceptions particulières

Les projets d'articles prévoient également la possibilité pour les États d'établir des exceptions particulières. Les deux textes varient ici, ce qui est compréhensible dans une certaine mesure étant donné la nature différente des ST et des ECT.

3.4.2.1 Les exceptions particulières applicables aux savoirs traditionnels

Contrairement aux exceptions générales, il n'est pas envisagé dans la version actuelle du projet d'articles sur les ST de tenir compte de l'avis des communautés pour l'établissement de ces exceptions. Nous verrons qu'il n'en va pas de même pour les ECT¹⁷⁷.

Les exceptions particulières sont actuellement limitativement énumérées par le projet d'articles, mais couvriraient en pratique de nombreux cas¹⁷⁸. Il est important de souligner que ces exceptions

174. *Ibid*, art 5.1 à la p 12 [Variante].

175. *Ibid*, art 5.1 (a), (b), (c), (d) et (e) à la p 12 ; *Ibid*, art 5.1 (a), (b), (c) et (d) à la p 12 [Variante].

176. *Ibid*, art 5.2 à la p 12.

177. ST 28, *supra* note 25 art 6.3 aux pp 18-19.

178. *Ibid*, art 6.3 (a), (b), (c) et (d) à la p 16.

particulières ne pourraient viser que les savoirs de catégories 2 et 3¹⁷⁹ :

- a) enseignement, apprentissage, à l'exception de la recherche menée à des fins lucratives ou commerciales ;
- b) préservation, exposition, recherche et présentation dans les archives, bibliothèques, musées ou institutions culturelles à des fins non commerciales liées au patrimoine culturel ou à d'autres fins dans l'intérêt général ; et
- c) dans des situations d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence [ou en cas d'utilisation publique à des fins non commerciales] ;
- d) [la création d'une œuvre originale inspirée des savoirs traditionnels.]

Il est intéressant de noter que l'article 6.3 (c) du projet d'articles sur les ST a été modifié entre les versions de la 27^e et de la 28^e session. Ainsi, dans la version du projet d'articles de la 27^e session, il était prévu qu'en cas d'utilisation pour des situations d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence, les bénéficiaires soient dédommagés de manière adéquate¹⁸⁰. Ce n'est plus le cas dans la dernière version du projet d'articles.

En ce qui concerne l'article 6.3(d), il est difficile d'envisager les cas dans lesquels il trouvera à s'appliquer. En effet, l'utilisation des ST est en général associée au développement d'innovation dans le champ de la propriété industrielle et non à la création d'œuvres, notion empruntée au champ du droit d'auteur.

Le projet d'articles prévoit des cas dans lesquels l'utilisation des ST ne peut pas être interdite. Il s'agit des cas dans lesquels les savoirs sont :

179. *Ibid*, art 6.3 à la p 18-1 ; il y a une disposition similaire dans ST 27, *supra* note 63, art 6.3 à la p 20.

180. Il est intéressant de noter que l'article 6.3(c) du projet d'articles sur les savoirs traditionnels a été modifié entre les versions de la 27^e et de la 28^e session. Ainsi, dans la version du projet d'articles de la 27^e session, il était prévu qu'en cas d'utilisation pour des situations d'urgence nationale ou d'autres circonstances d'extrême urgence, les bénéficiaires soient dédommagés de manière adéquate ; ST 27, *supra* note 63 à la p 17 ; ST 28, *supra* note 25, art 6.3 pt II aux p 18-19.

- a) créés de manière indépendante [en dehors de la communauté des bénéficiaires] ;
- b) [légalement] dérivés de sources autres que le bénéficiaire ; ou
- c) connus [par des moyens licites] en dehors de la communauté des bénéficiaires.]¹⁸¹

Le projet précise également les cas dans lesquels l'utilisation des savoirs ne peut pas être considérée comme une appropriation illécite. Il s'agit des cas dans lesquels :

- a) ils ont été obtenus à partir d'une publication imprimée ;
- b) ils ont été obtenus auprès d'un ou de plusieurs détenteurs de savoirs traditionnels protégés avec leur consentement préalable donné en connaissance de cause ou leur approbation et leur participation ; ou
- c) des conditions convenues d'un commun accord en matière [d'accès et de partage des avantages]/[de versement d'une compensation juste et équitable] s'appliquent aux savoirs traditionnels protégés qui ont été obtenus, et ont été convenues par le coordonnateur national.]¹⁸²

Enfin, le projet d'articles prévoit que « les autorités nationales doivent exclure de la protection les savoirs traditionnels qui sont déjà à la disposition du public sans restriction »¹⁸³. Cette disposition apparaît clairement en contradiction avec une certaine variante de l'étendue de la protection des savoirs, qui prévoit de couvrir l'ensemble des savoirs.

3.4.2.2 Les exceptions particulières applicables aux expressions culturelles traditionnelles

Contrairement au cas des ST, l'adoption d'exceptions particulières par un État nécessiterait de sa part « le consentement préalable en connaissance de cause ou l'approbation et la participation des bénéficiaires »¹⁸⁴.

181. *Ibid*, art 6.4 à la p 18.

182. *Ibid*, art 6.5 à la p 18.

183. *Ibid*, art 6.7 à la p 18.

184. ECT 28, *supra* note 26 art 5.3 à la p 12-13.

De la même manière que pour les ST, les exceptions particulières dans le champ des ECT sont limitativement énumérées et sont similaires aux dispositions du projet d'articles sur les ST à l'exception des situations d'urgence nationale¹⁸⁵. Ces exceptions particulières ne pourraient viser que les ECT de catégories 2 et 3.

Parmi ces exceptions, celle figurant à l'article 5.4 (c) du projet d'articles sur les expressions culturelles traditionnelles permet d'autoriser l'utilisation des ECT « [pour la création d'une œuvre [d'auteur] originale] inspirée de, fondée sur ou empruntée à des expressions culturelles traditionnelles ;] »¹⁸⁶. La formulation du projet d'articles nous apparaît dans ce cas particulièrement vague et son application pourrait largement varier d'un État à l'autre. Le projet ne précise pas ce que signifie une « œuvre originale », ni ce que signifie « s'inspirer », « se fonder » ou « emprunter à des ECT ».

Il est important de souligner qu'il existe actuellement des répétitions et redondances au sein des projets d'articles. Ceci est en partie le fait des efforts d'harmonisation entre les différents projets. Ainsi « la création d'une œuvre originale inspirée de ST ou d'expressions culturelles traditionnelles ou empruntée à ceux-ci apparaît deux fois, de même que la référence aux fonctions de préservation et de sauvegarde des institutions culturelles »¹⁸⁷.

Le projet d'articles prévoit un ensemble de cas d'utilisations qui devraient par définition être autorisés¹⁸⁸. Il s'agit de :

a) [l'utilisation des expressions culturelles traditionnelles dans les institutions culturelles reconnues en vertu de la législation nationale appropriée, les services d'archives, les bibliothèques et les musées, en faveur du patrimoine culturel non commercial ou à d'autres fins d'intérêt public, y compris pour la préservation [l'exposition], la recherche et la présentation ;]

b) [avec le consentement préalable en connaissance de cause ou l'approbation et la participation des [détenteurs]/[propriétaires] de l'œuvre originale, la création d'une œuvre [d'auteur] originale inspirée de, fondée sur ou empruntée à des expressions culturelles traditionnelles ;]

185. *Ibid*, art 5.3 (a), (b) et (c) à la p 13.

186. *Ibid*, art 5.4 (c) à la p 13.

187. Questions Transversales, *supra* note 70 aux pp 11-12, référence à ST 28, *supra* note 25, art 6.3 et ECT 28, *supra* note 26, art 5.3 et 5.4.

188. ECT 28, *supra* note 26, art 5.4 (a), (b), (c) et (d) à la p 13.

c) [l'usage/l'utilisation d'une expression culturelle traditionnelle [légalement] dérivée de sources autres que les bénéficiaires ; et]

d) [l'usage/l'utilisation d'une expression culturelle traditionnelle connue [par des moyens licites] en dehors de la communauté des bénéficiaires.]

Un dernier élément du projet d'articles mérite d'être souligné. Il s'agit de l'article 5.5, qui a été modifié depuis dans la version du projet d'articles de la 27^e session. En effet, dans ce projet d'articles, cette disposition prévoit que la protection des ECT ne peut interdire tout acte qui « serait autorisé en vertu du droit national à l'égard des œuvres protégées par le droit d'auteur ou des signes et symboles protégés par le droit des marques »¹⁸⁹. Dans la version du projet d'articles de la 28^e session, le consentement libre et éclairé ou l'approbation et la participation des bénéficiaires éventuels seraient exigés¹⁹⁰. Il s'agit là d'une protection supplémentaire pour les détenteurs d'ECT qui organise les relations entre la protection offerte par la propriété intellectuelle classique et celle applicable au patrimoine culturel immatériel autochtone.

Pour conclure sur ce thème, bien que les exceptions et les limitations sont largement abordées dans le document sur les problématiques transversales¹⁹¹, peu de délégations se sont exprimées sur ces dispositions¹⁹².

4. Des mécanismes des procédures pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles

Les projets d'articles relatifs à la protection des ST et des expressions culturelles traditionnelles envisagent un certain nombre de dispositions techniques. Il s'agit notamment de l'exigence ou non de formalités pour la protection des savoirs et des ECT, l'administration des droits, la divulgation de l'origine pour les ST ainsi que des mesures complémentaires, également pour les ST.

189. ECT 27, *supra* note 63 art 5.5 à la p 9.

190. *Ibid*, art 5.5 à la p 13.

191. Questions Transversales, *supra* note 70 à la p 11-12.

192. Voir par exemple les contributions des délégations du Sri Lanka et de l'Inde, Rapport 28^e, *supra* note 28 aux para 65 et 69.

4.1 L'exigence de formalités pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles

Les projets d'articles traitent de la problématique des formalités éventuelles à accomplir afin que les savoirs et les ECT puissent accéder à la protection des instruments adoptés. Les enjeux qui sous-tendent les formalités dans le cadre d'un dispositif de protection sont la sécurité juridique, la transparence et la preuve de l'existence des savoirs et ECT. Cette problématique est néanmoins délicate, en particulier pour les savoirs et les ECT de la catégorie 1, qui peuvent être secrets. De plus, se pose la question des personnes responsables le cas échéant des formalités à accomplir, formalités qui peuvent se révéler fastidieuses pour certains bénéficiaires comme des communautés particulièrement isolées.

Les projets d'articles tracent quelques orientations utiles, mais ne traitent encore que de manière superficielle des formalités à accomplir. On envisage deux options similaires aux savoirs et aux ECT. Selon une première option, les États signataires s'engageraient à ne subordonner la protection des savoirs et des ECT à aucune formalité¹⁹³. Il s'agit là du modèle emprunté au droit d'auteur. Celui-ci présente l'avantage de ne pas être contraignant pour les créateurs et de leur fournir une protection du simple fait de la création d'un élément immatériel. Un tel système peut néanmoins s'avérer problématique puisqu'il facilite potentiellement la reconnaissance induite de droits à des tiers. Nous pensons ici notamment au cas des demandes de brevets qui font l'objet d'une étude de l'état de l'art. Cette étude est effectuée par la consultation de la littérature scientifique et non scientifique ; or, en l'absence de bases de données relatives aux ST, ces derniers ne sont bien souvent pas pris en compte lors de l'examen initial et obligent les détenteurs de savoirs à faire une demande d'invalidation des titres après leur délivrance, ce qui engendre des coûts et des délais supplémentaires.

Dans une seconde option, les projets d'articles prévoient que les États signataires pourraient subordonner la protection des savoirs et des ECT à des formalités¹⁹⁴. À l'image du régime péruvien¹⁹⁵, il

193. ST 28, *supra* note 25 art 8.1 à la p 19 [Option 1] ; ECT 28, *supra* note 26 art 7.1 à la p 15, [Option 1].

194. ST 28, *supra* note 25 art 8.1 à la p 19 [Option 2] ; ECT 28, *supra* note 26 art 7.1 à la p 15 [Option 2].

195. Law N° 27811, *Introducing a Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples Derived from Biological Resources*, Peru, 2002 [Law

pourrait s'agir de permettre aux détenteurs de ST de les faire enregistrer auprès d'un organisme, en l'occurrence l'INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual) au Pérou, au sein de différents registres¹⁹⁶. Ce système permet à l'organisme péruvien de prévenir dans une certaine mesure les usages abusifs, notamment dans le cadre de l'examen des demandes de brevets¹⁹⁷. En l'absence de formalités d'enregistrement, il reviendrait aux détenteurs de surveiller par exemple les demandes de brevets, de s'y opposer et de prouver l'antériorité de leurs savoirs. Face au fardeau que peut représenter l'enregistrement des savoirs pour les populations autochtones et locales, le Pérou prévoit des mesures d'accompagnement : « In order to make the registration of collective knowledge of indigenous peoples easier, INDECOPI may send duly accredited representatives to the various indigenous peoples for the purpose of gathering the information necessary for the prosecution of such applications for registration as they may wish to file »¹⁹⁸.

Selon les projets d'articles actuels, ces formalités ne concerneraient toutefois que les savoirs et les ECT des catégories 2 et 3, c'est-à-dire ceux librement accessibles et ceux largement diffusés. Les savoirs secrets ou sacrés de la catégorie 1 ne seraient pas concernés. Cela est compréhensible dans la mesure où ces éléments sont *a priori* gardés secrets par les bénéficiaires. Néanmoins, en cas de violation du secret, des difficultés de preuve peuvent se poser. C'est pourquoi dans certains cas les dispositifs de gestion du patrimoine culturel immatériel prévoient des mesures relatives aux savoirs secrets. La loi péruvienne prévoit par exemple la création d'un registre des savoirs secrets¹⁹⁹ afin de permettre à l'INDECOPI de défendre les intérêts des détenteurs de ces savoirs. Ce registre n'est pas accessible aux tiers²⁰⁰. Un dispositif similaire est envisagé dans le cadre du projet de loi de la Nouvelle-Calédonie relatif à la sauve-

N° 27811], en ligne : <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/pe/pe011en.pdf>>.

196. « Confidential National Register of Collective Knowledge of Indigenous Peoples » et « Public National Register of Collective Knowledge of Indigenous Peoples » ; Law No 27811, *supra* note 195 art 15.

197. *Ibid*, art 16 :

The purposes of the Registers of Collective Knowledge of Indigenous Peoples shall be the following, as the case may be : (a) to preserve and safeguard the collective knowledge of indigenous peoples and their rights therein ; (b) to provide INDECOPI with such information as enables it to defend the interests of indigenous peoples where their collective knowledge is concerned.

198. *Ibid*, art 22.

199. *Ibid*, art 15.

200. *Ibid*, art 18.

garde du patrimoine immatériel autochtone²⁰¹. Dans le cadre du projet calédonien, l'enregistrement est une condition obligatoire pour accéder à la protection.

À ce jour, les projets d'articles de l'OMPI n'indiquent pas qui serait responsable d'effectuer ces formalités ni selon quelles modalités. Il nous semble qu'il s'agit là d'un sujet dont les négociateurs devraient traiter.

4.2 L'administration des droits relatifs aux savoirs traditionnels ou aux expressions culturelles traditionnelles

En ce qui concerne l'administration des droits, les projets d'articles envisagent des options similaires pour les savoirs et les ECT²⁰². Selon une première option, les États signataires pourraient décider de créer une ou plusieurs autorités pour administrer les droits prévus par les instruments internationaux²⁰³. Ces autorités pourraient par exemple être chargées du contrôle du respect du consentement des communautés autochtones et de l'organisation du partage des avantages. Il s'agit d'une option très répandue parmi les États qui ont adopté des mesures particulières pour l'encadrement du patrimoine culturel immatériel autochtone. Ainsi, la loi péruvienne confie un rôle de contrôle à l'INDECOPI. Dans le cadre d'un projet d'exploitation de ST, cet institut est chargé de contrôler les termes du contrat et de s'assurer de sa conformité avec la loi²⁰⁴. De la même manière, le projet de loi de la Nouvelle-Calédonie relatif à la sauvegarde du patrimoine immatériel autochtone prévoit la création d'une haute autorité administrative indépendante qui servirait d'interface entre les utilisateurs et les fournisseurs²⁰⁵. Le projet de loi

201. Thomas Burelli, « Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels en Nouvelle-Calédonie – Pertinence et potentialités du projet de loi du pays relatif à la sauvegarde du patrimoine immatériel autochtone », dans Jean-Yves Faberon et Thierry Mennesson, dir, *Peuple premier et cohésion sociale en Nouvelle-Calédonie – Identités et rééquilibrages* (Marseille, PUAM, 2012) aux pp 126-127 [Burelli, « Nouvelle-Calédonie »].

202. ST 28, *supra* note 25 art 5 à la p 15 ; ECT 28, *supra* note 26 art 4 à la p 11.

203. ST 28, *supra* note 25 art 5.1, p. 15 [Alternative] ; ECT 28, *supra* note 26 art 4.1, à la p 11 [Alternative 2].

204. Law No 27811, *supra* note 195, art 28, 29, 30 et 31.

205. Burelli, « Nouvelle-Calédonie », *supra* note 201 aux pp 127-128 ; Thomas Burelli et Regis Philippe Lafargue, « Le patrimoine ethno-environnemental : nouveau paradigme pour la définition des droits intellectuels autochtones », dans Nicolas GUYLÈNE, dir, *Droit de la santé en Nouvelle-Calédonie. De la médecine traditionnelle à la bioéthique* (Nouméa, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, accepté pour publication en 2016) [Burelli & Lafargue].

français sur la biodiversité, dans un titre traitant notamment de la problématique de la circulation des ST, adopte un schéma similaire²⁰⁶. Dans un rapport de 2011 – le rapport Wai 262²⁰⁷ – le Tribunal de Waitangi en Nouvelle-Zélande recommande en particulier la création d'une commission²⁰⁸ dont la mission consisterait à protéger la culture Māori « against derogatory or offensive uses and unauthorised commercial uses »²⁰⁹.

Ce modèle d'une autorité servant d'intermédiaire entre les utilisateurs et les bénéficiaires présente *a priori* de nombreux avantages, notamment celui de contribuer potentiellement à équilibrer les relations et à permettre des négociations plus justes et équitables²¹⁰. De plus, dans le cadre d'une activité de surveillance nécessitant des moyens et une expertise spécifique, une autorité compétente peut se révéler particulièrement utile aux communautés²¹¹.

Les deux autres options envisagées par les projets d'articles comprennent la création d'une ou de plusieurs autorités, néanmoins avec des modalités de création et de fonctionnement différentes de l'option que nous venons de présenter. Ainsi, selon une première variante, la ou les autorités compétentes seraient créées « [avec le consentement préalable en connaissance de cause ou l'approbation

-
206. Thomas Burelli, « La France et la mise en œuvre du protocole de Nagoya : Analyse critique du dispositif d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages (APA) dans le projet de loi français relatif à la biodiversité », (2014) 14:2 *VertigO, La revue électronique en droit de l'environnement*, (12 septembre 2014), en ligne : <<http://vertigo.revues.org/15101>>.
207. « Ko Aotearoa Tēnei: A Report into Claims Concerning New Zealand Law and Policy Affecting Māori Culture and Identity » Waitangi Tribunal Report 2011, WAI 262, en ligne : <<https://forms.justice.govt.nz/search/.../KoAotearoaTeneiTT2Vol2W.pdf>>.
208. Selon Peter Drahos, des défis importants se posent pour les institutions de cette nature et notamment la capacité de leurs membres à s'entendre sur des règles et principes communs pour la protection des savoirs ancestraux. Néanmoins, selon Peter « [t]he Waitangi Tribunal's report is some of the most advanced thinking by any state on indigenous intellectual property ». Peter Drahos, *Intellectual Property, Indigenous People and Their Knowledge* (Cambridge, Cambridge University Press, 2014) au pp 103-104.
209. Waitangi Tribuna Te Rōpū Whakama, « Wai 262 : Ko Aotearoa Tēnei : Report on the Wai 262 Claim Released », en ligne : <<http://www.justice.govt.nz/tribunals/waitangi-tribunal/news/wai-262-ko-aotearoa-tenei-report-on-the-wai-262-claim-released>>.
210. Claude-Anne Gauthier, Sarah Auberie et Thomas Burelli, dir, « Pertinence et faisabilité de dispositifs d'accès et de partage des avantages en outre-mer, portant sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées » (septembre 2011) 48 *Études et documents du Commissariat général au développement durable* 42 aux p 74-76.
211. *Ibid.*

et la participation des] [en concertation avec les] » les détenteurs de savoirs ou d'ECT²¹². De plus, ces autorités administreraient les droits des détenteurs « conformément à leurs protocoles, accords, lois et usages coutumiers] »²¹³. Selon une seconde variante, une autorité compétente ne serait créée qu'à la demande des bénéficiaires et devrait « dans la mesure autorisée par les bénéficiaires et dans leur intérêt direct, aider à gérer les droits/[intérêts] des bénéficiaires »²¹⁴.

De nombreuses approches sont donc envisageables en ce qui concerne l'administration des droits. La diversité des approches possibles se reflète également dans les positions exprimées par les États. La délégation de la République de la Corée a, par exemple, souligné qu'il existe plusieurs manières de protéger les droits des bénéficiaires en dehors du champ des régimes de propriété intellectuelle. Il est notamment possible de s'appuyer sur des instruments « comme des contrats privés, plutôt qu'en révoquant des droits de propriété intellectuelle ou en imposant des sanctions par le biais d'offices de propriété intellectuelle »²¹⁵. La délégation de la République islamique d'Iran a, au contraire, souligné l'importance des mesures d'application et des sanctions :

Pour garantir une protection efficace, il serait impératif de veiller à ce que les procédures d'application soient disponibles pour permettre une action efficace contre l'appropriation illicite et l'utilisation abusive des savoirs traditionnels, des expressions culturelles traditionnelles et des ressources génétiques. Ces procédures devraient présenter une telle rigueur qu'elles constitueraient un moyen de dissuasion contre une nouvelle violation des droits. En l'absence de procédures d'application censées et solides à disposition, y compris une juste compensation en cas d'utilisation abusive et d'appropriation illicite, les bénéficiaires ne verraient pas leurs droits protégés de manière efficace. Par conséquent, la validité d'un régime de protection juridique et efficace des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles du point de vue de la propriété intellectuelle serait contestable.²¹⁶

212. ST 28, *supra* note 25 art 5.1 à la p 16 ; ECT 28, *supra* note 26 art 4.1 à la p 11.

213. *Ibid.*

214. ST 28, *supra* note 25 art 5.1 à la p 16 [Ajout facultatif] ; ECT 28, *supra* note 26 art 4.1 à la p 11 [Variante 1].

215. Rapport 28e, *supra* note 28 au para 76.

216. *Ibid* au para 58.

4.3 L'exigence de divulgation pour la protection des savoirs traditionnels

Le projet d'articles relatifs aux ST envisage des mesures en matière de divulgation, logiquement absentes du projet d'articles relatifs aux ECT²¹⁷. Ces dispositions visent à faire en sorte que des droits de propriété industrielle ne soient pas octroyés de manière induue, c'est-à-dire en violation des droits des communautés autochtones sur leurs savoirs.

Ainsi, selon le projet d'articles :

[Les demandes de droits de propriété intellectuelle [relatives aux brevets et aux variétés végétales] qui concernent [une invention] tout processus ou produit qui se rapporte à des savoirs traditionnels ou les utilise doivent comprendre des informations relatives au pays dans lequel [l'inventeur ou l'obtenteur] le déposant a prélevé ou duquel il a reçu ces savoirs (le pays fournisseur), et au pays d'origine si le pays fournisseur n'est pas le même que le pays d'origine des savoirs traditionnels. La demande doit également indiquer si un consentement préalable en connaissance de cause ou une approbation et une participation ont été obtenues pour accéder à ces savoirs et les utiliser.]²¹⁸

Il faut ajouter à ces droits ceux que nous avons évoqués plus haut dans le cadre de l'étendue des droits des bénéficiaires.

En cas de non-respect de la divulgation, il est prévu par le projet d'articles que la demande ne sera pas traitée par l'Office de propriété intellectuelle²¹⁹. Il nous apparaît néanmoins qu'il pourra être difficile pour les bureaux compétents de déterminer que les déposants ne respectent pas leur obligation dans la mesure où tout dépendra de la description initiale du déposant, c'est-à-dire s'il indique que le processus ou le produit revendiqué se rapportent à des ST ou les utilisent. La situation pourrait néanmoins être différente si les bureaux de la propriété intellectuelle disposaient d'un accès à des bases de données relatives aux ST. Ce type d'outils et de procédures sont d'ailleurs discutés dans le projet d'articles sur les ST et dans la section suivante du présent article.

217. ST 28, *supra* note 25 art 4bis à la p 15.

218. *Ibid*, art 4bis.1 à la p 14.

219. *Ibid*, art 4bis.4 à la p 14.

En cas de non-respect de ces dispositions, deux options sont envisagées. Tout d'abord, il existe une option favorable aux déposants, qui prévoit que « [[La découverte ultérieure du]/[Le] non-respect des dispositions des alinéas 1 et 2 par le déposant n'a aucune incidence sur les droits découlant de la délivrance d'un brevet ou d'un certificat d'obtention végétale »²²⁰. En somme, les titres de propriété industrielle ne seront pas remis en cause et il reviendra aux États de prévoir des sanctions en dehors du système de propriété intellectuelle. Il s'agit là d'une approche visant à protéger et à favoriser le développement de secteurs comme celui des biotechnologies. Selon cette option, il n'est pas question d'introduire un mécanisme qui pourrait produire de l'incertitude pour les utilisateurs. Cette position est selon nous très défavorable aux détenteurs de connaissances. En effet, il est tout à fait possible d'imaginer qu'un utilisateur accède à des ST et les valorise sciemment de manière frauduleuse dans la mesure où son brevet ne pourra pas être révoqué sur ce fondement. Il s'agira alors pour lui de tenir compte du coût éventuel d'une amende dans le cas où une mesure de cette nature serait prévue.

Selon une option plus protectrice des détenteurs de savoirs, le projet d'articles prévoit que : « Les droits découlant d'un octroi sont révoqués et privés d'effet lorsque le déposant n'a pas respecté les obligations de divulgation prévues par le présent article ou qu'il a fourni des informations fausses ou frauduleuses »²²¹. Cette approche ne nous apparaît pas disproportionnée dans la mesure où la protection des innovations est basée sur la divulgation de celles-ci. L'omission d'informations ayant permis le développement d'une innovation constitue selon nous une faute grave. De plus, comme nous l'avons déjà dit, la prise en compte des ST dans le cadre de l'examen des demandes de brevets n'est pas toujours aisée, il peut donc être utile d'encourager les demandeurs à divulguer des informations parfois difficiles d'accès pour les examinateurs. Enfin, cette obligation de divulgation constitue une mesure logique dans la continuité de la mise en œuvre de la Convention sur la diversité biologique (CDB – 1992) et le protocole de Nagoya (2010). En effet, l'obligation de divulgation concerne le respect des principes énoncés dans ces textes : le consentement préalable donné en connaissance de cause et le partage juste et équitable des avantages. Cette disposition du projet d'articles constitue donc une mesure permettant d'harmoniser les

220. *Ibid.*

221. ST 28, *supra* note 25 art 4bis, à la p 15 [Variante].

textes du droit de l'environnement et ceux de la propriété intellectuelle.

Le projet d'articles prévoit néanmoins une variante selon laquelle aucune obligation de divulgation ne serait imposée aux déposants « à moins qu'une telle divulgation soit importante du point de vue des critères de brevetabilité que sont la nouveauté, l'activité inventive ou le caractère suffisant »²²². Cette disposition qui vise, semble-t-il, à ménager toutes les sensibilités, nous apparaît pour le moins incongrue dans la mesure où la divulgation des ST lors du dépôt d'un processus ou d'un produit se rapportant à ces savoirs ou les utilisant est nécessairement importante du point de vue de l'examen des critères de brevetabilité. En effet, les ST constituent dans cette hypothèse des éléments dont il faut tenir compte dans le cadre de l'analyse de l'état de l'art et donc pour déterminer si les conditions de nouveauté et d'activité inventive sont satisfaites.

La problématique de l'exigence de divulgation a suscité des réactions de la part de plusieurs délégations lors de la 28^e session. La délégation du Pérou a notamment souligné que l'inclusion de l'obligation de divulgation dans un accord international serait profitable aux pays en développement en leur évitant d'avoir à apporter la preuve d'« un acte de biopiratage [s]ans cette divulgation »²²³. La délégation de l'Inde a indiqué qu'il s'agissait selon elle de la plus importante des problématiques transversales²²⁴. Au contraire, la délégation de la République de Corée a exprimé des inquiétudes concernant le fardeau que pourrait représenter l'exigence de divulgation pour les déposants de droits de propriété industrielle²²⁵.

4.4 Des mesures complémentaires pour faciliter la protection des savoirs traditionnels

Le projet d'articles relatifs aux ST contient une section sur les « mesures complémentaires »²²⁶ qui traite principalement de la création de bases de données sur les savoirs « aux fins de la protection défensive des ST [y compris par la prévention de la délivrance induite de brevets], et/ou à des fins de transparence, de sécurité, de conservation et/ou de coopération transfrontière »²²⁷.

222. *Ibid* [Variante 2].

223. Rapport 28^e, *supra* note 28 au para 68.

224. *Ibid* au para 69.

225. *Ibid* au para 76.

226. ST 28, *supra* note 25 art 3bis à la p 12.

227. *Ibid* art 3bis.1 (a) à la p 12.

Il s'agirait alors de faire en sorte que ces bases de données soient largement diffusées et mises à la disposition des offices de la propriété intellectuelle à travers le monde afin de pouvoir être prises en compte notamment lors de l'évaluation des demandes de brevets. Les bases de données constituent alors des modes de protection défensives, visant principalement à prévenir l'octroi de droits de propriété industrielle mobilisant des ST, soit que ces derniers remettent en cause les critères de brevetabilité d'une innovation, soit que leur utilisation ne respecte pas les règles en matière de consentement et de partage des avantages avec les détenteurs.

De telles bases de données existent déjà : ainsi l'Inde a numérisé et rendu disponible un ensemble de ST considéré comme appartenant au domaine public²²⁸. La base de données indienne est accessible à certains organismes nationaux de gestion de la propriété intellectuelle avec qui l'Inde a conclu des accords²²⁹. Ce dispositif a déjà permis d'empêcher à plusieurs reprises l'octroi de droits de propriété industrielle basés sur des savoirs traditionnels indiens²³⁰. Le Pérou a également mis en place un système de bases de données qui comprend à la fois les savoirs secrets et les savoirs publics. La base de données des savoirs publics doit être partagée avec les autres instituts de la propriété intellectuelle dans le monde²³¹. Ces bases de données sont aussi utilisées par l'INDECOPI dans le cadre de l'examen des demandes de titres de propriété industrielle. La Nouvelle-Calédonie envisage un dispositif similaire, calqué sur le modèle péruvien²³².

-
228. La Bibliothèque Numérique des Savoirs Traditionnels, en ligne : <<http://www.tkdل.res.in>> [La Bibliothèque].
229. C'est le cas notamment de l'Office européen des brevets depuis 2009, *ibid*, « India partners with EU to prevent India's Traditional Medicinal Knowledge from Bio-piracy » (9 février 2009), en ligne : <http://www.tkdل.res.in/tkdل/LangFrench/Images/TKDL_PressRelease.pdf>. Des accords similaires existent avec le Patent and Trademark Office (USPTO) américain, l'Office allemand des brevets et des marques (DPMA), l'Office de la propriété intellectuelle (IPO / Intellectual Property Office) du Royaume-Uni, l'Office de la propriété intellectuelle du Canada (OPIC), le Intellectual Property Australia (IP Australia / Propriété Intellectuelle d'Australie), et l'Office des brevets du Japon (JPO).
230. La Bibliothèque, *supra* note 228, *Grandes étapes du projet TKDL*, en ligne : <<http://www.tkdل.res.in/tkdل/LangFrench/Common/milestones.asp?GL=Fre>> ; voir aussi « TKDL Outcomes against bio-piracy », en ligne : <<http://www.tkdل.res.in/tkdل/langdefault/common/Outcome.asp>>.
231. Law No 27811, *supra* note 195 art 23 « Obligation on INDECOPI to send the information contained in the Public National Register to the main patent offices of the world ».
232. Burelli, « Nouvelle-Calédonie », *supra* note 201 aux pp 127-128 ; Burelli & Lafargue, *supra* note 205.

Le projet d'articles actuel reste néanmoins très vague quant à l'objet des bases de données. Doit-il s'agir de toutes les catégories de savoirs, comme le prévoit le Pérou, ou seulement des savoirs publics à l'image du modèle indien ?

Les projets d'articles envisagent également la création de « mesures d'opposition qui permettront à des tiers de contester la validité d'un brevet [en communiquant des informations sur l'état de la technique] »²³³. Ces mesures d'opposition existent déjà dans certains cas, à l'image des procédures auprès de l'Office européen des brevets (OEB). Ainsi, suite à la publication d'une demande de brevet, les tiers sont en mesure de fournir des observations auprès de l'OEB sur la brevetabilité d'une invention²³⁴. De plus, dans un délai de 9 mois suivant la délivrance d'un titre et sa publication au registre des brevets européens, tout tiers, sans qu'il ait à justifier d'un intérêt à agir, peut formuler une opposition moyennant le paiement d'une taxe de 775 euros²³⁵. Dans des cas célèbres d'oppositions déposées auprès de l'OEB, des ST ont été pris en compte au cours de la procédure grâce à des éléments issus de la littérature ou au moyen de témoignages²³⁶.

5. Conclusion

Voilà maintenant près de 15 ans que l'IGC a entamé ses travaux de réflexion sur la protection des ST et des expressions culturelles traditionnelles. Des travaux considérables ont été accomplis et une très large expertise a été développée au sein de ce forum.

Les réflexions ont largement évolué et les grands traits d'une protection internationale apparaissent aujourd'hui dans les projets d'articles que nous avons décrits et analysés. Ces projets d'articles sont loin de faire l'unanimité parmi les États et constituent plutôt un recueil d'options parfois opposées et irréconciliables. Ces deux pro-

233. ST 28, *supra* note 25 art 3bis.1 (c) à la p 12.

234. Office européen des brevets, *Directives relatives à l'examen pratiqué*, en ligne : <http://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/f/e_v_3.htm>.

235. Office européen des brevets, *Opposition*, en ligne : <https://www.epo.org/applying/european/oppositions_fr.html>.

236. Voir par exemple le cas du Hoodia (2005), décision T 0543/04 (Appetite suppressant/CSIR) du 27 février 2005, en ligne : <<http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/t040543eu1.pdf>> ; et celui du Neem (2005), décision T 0416/01 (Method for controlling fungi on plants by the aid of a hydrophobic extracted neem oil/Thermo Trilogly Corporation, et al) du 8 mars 2005, en ligne : <<http://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/pdf/t010416eu1.pdf>>.

jets sont donc encore loin d'être adoptés par les États. Ils représentent néanmoins un état des lieux des divers scénarios envisageables pour la protection des savoirs et des ECT. Ces différents scénarios sont révélateurs des tensions entre les États, de leurs idéologies, ainsi que des enjeux économiques et sociaux culturels propres à chacun d'entre eux. En conséquence, d'un point de vue global, il apparaît difficile de dresser un bilan de ces projets d'articles étant donné les options divergentes qu'ils contiennent. De plus, dans la mesure où les projets d'articles mobilisent à la fois des concepts issus du champ de la propriété intellectuelle classique et des éléments de protection *sui generis*²³⁷ sans pour autant toujours bien définir et délimiter leur champ, il en résulte par moments de la confusion.

Dès lors, quelle utilité pour cet assemblage hétéroclite de principes et mécanismes ? En l'état, les projets d'articles peuvent selon nous constituer dans certains cas des sources d'inspiration pour les États qui souhaiteraient mettre en place des mesures de protection des ST ou des ECT. En ce sens, le travail de l'IGC n'a pas été vain, car l'expertise accumulée peut être mobilisée. Nous avons en effet souligné un certain nombre de dispositions des projets d'articles qui nous semblent particulièrement innovantes et pertinentes pour l'encadrement des savoirs et des ECT. Au contraire, certains principes et mécanismes nous sont apparus critiquables en raison de leurs effets probables, notamment pour les détenteurs de savoirs et d'ECT. Il est important de signaler par ailleurs qu'en l'état actuel des projets, ces derniers se basent abondamment sur les concepts classiques de la propriété intellectuelle pour envisager une protection des ST et des ECT. Ces usages ne sont pas sans poser des problèmes étant donné la nature et les caractéristiques de ces éléments développés et conservés au sein de groupes qui disposent parfois de visions du monde très différentes de la vision occidentale. En ce sens, si les tentatives de protection des ST et des ECT sont *a priori* bienvenues, il convient de souligner à quel point les États ont des difficultés à s'ouvrir à d'autres visions du monde et à se départir de leurs propres schémas de pensée. Dans ce contexte, il existe des risques bien réels d'appliquer des concepts inadaptés aux attentes et aux besoins des détenteurs de ST et d'ECT, voire de reproduire des processus de colonisation de ces éléments. En effet, sous couvert de protection, les ST et les ECT pourraient finalement circuler dans certains cas toujours plus facilement. De la même manière, le contrôle effectif que pourraient exercer certaines communautés et certains détenteurs au

237. Coombe, « Prospects », *supra* note 117 à la p 262.

travers des mécanismes et procédures classiques de la propriété intellectuelle est discutable.

Bien que des questionnements et des défis demeurent quant à l'application des concepts de la propriété intellectuelle pour la protection des ST et des ECT, des efforts considérables ont été accomplis pour clarifier le rôle et les effets de la mobilisation de ces concepts. Il est également important de souligner l'importance de l'implication des communautés autochtones et locales comme élément clé pour le développement d'instruments répondant à leurs besoins et à leurs attentes. Leurs contributions ont notamment nourri les débats concernant la reconnaissance du droit coutumier pour la protection des ST et ECT²³⁸. Comme l'observe Antony Taubman, directeur du service de la propriété intellectuelle au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce :

One of the most challenging and fascinating questions that has arisen in this debate, raising deep jurisprudential issues, concerns the recognition of indigenous customary law in the framework of enhanced protection of traditional knowledge and cultural expressions. There has been a consistent call for this form of recognition by a number of indigenous representatives in international discussions. It is a question that raises policy, academic and theoretical issues, but also highlights the difficulties of establishing a fully international form of recognition and protection of traditional knowledge systems which is workable and effective, yet remains true to, and a legitimate expression of, the local, customary context of such systems.²³⁹

À l'issue de la lecture des projets d'articles, il apparaît que de nombreuses réformes peuvent d'ores et déjà être envisagées par les États pour assurer une plus grande protection des savoirs et des ECT. Nous pensons notamment à une réforme des procédures en matière d'octroi des droits de propriété industrielle, pour obliger les demandeurs à divulguer l'origine des ressources et, le cas échéant, l'utilisation de savoirs, ou encore la création de bases de données sur les savoirs traditionnels.

Finalement, à l'issue de 15 années de réflexion, quel avenir est réservé à ces projets d'articles ? Les travaux de l'IGC ont marqué un

238. Antony Taubman, « Indigenous Innovation : New Dialogues, New Pathways », Drahos & Frankel, *supra* note 29, à la p xxiii [Preface].

239. *Ibid.*

temps d'arrêt en 2015 et il était à craindre que le processus de négociation se soit définitivement enlisé. Des discussions intenses ont eu lieu entre les états participants à l'IGC sur l'avenir de ce dernier²⁴⁰. Certains parmi lesquels les États-Unis, souhaitent que l'IGC suspende ses travaux pour les deux prochaines années et que des séminaires et conférences soient tenus à la place²⁴¹. Au contraire, le groupe africain souhaitait que l'IGC devienne un organisme permanent et non plus renouvelé tous les deux ans²⁴². D'autres États, parmi lesquels la Suisse, la Norvège, la Nouvelle-Zélande ou encore le Nigéria ont simplement exprimé leur souhait de voir le mandat de l'IGC renouvelé²⁴³. Une des problématiques qui demeure au cœur des débats et qui continue de diviser les États est celle de la nature des textes et instruments qui pourraient être adoptés. Les pays en développement souhaitent l'adoption d'un texte contraignant pour la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles²⁴⁴. D'autres groupes, à l'image de l'Union européenne, sont plus nuancés quand aux résultats auxquels l'IGC devrait parvenir²⁴⁵.

Finalement, le mandat de l'IGC a été reconduit pour l'année 2016-2017²⁴⁶. Ce mandat renouvelle la mission de l'IGC qui consiste à « présenter à l'Assemblée générale les résultats de ses travaux sur un ou plusieurs instruments juridiques relatifs à la propriété intellectuelle, qui garantiront une protection efficace et équilibrée des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles »²⁴⁷ en 2017. Jusqu'à cette date les travaux de l'IGC consisteront à poursuivre :

les activités qu'il a déjà réalisées en s'efforçant principalement de parvenir à une communauté de vues sur les questions essentielles telles que la définition de l'appropriation illicite, les bénéficiaires, l'objet de la protection, les objectifs, et le point de savoir quels objets relevant des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles peuvent bénéficier d'une protection au niveau international, y compris la prise en

240. Saez, « WIPO Assembly Still Divided », *supra* note 24 ; Saez, « US Proposes Suspension », *supra* note 24.

241. Saez, « WIPO Assembly Still Divided », *supra* note 24.

242. *Ibid.*

243. *Ibid.*

244. *Ibid.*

245. *Ibid.*

246. Voir généralement, Décision, *supra* note 20.

247. *Ibid* à la p 2.

considération des exceptions et limitations et des rapports avec le domaine public.²⁴⁸

Les objectifs du nouveau mandat de l'IGC sont donc très modestes pour les années à venir. L'Assemblée générale des États membres de l'OMPI devra en outre décider s'il est temps de transformer l'IGC en comité permanent, ce qui constituerait un signe supplémentaire du caractère incontournable de la problématique de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles en droit international.

248. *Ibid* à la p 1.