

**Atelier international sur les méthodologies en matière de consentement libre,
préalable et donné en connaissance de cause et les peuples autochtones
17-19 janvier 2005**

Note d'information établie
par le Secrétariat
de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)

10 janvier 2005

RESUME

1. La protection juridique des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles est au centre de plusieurs programmes de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) en matière d'élaboration des politiques, de création de normes et de renforcement des capacités. Le travail de l'OMPI dans ces domaines a amené l'Organisation à consulter très largement les représentants de peuples autochtones et de communautés traditionnelles dans toutes les régions et a bénéficié de la participation directe de plus d'une centaine d'organisations non gouvernementales (ONG), dont bon nombre représentent les intérêts des peuples autochtones et des communautés traditionnelles.

2. Depuis que l'OMPI a entrepris de mener ce travail, le principe du "consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause" a toujours été au cœur du débat sur les politiques générales en la matière et il constitue la conception qui bénéficie du plus large soutien dans les délibérations au sein du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI. Ce principe est, par exemple, déjà appliqué dans de nombreux systèmes, lois et mesures *sui generis* nationaux et internationaux. En outre, les droits de propriété intellectuelle existants peuvent servir de fondement juridique pour donner ou refuser le consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause.

3. L'application du principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause peut avoir pour conséquence, par exemple, que les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles et leurs dérivés détenus par un peuple autochtone ou une communauté traditionnelle, ne peuvent être mis à la disposition du public, enregistrés, adaptés, utilisés ou commercialisés sans le consentement préalable donné en connaissance de cause des peuples ou des communautés concernés. Il pourrait, comme l'idée en a été avancée, fournir un mécanisme juridique et pratique de négociation de "conditions convenues d'un commun accord" qui pourraient servir de fondement à des arrangements concernant le partage des avantages qui seraient conclus au moment de l'accès aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles. Le respect de ce principe

fait également l'objet d'un examen approfondi dans le cadre des travaux de l'OMPI sur les aspects de la propriété intellectuelle relatifs à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages qui en découlent.

4. Ces questions sont actuellement au centre de débats intenses entre les États membres, les représentants des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et les autres parties prenantes. Il s'agit là de débats complexes qui touchent à des points sensibles; les questions juridiques, culturelles, sociales, politiques et économiques qu'ils abordent sont l'objet de politiques et de cadres législatifs qui évoluent rapidement, tant à l'OMPI que dans d'autres instances.

5. Ainsi, l'opportunité d'appliquer le principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause en toutes circonstances et à toutes les utilisations des savoirs traditionnels et des expressions culturelles et de leurs dérivés est au cœur d'un débat complexe. Diverses parties prenantes ont souligné le besoin de parvenir à un équilibre équitable entre les droits et les intérêts de ceux qui développent, préservent et perpétuent les savoirs traditionnels et de ceux qui les utilisent et en tirent avantage, ainsi que le besoin de concilier des enjeux divers sur le plan de la politique à suivre et de veiller à ce que les mesures de protection soient proportionnées aux objectifs de la protection et aux réalités et besoins concrets. Les droits de propriété intellectuelle classiques eux-mêmes, a-t-il été relevé, ne constituent pas nécessairement des droits de propriété exclusifs, pas plus qu'ils ne sont absolus car ils peuvent faire l'objet de diverses exceptions et limitations.

6. Le comité intergouvernemental de l'OMPI a donc opté pour une approche de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles souple, globale et couvrant un champ très large. Il est ressorti des débats du comité intergouvernemental que cette protection devrait se fonder sur un large éventail de possibilités, associant mesures à caractère exclusif et non exclusif et mesures ne relevant pas de la propriété intellectuelle, et faisant intervenir des droits de propriété intellectuelle existants, des élargissements ou des adaptations *sui generis* de droits de propriété intellectuelle et des mesures et systèmes *sui generis* de propriété intellectuelle conçus spécialement à cet effet, comprenant à la fois des mesures défensives et des mesures positives.

7. En novembre 2004, les États membres de l'OMPI ont examiné des projets d'instruments visant à reconnaître, notamment, les intérêts collectifs sur les savoir-faire traditionnels et les expressions des cultures traditionnelles qui ont un caractère "innovant" et "créatif" et qui sont "caractéristiques" d'une identité culturelle distincte. Ces projets de propositions, qui s'inspirent du principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause, sont actuellement examinés par les États membres et les parties prenantes.

I. INTRODUCTION

8. L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) est l'institution des Nations Unies chargée de promouvoir et de protéger l'activité créatrice intellectuelle et de faciliter le transfert de technologie en vue d'accélérer le développement économique, social et culturel. La protection de la propriété intellectuelle est essentiellement assurée au moyen des législations nationales et, parfois, régionales. Sur les plans international et régional, les arrangements, conventions et traités existants aident à établir le cadre juridique spécifique dans lequel s'inscrivent les législations nationales.¹

9. La présente note d'information donne des informations à caractère technique et général sur le principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause concernant, d'une part, la participation des peuples autochtones et d'autres communautés traditionnelles aux consultations, études, missions d'information et projets d'assistance technico-juridique entrepris par l'OMPI et, d'autre part, les débats en cours entre les États membres de l'OMPI, qui portent sur l'élaboration de politiques générales et de normes visant à améliorer la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles des peuples autochtones et des autres communautés traditionnelles au moyen de droits et de mesures de propriété intellectuelle ou qui s'en inspirent.

10. Le principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause pourrait être appliqué, en divers cas, à la copie, à l'enregistrement, à la fixation, à l'adaptation, à l'utilisation et à la commercialisation des savoirs traditionnels et des expressions culturelles et de leurs dérivés, ainsi qu'à l'accès aux ressources génétiques et à l'utilisation des savoirs traditionnels connexes. Ces divers cas, et les cadres juridique et de politique générale dans lesquels serait appliqué un tel principe sont l'objet de débats intenses entre les États membres de l'OMPI, les représentants des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et d'autres parties prenantes. Ces débats sont complexes et touchent à des points sensibles; les questions juridiques, culturelles, sociales, politiques et économiques qu'ils abordent sont l'objet de politiques et de cadres législatifs qui évoluent rapidement, tant à l'OMPI que dans d'autres instances. Il s'agit également d'un domaine où l'OMPI doit, dans son action,

¹ Les instruments internationaux comprennent de nombreux traités administrés par l'OMPI, notamment la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle de 1883, révisée pour la dernière fois en 1967; la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886, révisée pour la dernière fois en 1971; l'Arrangement de Madrid de 1891 concernant la répression des indications de provenance fausses ou fallacieuses sur les produits; la Convention internationale de 1961 pour la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (ci-après dénommée "Convention de Rome"); l'Arrangement de Lisbonne de 1958 concernant la protection des appellations d'origine et leur enregistrement international, modifié pour la dernière fois en 1979; le Traité de l'OMPI de 1996 sur le droit d'auteur; et le Traité de l'OMPI de 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

s'informer et tenir compte des travaux en cours au sein d'autres instances, comme ceux entrepris sous les auspices de la Convention sur la diversité biologique (CDB) sur le principe du consentement préalable appliqué aux ressources génétiques.

11. La présente note d'information a pour seul but de présenter, d'un point de vue purement technique, une brève synthèse des principaux contextes dans lesquels, au cours des travaux de l'OMPI, la question du respect du principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause s'est posée. Elle ne traite pas ni ne préjuge des décisions de politique générale qui sont de la compétence des États membres; elle ne prétend pas non plus présenter les points de vue de toutes les parties prenantes aux travaux de l'OMPI, notamment les peuples autochtones et les communautés traditionnelles.

12. Les questions auxquelles la présente note fait référence sont traitées de manière plus détaillée et approfondie dans les propositions, documents de travail, études et autres documents établis par les États membres, les représentants de peuples autochtones et de communautés traditionnelles, le Secrétariat de l'OMPI et d'autres parties prenantes. On trouvera de plus amples informations sur le site Internet de l'OMPI². On citera notamment à cet égard les documents intitulés "Protection du folklore et des expressions culturelles traditionnelles : synthèse des objectifs et principes de politique générale"³; "La protection des savoirs traditionnels : synthèse des objectifs de politique générale et des principes fondamentaux"⁴; "WIPO Technical Study on Patent Disclosure Requirements related to Genetic Resources and Traditional Knowledge" (Étude technique de l'OMPI sur les exigences en matière de divulgation dans les demandes de brevet concernant les savoirs traditionnels et les ressources génétiques)⁵; "Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions" (Études de cas sur la propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles), de Terri Janke⁶.

13. Le site Internet de l'OMPI contient également une partie entièrement consacrée aux propositions et documents soumis par les représentants des peuples indigènes et des communautés traditionnelles et d'autres participants aux travaux de l'OMPI représentant des organisations non gouvernementales. On y trouvera une grande quantité d'informations utiles⁷.

² <http://www.wipo.int/tk/fr/index.html>.

³ WIPO/GRTKF/IC/7/3.

⁴ WIPO/GRTKF/IC/7/5.

⁵ Publication de l'OMPI n° 786 E.

⁶ Publication de l'OMPI n° 781 E.

⁷ <http://www.wipo.int/tk/en/igc/ngo/ngopapers.html>.

II. GENERALITES

14. La protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles (aussi appelées “expressions du folklore” dans certains pays)⁸ par des mesures s’inspirant de la propriété intellectuelle fait l’objet d’un programme de travail dynamique de l’OMPI. Ce dernier comprend l’assistance technico-juridique, le renforcement des capacités, l’élaboration de politiques et l’établissement de normes, toutes ces activités étant menées de manière étroitement liée. Ce programme a amené l’OMPI à consulter très largement les représentants des peuples autochtones et des communautés traditionnelles dans plus de 28 pays et a bénéficié de la participation directe de plus d’une centaine d’ONG, dont bon nombre représentent les intérêts des peuples autochtones et des communautés traditionnelles. Les États membres de l’OMPI ont expressément demandé à ce que les travaux de l’OMPI et de l’Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones ainsi que ceux d’autres institutions des Nations Unies et organes intergouvernementaux soient menés en étroite coopération. On trouvera des informations générales supplémentaires sur l’OMPI et sur ses travaux en matière de savoirs traditionnels et d’expressions culturelles dans les notes d’information diffusées lors des précédentes sessions de l’Instance permanente⁹.

15. Les États membres de l’OMPI ont récemment appelé de leurs vœux une accélération des travaux dans ce domaine, souligné la “dimension internationale” de ces questions et mis l’accent sur le fait que l’on ne saurait préjuger de l’issue des travaux menés par l’OMPI en la matière, y compris l’éventuelle élaboration d’un ou de plusieurs instruments internationaux. Ils ont également souligné que les travaux de l’OMPI ne doivent pas préjuger des travaux menés au sein d’autres instances.

16. Les délibérations des États membres de l’OMPI sur ces questions se déroulent dans le cadre du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l’OMPI. Ce comité examine un certain nombre de questions de politique générale essentielles, notamment : à qui, le cas échéant, les expressions de la créativité immatérielle appartiennent-elles ou devraient-elles appartenir en tant que propriété privée

⁸ L’approche suivie traditionnellement par l’OMPI dans ses travaux consiste à envisager la protection des savoirs traditionnels proprement dits et la protection des expressions de ces savoirs et des cultures (expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore) parallèlement mais séparément. La protection juridique des savoirs proprement dits et celle des expressions des savoirs et des cultures soulèvent en effet des questions juridiques et culturelles distinctes et appellent des solutions spécifiques. Le travail de l’OMPI porte sur les moyens d’assurer une protection juridique contre l’utilisation abusive de ces éléments traditionnels par des tiers en dehors du cadre traditionnel et coutumier et non pas d’imposer des définitions ou des catégories en vue de leur intégration dans les pratiques, les principes et les textes de loi coutumiers des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres. Cette démarche est par conséquent compatible avec le contexte traditionnel dans lequel les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ainsi que les savoirs traditionnels sont souvent considérés comme parties intégrantes d’une identité culturelle globale, subordonnée au même ensemble de lois et de pratiques coutumières.

⁹ Par exemple, E/C.19/2003/14.

(y compris la propriété collective ou communautaire)? Qui, le cas échéant, pourrait ou devrait avoir le droit exclusif d'exploiter commercialement le savoir-faire traditionnel et la créativité traditionnelle immatérielle? Devrait-il y avoir des voies de recours juridiques contre les utilisations avilissantes, malveillantes ou offensantes d'expressions des cultures traditionnelles ou d'expressions dérivées? Comment ces affirmations de l'exclusivité devraient-elles être conciliées avec la définition d'une politique générale équilibrée propre à encourager les échanges culturels et le développement de la culture, et à servir d'autres causes légitimes comme la recherche et l'enseignement? Comment les mécanismes de la propriété intellectuelle devraient-ils fonctionner pour soutenir et compléter les initiatives législatives et de politique générale dans d'autres domaines connexes, tels que la sauvegarde du patrimoine culturel national et la réglementation de l'accès aux ressources génétiques et de leur utilisation?

17. En novembre 2004, le comité intergouvernemental a examiné des projets de dispositions visant à reconnaître, notamment, les intérêts collectifs sur les savoir-faire traditionnels et les expressions des cultures traditionnelles qui ont un caractère "innovant" et "créatif" et qui sont "caractéristiques" d'une identité culturelle distincte¹⁰. Ces projets de dispositions incorporent également le principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause, ainsi qu'il sera indiqué ci-après, et sont disponibles sur le site Internet de l'OMPI¹¹.

18. En ce qui concerne la propriété intellectuelle et l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent, le travail de l'OMPI consiste notamment à étudier des méthodes compatibles avec les traités de propriété intellectuelle pour requérir la divulgation de certaines informations dans les demandes de brevet, parmi lesquelles : les ressources génétiques utilisées pour la réalisation des inventions revendiquées et le pays d'origine de ces ressources; les savoirs traditionnels associés utilisés pour la réalisation des inventions revendiquées et la source de ces savoirs; la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause. Ces travaux ont été entrepris en grande partie à la demande de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique et ont pour but de favoriser la réalisation des objectifs de la CDB.

III. CONSULTATIONS, ETUDES, MISSIONS D'ENQUETE, ASSISTANCE TECHNICO-JURIDIQUE, RENFORCEMENT DES CAPACITES

19. Parallèlement à ses travaux d'élaboration de politiques et de création de normes (voir ci-après), l'OMPI mène un programme d'activités concrètes en matière de consultations, de missions d'enquête, d'assistance technico-juridique et de

¹⁰ Voir en particulier les documents WIPO/GRTKF/IC/7/3 et WIPO/GRTKF/IC/7/5 de l'OMPI.

¹¹ S'agissant des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, voir l'annexe 1 du document WIPO/GRTKF/IC/7/3. S'agissant des savoirs traditionnels au sens strict, voir l'annexe 1 du document WIPO/GRTKF/IC/7/5.

renforcement des capacités. Nombre de ces activités bénéficient de la participation de représentants des peuples indigènes et des communautés traditionnelles. Les principes de la consultation, du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause et de la pleine participation sont couramment appliqués dans toutes les activités intéressant directement les peuples autochtones et les communautés traditionnelles. Par exemple :

i) en 1998 et en 1999, l'OMPI a mené une série de missions d'enquête dans 28 pays, dans le cadre desquelles plus de 3000 personnes, dont une majorité de représentants des peuples autochtones et des communautés traditionnelles, ont été consultées. Toutes les rencontres avec les représentants des peuples autochtones et des communautés traditionnelles ont été précédées de prises de contact et de demandes d'autorisations. Toutes les personnes consultées au cours des missions ont préalablement reçu les mandats des missions, dans lesquels étaient présentés les objectifs, les activités et les résultats attendus des missions. Les mandats précisaient également que les missions n'auraient pas lieu sans le consentement préalable et donné en connaissance de cause des personnes consultées¹²;

ii) un Autochtone mandaté par l'OMPI, en 2000, pour réaliser des études de cas décrivant des exemples d'utilisation des lois de la propriété intellectuelle par les Aborigènes d'Australie¹³ était, aux termes de son contrat de consultant auprès de l'OMPI, "chargé d'informer toutes les personnes consultées aux fins de la réalisation [des études de cas] de la nature, des objectifs et des résultats attendus des [études de cas], ainsi que de l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause à la rédaction des [études de cas], à la publication et à l'utilisation par [l'OMPI] desdites [études de cas] des Autochtones, organisations et communautés dont les savoirs, les innovations et les pratiques constituent l'objet des [études de cas]. La partie contractante ne fera figurer dans [l'étude de cas] aucune information dont la publication et l'utilisation par [l'OMPI] aux fins prévues dans le présent accord n'a pas fait l'objet d'un tel consentement";

iii) le mandat d'une étude de l'OMPI en cours sur les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore de plusieurs pays parmi les moins avancés, effectuée par des consultants en poste dans ces pays, oblige ces derniers à obtenir le "consentement préalable donné en connaissance de cause" des représentants des communautés qu'ils consultent;

¹² Il est rendu compte de ces missions dans la publication de l'OMPI n° 768 "Besoins et attentes des détenteurs de savoirs traditionnels dans le domaine de la propriété intellectuelle : rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête (1998-1999)". L'annexe 2 de cette publication reproduit le mandat.

¹³ *Minding Culture: Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, Terri Janke, publication n° 781.

iv) sous l'égide du comité intergouvernemental, et en collaboration et en concertation avec de nombreux partenaires aux niveaux international, régional et communautaire, l'OMPI met actuellement au point un instrument de gestion des incidences sur le plan de la propriété intellectuelle du processus de fixation des savoirs traditionnels. En pratique, c'est au stade de la fixation ou de l'enregistrement des savoirs que l'absence du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause peut entraîner de nombreuses répercussions négatives pour les communautés concernées. Cet instrument renforcera donc la capacité des communautés qui souhaitent procéder à la fixation de leurs savoirs d'être pleinement informées des incidences de cette fixation sur le plan de la propriété intellectuelle, en complément des mécanismes juridiques renforcés.

20. Comme il a été relevé par le Groupe d'appui interinstitutions sur les questions autochtones, "la participation et la consultation réelle sont des éléments clés du principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause"¹⁴. L'Assemblée générale et le comité intergouvernemental de l'OMPI ont tous deux souligné la nécessité de renforcer la participation des représentants des peuples autochtones et des communautés locales aux travaux du comité. Depuis le lancement, en 1998, du programme actuel, diverses mesures ont été prises pour faciliter la participation des communautés autochtones et locales non seulement aux travaux du comité intergouvernemental mais, plus généralement, à l'ensemble des travaux de l'OMPI sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Ainsi :

i) un certain nombre d'États membres ont décidé de financer la participation des représentants d'ONG issus de communautés autochtones et locales;

ii) dans certains cas, des États en développement membres de l'OMPI ont utilisé les fonds que leur octroyait l'OMPI pour leur propre participation afin d'aider des responsables des communautés autochtones et locales à participer également;

iii) des représentants des communautés autochtones et locales ont assisté, en tant qu'intervenants ou participants, à des consultations et à des ateliers aux niveaux national et régional ainsi qu'à d'autres réunions;

iv) l'OMPI continue de mettre à jour la page de son site Web consacrée aux observateurs accrédités et destinée à leur permettre de présenter des communications sur les questions dont est saisi le comité¹⁵. Bon nombre des documents accessibles via cette page Web reflètent le point de vue des communautés autochtones;

¹⁴ Rapport sur le consentement préalable, libre et éclairé, E/C.19/2004/11.

¹⁵ <http://www.wipo.int/tk/en/igc/ngo/index.html>.

v) des séances d'information et de consultation spécialement destinées aux représentants d'ONG, en particulier les représentants des communautés autochtones et locales, ont été organisées dans le cadre des réunions du comité intergouvernemental et à l'occasion d'échanges sur les questions plus générales entre l'OMPI et les parties prenantes;

vi) le Secrétariat a continué de consulter les représentants intéressés des communautés autochtones et locales sur les projets de documents et autres éléments élaborés par le comité;

vii) un forum consultatif informel à l'intention des communautés autochtones et des détenteurs de savoirs traditionnels ou d'expressions culturelles traditionnelles est organisé avant les sessions du comité;

viii) des mesures ont aussi été prises pour encourager les bailleurs de fonds volontaires à financer la participation immédiate, à ce forum consultatif et aux sessions du comité, des représentants d'entités ayant le statut d'observateur accrédité. En outre, le comité intergouvernemental a demandé que l'on élabore une proposition pour l'établissement, à l'OMPI, d'un fonds de contributions volontaires destiné à financer la participation de représentants des peuples autochtones et des communautés locales aux sessions du comité intergouvernemental de l'OMPI;

ix) l'OMPI a poursuivi les travaux entrepris en collaboration avec l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, qu'elle a invitée à participer à ses travaux, notamment aux sessions de l'Assemblée générale de l'OMPI et du comité. L'OMPI a accueilli la réunion du Groupe d'appui interorganisations de l'instance permanente qui s'est tenue en 2003, et a pris part à la réunion de l'instance permanente de mai 2004, à l'occasion de laquelle la question du renforcement de la participation des communautés autochtones a été étudiée et des recommandations ont été élaborées;

x) à sa dernière session, en novembre 2004, le comité intergouvernemental de l'OMPI a décidé, notamment, que les sessions du comité intergouvernemental seraient précédées d'un débat d'experts présidé par un représentant d'une communauté autochtone ou locale.

IV. ÉLABORATION DE POLITIQUES ET CREATION DE NORMES

21. Depuis le début des travaux de l'OMPI sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, le principe du "consentement préalable en connaissance de cause" est au cœur du débat sur les politiques générales en la matière et il recueille la plus large adhésion dans les délibérations du comité intergouvernemental.

22. La question du respect du principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause est actuellement débattue en rapport avec la plupart des aspects des nouvelles formes de protection envisageables, tels que les objectifs de la protection, les fondements juridiques de la protection, les bénéficiaires de la protection, la gestion des droits, l'étendue de la protection (par exemple, quels sont les actes qui exigeraient l'obtention de consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause?), les exceptions et limitations applicables, la durée de la protection, les formalités envisageables, l'application dans le temps (par exemple, toute nouvelle forme de protection couvrirait-elle les utilisations antérieures et actuelles des savoirs traditionnels?), les mécanismes de protection régionaux et internationaux et la relation entre ces nouvelles formes de protection et la protection actuelle de la propriété intellectuelle.

23. L'application du principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause peut, par exemple, avoir pour conséquence que les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore détenues par un peuple autochtone ou une communauté traditionnelle ne peuvent être mis à la disposition du public, enregistrés, adaptés, utilisés ou commercialisés sans le consentement préalable en connaissance de cause des peuples ou des communautés concernés. Il pourrait, comme l'idée en a été avancée, fournir un mécanisme juridique et pratique de négociation de "conditions convenues d'un commun accord" qui pourraient servir de fondement à des arrangements concernant le partage des avantages qui seraient conclus au moment de l'accès aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles.

24. Le principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause a aussi été discuté au sein du comité intergouvernemental de l'OMPI en relation avec la nature et les limites du domaine dit public. Le terme "domaine public" est utilisé ici au sens qu'il revêt dans le contexte du droit de la propriété intellectuelle; il désigne des éléments de la propriété intellectuelle qui ne peuvent faire l'objet d'une propriété privée et qui peuvent être librement utilisés par tout membre du public¹⁶. Le "domaine public" est souvent décrit comme étant une pure abstraction propre au système de la propriété intellectuelle qui ne tient pas compte des domaines privés établis par les systèmes juridiques indigènes et coutumiers. Des représentants de peuples autochtones et de communautés traditionnelles participant aux débats tenus à l'OMPI ont fait remarquer, par exemple, que leurs savoirs traditionnels et leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore ne pouvaient être considérés comme étant tombés dans le domaine public sans qu'il y ait eu obtention du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause et que, par

¹⁶ Litman, J., *The Public Domain*, cité dans Bragdon, Susan, "Rights and Responsibilities for Plant Genetic Resources : Understanding the role of the public domain and private rights in the production of public goods", projet de document soumis à la première réunion du Comité consultatif du projet IPGRI sur le domaine public, Portland, Oregon, 14 et 15 novembre 2002. Voir aussi Coombe, R., "Fear, Hope, and Longing for the Future of Authorship and a Revitalised Public Domain in Global Regimes of Intellectual Property", 52 DePaul L. Rev. 1171, 2003.

conséquent, toute nouvelle forme de protection devrait aussi s'appliquer rétroactivement aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui étaient précédemment tombés dans le domaine public sans l'obtention requise du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause.

25. Le principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause en tant que moyen de protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est déjà diversement appliqué dans des décisions rendues en application de la common law concernant les relations fondées sur la confidentialité et la confiance¹⁷; il découle aussi implicitement de dispositions d'instruments juridiques internationaux¹⁸ et est mis en œuvre dans de nombreux systèmes, lois et mesures *sui generis* nationaux destinés à protéger les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles¹⁹. Il est, en outre, proposé dans plusieurs documents de travail présentés au comité intergouvernemental par des groupes régionaux²⁰, est recommandé dans bon nombre de déclarations générales faites par des membres du comité²¹ et a été évoqué dans un certain nombre de réponses

¹⁷ Affaire Foster c. Mountford and Rigby (1976) 29 FLR 233.

¹⁸ Tels que l'article 8.j) de la CDB et l'article IV des Lignes directrices de Bonn.

¹⁹ Voir, par exemple, la loi type africaine et les lois du Brésil, du Costa Rica, de l'Inde, du Panama, du Pérou, des Philippines et du Portugal, ainsi que la loi type pour les pays du Pacifique Sud (Analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles (publication de l'OMPI n° 785 F) et annexe 1 du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4).

²⁰ Voir les communications du groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, page 6, propositions 3.3.c) et 3.4.d)) et du GRULAC (WO/GA/26/9, annexe I, page 2, et annexe II, page 4).

²¹ Voir Brésil (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 86, WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 103, OMPI/GRTKF/IC/2/14, annexe, par. 15), Canada (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 92), Colombie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 222), Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240), la Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/16, page 5, et OMPI/GRTKF/IC/1/8, annexe III, par. 34), Cuba (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 97), Égypte (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 96 et 127, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 153), États-Unis d'Amérique (WIPO/GRTKF/IC/4/13, par. 8), groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/13, par. 154, renvoyant au document OMPI/GRTKF/IC/1/10), Kenya (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 69, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 111), Mexique (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 70, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 97), Panama (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 226), Pérou (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 96 et 127, et WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 221), Philippines (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 85), République islamique d'Iran (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 119), Turquie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 109), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 94, et WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 132), Zambie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213), Pauktuutit – Association des femmes inuit, Canadian Indigenous Biodiversity Network et Kaska Dena Council (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 75), Fondation Tebtebba (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 77), Mejlis des peuples tatars de Crimée (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 162), Mouvement indien Tupaj Amaru (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 80), Pauktuutit – Association de femmes inuit au nom de Arctic Athabaskan Council, Assemblée des premières nations, Call of the Earth Circle, Canadian Indigenous Biodiversity Network, Indigenous Peoples' Biodiversity Network, Kaska Dena Council, Pauktuutit – Association des femmes inuit et Tulalip Tribes of Washington (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 172).

nationales au questionnaire de l'OMPI sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles²². De nombreux systèmes, lois et mesures nationaux existants prévoient et décrivent dans le détail des procédures et des mécanismes ayant trait à l'obtention du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause.

26. En outre, une palette de mécanismes juridiques de propriété intellectuelle ou s'en inspirant fournit une base juridique permettant de donner (ou de refuser) le consentement libre, préalable et en connaissance de cause. Ainsi, il a été fait appel à des mécanismes de protection des informations confidentielles utilisés dans le cadre de la lutte contre la concurrence déloyale²³ pour permettre à des communautés autochtones de prévenir un usage non autorisé de savoirs traditionnels détenus par elles ou dont l'utilisation était soumise à des restrictions imposées par le droit coutumier²⁴. Dans le domaine du droit d'auteur et droits connexes, toute une gamme de droits légaux donne aux créateurs et aux artistes interprètes ou exécutants issus de communautés traditionnelles la faculté de prévenir l'enregistrement, la copie et l'utilisation non autorisés des expressions culturelles, leur utilisation dégradante et l'omission de la mention de la source (prérogatives attachées au droit dit "moral"). Les artistes interprètes ou exécutants d'expressions culturelles traditionnelles (ou expressions du folklore) ont ainsi le droit d'empêcher l'enregistrement non autorisé d'interprétations de chants traditionnels, d'airs, de récits et de récitations, de décider de l'opportunité de les distribuer, de les diffuser et de les commercialiser et, le cas échéant, d'exercer un contrôle sur ces activités²⁵.

27. Le principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause fait fond sur cette base juridique existante et l'étend; il constitue un des éléments clés des projets de propositions mentionnés précédemment concernant la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore qui ont été débattus au sein du comité intergouvernemental de l'OMPI en novembre 2004. Ces projets prévoient, notamment, qu'en matière de savoirs traditionnels :

²² Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/3/7, WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/4/7 et WIPO/GRTKF/IC/5/7.

²³ Convention de Paris, article 10*bis*; Accord sur les ADPIC, article 39.

²⁴ Affaire Foster *c.* Mountford, voir note 15 ci-dessus.

²⁵ Le Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes de 1996 (WPPT) définit les artistes interprètes ou exécutants comme "les acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent, interprètent ou exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques ou des expressions du folklore" et accorde un éventail de droits à ces artistes interprètes ou exécutants, notamment celui de refuser l'autorisation d'enregistrer (ou de "fixer") l'exécution d'une expression du folklore. Comme il a été noté précédemment, "expression du folklore" est synonyme d'"expression culturelle traditionnelle".

“1. Le principe du consentement préalable donné en connaissance de cause doit régir tout accès à un savoir traditionnel ou acquisition d’un tel savoir directement auprès de ses détenteurs traditionnels, compte tenu des présents principes et de la législation nationale pertinente.

“2. Les systèmes ou mécanismes juridiques régissant l’obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause doivent garantir la sécurité juridique et la clarté nécessaires; ils ne doivent pas créer de charges pour les détenteurs de savoirs traditionnels et les utilisateurs légitimes de tels savoirs; ils doivent être tels que les restrictions d’accès aux savoirs traditionnels soient transparentes et fondées sur des motifs juridiques et, enfin, ils doivent prévoir que les modalités soient fixées d’un commun accord pour le partage équitable des avantages découlant de l’utilisation des savoirs traditionnels.

“3. Les détenteurs de savoirs traditionnels doivent avoir le droit de donner leur consentement préalable en connaissance de cause pour l’accès à ces savoirs, ou d’approuver l’octroi de ce consentement par une autorité nationale compétente, selon les dispositions de la législation nationale en vigueur.”

28. Une autre question met en jeu le principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause : celle de l’identification des bénéficiaires, à laquelle vient s’ajouter la question connexe de la gestion des droits. De nombreux participants du comité intergouvernemental de l’OMPI ont souligné, par exemple, que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore sont généralement considérées comme étant d’origine collective et comme étant détenues collectivement, de sorte que les droits à leur égard devraient être dévolus à des communautés plutôt qu’à des individus²⁶. Or, la plupart des législations nationales prévoyant déjà une protection *sui generis* des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore confèrent les droits à l’État ou à un organisme officiel ou, tout au moins, prévoient que les droits doivent être gérés et exercés par l’État. Dans la plupart des cas, le produit de la délivrance des titres de protection est affecté à des programmes liés au patrimoine national, à la prévoyance sociale et à la culture. Le groupe des pays africains, dans une communication au comité intergouvernemental de l’OMPI, a affirmé qu’il était nécessaire de “reconnaître le rôle de l’État dans la préservation et la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore”²⁷. La question des relations entre les communautés et l’État et, en corollaire, la question du rôle et de l’application du principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause soulèvent plusieurs autres questions complexes sur lesquelles les États membres et d’autres participants travaillent. Les projets de proposition évoqués précédemment contiennent sur cette question des dispositions préliminaires qui s’efforcent de tenir compte des expériences concrètes menées à ce jour et de répondre à une grande diversité de préoccupations. À titre d’exemple, les contributions suivantes sur la

²⁶ GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, Annexe II, p. 5), SAARC (OMPI/GRTKF/IC/1/13, par. 26), Indonésie (OMPI/GRTKF/IC/1/13, par. 29).

²⁷ WIPO/GRTKF/IC/6/12.

question des bénéficiaires et de la gestion des droits, tirées des projets de propositions concernant les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, sont actuellement discutées :

“Bénéficiaires

“Les mesures de protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent viser l’intérêt des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et autres communautés culturelles :

“i) qui sont les gardiens des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et sont chargés de leur protection, conformément à leurs droits et pratiques coutumiers, et

“ii) qui perpétuent et utilisent les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore en tant qu’éléments caractéristiques de leur patrimoine culturel traditionnel.

“Gestion des droits

“a) Pour garantir l’efficacité de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, une administration responsable, qui peut être un office ou un autre organisme existant, doit être chargée de fonctions de sensibilisation, d’éducation, de conseil et d’orientation, de surveillance et de règlement des litiges, entre autres.

“b) Les autorisations requises pour exploiter les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être obtenues soit directement auprès de la communauté concernée, soit auprès de l’administration agissant pour le compte et dans l’intérêt de cette communauté. Lorsque les autorisations sont délivrées par cette administration :

“i) elles ne doivent être accordées qu’après des consultations appropriées avec les peuples autochtones ou communautés traditionnelles – ou autres – concernés, conformément à leurs systèmes traditionnels de prise de décisions et de gestion des affaires publiques;

“ii) elles doivent être conformes à la portée de la protection prévue pour les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore concernées et, en particulier, prévoir le partage équitable des avantages découlant de l’utilisation de ces expressions;

“iii) les incertitudes ou les litiges relatifs à la question de savoir quelles communautés sont concernées doivent être résolus, dans la mesure du possible, selon les lois et pratiques coutumières;

“iv) tous les avantages monétaires ou non monétaires découlant de l’utilisation des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore doivent être transmis directement par l’administration perceptrice au peuple autochtone ou à la communauté traditionnelle ou autre concernés;

“v) une législation ou un règlement d’habilitation ou des mesures administratives d’application doivent fournir une orientation sur des questions telles que les procédures de demande d’autorisation, les taxes que l’administration peut, le cas échéant, percevoir pour des services, les procédures de publication officielle, le règlement des litiges et les conditions régissant la délivrance d’autorisations par l’administration.”

29. Ces propositions ont été examinées par le comité intergouvernemental de l’OMPI en novembre 2004 et peuvent faire l’objet de commentaires supplémentaires jusqu’au 25 février 2005. Des propositions révisées eu égard aux commentaires reçus seront publiées en vue de leur examen par le comité intergouvernemental à sa huitième session, en juin 2004.

30. Pour ce qui est de l’accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels connexes et du partage des avantages qui en découlent, l’obligation de divulgation de l’origine dans les demandes de brevet, évoquée précédemment, est considérée par bon nombre d’États et par d’autres participants comme un instrument susceptible de garantir la traçabilité des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes et d’assurer le respect du principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause ainsi qu’un partage juste et équitable des avantages, contribuant ainsi notamment à la réalisation des objectifs de la Convention sur la diversité biologique (CDB). Le consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause est déjà un élément commun des lois régissant l’accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés et son application a été précisée dans les Lignes directrices de Bonn adoptées dans le cadre de la CDB. L’OMPI collabore étroitement sur ces questions avec le Secrétariat de la CDB.

31. Ces questions font actuellement l’objet d’un examen approfondi de la part des États membres. Une diversité de points de vue s’exprime sur les circonstances dans lesquelles le consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause doit, aux fins de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, constituer une condition obligatoire, traduisant la diversité des approches sur la question de l’établissement d’une exigence de divulgation dans les demandes de brevet portant sur des inventions fondées sur des ressources génétiques ou savoirs traditionnels associés, dérivées de ces ressources ou liées à ces ressources (voir, par exemple, l’étude de l’OMPI intitulée *Technical Study on Patent Disclosure Requirements related to Genetic Resources and Traditional Knowledge* (Étude technique sur les exigences en matière de divulgation dans les demandes de brevet concernant les savoirs traditionnels et les ressources génétiques)²⁸,

²⁸ Publication de l’OMPI n° 786 E.

établie par l'OMPI à la demande de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique et soumise à cette dernière en 2004). Un certain nombre de processus ayant trait à ces questions sont en cours, à l'OMPI et dans d'autres enceintes, dans le cadre desquels les représentants des États membres, des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et d'autres parties prenantes débattent de ces questions complexes et sensibles²⁹.

32. La question de savoir, par exemple, s'il convient d'appliquer le principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause en toutes circonstances et dans tous les cas d'utilisation de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et de leurs dérivés est au cœur d'un débat complexe. Certaines parties prenantes aux débats ont souligné le besoin de parvenir à un équilibre équitable entre les droits et les intérêts de ceux qui développent, préservent et perpétuent les savoirs traditionnels et de ceux qui les utilisent et en tirent avantage, ainsi que le besoin de concilier des enjeux divers sur le plan de la politique à suivre et de veiller à ce que les mesures de protection soient proportionnées aux objectifs de la protection et aux réalités et besoins concrets. Les droits de propriété intellectuelle classiques eux-mêmes, a-t-il été relevé, ne constituent pas nécessairement des droits de propriété exclusifs, pas plus qu'ils ne sont absolus car ils peuvent faire l'objet de diverses exceptions et limitations.

33. Le principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause n'est donc qu'un des aspects des formes de protection envisagées par le comité intergouvernemental de l'OMPI, qui a opté pour une approche de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles ou expressions du folklore modulable, globale et couvrant un champ très large. Il est ressorti des débats du comité intergouvernemental que cette protection devrait se fonder sur un large éventail de possibilités, associant mesures à caractère exclusif et non exclusif et mesures ne relevant pas de la propriété intellectuelle, et faisant intervenir des droits de propriété intellectuelle existants, des élargissements ou des adaptations *sui generis* de droits de propriété intellectuelle et des mesures et systèmes *sui generis* de propriété intellectuelle conçus spécialement à cet effet, comprenant à la fois des mesures défensives et des mesures positives.

34. Autre question essentielle ayant émergé des débats, celle de la nécessité d'envisager de faire appel au droit coutumier et aux pratiques des communautés traditionnelles. Ces derniers peuvent constituer une base juridique de départ à

²⁹ Au sein de l'OMPI, cette question a surtout été étudiée par le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, par le Comité permanent du droit des brevets et par le Groupe de travail sur la réforme du PCT. L'OMPI tiendra, début juin 2005, une réunion extraordinaire d'une journée pour débattre de la nouvelle invitation de la Conférence des Parties à la CDB à examiner les problématiques des relations entre l'accès aux ressources génétiques et les obligations de divulgation dans les demandes d'octroi de droits de propriété intellectuelle. Les propositions relatives à cette question peuvent être consultées à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/tk/en/genetic/proposals/index.html>.

l'exercice du droit de donner ou de refuser le consentement libre, préalable et en connaissance de cause en matière de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles. Le droit coutumier a aussi été reconnu comme une source importante pour l'établissement de procédures adaptées visant à examiner le principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause et à le consacrer. Il a été suggéré que les lois prévoyant le principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause doivent tenir pleinement compte du droit et pratiques coutumiers dans les conditions d'octroi de ce droit et la définition des procédures à cet égard.

35. Dans ce contexte, un éventail de bases juridiques possibles pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est envisagé. Ces diverses possibilités et approches se résument ainsi :

a) l'octroi de **droits de propriété exclusifs** permettant d'autoriser ou d'interdire à autrui d'accomplir certains actes concernant les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. La reconnaissance de droits exclusifs peut être un moyen de donner effet au principe du "consentement préalable éclairé";

b) l'application du **principe du consentement préalable donné en connaissance de cause** : cette approche donne aux détenteurs de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore le droit de donner ou non leur consentement préalable éclairé pour l'utilisation, la reproduction ou l'exploitation commerciale de leurs savoirs traditionnels et prévoit la mise en place de dispositions relatives au partage des avantages comme condition d'accès. Comme il a été noté précédemment, les mesures appliquant le principe du consentement préalable donné en connaissance de cause aux savoirs traditionnels relèvent souvent de régimes réglementant l'accès aux ressources génétiques ou biologiques;

c) l'octroi de droits découlant d'un système de **rémunération équitable/versement compensatoire** prévoyant une forme de paiement équitable aux titulaires de droits en contrepartie de l'utilisation de leurs savoirs traditionnels ou de leurs expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, sans créer de droits exclusifs sur ces savoirs ou expressions;

d) l'approche fondée sur le **droit moral**, qui comprend normalement le droit de se voir attribuer la paternité, de ne pas se voir attribuer faussement la paternité ainsi que de s'opposer à toute atteinte aux éléments protégés et, du moins dans certains pays, le droit de publication ou de divulgation (le droit de décider si, quand et comment les éléments protégés doivent être rendus accessibles au public);

e) l'approche fondée sur la **concurrence déloyale**, qui prévoit le droit d'empêcher divers actes constitutifs d'une "concurrence déloyale" au sens large, tels que pratiques commerciales fallacieuses et trompeuses, enrichissement indu, substitution de produits et avantage commercial abusif;

f) l'approche fondée sur les **sanctions pénales**, selon laquelle certains actes et omissions sont considérés comme des délits.

36. Ces différentes approches ne s'excluent pas mutuellement et pourraient être combinées, conférant ainsi au régime choisi un caractère exhaustif et une certaine souplesse. Telle ou telle conception peut être plus adaptée à une certaine forme d'expression culturelle traditionnelle ou d'expression du folklore qu'à une autre.

V. ENSEIGNEMENTS À TIRER ET TACHES A ACCOMPLIR

37. Comme il a été souligné précédemment, la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et le lien entre la propriété intellectuelle et l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui découlent de leur utilisation – et en particulier le rôle du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause en la matière – sont l'objet de politiques qui évoluent rapidement. Peu d'expériences ont été rapportées sur la mise en œuvre concrète du principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause déjà prévu par plusieurs législations nationales et régionales; et sur les enseignements que l'on peut en tirer et les difficultés qui restent à résoudre.

38. Il semblerait toutefois se dégager des débats en cours entre les États membres de l'OMPI et d'autres parties prenantes que l'application concrète du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause dans le domaine de la propriété intellectuelle pourrait présenter, tant sur le plan conceptuel que sur celui de la procédure, des difficultés semblables à celles qui ont déjà été recensées dans d'autres domaines et dans d'autres processus³⁰, s'agissant notamment :

- a) de préciser la signification du concept de "consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause", ainsi que les circonstances dans lesquelles ce principe s'applique;
- b) de déterminer auprès de qui doit être obtenu le consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause, s'agissant en particulier des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et de leurs dérivés communs à plusieurs pays, régions, communautés ou cultures;

³⁰ Voir "Free and Informed Prior Consent" (Consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause), Fondation Tebtebba, document préparé pour le Groupe de travail de l'ONU sur les populations autochtones, 22^e session, 19-23 juillet 2004, 2004; Inter-Agency Support Group on Indigenous Issues Report on Free, Prior and Informed Consent (rapport du Groupe d'appui interinstitutions sur les questions autochtones sur le consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause), (E/C.19/2004/11).

- c) de déterminer le ou les représentants compétents qu'il faudra consulter en vue de l'obtention du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause;
- d) de définir le rôle des administrations et organismes publics ou parapublics chargés par de nombreuses législations nationales de gérer les droits au nom des peuples autochtones et des communautés traditionnelles;
- e) de prévoir des politiques générales et des mécanismes permettant de préserver les intérêts de ceux qui, ayant entrepris des démarches suffisantes pour obtenir d'une communauté source donnée le consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause, sont ultérieurement attaqués par cette même communauté ou par une autre communauté;
- f) de déterminer la portée et l'étendue de l'application du principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause en matière d'utilisations en aval, en collaboration, dérivées ou cumulatives des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles;
- g) de déterminer les possibilités d'application du principe du consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause au regard des droits et responsabilités des communautés traditionnelles dispersées ou urbanisées;
- h) de mettre en place des mécanismes permettant de faire appel aux procédures traditionnelles ou aux protocoles coutumiers pour la mise en œuvre du principe de consentement libre, préalable et donné en connaissance de cause, de partage équitable des avantages et de règlement des litiges y relatifs.

39. Cette liste de questions appelant un examen plus approfondi n'est nullement exhaustive. Le Secrétariat de l'OMPI continuera de participer avec intérêt aux travaux sur cette question importante.