

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/4/8

ORIGINAL: anglais

DATE: 30 septembre 2002

F

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

**COMITÉ INTERGOUVERNEMENTAL DE LA PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE RELATIVE AUX RESSOURCES
GÉNÉTIQUES, AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET AU
FOLKLORE**

Quatrième session
Genève, 9 – 17 décembre 2002

ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS D'UN SYSTÈME *SUI GENERIS* DE PROTECTION
DES SAVOIRS TRADITIONNELS

Document établi par le Secrétariat

I. APERÇU

1. Le présent document est une version actualisée du document WIPO/GRTKF/3/8, qui était une étude des éléments constitutifs d'un éventuel système *sui generis* de propriété intellectuelle pour la protection des savoirs traditionnels. Il fait le point sur la situation du débat sur la protection *sui generis* des savoirs traditionnels, et examine certains des facteurs qui pourraient rendre difficile pour le moment la définition précise d'un régime juridique de la protection de ces savoirs. Il étudie la notion de protection *sui generis* des savoirs traditionnels, et souligne qu'une telle protection ne suppose pas nécessairement un régime juridique entièrement nouveau ou autonome, mais pourrait être constituée d'éléments tirés de la protection existante en matière de propriété intellectuelle, adaptés ou rendus applicables. Il examine ensuite la question de la nature de la protection de la propriété intellectuelle en général et, à partir de là, des raisons d'être une protection des savoirs traditionnels. Il souligne que les mécanismes juridiques de protection des savoirs traditionnels sont distincts des savoirs traditionnels eux-mêmes, et pourraient s'avérer incapables de saisir la nature globale de ces savoirs dans la mesure où leur fonction est essentiellement d'empêcher des tiers d'entreprendre des actes non autorisés relativement à l'objet de la protection et non d'exprimer pleinement et dans toute leur étendue ces savoirs traditionnels. À partir d'une analyse générale de la nature de l'objet des savoirs traditionnels, l'étude examine les grandes lignes d'un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, et en particulier son cadre juridique, ses objectifs généraux, son objet et les critères permettant de définir l'objet de la protection, ainsi que la titularité, la nature, l'acquisition, l'administration et l'application de ces droits. Le présent document vise à faciliter le débat et l'échange de vues, et ne prétend pas préjuger de la question de principe, qui est de savoir s'il est souhaitable ou non d'adopter des mécanismes *sui generis* de protection des savoirs traditionnels.

II. CONTEXTE

2. Établi à la demande du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore ("le comité"),¹ le document WIPO/GRTKF/IC/3/8 examinait les éléments susceptibles de constituer un système juridique distinct, *sui generis*, spécialement conçu pour la protection des savoirs traditionnels. Le comité a débattu longuement de ce document à sa troisième session en juin 2002², et a décidé qu'il devrait être actualisé et révisé en vue de servir de base pour la suite du débat. Le présent document est la version actualisée du document WIPO/GRTKF/IC/3/8, demandée par le comité. Le débat en est à une phase préliminaire, mais l'optique dans laquelle ont été abordées les questions dans le document précédent a été généralement bien accueillie. Plusieurs délégations ont indiqué que des consultations au niveau national sur le document précédent étaient encore en cours. Afin de faciliter la poursuite du débat et des consultations, le document révisé suit de près la version précédente, avec des mises à jour pour tenir compte des questions particulières mises en lumière au cours du débat et rendre le document plus systématique et plus utile. Le présent document doit être examiné conjointement avec les documents WIPO/GRTKF/IC/3/9 et 4/9, lesquels traitent des différentes définitions possibles de la notion de "savoirs traditionnels."

¹ Voir les paragraphes 1 à 3 du document WIPO/GRTKF/IC/3/8, "Éléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels."

² Voir le document WIPO/GRTKF/IC/3/17, "Rapport."

III. INTRODUCTION

3. Il serait peut-être prématuré de définir de manière définitive les caractéristiques précises d'un cadre juridique spécialement adapté aux savoirs traditionnels, surtout si ce cadre juridique doit pouvoir être largement appliqué à l'échelon international, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, même si cela fait plus de 20 ans que l'on débat dans des enceintes internationales de la nécessité de mettre au point des mécanismes de protection des savoirs traditionnels³, on n'a pas suffisamment d'expérience, tant au niveau national qu'international, pour être certain de prendre en compte toutes les options susceptibles de conduire à un système viable et efficace. Dans la pratique, une démarche descendante ou a priori visant à définir une protection *sui generis* au niveau international a moins de chances d'être efficace si elle ne fait pas référence à l'expérience acquise dans le cadre de systèmes appliqués à l'échelon national offrant des modèles pratiques de protection des savoirs traditionnels, que ce soit par le biais d'une protection *sui generis* ou de l'utilisation des systèmes de propriété intellectuelle existants.⁴

4. Deuxièmement, un certain nombre de membres du comité ont demandé que l'on examine comment il serait possible d'utiliser de manière plus efficace les mécanismes existants de propriété intellectuelle pour protéger les savoirs traditionnels.⁵ Par conséquent, il semble, pour ces membres du moins, qu'il faille définir plus précisément la manière dont les systèmes actuels peuvent être appliqués de façon appropriée aux savoirs traditionnels. Cela serait peut-être également utile pour définir le domaine particulier nécessitant la mise en place d'un nouveau système *sui generis*. Cela pourrait aussi contribuer à cerner l'interaction entre un système *sui generis* et les éléments d'autres systèmes de propriété intellectuelle applicables à la protection des savoirs traditionnels. Certains se sont dits préoccupés du risque de double protection du même objet par les systèmes de propriété intellectuelle existants et par un régime *sui generis*, même si de tels chevauchements ne sont pas rares dans d'autres domaines de la propriété intellectuelle.

5. Troisièmement, il reste encore à décider si, dans le cas où l'on mettrait en place un système *sui generis*, celui-ci s'appliquerait à toutes les manifestations et expressions des savoirs traditionnels au sens large⁶ ou s'il devrait suivre deux axes juridiques différents : selon le premier axe, les efforts déployés viseraient à mettre au point un système dûment adapté aux caractéristiques des expressions du folklore (par l'élaboration de dispositions *sui generis*,

³ L'approbation par un comité d'experts des "Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables", adoptées par l'OMPI et l'UNESCO en 1982, et l'institution de la Convention sur la diversité biologique de 1992 sont deux étapes importantes pour la réflexion sur la protection des savoirs traditionnels.

⁴ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/3/7, du 6 mai 2002, "Examen des systèmes actuels de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle."

⁵ Ibid.

⁶ À la deuxième session du comité, la délégation de l'Égypte "a fait observer qu'on ne doit pas établir de distinction entre les expressions du folklore et les savoirs traditionnels; ces deux notions étant intimement liées, toute tentative visant à les séparer soulèvera d'extrêmes difficultés". Paragraphe 167 du rapport cité dans la note 2. La délégation de l'Inde "a estimé que les expressions du folklore doivent être traitées de la même manière que toutes les autres formes de savoirs traditionnels." *Id.*, paragraphe 171.

peut-être sur la base des dispositions types adoptées par l'OMPI et l'UNESCO); selon l'autre axe, les membres envisageraient un système *sui generis* qui tienne compte des caractéristiques particulières des savoirs traditionnels techniques, notamment des savoirs traditionnels liés à la biodiversité. Du fait même de la diversité des conceptions des savoirs traditionnels, qui comportent à la fois des savoirs techniques et des expressions du folklore, la clarté et l'efficacité d'un système *sui generis* pourraient se trouver compromises; autrement dit, plus l'extension de la définition des savoirs traditionnels sera grande (couvrant tous les genres de savoirs traditionnels techniques ainsi que les savoirs liés à la biodiversité, et encore les expressions des cultures traditionnelles), plus le système juridique institué pour leur protection sera général et imprécis, et plus le but et l'objet de la protection accordée seront incertains.

6. Enfin, et en rapport avec le point précédent, se pose la question de la terminologie et de la définition, examinée dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/9: même si aucune définition exhaustive ou définitive ne fait l'objet d'un accord, une certaine forme de consensus pratique à caractère général sur la portée de l'expression "savoirs traditionnels" faciliterait les débats sur les moyens appropriés de protéger ces savoirs. De plus, comme il est dit dans ce même document, la façon dont on définit les savoirs traditionnels, et surtout les savoirs susceptibles de protection, est nécessairement liée à la forme et aux objectifs de la protection recherchée.

7. En conséquence, toute tentative visant à définir un nouveau système *sui generis* à l'échelon international avant de clarifier ces points serait sans doute prématurée, et donc inefficace, et risquerait même de retarder la mise en place de systèmes efficaces sur le plan pratique de protection des savoirs traditionnels au niveau international. Néanmoins, il est clairement apparu, au cours des travaux du comité, qu'il fallait examiner les éventuels éléments constitutifs d'un tel système, et que cela pourrait contribuer à préciser les questions et à définir le cadre pratique de la protection des savoirs traditionnels. Le présent document ne cherche donc pas à rendre superflu le débat sur la nécessité de mettre en place un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels; il recense simplement certains éléments dont on pourrait tenir compte s'il y avait consensus sur la nécessité de mettre en place un système *sui generis*.

8. Il convient, par ailleurs, de s'interroger sur la manière dont la question serait traitée par le comité si l'on parvenait à un consensus. À l'heure actuelle, le comité peut, comme auparavant, procéder à un échange de vues et d'expérience pratique concernant le lien entre la propriété intellectuelle et l'accès aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions du folklore, en mettant tout particulièrement l'accent sur les tâches qui ne nécessitent pas d'élaborer de nouvelles notions ou de nouveaux mécanismes juridiques, à savoir les débats sur la reconnaissance des savoirs traditionnels comme faisant partie de l'état de la technique et les moyens permettant aux examinateurs de demandes de brevets d'avoir accès à ces savoirs; les clauses contractuelles relatives à l'accès aux ressources génétiques, et les points de vue et l'expérience des pays concernant la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore.

9. Cependant, si l'on parvient à un consensus qui conduirait à l'élaboration d'un mécanisme propre de protection des savoirs traditionnels, la question de savoir quelle forme revêtirait ce mécanisme demeure. Le comité pourrait entreprendre des travaux en vue d'élaborer un droit non conventionnel, c'est-à-dire des lignes directrices ou des recommandations à caractère non contraignant qui seraient adoptées ou appliquées au niveau national, ce qui reviendrait à établir de fait des normes minimales harmonisées de protection

des savoirs traditionnels. On pourrait également envisager d'adopter des normes internationales qui, dans un cadre harmonisé, pourraient renforcer la protection internationale, éviter le parasitisme et l'appropriation illicite et limiter les pratiques qui faussent ou entravent le commerce international de produits et services comportant des savoirs traditionnels. De même, l'élaboration et la mise en pratique de recommandations ou de lignes directrices à caractère contraignant qui serviraient de fondement aux systèmes nationaux permettraient de mieux comprendre les éléments constitutifs essentiels d'un système national efficace, opérationnel et ayant fait ses preuves, qui pourraient ensuite être utilisés pour définir des normes internationales.

10. Même le fait de chercher à définir des éléments constitutifs de systèmes *sui generis* éventuels soulève la question de savoir s'il faut définir les caractéristiques du système essentiellement au niveau national ou international. Le comité pourrait axer ses travaux sur des systèmes de protection au niveau national, l'objectif étant ultérieurement d'en extraire des principes plus généraux qui pourraient être inscrits dans un cadre international; il pourrait aussi définir directement les éléments ou principes fondamentaux qui doivent figurer dans un cadre international, que ce soit à titre indicatif, illustratif ou plus formel.

11. En outre, il n'y a pas nécessairement de frontière nette entre les éléments constitutifs de systèmes de propriété intellectuelle existants adaptés à la protection des savoirs traditionnels, et des systèmes de protection *sui generis* des savoirs traditionnels. Pour faire comprendre ce point, prenons pour exemple la protection *sui generis* des bases de données : une compilation de données est en partie considérée comme un objet de protection distinct en vertu du droit d'auteur si elle constitue une création intellectuelle du fait du choix ou de la disposition des matières.⁷ Mais elle peut être également en partie considérée comme un objet de protection *sui generis* des bases de données au regard du système juridique de certains pays.⁸ Ces deux mécanismes juridiques ont d'ailleurs été envisagés comme des moyens d'assurer une certaine protection aux compilations de savoirs traditionnels. L'adaptation éventuelle de la protection accordée aux bases de données (que celle-ci relève du droit d'auteur ou d'un mécanisme *sui generis*) à la protection des expressions culturelles traditionnelles est étudiée dans le document WIPO/GRTKF/IC/4/3.

12. Parallèlement un éventuel système *sui generis* de propriété intellectuelle distinct créé expressément pour les savoirs traditionnels proprement dit, certains éléments *sui generis* du droit de la propriété intellectuelle peuvent être adaptés à la protection des savoirs traditionnels. Certains mécanismes *sui generis* ont été élaborés dans le cadre du droit général de la propriété intellectuelle pour répondre à des besoins pratiques particuliers ou à des objectifs généraux concernant un objet précis : il s'agit notamment de dispositions juridiques spécifiques et de mesures pratiques ou administratives. Par exemple, une obligation *sui generis* de divulguer des informations, sous la forme de dépôt d'échantillons, peut exister dans la procédure en matière de brevets s'agissant de micro-organismes.⁹ Il a été proposé de prévoir certaines obligations de divulgation d'informations relatives aux brevets délivrés pour

⁷ En vertu de l'article 10.2 de l'Accord sur les ADPIC et de l'article 5 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

⁸ Voir, par exemple, la Directive de l'UE concernant la protection juridique des bases de données (Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données (JO L 77, 27.3.1996, p. 20)).

⁹ Conformément au Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets.

des inventions découlant de ressources génétiques et de savoirs traditionnels qui y sont liés¹⁰. En ce qui concerne les savoirs traditionnels proprement dits, l'introduction dans la classification internationale des brevets de catégories ou sous-catégories distinctes pour les savoirs traditionnels pourrait être qualifiée d'élément *sui generis* d'un système existant facilitant la protection défensive des savoirs traditionnels.¹¹ Le fait d'accorder les droits des artistes interprètes ou exécutants aux interprètes d'"expressions du folklore"¹² place l'objet *sui generis* lié aux savoirs traditionnels dans un vaste système de propriété intellectuelle (la protection des droits des artistes et exécutants et des expressions culturelles traditionnelles est traitée plus à fond dans le document WIPO/GRTKF/IC/4/3). À cet égard, le comité devra peut-être examiner ou définir la limite ou l'interaction qui existe entre les éléments *sui generis* pertinents des systèmes de propriété intellectuelle existants qui ont pour effet de protéger dans une certaine mesure les savoirs traditionnels d'une part, et les éléments constitutifs de systèmes *sui generis* distincts visant expressément à protéger les savoirs traditionnels, d'autre part.

IV. POURQUOI ENVISAGER UNE PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE RELATIVE AUX SAVOIRS TRADITIONNELS?

13. Le mode de protection des savoirs traditionnels, soit par des mécanismes de propriété intellectuelle existants, soit par des éléments adaptés ou *sui generis* de système de propriété intellectuelle existants, soit encore par un système *sui generis* distinct, dépendra dans une large mesure des raisons pour lesquelles les savoirs traditionnels sont protégés, c'est-à-dire de l'objectif poursuivi par la protection des savoirs traditionnels. Les systèmes de propriété intellectuelle existants ont été utilisés pour les savoirs traditionnels à des fins diverses:

- se protéger contre des revendications de droits de propriété intellectuelle présentés par des tiers sur l'objet de savoirs traditionnels;
- protéger l'objet des savoirs traditionnels contre une divulgation ou une exploitation non autorisée, ou protéger des produits commerciaux distinctifs issus des savoirs traditionnels;
- empêcher une utilisation irrespectueuse ou inacceptable pour la culture en question de l'objet des savoirs traditionnels;
- concéder des licences et avoir la maîtrise de l'utilisation des expressions culturelles liées aux savoirs traditionnels;
- concéder des licences sur des objets de savoirs traditionnels destinés à être exploités dans des produits commerciaux produits par des tiers.

¹⁰ "Mesures visant à encourager la divulgation du pays d'origine des ressources génétiques et de l'origine des savoirs traditionnels, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales lors de la présentation de demandes visant à obtenir des droits de propriété intellectuelle", prévues au paragraphe 13.d)ii) des Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, adoptées par la sixième réunion de la Conférence des parties sur la diversité biologique. Voir l'annexe de la partie A de la décision VI/24. Voir aussi le document WIPO/GRTKF/IC/4/11, "Rapport initial sur l'étude technique relative aux obligations de divulgation liées aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels."

¹¹ Voir les paragraphes 39 et 40 du document IPC/CE/31/8, Rapport du comité d'experts de l'Union particulière pour la classification internationale des brevets (Union de l'IPC), trente et unième session, Genève, 25 février – 1^{er} mars 2002.

¹² Article 2.a) du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

14. Le but de la protection est généralement un mélange de plusieurs de ces éléments, et la priorité donnée à tel ou tel aspect varie suivant le matériel particulier à protéger – en particulier une protection défensive et une protection positive peuvent être toutes les deux requises. Il est probable qu'une protection *sui generis* autonome des savoirs traditionnels ne se limitera pas à la seule protection défensive, mais s'efforcera de créer un droit positif sur l'objet protégé. Même alors, la question demeure de savoir quels sont les droits positifs souhaités, quels sont les actes de tiers que ces droits sont appelés à limiter, et si la protection est liée à d'autres objectifs stratégiques spécifiques, tels que la protection active du patrimoine culturel, l'élimination de pratiques commerciales déloyales, la gestion équitable des ressources génétiques et la conservation de la biodiversité. Pour préciser le débat sur la protection de la propriété intellectuelle relative aux savoirs traditionnels, il est peut-être utile de se pencher sur les besoins et objectifs spécifiques des bénéficiaires éventuels. Mais en même temps, certains aspects communs à l'ensemble des systèmes de la protection de la propriété intellectuelle sont applicables à la protection des savoirs traditionnels, et c'est pourquoi, de façon générale, ces types de protection peuvent être utiles pour les savoirs traditionnels.

15. Du fait de la diversité des objectifs assignés à la protection dans la réflexion sur ce point, la question de savoir si les savoirs traditionnels relèvent de la même catégorie générale que d'autres créations intellectuelles, telles que les inventions et les travaux littéraires et artistiques protégés par des droits de propriété intellectuelle spécifiques, n'est pas tranchée. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure un système *sui generis* doit être considéré comme un système de propriété intellectuelle, et dans quelle mesure il fonctionne en dehors du cadre général de la propriété intellectuelle. On pourra alors s'interroger sur l'aspect apparemment commercial ou économique du système de la propriété intellectuelle, qui peut sembler contradictoire avec les besoins et les attentes des détenteurs de savoirs traditionnels, qui sont plus divers et de nature culturelle. Dans la plupart, mais non la totalité des cas, les savoirs traditionnels ne sont pas élaborés dans un but commercial et n'ont pas vocation à être commercialisés sous leur forme traditionnelle. C'est pourquoi certains estiment qu'ils ne doivent pas être traités comme un bien marchand, en tant qu'objet de propriété intellectuelle, et réduits à se dissoudre dans un ensemble de droits économiques. Leur appliquer une protection au titre de la propriété intellectuelle reviendrait, pour certains, à diminuer leur valeur culturelle et spirituelle, ou pire encore, à dévoyer leur nature profonde pour les transformer en marchandises. Dans une autre perspective, certains ont estimé qu'il n'existe pas de justification économique aux frais liés à l'élaboration et à la mise en œuvre d'un nouveau régime juridique de protection pour les savoirs traditionnels. Ainsi, l'argument selon lequel la protection de la propriété intellectuelle constitue une mesure d'encouragement n'est pas applicable à la protection des savoirs traditionnels, qui, presque par définition, ont été élaborés par les communautés de leur propre initiative pour répondre à leurs besoins et à leurs intérêts propres. Toutefois, cette analyse ne tient peut-être pas suffisamment compte du caractère adaptable et de la diversité des mécanismes de protection de la propriété intellectuelle.

16. La notion de "propriété intellectuelle" est généralement définie de façon large: ainsi, dans la convention instituant l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle de 1967, elle est définie par les droits spécifiques (tels que les droits relatifs aux inventions et aux marques), mais aussi "tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelle dans les

domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique.”¹³ Pourtant, il existe bien une qualité commune aux différents droits reconnus par les régimes de protection de la propriété intellectuelle. Il ne s’agit pas de droits de propriété indéfinis, fonctions de la variabilité et des caractéristiques abstraites du savoir humain; il s’agit de droits reconnus à l’égard de tiers : pour l’essentiel, ils permettent à leur titulaire d’interdire l’accès. Étant donné la nature incorporelle de leur objet, les droits de propriété intellectuelle sont définis par les limites qui entourent l’objet revendiqué, et dans la pratique s’exercent par le fait d’empêcher autrui d’utiliser ou de reproduire l’objet protégé.

17. Dans la plupart des cas, l’utilisation que les titulaires de droits de propriété intellectuelle font du matériel protégé est sans incidence sur la façon dont le droit est défini : pour la propriété intellectuelle, ce qui compte est l’utilisation que d’autres peuvent (ou ne peuvent pas) faire de ces objets, qu’il s’agisse d’un patrimoine culturel ou commercial, ou des deux à la fois. C’est à cause de cette caractéristique que les droits de propriété intellectuelle sont les mêmes pour ceux qui ne veulent pas exploiter commercialement leur patrimoine, mais qui veulent empêcher autrui de procéder à une telle exploitation. Par exemple, le droit moral d’un auteur – droit à l’intégrité et à la paternité de l’œuvre – n’est pas de nature commerciale, et d’ailleurs peut s’exercer indépendamment de ses droits patrimoniaux.¹⁴ Néanmoins, il s’intègre dans un système de propriété intellectuelle puisque l’exercice de ce droit (qui permet d’interdire des actes qui constitueraient une déformation, une mutilation ou autre modification de l’œuvre ou toute autre atteinte) suppose de mettre en œuvre exactement les mêmes moyens juridiques (par exemple des ordonnances et des demandes d’évaluation du préjudice) que les droits de propriété intellectuelle de nature commerciale. De même, dans la mesure où les savoirs traditionnels sont une expression de l’identité culturelle, des moyens juridiques permettant de faire respecter les droits correspondants sont nécessaires pour empêcher la déformation ou d’autres actes préjudiciables, même dans le cas où les détenteurs des savoirs traditionnels ne souhaitent pas commercialiser ceux-ci.

18. Ainsi, la protection par un régime de propriété intellectuelle, en elle-même, ne saurait transformer les savoirs traditionnels en marchandises: au contraire, une de ses conséquences immédiates pourrait être de donner aux détenteurs de savoirs traditionnels les moyens de se défendre contre l’utilisation abusive d’éléments de leur identité, ou contre une commercialisation non autorisée de leurs savoirs. Ces détenteurs peuvent, s’ils le souhaitent, non seulement s’abstenir de donner une dimension commerciale à leur patrimoine, mais aussi interdire à d’autres de le faire. D’un autre côté, créer un régime de propriété intellectuelle est extrêmement important pour les détenteurs de savoirs traditionnels qui, ce qui est légitime, aspirent à tirer parti économiquement de leurs savoirs ou au moins de certaines parties de

¹³ Aux termes de l’article 2 de la Convention instituant l’OMPI, “il faut entendre par [...] ‘propriété intellectuelle’, les droits relatifs : aux œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, aux interprétations des artistes et interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion, aux inventions dans tous les domaines de l’activité humaine, aux découvertes scientifiques, aux dessins et modèles industriels, aux marques de fabrique, de commerce et de services, ainsi qu’aux noms commerciaux et aux dénominations commerciales, à la protection contre la concurrence déloyale, et tous les autres droits afférents à l’activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique.”

¹⁴ Article *6bis* de la Convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques.

leurs savoirs qu'ils décident de commercialiser. C'est pourquoi, la première justification de la protection des savoirs traditionnels par un régime de propriété intellectuelle est de permettre aux détenteurs de savoirs traditionnels de préserver leur identité face à toute utilisation de leurs savoirs traditionnels qu'ils souhaitent empêcher.

19. La deuxième justification de l'utilisation d'un régime de la propriété intellectuelle pour protéger les savoirs traditionnels est d'ordre plus juridique : un système clair, transparent et efficace de protection des savoirs traditionnels accroît la sécurité juridique et la prévisibilité, dans l'intérêt non seulement des détenteurs de savoirs traditionnels, mais aussi de la société dans son ensemble, y compris des entreprises et des instituts de recherche qui constituent des partenaires potentiels de ces détenteurs. Cet avantage va au-delà de la promotion de l'innovation en tant que telle, puisque certains considèrent que les formes de protection des savoirs traditionnels par des régimes de propriété intellectuelle sont inutiles dans la mesure où l'innovation a lieu même en l'absence de protection. Le document WIPO/GRTKF/IC/3/7 présente une analyse de cette justification de la protection des savoirs traditionnels par un régime de propriété intellectuelle:

“D'un autre côté, il est vrai que les savoirs traditionnels se sont développés sans avoir besoin d'un système formel de protection de la propriété intellectuelle. Dans ce sens, on peut dire qu'ils n'ont pas besoin de la propriété intellectuelle pour se développer plus avant. Toutefois, (...) la propriété intellectuelle, et en particulier [les] brevets, [les] certificats d'obtention et [les] secrets d'affaires, n'a pas exclusivement pour but la promotion des activités inventives. Si c'était le cas, elle n'aurait aucune raison d'être dans les pays à économie centralisée ou dans les domaines dans lesquels les activités inventives fondamentales sont le fait du gouvernement ou d'institutions privées à financement public (la biotechnologie par exemple). L'existence de droits de propriété transparents et sûrs dans le domaine des savoirs joue un rôle extrêmement important dans la réduction des coûts de transaction ainsi que dans le domaine du transfert de technologie. Les brevets, par exemple, ont un rôle essentiel à jouer dans le domaine de la biotechnologie lorsque les gouvernements ou les institutions qui sont à l'origine des inventions ont besoin de transférer des inventions financées par des fonds publics sur le marché. Pour que cela se fasse de façon transparente et sûre, les droits et les obligations doivent être clairement définis et attribués. Il est donc essentiel qu'il existe un mécanisme privé d'appropriation. Le même concept s'applique aux savoirs traditionnels. Une protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle établirait des règles claires sur l'appropriation privée par les communautés traditionnelles de leurs propres expressions culturelles (y compris les savoirs techniques) ce qui réduirait l'énorme incertitude qui plane aujourd'hui sur toutes les activités de prospection biologique menées par les institutions commerciales et les organismes de recherche.”

20. L'absence d'un système transparent de protection des savoirs traditionnels a pour conséquence, dans certains cas, des coûts de transaction accrus. Ainsi, l'incertitude qui règne actuellement quant à l'accès ou l'absence d'accès à la biodiversité et aux savoirs traditionnels qui y sont liés dans un certain nombre de pays entraîne une perte de confiance dans les relations avec des partenaires commerciaux et des partenaires de recherche potentiels, au détriment non seulement des partenaires étrangers, mais aussi, tout particulièrement, des institutions nationales, qui se voient ainsi privés d'une possibilité d'accès à une technologie étrangère, et également des détenteurs de savoirs traditionnels, qui perdent ainsi des avantages financiers et non financiers éventuels. Un autre exemple est le débat en cours sur l'obligation

de justifier d'un consentement préalable donné en connaissance de cause pour les demandes de brevet relatives à des inventions dérivées de savoirs traditionnels ou ayant utilisé des éléments de savoirs traditionnels. L'utilité de cette obligation se trouverait fortement diminuée, en ce qui concerne les savoirs traditionnels, si ceux-ci faisaient l'objet de droits de propriété. Dans le cadre d'un régime de propriété intellectuelle, les détenteurs de savoirs traditionnels auraient la possibilité de faire valoir leurs droits contre toute utilisation abusive de leurs savoirs traditionnels, que ce soit dans le contexte d'une demande de brevet ou d'une utilisation commerciale directe.

21. Une troisième justification possible de la protection par un régime de propriété intellectuelle des savoirs traditionnels a trait au développement économique et à la lutte contre la pauvreté: si ces communautés le souhaitent, la reconnaissance par la loi et l'enregistrement des actifs incorporels des communautés traditionnelles permettraient de transformer ceux-ci en capital, ce qui faciliterait la création d'entreprises commerciales au sein des communautés traditionnelles.¹⁵ De nombreuses communautés traditionnelles qui vivent dans le dénuement sont en fait riches en savoir – mais ce savoir, ne faisant pas l'objet de titres de propriété légalement reconnus, risque d'être exploité commercialement par d'autres. De plus, s'ils font l'objet d'une reconnaissance par le droit de propriété, les savoirs traditionnels pourraient servir de garantie subsidiaire pour faciliter l'accès des communautés traditionnelles au crédit, dans les cas où les communautés traditionnelles choisissent délibérément de commercialiser certains éléments de leurs savoirs traditionnels. Par exemple, cette solution permettrait de promouvoir le développement d'entreprises viables fondées sur l'artisanat lié aux savoirs traditionnels; dans ce cas, la protection des savoirs traditionnels contribuerait à la fois à faciliter l'accès au marché des entreprises et à permettre aux communautés l'accès au capital nécessaire à la création d'entreprises communautaires. Si l'expérience acquise en matière d'exploitation commerciale des autres aspects des savoirs traditionnels est très limitée, il existe des possibilités dans le domaine comme les médecines traditionnelles ou parallèles, et d'autres domaines techniques, comme des produits agricoles et alimentaires originaux.

22. La quatrième justification d'une protection des savoirs traditionnels par un régime de propriété intellectuelle est liée aux relations commerciales internationales et a fait l'objet d'une analyse dans le document OMPI/RT/LDC/1/4, «La protection des savoirs traditionnels: une question mondiale de propriété intellectuelle.»¹⁶ Un argument général invoqué en faveur

¹⁵ La relation entre la reconnaissance par la loi de la propriété immobilière appartenant aux communautés pauvres et le développement économique est analysée dans l'ouvrage de Hernando de Soto, *Le mystère du capital – Pourquoi le capitalisme triomphe en Occident et échoue partout ailleurs* (édition Nouveaux horizons, 2002).

¹⁶ Paragraphe 10 du document OMPI/RT/LDC/1/4 (OMPI/CR/GE/99/3), du 29 septembre 1999, présenté à l'occasion de la Table ronde interrégionale de haut niveau sur la propriété intellectuelle à l'intention des pays les moins avancés (PMA) du 30 septembre 1999 (Genève). “Dans le cadre des négociations de l'Uruguay Round, nombreux sont les pays en développement et les pays les moins avancés qui ont accepté l'obligation de créer des normes élevées de protection de la propriété intellectuelle en vue de promouvoir le libre échange. On peut arguer du fait que la diversité biologique, et les savoirs traditionnels associés à son utilisation viable, constitue un avantage comparé pour les pays en développement et les pays les moins avancés qui en sont dotés car elle leur permettra d'être davantage présents sur les marchés mondiaux et, par conséquent, de sortir de leur pauvreté et de leur dénuement actuels. Cet exemple montre comment la protection des savoirs traditionnels aux niveaux national et international peut constituer un outil potentiellement suffisamment puissant pour faciliter

des régimes de propriété intellectuelle est que dans les pays où ils n'existent pas, les fabricants locaux, qui n'ont pas besoin de compenser les frais de recherche et développement, bénéficient d'un avantage indu. Toutes choses égales d'ailleurs, les titulaires de droits de propriété intellectuelle étrangers seront alors désavantagés par rapport aux imitateurs opérant sur place, et de ce fait, l'absence de régime de protection de la propriété intellectuelle constitue un obstacle non tarifaire au commerce. Ce principe qui vaut pour les industries pharmaceutiques, informatiques et de divertissement, vaut aussi pour les savoirs traditionnels et les intérêts commerciaux des communautés traditionnelles qui en font une exploitation économique, surtout lorsque celles-ci essaient de commercer à l'extérieur.

23. Chacune de ces justifications pourrait éventuellement s'appliquer à l'utilisation de mécanismes de propriété intellectuelle existants pour protéger un objet relevant de savoirs traditionnels, à l'utilisation de formes adaptées ou élargies de droits de propriété intellectuelle existants pour protéger les savoirs traditionnels, et également à l'utilisation de mécanismes de propriété intellectuelle *sui generis* conçus spécifiquement pour protéger les savoirs traditionnels.

V. LA NOTION DE SAVOIRS TRADITIONNELS

24. Dans le passé, le Secrétariat de l'OMPI a utilisé l'expression "savoirs traditionnels" de manière non restrictive pour désigner "des œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques fondées sur les traditions, des interprétations et exécutions, des inventions, des découvertes scientifiques, des dessins et modèles industriels, des marques, des noms et symboles, des renseignements non divulgués et toutes autres innovations ou créations fondées sur les traditions et résultant de l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique. L'expression "fondée sur les traditions" concerne les systèmes de savoirs, les créations, les innovations et les expressions culturelles qui se transmettent généralement de génération en génération, sont généralement considérés comme appartenant à un peuple particulier ou à son territoire et qui sont en mutation constante dans un environnement en évolution."¹⁷ Il ne s'agit pas d'une définition formelle des savoirs traditionnels, mais d'une notion qui, sans être aussi précise qu'une définition scientifique ou juridique restrictive, comporte néanmoins les éléments essentiels permettant de comprendre la nature et la portée des savoirs traditionnels en tant qu'objet juridique et correspond à la stratégie générale adoptée dans le cadre international de la propriété intellectuelle pour définir un objet.

[Suite de la note de la page précédente]

l'intégration des pays en développement et des pays les moins avancés dans l'économie mondiale."

Le lien inhérent qui existe entre savoirs traditionnels et commerce a conduit à inclure la question des savoirs traditionnels dans le programme de travail du Conseil des ADPIC (voir le paragraphe 19 de la Déclaration ministérielle de Doha, document WT/MIN(01)/DEC/1 du 20 novembre 2001 de l'OMC).

¹⁷ *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*, OMPI, avril 2001, page 25.

25. Le document WIPO/GRTKF/IC/3/9 s'efforce de préciser certains principes généraux applicables aux savoirs traditionnels, et conclut que pour une définition plus précise de "savoirs traditionnels", si celle-ci s'avère nécessaire, on pourrait retenir les éléments suivants:

- reconnaissance du fait que les savoirs trouvent leur origine, sont préservés et sont transmis dans un contexte traditionnel;
- possibilité d'association des savoirs à la culture ou communauté autochtone qui les a engendrés, préservés et transmis;
- introduction d'une notion de lien entre les savoirs et la communauté traditionnelle ou autochtone ou autre groupe s'identifiant à une culture traditionnelle : sentiment d'obligation de préserver les savoirs ou prise de conscience du fait que toute utilisation abusive ou avilissante des savoirs serait préjudiciable et offensante;
- d'un point de vue de propriété intellectuelle, savoirs issus de l'activité intellectuelle dans un large éventail de contextes sociaux, culturels, environnementaux et technologiques;
- désignation des savoirs comme savoirs traditionnels par la communauté concernée elle-même.¹⁸

26. L'examen des normes internationales en vigueur dans le domaine de la propriété intellectuelle démontrerait qu'il n'est pas nécessaire de définir avec précision les savoirs traditionnels pour déterminer les éléments juridiques constitutifs d'un mécanisme permettant de protéger ces savoirs. Dans la plupart des cas, le droit des brevets, par exemple, ne définit pas avec précision la notion d'"invention"; de même, des normes internationales en matière de droit des brevets ont été établies et harmonisées sans que cette notion fondamentale ait été définie de manière précise ou autorisée à l'échelon international; bien que l'on soit parvenu, dans la pratique, à faire concorder très largement les éléments constitutifs d'une "invention," il existe toujours des différences importantes au niveau national, après 120 ans d'harmonisation progressive des normes internationales. De même, dans la plupart des cas, le droit des marques ne définit pas le terme "signes"¹⁹ de manière exhaustive et laisse généralement le soin aux autorités chargées de l'examen et aux tribunaux de décider au cas par cas si un signe spécifique est considéré comme remplissant les conditions requises pour bénéficier d'une protection. Il est essentiel, pour la protection de tout objet juridique, de définir les caractéristiques que l'objet doit avoir pour être protégé – telles que la nouveauté, l'implication d'une activité inventive et la possibilité d'application industrielle pour ce qui est des inventions, et la distinction pour ce qui est des marques de fabrique ou de commerce. On pourrait suivre la même démarche pour les savoirs traditionnels.²⁰ Le document WIPO/GRTKF/IC/3/9 examine dans ce sens, de manière plus approfondie, la stratégie que l'on pourrait adopter pour définir l'objet de la protection.

27. La notion de savoirs traditionnels, telle qu'elle a été adoptée aux fins du présent document, met particulièrement l'accent sur le fait que les savoirs traditionnels sont "fondés

¹⁸ Paragraphe 35 du document WIPO/GRTKF/IC/3/9.

¹⁹ Cf. article 15.1 de l'Accord sur les ADPIC: "Tout signe ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises sera propre à constituer une marque de fabrique ou de commerce".

²⁰ Voir la "Note d'information sur les savoirs traditionnels" établie par le Secrétariat de l'OMPI à l'occasion du Forum international de l'OMPI intitulé "Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels: notre identité, notre avenir", qui s'est tenu à Mascate (Oman) les 21 et 22 janvier 2002.

sur la tradition”. Cependant, cela ne signifie pas que les savoirs traditionnels sont anciens ni qu’ils sont dépourvus de caractère technique. Les savoirs traditionnels sont “traditionnels” car ils sont l’expression des traditions des communautés. Par conséquent, le terme “traditionnel” ne se rapporte pas nécessairement à la nature des savoirs, mais à la façon dont les savoirs sont créés, préservés et transmis. Deux autres caractéristiques découlent de cette même notion : les savoirs traditionnels sont un moyen de permettre l’identification culturelle de leurs détenteurs, si bien que la préservation et l’intégrité de ces savoirs sont étroitement liées au souci de préserver des cultures distinctes; et même si les savoirs traditionnels comportent des éléments présentant un caractère pratique ou technique, ils possèdent une dimension culturelle et s’expriment dans un contexte social qui peuvent les différencier d’autres formes d’information scientifique ou technique.

28. Étant donné que leur création, leur préservation et leur transmission reposent sur des traditions culturelles, les savoirs traditionnels sont de nature culturelle et enracinés essentiellement dans une culture; ils font partie intégrante de l’identité culturelle du groupe social dans lequel ils sont utilisés et préservés. Si l’on se place sous l’angle de la culture de la communauté d’origine de ces savoirs traditionnels, chacun des éléments de ces savoirs peut contribuer à définir l’identité propre de la communauté en question. Cette caractéristique peut sembler évidente en ce qui concerne les expressions du folklore et l’artisanat, mais elle s’applique aussi à d’autres domaines des savoirs traditionnels comme la connaissance des plantes médicinales et l’agriculture. Par exemple, la connaissance par une communauté d’Amérique du Sud des vertus d’une combinaison donnée de plantes médicinales est nécessairement différente de la connaissance acquise par une communauté africaine utilisant des plantes semblables. Cela s’explique par le fait que la connaissance des vertus des plantes médicinales acquise par des communautés traditionnelles, malgré son caractère principalement technique, répond non seulement à un certain besoin pratique, mais aussi à des conceptions et des croyances culturelles.

29. Il y a là un contraste marqué avec le cas de deux inventions scientifiques distinctes émanant de deux équipes différentes d’inventeurs salariés dont l’objectif est de résoudre le même problème technique : il n’est pas rare que les deux inventions apparaissent comme étant très semblables, ce qui, sur le plan du droit des brevets, peut donner lieu à des procédures de collision ou à d’autres procédures juridiques qui débouchent sur l’attribution de la propriété à l’un ou l’autre des demandeurs²¹. Les revendications concurrentes pour des inventions qui se recoupent se règlent sans qu’il soit fait référence au cadre culturel qui a donné naissance à ces inventions. À l’inverse, la composante identité culturelle des savoirs traditionnels pourrait être très importante dans le futur cadre juridique de la protection car, étant un moyen d’identification culturelle, la protection des savoirs traditionnels, y compris ceux qui présentent un caractère technique, cesse d’être une simple question liée à l’économie ou aux droits exclusifs sur les techniques à proprement parler. En fait, la protection des savoirs traditionnels a une composante droits de l’homme, car elle touche à des questions concernant l’identité culturelle et la dignité de communautés traditionnelles. On pourrait établir également un parallèle avec la notion de “droit moral” qui existe dans le droit d’auteur, plus précisément de droit au respect et à la paternité de l’œuvre, en ce sens qu’il pourrait être jugé nécessaire de protéger les savoirs traditionnels contre une utilisation qui heurte les sensibilités culturelles ou contre d’autres formes non économiques d’utilisation jugées abusives.

²¹ La loi relative à la protection et à la promotion des savoirs médicinaux traditionnels thaïs admet des procédures de collision dans le contexte de l’enregistrement des savoirs traditionnels. Voir ci-après, chapitre VIII.

Certaines mesures de réparation, telles que des dommages-intérêts supplémentaires, peuvent être également prévues lorsque l'utilisation du matériel protégé heurte les sensibilités culturelles.

30. Le fait que les savoirs traditionnels sont créés dans un cadre culturel particulier entraîne une autre conséquence importante : pour comprendre la nature exacte des savoirs traditionnels ou même simplement les fixer ou les définir, il sera peut-être nécessaire de comprendre les influences culturelles qui les ont façonnés. Peu importe que les savoirs traditionnels soient créés ou non dans le cadre d'une tradition formelle ou systématique ou dans un cadre plus informel ou ponctuel, ils tendent à être élaborés d'une façon qui est étroitement liée à l'environnement immédiat dans lequel vivent les communautés traditionnelles, et à s'adapter à l'évolution de la communauté en question. Ils peuvent, à cet égard, avoir un fondement empirique. Cependant, les savoirs traditionnels peuvent être élaborés selon des systèmes de connaissances et être intégrés dans des notions et croyances systématiques. Des règles de nature culturelle peuvent être appliquées à la façon dont l'innovation progresse. Toutefois, d'un point de vue extérieur ou universel, les savoirs traditionnels peuvent apparaître comme étant créés de manière non systématique ou non méthodique pour plusieurs raisons : premièrement, parce que les règles ou le système qui régissent la création de ces savoirs peuvent être transmis de manière informelle ou culturelle; deuxièmement, parce que l'élément systématique n'est pas expressément exposé et, troisièmement, parce que le processus conduisant à la création de savoirs traditionnels n'est peut-être pas fixé de manière formelle comme le sont la majorité des informations scientifiques et techniques. La manière non systématique dont sont créés apparemment les savoirs traditionnels ne diminue en rien leur valeur culturelle ni leur valeur sur le plan de l'avantage technique et soulève la question de savoir comment répertorier ou définir leurs liens avec le système de connaissances propre à une culture, un ensemble de règles ou de principes directeurs, ou un ensemble de croyances fondamentales qui ont contribué à les façonner. Comme pour la caractéristique "fondée sur la tradition", la caractéristique "non formelle" apparente conduit à mettre particulièrement l'accent sur le cadre dans lequel les savoirs traditionnels sont créés et sur la nécessité éventuelle d'examiner les éléments constitutifs de ce cadre culturel en même temps que les connaissances à proprement parler. Cette troisième caractéristique essentielle des savoirs traditionnels peut avoir une incidence sur la façon dont ils seront décrits et revendiqués dans le cas où il faudrait établir un système *sui generis* d'enregistrement des savoirs traditionnels.

31. La définition d'autres caractéristiques permettant de préciser la portée de l'objet de la protection est, bien entendu, une question qui doit être examinée dans le cadre des législations nationales. Des limitations seront prévues en fonction des objectifs généraux de la protection. Par exemple, les législations nationales peuvent accorder une protection aux savoirs qui sont détenus seulement par certaines communautés. Dans le même ordre d'idée, la législation peut limiter la protection des savoirs traditionnels détenus par des communautés autochtones.²² Les lois peuvent également déterminer le domaine technique auquel l'objet protégé se rapporte car elles visent à atteindre certains objectifs généraux liés à ce domaine particulier de connaissances. Par exemple, on peut accorder une protection uniquement aux savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques (ou, plus généralement, biologiques)²³ ou aux

²² Voir les articles 1 et 2.a) de la loi n° 27.811 du 10 août 2001 du Pérou.

²³ Le décret-loi n° 118/2002 du Portugal, du 20 avril 2002, protège les savoirs traditionnels liés à l'utilisation commerciale ou industrielle des variétés locales et d'autres matériels endogènes ayant une valeur effective ou potentielle pour l'agriculture, la sylviculture et les activités d'aménagement du paysage, y compris les variétés locales et le matériel spontané (article 3.1)).

médecines traditionnelles²⁴. Il est également possible de lier la protection au fait que les savoirs traditionnels sont susceptibles d'une exploitation commerciale²⁵ – ce qui a pour effet d'écarter les connaissances à caractère purement religieux et culturel tels que les rituels et les ressources sacrées. Dans ce cas, l'objectif général serait uniquement de régler les problèmes liés à l'exploitation commerciale des savoirs traditionnels, en laissant le soin à d'autres instruments juridiques (notamment le droit coutumier, s'il y a lieu) de traiter de ces savoirs dans le cadre religieux et culturel.

32. Il convient de noter que toute caractéristique, comme les trois mentionnées ci-dessus, ajoutée dans le but de mieux définir la portée de la protection se traduira nécessairement par une réduction de l'ampleur de celle-ci dans la pratique. Néanmoins, l'une des particularités des systèmes de propriété intellectuelle est que la protection juridique effectivement accordée ne s'applique pas à tous les objets relevant d'une définition générale de l'objet visé; il s'agit, dans une certaine mesure, d'une caractéristique inévitable à des systèmes ou des normes convenus à l'échelon international, ce qui n'exclut pas d'adopter une démarche plus large au niveau du droit interne.

33. Pour terminer, il convient de préciser²⁶ que la nature de l'objet des savoirs traditionnels, de façon générale, doit être distinguée des droits spécifiques qui leur sont accordés – qu'il s'agisse de droits de propriété intellectuelle existants, ou de droits *sui generis* distincts. Autrement dit, les droits de propriété intellectuelle (qu'ils soient *sui generis* ou non) ne peuvent être assimilés aux savoirs traditionnels qu'ils protègent. D'ailleurs, le même objet des savoirs traditionnels peut bien souvent être protégé par plusieurs droits de propriété intellectuelle. De plus, c'est parfois l'expression des savoirs traditionnels et non les savoirs traditionnels en eux-mêmes, qui est en fait l'objet de la protection. La difficulté éprouvée à définir d'une part la notion de savoirs traditionnels et d'autre part l'étendue et la forme de la protection accordée vient en partie de l'idée que ces notions doivent être confondues, que l'étendue de la protection juridique accordée doit correspondre exactement à une définition complète des savoirs traditionnels eux-mêmes et que la protection accordée aux expressions des savoirs traditionnels doit protéger de façon complète les savoirs traditionnels eux-mêmes, voire le milieu culturel et social qui l'ont vu naître. De plus, une partie des critiques adressées à la protection par un régime de propriété intellectuelle des savoirs traditionnels, comme par exemple quant au fait que cette protection ne tient pas compte de tous les aspects et du caractère global des savoirs traditionnels, résulte de l'idée que les mécanismes juridiques de protection que sont par exemple les droits de propriété intellectuelle doivent définir complètement et même s'identifier aux matériaux qu'ils protègent. Il est donc nécessaire de procéder à une analyse et un débat plus approfondis pour distinguer les savoirs traditionnels en cause :

[Suite de la note de la page précédente]

La loi n° 27.811 du Pérou protège les savoirs collectifs des peuples autochtones liés aux ressources biologiques (article 3).

²⁴ Voir la loi relative à la protection et à la promotion des savoirs médicaux traditionnels thaïs. Voir ci-après, chapitre VIII.

²⁵ Voir l'article premier de la loi n° 20 du 26 juin 2000 du Panama relative au régime particulier de propriété applicable aux droits collectifs des communautés autochtones à la protection de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels.

²⁶ Voir aussi l'analyse présentée dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/9

- du champ d'application des différentes formes de protection juridique d'une part, et
- des éléments ou des expressions des savoirs traditionnels qui sont protégés spécifiquement par des droits distincts.

VI. SYSTÈMES *SUI GENERIS* DE PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

34. La propriété intellectuelle est un ensemble de principes et de règles qui réglementent l'acquisition, l'exercice et la perte de droits et d'intérêts relatifs à des actifs incorporels susceptibles d'être utilisés dans le commerce. Son objet est intrinsèquement dynamique, comme le sont les principes et les règles qui la régissent. En conséquence, la propriété intellectuelle a récemment connu une évolution très rapide de manière à s'adapter aux nouvelles techniques et méthodes commerciales découlant de la mondialisation de l'économie. Dans certains domaines, les mécanismes juridiques existants ont été adaptés aux caractéristiques d'un nouvel objet : le système des brevets a dû relever les défis que représentent les inventions biotechnologiques et les nouveaux procédés d'utilisation des moyens informatiques (appelés "méthodes de fonctionnement"); le champ d'application du droit d'auteur et des droits voisins a été élargi de manière à relever les défis que constituent les logiciels, le commerce électronique et la protection des bases de données. En revanche, dans d'autres domaines, on a créé de nouveaux systèmes lorsqu'il est apparu que l'adaptation pure et simple des mécanismes existants ne tiendrait pas compte des caractéristiques d'un nouvel objet. Les obtentions végétales ont justifié la création d'un système *sui generis* dont les principaux éléments sont définis par la Convention UPOV²⁷; les schémas de configuration (topographies) des circuits intégrés ont également fait l'objet d'un régime particulier dans lequel on retrouve des caractéristiques à la fois du droit des brevets, de la législation concernant les dessins et modèles industriels et du droit d'auteur. Un régime de propriété intellectuelle devient *sui generis* si l'on modifie certaines de ses caractéristiques de manière à tenir dûment compte des particularités de son objet et des besoins particuliers qui conduisent à la création d'un système distinct. Comme l'indique le Secrétariat de l'OMC aux fins d'expliquer le système *sui generis* de la protection des obtentions végétales au titre de l'article 27.3b) de l'Accord sur les ADPIC, "[l]a protection *sui generis* accorde aux membres davantage de souplesse pour s'adapter aux circonstances particulières découlant des caractéristiques techniques d'inventions dans le domaine des variétés végétales, telles que la nouveauté et la divulgation."²⁸

35. Dans le même ordre d'idées, toute référence à un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels ne signifie pas pour autant qu'il faille élaborer un mécanisme juridique sur des bases entièrement nouvelles. Au contraire, la propriété intellectuelle n'a cessé d'évoluer pour demeurer un mécanisme efficace permettant de favoriser les progrès techniques ainsi que le transfert et la diffusion de technologies, de sauvegarder les droits et les

²⁷ Voir la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961, révisée à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 10 mars 1991. Le sigle UPOV signifie Union pour la Protection des Obtentions Végétales.

²⁸ *La Convention sur la diversité biologique et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Note du Secrétariat, paragraphe 33 du document de l'OMC IP/C/W/216 du 3 octobre 2000. L'Accord sur les ADPIC est l'Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce (l'OMC).

intérêts des créateurs et de contribuer au caractère équitable des échanges. La propriété intellectuelle a pour caractéristique essentielle de porter sur des actifs incorporels; elle confère aux titulaires le droit d'empêcher la reproduction d'œuvres ou la fixation d'interprétations ou d'exécutions et la reproduction de ces interprétations ou exécutions (pour ce qui est du droit d'auteur et les droits voisins) ou le droit d'empêcher l'utilisation de l'objet protégé (pour ce qui est des droits de propriété industrielle). L'idée à retenir est que la propriété intellectuelle est le droit de dire "non" à des tiers (et, par conséquent, le droit de dire "oui" à toute personne qui demande l'autorisation de reproduire, de fixer ou d'utiliser l'objet protégé). L'expression "propriété intellectuelle", au sens large, peut sembler peu appropriée car elle ne s'applique pas nécessairement à des "œuvres intellectuelles" à proprement parler – elle s'applique à des actifs incorporels d'origines diverses, qui n'impliquent pas nécessairement un travail intellectuel abstrait; il n'est pas non plus nécessaire de définir et de protéger la propriété intellectuelle seulement par des droits de propriété (le droit moral des auteurs et la réputation des commerçants ne font pas, dans les pays de droit romain, l'objet d'un droit de propriété).

36. Si les systèmes de propriété intellectuelle sont créés de manière appropriée, ils peuvent donc jouer un rôle essentiel dans la préservation de l'identité culturelle des communautés traditionnelles et, par conséquent, dans l'attribution de moyens aux détenteurs de savoirs traditionnels, c'est-à-dire que ceux-ci se verront conféré le droit fondamental de dire "non" à des tiers qui exploitent sans autorisation, ou, en les déformant, leurs savoirs traditionnels, que ceux-ci aient ou non un caractère commercial. Autrement dit, même les communautés qui estiment que leurs savoirs (ou des éléments de leurs savoirs) doivent demeurer en dehors des circuits commerciaux, peuvent bénéficier d'une protection au titre de la propriété intellectuelle car elles auront ainsi la possibilité d'empêcher que leurs savoirs soient exploités de manière commerciale ou que l'on en fasse usage en les déformant ou d'une manière qui heurte les sensibilités culturelles.

VI. UN SYSTÈME *SUI GENERIS* DE PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS?

37. Comme cela a déjà été indiqué, le présent document n'a pas pour objet de rendre superflu le débat sur la nécessité de créer un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels pour remplacer ou compléter les mécanismes de propriété intellectuelle existants. Il vise simplement, pour répondre aux demandes présentées par plusieurs membres du comité, à définir certains éléments dont il faudrait tenir compte si l'on décidait de mettre en place un tel système, et uniquement dans ce cas. En fait, il est entendu que les mécanismes existants peuvent protéger certains aspects des savoirs traditionnels de manière appropriée.

38. Pour illustrer la nature des savoirs traditionnels et montrer qu'il existe des mécanismes de propriété intellectuelle qui tiennent compte de leurs caractéristiques, on peut recourir à une fable. Imaginons qu'un membre d'une tribu de l'Amazonie tombe malade et demande au *pajé* de le soigner (*pajé* est le mot tupi-guarani employé pour désigner le chaman). Le chaman, après avoir examiné le malade, va dans son jardin (de nombreux chamans vivant dans la forêt tropicale humide amazonienne sont, de fait, des obtenteurs²⁹) et recueille quelques feuilles,

²⁹ Voir Mark J. Plotkin, *Tales of a Shaman's Apprentice – An Ethnobotanist Searches for New Medicines in the Amazon Rain Forest*, ed. Penguin Books, 1993.

graines et fruits de différentes plantes. En mélangeant ces substances selon une méthode qu'il est seul à connaître, il prépare une potion d'après une recette dont il est l'unique détenteur. Tout en préparant la potion puis en l'administrant au patient (selon un dosage qu'il prescrira également), le *pajé* prie les dieux de la forêt et exécute une danse religieuse. Il peut également inhaler la fumée des feuilles d'une plante magique (la "vigne de l'âme"³⁰). La potion est servie et conservée dans un vase aux dessins symboliques et le *pajé* revêt ses vêtements de cérémonie pour procéder à la guérison. Dans certaines cultures, le *pajé* n'est pas considéré comme le guérisseur, mais comme l'instrument des dieux par lequel passe la guérison du patient.

39. Les savoirs traditionnels que détient le chaman d'Amazonie sont une combinaison de tous ces éléments. Si on les prend séparément, la plupart de ces éléments, sinon tous, ne pourront pas être protégés par les mécanismes de propriété intellectuelle existants. Par exemple :

- les différentes plantes à partir desquelles le chaman a fabriqué la potion peuvent être protégées en vertu d'un système de protection des obtentions végétales à condition qu'il s'agisse de variétés nouvelles, stables, distinctes et uniformes;
- la potion (ou sa formule) peut être brevetée à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et soit susceptible d'application industrielle, ou constituer un renseignement non divulgué;
- l'utilisation et le dosage de la potion peuvent être également protégés par brevet en vertu de la législation de quelques membres du comité qui prévoit la possibilité de breveter de nouvelles utilisations de substances ainsi que de nouvelles méthodes thérapeutiques impliquant une activité inventive;
- la prière, une fois fixée, peut être protégée par le droit d'auteur, et selon la législation de nombreux pays, peut bénéficier de cette protection même en l'absence de fixation³¹;
- l'interprétation ou l'exécution, une fois fixée, peut être protégé par des droits voisins du droit d'auteur, et le chaman, en tant qu'interprète ou exécutant, peut se voir accorder le droit d'autoriser la fixation de l'interprétation ou de l'exécution³²;
- le vase contenant la potion peut être breveté ou protégé par un certificat de modèle d'utilité s'il présente des caractéristiques fonctionnelles nouvelles et impliquant une activité inventive; si tel n'est pas le cas, il peut être protégé en vertu du système des dessins ou modèles industriels;

³⁰ Voir Richard Evans Schultes et Robert F. Raffaut, *Vine of the Soul – Medicine Men, Their Plants and Rituals in the Colombian Amazonia*, ed. Synergetic Press et Conservation Int'l, 1992.

³¹ L'article 15.4)a) de la Convention de Berne prévoit également la protection d'œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue.

³² Et le chaman aurait le droit d'autoriser la fixation de l'exécution ou de l'interprétation en vertu des dispositions de l'article 6.ii) du Traité de l'OMPI sur les interprétations ou exécutions et les phonogrammes.

- les motifs figurant sur le vase et sur les vêtements peuvent être protégés par le droit d'auteur ou par le système des dessins et modèles industriels.

40. Bien évidemment, pour qu'il soit possible d'utiliser les mécanismes existants pour de protéger ces éléments distincts constitutifs des savoirs traditionnels, il faut que ceux-ci remplissent les conditions juridiques permettant la protection. Ainsi qu'il est indiqué dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/7, les mécanismes existants de propriété intellectuelle ne sont pas nécessairement incompatibles avec différents éléments constitutifs des savoirs traditionnels. En fait, dans la réponse à la question numéro 1 posée dans le cadre d'une enquête sur les formes existantes de protection conférée par la propriété intellectuelle aux savoirs traditionnels, certains membres ont fourni des informations pertinentes sur cette question :

“Un certain nombre de membres du comité ont indiqué que les mécanismes de propriété intellectuelle existants peuvent, en général, être utilisés pour protéger les savoirs traditionnels. Certains membres, tels que la Hongrie, la Suisse, la Turquie et l'Union européenne, ont dressé une liste exhaustive des mécanismes existants [note de bas de page omise], ce qui revient donc à dire que la protection des savoirs traditionnels dépend presque exclusivement du respect de conditions juridiques établies antérieurement. D'autres membres semblent indiquer que certains mécanismes conviennent mieux que d'autres à la protection des savoirs traditionnels : l'Indonésie insiste sur la pertinence de la législation relative au droit d'auteur, des signes distinctifs (y compris les indications géographiques) et des secrets d'affaires; la Norvège mentionne tout spécialement la protection par les secrets d'affaires des savoirs traditionnels qui ne sont pas tombés dans le domaine public [note de bas de page omise] ainsi que, indirectement, la législation sur les marques. Le Samoa a aussi insisté sur l'importance du droit moral lié au droit d'auteur et aux droits connexes.

“L'Australie, le Canada, la Fédération de Russie et le Kazakhstan ont fourni des exemples concrets de l'utilisation des mécanismes de propriété intellectuelle existants aux fins de la protection des savoirs traditionnels [note de bas de page omise]. L'Australie a indiqué quatre affaires qui, selon elle, montrent que le régime australien de propriété intellectuelle permet de protéger les savoirs traditionnels: *Foster c. Mountford* (1976) 29 FLR 233, *Milpurrurru c. Indofurn Pty Ltd* (1995) 30 IPR 209, *Bulun Bulun & Milpurrurru c. R & T Textiles Pty Ltd* (1998) 41 IPR 513 et *Bulun Bulun c. Flash Screenprinters* (affaire examinée dans (1989) EIPR Vol 2, pp. 346-355) [citations omises]. Il ressort de ces affaires que la protection prévue par la loi australienne sur le droit d'auteur peut être aussi utile aux artistes aborigènes et insulaires du détroit de Torres qu'aux autres artistes [note de bas de page omise]. Par ailleurs, il existe d'autres droits de propriété intellectuelle permettant de protéger les savoirs traditionnels, à savoir les marques de certification, le système des marques dans son ensemble et le système des dessins et modèles.

“Au Canada, la protection conférée par la loi sur le droit d'auteur est largement utilisée par les artistes, les compositeurs et les écrivains autochtones, qui sont à l'origine de créations fondées sur les traditions, telles que les sculptures sur bois des artistes de la côte pacifique, y compris les masques et les totems, les bijoux en argent des artistes haïdas, les chansons et les enregistrements sonores des artistes autochtones et les sculptures inuits. Les marques, y compris les marques de certification, sont utilisées par les autochtones pour désigner un large éventail de produits et de services, qui vont des

arts et des œuvres d'art traditionnels aux services touristiques et aux entreprises gérées par les premières nations en passant par les produits alimentaires et l'habillement. De nombreux organismes et entreprises autochtones ont fait enregistrer des marques pour des symboles et des noms traditionnels. Par contre, la protection des dessins et modèles régie par la loi sur les dessins et modèles n'est pas beaucoup utilisée par les autochtones considérés individuellement ou en tant que communautés. La West Baffin Eskimo Cooperative Ltd. a déposé plus de 50 dessins et modèles à la fin des années 60 du siècle dernier pour des étoffes portant des images traditionnelles d'animaux ou du peuple inuit. Il arrive de plus en plus souvent que les communautés autochtones du Canada concluent avec des gouvernements et des entreprises non autochtones des accords de confidentialité lorsqu'elles partagent leurs savoirs traditionnels. Ainsi, les Unaaq Fisheries, détenues par le peuple inuit du nord du Québec et de l'île de Baffin, gèrent des pêcheries. Cette entreprise transfère régulièrement des techniques exclusives à d'autres communautés qui utilisent son expérience dans l'industrie de la pêche. Les techniques qu'elle met au point sont protégées en tant que secrets d'affaires.

“Le Kazakhstan et la Fédération de Russie ont fourni des exemples de protection des savoirs techniques traditionnels par la délivrance de brevets. En outre, au Kazakhstan, l'apparence des vêtements d'extérieur nationaux, les coiffes (*saykele*), les tapis (*tuskiiz*), les décorations de selles, les habitations nationales (*yrta*) et ses éléments structurels ainsi que les articles de parure pour les femmes tels que les bracelets (*blezik*), les lits de bébé et les berceaux nationaux et les articles de table (*piala, torcyk*) sont protégés comme dessins et modèles. Les désignations contenant des éléments d'ornement kazakhs sont enregistrées et protégées en tant que marques³³.”

41. Dans le même document WIPO/GRTKF/IC/3/7, le Secrétariat de l'OMPI a appelé l'attention sur certaines idées fausses quant aux limites supposées des mécanismes de propriété intellectuelle existants pour une protection efficace des savoirs traditionnels :

“Toutefois, il convient de noter que presque toutes les notions juridiques auxquelles il est fait référence dans la liste des limitations mentionnées ci-dessus peuvent être réévaluées compte tenu de l'expérience découlant de l'application de la législation relative à la propriété intellectuelle. Ainsi, si les savoirs traditionnels sont perçus comme appartenant par définition au domaine public, cela s'explique par le fait qu'étant traditionnels ils sont ‘anciens’ et qu'on ne peut donc pas se les réapproprier. Le terme ‘tradition’ renvoie, en ce qui concerne les savoirs traditionnels, à la manière dont sont élaborés ces savoirs et non à la date de leur élaboration. Les savoirs traditionnels sont des savoirs qui ont été élaborés sur la base des traditions d'une communauté ou d'une nation déterminée. C'est ce qui explique qu'ils aient pour fondement la culture. Mais des savoirs traditionnels sont créés et continueront à l'être chaque jour par des communautés en fonction des exigences et des besoins imposés par leur environnement. En outre, même il y a de cela plusieurs générations – peuvent être nouveaux pour plusieurs branches de la propriété intellectuelle. En général, la nouveauté est définie dans les textes de loi en fonction de critères plus ou moins précis servant à déterminer si une portion déterminée d'un savoir technique a été mise à la disposition du public. Ainsi, dans le domaine des brevets, c'est la divulgation (ou la non-divulgation) qui permet de déterminer si la condition de nouveauté (et d'inventivité) a été remplie. La

³³ Voir *supra* note 12, paragraphes 7 à 10.

date à laquelle l'invention a été réalisée n'est pas nécessairement prise en compte à cette fin.³⁴ Toutefois, il ne s'agit pas d'un principe absolu, même dans le domaine des brevets. Nul n'ignore en effet que quelques États membres de l'OMPI ont accepté d'étendre la protection par brevet à des inventions déjà brevetées dans d'autres pays, sous réserve que ces inventions n'aient pas fait l'objet d'une utilisation commerciale. Cette notion est analogue à la "nouveau commerciale" qui se retrouve dans les domaines de la protection *sui generis* des obtentions végétales³⁵ et des schémas de configuration (topographies) des circuits intégrés.^{36 37}

42. On considère aussi souvent comme une limite le fait que les savoirs traditionnels soient généralement créés et détenus collectivement alors que la législation sur le droit d'auteur et sur le droit des brevets nécessite d'identifier les créateurs. Le document OMPI/GRTKF/IC/2/9 propose une conception différente de la question de la propriété :

"En outre, le fait que les créateurs ou les inventeurs de savoirs traditionnels ne peuvent pas être facilement identifiés n'empêche pas nécessairement l'application des normes existantes en matière de propriété intellectuelle. La plupart des actifs de propriété intellectuelle sont détenus par des entités collectives, qui, dans de nombreux cas, représentent un vaste groupe d'individus dispersés (la General Motors détient des droits de propriété intellectuelle au nom d'une communauté d'actionnaires qui est beaucoup plus nombreuse et dispersée que la plupart des communautés traditionnelles recensées). Cependant, le droit des brevets concerne non seulement la protection des *inventeurs* mais aussi l'appropriation des *inventions*. De la même manière, le droit d'auteur, en particulier dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, n'est pas axé sur la protection des *auteurs* mais plutôt sur l'appropriation des *œuvres*. En d'autres termes, la protection des droits individuels des auteurs et des inventeurs dans le domaine de la propriété intellectuelle a évolué dans le sens de l'adoption et de l'application de normes nationales, en particulier au moyen d'arrangements contractuels et de normes de travail, plutôt que le biais de l'élaboration de normes internationales. Ainsi, de nombreuses législations nationales relatives aux brevets prévoient, à titre exceptionnel, que lorsque l'inventeur ne peut pas être identifié ou qu'il ne souhaite pas l'être, les offices nationaux de brevets devraient néanmoins pouvoir délivrer le brevet, malgré les dispositions de l'article 4^{ter} de la Convention de Paris. La durée limitée de la protection, qui est présentée comme caractéristique du droit de la propriété intellectuelle, ne devrait pas non plus être un sujet de préoccupation. La propriété intellectuelle et la protection à long terme, voire de durée indéfinie, ne sont pas nécessairement incompatibles. Le droit des marques et des indications géographiques peuvent à cet égard fournir des indications intéressantes."³⁸

43. Toutefois, la possibilité de protéger séparément les éléments constitutifs des savoirs traditionnels ne répond pas nécessairement aux besoins de protection de ces savoirs. Les savoirs traditionnels ne sont pas simplement la somme de leurs éléments distinctifs; ils sont

³⁴ Dans les quelques pays qui appliquent le principe du premier inventeur, la date à laquelle l'invention a été réalisée présente toutefois un intérêt aux fins de l'examen ainsi qu'aux fins de la procédure de collision.

³⁵ Voir l'article 6.1) de l'Acte de 1991 de la Convention UPOV.

³⁶ Voir l'article 38.2 de l'Accord sur les ADPIC.

³⁷ Voir *supra* note 12, paragraphe 33.

³⁸ *Id.* paragraphe 34.

la combinaison logique et cohérente de ces éléments qui forme un ensemble indivisible de connaissances et de cultures. Du point de vue du *pajé*, il va sans dire que la valeur du traitement réside dans l'effet conjugué de l'extrait et des rituels religieux, et non dans la potion en elle-même. Plusieurs mécanismes de propriété intellectuelle mentionnés plus haut ne reconnaissent pas comme objet cette combinaison d'éléments constitutifs des savoirs. Il faudra donc peut-être concevoir un système qui tienne compte du caractère global des savoirs traditionnels et les traite globalement. Les brevets, les marques, les dessins et modèles, etc. peuvent contribuer de manière très efficace à protéger les différents éléments constitutifs des savoirs traditionnels; en revanche, ils ne prennent pas en considération leur caractère global.

44. Dans cette optique, les savoirs traditionnels possèdent quatre caractéristiques propres : les éléments spirituels et concrets constitutifs des savoirs traditionnels sont étroitement liés et donc inséparables (cela signifie que chaque élément constitutif des savoirs traditionnels est un facteur inhérent de l'identification culturelle de leurs détenteurs); les communautés traditionnelles créant des savoirs pour s'adapter à un monde en mutation, les savoirs traditionnels évoluent constamment et ne cessent de s'améliorer; les savoirs traditionnels touchent à différents domaines et relèvent à la fois des expressions culturelles et de la technique; dernier point, les savoirs traditionnels n'étant pas nécessairement créés selon une procédure formelle expressément systématique, ils peuvent apparaître comme dépourvus de caractère formel; leur véritable nature et leur caractère systématique ne pourront apparaître clairement que si l'on analyse de manière plus approfondie leurs contextes culturels et les principes qui président à leur création.

45. L'idée d'une approche juridique novatrice qui soit adaptée à la nature globale des savoirs traditionnels n'est pas incompatible avec des mesures visant à faire respecter les droits relatifs à certains éléments de ces savoirs traditionnels. Si un tiers utilise la formule d'une potion inventée par le chaman, il doit exister des mesures de sanction des droits permettant de réagir à cette atteinte, même en l'absence de reproduction de la prière ou de l'interprétation ou exécution par l'auteur de l'atteinte. Cette approche "minimaliste" a un précédent en droit des brevets : il n'est pas nécessaire que l'atteinte au brevet se soit concrétisée pour l'ensemble des revendications pour qu'une action soit possible contre l'auteur de l'atteinte. En droit, l'atteinte à une caractéristique figurant dans les revendications peut être suffisante. De même, il est possible de porter atteinte au droit d'auteur sur une œuvre musicale par différents actes (reproduction, radiodiffusion, mise à la disposition du public, etc.) sans les accomplir nécessairement tous. La conception des savoirs traditionnels comme un tout impose de prévoir un mécanisme simple pour son enregistrement, mais ne devrait pas faire obstacle à des mesures visant à faire respecter les droits pour chacun de leurs éléments individuels.

VII. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS D'UN SYSTÈME *SUI GENERIS* DE PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS

a) *Cadre juridique général d'un système sui generis*

46. Ces quatre caractéristiques inhérentes aux savoirs traditionnels doivent se retrouver d'une façon ou d'une autre dans le cadre général de tout système *sui generis* envisagé à l'échelon international, si l'on parvient à un consensus sur la création d'un tel système. Compte tenu du caractère global et de la nécessité de tenir compte du contexte culturel, le système *sui generis* ne devra pas exiger que l'on sépare et isole les différents éléments constitutifs des savoirs traditionnels, mais plutôt suivre une démarche systématique et globale.

En fait, des propositions ont déjà été avancées pour qu'il soit tenu compte du caractère global des savoirs traditionnels de manière à ce que ceux-ci puissent être décrits et fixés dans des inventaires généraux de savoirs appartenant à une certaine communauté (ou à un groupe de communautés). Le répertoire, la compilation ou la base de données décrirait en détail les savoirs des communautés traditionnels sans en séparer les éléments.

47. Dans le débat international en cours sur un éventuel régime *sui generis* fondé sur les bases de données qui permettraient la protection des savoirs traditionnels, l'expression "base de données" a parfois été comprise, à tort, comme désignant nécessairement des outils électroniques perfectionnés permettant de recueillir et d'extraire par des procédés électroniques des savoirs traditionnels, et de diffuser ces savoirs dans le domaine public, peut-être même sans le consentement préalable donné en connaissance de cause de leurs détenteurs. Cette perception s'explique peut-être par les formes particulières prises par les bases de données qui peuvent être utilisées pour une "protection défensive" des savoirs traditionnels, et en particulier pour que les examinateurs, lors de leurs recherches relatives à une demande de brevet, tiennent compte des savoirs traditionnels dans leurs recherches sur l'état de la technique.³⁹ Dans un tel contexte, l'objectif est naturellement de faciliter au maximum l'accès aux savoirs traditionnels et non de leur assurer une protection juridique. De fait, on peut s'inquiéter sérieusement du fait que rassembler des savoirs traditionnels dans une base de données ainsi constituée, sans que soient précisés ou confirmés les droits qui s'y attachent, pourrait compromettre la reconnaissance des droits. Ce point est analysé de façon plus approfondie dans le document WIPO/GRTKF/IC/4/5 ("Projet de description d'une trousse à outils pour la gestion des aspects de la fixation des savoirs traditionnels en rapport avec la propriété intellectuelle"). Ce type de base de données n'est souhaitable normalement que pour les savoirs traditionnels qui font déjà clairement partie du domaine public, ou pour les éléments de ces savoirs traditionnels que leurs détenteurs souhaitent manifestement voir mettre dans le domaine public, en étant pleinement conscients des conséquences de cette situation (cela ne concernera pas par exemple les éléments des savoirs traditionnels qui sont jugés sacrés, de valeur, secrets, susceptibles d'une exploitation technologique ou commerciale, ou qui, pour quelque raison que ce soit, ne doivent pas être mis dans le domaine public). Le document WIPO/GRTKF/IC/4/3 analyse la situation parallèle des expressions des cultures traditionnelles ou du folklore, dans les cas où les systèmes d'archives, de bibliothèques et de dépôts en la matière pourraient avoir pour effet de mettre à la disposition du public des expressions de culture traditionnelle alors que les artistes interprètes ou exécutants ou les gardiens des cultures traditionnelles n'ont pas eu la possibilité d'exercer effectivement leurs droits sur les matériels archivés ou rassemblés.

48. Aux fins d'une "protection positive," on peut envisager une conception différente des bases de données, celles-ci étant utilisées pour définir et affirmer les droits spécifiques sur le matériel couvert, pour lequel des droits opposables peuvent être acquis. Une telle base de données relève davantage d'un inventaire, d'une collection ou d'une compilation et suppose que des savoirs traditionnels différents puissent être rassemblés en un seul dépôt sans qu'il y ait obligation d'une unité de création. Ces savoirs traditionnels figurant dans le même inventaire et revendiqués par une seule et même communauté auront bien sûr un dénominateur commun: l'identité culturelle de cette communauté. Mais des savoirs traditionnels de nature différente pourront exister dans le même inventaire et faire pourtant

³⁹ Voir par exemple le document WIPO/GRTKF/IC/3/6 du 10 mai 2002, "Inventaire des bases de données existantes en ligne contenant des documents sur les savoirs traditionnels".

l'objet d'une protection juridique cohérente. La composition ouverte des bases de données permet donc de rassembler en un seul titre les différents éléments du savoir du *pajé*. Dans ce contexte, les mots "base de données", "inventaire", "registre" ou "compilation" ne font qu'illustrer le fait que la protection formelle des savoirs traditionnels, lorsqu'elle existe, n'implique pas nécessairement une unité de création – contrairement au principe d'unité de l'invention applicable en droit des brevets.

49. Un système fondé sur un inventaire de savoirs présentera également l'avantage qu'il sera possible d'en actualiser et d'en modifier le contenu, ainsi que d'ajouter des éléments sans recourir à des formalités complexes et coûteuses telles qu'une nouvelle procédure d'enregistrement. La description des savoirs traditionnels dans leur intégralité permettra de tenir compte de la nature complémentaire de leurs éléments (inséparables). Le savoir du chaman en question pourrait donc être fixé dans une base de données et protégé par des ensembles de droits différents (et même complémentaires): les droits d'empêcher la reproduction ou la fixation des éléments littéraires et artistiques constitutifs de son savoir; et les droits d'empêcher l'utilisation des éléments techniques du contenu de la base de données⁴⁰.

50. Compte tenu du caractère intrinsèquement concret des savoirs traditionnels, leur description et leur fixation dans un inventaire seront, par la force des choses, extrêmement souples, ce qui veut dire que la seule condition – notamment en ce qui concerne les éléments techniques – sera que toute personne compétente dans ce domaine puisse en comprendre la description. Il ne faut pas s'attendre, par exemple, à ce que le chaman fournisse la formule ou décrive la molécule d'un composant chimique déterminé; il se contentera de décrire les substances qu'il utilise de telle sorte que quelqu'un d'autre puisse reproduire la préparation. L'importance d'une description assez complète et suffisamment objective est conforme au principe général selon lequel l'étendue des droits qui doivent être respectés est directement liée à la nature des informations constituant la base de ces droits – dans le cas du droit des brevets, le caractère suffisant de l'exposé de l'invention. En ce sens, une description suffisamment claire des savoirs traditionnels protégés faciliterait la mise en application des droits des détenteurs de savoirs traditionnels à l'encontre des auteurs des atteintes. En d'autres termes, une meilleure définition des "limites" des savoirs traditionnels permettrait de déterminer si l'auteur allégué de l'atteinte a en fait outrepassé ces limites.⁴¹

51. Enfin, il convient de rappeler que le caractère global des savoirs traditionnels n'est pas une notion juridique en soi, qu'il résulte plutôt de la complémentarité de certains éléments constitutifs de ces savoirs, dont certains sont principalement d'ordre culturel et spirituel, tandis que d'autres sont d'ordre essentiellement concret, comme le montre l'exemple du *pajé*. Cependant, certaines communautés ont pu séparer les différentes formes d'utilisations

⁴⁰ Voir ci-après, chapitre VII.b)v).

⁴¹ Voir l'article 3 du décret-loi n° 118/2002 du Portugal :

"[...]

2 – Ce savoir est protégé contre sa reproduction et son utilisation à des fins commerciales ou industrielles, sous réserve des conditions suivantes :

a) Le savoir traditionnel doit être recensé, décrit et enregistré au registre des ressources phytogénétiques;

b) La description visée à l'alinéa précédent doit être telle que d'autres personnes puissent reproduire ou utiliser le savoir traditionnel et obtenir des résultats identiques à ceux obtenus par le détenteur du savoir."

culturelles et économiques de leurs savoirs, notamment en ce qui concerne les expressions du folklore et l'artisanat. On pourra alors recommander de suivre des pistes juridiques différentes (et complémentaires), les mieux adaptées aux caractéristiques de savoirs qui ne sont plus intrinsèquement liés à l'ensemble du système culturel des communautés, mais trouvent leur place dans les différents segments du système. Le caractère global des savoirs traditionnels ne doit donc pas être considéré comme immuable et il sera préférable de faire preuve de souplesse. Un système de protection peut avoir comme seul objectif de répondre à certains besoins et non de protéger tous les aspects des savoirs traditionnels. Il ne faut donc pas considérer comme exclusifs les éléments mentionnés ci-dessous à l'égard d'un éventuel mécanisme de protection des inventaires ou des compilations de savoirs traditionnels. Par exemple, les expressions du folklore qui ont été dissociées du cadre de vie des communautés et qui, par conséquent, ont acquis un statut indépendant dans l'univers culturel de certaines communautés sont probablement mieux prises en considération dans le cadre des dispositions types adoptées sous les auspices de l'OMPI et de l'UNESCO, comme cela est expliqué dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/10. Le document WIPO/GRTKF/IC/4/3 contient une analyse plus approfondie de la protection des expressions du folklore. La protection de l'artisanat pourrait être également prise en considération dans le cadre d'un système d'enregistrement reconnaissant un style original qui incarne sans aucun doute l'âme et l'esprit de certaines communautés traditionnelles. Il se peut, ensuite, que les travaux concernant la protection des savoirs traditionnels aboutissent à l'établissement d'un "menu" de mécanismes *sui generis* représentant les différents aspects des savoirs traditionnels qui, comme les mécanismes existants, pourront être utilisés à titre complémentaire par les créateurs et les détenteurs de savoirs traditionnels, s'ils le souhaitent.

b) *Éléments constitutifs d'un système sui generis*

52. C'est une chose de définir les caractéristiques générales d'un système *sui generis* approprié de protection des savoirs traditionnels, et c'en est une autre de définir les éléments que ce système doit comporter pour être efficace. Afin de définir ces éléments, il faut se poser plusieurs questions essentielles auxquelles tout système juridique efficace de protection des droits de propriété doit pouvoir apporter des réponses satisfaisantes :

- i) quel est l'objectif général de la protection?
- ii) quel est l'objet?
- iii) quel critère doit remplir cet objet pour être protégé?
- iv) qui détient les droits?
- v) quels sont les droits?
- vi) comment les droits sont-ils acquis?
- vii) comment administrer et faire respecter ces droits?; et
- viii) comment les droits sont-ils perdus ou comment expirent-ils?

i) Quel est l'objectif général?

53. La manière dont un système *sui generis* est conçu et défini dépendra, largement, des objectifs généraux qu'il est censé atteindre. Est-il essentiellement défensif, c'est-à-dire a-t-il pour but d'interdire l'appropriation illicite ou l'utilisation culturellement inacceptable des savoirs traditionnels ou est-il comparable aux lois concernant la protection du patrimoine culturel? A-t-il un objectif plus général, comme un système établi conformément à l'article 8.j) de la Convention sur la diversité biologique, dont les objectifs généraux sont la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses composantes et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques? Vise-t-il à encourager l'exploitation commerciale appropriée des savoirs traditionnels ou à préserver ceux-ci dans un contexte culturel spécifique?

54. Quelle que soit la réponse donnée à cette question importante, il convient de souligner que tous les droits de propriété intellectuelle ont un dénominateur commun : le droit d'interdire à d'autres de reproduire, ou de fixer, ou encore d'utiliser. De ce fait, indépendamment du but principal du système adopté, ses caractéristiques doivent être semblables, ou du moins compatibles, d'un pays à l'autre. Cette compatibilité permettrait une articulation internationale des systèmes nationaux de protection des savoirs traditionnels, ce qui permettrait d'empêcher toute appropriation indue au niveau international et faciliterait le partage des avantages lié aux savoirs traditionnels. Si ces mécanismes communs ne sont pas recherchés pour la protection des savoirs traditionnels, il est vraisemblable que cette protection ne relèvera pas de façon large d'un système de propriété intellectuelle, et qu'elle se rapprochera davantage des notions de préservation du patrimoine culturel ou de protection d'autres droits, tels que les droits économiques et sociaux.

ii) Quel est l'objet?

55. Les membres du comité devront examiner l'objet susceptible de bénéficier d'une protection et comment cette démarche est compatible avec les objectifs généraux d'un système de protection. Par analogie avec le droit d'auteur, on pourrait envisager l'établissement d'une liste indicative non exhaustive d'œuvres pouvant bénéficier d'une protection, comme celle qui figure dans la Convention de Berne; ou, par analogie avec le droit des brevets, on pourrait se référer à une notion générale qui devra ensuite être interprétée et appliquée concrètement dans le cadre de l'application du droit interne. Il est clair que l'on peut aussi inclure tous les savoirs traditionnels, sans restriction ni limitation quant à l'objet, à savoir les expressions culturelles, telles que les œuvres artistiques, musicales et scientifiques, les exécutions et interprétations, les créations techniques, les inventions, les modèles et dessins, etc. Le simple fait de définir de manière générale les savoirs traditionnels n'entraîne pas la reconnaissance de droits opposables et cette démarche laisse la possibilité de définir plus précisément les restrictions quant aux critères auxquels l'objet devra satisfaire pour pouvoir bénéficier d'une protection.

56. On peut également, comme cela a été indiqué plus haut, limiter la protection aux savoirs traditionnels techniques liés à la biodiversité, l'artisanat et les expressions du folklore étant, pour leur part, visés par des dispositions distinctes – en tenant compte du fait que la décision de subdiviser les savoirs traditionnels, de nature globale, en éléments distincts (en d'autres termes le choix du mécanisme le plus approprié dans le "menu" mentionné plus haut) doit appartenir aux détenteurs de savoirs traditionnels. On pourra ainsi tenir compte du fait que

certaines objectifs généraux puissent être pris en considération dans le cadre de mécanismes de propriété intellectuelle existants (y compris d'éventuels éléments *sui generis* constitutifs de ces systèmes), et la mise en place d'un système *sui generis* distinct ne sera nécessaire que pour atteindre d'autres objectifs généraux.

iii) Quels sont les autres critères de protection?

57. Il faut peut-être préciser que, même si l'on peut définir certains savoirs traditionnels de manière générale, il faudra sans doute qu'ils répondent à des critères distincts pour être protégés par un système *sui generis*. Cela pourra être le cas, par exemple, des savoirs traditionnels qui sont déjà tombés dans le domaine public. Les détenteurs de savoirs traditionnels doivent être conscients du fait qu'ils ne pourront pas se réapproprier les savoirs traditionnels tombés dans le domaine public sans porter atteinte aux attentes légitimes de tiers et à leurs droits acquis. Par conséquent, il faut définir le domaine public en matière de savoirs traditionnels. Si, selon une conception très large, les informations qui ont été divulguées sont censées tomber automatiquement dans le domaine public, de nombreux savoirs traditionnels ont été effectivement perdus aux fins de la protection au titre de la propriété intellectuelle et leur réappropriation sera difficile, voire impossible. Par ailleurs, l'établissement de bases de données ou d'inventaires dans le but de fixer les savoirs traditionnels afin d'en empêcher l'utilisation abusive dans le cadre de demandes de brevet déposées par des tiers pourrait contribuer à aggraver le problème. Cependant, les membres du comité peuvent se prévaloir de la notion de nouveauté commerciale et décider que tous les éléments (dans le cadre de la portée de l'objet fixée à l'avance) de savoirs traditionnels qui n'ont pas fait l'objet d'une exploitation commerciale avant la date du dépôt de la base de données sont protégés. La notion de nouveauté commerciale n'est, en fait, pas étrangère aux mécanismes de propriété intellectuelle existants, tels que la protection des obtentions végétales prévue dans la Convention UPOV,⁴² la protection des schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés⁴³ et les brevets accordés pour des inventions déjà brevetées dans d'autres pays.⁴⁴

58. On peut trouver à cet égard deux solutions différentes dans la législation relative à une protection *sui generis* des savoirs traditionnels du Pérou et du Portugal.⁴⁵ La loi péruvienne prévoit, dans son article 13, que les savoirs traditionnels ayant été rendus accessibles à des personnes extérieures aux peuples autochtones au moyen de moyens de communication de masse font partie du domaine public. En ce sens, la législation péruvienne a adopté un critère de nouveauté technique. Toutefois, l'utilisation des savoirs traditionnels tombés dans le domaine public au cours des 20 dernières années sera subordonnée au versement d'une redevance (article 13.2). Les savoirs traditionnels mis à la disposition du public à une date encore antérieure ne peuvent être protégés à titre rétroactif. Au contraire, la législation portugaise permet l'enregistrement (aux fins d'une protection juridique) des savoirs traditionnels "qui, à la date de dépôt de la demande, ne font pas l'objet d'une exploitation dans des activités industrielles et ne sont pas connus publiquement en dehors de la population ou de la communauté locale où ce savoir a été élaboré" (article 3.4). La législation portugaise

⁴² Article 6 de la Convention UPOV.

⁴³ Article 7 du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés, repris dans l'article 35 de l'Accord sur les ADPIC.

⁴⁴ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/2/9.

⁴⁵ Voir la loi n° 27811 du 10 août 2001 du Pérou et le décret-loi n° 118/2002 du 20 avril 2002 du Portugal.

associe donc des critères de nouveauté technique et de nouveauté commerciale de façon à élargir la portée de la protection. La législation péruvienne associe la notion de domaine public rémunéré (qu'on retrouve généralement dans le domaine du droit d'auteur pour des droits éteints) avec celle de nouveauté technique.

59. Deux autres éléments adoptés dans le cadre de la loi n° 20 du Panama pourront contribuer à mieux définir l'objet protégé, à savoir : a) l'expression de l'identité culturelle d'une communauté donnée; et b) la possibilité d'une exploitation commerciale. Premièrement, seuls les éléments de savoirs traditionnels qui restent "traditionnels", c'est-à-dire demeurant intrinsèquement liés à la communauté dont ils sont originaires, seront protégés dans le cadre du système *sui generis*. À l'inverse, le système *sui generis* ne confèrera aucune protection aux éléments constitutifs de savoirs traditionnels qui ont perdu ce lien du fait d'un processus d'industrialisation, par exemple.⁴⁶ Deuxièmement, le législateur peut décider que les savoirs traditionnels qui ne sont pas susceptibles d'application commerciale ne seront pas visés par le système *sui generis*. De fait, il est improbable que des tiers exploitent, sans autorisation ou en les dénaturant, des savoirs traditionnels qui n'ont pas d'utilité commerciale ni industrielle. La limitation, par voie législative, du champ des savoirs traditionnels, entraînera une diminution des frais engagés pour les inscrire dans des registres ou inventaires. Toutefois, il convient de noter que le classement des savoirs traditionnels en deux catégories (l'une ayant une utilité commerciale potentielle ou réelle, et l'autre non) risque d'être en contradiction avec la nature globale de ces savoirs dont les éléments spirituels et concrets s'enchevêtrent de telle manière qu'il est très souvent impossible d'établir une distinction.

60. Enfin, la loi peut établir que l'objet de la protection doit être consigné dans des inventaires, des recueils, des compilations ou, simplement dans des bases de données de savoirs traditionnels. Les conséquences juridiques d'une telle disposition sont examinées ci-après. Ce qui est important à ce stade, c'est que les membres du comité qui décident de créer un système national *sui generis* peuvent finir par reconnaître que, pour être protégés, les savoirs traditionnels devront être répertoriés et fixés. Le recensement des savoirs traditionnels est essentiel pour leur préservation. Dans le même temps, la description des savoirs traditionnels a l'avantage de porter à la connaissance du public l'intention des communautés de s'approprier les savoirs en question – la documentation et la fixation délimitent une propriété, exactement comme les revendications relatives aux inventions énoncées dans les documents de brevet.

iv) Qui détient les droits?

61. Les droits de propriété intellectuelle sont au départ conférés au créateur (auteur, inventeur, concepteur, etc.) qui peut ensuite les céder dans le cadre de dispositifs contractuels ou légaux. Cependant, on entend généralement par "savoirs traditionnels" le résultat de la

⁴⁶ Ils peuvent néanmoins être protégés par d'autres formes de propriété intellectuelle. Certaines formes d'artisanat, par exemple, ont fait l'objet d'une industrialisation et d'une modernisation intensives perdant, de ce fait, leur caractère traditionnel et, par conséquent, cessant de fonctionner comme des éléments d'identification culturelle. Ces formes d'artisanat peuvent bénéficier d'une protection dans le cadre du système des dessins et modèles industriels car elles sont devenues essentiellement des produits de consommation.

création et de l'innovation d'un corps collectif, qui est la communauté.⁴⁷ Par conséquent, en se fondant sur le même raisonnement, les droits attachés aux savoirs traditionnels doivent être conférés à des communautés et non à des individus.⁴⁸ Il est clair qu'il peut dès lors s'avérer nécessaire d'instaurer un système de définition géographique et administrative des communautés.⁴⁹

62. Même si la protection des savoirs traditionnels est souvent considérée comme une question de droits collectifs, les droits peuvent néanmoins être conférés à des personnes. Il faut à cet égard trouver une solution conforme au droit coutumier. À vrai dire, le droit coutumier revêt une importance fondamentale pour l'attribution des droits et avantages à l'intérieur de la communauté. Toute solution juridique concernant la protection, aux niveaux national et international, des savoirs traditionnels doit tenir compte de l'importance des coutumes et traditions des communautés et d'éléments tels que l'autorisation donnée à des personnes d'utiliser des éléments constitutifs des savoirs traditionnels à l'intérieur ou à l'extérieur de la communauté en question, ainsi que des questions concernant la propriété, le droit aux avantages, etc. Ces coutumes et traditions doivent être décrites et enregistrées en même temps que les savoirs traditionnels, ce qui assure la sécurité juridique, non seulement quant aux savoirs protégés, mais aussi quant au partage effectué en la matière au sein des communautés. La loi n° 20 du Panama donne un exemple de la façon dont le droit coutumier peut être intégré dans un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels; il est indiqué à l'article 15 de cette loi ce qui suit :

“Les droits attachés à l'utilisation et à l'exploitation commerciale d'œuvres artistiques, d'artisanat et d'autres expressions culturelles fondées sur la tradition de la communauté autochtone doivent être régis par le règlement de chaque communauté autochtone approuvé et enregistré auprès de la DIGERPI ou de l'Office national du droit d'auteur relevant du Ministère de l'éducation, selon le cas.”⁵⁰

63. Les savoirs traditionnels régionaux peuvent être détenus par une communauté qui s'étend au-delà des frontières nationales. Ils peuvent être également détenus par deux ou plusieurs communautés voisines qui partagent le même cadre de vie, les mêmes ressources génétiques et les mêmes traditions. Dans le premier cas, la propriété intellectuelle ayant un

⁴⁷ La délégation de l'Ukraine a souligné au cours de la troisième session du comité la nécessité d'étudier de façon plus approfondie la question de la détention collective de droits : voir le paragraphe 279 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17.

⁴⁸ Les lois du Panama (article 1) et du Pérou (article 1) traitent exclusivement de droits collectifs. La loi portugaise reconnaît des droits à la fois aux individus et à des corps collectifs (article 9). La loi thaïlandaise fait de même, mais le système d'enregistrement applicable dépend de la nature collective ou individuelle du savoir (article 16).

⁴⁹ Le Panama, par exemple, a adopté une série de lois définissant le territoire des communautés autochtones et établissant leurs propres organes administratifs conformément aux coutumes et traditions respectives. Voir Aresio Valiente López (Compilador), *Derechos de los Pueblos Indígenas de Panamá, Serie Normativa y Jurisprudencia Indígena*, OIT y CEALP, Costa Rica, 2002.

⁵⁰ On trouvera dans le document de l'OMPI : OMPI/CRTK/SLZ/02/INF/3, du 5 mars 2002 (présenté par M. Atencio López au séminaire international de l'OMPI sur la préservation, la promotion et la protection du folklore et des savoirs traditionnels, qui a eu lieu à São Luiz de Maranhão (Brésil) du 11 au 13 mars 2002, une version anglaise non officielle de la loi n° 20 du Panama. L'article 85 de la loi sur la biodiversité du Costa Rica, loi n° 7.788 de 1998, contient des dispositions similaires.

caractère territorial, la communauté devra faire reconnaître ses droits dans les différents pays sur les territoires desquels elle vit traditionnellement. Dans le second cas, les législateurs ont le choix : ils peuvent instituer des droits détenus en copropriété ou peuvent laisser les communautés demander et obtenir séparément des droits sur les savoirs traditionnels détenus conjointement. Toutefois, dans l'un ou l'autre cas, la décision de savoir si les communautés seront autorisées à s'entendre secrètement pour éviter toute concurrence entre elles en ce qui concerne la cession et le transfert de leurs droits à des tiers relève de la législation nationale. La collusion entre concurrents, en particulier en matière de fixation des prix quand ils détiennent une part de marché importante, étant considérée comme une violation de la loi antitrust dans plusieurs membres du comité, il faudra peut-être établir, dans le cadre des législations nationales, des dérogations à la loi antitrust correspondantes. D'un autre côté, la concurrence entre communautés traditionnelles en matière de cession ou de transfert de savoirs susceptibles d'application industrielle se traduirait par une réduction des prix et des avantages à payer pour avoir accès à ces savoirs, ce qui, en dernier ressort, avantagerait les consommateurs, et pourrait, à ce titre, être jugé préférable par certains membres du comité. Il s'agirait alors d'encourager la concurrence entre détenteurs de savoirs traditionnels, dans leur intérêt et dans celui de la société, et non de susciter des conflits.

64. Une autre solution à l'octroi de droits aux communautés serait de faire de l'État le gardien des intérêts et des droits de détenteurs de savoirs traditionnels.

v) Quels sont les droits?

65. Les divers éléments étroitement enchevêtrés des savoirs traditionnels relèvent des domaines artistique, culturel, technique, commercial et industriel. Les droits attachés à ces éléments doivent donc être adaptés aux besoins afin de protéger les intérêts légitimes des détenteurs de savoirs traditionnels. Lorsque des savoirs traditionnels possédant un caractère artistique et littéraire sont utilisés sans autorisation ou de manière dénaturée, les détenteurs des droits doivent pouvoir empêcher la reproduction ou la fixation et la reproduction du produit de la fixation. Mais, lorsque des savoirs traditionnels de nature technique sont utilisés sans autorisation, les détenteurs des droits doivent pouvoir en empêcher l'exploitation (le terme "exploitation" désigne le fait de fabriquer, d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer à ces fins le produit traditionnel protégé ou, dans le cas où l'objet de la protection est un procédé, le fait d'utiliser le procédé ainsi que celui d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer à ces fins au moins le produit obtenu directement par le procédé traditionnel). Un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels au titre de la propriété intellectuelle devra donc posséder à la fois les caractéristiques propres au droit d'auteur et aux droits voisins et celles propres à la propriété industrielle. Malgré la nature globale des savoirs protégés, des moyens différenciés de faire respecter les droits doivent exister, ce qui permettra aux titulaires de droits de faire valoir ces droits à l'égard des différents éléments constitutifs des savoirs en cause.⁵¹

⁵¹ Aux termes de l'article 3.4) de la loi du Portugal :
"4 – L'enregistrement des savoirs traditionnels qui, à la date de dépôt de la demande, n'ont pas fait l'objet d'une utilisation dans des activités industrielles et n'ont pas été portés à la connaissance du public en dehors de la population⁵¹ ou de la communauté locale où ils ont été créés confère aux détenteurs de ces savoirs le droit :
i) d'empêcher des personnes non autorisées de les reproduire, les imiter ou les utiliser, directement ou indirectement, à des fins commerciales;

66. Par analogie avec le droit d'auteur, les savoirs traditionnels devront également faire l'objet d'un droit matériel et d'un droit moral. L'existence d'un droit moral solide en matière de savoirs traditionnels pourrait d'ailleurs être un élément essentiel des systèmes *sui generis* futurs et jouer un rôle particulier de protection et de préservation de l'identité culturelle des communautés traditionnelles, et notamment des savoirs traditionnels qui ne sont pas appelés à être exploités commercialement.

67. Les droits attachés à la protection des savoirs traditionnels pourront également comprendre le droit de céder, de transférer et de concéder sous licence les contenus de bases de données sur les savoirs traditionnels ayant un caractère commercial ou industriel. Si la législation ne prévoit pas la possibilité de transférer les droits ou de les concéder sous licence, toute tentative visant à permettre le partage des avantages prévu par la Convention sur la diversité biologique sera nécessairement vouée à l'échec.⁵²

68. Le fait que les droits attachés aux savoirs traditionnels soient essentiellement des droits collectifs ne remet pas en cause leur caractère privé à moins qu'il ne soit décidé, par voie législative, de désigner l'État comme gardien des droits de la communauté. Les droits de propriété privée s'exercent donc en interaction avec l'intérêt général de l'ensemble de la société. Comme pour tous les autres droits de propriété intellectuelle (ainsi que tous les autres droits de propriété privée), il n'est pas possible d'exercer des droits attachés aux savoirs traditionnels au détriment des intérêts légitimes de l'ensemble de la société. Il faut donc prévoir des exceptions à l'exercice de ces droits, telles que l'utilisation par des tiers à des fins scientifiques ou strictement privés, ou encore les licences obligatoires pour des motifs d'intérêt public, notamment en cas d'urgence de santé publique.⁵³

69. Ainsi qu'il est dit plus haut, les éléments mentionnés précédemment font référence à la protection, au titre de la propriété intellectuelle, du contenu des inventaires de données sur les savoirs traditionnels. Ces éléments se distinguent des dispositions de l'article 2.5) de la Convention de Berne⁵⁴, de l'article 10.2) de l'Accord sur les ADPIC⁵⁵ et l'article 5 du Traité

[Suite de la note de la page précédente]

ii) de céder, transférer ou concéder sous licence les droits sur ces savoirs, y compris par voie successorale.

[...].”

⁵² Voir plus haut la note 51. De plus, la loi du Pérou ne se limite pas à autoriser la concession de licence sur les savoirs traditionnels, mais établit un taux de redevance minimal : une redevance minimale égale à 10% du chiffre d'affaires avant impôt réalisé grâce à la commercialisation des produits dérivés des savoirs traditionnels faisant l'objet de la licence (redevance qui est perçue par le Fonds de développement des peuples autochtones); plus une redevance minimale de 5% du chiffre d'affaires avant impôt réalisé grâce à la commercialisation des produits élaborés directement ou indirectement à l'aide des savoirs traditionnels faisant l'objet de la licence (redevance qui est perçue par les donneurs de licence). Articles 8 et 13 de la loi n° 27.811.

⁵³ La loi n° 20 du Panama comporte deux exceptions aux droits conférés : “les petits artisans non autochtones” qui se consacrent à la production et à la vente de reproductions d'objets d'artisanat appartenant aux Ngobes et Buglés autochtones et vivent dans certaines régions ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 23 de la loi; en outre, une forme d'exception pour “utilisation antérieure” s'applique aux “petits artisans non autochtones” immatriculés auprès du Bureau général de l'artisanat national le jour de l'entrée en vigueur de la loi (Article 24).

⁵⁴ Aux termes de l'article 2.5) de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1971) que : “les recueils d'œuvres littéraires ou artistiques tels que les encyclopédies et anthologies qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des

[Suite de la note page suivante]

de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996)⁵⁶, par le fait que la protection ne vise pas seulement le choix créatif ou original ou la disposition du contenu, mais aussi le contenu lui-même. Ils se distinguent en outre des dispositions du chapitre III de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données dans la mesure où il est recommandé que les droits soient conférés aux détenteurs de savoirs traditionnels, non aux fabricants des bases de données; la protection accordée doit éviter la reproduction ou l'utilisation du contenu de bases de données et pas seulement éviter son extraction ou sa "réutilisation", c'est-à-dire sa mise à disposition du public; et enfin, les droits permettraient d'éviter toute forme de reproduction ou d'utilisation non autorisée d'un contenu quelconque de la base de données et pas seulement des données dont l'obtention, la vérification ou la présentation a nécessité "un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif."⁵⁷

70. L'idée de protéger le contenu des bases de données sur les savoirs traditionnels serait plutôt à rapprocher du caractère exclusif de la protection de données résultant d'essais visés à l'article 39.3 de l'Accord sur les ADPIC⁵⁸, dans la mesure où ces données doivent être protégées contre une exploitation commerciale déloyale même si les pouvoirs publics eux-mêmes les mettent à la disposition du public.⁵⁹ Les bases de données sur les savoirs traditionnels pourront ainsi servir d'outils pratiques dans le cadre de systèmes *sui generis* de protection des savoirs traditionnels.⁶⁰ La protection du contenu des bases de données sur les

[Suite de la note de la page précédente]

créations intellectuelles sont protégés comme telles, sans préjudice des droits des auteurs sur chacune des œuvres qui font partie de ces recueils".

⁵⁵ Aux termes de l'article 10 2) de l'accord sur les ADPIC :

"Les compilations de données ou d'autres éléments, qu'elle s soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles seront protégées comme telles. Cette protection, qui ne s'étendra pas aux données ou éléments eux-mêmes, sera sans préjudice de tout droit d'auteur subsistant pour les données ou éléments eux-mêmes."

⁵⁶ Aux termes de l'article 5 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996) :

"les compilations de données ou d'autres éléments, sous quelque forme que ce soit, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégées comme telles. Cette protection ne s'étend pas aux données ou éléments eux-mêmes et elle est sans préjudice de tout droit d'auteur existant sur les données ou éléments contenus dans la compilation".

⁵⁷ Voir l'article 7 de la directive 96/9/EC, journal officiel L 077, 27/03/1996.

⁵⁸ La première partie de l'article 39.3 de l'accord sur les ADPIC se lit comme suit :

"Lorsqu'ils subordonnent l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture qui comportent des entités chimiques nouvelles à la communication de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées, dont l'établissement demande un effort considérable, les Membres protégeront ces données contre l'exploitation déloyale dans le commerce".

⁵⁹ La deuxième phrase de l'article 39.3 se lit comme suit :

"les Membres protégeront ces données contre la divulgation [...] à moins que des mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre l'exploitation déloyale dans le commerce".

⁶⁰ Pour un examen détaillé de l'expérience acquise en matière de bases de données sur les savoirs traditionnels, voir le document WIPO/GRTKF/IC/3/6, "Inventaire des bases de données en ligne contenant des documents sur les savoirs traditionnels".

savoirs traditionnels n'exclut nullement le recours, à titre complémentaire, à d'autres mécanismes de propriété intellectuelle, tels que le droit d'auteur, les brevets, les certificats d'obtention et les indications géographiques.

71. Ainsi qu'il est dit plus haut, on pourrait également créer un système *sui generis* doté de caractéristiques spécifiques s'appliquant à certains objets de savoirs traditionnels, tels que les objets artisanaux. Les produits de l'artisanat d'une communauté donnée répondent à des critères techniques et artistiques qui ont évolué de génération en génération, comme le choix particulier des matières premières, des méthodes de fabrication, des couleurs, des motifs décoratifs, etc. Ces éléments standards pourront faire l'objet d'un enregistrement général (ou d'une description dans la base de données), ce qui confèrera des droits exclusifs sur le style d'une certaine ligne de produits fabriqués à la main par la communauté conformément aux critères décrits. Il sera alors possible d'enregistrer séparément différents éléments découlant de ce style si tel est le souhait de la communauté afin de faciliter la protection. Ce système garantira à la communauté des droits sur leurs objets artisanaux, évitant ainsi qu'ils ne soient reproduits de manière dénaturée par des tiers non autorisés. La protection juridique des expressions culturelles traditionnelles, pour ce qui concerne l'artisanat, est examinée plus en détail dans le document WIPO/GRTKF/IC/4/3.

vi) Comment les droits sont-ils acquis?

72. Une des solutions pourrait être d'éviter toute formalité juridique, c'est-à-dire que le savoir traditionnel en question serait protégé dès le moment où il a été créé, indépendamment de toute formalité.⁶¹ Toutefois, cette solution pourrait poser des problèmes pratiques du fait de la nécessité de prouver l'existence même de cet élément constitutif, – problème résolu par la fixation obligatoire – et de la nécessité éventuelle de prouver le plagiat ou la contrefaçon – obstacle surmonté par le recensement ou la description de cette information et sa mise à disposition du public présumée, comme pour les brevets et les marques.

73. On pourrait également envisager d'établir le droit au moment du dépôt auprès d'un organisme public de la compilation des données sur les savoirs traditionnels. Les éléments constitutifs des savoirs traditionnels pourraient être enregistrés automatiquement après examen quant à la forme de la documentation, de la représentation juridique, etc., ou pourraient faire l'objet d'un examen de fond. L'examen purement formel semble être la solution retenue par le Portugal (article 3 du décret-loi n° 118) et par le Pérou (article 21 de la loi n° 27.811). Dans les deux cas, l'enregistrement est susceptible d'annulation si les conditions de fond (notamment la nouveauté) ne sont pas remplies. Au contraire, la loi n° 20 du Panama prévoit un examen technique, ce qui a conduit à créer au sein de l'Office de la propriété industrielle (DIGERPI) le poste d'examineur des droits des peuples, chargé d'examiner et de vérifier toutes les questions liées aux droits de propriété intellectuelle et aux intérêts des peuples autochtones (y compris, entre autres, le dépôt par des tiers de demandes de brevet fondées sur des savoirs traditionnels).⁶² La procédure d'enregistrement des savoirs

⁶¹ Voir l'article 82 de la loi sur la biodiversité du Costa Rica n° 7788 de 1998.

⁶² Article 9 de la loi n° 20. Ce point soulève la question du coût de fabrication et d'enregistrement des bases de données ou des inventaires relatifs aux savoirs traditionnels. C'est à la société de décider : ces coûts seront supportés soit par les communautés auxquelles seront conférés des droits de propriété sur le contenu des inventaires (sous forme de taxes), soit par la société. Le Panama a décidé qu'il incombait à la société de subventionner l'acquisition par les

traditionnels médicaux en vertu de la loi thaïlandaise, qui a également prévu un examen technique, s'est inspirée du système des brevets : elle contient notamment des dispositions relatives à la règle du premier déposant (article 26), aux procédures de collision (articles 25 et 26) et aux possibilités d'opposition (article 29).

74. Une protection formelle nécessite le contrôle, à titre préventif, de la possibilité d'enregistrer les savoirs traditionnels afin d'éviter la revendication abusive de l'objet. De plus, les systèmes formels et informels de protection nécessitent d'établir ultérieurement des mécanismes permettant de vérifier la légitimité des revendications. Par exemple, si la loi prévoit que, pour être protégé, l'objet doit constituer une nouveauté commerciale, les savoirs traditionnels qui ont déjà fait l'objet d'une exploitation commerciale et sont donc tombés dans le domaine public seront refusés ou invalidés ultérieurement. En outre, une procédure administrative et des recours pourraient être prévus pour les tiers auxquels des revendications injustifiées pourraient porter préjudice.

75. La loi peut prévoir l'obligation de divulguer tous les éléments de savoirs traditionnels présentés aux fins d'enregistrement et qui ont, potentiellement ou effectivement, une application industrielle ou commerciale. À l'inverse, toutes les autres données à caractère purement spirituel et sacré pourront demeurer confidentielles si la communauté intéressée le souhaite.

76. Un système d'enregistrement formel peut se limiter à un effet purement déclaratoire, sans créer véritablement une présomption forte de validité du droit revendiqué. La preuve de l'enregistrement serait alors nécessaire dans le seul but d'appuyer une revendication de titularité; elle ne serait pas en elle-même constitutive de droits. La différence entre un enregistrement déclaratoire et un enregistrement constitutif de droits est que, dans certains cas, un enregistrement déclaratoire pourrait être demandé par les communautés traditionnelles à l'appui d'une action entreprise contre des actes d'atteinte aux droits qui auraient pu survenir avant l'obtention du titre formel (compte dûment tenu des éventuelles règles de prescription).

[Suite de la note de la page précédente]

communautés et le maintien en vigueur des droits de propriété intellectuelle attachés à leurs savoirs (article 7 de la loi n° 20 : “[...] La procédure dont le DIGERPI est appelé à connaître ne nécessitera pas de passer par un avocat et elle est gratuite. [...]”). Cette décision a été, en définitive, prise dans une optique de répartition des richesses et tient compte de la nécessité de donner aux peuples autochtones et aux communautés traditionnelles les moyens de renforcer leur action. En revanche, l'adoption d'un système efficace et transparent de protection des savoirs traditionnels permettra de réduire les frais de transaction car il lèvera l'incertitude qui pèse actuellement sur toutes les questions relatives à l'accès aux ressources génétiques, à la biopiraterie et à l'utilisation dénaturée d'autres expressions culturelles traditionnelles. En outre, une fois que la protection conférée aux savoirs traditionnels au titre de la propriété intellectuelle sera intégrée dans des accords commerciaux internationaux, il y aura moins de distorsions et d'obstacles au commerce de biens et services incorporant des savoirs traditionnels, au profit des exportateurs d'objets artisanaux légitimes et de produits issus de l'agriculture traditionnelle. À ce propos, le droit des brevets de plusieurs membres du comité prévoit l'octroi de subventions à différents inventeurs et petites entreprises; l'octroi de subventions à des communautés traditionnelles ne sera donc pas contraire à la notion même de droits de propriété intellectuelle à proprement parler.

vii) Comment administrer et faire respecter les droits?

77. Les droits de propriété intellectuelle ne servent à rien s'il est impossible de les faire respecter. La protection des savoirs traditionnels sera inopérante s'il n'existe pas de mesures efficaces propres à prévenir rapidement la reproduction ou l'utilisation sans autorisation de ces savoirs (associant ainsi les caractéristiques propres au droit d'auteur et aux droits voisins, d'une part, et à la propriété industrielle, d'autre part, en ce qui concerne les éléments constitutifs de savoirs traditionnels figurant dans des inventaires sans qu'ait été établie une distinction concernant leur caractère spirituel ou technique), telles que des injonctions et des mécanismes d'indemnisation appropriés. Les dispositions permettant de faire respecter les droits de propriété intellectuelle pourront être applicables à titre subsidiaire et *mutatis mutandis*⁶³. En outre, les détenteurs de savoirs traditionnels peuvent être confrontés à des problèmes pratiques pour faire respecter leurs droits, d'où l'idée d'établir un mécanisme distinct permettant d'administrer les droits de manière collective ou réciproque ou de charger plus particulièrement des organismes publics de surveiller les atteintes aux droits et de poursuivre leurs auteurs.⁶⁴

viii) Comment perd-on les droits ou comment expirent-ils?

78. On peut aborder ce dernier point de deux manières. La première, qui est généralement celle que préfèrent les législations nationales qui se sont intéressées jusqu'à présent à la protection des savoirs traditionnels, consiste à conférer une protection pour une période indéterminée.⁶⁵ Cette façon de procéder tient compte du caractère intergénérationnel et progressif des savoirs traditionnels et reconnaît le fait que leur application commerciale, une fois la protection assurée, peut prendre très longtemps.⁶⁶ Toutefois, si la protection des savoirs traditionnels est conférée à partir d'un acte initial d'exploitation commerciale (par exemple, une durée de cinquante ans à partir de la première exploitation commerciale du savoir traditionnel protégé, qui pourrait être prorogée pendant un certain nombre de périodes successives), il serait envisageable de fixer une date d'expiration pour autant qu'elle s'applique exclusivement aux éléments de savoirs traditionnels susceptibles d'application commerciale ou industrielle et qui pourraient être isolés de l'ensemble du contenu de la base de données sans porter atteinte à leur intégrité.⁶⁷ En fait, les savoirs traditionnels évoluant, certains de leurs éléments constitutifs tombent nécessairement en désuétude.

⁶³ Voir l'article 21 de la loi n° 20 du Panama.

⁶⁴ Voir les articles 47 et suivants de la loi n° 27.811 du Pérou. La loi péruvienne prévoit que les actions pour atteinte aux droits sur les savoirs traditionnels sont intentées devant un organe administratif (l'INDECOPI, "Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual", qui est l'organisme péruvien chargé des questions de concurrence et de droit de la propriété intellectuelle).

⁶⁵ Voir l'article 7 de la loi du Panama et l'article 12 de la loi du Pérou.

⁶⁶ La protection des savoirs traditionnels aurait dans ce cas une fonction prospective, comme l'indique Edmund Kitch à propos des brevets (voir Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 J.L. & Econ. (1977)). Seul un petit nombre de brevets remplissent cette fonction car la plupart des inventions sont développées pour répondre aux besoins effectifs du marché. Cependant, les savoirs traditionnels ne sont pas créés à des fins commerciales. Pour qu'ils soient susceptibles d'application commerciale, il faut donc, à la différence de la plupart des inventions brevetées, prospecter le marché.

⁶⁷ Voir la loi du Portugal, qui prévoit une protection d'une durée de 50 ans, prorogeable pour une durée identique (article 3.6)). Aux termes de la loi thaïlandaise, la durée de la protection des

VI. CONCLUSION

79. Ces éléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels ont été répertoriés afin de répondre à la demande d'un certain nombre de membres du comité et ne sont pas l'expression d'un consensus au sein du comité. Le présent document vise essentiellement à montrer que les mécanismes de protection de la propriété intellectuelle actuels comportent déjà des éléments, dans le domaine des savoirs traditionnels ou dans d'autres domaines, qui pourraient être transposés dans un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels. Le fait d'utiliser des éléments existants présente l'avantage de ne pas avancer en terrain inconnu. De plus, pour surmonter les problèmes de biopiraterie et de frais de transaction en ce qui concerne les expressions du folklore et les savoirs traditionnels liés à la biodiversité, il est plus facile (même si ce n'est pas obligatoire) d'adapter des systèmes éprouvés et de se référer aux principes juridiques qu'ils renferment.

80. *Le Comité intergouvernemental est invité à prendre note du contenu du présent document et à formuler des observations à ce sujet, en vue de la préparation d'une étude technique mixte fondée sur le document existant préparé par le Secrétariat et les éléments fournis par les États membres et d'autres partenaires, cette étude devant comprendre les éléments suivants :*

- *une analyse des définitions de l'objet de la protection des savoirs traditionnels;*
- *l'examen des méthodes retenues au niveau national pour la protection des savoirs traditionnels;*
- *l'analyse des éléments constitutifs d'une protection sui generis des savoirs traditionnels.*

[Fin du document]

[Suite de la note de la page précédente]

savoirs traditionnels médicaux et la durée de la vie du titulaire des droits plus 50 ans à compter de sa mort (article 33).