

OMPI



ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

WIPO/GRTKF/IC/12/7

ORIGINAL : anglais

DATE : 12 février 2008

F

COMITE INTERGOUVERNEMENTAL DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE RELATIVE AUX RESSOURCES GENETIQUES, AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET AU FOLKLORE

Douzième session
Genève, 25 – 29 février 2008

LA RECONNAISSANCE DES SAVOIRS TRADITIONNELS
DANS LE SYSTEME DES BREVETS

Document établi par le Secrétariat

I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE

1. Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé “le comité”) a mis au point plusieurs mécanismes de protection défensive visant à améliorer la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets et, ainsi, à réduire le risque de voir délivrer des brevets qui revendiquent à tort des inventions faisant appel à des savoirs traditionnels et des ressources génétiques. Ces mécanismes sont décrits en détail dans les documents WIPO/GRTKF/IC/5/6 et WIPO/GRTKF/IC/6/8.

2. Le présent document est axé sur un seul aspect de la protection défensive des savoirs traditionnels, à savoir celui du renforcement de l’examen des demandes de brevet en rapport avec des savoirs traditionnels (y compris celles revendiquant des inventions qui sont fondées sur l’utilisation de ces savoirs). À sa septième session, le comité a approuvé les grandes lignes des recommandations sur l’examen des demandes de brevet relatives à des savoirs traditionnels à l’intention des administrations des brevets. Il a aussi demandé au Secrétariat d’établir un projet complet de recommandations, fondé sur les réponses au questionnaire sur la reconnaissance des savoirs traditionnels et des ressources génétiques dans le système des brevets (document WIPO/GRTKF/IC/Q.5), qui a été diffusé entre la sixième et la

septième session du comité. Un premier projet de recommandations a été présenté au comité à sa huitième session, sous la cote WIPO/GRTKF/IC/8/8 et le comité en a pris note. En fonction des progrès de l'expérience des administrations des brevets en ce qui concerne la reconnaissance des savoirs traditionnels, d'autres faits signalés, des opinions et commentaires des membres du comité ainsi que des réponses au questionnaire, réunies dans le document WIPO/GRTKF/IC/9/INF/6, un autre projet a été élaboré sous la cote WIPO/GRTKF/IC/9/8, puis examiné par le comité, qui en a pris note, à ses neuvième et dixième sessions. Une autre réponse au questionnaire a également été diffusée sous la cote WIPO/GRTKF/IC/10/INF/7.

3. Le projet actuel, tel que diffusé aux membres du comité à ses neuvième, dixième et onzième sessions, est joint en annexe pour référence. Il a été mis au point et examiné par le comité durant huit sessions. Il demeure à la disposition des offices de brevets et d'autres parties intéressées souhaitant en faire usage en tant que source d'information informelle.

4. Le comité est invité à prendre note du projet actuel de recommandations à l'intention des administrations des brevets, qui figure en annexe, et à formuler les commentaires qu'il souhaite sur ce projet.

[L'annexe suit]

ANNEXE*

RECOMMANDATIONS SUR LA RECONNAISSANCE
DES SAVOIRS TRADITIONNELS DANS LE SYSTÈME DES BREVETS

DOCUMENT PRÉPARATOIRE À UNE CONSULTATION

Le présent document ne constitue aucunement une prise de position officielle. Il est diffusé comme document de référence pour faciliter les délibérations et consultations en cours. En fonction des réactions, d'autres versions pourraient être diffusées avant que les recommandations ne soient rédigées dans leur forme finale. Les recommandations n'ont pas un caractère normatif et n'ont aucun effet juridique; elles ont pour but d'encourager et faciliter une prise de conscience de la nature des savoirs traditionnels et des systèmes de savoirs traditionnels, afin de s'assurer que ces systèmes sont dûment reconnus dans le système des brevets, et de promouvoir les meilleures pratiques pour le fonctionnement du système des brevets. Les commentaires et retours d'information seront les bienvenus, et doivent être adressés à grtkf@wipo.int.

I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE

1. Un nombre important de demandes de brevet portent sur des inventions qui, d'une manière ou d'une autre, sont liées aux savoirs traditionnels. Ainsi, certaines inventions revendiquées peuvent être fondées sur des savoirs traditionnels. Dans certaines demandes de brevet, des savoirs traditionnels sont directement inclus dans la portée des revendications. Par conséquent, les savoirs traditionnels peuvent éventuellement présenter un intérêt aux fins de la nouveauté d'une invention (non-évidence), de la déclaration, par le déposant, de l'identité de l'inventeur ou des inventeurs véritables, de l'obligation, pour le déposant, de déclarer l'ensemble de l'état de la technique connu ou du droit du déposant de déposer une demande de brevet pour cette invention. En outre, certaines législations sur les brevets prévoient une obligation distincte de divulgation spécialement pour les savoirs traditionnels ou les ressources génétiques, et il y a plusieurs propositions visant à élargir cette pratique ou à rendre celle-ci obligatoire au niveau international.

2. Les savoirs traditionnels sont, par nature, diversifiés, et ils font souvent partie intégrante de la vie, des lois, des coutumes et de la culture des communautés qui les mettent au point et les maintiennent. Pour certaines communautés, l'utilisation illégitime de leurs savoirs traditionnels est insultante ou dérangeante, y compris sous la forme de la délivrance de brevets incorporant dans leur portée, de manière abusive, des savoirs traditionnels. Les savoirs traditionnels sont fréquemment issus de systèmes de savoirs bien définis et extrêmement utiles et du développement intellectuel, et comportent souvent un élément empirique et pratique important; d'aucuns considèrent qu'ils ont une valeur pratique et technique, qu'ils jouent un grand rôle culturel et qu'ils sont importants pour les communautés qui les mettent au point, les préservent et les maintiennent grâce à des mécanismes traditionnels. Les savoirs traditionnels constituent un élément important de nombreuses innovations techniques qui, elles-mêmes, représentent l'essentiel des sciences et des techniques non seulement du point de vue historique mais aussi du point de vue moderne. S'il est nécessaire que le système des brevets comprenne les savoirs traditionnels et en tienne pleinement compte, c'est pour des raisons juridiques, éthiques et pratiques.

3. Une grande partie des liens éventuels entre une invention revendiquée et un savoir traditionnel peut être mise en évidence lorsqu'une demande de brevet est examinée. Le plus souvent, les personnes travaillant dans des offices de brevets ou dans d'autres administrations chargées d'examiner et de déterminer le bien-fondé des demandes de brevet ne connaissent pas bien les savoirs traditionnels, ni les divers systèmes de savoirs et communautés traditionnelles qui sont à l'origine de ces savoirs et les maintiennent. Mais les savoirs traditionnels peuvent être étroitement liés à l'obligation effective qu'ils ont de s'assurer que les brevets ne sont délivrés que lorsqu'ils portent sur des inventions légitimes. Une meilleure compréhension et une meilleure connaissance des savoirs traditionnels et des systèmes de savoirs traditionnels peuvent donc constituer une responsabilité juridique et pratique importante des administrations de brevets mais aussi être l'expression non négligeable d'un certain professionnalisme et d'une perception accrue des options qui existent pour le système des brevets ainsi que de son contexte culturel.

4. Ce projet de recommandations a été mis au point pour aider les administrations de brevets et les spécialistes des brevets à tenir compte des savoirs traditionnels ainsi que de leur contenu technique et de leur contexte social et juridique, ce qui leur permettra de mieux s'acquitter de leurs responsabilités. Dans le fond, ce projet de recommandations vise à réduire la probabilité de délivrance à tort de brevets qui revendiquent indûment en tant qu'inventions certains savoirs traditionnels ou certaines ressources génétiques et de brevets pour des inventions revendiquées qui ne sont ni nouvelles ou qui sont évidentes au regard des savoirs traditionnels pertinents.

CONTEXTE : LES SAVOIRS TRADITIONNELS ET LE SYSTÈME DES BREVETS

Quelques points de vue sur les savoirs traditionnels

5. Il existe de nombreuses formes différentes de savoirs traditionnels et tout autant de points de vue sur leurs caractéristiques. La présente partie présente un éventail de points de vue illustrant leur caractère général.

6. La citation ci-dessous souligne le côté diversifié des systèmes au sein desquels les savoirs traditionnels sont mis au point et conservés :

“La chose la plus importante à reconnaître est que les savoirs indigènes sont ancrés dans des systèmes indigènes de connaissances spécifiques dans chaque cas. Par conséquent, je conteste l'idée selon laquelle la protection de savoirs indigènes consisterait à établir des procédures d'achat et de vente de ces savoirs comme s'il s'agissait de données quelconques. Une telle approche revient déjà à transformer les savoirs indigènes en quelque chose qu'ils ne sont pas. Il serait plus juste de qualifier les différents systèmes indigènes de connaissances de 'disciplines', ce qui est bien davantage qu'un simple amoncellement de données. Ces systèmes comprennent des normes éthiques, des normes de responsabilité, des normes de transmission et constituent un système de règles et pratiques tout à fait particulier. Ils englobent différentes pratiques d'acquisition et de sacrifice pour accéder au savoir. Le savoir peut se trouver au sein d'une communauté durant des centaines d'années, mais le processus d'apprentissage peu varier considérablement de génération en génération. Pour devenir une personne savante, vous devez travailler, mais cela est très différent du travail que vous devez

fournir pour acquérir du savoir à l'université; pour obtenir votre titre (comme un diplôme universitaire), vous devrez accomplir un parcours de différents travaux. Le système de connaissances de chaque peuple autochtone est une 'discipline' spécifique assortie de son propre protocole d'apprentissage."¹

7. La citation ci-dessous souligne le fait que les systèmes de savoirs traditionnels sont dynamiques, qu'ils sont ni statiques, ni vétustes et qu'ils présentent des caractéristiques scientifiques :

"De nombreuses populations autochtones évitent les termes 'savoirs traditionnels' étant donné que le mot 'traditionnel' implique un savoir ancien, statique qui est transmis de génération en génération sans avoir fait l'objet d'une réévaluation critique, de changements ou d'améliorations. En d'autres termes, il s'en dégage l'idée que les savoirs traditionnels ne sont pas une 'science' au sens propre du terme, c'est-à-dire un ensemble systématique de connaissances qui fait en permanence l'objet de remises en question empiriques et de révisions. Au contraire, l'expression implique quelque chose de 'culturel' et de suranné. [...] Ce que la communauté internationale doit protéger est la 'science indigène'."²

8. Un autre avis met en évidence le fait que les savoirs traditionnels ont pour fondement la communauté, et que leur utilisation et leur diffusion sont souvent déjà régies par d'anciennes lois coutumières :

"Nous avons des chansons, des connaissances traditionnelles, etc. depuis plusieurs centaines d'années. Il n'y avait aucun doute quant aux personnes qui en étaient les premiers propriétaires : il s'agissait à l'origine d'une seule personne, qui les a ensuite transmises à son clan. Il y avait des lois coutumières très précises sur le droit d'utiliser ces chansons et ces connaissances. Il n'y avait pas de problèmes autrefois. Pourquoi y en a-t-il aujourd'hui? Il faut commencer au niveau des communautés et voir comment elles protégeaient leurs expressions culturelles et leurs connaissances. Ensuite, il faut utiliser les mêmes instruments coutumiers ou d'autres instruments qui en sont dérivés."³

9. La question du régime juridique des savoirs traditionnels s'est déjà posée dans l'application de la législation sur les brevets. Lors d'une affaire importante au Royaume-Uni, le tribunal, lorsqu'il a examiné la question des savoirs traditionnels en tant qu'état de la technique présentant un intérêt aux fins de la brevetabilité, a énoncé ce qui suit :

¹ Un participant à la Table ronde sur les savoirs traditionnels et les droits de propriété intellectuelle, Arctic Institute of North America, cité dans la publication intitulée *Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle – Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, OMPI, Genève, 2001 (ci-après intitulé "Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête").

² Observations écrites de M. Russell Barsh, reprises dans le Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête.

³ Entretien avec M. Jacob Simet, directeur général de la Commission nationale de la culture (Papouasie-Nouvelle-Guinée), cité dans le Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête.

“Les Indiens d’Amazonie savent depuis des siècles que l’écorce de quinquina peut servir à traiter le paludisme et d’autres fièvres. Ils l’utilisaient sous la forme de poudre d’écorce. En 1820, des scientifiques français ont découvert que l’élément actif, un alcaloïde appelé quinine, pouvait être extrait et utilisé plus efficacement sous la forme de sulfate de quinine. En 1944, la structure de la molécule de l’alcaloïde (C sub20H sub24 N sub2 O sub2) a été découverte. Cela signifiait que la substance pouvait être synthétisée.

“Imaginez un scientifique racontant à un Indien d’Amazonie les découvertes de 1820 et de 1944. Le scientifique : ‘Nous avons découvert que l’écorce est efficace contre les fièvres parce qu’elle contient un alcaloïde à la structure chimique assez complexe qui réagit au contact des globules rouges dans le sang. Il s’agit de la quinine.’ L’Indien : ‘C’est très intéressant. Dans ma tribu, nous l’appelons l’esprit magique de l’écorce’. L’Indien connaît-il la quinine? Messieurs les juges, compte tenu de la caractéristique qu’il attribue à l’écorce en tant que substance efficace contre les fièvres, il est évident que oui. Peu importe qu’il utilise des termes animistes au lieu de termes chimiques. Il sait que l’écorce est efficace contre les fièvres et c’est là une des caractéristiques de la quinine.

“Par ailleurs, dans un contexte différent, l’Indien d’Amazonie ne saurait pas ce qu’est la quinine. Si on lui présentait des comprimés de sulfate de quinine, il ne les associerait pas à l’écorce de quinquina. La quinine en tant que substance sous forme de comprimés lui est inconnue, tout comme la notion d’alcaloïde synthétisé artificiellement ...

“L’exemple de la quinine montre qu’il existe des descriptions sous lesquelles un produit ou un objet peuvent être connus concrètement d’une personne sans que celle-ci soit consciente de leur composition chimique ou sache même qu’ils aient une structure moléculaire propre. Il peut s’agir indifféremment d’une substance naturelle ou artificielle. Jusqu’à présent je me suis limité à parler de ce que signifie connaître un élément dans le cadre de la vie quotidienne. Les mêmes principes s’appliquent-ils en droit des brevets? Ou le droit des brevets a-t-il une épistémologie qui lui est propre?”⁴

Intérêt pour le système des brevets

10. Ainsi qu’il ressort de ces différents points de vue, il peut être erroné de considérer que les savoirs traditionnels ne sont pas novateurs, qu’ils ne comportent aucun élément scientifique ou technique ou qu’ils constituent nécessairement des informations tombées dans le domaine public pouvant être librement utilisées sans limite juridique. Ce n’est pas parce qu’ils ont des caractéristiques “traditionnelles” que ces savoirs ne présentent pas un intérêt aux fins de la détermination de la brevetabilité. En réalité, les détenteurs de savoirs traditionnels qui innovent au sein de leur système de savoirs sont à l’origine d’inventions qui, d’un point de vue technique, sont brevetables (même si, pour différentes raisons, ils ont choisi de ne pas les faire breveter). Les systèmes de savoirs traditionnels ne sont pas statiques et satisfont souvent aux besoins et aux exigences en mutation des communautés qui les maintiennent. Par conséquent, l’innovation se poursuit effectivement dans le cadre traditionnel mais souvent de manière collective ou cumulative, laquelle peut ne pas satisfaire directement aux critères de paternité de l’invention et d’activité inventive prévus par le système des brevets. En outre, les savoirs traditionnels sont souvent considérés comme

⁴ *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. v. H.N. Norton & Co. Ltd.*, [1996] RPC 76, p. 88 (per Lord Hoffmann)

détenus collectivement par les communautés, dans de nombreux cas par l'intermédiaire d'un dépositaire (chargé de maintenir et de transmettre des savoirs selon des lois ou des pratiques coutumières), ce qui s'oppose aux formes conventionnelles de détention de la propriété intellectuelle. Certains détenteurs de savoirs traditionnels ont déclaré que ces notions divergentes de processus novateur et de propriété de savoirs constituent des raisons de préférer ne pas utiliser le système des brevets pour protéger leurs inventions. Certains détenteurs de savoirs traditionnels utilisent le système des brevets pour protéger des innovations au sein de systèmes de savoirs traditionnels mais la majorité d'entre eux n'utilisent pas le système des brevets. C'est la raison pour laquelle une grande partie des savoirs traditionnels présentant un intérêt aux fins de la brevetabilité des inventions revendiquées ne seront pas divulgués dans les recherches sur la documentation en matière de brevets.

11. Des savoirs traditionnels relatifs aux propriétés bénéfiques d'une ressource génétique peuvent aider un inventeur à mettre au point une invention à partir de cette ressource génétique. Cela étant, la crainte existe de voir des revendications de demandes de brevet porter sur des inventions consistant directement en des savoirs traditionnels ou ressources génétiques existants, ou représentant des adaptations ou applications évidentes de savoirs traditionnels ou de ressources génétiques. Ces revendications peuvent alors, en principe, être non valables pour absence de nouveauté ou évidence (ou parce que le déposant ne tient du réel inventeur le droit de déposer la demande). Mais, en raison de certains obstacles concrets, il peut arriver que les savoirs traditionnels et les ressources génétiques en cause ne soient pas pris en considération au cours de l'examen.

Objet des débats en cours

12. Le lien entre les brevets, d'une part, et les ressources génétiques et les savoirs traditionnels, d'autre part, continue de faire l'objet d'un vaste débat. Plusieurs instances internationales se penchent sur des questions telles que le rôle des brevets au sein des régimes régissant l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels connexes et le partage des avantages en découlant, ainsi que la légitimité des brevets portant sur du matériel génétique. Ce projet de recommandations a une portée limitée et n'a pas pour objet de traiter directement ces importantes questions, plus vastes : en effet, elles font l'objet de délibérations actives au sein de plusieurs organisations internationales et dans le cadre d'autres processus. Ce projet de recommandations joue donc uniquement un rôle complémentaire, voire supplémentaire, et ne vise pas à court-circuiter, ni à prédéterminer les résultats de ces débats importants. Ce projet de recommandations est axé sur des aspects précis de la législation sur les brevets et des procédures dans ce domaine, qui portent sur le régime des savoirs traditionnels et des ressources génétiques connexes en rapport avec les inventions revendiquées.

Qu'est-ce que la protection défensive?

13. La "protection défensive" des savoirs traditionnels renvoie à des stratégies visant à empêcher l'acquisition de droits de propriété intellectuelle sur des savoirs traditionnels ou des ressources génétiques par d'autres parties que les gardiens habituels de ces savoirs ou ressources. La protection défensive comporte des aspects juridiques et des aspects pratiques. L'aspect juridique consiste à déterminer si le savoir traditionnel est reconnu en tant qu'état de la technique selon la législation sur les brevets du pays concerné. Les questions juridiques peuvent comprendre notamment la reconnaissance de savoirs transmis oralement, ce qui permettra de fixer une date précise de divulgation au public du savoir écrit ou oral et de déterminer si le savoir traditionnel a été divulgué de telle manière qu'il a permis au lecteur de

mettre en œuvre la technologie concernée. L'aspect pratique consiste à faire en sorte que l'information soit mise à la disposition des administrations chargées de la recherche et des examinateurs de demandes de brevet, et qu'elle leur soit effectivement accessible (grâce, notamment, à une indexation ou à un classement), afin de multiplier les chances de la trouver lors d'une recherche sur l'état de la technique pertinent. Ces deux aspects sont traités de manière approfondie dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/6. Plusieurs mécanismes pratiques de protection défensive ont été mis en œuvre au niveau international. (Un résumé récent figure dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/8.).

Préoccupations relatives à la protection défensive

14. Il est fréquemment souligné que la protection des savoirs traditionnels doit être envisagée d'une manière globale, en examinant des formes de protection positive et défensive. La protection défensive vise uniquement à empêcher des tiers d'obtenir des droits de propriété intellectuelle et n'empêche pas, en soi, des tiers d'utiliser le matériel concerné. Bien souvent, l'affirmation active des droits (protection positive) est nécessaire pour empêcher l'utilisation abusive de savoirs traditionnels par des tiers. Dans certains cas, la protection défensive peut, en fait, compromettre les intérêts des détenteurs de savoirs traditionnels, en particulier lorsqu'elle suppose que l'on donne un accès public à des savoirs traditionnels qui, autrement, resteraient non divulgués, secrets ou inaccessibles. En l'absence de droits positifs, la divulgation des savoirs traditionnels au public peut effectivement faciliter l'utilisation non autorisée de savoirs que la communauté souhaite protéger. Dès lors, les recommandations n'encouragent pas les détenteurs de savoirs traditionnels à divulguer, fixer ou publier quelque élément que ce soit de leurs savoirs, ou à consentir à la publication ou à un autre type de diffusion de ces savoirs, à moins qu'ils n'aient eu la possibilité d'étudier pleinement les conséquences de telles actions. Pour les raisons examinées ci-dessous, si son statut juridique n'est pas clair, la question des savoirs traditionnels doit être traitée avec précaution afin que ceux-ci ne risquent pas d'être divulgués involontairement à des parties non autorisées ou de tomber accidentellement dans le domaine public.

Quelques définitions

15. Il n'existe aucune définition officielle, au niveau international des savoirs traditionnels, du moins dans le cadre des instruments de propriété intellectuelle actuels. Selon l'une des définitions de travail, qui n'a aucune valeur juridique, le terme "savoirs traditionnels" s'entend "du contenu ou de la substance d'un savoir qui résulte d'une activité intellectuelle et d'une sensibilité ayant pour cadre un contexte traditionnel, et comprend le savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques et l'apprentissage qui font partie des systèmes de savoirs traditionnels, ledit savoir s'exprimant dans le mode de vie traditionnel d'une communauté ou d'un peuple, ou étant contenu dans les systèmes de savoirs codifiés transmis d'une génération à l'autre. Le terme n'est pas limité à un domaine technique spécifique et peut s'appliquer à un savoir agricole, écologique ou médical, ainsi qu'à un savoir associé à des ressources génétiques".

16. La Convention sur la diversité biologique est un instrument international fondamental portant sur les savoirs traditionnels en relation avec la biodiversité. Elle prévoit des obligations spéciales sur le respect, la conservation et le maintien des savoirs, des innovations et des pratiques des communautés autochtones et locales incarnant des modes de vie traditionnels utiles à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique. Les savoirs traditionnels sont souvent associés aux ressources génétiques. Selon la Convention

sur la diversité biologique, on entend par ressources génétiques “le matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle”. Le matériel génétique est à son tour défini comme “le matériel d’origine végétale, animale, microbienne ou autre, contenant des unités fonctionnelles de l’hérédité”.

Quelques cas de figure

17. Examinés sous l’angle des principes habituels régissant les brevets, les savoirs traditionnels peuvent avoir des caractéristiques très diverses. Le présent paragraphe contribue à illustrer cette diversité. Ainsi qu’il a été déjà indiqué, les savoirs traditionnels ne sont pas toujours “anciens” ou “antiques” et peuvent en fait être nouveaux ou novateurs. Ils peuvent être détenus par une communauté locale particulière ou être constitués en système codifié de connaissances partagées et mises en pratique sur une plus grande échelle. Ils peuvent être détenus de manière confidentielle à l’intérieur d’une communauté ou d’un groupe plus restreint ou faire partie des connaissances publiques largement diffusées, ou encore se situer entre ces deux extrêmes. Même lorsqu’ils sont divulgués au public, ils peuvent rester couverts par les lois et pratiques coutumières des communautés traditionnelles, et leurs détenteurs peuvent donc escompter qu’ils seront utilisés conformément à ces lois et pratiques. Certains savoirs traditionnels peuvent également être visés par une loi ou un arrangement relatif à l’accès et au partage des avantages qui impose des obligations quant à la façon dont ils sont utilisés par la personne qui y a accès. Un détenteur de savoirs traditionnels peut être le véritable inventeur (ou l’un des inventeurs) d’une invention revendiquée. Les cas de figure indiqués ci-après devraient aider à illustrer le contexte de ces travaux et les caractéristiques diverses des savoirs traditionnels. Ils présentent le genre de situation concrète et de questions juridiques qui peuvent se poser quant à la prise en considération des savoirs traditionnels dans l’état de la technique, ainsi que les problèmes pratiques que l’on rencontre s’agissant de localiser ces savoirs au cours de l’examen et des autres procédures en matière de brevet :

- les savoirs traditionnels ont été utilisés ouvertement, à des fins non commerciales, au sein d’une communauté traditionnelle isolée et relativement petite dans un pays étranger; ils ont été abondamment utilisés dans cette communauté mais n’ont jamais été vraiment fixés par écrit; rien n’indique qu’ils aient été connus ou utilisés en dehors de la communauté;
- les savoirs traditionnels ont été utilisés secrètement au sein d’une communauté traditionnelle, en partie à des fins thérapeutiques, et certains produits correspondant à cette utilisation ont été vendus en dehors de la communauté; les utilisateurs sont tenus, en vertu du droit coutumier, de limiter la diffusion des savoirs en tant que tels à certains membres autorisés de la communauté;
- les savoirs traditionnels ont été enregistrés dans une langue ancienne sur un parchemin fragile et de grande valeur, qui fait maintenant partie d’une collection publique; ce parchemin est cité dans un catalogue public mais seuls d’authentiques historiens peuvent y avoir accès, sur demande; et
- une invention revendiquée concerne une innovation qui relève essentiellement d’un système de savoirs traditionnels reconnu dans un pays, et qui serait évidente pour un praticien opérant dans ce système de savoirs particulier mais risque de ne pas l’être pour un chercheur du pays où le brevet est demandé.

Protection défensive des ressources génétiques

18. Souvent, les ressources génétiques et les savoirs traditionnels sont étroitement liés. Comme il a été indiqué précédemment, les ressources génétiques sont définies dans la Convention sur la diversité biologique comme “le matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle”. Bien que les ressources génétiques soient des ressources physiques, elles peuvent présenter un intérêt pour l’examen de l’état de la technique connu et la détermination de la nouveauté et de l’ingéniosité de l’invention revendiquée, par exemple lorsqu’une revendication est formulée sur un végétal ou un autre organisme. Un exemple nous en est donné par la question examinée récemment par la Commission des ressources génétiques pour l’alimentation et l’agriculture de la FAO, sur présentation du Centre international de recherche en agriculture tropicale (CIAT).⁵

Exemple donné à titre d’illustration : les Centres internationaux de recherche agricole

19. Les centres internationaux de recherche agricole du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (GCRAI) détiennent les plus importantes collections au monde de matériel génétique *ex situ* des principales cultures vivrières. En 1994, douze centres du GCRAI, y compris le CIAT, ont conclu des accords avec la FAO⁶ aux termes desquels ils ont incorporé leurs collections au Réseau international de collection *ex situ* sous les auspices de la FAO et ils ont reconnu “l’autorité intergouvernementale de la FAO et de sa Commission des ressources génétiques pour l’alimentation et l’agriculture [CGRFA] en ce qui concerne l’établissement de politiques pour le Réseau international”. Ils sont convenus de détenir en fiducie le matériel génétique désigné “pour le bien de la communauté internationale” et “de ne pas revendiquer la propriété ni demander les droits de propriété intellectuelle sur le matériel génétique désigné et les informations correspondantes”, et de transmettre cette obligation à tout bénéficiaire futur du matériel de ces collections. Cela a été accepté comme solution provisoire, dans l’attente de l’aboutissement des négociations en vue d’un Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture. Les parties à ce traité⁷, adopté le 3 novembre 2001, à son article 15, reconnaissent “l’importance pour ce traité des collections *ex situ* des ressources phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture détenues en fiducie par les Centres internationaux de recherche agronomique (CIRA) du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale”. Elles autorisent les CIRA du GCRAI et d’autres institutions internationales à détenir des collections *ex situ* de ressources phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture, conformément aux termes de ce traité.

Exemple d’un cultivar d’un champ de haricots

20. Le présent exemple est simplement cité pour illustrer les questions pratiques qui peuvent se poser à l’occasion de l’examen et de la délivrance d’un brevet concernant des inventions faisant usage de ressources génétiques. La question de savoir si un brevet particulier est valide ou non est uniquement une question de droit national (ou, le cas échéant,

⁵ Le Centre international de recherche en agriculture tropicale (CIAT) est une organisation non gouvernementale de recherche à but non lucrative qui se consacre à soulager la faim et à conserver les ressources naturelles dans les pays en développement. Il est l’un des 16 centres internationaux de recherche agricole qui sont membres du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (CGIAR). Voir: <<http://www.ciat.cgiar.org/>>

⁶ Accessible sur <<ftp://ext-ftp.fao.org/ag/cgrfa/GS/cgtexte.pdf>>.

⁷ Voir document WIPO/GRTKF/IC/2/INF.2 et est accessible sur le site <http://www.wipo.int/eng/meetings/2001/igc/doc/grtkfic2_inf2.doc>

de droit régional), à trancher par les autorités nationales ou régionales compétentes. Cet exemple concerne le brevet 5 894 079 des États-Unis, délivré le 13 avril 1999 et intitulé “Cultivar de champ de haricots dénommé enola”. Ce brevet a été accordé pour un nouveau cultivar de haricot (*Phaseolus vulgaris* L.) qui produit un grain nettement jaune avec un hile jaune qui reste relativement le même dans le temps. L’invention a trait également à une méthode de production d’un cultivar de champ de haricots en croisant un premier parent de ce végétal avec un second parent, où le premier ou le second végétal est l’objet de l’invention.⁸

21. D’après les documents de la CGRFA⁹, des questions se sont posées au sujet de la validité de ce brevet, qui “limite l’utilisation de matériel génétique de haricot à grains jaunes aux besoins de l’agronomie et de la reproduction aux États-Unis, bien que les Accords FAO-GCRAI interdisent expressément la revendication de droits de propriété intellectuelle sur du matériel génétique désigné, même en cas d’accessions accordées avant sa désignation [...]. En outre, ce brevet ne répond pas à deux conditions essentielles : la nouveauté et la non-évidence”¹⁰. La question des conditions d’accès aux collections du GCRAI n’est pas du tout traitée dans cet exemple et, en fait, comme il est indiqué ci-dessous, certains membres de la FAO ont souligné que, “en fait, le matériel n’était pas venu de collections détenues en fiducie”. Cet exemple ne traite que des exigences de nouveauté et de non-évidence qui, en fin de compte, sont des questions juridiques spécifiques examinées par les autorités nationales qui appliquent la législation nationale en matière de brevets sur la base des revendications de brevets examinées sur la base de tout état pertinent de la technique identifié. Toutefois, il se pose aussi la question pratique de savoir comment localiser et identifier l’état de la technique connu et diffuser cette information sous une forme qui en permette l’utilisation pour les procédures de délivrance de brevets. Les législations nationales ou régionales en matière de brevets utilisent diverses procédures juridiques pour déterminer la validité d’un brevet, notamment en regard de l’état de la technique porté nouvellement à la connaissance des administrations des brevets ou des autorités judiciaires. Le réexamen par l’United States Patent and Trademark Office (USPTO) est l’une de ces procédures nationales.

22. En 2000, le directeur général du CIAT a indiqué que le “haricot Enola est proche de plusieurs variétés de haricot à grains jaunes déposées dans la collection détenue en fiducie au Centre”, et que le CIAT “continuera de distribuer gratuitement ce germoplasme dans le cadre de l’Accord FAO-GCRAI”.¹¹ Le CIAT-BRU a utilisé des microsattellites (forme de marqueur moléculaire) pour examiner 21 lignées de haricot provenant des collections du CIAT à grains et hile jaunes. Il est alors apparu que “Enola” était génétiquement très proche des collections G22227 et G14024 du CIAT. La collection G22227 est une lignée provenant du Nord-Ouest du Mexique et G14024, également connue sous le nom de “Peruano”, est une lignée de

⁸ Voir document CGRFA-9/02/Inf.7, page 1.

⁹ Document CGRFA-9/02/11, Rapport sur le Réseau international de collections ex situ placées sous les auspices de la FAO, paragraphes 23-26
<<ftp://ext-ftp.fao.org/ag/cgrfa/cgrfa9/r9w13e.pdf>> et document CGRFA-9/02/Inf.7, Rapport sur le Réseau international de collections ex situ placées sous les auspices de la FAO : informations complémentaires fournies par le Centre international d’agriculture tropicale (CIAT) concernant sa demande de réexamen du brevet n° 5 894 079 des Etats-Unis
<<ftp://ext-ftp.fao.org/ag/cgrfa/cgrfa9/r9i7e.pdf>>.

¹⁰ CGRFA-9/02/Inf.7, page 2.

¹¹ Voir document CGRFA-9/02/Inf.7, page 2.

haricots que le CIAT a obtenue du Mexique mais qui, initialement, provenait du Pérou. Le CIAT-BRU a aussi démontré que “Enola” possédait de la phaséoline “T”, un marqueur commun parmi les formes sauvages et les variétés naturelles des Andes centrales péruviennes.¹²

23. En mars 2000, le directeur général du CIAT a diffusé une lettre indiquant que le haricot “Enola” est foncièrement identique, sous tous ses aspects importants, à un certain nombre de collections détenues par le CIAT dans sa banque de gènes. En mai 2000, le Bureau juridique de la FAO a adressé une lettre au directeur général du CIAT pour l’appuyer dans son intention de porter la question à l’attention de l’USPTO. Le 20 décembre 2000, le CIAT a demandé le réexamen du brevet. Les raisons invoquées étaient les suivantes :

- a) l’utilisation du germoplasme de haricot désigné, à grains jaunes, risquait d’être limitée, par le brevet, à des fins d’agronomie et d’agriculture aux États-Unis d’Amérique, et
- b) les deux exigences fondamentales pour la délivrance du brevet (nouveau et non-évidence) n’étaient pas remplies.

Le 8 février 2001, l’USPTO a fait savoir qu’il réexaminerait le brevet.

24. Lors de la neuvième session de la CGRFA, tenue du 14 au 18 octobre 2002, le CIAT a fourni des informations sur sa demande de réexamen du brevet¹³. En outre, ce cas de brevet et la question des “droits de propriété intellectuelle ... revendiqués par des tiers sur du germoplasme désigné fourni par les centres du GCRAI” ont été portés à l’attention de la CGRFA dans le “Rapport sur le Réseau international de collections *Ex Situ* placées sous les auspices de la FAO”¹⁴. Les délibérations de la commission sont résumées comme suit dans le rapport sur sa neuvième session :

“Un certain nombre de pays se sont inquiétés de ce que des droits de propriété intellectuelle avaient été accordés à tort sur du matériel provenant du Réseau international, notant, toutefois, que ces cas avaient tous été résolus. La Commission a été informée de la procédure engagée par le Centre international d’agriculture tropicale (CIAT)... Certains membres de la Commission se sont inquiétés de ce que la délivrance dans des circonstances inappropriées de droits de propriété intellectuelle risquait de saper la confiance du public dans les collections détenues en fiducie par les Centres faisant partie du Réseau international, et demandé au Directeur général de la FAO de porter l’affaire à l’attention de l’Assemblée générale des Nations Unies et de l’Organisation mondiale du commerce et de transmettre les documents, Rapport sur le Réseau international de collections *ex situ* placées sous les auspices de la FAO et Rapport sur le Réseau international de collections *ex situ* placées sous les auspices de la FAO: informations complémentaires fournies par le CIAT, concernant sa demande de réexamen du Brevet No. 5 894 079 des États-Unis à l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et à ses divers comités, en demandant à l’OMPI de collaborer avec la FAO à la réalisation d’une étude sur les incidences possibles des

¹² Voir document CGRFA-9/02/Inf.7, page 3.

¹³ Voir document CGRFA-9/02/Inf.7.

¹⁴ Voir document CGRFA-9/02/11, paragraphes 23 à 26.

droits de propriété intellectuelle sur la disponibilité et l'utilisation de matériel provenant du Réseau international et du Traité international. D'autres membres ont noté que ce matériel, en réalité, ne provenait pas des collections placées en fiducie et que la FAO avait déjà appuyé l'action du CIAT contre le brevet."¹⁵

25. Les discussions qui ont eu lieu au sein de différentes instances chargées des politiques en matière de ressources génétiques et qui ont porté sur des cas particuliers de brevets peuvent soulever des questions politiques ou juridiques plus générales qui ne sont pas abordées dans le présent document. Cependant, ce cas illustre aussi le contexte concret des stratégies de protection défensive dans le domaine des ressources génétiques. Pour simplifier les choses, on peut dire que toute la question est de savoir comment accroître la probabilité que l'information pertinente sur les ressources génétiques soit mise à la disposition des autorités chargées de délivrer les brevets, que cette information soit disponible dès le début du traitement des demandes de brevet, et qu'elle soit en fait localisée et évaluée au cours de l'examen initial de la demande de brevet. L'élaboration d'outils d'information et de collections de données dans le domaine des ressources génétiques rend cela de plus en plus réalisable. Cette information devient particulièrement importante lorsqu'il s'agit de collections internationales de germoplasme tombées dans le domaine public ou accessibles à tous. Elle porte aussi au premier plan les coûts de procédure considérables qu'une institution publique nationale ou internationale peut avoir à supporter pour contester un brevet, élément important dont il faut tenir compte lors de l'examen des stratégies de protection défensive, notamment lorsqu'il n'y a pas d'intérêt financier possible pour l'institution si sa contestation aboutit.

CONTEXTE DU PROJET DE RECOMMANDATIONS

26. Le présent projet découle d'une série d'études de cas et de propositions élaborées par différents États membres et groupes régionaux de l'OMPI qui ont préconisé que les administrations chargées de la recherche et de l'examen en matière de brevets tiennent davantage compte des savoirs traditionnels et des ressources génétiques dans l'évaluation de la validité des demandes de brevet. Ces recommandations peuvent contribuer à la réalisation d'objectifs plus larges, par exemple :

- i) aider les administrations de brevets à examiner et à mettre au point des procédures garantissant que les savoirs traditionnels pertinents seront pris en considération au cours du traitement des demandes de brevets, ce qui devrait permettre d'augmenter la probabilité que les brevets délivrés soient valables;
- ii) fournir un outil de formation et de sensibilisation aux examinateurs de brevets, aux spécialistes des brevets, aux chercheurs et aux entreprises innovantes, aux représentants des communautés, aux représentants de la société civile et à d'autres parties concernées par la validité des brevets délivrés;

¹⁵ Voir document CGRFA-9/02/REP Rapport de la Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture, paragraphe 31, accessible sur : [<ftp://ext-ftp.fao.org/ag/cgrfa9//r9repe.pdf>](ftp://ext-ftp.fao.org/ag/cgrfa9//r9repe.pdf).

iii) fournir des conseils pratiques concernant spécifiquement les cas où des détenteurs de savoirs traditionnels prennent en connaissance de cause la décision de fixer certains éléments de leurs savoirs traditionnels à des fins de publication défensive (conseils complétant le manuel sur la préservation des intérêts des détenteurs de savoirs traditionnels au cours de la fixation de ces savoirs);

iv) fournir un cadre informel de coopération entre les offices, avec par exemple la reconnaissance de la compétence particulière de certains d'entre eux en ce qui concerne des systèmes de savoirs traditionnels spécifiques (comme cela est expliqué au paragraphe 22 du document WIPO/GRTKF/IC/6/8); et

v) donner aux responsables politiques et aux législateurs des conseils généraux ou des orientations possibles au cours de l'analyse et de la mise au point de systèmes nationaux et régionaux de brevets.

27. Les sections ci-après du projet de recommandations comprendront des explications visant à faciliter leur compréhension et à les replacer dans leur contexte, suivies de recommandations particulières concernant le fonctionnement des administrations de brevets. Ces recommandations visent à susciter une prise en considération accrue et plus efficace des savoirs traditionnels au cours de la recherche et de l'examen en matière de brevets, et ce dans les limites du cadre juridique existant, ce qui devrait permettre de promouvoir concrètement l'application des principes régissant les brevets sur une base d'état de la technique plus large et une meilleure compréhension du contexte des savoirs traditionnels.

OBJECTIF

28. Le projet de recommandations vise à fournir un cadre de coopération pratique et d'élaboration de politiques qui augmente la probabilité que les brevets délivrés soient valables au regard des savoirs traditionnels et des ressources génétiques, ainsi que des systèmes de savoirs traditionnels concernés. Il est sans préjudice des autres initiatives juridiques, pratiques et générales visant à réaliser cet objectif aux niveaux national, régional et international et a pour objet de compléter les initiatives prises par ailleurs.

Recommandations proposées

- I. Les administrations de brevets devraient prendre des initiatives spécifiques et systématiques pour s'assurer que les brevets délivrés sont valables eu égard aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques, ainsi qu'aux systèmes de savoirs traditionnels pertinents.
- II. Les administrations de brevets devraient s'inspirer à cet effet des recommandations et principes directeurs ci-après dans leurs procédures de recherche et d'examen.

DESCRIPTION SUCCINCTE DES QUESTIONS

29. Cette section décrit dans les grandes lignes les problèmes, tant juridiques que pratiques, qui nuisent à la reconnaissance des savoirs traditionnels dans l'état de la technique lorsqu'il s'agit de déterminer la validité des brevets et des demandes de brevets, surtout en ce qui concerne la nouveauté et l'évidence. Elle illustre ensuite par une série de cas de figure la nature des problèmes rencontrés.

30. Les questions examinées sont notamment les suivantes :

- i) la prise en considération des savoirs traditionnels dans l'état de la technique;
- ii) les possibilités concrètes d'accès aux savoirs traditionnels; et
- iii) l'évaluation de l'activité inventive pour les innovations réalisées dans le domaine des savoirs traditionnels ou inspirés de ces savoirs.

31. Le Pérou a souligné la "nécessité d'évaluer la possibilité d'organiser et de systématiser une bonne part de ces informations [sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels] et le rôle que pourrait jouer une base de données nationale à cet égard. Autrement dit, dans quelle mesure peut-on coordonner cette base de données et ces informations avec les procédures de recherche et les examens des principaux offices de brevets à travers le monde de manière à éviter que des brevets soient délivrés sur la base d'examens partiels et limités de la nouveauté et de l'activité inventive?"

32. Cette section pourrait en outre s'inspirer de documents soumis antérieurement au comité, notamment les propositions et analyses du groupe des pays d'Amérique latine et des Caraïbes (OMPI/GRTKF/IC/1/5), du groupe des pays d'Asie et du Pacifique (WIPO/GRTKF/IC/4/14) et de la délégation du Pérou (WIPO/GRTKF/IC/5/13 et WIPO/GRTKF/IC/8/12), ainsi que des documents établis par le Secrétariat sur le sujet (OMPI/GRTKF/IC/2/6, WIPO/GRTKF/IC/5/6 et WIPO/GRTKF/IC/6/8). Cette section permettrait également de mettre en lumière la contradiction entre l'objectif de divulgation à des fins défensives et la protection des savoirs traditionnels contre toute divulgation et utilisation non autorisées ou appropriation illicite par des tiers.

Recommandations proposées

- III. Les administrations de brevets devraient être encouragées à accorder un rang de priorité approprié à la prise en considération des savoirs traditionnels pertinents et aux conséquences pratiques de la reconnaissance de ces savoirs dans l'élaboration des politiques, la répartition des ressources et la planification stratégique de leurs opérations; à analyser les incidences concrètes des savoirs traditionnels pour la recherche et l'examen; et à étudier des solutions concrètes visant à renforcer la validité des brevets au regard des savoirs traditionnels et des systèmes qu'ils constituent.

DESCRIPTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS

33. Cette section décrit la nature des savoirs traditionnels et des systèmes qu'ils constituent, en soulignant la diversité de ces systèmes et en traitant d'éléments tels que leur caractère informel, les formes traditionnelles de préservation et de transmission, la qualité communautaire de la propriété, du développement et de la transmission des savoirs traditionnels, et le rôle du droit et de la pratique coutumiers dans la gestion de l'utilisation traditionnelle et de la diffusion des savoirs. Elle démontre que, bien que s'étant développés dans un contexte traditionnel, les savoirs traditionnels ont souvent une composante technique et peuvent comprendre des informations de type empirique présentant un intérêt direct pour la brevetabilité technique des inventions revendiquées dans de nombreux domaines de la technique.

34. Cette section comprendrait des exemples de savoirs traditionnels tirés des documents déjà publiés sur des études de cas, des législations nationales et des expériences communautaires.

Recommandations proposées

- IV. Les examinateurs de brevets qui travaillent dans les domaines techniques pertinents tels que les sciences de la vie et les techniques de l'environnement devraient être formés et sensibilisés aux savoirs traditionnels et à leurs systèmes, si possible en prévoyant une formation directement dispensée par des détenteurs de ces savoirs travaillant dans un contexte traditionnel dans le pays où est établie l'administration des brevets concernée;
- V. Les administrations devraient effectuer des analyses ou des synthèses des systèmes et des savoirs traditionnels à prendre en considération aux fins des critères de brevetabilité dans leurs systèmes nationaux ou régionaux, afin d'informer ou de sensibiliser les examinateurs travaillant dans les domaines de la technique pertinents.

QUESTIONS JURIDIQUES RELATIVES AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET À LA NOUVEAUTÉ

35. La présente section décrit de manière plus détaillée les questions techniques relatives à la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets. Elle montre en particulier l'étendue générale de l'état de la technique pertinent aux fins de la détermination de la nouveauté (par exemple, divulgation locale ou à l'étranger), la nature de la divulgation requise pour établir l'absence de nouveauté, les conditions précises de reconnaissance de l'état de la technique (mise à la disposition du public, langues et publication, y compris certains éléments concernant la publication électronique ou sur l'Internet), les normes à appliquer pour établir la date effective de l'état de la technique, et le critère de continuité de la publication ou de mise à la disposition du public.

36. En ce qui concerne la nouveauté en matière de savoirs traditionnels, le groupe des pays de l'Amérique latine et des Caraïbes [Group of Countries of Latin America and the Caribbean (GRULAC)] a présenté les commentaires suivants :

D'une façon générale, les lois relatives aux brevets exigent qu'une invention présente un caractère de nouveauté universelle pour pouvoir faire l'objet d'un brevet. Si un produit ou un procédé fait déjà partie des toutes dernières nouveautés au moment du dépôt de la première demande de brevet, le brevet peut ne pas être accordé car son objet ne présente pas le degré de nouveauté requis. Ce principe est difficile à appliquer dans la pratique car la règle de ce qui devrait être considéré à cet égard comme faisant partie des toutes dernières nouveautés varie selon les lois des divers pays et régions. Dans certains cas, les seules informations considérées comme conformes à cette règle sont celles qui figurent et sont divulguées dans les documents écrits ou imprimés accessibles à certains médias (publications, bases de données accessibles au public, etc.) Inversement, ce qui n'est pas considéré comme faisant partie des toutes dernières nouveautés englobe tout élément existant dans la nature et qui n'est pas documenté, ainsi que tous produits, procédés et savoirs traditionnels non documentés que les communautés et les peuples de diverses régions du monde connaissent et utilisent depuis de nombreuses années, voir plusieurs siècles. Cette façon de rendre public ce qui est considéré comme faisant partie des toutes dernières nouveautés a pour résultats pratiques de permettre à un tiers de revendiquer dans un brevet des produits et procédés d'application qui sont déjà connus et utilisés dans diverses parties du monde. Ces insuffisances comportent des conséquences économiques et commerciales pour les utilisateurs traditionnels de la nouveauté en question, qui risquent de se voir privés de la possibilité de poursuivre leurs activités industrielles et commerciales ou d'en entreprendre de nouvelles. Le comité pourrait étudier des moyens de régler ce problème à l'échelle internationale de manière à inclure également dans les toutes dernières nouveautés ce qui est connu par l'utilisation, la commercialisation traditionnelle, la divulgation orale et tout autre moyen par lequel un produit ou un procédé a été porté à la connaissance du public¹⁶.

37. Une question particulière a trait à la reconnaissance d'informations divulguées oralement. Normalement, une grande partie des savoirs traditionnels se transmet traditionnellement de façon orale sans être ramenée à une version écrite ou fixe. Cela suscite la crainte que, dans la mesure où toute législation des brevets reconnaît spécifiquement les savoirs documentés ou écrits lorsqu'il s'agit de déterminer la validité de revendications de demandes de brevet, on s'expose au danger que des inventions revendiquées soient jugées valides même s'il se peut qu'elles impliquent l'appropriation de savoirs traditionnels divulgués oralement. On craint en effet que cela nuise aux intérêts des communautés à forte tradition orale. Du point de vue juridique, on peut reconnaître un élément divulgué de façon orale comme état de la technique pertinent, et cette reconnaissance peut être universelle, en ce sens que les savoirs révélés par n'importe quel moyen dans n'importe quelle région géographique peuvent être considérés comme état de la technique applicable au caractère de nouveauté d'une invention revendiquée¹⁷. Le fait de leur reconnaître un statut juridique pertinent pour la détermination de la validité de revendications de demandes de brevet

¹⁶ WIPO/GRTKF/IC/1/5, annexe II, page 7.

¹⁷ Voir, par exemple, la proposition à l'étude par la Commission permanente sur le droit des brevets, document SCP/9/2, p. 21.

renforcerait sensiblement le fondement juridique d'une protection défensive, sans exiger nécessairement des détenteurs de savoirs traditionnels qu'ils divulguent ou publient ces savoirs en violation du principe du consentement préalable informé. Dans la pratique, le fait de tenir compte de savoirs traditionnels divulgués de façon orale, y compris dans des juridictions étrangères, poserait des problèmes d'évidence, précisément en raison de l'absence de documentation¹⁸. Par ailleurs, on peut craindre que la documentation relative aux savoirs traditionnels transmis oralement, y compris celle établie pour les besoins des procédures de délivrance de brevets, accélère ou facilite le détournement de ces savoirs, y compris leur utilisation par des tiers à des fins commerciales sans le consentement préalable informé des détenteurs de ces savoirs¹⁹. Face à la nécessité de respecter les désirs, les intérêts et les préoccupations des détenteurs de savoirs traditionnels, on estime que la reconnaissance juridique des savoirs traditionnels divulgués de façon orale comme état de la technique renforcerait l'impact des stratégies défensives tout en laissant clairement le choix à ces détenteurs, dans la pratique, des conditions dans lesquelles ils souhaiteraient divulguer, publier ou faire connaître leurs savoirs traditionnels de quelque autre manière. Il conviendrait d'améliorer les perspectives pour les détenteurs de savoirs traditionnels de définir et de promouvoir leurs intérêts dans un cadre pratique au moyen de programmes de renforcement de leurs capacités conformes aux solutions préconisées par ces détenteurs lors de Missions d'enquête de l'OMPI²⁰, telles que le moyen d'identifier et de protéger leurs intérêts durant tout processus de documentation²¹.

38. Il ressort de la plupart des réponses au Questionnaire WIPO/GRTKF/IC/Q.5 qu'il n'y a pas de décisions judiciaires ou administratives spécifiques ou de directives d'examen se référant à l'état des savoirs traditionnels ou des ressources génétiques en tant qu'état de la technique pour déterminer la nouveauté. Certaines faisaient état de directives spécifiques en cours d'élaboration. L'Australie a rendu compte de deux cas : "Les savoirs traditionnels constituaient potentiellement un état de la technique dans deux décisions administratives publiées par l'Office australien des brevets — *Vincent Joseph Collins and Maryann Collins v William Robert McGilvray* [2002] APO 23 (voir annexe 1) et *Frank D'Amelio and Graeme A. Close v Australian All Natural Pty Ltd* [2003] APO 25 (voir annexe 2). La première application avait trait à une méthode de production d'une huile de couleur bleue à partir d'un mélange d'écorce et de bois du Cyprès originaire du Nord de l'Australie, (*Callitris intratropica*). La seconde application portait sur une composition locale comprenant un extrait aqueux d'alcool provenant du végétal *Centipeda cunninghamii* (communément appelé "old man weed"). Si ces deux décisions administratives s'appuyaient effectivement sur des documents publiés pour ce qui est de la nouveauté et de l'ingéniosité, il était clair que les savoirs traditionnels constituaient un élément important de l'état de la technique. Dans la première décision, l'un des documents se référait à l'utilisation traditionnelle de résines

¹⁸ Des considérations similaires dans le domaine des droits d'auteur ont amené notamment certaines juridictions à exiger la définition des travaux comme condition préalable à leur protection mais, comme il est indiqué dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/3, de nombreuses juridictions protègent néanmoins les ouvrages littéraires et artistiques non fixes sous une forme définitive.

¹⁹ Voir documents WIPO/GRTKF/IC/5/5 et WIPO/GRTKF/IC/5/6

²⁰ Voir "Besoins et attentes des détenteurs de savoirs traditionnels dans le domaine de la propriété intellectuelle. Rapport de Missions d'enquête de l'OMPI sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels (1998-1999), publication 768 (E/F/S)

²¹ WIPO/GRTKF/IC/6/8, paragraphe 19.

d'écorce de ce pin local par la population Tiwi aborigène du Nord de l'Australie. Dans la seconde décision, la spécification elle-même reconnaissait l'utilisation traditionnelle de l'old man weed à des fins médicinales. Il est à noter que ces deux applications ont été jugées nouvelles et originales en regard de l'état de la technique présenté à l'audience."²²

Recommandations proposées

- VI. Les administrations de brevets devraient tenir pleinement compte de la diversité des contextes lorsqu'elles évaluent la validité d'un brevet, et notamment interpréter les documents et les publications du point de vue du contexte traditionnel pertinent et de l'enseignement qui serait clair pour un détenteur du savoir traditionnel concerné; et elles devraient exposer, à titre indicatif, des moyens concrets d'y parvenir, en notant que la façon de procéder adoptée devrait rester dans les limites existantes du droit des brevets en vigueur.

QUESTIONS JURIDIQUES RELATIVES AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET À LA NON-ÉVIDENCE

39. La norme d'ingéniosité et de non-évidence tient généralement à ce qui paraîtrait évident pour le "spécialiste". Si une invention revendiquée est plus ou moins hybride et émane en partie d'un système de savoirs traditionnels et en partie d'une discipline scientifique et technologique particulière, la question se pose de savoir si le test de non-évidence peut considérer la personne comme possédant la connaissance pertinente des savoirs traditionnels. Au sein de l'OMPI, le groupe des pays asiatiques a proposé de rechercher "les moyens pratiques d'intégrer dans les procédures concrètes d'examen des brevets l'enseignement des systèmes de savoirs traditionnels de telle manière que "la personne du métier" visée dans la détermination de l'activité inventive soit notamment une personne possédant une connaissance ordinaire des systèmes de savoirs traditionnels pertinents."²³

40. Le Questionnaire WIPO/GRTKF/IC/Q.5 posait la question suivante : "Si un élément de savoir traditionnel (notamment d'un savoir traditionnel lié à certaines ressources génétiques) est considéré comme étant à la disposition du public en dehors de la communauté qui détient initialement le savoir traditionnel en question, mais que les compétences permettant d'interpréter ou de pratiquer la technique correspondant à ce savoir traditionnel n'existent que dans la seule communauté, comment établirait-on qui peut être une personne du métier aux fins de détermination de l'activité inventive?". L'échantillon présenté ci-après des réponses à cette question donne un aperçu général de l'éventail des approches possibles.

Chine : Si un élément de savoir traditionnel (notamment d'un savoir traditionnel lié à certaines ressources génétiques) est considéré comme étant à la disposition du public en dehors de la communauté qui détient initialement le savoir traditionnel en question, autrement dit, est considéré comme état de la technique, mais que les compétences permettant d'interpréter ou de pratiquer la technique correspondant à ce savoir traditionnel n'existent que dans la seule communauté, notre pratique est la suivante : si les savoirs traditionnels pertinents sont systémiques, comme par exemple, notre Médecine Zang, la personne du métier a une notion élémentaire de ces savoirs, ce qui signifie que l'examineur doit acquérir une

²² Réponse de l'Australie au Questionnaire WIPO/GRTKF/IC/9/INF/6

²³ Document WIPO/GRTKF/IC/4/14, Annexe, p. 4.

certaine connaissance élémentaire de ce système de savoirs traditionnels; si les savoirs traditionnels pertinents sont épars et l'examineur estime qu'il lui est difficile de les acquérir, l'examineur peut demander au demandeur de lui fournir des informations générales afin de rendre la demande suffisamment claire. Nous estimons toutefois que cette question pourra être discutée ultérieurement.

Office européen des brevets : Si un élément de savoir traditionnel (notamment d'un savoir traditionnel lié à certaines ressources génétiques) est considéré comme étant à la disposition du public en dehors de la communauté qui détient initialement le savoir traditionnel en question, mais que les compétences permettant d'interpréter ou de pratiquer la technique correspondant à ce savoir traditionnel n'existent que dans la seule communauté, la personne du métier est probablement considérée connaissant un ou plusieurs membres de la communauté qui détient ce savoir.

Azerbaïdjan : Si un élément de savoir traditionnel (notamment d'un savoir traditionnel lié à certaines ressources génétiques) est considéré comme étant à la disposition du public en dehors de la communauté qui détient initialement le savoir traditionnel en question, mais que les compétences permettant d'interpréter ou de pratiquer la technique correspondant à ce savoir traditionnel n'existent que dans la seule communauté, la personne du métier est évaluée de façon similaire.

Australie : En Australie, il n'y a pas de règles précises pour évaluer la personne du métier aux fins de détermination de l'activité inventive lorsqu'un élément de savoir traditionnel est en cause. Il n'y a d'objection au manque d'activité inventive que lorsqu'il peut être démontré qu'une personne du métier, pour résoudre le problème, aurait pris les mesures nécessaires pour parvenir à l'invention revendiquée. En outre, il peut se poser des problèmes liés aux circonstances indiquées ci-dessus, en ce sens que seules les connaissances générales communes qui peuvent être invoquées dans les objections au manque d'activité inventive sont celles qui ont cours en Australie. Autrement dit, si la situation décrite dans la question se produit et que les savoirs traditionnels sont ceux d'une communauté d'autochtones australiens, les connaissances générales communes sont celles qui ont cours en Australie et sont potentiellement accessibles à la personne du métier. Toutefois, si la communauté qui détient les savoirs traditionnels ne se trouve pas en Australie, cela peut poser un problème en ce sens que les connaissances générales communes à la disposition de la personne du métier ne vont pas être celles qui ont cours en Australie. Par conséquent, dans ces conditions, l'examineur peut avoir du mal à identifier la personne du métier et à accepter des objections à l'activité inventive. Si le savoir est détenu à titre confidentiel par la communauté, en particulier par ses anciens, il ne fait pas partie des connaissances générales communes et, par conséquent, il ne peut être utilisé pour évaluer l'ingéniosité."

Finlande : Serait considérée comme personne du métier toute personne ayant une connaissance générale de la technique mais pas de connaissance particulière des savoirs traditionnels. Les compétences dont seule dispose la communauté d'origine qui détient les savoirs traditionnels ne seraient pas comptées comme compétences de la personne du métier.

Trinité-et-Tobago : une personne ayant une connaissance moyenne de la technique est nécessaire. Les compétences permettant d'interpréter ou de pratiquer la technique correspondant à ce savoir traditionnel ne pourraient être considérées comme limitées à une communauté que si le savoir reste tacite, c'est-à-dire non divulgué de façon détaillée à l'extérieur de cette communauté. Une fois que le savoir devient explicite, on peut supposer que toute personne ayant une connaissance moyenne de la technique et accès au savoir explicite peut utiliser cette technique. Si le savoir reste tacite, c'est-à-dire limité à une communauté, il reste considéré comme du domaine public même s'il s'agit d'un public plus limité. Il ne peut certes pas être considéré comme secret. On peut aussi supposer que les

membres de la communauté qui détient ce savoir ont accès à d'autres savoirs explicites révélés hors de leur communauté, ce qui ajoute une autre dimension à la non-évidence, qui est souvent considérée par rapport à une personne extérieure ayant une connaissance moyenne de la technique.

Recommandations proposées

- VII. les administrations et les examinateurs de brevets devraient prendre en considération de manière suffisante le contexte traditionnel dans l'évaluation de la non-évidence des inventions revendiquées (ou de l'existence d'une activité inventive); et
- VIII. les administrations de brevets devraient tenir compte des incidences du contexte pratique des savoirs traditionnels et des pratiquants et détenteurs de ces savoirs aux fins de la détermination de "l'homme du métier".

QUALITÉ D'INVENTEUR ET DROIT DE DÉPOSER UNE DEMANDE DE BREVET

41. Il peut arriver qu'en examinant un brevet, il faille aller au-delà de la brevetabilité effective de l'invention en tant que telle et se pencher sur d'autres questions en rapport avec le droit des brevets, telles que la qualité d'inventeur et le droit de déposer une demande de brevet; la pratique des offices des brevets à cet égard varie d'un pays à l'autre. La question de la qualité d'inventeur et du droit de déposer une demande de brevet peut se poser dans les cas où le concept inventif a été dérivé en tout ou partie d'un détenteur de savoirs traditionnels, par exemple un particulier qui pratique des savoirs traditionnels, mais où cette personne n'est pas reconnue comme l'inventeur ou l'un des inventeurs de l'invention revendiquée. Cette question a donc une incidence potentielle sur les systèmes de savoirs traditionnels, et sur les brevets relatifs à des inventions qui sont des savoirs traditionnels, qui utilisent de tels savoirs ou qui s'en inspirent d'une autre manière. Le droit de demander un brevet, un titre d'inventeur, des droits de titularité, les obligations découlant de contributions non inventives, l'exécution d'obligations contractuelles et la reconnaissance formelle de la titularité, l'octroi de licences et les sûretés réelles, sont toutes des questions importantes d'un point de vue juridique pour l'acquisition, la détention et l'exécution de droits liés au brevet – et elles peuvent donc jouer un rôle dans l'accès et le partage des avantages. De manière générale, elles sont considérées de manière différente de la brevetabilité de l'invention en tant que telle (une notion plus étroite, par opposition à la validité d'un brevet sur cette invention et au droit d'être titulaire du droit afférent au brevet et de l'exercer).

42. Selon la Convention de Paris, "[l']inventeur a le droit d'être mentionné comme tel dans le brevet"²⁴ même si l'inventeur ou le co-inventeur ne peut pas prétendre au brevet lui-même. La déclaration d'identité de l'inventeur ou des inventeurs peut constituer une évaluation déterminante des individus qui ont réellement contribué de manière importante à l'invention revendiquée, et constitue les fondements de la légitimité de la demande de brevet et de tout droit attaché à un brevet délivré. Identifier l'inventeur ou les inventeurs est essentiel car le droit attaché à un brevet est dérivé, directement ou indirectement, de l'acte d'invention. Tout déposant qui n'a pas le lien requis avec le véritable ou les véritables inventeurs (par exemple en qualité d'inventeur, en qualité d'employeur de l'inventeur ou en qualité de son ayant cause) ne peut prétendre à un droit attaché à un brevet même lorsque le brevet est par ailleurs

²⁴ Article 4ter; cf PCT article 4.1)v).

pleinement valable quant au fond (nouveau, inventivité et possibilités d'application industrielle) – cette formalité apparente peut donc aussi constituer une affirmation importante d'un droit, et le fait d'omettre de divulguer le nom du véritable inventeur (y compris celui d'un des co-inventeurs) peut porter atteinte au droit attaché au brevet. Par ailleurs, il peut être obligatoire de déclarer l'origine ou les fondements du droit attaché au brevet. La Convention sur le brevet européen (article 81) prévoit que "la demande de brevet européen doit comprendre la désignation de l'inventeur. Si le demandeur n'est pas l'inventeur ou l'unique inventeur, cette désignation doit comporter une déclaration indiquant l'origine de l'acquisition du droit au brevet".

43. Lorsque le brevet repose sur le savoir (traditionnel ou non) d'une autre personne, dans la mesure où ce savoir fait partie dans une mesure importante de l'invention (ou la constitue) et que cette personne n'est pas identifiée en tant qu'inventeur, les répercussions juridiques peuvent être importantes. Il peut être invoqué à l'appui d'une revendication tendant à prouver que cette personne est habilitée à partager en tout ou en partie la titularité du brevet, ou d'une annulation ou d'une révocation du brevet²⁵. Lorsque le savoir a été divulgué au public (par exemple, par le détenteur du savoir traditionnel) avant la date de priorité attribuée au brevet, il peut aussi invalider l'invention revendiquée en raison de l'absence de nouveauté.

44. L'exigence de divulgation du nom de l'inventeur est directement liée au débat sur la détention illégale de savoirs traditionnels : c'est ce qui ressort des préoccupations exprimées devant le fait que certaines inventions revendiquées puissent comprendre des savoirs traditionnels sans que leur fournisseur n'ait donné d'autorisation. Il existe une vaste jurisprudence sur la "contribution inventive", en d'autres termes sur la façon de déterminer quel type de contribution à la mise au point d'une invention est suffisamment important pour être pris en considération dans la qualité d'inventeur (y compris la qualité de co-inventeur). Selon un expert du droit des brevets du Royaume-Uni, une idée ou une possibilité de recherche, c'est-à-dire la formulation du problème à traiter, est aussi considérée comme une activité inventive; il a cité à titre d'exemple une affaire²⁶ dans laquelle il a été affirmé qu'une personne A est le co-inventeur d'une nouvelle méthode de protection de câbles électriques lorsqu'il est peu vraisemblable que l'inventeur principal B se serait penché sur la question sans y avoir été invité par A ... [le tribunal] a pris en considération le fait que l'inventeur principal, qui ne travaillait pas dans le domaine, a seulement vu son attention attirée par B sur la possibilité d'amélioration²⁷. "La décision d'atteindre un objectif précis ne peut guère être considérée comme suffisamment créatrice pour être reconnue en tant que contribution inventive."

45. En revanche, lorsque l'activité inventive du déposant d'une demande de brevet repose sur des savoirs traditionnels en tant que fil directeur, et que ces savoirs ne font pas partie du processus inventif en tant que tel, les détenteurs ou les fournisseurs de savoirs traditionnels peuvent ne pas être considérés comme des co-inventeurs. Les résultats dans ce domaine et la distinction opérée entre une contribution inventive et une contribution non inventive peuvent aussi varier selon la façon dont les principes généraux sont appliqués dans les systèmes juridiques nationaux respectifs. En puissance, ce qui est considéré comme une contribution inventive dans un pays peut ne pas l'être dans un autre, ce qui signifie que l'obligation

²⁵ En annexe à la réponse de l'Australie figuraient les motifs de révocation, à savoir notamment le fait que le titulaire du brevet ne soit pas habilité à demander le brevet ou lorsque le brevet a été obtenu à la suite d'une fraude, d'une fausse proposition ou d'une fausse déclaration.

²⁶ *Staeng's Patent* [1996] RPC 183.

²⁷ L. Bently & B. Sherman, 'Intellectual Property Law', Oxford, 2001, p. 476.

d'identifier chaque inventeur peut, dans certains cas mal définis, varier selon les pays – lorsque des savoirs traditionnels ont directement permis un progrès ou ont constitué la première étape du processus inventif, on peut considérer qu'il s'agit là de cas mal définis. Cette éventualité est illustrée par la règle 4.6.c) du règlement d'exécution du PCT, qui prévoit que “lorsque les exigences, en la matière, des législations nationales des États désignés diffèrent, la requête peut, pour des États désignés différents, indiquer différentes personnes en tant qu'inventeurs”.

46. L'examen de la demande de brevet n'est pas normalement axé sur la question fondamentale de savoir si le déposant est habilité à déposer la demande de brevet (par exemple, il peut y avoir une exigence relative à la fourniture de documents portant sur un acte attributif indiquant que le titre a été transmis par l'inventeur au déposant mais, normalement, l'examineur ne vérifie pas séparément les circonstances relatives à la validité de l'attribution, les circonstances exactes de l'invention, ou les différentes contributions), mais cela ne signifie pas que ces questions ne sont pas pleinement prises en considération en cas de contestation (par exemple, si une tierce partie réclame une part de la titularité ou de la paternité de l'invention). Dans certains cas, la responsabilité d'examiner les questions de titularité peut ne pas incomber à l'office des brevets²⁸. Par exemple, dans la législation finlandaise :

“les litiges relatifs à la titularité d'une invention sont réglés devant les tribunaux [...] si une personne revendique auprès d'une administration des brevets la titularité d'une invention et si les circonstances sont considérées comme incertaines, l'administration des brevets peut inviter cette personne à engager des poursuites devant un tribunal dans un délai à déterminer. Si les poursuites engagées pour revendiquer la titularité d'une invention sont en instance devant un tribunal, la demande de brevet peut être suspendue jusqu'à ce que le tribunal ait statué en dernier ressort”.

Ainsi, toutes les informations requises ne sont pas nécessairement vérifiées et évaluées au cours de la procédure d'examen du brevet, même dans les systèmes de brevets où l'examen quant au fond des demandes de brevet est obligatoire. Les questions fondamentales de la paternité de l'invention et du droit du déposant à déposer une demande peuvent n'être pleinement examinées que si un brevet fait l'objet d'un litige.

47. Toutefois, lorsque l'examineur de brevets est chargé de vérifier la réalité de la qualité d'inventeur ou le droit du demandeur de déposer une demande de brevet ou de s'en voir délivré un, il peut s'avérer nécessaire de rechercher d'autres informations ou de procéder à d'autres vérifications. Examinons le scénario concret suivant :

une demande de brevet est déposée au titre d'une combinaison d'ingrédients traditionnels connus, la demande portant sur le fait que cette combinaison a un effet thérapeutique surprenant. Cet effet peut avoir été découvert par un médecin traditionnel, au cours de ses propres expériences et en adaptant des méthodes de

²⁸

En ce qui concerne l'OEB, la Grande Chambre de recours a indiqué ce qui suit : “[s]elon le système du brevet européen, l'OEB n'a pas compétence pour régler un différend quant à la question de savoir si un demandeur est habilité ou non par la loi à demander et à obtenir un brevet européen pour l'objet d'une demande particulière [...]. [Le] “protocole sur la reconnaissance”, qui fait partie intégrante de la CBE [...], donne compétence aux tribunaux des États contractants pour statuer sur les actions visant à faire valoir le droit à l'obtention du brevet européen [...]”, décision G 3/92 (Requête Latchways), 13 juin 1994.

guérison traditionnelles. En pareil cas, c'est le guérisseur traditionnel qui peut être le véritable inventeur, et il faut que le droit de déposer une demande de brevet soit juridiquement dérivé de cette personne. Si l'effet revendiqué comme surprenant de la combinaison d'ingrédients semble apparemment compatible avec un système de médecine traditionnelle connu, il peut être nécessaire de déterminer s'il apparaîtrait évident à l'homme du métier, test qui pourrait inclure les praticiens de cette forme de savoir médical traditionnel.

Recommandation proposée

- IX. Lorsque les administrations des brevets ont la compétence juridique d'examiner la question de la qualité d'inventeur ou de déposant au cours de l'examen de la demande de brevet, elles devraient envisager les incidences d'un examen de forme visant à mettre en évidence qu'un détenteur de savoirs traditionnels pourrait être un inventeur non reconnu, que le demandeur ne dérive pas le droit d'un détenteur de savoirs traditionnels qui était la source de l'invention, ou que le déposant n'était pas pour une autre raison habilité à présenter une demande ou à obtenir un brevet sur une invention fondée sur un savoir traditionnel.

QUESTIONS PRATIQUES RELATIVES À LA RECHERCHE DE SAVOIRS TRADITIONNELS COMPRIS DANS L'ÉTAT DE LA TECHNIQUE

48. Il y a relativement peu d'informations sur les savoirs traditionnels dans le système de brevets existant – à quelques exceptions près, cependant, par exemple en ce qui concerne les innovations dans le domaine de la médecine traditionnelle chinoise, que l'on trouve dans les publications chinoises sur les brevets. Mais un large éventail de sources de documentation concernant les savoirs traditionnels est déjà disponible à des fins de recherche (voir les études dans l'annexe, tirées des documents WIPO/GRTKF/IC/2/6, WIPO/GRTKF/IC/3/5 et WIPO/GRTKF/IC/3/6), ainsi que des sources de documentation analogues concernant les ressources génétiques (par exemple, le System-wide Information Network for Genetic Resources ou réseau SINGER, qui est décrit à l'annexe II du document WIPO/GRTKF/IC/5/6).

49. À titre d'illustration des actions récentes que les administrations des brevets ont engagées, sur la base d'une coopération, pour améliorer le champ pratique des recherches sur la question des savoirs traditionnels, nous citerons les exemples suivants :

l'expansion de la documentation minimale du PCT afin de couvrir une large gamme de publications relatives aux savoirs traditionnels : cette documentation comprend à présent les publications suivantes : *Journal of Ethnopharmacology*; *Journal of Chinese Medicine*; *Economic Botany*, *Journal of the Society of Economic Botany*; *Pharmaceutical Biology*; *Acta Pharmaceutica*; *Planta Medica*; *Phytochemistry*; *Journal of Nutrition*; *Journal of Natural Products*; *Fitoterapia*; *Phytotherapy Research*; *Indian Journal of Traditional Knowledge (IJTK)*, et le journal d'abrégés *Medicinal and Aromatic Plants Abstracts (MAPA)*. Ces publications ont été sélectionnées par les offices participants (les administrations internationales du PCT) sur la base de six critères : i) *description suffisante du contenu technique pour le faire figurer dans l'état de la technique, y compris possibilité de vérifier la date d'antériorité*; ii) *accès pratique aux périodiques, y compris sous forme électronique*;

iii) existence d'un texte anglais des articles ou, au minimum, d'un résumé en langue anglaise; iv) éventail des champs techniques couverts par les périodiques; v) contexte géographique des périodiques; et vi) conditions d'accès applicables aux périodiques, y compris coût et possibilités de recherche textuelle.

- La révision de la classification internationale des brevets pour une meilleure reconnaissance de la nature et de la diversité des activités novatrices traditionnelles, en particulier dans le domaine des médicaments à base de plantes. Une équipe d'experts de l'OMPI sur le classement des savoirs traditionnels a établi un nouveau groupe principal pour l'IPC, dénommé A61K 36/00, avec environ 200 sous-groupes, dans le domaine des préparations médicamenteuses contenant des plantes. Cela devrait accroître la probabilité que les examinateurs de brevet puissent localiser des savoirs traditionnels, déjà publiés, en relation avec des inventions revendiquées dans les demandes de brevets, sans pour autant avoir d'incidence négative sur le statut juridique des savoirs traditionnels du point de vue des détenteurs de ces savoirs.

Problèmes pratiques liés à l'examen des savoirs traditionnels dans la procédure en matière de brevets

50. Une importante question pratique concerne la possibilité d'étendre le champ des savoirs traditionnels qui font effectivement l'objet d'une recherche et qui sont dûment pris en considération au cours du traitement des demandes de brevets, ainsi que la façon d'axer plus efficacement la recherche sur l'état de la technique pertinent. Contrairement à ce que l'on constate dans d'autres domaines de la technologie, une grande partie de l'état de la technique pertinent pour l'examen des brevets liés aux savoirs traditionnels ne se trouve que rarement dans la documentation sur les brevets et est souvent absente des publications scientifiques générales régulièrement étudiées par les administrations des brevets. La divulgation des savoirs traditionnels dans les publications scientifiques générales est également souvent dépourvue de l'aspect "pédagogique" détaillé et du contexte global qui font partie intégrante des systèmes de savoirs traditionnels, ce qui rend encore plus difficile la détermination de la nouveauté et de l'activité inventive de l'invention revendiquée dérivée des savoirs traditionnels. À quelques exceptions notables près, la plupart des collectes de savoirs traditionnels ont été effectuées dans un but principal de publication défensive, et pour révéler des antériorités aux fins de la procédure en matière de brevets.

51. Des difficultés et préoccupations peuvent également être engendrées par une diffusion plus poussée de certains savoirs traditionnels, s'agissant notamment de savoirs traditionnels qui sont déjà publiés ou mis à la disposition du public sous d'autres formes. Conformément au principe général du consentement préalable donné en connaissance de cause, lorsqu'il y a un doute quant à la situation juridique d'un savoir traditionnel, et que des inquiétudes risquent de subsister au sein de la communauté dont provient ce savoir, sa distribution ou diffusion ultérieure devrait être limitée en conséquence.

52. Les aspects pratiques de la protection défensive des savoirs traditionnels par une publication défensive sont notamment les suivants :

a) *Consentement préalable en connaissance de cause et clarté des objectifs* : parce que la protection défensive nécessite souvent la publication en premier lieu des savoirs traditionnels ou d'informations sur les ressources génétiques, cela peut avoir des conséquences importantes pour les droits des détenteurs de savoirs traditionnels et dépositaires de ressources génétiques. Par exemple, cela peut signifier que les détenteurs de

savoirs traditionnels doivent renoncer aux droits attachés au brevet pour toute innovation ainsi divulguée, ce qui met effectivement fin à la protection de ces éléments en vertu des lois relatives aux secrets d'affaires et à la confidentialité. En ce qui concerne les éléments qui ont déjà été publiés en principe, mais ont, en réalité, un sens obscur et sont difficiles d'accès, une stratégie de protection défensive peut se traduire par une mise à disposition beaucoup plus rapide de ces éléments - ce qui peut, à son tour, augmenter la possibilité pour les tiers d'avoir accès à ces informations et de les utiliser, éventuellement de manière contraire aux intérêts et aux préoccupations des détenteurs de savoirs traditionnels. C'est pourquoi, il est essentiel d'examiner attentivement si une protection défensive constitue réellement l'objectif visé et si la communauté ou l'institution concernée souhaite réellement adopter une stratégie de protection positive ou si elle souhaite suivre une ligne de conduite à la fois positive et défensive. Il est important de s'assurer du consentement préalable en connaissance de cause de toute partie fournissant des informations ou des éléments qui seraient divulgués dans un mécanisme de protection défensive : il peut être nécessaire de fonder ce consentement sur une description complète des incidences de la divulgation. L'OMPI est en train d'élaborer un instrument pratique qui contribuera à renforcer la capacité des détenteurs de savoirs traditionnels à identifier et défendre leurs intérêts durant la recherche de documents aux fins de la procédure en matière de brevets.

b) *Date de publication sans ambiguïté* : l'état de la technique ne sera considéré comme pertinent pour l'examen quant au fond d'un brevet que s'il a été publié avant la date de dépôt ou la date de priorité de la demande de brevet. Ainsi, une date de publication sans ambiguïté est fondamentale pour la mise en œuvre d'une protection défensive efficace. Cela est particulièrement applicable aux stratégies de publication fondées sur l'Internet, dans lesquelles le contenu des pages Web est souvent modifié sans que la date de ces modifications soit clairement indiquée. La date importante est celle à laquelle les éléments ont été publiés, et non pas forcément la date à laquelle ils ont été consignés par écrit pour la première fois (par exemple, lorsque l'information a été tenue secrète et n'a été publiée que par la suite). Un autre facteur important concerne le fait qu'une demande de brevet comportant une date de priorité antérieure peut être considérée comme faisant partie de l'état de la technique pertinent : par exemple, même si la demande antérieure n'a pas été publiée à la date de priorité de la demande la plus récente, elle peut quand même être considérée comme pertinente pour la détermination de la nouveauté de la demande la plus récente. L'utilisation commerciale d'un secret antérieur peut également être valable dans certains pays et dans certaines circonstances. Les modalités juridiques dans ces domaines varient considérablement d'un pays à l'autre.

c) *Langue et moyen de publication* : le rapport coûts-avantages de la publication défensive peut varier sensiblement selon qu'elle est réalisée sur papier, qu'elle est imprimée ou qu'elle est publiée par voie électronique. Souvent, les gouvernements, organisations ou communautés souhaitant obtenir la protection défensive de leurs ressources et innovations sont freinés par des facteurs liés aux coûts et doivent prendre en considération les frais de traduction. Les parties prenantes ont probablement aussi leurs préférences en ce qui concerne le moyen de publication, selon les instruments de publication dont ils disposent déjà²⁹. Si une publication par l'Internet est choisie, il est essentiel, toutefois, qu'il soit possible de vérifier

²⁹ Par exemple, le Centre pour le folklore du Conseil de coopération du Golfe publie déjà une revue trimestrielle sur papier, qui traite également de la médecine traditionnelle. Dans ce cas, il sera probablement plus efficace et économique de fonder la stratégie défensive sur les publications existantes.

que la l'information divulguée reste constamment disponible sous la même forme depuis sa publication. Il est également important (comme indiqué à l'alinéa b)) que la date de publication soit clairement indiquée, un point qui n'est pas toujours clair en ce qui concerne les éléments diffusés sur l'Internet.

d) *Teneur de l'information divulguée* : il est essentiel, dans le cadre de la stratégie défensive, que l'information divulguée contienne une description exhaustive et complète de la notion technique en question. Si la description ne porte que sur certains aspects de la notion, elle sera moins efficace pour empêcher des revendications ultérieures sur d'autres aspects de la notion technique. La publication défensive doit donc comprendre une description de l'utilisation de la notion technique, ainsi que les utilisations démontrées dans le cadre des systèmes de savoirs traditionnels et les hypothèses sur les autres utilisations ou applications possibles de l'innovation divulguée. La description d'une notion technique doit également viser à satisfaire à l'exigence selon laquelle une personne du métier doit être en mesure de la mettre concrètement en œuvre. Si les publications défensives contiennent des déclarations selon lesquelles certaines innovations, solutions techniques ou idées ne peuvent être mises en œuvre, elles peuvent en réalité appuyer une revendication quant à la non-évidence d'une revendication de brevet connexe concernant un moyen de mise en œuvre de cette technique : il convient donc de faire ces déclarations avec prudence.

e) *Mise à la disposition du public* : l'exigence fondamentale selon laquelle des enseignements doivent être tirés de l'état de la technique repose sur le fait qu'ils doivent être mis à la disposition du public. Une jurisprudence considérable a été créée en ce qui concerne les termes "mise à disposition" et "public". En général, les informations tenues secrètes ne sont pas considérées comme faisant partie de l'état de la technique. Concernant les savoirs traditionnels, le terme "public" a été soigneusement étudié au regard de la question de savoir si un enseignement a été divulgué au "public" lors de leur utilisation dans une communauté traditionnelle mais non en dehors de cette communauté. Le terme "mise à disposition" revêt une grande importance dans le contexte des ressources génétiques et des savoirs traditionnels eu égard à l'utilisation des bases de données et de leur mise à la disposition des offices de brevets exclusivement en vertu d'accords de non-divulgaration. En règle générale, pour être considérée comme faisant partie de l'état de la technique, l'information doit avoir été mise à la disposition du public : dans certains cas, cela peut être aussi simple que de la divulguer à une seule autre personne, sans mettre cette personne dans l'obligation de la tenir secrète. Dans la pratique, afin de s'assurer que cela est pris en considération dans le cadre de la recherche et de l'examen ordinaires, il est avantageux (du point de vue de la protection défensive), de faciliter la collecte de l'information divulguée par les personnes chargées d'effectuer des recherches dans ce domaine, en particulier les examinateurs de brevets. Par ailleurs, mettre facilement l'information à disposition peut véritablement porter préjudice aux autres intérêts en matière de protection (voir l'examen en détail de ces questions dans les documents WIPO/GRTKF/IC/5/5 et WIPO/GRTKF/IC/5/12).

f) *Gestion des droits découlant de la publication défensive* : si la publication défensive vise à écarter toute possibilité d'acquisition des droits de brevet sur l'invention divulguée, elle peut créer elle-même d'autres droits de propriété intellectuelle tels que le droit d'auteur ou des droits *sui generis* relatifs aux bases de données non originales. Ces droits doivent être gérés de façon anticipée par les parties prenantes procédant à la divulgation. En outre, certaines formes de protection défensive peuvent permettre aux parties prenantes effectuant la publication de conserver certains droits ou de différer la renonciation à ces droits.

53. L'annexe à ces propositions de recommandations contient de plus amples informations sur la nature des bases de données disponibles ainsi que sur les restrictions spécifiques et les autres questions liées à la reconnaissance de savoirs traditionnels. Il est essentiel de bien comprendre que ces bases de données ont un large éventail d'objectifs et de fonctions, comme le montre cette étude comparative des objectifs, fonctions et caractéristiques techniques des bases de données et registres sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques/biologiques, décrits dans les normes de l'OMPI élaborées par le groupe des pays asiatiques et adoptées par l'IGC de l'OMPI :

<u>Objectifs</u>	<u>Fonctions</u>	<u>Caractéristiques techniques</u>	<u>Exemples de bases de données</u>
1. Conservation et préservation	1.1 Enregistrement, compilation et échange de données dans le respect de la culture	1.1.1 Caractéristiques convenues et respectueuses de la culture pour les bases de données et les répertoires	People's Biodiversity Registers (PBR), Farmers' Rights Information System (FRIS), Health Heritage Database, BNST, FRLHT Ayurvedic Materia Medica (Inde)
2. Protection défensive	2.1 Recherche et extraction de données intégrées à d'autres formes de littérature non-brevet	2.1.1 Systèmes de classement des savoirs traditionnels fondés sur la CIB	TCM Patent Database (Chine)
		2.1.2 Intégration des données relatives aux savoirs traditionnels dans les bases de données existantes et services utilisés dans le cadre des recherches d'antériorités	Health Heritage Test Database, intégrée aux BNPI de l'OMPI et au moteur de recherche du PCT, FRLHT Ayurvedic Materia Medica, Ayuta Index (Inde)
		2.1.3 Recherche et extraction fondées sur du texte	Health Heritage Test Database (Inde) Biozulua (Venezuela)
	2.2 Prise en compte de différents vocabulaires	2.2.1 Thesaurus, dictionnaires et lexiques normalisés	TCM Patent Database (Chine)
	2.3 Traduction vers des dialectes et à partir de dialectes	2.3.1 Traduction automatique	BNST (Inde)
2.4 Références bibliographiques	2.4.1 Champs de données et normes pour les références bibliographiques	BNST (Inde) et Health Heritage Test Database (Inde)	

<u>Objectifs</u>	<u>Fonctions</u>	<u>Caractéristiques techniques</u>	<u>Exemples de bases de données</u>
3. Protection positive	3.1 Échange d'informations sur les titres de propriété intellectuelle délivrés pour des savoirs traditionnels et des ressources génétiques – ou autres mécanismes en rapport avec la propriété intellectuelle	3.1.1 Champs de données et normes pour : - le titulaire du droit - le détenteur du savoir - les revendications ou autre définition de l'objet protégé - la date de la demande et de la délivrance du titre - les informations sur la gestion et l'utilisation des droits, etc.	TCM Patent Database (Chine)
		3.1.2 Normes convenues relatives aux données pour l'information sur les droits	Aucun exemple pour les savoirs traditionnels en particulier
4. Pleine participation des parties intéressées	4.1 Renforcement des capacités et assistance financière, juridique et technique	4.1.1 "Instrument" de gestion des éléments de propriété intellectuelle inhérents aux projets de fixation et de bases de données	Aucun
		4.1.2 Accessibilité pratique et économique au matériel et aux logiciels (systèmes d'exploitation (par exemple Linux) et logiciels destinés aux bases de données)	ICONS (États-Unis d'Amérique)
	4.2 Identification des parties intéressées et participation de celles-ci à la création des bases de données et à l'élaboration de la politique à suivre	4.2.2 Consultations avec des communautés autochtones et locales	National Innovation Foundation (NIF) (Inde), "StoryBase" (États-Unis d'Amérique)

<u>Objectifs</u>	<u>Fonctions</u>	<u>Caractéristiques techniques</u>	<u>Exemples de bases de données</u>
5. Contrôle des bases de données aux niveaux national et local	5.1 Fonctionnement et architecture décentralisés des réseaux d'information	5.1.1 Logiciel applicable aux bases de données réparties	ICONS (États-Unis d'Amérique)
		5.1.2 Logiciel de contrôle d'accès	"StoryBase" (États-Unis d'Amérique)
		5.1.3 Protocoles de sécurité (par exemple pare-feux, utilisant le protocole SSL, si la base de données est accessible par l'intermédiaire de sites Web...)	BNST (Inde)
6. Reconnaissance internationale de la protection défensive et positive des savoirs traditionnels	6.1 Systèmes internationaux d'échange d'informations	6.1.1 Environnement en réseau pour les bases de données relatives aux savoirs traditionnels	Aucun
		6.1.2 Normes relatives aux données, applicables à l'échange de données (par exemple interfaces XML)	Aucun

Ce que la recherche peut permettre de divulguer

54. La procédure en matière de brevets exige l'examen de certaines questions pratiques et juridiques après la divulgation des enregistrements des savoirs traditionnels pertinents, et il peut ressortir de l'étude de la première base de données consultée qu'il est nécessaire de poursuivre la recherche plus avant si les éléments ci-après n'ont pas été intégralement enregistrés dans ladite base de données :

i) *Quelle est la date effective du savoir traditionnel lorsqu'il est publié sous forme imprimée?* : les examinateurs de brevets doivent déterminer la date à laquelle une référence écrite a été "publiquement" mise à disposition ou publiquement utilisée pour pouvoir fixer la date à compter de laquelle l'existence d'inventions peut être envisagée (et la brevetabilité exclue) sur la base de cette référence. La date à laquelle une base de données relative à des savoirs traditionnels est mise à disposition en tant qu'état de la technique peut être assez récente. Si la base de données contient d'autres documents à la disposition du public, la date de publication de ces documents peut constituer une date pertinente pour l'état de la technique qui, dans ce cas, est différente de la date à laquelle la base de données a été mise à disposition.

ii) *Quand et où le savoir traditionnel a-t-il été publiquement utilisé?* : lorsque le savoir traditionnel a donné lieu à une utilisation publique et non à une publication, la localisation de cette utilisation peut avoir une incidence sur sa disponibilité en tant qu'état de la technique. La date à laquelle cette utilisation publique a eu lieu sera aussi utile.

iii) *Comment le savoir traditionnel est-il lié aux critères d'activité inventive ou d'évidence?* : pour évaluer l'activité inventive ou l'évidence, l'examineur doit déterminer si le savoir traditionnel divulgué aurait rendu l'invention revendiquée évidente à un homme du métier au moment où l'invention revendiquée a été réalisée. Les détenteurs de savoirs traditionnels devraient se pencher sur la question de savoir comment leurs savoirs traditionnels divulgués pourraient être utilisés aux fins d'une telle analyse.

iv) *Qui a accès à la base de données relative aux savoirs traditionnels et aux savoirs traditionnels sous-jacents?* : les examinateurs doivent d'habitude fournir aux déposants une copie de l'état de la technique sur lequel ils se sont fondés pour rejeter l'invention revendiquée. Lorsque la base de données relative aux savoirs traditionnels et le savoir traditionnel lui-même ne font qu'un du point de vue de la divulgation, la base de données constitue un "portail transparent" vers le savoir traditionnel. Toutefois, la portée de la divulgation dans les bases de données pouvant faire l'objet d'une recherche peut être différente de celle du savoir traditionnel. Les examinateurs devront-ils envoyer une copie de l'information se trouvant dans la base de données aux déposants? L'information se trouvant dans la base de données et les utilisations ou publications sous-jacentes relatives aux savoirs traditionnels doivent-elles être mises à disposition des déposants? Est-ce que ceux qui rédigent une demande de brevet peuvent avoir accès à la base de données à des fins de recherche dans l'état de la technique avant le dépôt de leur demande?

v) *Est-ce que la partie divulguée est suffisante pour "enseigner" ou suggérer l'invention revendiquée?* : les divulgations concernant l'état de la technique doivent habituellement être suffisamment détaillées et compréhensibles pour permettre à un homme du métier de réaliser l'invention revendiquée.

vi) *Est-ce qu'une base de données relative à des savoirs traditionnels peut avoir des répercussions sur la paternité de l'invention?* : les examinateurs de brevets sont tenus de partir du principe que la paternité de l'invention a été correctement déterminée. Ils ne peuvent mettre en question cette paternité que s'ils disposent d'informations tangibles laissant penser qu'une erreur a été commise. Le recours à une base de données relative à des savoirs traditionnels pour soulever une question de paternité peut dépendre de sa mise à disposition auprès des déposants.

Le problème des savoirs traditionnels divulgués oralement

55. Un autre moyen juridique de renforcer les stratégies défensives particulièrement approprié en ce qui concerne les savoirs traditionnels consiste en la reconnaissance des informations divulguées oralement. Beaucoup de savoirs traditionnels sont habituellement transmis oralement et ne sont normalement pas mis sous une forme écrite ou fixés. Il a donc été jugé préoccupant que, dans la mesure où un système des brevets reconnaît expressément les savoirs fixés ou écrits au moment de décider de la validité des revendications contenues dans une demande de brevet, des inventions revendiquées puissent être considérées comme valables, même lorsqu'elles peuvent impliquer l'appropriation de savoirs traditionnels divulgués oralement. Ce cas de figure est préoccupant car il serait préjudiciable aux intérêts des communautés à forte tradition orale. D'un point de vue juridique, il est possible de reconnaître des éléments divulgués oralement comme faisant partie de l'état de la technique pertinent et cette reconnaissance peut être universelle, en ce sens que les savoirs divulgués par quelque moyen que ce soit, dans n'importe quel lieu, peuvent être considérés comme éléments

de l'état de la technique susceptibles d'avoir une incidence sur la nouveauté d'une invention revendiquée³⁰. La reconnaissance juridique de ces éléments en tant qu'éléments à prendre en considération pour déterminer la validité des revendications contenues dans une demande de brevet renforcerait évidemment l'assise juridique de la protection défensive, sans nécessairement obliger les titulaires des savoirs traditionnels à divulguer ou à publier ces savoirs en violation du principe du consentement préalable donné en connaissance de cause. Dans la pratique, tenir compte des savoirs traditionnels divulgués oralement, y compris ceux qui sont divulgués à l'étranger, poserait certains problèmes en ce qui concerne l'établissement des preuves, précisément du fait de l'absence de documents³¹. Par ailleurs, la fixation des savoirs traditionnels oraux, y compris aux fins des procédures en matière de brevets, est considérée comme un facteur pouvant accélérer ou faciliter l'appropriation de ces savoirs, ce qui englobe l'utilisation commerciale de ces savoirs par des tiers sans le consentement préalable donné en connaissance de cause par les détenteurs de ces savoirs³².

Recommandations proposées

- X. Les administrations des brevets sont encouragées à incorporer dans les procédures régulières des offices la recherche systématique dans les sources existantes qui relèvent du domaine public, de savoirs traditionnels et d'informations sur les ressources génétiques, notamment dans les bases de données et les revues portées à la connaissance du comité.
- XI. Les administrations des brevets sont encouragées à donner au personnel chargé de la recherche et de l'examen une formation sur le contexte des savoirs traditionnels et sur les complexités relatives à leur utilisation et à leur traitement, de manière à s'assurer que la procédure en matière de brevets ne contribue pas à la diffusion et l'utilisation non autorisées des savoirs traditionnels.
- XII. Les administrations des brevets sont encouragées à favoriser la prise de conscience et le partage mutuel d'informations sur les sources utiles de savoirs traditionnels aux fins de la procédure en matière de brevets, dans la mesure où cela peut être fait en tenant dûment compte des besoins et intérêts des détenteurs de savoirs traditionnels concernés.

COORDINATION, CONSULTATION ET COOPÉRATION

56. La coordination, la consultation et la coopération entre les offices de brevets et d'autres parties prenantes – aux niveaux formel et informel – seront utiles pour s'assurer que les brevets ne sont pas délivrés illégitimement pour des inventions revendiquées en rapport avec des savoirs traditionnels. Les processus de consultation, en particulier, pourraient se tenir tout

³⁰ Voir, par exemple, la proposition examinée par le Comité permanent du droit des brevets (page 21 du document SCP/9/2).

³¹ Un raisonnement analogue a conduit certains pays, dans le domaine du droit d'auteur, par exemple, à exiger la fixation des œuvres comme condition préalable à la protection de ces dernières; mais, ainsi que cela est indiqué dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/3, de nombreux pays protègent néanmoins les œuvres littéraires et artistiques non fixées.

³² Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/5/5 et WIPO/GRTKF/IC/5/6.

d'abord avec les communautés autochtones et les représentants des détenteurs de savoirs traditionnels, afin de profiter de leurs connaissances spécialisées, et ensuite avec les administrations des brevets, afin de promouvoir le caractère exhaustif et non exclusif de la recherche et de l'examen.

57. Plusieurs initiatives ont été prises, notamment sous la forme de propositions législatives spécifiques, en vue de consultations directes avec les représentants des communautés concernées. Par exemple, la Nouvelle-Zélande a décrit une proposition de ce type dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2 (annexe I, pp. 13-14) et a ensuite distribué un projet de loi sur les brevets (www.med.govt.nz/upload/3358/draftbill.pdf) proposant que la procédure en matière de brevets comprenne des consultations avec un comité consultatif Maori dont les membres connaissent très bien le mātāwhiri Maori (savoir traditionnel Maori) et le tikanga Maori (protocole et culture Maoris). Ce comité consultatif serait chargé de “conseiller le Commissaire (à sa demande) afin de l'aider à déterminer a) si une invention revendiquée dans une demande de brevet est dérivée d'un savoir traditionnel Maori ou de plantes ou animaux autochtones; b) dans l'affirmative, si l'exploitation commerciale de cette invention risque d'être contraire aux valeurs Maories”.

58. L'un des avantages d'une consultation entre les autorités est la possibilité de tirer parti des exemples de mise en place de services de recherche et d'examen spécifiques se concentrant sur certains secteurs des demandes de brevet en rapport avec des savoirs traditionnels, et de partager toute directive sur la recherche et l'examen relative au traitement de demandes de brevet en rapport avec les savoirs traditionnels. Là où il existe des solutions possibles ou des mécanismes déjà en place pour partager le travail ou mettre en commun les connaissances spécialisées entre les offices des brevets, les domaines d'expertise particuliers dans certains systèmes de savoirs traditionnels peuvent être pris en compte pour l'exploitation de ces solutions ou mécanismes, de manière à ce que d'autres autorités chargées de la délivrance des brevets puissent bénéficier de ces connaissances spécialisées, dont il peut se produire qu'elles ne soient détenues que par un seul pays.

59. Par exemple, selon les informations obtenues, l'Office de la propriété intellectuelle de la Nouvelle-Zélande a “établi des directives à l'intention des examinateurs de brevets concernant les demandes de brevets intéressant les Maoris. Ces directives portent sur les inventions concernant, utilisant ou dérivées de la flore et de la faune autochtones, des personnes ou de groupes de personnes Maories, des micro-organismes autochtones (tels que virus, bactéries, champignons ou algues, si des savoirs traditionnels ou autochtones ont été utilisés dans le processus de recherche) et du matériel autochtone issu d'une source inorganique, si des savoirs traditionnels ou autochtones ont été utilisés dans le processus de recherche”.

60. On constate en particulier, dans la pratique, que certains offices des brevets tiennent de plus en plus compte, pour déterminer si les inventions fondées sur les savoirs traditionnels sont ou non brevetables, des systèmes de savoirs traditionnels dans le cadre desquels elles ont été élaborées. Par exemple, l'Office d'État de la propriété intellectuelle de la Chine (SIPO) aurait reçu 20 864 demandes de brevet dans le domaine de la médecine chinoise traditionnelle jusqu'en 2002 et cet office disposerait d'une équipe d'examineurs de brevets spécialisés dans le domaine de la médecine chinoise traditionnelle. D'une façon générale, les pays qui ont une longue expérience des savoirs traditionnels disposeront probablement de solides éléments de référence concrets pour décider si les inventions revendiquées sont véritablement nouvelles ou témoignent réellement d'une activité inventive, par rapport aux critères et au cadre de réflexion des détenteurs de savoirs traditionnels et des communautés traditionnelles. Cette expérience illustrerait comment les notions de nouveauté, d'activité inventive et de personne du métier peuvent être adaptées et appliquées de la façon la plus appropriée possible

aux innovations fondées sur les savoirs traditionnels, de façon à répondre aux préoccupations du genre de celles évoquées précédemment. Cela pourrait en temps voulu aboutir à la reconnaissance de certains offices des brevets régionaux ou nationaux de pays à l'origine de certains systèmes de savoirs traditionnels comme étant particulièrement compétents pour au moins se prononcer initialement sur la validité des revendications des demandes de brevet axées sur du "matériel" utilisant ces systèmes de savoirs traditionnels.

Recommandations proposées

- XIII. Des mécanismes consultatifs pourraient être mis au point afin de fournir des conseils de manière systématique aux administrations des brevets sur les savoirs traditionnels et les systèmes de savoirs traditionnels intéressant leurs opérations.
- XIV. Les administrations des brevets devraient partager des informations sur les sources utiles de savoirs traditionnels du domaine public et sur les ressources génétiques intéressant certains domaines de la technique (par exemple, médecine, agriculture et gestion environnementale), compte dûment tenu des préoccupations selon lesquelles cette activité ne doit pas faciliter l'accès illégitime aux savoirs traditionnels ni les utilisations illégitimes de ces savoirs.
- XV. Aucune procédure ne devrait être engagée si elle risque d'accélérer ou de faciliter la diffusion publique de savoirs traditionnels divulgués sans le consentement de leurs détenteurs.
- XVI. Une coopération formelle ou informelle devrait être entreprise pour obtenir des avis, des rapports de recherche ou d'examen, ou des informations générales concernant certaines demandes liées à des savoirs traditionnels auprès d'offices reconnus comme particulièrement compétents pour certains systèmes de savoirs ou certaines traditions, d'offices dotés d'un service de recherche et d'examen se concentrant sur un système ou un secteur particulier de savoirs traditionnels, et enfin de comités consultatifs appropriés.

EXAMEN DES DISPOSITIONS SPÉCIFIQUES S'APPLIQUANT À LA DIVULGATION DES MATÉRIELS OU RESSOURCES GÉNÉTIQUES OU BIOLOGIQUES

61. Outre les critères généraux de brevetabilité, un certain nombre de lois nationales comportent aujourd'hui des dispositions particulières exigeant du demandeur qu'il procède à des divulgations spécifiques liées à des matériels ou ressources génétiques ou biologiques et à des savoirs traditionnels utilisés pour la mise au point de l'invention revendiquée. De plus, des propositions ont été faites au niveau international pour qu'une disposition de même type figure désormais dans le droit international, en particulier dans l'Accord ADPIC de l'OMC. Pour certains examinateurs de brevets, en particulier ceux qui travaillent dans des pays où de telles dispositions existent dans la législation nationale, ces obligations de divulgation peuvent devenir partie intégrante de leurs activités relatives à des demandes de brevets en rapport avec les matériels ou ressources génétiques ou biologiques et avec les savoirs traditionnels.

62. Il s'agit là, toutefois, d'un domaine qui fait l'objet de débats et de négociations politiques permanents dans d'autres instances internationales. Pour tenir compte du fait que le mandat du comité souligne que les travaux du comité ne doivent pas préjuger des travaux menés par d'autres instances, ces directives strictement pratiques ne traitent pas directement de la question, mais l'on trouvera ci-après un bref résumé de certains des problèmes en jeu,

tiré d'un examen de ces problèmes effectué sur la base des orientations des États membres de l'OMPI, à la demande de la Conférence des Parties à la CDB; la version complète de cet examen a été largement diffusée³³. Les aspects généraux et la nature de ces exigences de divulgation sont donc décrits ci-dessous sans pour autant que soit recommandée telle ou telle approche en particulier.

i) Facteurs déclenchant l'exigence de divulgation

63. Trois fonctions générales ont été prises en considération pour élaborer des méthodes de divulgation relatives au matériel ou aux ressources génétiques ou biologiques et aux savoirs traditionnels :

a) divulguer tout matériel ou ressources génétiques ou biologiques ou savoirs traditionnels effectivement utilisés au cours de la mise au point de l'invention (fonction descriptive, habilitante ou relative à la transparence, liée au matériel ou aux ressources génétiques ou biologiques ou au savoir traditionnel lui-même et à leur rapport avec l'invention); dans le cas des ressources biologiques, cette divulgation peut aller jusqu'au dépôt effectif d'échantillons dans le cadre de l'obligation de divulguer des informations essentielles en matière de demande de brevet;

b) divulguer la source effective du matériel ou des ressources génétiques ou biologiques ou du savoir traditionnel (fonction de divulgation de la provenance, relative au lieu où le matériel ou la ressource génétique ou biologique ou le savoir traditionnel a été obtenu, c'est-à-dire provenance du lieu géographique et du pays) – ce qui peut concerner le pays d'origine (afin de préciser la juridiction dans laquelle le matériel d'origine a été obtenu), ou une localisation plus précise (par exemple, afin d'assurer que les ressources génétiques soient accessibles aux fins de la duplication ou de la reproduction de l'invention, ou qu'il soit possible de remonter jusqu'à une collectivité ou un garant spécifique); et

c) fournir un engagement ou une preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause et/ou du partage équitable des avantages (fonction de respect de l'obligation, relative à la légalité des actes régissant l'accès au matériel d'origine du matériel ou de la ressource génétique ou biologique ou du savoir traditionnel et démonstration de la légitimité de la provenance juridique) – ce qui peut entraîner l'obligation de démontrer que le matériel ou la ressource génétique ou biologique ou le savoir traditionnel utilisé dans l'invention a été obtenu et utilisé conformément aux lois applicables dans le pays d'origine ou conformément aux termes de tout accord particulier consignait le consentement préalable en connaissance de cause et des arrangements licites ont été mis en place pour le partage équitable des avantages; ou l'obligation de démontrer que l'acte de demander un brevet est accompli conformément à un consentement préalable donné en connaissance de cause.

64. Les liens sur lesquels il est possible de fonder les exigences en matière de divulgation sont notamment les suivants :

- l'accès nécessaire au matériel ou aux ressources génétiques ou biologiques pour réaliser ou reproduire l'invention revendiquée;
- l'accès nécessaire au matériel ou aux ressources génétiques ou biologiques pour mettre en œuvre le mode de réalisation préféré de l'invention ou un autre exemple donné dans la description du brevet;

³³ Voi, par exemple, WO/GA/32/8

- l'utilisation des savoirs traditionnels dans l'état de la technique connue par le déposant, ce qui présente un intérêt concernant le point de savoir si l'invention revendiquée est nouvelle et non évidente;
- l'utilisation directe, dans la mise au point de l'invention, des savoirs traditionnels mis à disposition par un détenteur de ces savoirs traditionnels, de sorte que le détenteur devient un coïventeur potentiel;
- l'utilisation, au cours de la recherche ayant abouti à l'invention, du matériel ou de la ressource génétique ou biologique ou du savoir traditionnel qui ont été fondamentaux dans la mise au point de l'invention;
- l'utilisation, au cours de la recherche ayant abouti à l'invention, du matériel ou de la ressource génétique ou biologique ou du savoir traditionnel qui n'ont joué qu'un rôle accessoire dans la mise au point de l'invention;
- l'extension de la portée d'une obligation prescrite en vertu d'un contrat d'accès ou d'une législation relative à l'accès et la recherche ayant abouti à la mise au point de l'invention, à la réalisation de l'invention elle-même ou à l'acte de déposer une demande de brevet.

ii) *Principes juridiques fondant l'exigence de divulgation*

65. L'exigence de divulgation peut découler du droit des brevets actuel, ou elle peut être fondée sur d'autres systèmes juridiques. La première catégorie comprend notamment :

- a) l'obligation de divulguer suffisamment l'invention pour qu'elle puisse être réalisée par une personne du métier et, si nécessaire, de divulguer le meilleur mode de réalisation connu de l'inventeur;
- b) l'exigence selon laquelle les revendications du brevet doivent être suffisamment appuyées par les caractéristiques techniques divulguées dans le brevet;
- c) l'exigence de fournir des informations sur l'état de la technique connu présentant un intérêt pour l'examen des revendications du brevet;
- d) l'exigence d'instituer le droit de demander ou d'obtenir un brevet;
- e) des exigences relatives à l'inscription de licences et de sûreté réelles; et
- f) une exigence découlant de l'interaction entre le droit des brevets et les principes relatifs à l'ordre public et à la moralité.

66. Les principes ne découlant pas du droit des brevets qui fondent une obligation de divulgation pourraient être issus de législations relatives à l'accès au matériel ou aux ressources génétiques ou biologiques et/ou aux savoirs traditionnels, et d'obligation de partage des avantages connexes.

- a) normes internationales, établies notamment par la Convention sur la diversité biologique et le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO);
- b) des législations nationales applicables dans le pays d'origine, le pays où la recherche a été effectuée ou l'invention réalisée ou le pays où la demande de brevet a été déposée, en particulier en ce qui concerne l'accès au matériel ou aux ressources génétiques ou biologiques et/ou aux savoirs traditionnels – leur utilisation – et les textes de loi permettant de mettre en vigueur, sur le plan juridique interne les dispositions de la CDB; et
- c) le droit contractuel peut constituer le fondement juridique en tant que tel ou, s'il s'agit de contrats ou de licences, comme le mécanisme juridique permettant de mettre en application les règlements relatifs à l'accès et au partage des avantages.

iii) Nature de l'obligation à laquelle est assujetti le déposant

67. L'obligation à laquelle est assujetti le déposant peut aller d'une exhortation ou d'un encouragement à un motif éventuel de refus ou de révocation d'un brevet. Les exigences en matière de divulgation concernant le matériel ou les ressources génétiques ou biologiques ou les savoirs traditionnels portent sur des aspects relatifs à la forme ou à la procédure (telles que les exigences concernant le format et les documents à fournir, et les délais à respecter), ainsi que sur le respect de conditions quant au fond (par exemple, la divulgation suffisante des ressources génétiques utilisées dans l'invention pour qu'une personne du métier puisse reproduire l'invention). Ainsi, plutôt que d'être classée comme purement de forme ou purement de fond, une exigence en matière de divulgation peut être considérée comme présentant deux aspects, tous les deux pouvant être importants.

68. S'il est vrai que la meilleure manière de déterminer les répercussions d'une obligation de divulguer est de faire référence aux conséquences du non-respect de cette obligation, il est, néanmoins, tout aussi important de préciser ce que l'on entend par respecter une obligation : par exemple, le déposant devrait-il aller au-delà des informations faciles à obtenir, et devrait-il activement chercher à remonter aux origines du matériel ou des ressources génétiques ou biologiques et/ou des savoirs traditionnels et étudier les conditions de leur acquisition. L'intention du déposant peut également être étudiée. Le défaut de fourniture d'informations pertinentes se fait-il de bonne foi ou résulte-t-il d'une intention frauduleuse? Et à qui devrait incomber la charge de la preuve : le déposant est-il positivement obligé de prouver que l'accès au matériel ou aux ressources génétiques ou biologiques ou aux savoirs traditionnels répond-il à certains critères ou la légalité de l'accès est-elle supposée en l'absence de toute preuve du contraire?

iv) Conséquences du non-respect de l'exigence de divulgation

69. Étant donné que, généralement, les exigences en matière de divulgation comportent aussi bien des aspects quant à la forme que des aspects quant au fond, les conséquences découlant du non-respect de l'un ou l'autre aspect peuvent être différentes. Le non-respect des exigences quant à la forme peut ne pas avoir nécessairement de conséquences graves, à condition qu'il ne résulte pas d'une intention frauduleuse, et que des mesures opportunes soient prises pour trouver une solution au problème. En revanche, le non-respect des exigences quant au fond (telle que l'exigence de divulguer suffisamment de matière pour fonder les revendications) peut avoir des conséquences de grande portée pour le sort d'une demande de brevet ou d'un brevet délivré. Les conséquences du non-respect d'une obligation particulière en matière de divulgation peuvent, en principe, découler du motif de l'obligation. La non-divulgation des ressources génétiques nécessaires pour réaliser une invention peut aboutir au refus, à la limitation ou à l'invalidation des revendications dont la légalité dépendrait de cette divulgation. La non-fourniture d'informations appropriées en vue de justifier le droit de demander ou d'obtenir un brevet peut être à l'origine de la perte du (droit au) brevet.

70. Certaines exigences en matière de divulgation ne découlent pas de conditions de fond relatives à la brevetabilité de l'invention en tant que telle, mais elles sont liées à des questions plus générales concernant le droit du déposant d'obtenir un brevet, de conserver la titularité d'un brevet, ou d'exercer des droits attachés à un brevet. À cet égard, certaines propositions et commentaires ont trait au lien qui existe entre la manière d'accéder aux ressources génétiques et la base équitable d'un brevet attaché à une invention résultant de cet accès. Certaines exigences en matière de divulgation peuvent être liées à des mécanismes juridiques distincts, y compris dans des juridictions étrangères, comme c'est le cas lorsqu'une exigence

s'étend jusqu'à la communication d'informations et de documentation sur le respect de l'accès et du partage des avantages, et peuvent viser à assurer le suivi ou à faire respecter certaines dispositions ou des contrats spécifiques. Un moyen de définir ce rapport peut consister à établir un lien entre un acte déloyal dans un contexte ou une juridiction donnés et le droit d'exercer des droits attachés à un brevet dans une autre, lorsque l'invention brevetée, résulte, d'une certaine manière de cet acte déloyal. Un autre moyen de définir ce rapport est de considérer le refus ou l'invalidation d'un droit de brevet dans une juridiction comme une forme de sanction pour le non-respect des autres lois, et de lier ce non-respect au droit d'obtenir ou de détenir un brevet. Le débat de politique générale qui a été instauré à l'échelon international, peut tirer au clair la relation entre les conditions juridiques à remplir pour obtenir et détenir un brevet dans un pays et le respect de l'accès et du partage des avantages dans un autre (c'est à dire la source des ressources génétiques et/ou des savoirs traditionnels associés).

Questions générales

71. Le système des brevets est essentiellement axé sur la transparence et la divulgation (le terme anglais "brevet" trouvant sa source dans le principe de la mise à la disposition du public pour examen). Le droit des brevets a élaboré une série de normes exigeantes relatives à la divulgation d'informations dont les fondements de principe et juridiques sont profondément ancrés dans le système de brevets. La délivrance d'un brevet et l'exercice effectif des droits qui y sont attachés sont fondés sur le principe d'une divulgation suffisante. Le fonctionnement même du système de brevets implique la mise à la disposition du public d'un grand nombre de données juridiques, administratives et techniques sous une forme harmonisée et accessible. Dans la pratique actuelle, certaines demandes de brevet divulguent effectivement des informations importantes relatives au matériel ou aux ressources génétiques ou biologiques et/ou aux savoirs traditionnels. Des divulgations, même dans les demandes de brevet actuelles, sont aujourd'hui utilisées par les parties concernées pour surveiller l'utilisation (et l'appropriation illicite potentielle) des matériels ou des ressources génétiques ou biologiques ou des savoirs traditionnels. Cette fonction de suivi remplie par le système international des brevets a été renforcée par la facilité accrue de la consultation en ligne de l'information en matière de brevets et son accessibilité.

72. L'Étude technique laisse entendre que la manière de caractériser la relation nécessaire entre le matériel ou les ressources génétiques ou biologiques et les savoirs traditionnels d'une part, et l'invention revendiquée d'autre part, est une question fondamentale. L'examen des exigences en matière de divulgation possible a déjà porté sur un large éventail de moyens d'exprimer ce lien. Le fait de mieux caractériser cette relation devrait également permettre de clarifier l'ensemble et la durée des obligations qui peuvent être attachées à ces ressources et à ces savoirs dans le pays d'origine et dans d'autres pays et de déterminer la question de savoir jusqu'à quel point ces obligations "ont une incidence" sur les activités d'invention et les demandes de brevet postérieures. Les principes généraux du droit des brevets prévoient des moyens plus spécifiques d'exprimer ce rapport, même si l'exigence ne répond pas à un objectif traditionnel relatif au brevet. Il est aussi possible de s'appuyer sur le droit des brevets pour clarifier ou mettre en œuvre des exigences plus générales en matière de divulgation : par exemple, il peut être difficile de définir dans la pratique une exigence générale de divulguer les ressources génétiques utilisées dans l'invention, qui peut être satisfaite selon un critère plus précis en vertu duquel la divulgation n'est exigée que lorsque l'accès aux ressources est nécessaire pour reproduire l'invention.

73. Une autre question essentielle concerne le fondement juridique de l'exigence en matière de divulgation en cause et son rapport avec le traitement des demandes de brevet, la délivrance des brevets et l'exercice des droits attachés au brevet. Cela soulève également la question de l'interaction juridique et pratique de l'exigence en matière de divulgation avec d'autres domaines du droit au-delà du système des brevets, y compris les lois d'autres pays.

74. Les questions juridiques et de principe répertoriées dans l'Étude technique sont notamment :

a) le rôle éventuel du système des brevets dans un pays lorsqu'il s'agit de gérer les contrats, les licences et les règlements dans d'autres domaines juridiques et dans d'autres pays, et de leur donner effet, et le règlement de problèmes de droit international privé ou de "législation applicable" posés par l'interprétation et l'application dans différentes juridictions d'obligations contractuelles et de lois régissant la légalité de l'accès au matériel ou aux ressources génétiques ou biologiques ou aux savoirs traditionnels et leur utilisation en aval;

b) la nature de l'exigence en matière de divulgation, en particulier le point de savoir s'il s'agit essentiellement d'un mécanisme de transparence s'appuyant sur le respect des lois et les règlements ne relevant pas du domaine des brevets, ou si ce mécanisme a un caractère exécutoire;

c) les différentes manières dont la législation relative aux brevets et les procédures connexes peuvent prendre en considération les circonstances et le contexte de l'activité inventive qui ne sont pas liés à l'examen de l'invention elle-même et au droit du déposant d'obtenir un brevet;

d) les situations dans lesquelles les autorités nationales peuvent imposer des exigences administratives, de procédure ou matérielles supplémentaires aux déposants de demandes de brevet, dans la limite des normes juridiques internationales actuelles s'appliquant aux procédures en matière de brevets, et le rôle de la législation relative aux principes juridiques internationaux ne relevant pas du domaine de la propriété intellectuelle à cet égard;

e) la distinction juridique et pratique (dans la mesure où cela est possible) entre les formalités attachées au brevet ou les exigences de procédure et les critères matériels de brevetabilité, et les moyens de définir les conséquences juridiques de cette distinction;

f) la clarification des questions telles que la notion de "pays d'origine" pour les ressources génétiques comprises dans des systèmes multilatéraux d'accès et de partage des avantages, les différentes méthodes de définition et de sanction des conditions d'accès et de partage des avantages aux fins des exigences en matière de divulgation dans le système de brevets, et la compatibilité entre les mécanismes d'enregistrement ou de certification des conditions d'accès et le système de brevets.

75. Une autre question à clarifier concerne le point de savoir quelles actions de l'inventeur ou du déposant de la demande de brevet visent à être suivies ou réglementées par l'exigence en matière de divulgation – l'utilisation effective de matériel ou de ressources génétiques ou biologiques ou savoirs traditionnels (y compris leur utilisation dans les activités inventives), ou l'acte de déposer une demande de brevet en tant que telle. La préoccupation peut porter sur la légalité de la recherche ou de l'utilisation commerciale de matériel ou de ressources génétiques ou biologiques ou de savoirs traditionnels, y compris le consentement préalable donné en connaissance de cause (par les détenteurs de savoirs traditionnels ou de matériel ou de ressources génétiques ou biologiques). Dans ce cas, la demande de brevet fournit une preuve de cette utilisation, qui peut poser problème. Cette préoccupation peut avoir trait à l'acte même de déposer une demande de brevet ou d'être titulaire d'un brevet (par exemple,

lorsque le consentement préalable donné en connaissance de cause est accordé à la recherche mais non à la demande de droits de propriété intellectuelle, ou lorsque le consentement préalable donné en connaissance de cause comporte un accord de cession des droits, de cotitularité des droits de transmission analogue et des droits de propriété intellectuelle obtenus ultérieurement)³⁴.

Recommandations proposées

- XVII. Sans préjuger des travaux des instances internationales sur ces questions, ni des choix politiques en la matière, il conviendrait d'étudier la possibilité d'échanger des données d'expérience sur i) les directives spécifiques applicables aux activités de recherche et d'examen en rapport avec des matériels ou ressources génétiques ou biologiques et des savoirs traditionnels utilisés pour des inventions, et ii) l'application pratique des mesures spécifiques de divulgation, du point de vue de la recherche et de l'examen.

[L'appendice suit]

³⁴ Précisions apportées en réponse aux observations du Brésil sur le document WIPO/IP/GR/05/1.

APPENDICE

ÉLÉMENTS SUPPLÉMENTAIRES

- études de cas
- dispositions citées à titre d'exemples figurant dans des principes directeurs ou des manuels d'examen d'offices
- sources d'information utiles du domaine public sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques
- détails des classes de la CIB pertinents pour les recherches sur les savoirs traditionnels
- inventaires de savoirs traditionnels dressés par le comité
- réponses au questionnaire WIPO/GRTKF/IC/Q.5.

[Fin de l'appendice et du document]