

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/5/8

ORIGINAL: anglais

DATE: 28avril2003

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

F

COMITE INTERGOUVERNE MENTAL DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE RELATIVE AUX RESSOURCES GENETIQUES, AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET AU FOLKLORE

Cinquième session
Genève, 7 – 15 juillet 2003

ETUDE MIXTE RELATIVE À LA PROTECTION
DES SAVOIRS TRADITIONNELS

Document établi par le Secrétariat

TABLE DES MATIÈRES

| | Paragraphes |
|---|-------------|
| I. PERSPECTIVES GÉNÉRALES | 1 et 2 |
| II. INTRODUCTION | 3 à 6 |
| III. LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS PAR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE | 7 à 39 |
| IV. DÉFINITIONS DES SAVOIRS TRADITIONNELS | 40 à 71 |
| V. PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS : EXAMEN DES MESURES DE PORTÉE NATIONALE | 72 à 76 |
| VI. EXPÉRIENCES ACQUISES AU PLANNATIONALE EN MATIÈRE DE PROTECTION SUI GENERIS DES SAVOIRS TRADITIONNELS | 77 à 99 |
| VII. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DES SYSTÈMES <i>SUI GENERIS</i> DE PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS | 100 à 146 |
| VIII. CONCLUSION | 147 à 149 |

I. PERSPECTIVES GÉNÉRALES

1. Le présent document regroupe de manière globale les diverses informations concernant la protection des savoirs traditionnels au titre de la propriété intellectuelle, qui ont été examinées par le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (le "comité"). On trouve dans le présent document des études portant sur les mécanismes adoptés par les États membres en matière de protection des savoirs traditionnels, des lois spécifiques (*sui generis*) sur la protection des savoirs traditionnels, des études de cas sur l'utilisation de la propriété intellectuelle pour protéger ces savoirs et l'analyse par le Secrétariat de questions telles que la définition des savoirs traditionnels et des éléments constitutifs d'une protection *sui generis* de ces savoirs, ainsi que la documentation recueillie à l'occasion de larges consultations engagées par le Secrétariat avec des détenteurs de savoirs traditionnels en 1998 et 1999.

2. À sa quatrième session, le comité a demandé la réalisation d'une étude mixte portant sur les points suivants : les méthodes permettant de définir les savoirs traditionnels, l'expérience acquise au niveau national en matière de protection des savoirs traditionnels et l'analyse des éléments constitutifs d'un système *sui generis*. Le présent document a été structuré conformément à cette décision. La section II comporte un bref rappel des faits qui ont conduit à la réalisation de l'étude et les documents précédents sur lesquels cette étude se fonde. La section III traite en général de la notion de "protection des savoirs traditionnels" des méthodes susceptibles de protéger ces savoirs, en précisant ce qu'on entend par la protection des savoirs traditionnels du point de vue de la propriété intellectuelle. Elle permet de comprendre qu'en matière de protection des savoirs traditionnels, la notion des savoirs traditionnels est influencée par l'objectif de la protection visée. Se fondant sur les documents examinés précédemment par le comité, la section IV porte sur les méthodes permettant de définir "les savoirs traditionnels" et propose une définition globale. La section V passe en revue l'expérience acquise en matière de protection des savoirs traditionnels par la législation dans plusieurs ressorts juridiques (sur la base de rapports et d'études antérieures examinés par le comité), y compris la protection *sui generis*. La section VI met l'accent sur les lois nationales existantes en matière de protection *sui generis*. La section VII porte sur des éléments éventuels constitutifs des systèmes *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, réexaminant la liste récapitulative utilisée précédemment au sein du comité¹ en vue d'attirer l'attention sur les possibilités offertes, notamment sur le plan administratif, par les systèmes de protection des savoirs traditionnels tout en tenant compte des éléments communiqués lors des sessions précédentes du comité. La section VIII résume l'éventail actuel des méthodes susceptibles de protéger les savoirs traditionnels au titre de la propriété intellectuelle qui pourraient être retenues.

II. INTRODUCTION

3. Le comité a abordé, dès le début, la question de la protection des savoirs traditionnels tant dans le cadre des systèmes conventionnels de propriété intellectuelle que des systèmes *sui generis* particuliers de protection. Il a notamment débattu cette question de manière générale et examiné l'expérience effective acquise en matière de protection des savoirs traditionnels. À ses troisième et quatrième sessions, il a examiné l'expérience acquise par

¹ Documents WIPO/GRTKF/IC/3/8 et 4/8.

divers pays en matière de protection juridique des savoirs traditionnels², examiné la terminologie et les définitions des savoirs traditionnels³ et des éléments éventuels constitutifs d'un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle⁴. Il est également examiné le lien existant entre la notion générale de "savoirs traditionnels" et la notion plus spécifique de "expressions du folklore"⁵ et "expressions culturelles traditionnelles".

4. À la suite d'une proposition présentée à sa quatrième session⁶ visant à regrouper dans une étude technique mixte ces sujets distincts mais étroitement liés qui "peuvent être traités au comité d'examiner de manière approfondie les questions considérées", le comité a décidé que :

"[S]ur la base des documents WIPO/GRTKF/IC/4/8 et WIPO/GRTKF/IC/3/9, ainsi que d'autres éléments, le Secrétariat devrait préparer une étude technique mixte portant sur les différentes façons de concevoir la définition des savoirs traditionnels et sur l'expérience acquise au niveau national en matière de protection de ces savoirs, et comprenant une analyse des éléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, étant entendu que celle-ci sera une analyse plus structurée et concrète d'options précises."⁷

Documents connexes examinés par le comité

5. Afin de permettre au comité de disposer d'une seule étude mixte concernant la protection *sui generis* des savoirs traditionnels, le présent document résume et regroupe un grand nombre de documents examinés précédemment par le comité, en particulier l'examen du document WIPO/GRTKF/IC/3/9 (définitions des savoirs traditionnels) et du document WIPO/GRTKF/IC/4/8 (éléments constitutifs d'une protection *sui generis*), ainsi que le comité en est convenu⁸, ainsi que les études successives portant sur les modalités juridiques mises en place au niveau national pour protéger les savoirs traditionnels qui ont été élaborées et ont fait l'objet d'un compte rendu dans les documents WIPO/GRTKF/IC/3/7, WIPO/GRTKF/IC/4/7 et WIPO/GRTKF/IC/5/7. Étant donné que la protection des savoirs traditionnels et la protection des expressions culturelles traditionnelles ou des expressions du folklore se recoupent en partie, le présent document s'inspire également des études menées parallèlement en ce qui concerne la protection des expressions culturelles traditionnelles et présentées dans les documents WIPO/GRTKF/IC/3/10, WIPO/GRTKF/IC/4/3 et WIPO/GRTKF/IC/5/3. Pour de plus amples informations sur les questions visées dans le présent document, il est possible de consulter chacun de ces documents.

² Documents WIPO/GRTKF/IC/3/7, 4/7 et 5/7.

³ Voir le Rapport de la troisième session, paragraphes 212 à 266 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17, et le Rapport de la quatrième session, paragraphes 133 à 164 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15.

⁴ Voir le texte intitulé *Éléments constitutifs d'un système sui generis de protection des savoirs traditionnels*, documents WIPO/GRTKF/IC/3/8, du 29 mars 2002 et WIPO/GRTKF/IC/4/8, du 30 octobre 2002, et le texte intitulé *Savoirs traditionnels – terminologie et définitions*, document WIPO/GRTKF/IC/3/9 du 20 mai 2002.

⁵ Document WIPO/GRTKF/IC/3/9.

⁶ Paragraphe 134 du rapport de la quatrième session.

⁷ *Id.*, paragraphe 164 i).

⁸ Voir le Rapport de la quatrième session, paragraphe 175 vii) du document WIPO/GRTKF/IC/4/15.

6. Le document établi parallèlement sous la cote WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2 (“Informations relatives à l’expérience acquise au niveau national en matière de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle”) contient des renseignements détaillés d’ordre général sur la protection des savoirs traditionnels dans le cadre des systèmes juridiques nationaux, y compris des textes de lois relatifs à la protection *sui generis* (Annexe III), et le présent document y fait abondamment référence. Le document WIPO/GRTKF/IC/5/12 qui comporte un essai synthétique exposé succinct des questions examinées par le comité traite de certaines questions de politique générale en rapport avec la protection des savoirs traditionnels, telles que la nature de la protection par la propriété intellectuelle, lorsque cette protection vise un objet de propriété intellectuelle ou d’expressions culturelles traditionnelles, le rôle des stratégies de protection positive et défensive, le rôle de la protection par la propriété intellectuelle dans le cadre d’une conception plus large de la conservation et de la sauvegarde des cultures et des systèmes juridiques traditionnels, et différentes formes de protection par la propriété intellectuelle.

III. LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS PAR LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

a) Protection des savoirs traditionnels dans le contexte de la propriété intellectuelle

7. Il existe des notions très diverses de protection, de conservation et de sauvegarde des savoirs traditionnels. La protection peut viser directement ces savoirs en tant qu’objets de protection à proprement parler, la préservation du cadre social et culturel dans lequel les savoirs traditionnels sont élaborés et conservés, ainsi que les formes et expressions spécifiques servant à communiquer et à transmettre des savoirs. La protection peut également viser les signes distinctifs, les symboles et les réputations associés aux savoirs traditionnels d’une communauté. Chaque type de protection revêt une importance primordiale et la politique globale dans le domaine de la protection doit avoir une portée générale et correspondre aux besoins et aux intérêts de la communauté traditionnelle concernée. Conformément à la thématique générale et au mandat⁹ du comité, ainsi qu’au rôle joué par l’OMPI en matière de coopération internationale¹⁰, le présent document met l’accent sur la protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle ou la protection des savoirs traditionnels en l’absence de la propriété intellectuelle. La protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle suppose en général la reconnaissance de droits spécifiques attachés aux savoirs traditionnels à proprement parler ou de droits liés, d’une façon ou d’une autre, aux savoirs traditionnels; ces droits permettent d’empêcher de tiers d’utiliser les savoirs protégés sans autorisation. Même dans le domaine de la protection à la propriété intellectuelle, le comité a établi une distinction entre la protection “positive” et la protection “défensive”¹¹. La présente section a pour but de préciser ce que recouvre la protection par la propriété intellectuelle à proprement dite, par opposition à des notions plus générales de protection des savoirs traditionnels, et d’examiner ce que cela implique pour la définition des savoirs traditionnels et les méthodes retenues pour protéger ces savoirs.

⁹ Voir le paragraphe 23 du document WO/GA/26/6 du 7 août 2000 intitulé “Questions concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore”.

¹⁰ Article 3.1) de la Convention instituant l’Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (signée à Stockholm le 14 juillet 1967 et modifiée le 28 septembre 1979).

¹¹ Paragraphes 19 à 30 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12 (voir également plus loin les paragraphes 15 à 17).

Nécessité de protéger les savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle : la question des définitions

8. Les travaux du comité ont, en général, souligné l'importance primordiale que revêt pour les savoirs traditionnels la protection par la propriété intellectuelle sous des formes appropriées et ils ont mis en particulier l'accent sur des stratégies de protection grâce auxquelles les détenteurs des savoirs traditionnels et aux communautés traditionnelles peuvent mieux définir et préserver leurs intérêts au regard du système de la propriété intellectuelle. De nombreux participants aux travaux du comité ont souligné la nécessité de renforcer la protection des savoirs traditionnels en mettant plus ou moins l'accent sur une meilleure application des instruments traditionnels de propriété intellectuelle aux objets des savoirs traditionnels, ou sur l'élaboration de lois *sui generis* spécialement adaptées à la protection des savoirs traditionnels. Il a donc été nécessaire de préciser ce qu'il faut entendre par la notion fondamentale de "protection" des savoirs traditionnels, ainsi que le but ou l'objectif général de la protection de ces savoirs. Cette nécessité s'est imposée même en ce qui concerne la question de savoir comment définir l'expression "savoirs traditionnels" dans la pratique. D'un point de vue général, la nature des savoirs traditionnels est, par définition, globale et peut avoir une portée très large, ce qui témoigne du lien indissociable entre ces savoirs et la vie, l'identité culturelle et les croyances spirituelles de nombreuses communautés autochtones et locales. Cela étant, si l'on veut instituer ou mettre en œuvre certaines formes de protection juridique des savoirs traditionnels en dehors de leur cadre traditionnel, notamment en dehors de leur ressort juridique local ou dans un cadre international, il faudra peut-être trouver une définition différente plus fonctionnelle qui corresponde à la forme de protection nécessaire. Les délibérations du comité ont fait ressortir que la manière dont on définit les savoirs traditionnels dépend inévitablement de la question préalable de savoir quelle est la forme de protection envisagée¹². De même, la forme de protection des savoirs traditionnels sera différente en fonction de l'objectif visé et la raison d'être juridique de la protection des savoirs traditionnels. Une définition très générale des savoirs traditionnels peut être utile aux fins d'une description générale, mais elle ne peut servir de base effective pour la mise en place d'une forme déterminée de protection juridique.

Qu'est-ce que la protection?

9. Lorsquel'onveutprécisercequel'onentendpar"protection"dessavoirstraditionnels, la question fondamentale qui se pose est des savoirs il faut comprendre le terme "protection" en l'absence de la propriété intellectuelle ou d'une manière plus générale, comme par exemple quand les savoirs traditionnels sont sauvegardés, conservés ou recueillis de manière à faire en sorte qu'ils ne disparaissent pas. Les savoirs traditionnels peuvent être "protégés" par le biais de divers mécanismes juridiques (contrats et licences, lois nationales réglementant des questions comme la protection de l'environnement, le patrimoine culturel ou les intérêts des peuples autochtones, etc...). Dans chaque cas, à une notion différente des savoirs traditionnels peut correspondre une notion différente de protection et les définitions juridiques formelles des savoirs traditionnels sont donc différentes selon les cas¹³. En outre, les systèmes de protection des savoirs traditionnels peuvent avoir des objectifs particuliers, ce qui risquerait de restreindre la manière de définir les savoirs traditionnels aux fins de répondre à ces objectifs. Cela est notamment le cas lorsqu'une protection des savoirs traditionnels est liée à des objectifs environnementaux. Par exemple, quand la protection des savoirs traditionnels

¹² Voir le paragraphe 41 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12.

¹³ Voir l'étude des définitions figurant dans l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/3/9.

s'inscrit dans le cadre d'un régime plus général régissant l'accès aux ressources génétiques et la protection de la diversité biologique, la définition des savoirs traditionnels aux fins de leur protection peut être limitée aux savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques au lieu de s'appliquer à un grand nombre d'objets des savoirs traditionnels. À l'inverse, la protection peut être axée sur les connaissances traditionnelles en matière de plantes médicinales et les moyens de protection peuvent être adaptés à l'objet considéré.

Exemples de savoirs traditionnels dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique (CDB)

10. La Convention sur la diversité biologique (CDB) peut contribuer à donner un aperçu de diverses méthodes permettant de protéger les savoirs traditionnels que l'on peut trouver dans un contexte précis et dans un document juridique déterminé¹⁴. En vertu de l'article 8 (j) de la CDB, les savoirs traditionnels doivent être *respectés, préservés et maintenus*; leur utilisation doit être *encouragée* avec l'approbation et la participation des détenteurs de ces savoirs et les avantages qui découlent de leur utilisation doivent être *équitablement partagés*¹⁵. Ces divers objectifs complémentaires démontrent la différence de lien qui existe entre la conservation et la protection et les différentes notions de protection qu'il se peut être nécessaire d'établir pour atteindre un objectif général. Cette disposition a fait l'objet de débats approfondis dans le cadre des instances établies au titre de la CDB et il faut peut-être recourir à un grand nombre d'instruments réglementaires et juridiques pour atteindre ces divers objectifs. Les mécanismes de propriété intellectuelle (qu'ils s'agissent de droits conventionnels de propriété intellectuelle ou de formes de protection *suigeneris*) peuvent être utiles, mais ils risquent fort de ne pas être suffisants en tant que tels. La protection par la propriété intellectuelle n'a pas pour objectif premier de conserver et de maintenir les savoirs, même si elle peut inciter à agir dans ce sens et à atteindre les résultats escomptés dans un deuxième temps en renforçant les mesures d'incitation visant à conserver les savoirs. La protection au titre de la propriété intellectuelle peut préciser la façon dont il faut respecter les savoirs traditionnels, faire en sorte que le processus de conservation ne nuise pas aux intérêts des détenteurs de ces savoirs et que ces savoirs soient utilisés avec leur autorisation et elle peut servir à structurer et à définir les modalités de partage des avantages. Ces objectifs sont liés les uns aux autres, mais ils nécessitent qu'on utilise les mécanismes de propriété intellectuelle de manière différente; ces mécanismes devront peut-être aussi être utilisés parallèlement à d'autres instruments juridiques et pratiques.

11. Le système de protection de la propriété intellectuelle fonctionnant dans un environnement dynamique et porte généralement sur les conditions dans lesquelles l'objet protégé est utilisé, exploité et diffusé (et confère à ses détenteurs le droit d'empêcher son utilisation ou de fixer les conditions d'utilisation) dans le cadre plus large de la promotion du développement culturel, technologique et économique et du commerce international. La notion de promotion du partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des savoirs traditionnels est une des façons de protéger les savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle, même si elle n'entraîne pas nécessairement l'instauration d'un régime de propriété intellectuelle. Par exemple, le partage des avantages peut être institué dans le cadre

¹⁴ Ces définitions sont examinées à titre illustratif uniquement et n'ont pas pour objet d'interpréter ou d'appliquer le texte de la Convention sur la diversité biologique d'une quelconque manière faisant autorité ni de tirer de conclusions formelles quant à l'effet ou l'objet d'une quelconque disposition de la Convention sur la diversité biologique.

¹⁵ Voir le résumé de ce débat aux paragraphes 17 et 18 du document tWIPO/GRTKF/IC/5/12,.

des systèmes de licences délivrés par des instances gouvernementales, prévoyant le versement de redevances et d'autres formes de rémunération, ou dans le cadre d'accords contractuels appropriés conclus avec les détenteurs des savoirs traditionnels. Ces possibilités, qui ne relèvent pas de la propriété intellectuelle, peuvent être considérées comme une façon d'encourager le partage des avantages. Toutefois, dans le cadre de la conclusion d'un accord contractuel, les détenteurs des savoirs traditionnels n'ont pas la possibilité de faire valoir leurs droits ou leurs intérêts à l'égard de tiers qui ne sont pas liés par contrat. Dans le cadre d'un système de rémunération, les détenteurs des savoirs traditionnels risquent de ne pas avoir le droit de refuser que des tiers utilisent leur savoirs traditionnels. Une protection au titre de la propriété intellectuelle donne habituellement aux détenteurs des savoirs traditionnels le droit de faire valoir leurs intérêts à l'égard de tiers et d'autoriser ou non l'utilisation des savoirs traditionnels protégés (même si les systèmes de propriété intellectuelle peuvent limiter ce droit). La protection par la propriété intellectuelle peut également offrir un fondement juridique pour mener des négociations sur la nature exacte des avantages et les modalités de partage équitables.

L'objectif de la protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle

12. La protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle peut être considérée comme une fin en soi ou comme le choix d'un mécanisme permettant d'atteindre un objectif général bien défini. Le cadre de la CDB aide à comprendre comment la protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle peut servir notamment à promouvoir les objectifs de la dite convention dans le cadre des dispositions largement débattues de l'article 8.j) et d'autres dispositions de la CDB. Par exemple, en liaison avec la "protection" visée à l'article 8.j) figure, à l'article 10.c)¹⁶, l'obligation pour les Parties contractantes, "dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra" de "protéger et d'encourager l'usage coutumier des ressources biologiques conformément aux pratiques culturelles traditionnelles compatibles avec le simple impératif de leur conservation ou de leur utilisation durable". La référence à l'usage coutumier conformément aux pratiques culturelles traditionnelles pourra nécessiter de protéger et d'encourager l'utilisation des savoirs traditionnels associés aux ressources biologiques. La protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle peut nécessiter de concilier l'objectif de la protection et celui de la promotion de l'utilisation. En règle générale, les systèmes de propriété intellectuelle s'efforcent de promouvoir la diffusion et l'utilisation de l'objet protégé en indiquant les droits des parties prenantes.

13. La CDB contient deux autres références aux savoirs traditionnels : l'article 17.2) recense "les savoirs autochtones et traditionnels" comme étant l'un des éléments d'information dont l'échange doit être facilité entre les parties; et l'article 18.4) invite les parties à "encourager et mettre au point des modalités de coopération aux fins de l'élaboration et de l'utilisation de technologies, y compris les technologies autochtones et traditionnelles, conformément aux objectifs de la [présente] convention". Ces dispositions peuvent éventuellement être mises en œuvre dans le cadre d'accords de licences et d'accords de transfert et, dans ce cas, un cadre plus précis de propriété intellectuelle permettant de protéger les savoirs traditionnels pourra contribuer à renforcer la sécurité juridique et réduire les frais

¹⁶ "[...] [A]rticle 10.c) doit être interprété en relation avec l'article 8.j) qui encourage les parties à respecter, préserver et maintenir les connaissances [...]". Voir Lyle Glowka *et alii*, *A Guide to the Convention on Biological Diversity*, IUCN 1994, p. 60.

de transaction. Cependant, la protection directe des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle à proprement parler n'est peut-être pas essentielle et les contrats et les régimes de licences peuvent avoir le même effet pour une efficacité et un coût différents.

14. La distinction établie entre la protection par la propriété intellectuelle et les notions générales de protection des savoirs traditionnels est soulignée par le fait que la CDB fait, en général, référence au respect, à la préservation et au maintien ou à l'usage des connaissances etno naus respect, à la préservation, au maintien ou à l'usage des droits attachés aux connaissances. Cela démontre comment les droits de propriété intellectuelle ou les droits spécifiques attachés aux savoirs auront peut-être leur place aux côtés d'autres solutions éventuelles si l'on veut atteindre l'objectif plus général de la "protection", y compris la protection contre leur disparition. Même si les notions de partage équitable des avantages peuvent impliquer des notions différentes d'exclusivité de la protection par opposition aux droits à une rémunération et aux droits de bénéficiaire d'avantages non monétaires.

Protection défensive des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle

15. Dans le cadre de la conception générale de la protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle, le comité a distingué différentes formes de protection positive et de protection défensive. Vous trouverez dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/12 (paragraphe 19 à 30), une analyse complète de ces notions. La protection "défensive" ne vise pas à instituer des droits spécifiques ou d'autres intérêts attachés aux objets des savoirs traditionnels, mais plutôt à empêcher que des tiers ne revendiquent ou acquièrent des droits de propriété intellectuelle sur les objets des savoirs traditionnels. Le document WIPO/GRTKF/IC/5/6 présente, sous forme de résumé, tout un éventail d'approches défensives qui ont été examinées ou élaborées lors de travaux du comité, comme, par exemple, les informations mises à la disposition desexamineurs de brevets et de demandes d'enregistrement de marques pour éviter que des droits de propriété intellectuelle à proprement parler soient conférés aux savoirs traditionnels tombés dans le domaine public (en ce qui concerne les brevets) ou qui sont un élément d'identification des peuples autochtones et des communautés traditionnelles susceptibles d'être protégé (en ce qui concerne les marques). Les travaux effectués dans ce domaine se fondent sur des bases de données et d'autres sources d'information qui sont ainsi mises à la disposition desexamineurs de brevets, et sur des bases de données sur les insignes que les examineurs de demandes d'enregistrement de marques peuvent consulter¹⁷.

16. En règle générale, ces types de revendiquant activement des droits de propriété intellectuelle que cette forme de protection défensive sera conférée même si, dans certains cas, une demande de protection par la propriété intellectuelle ou l'obtention de cette protection peut faire partie d'une stratégie de protection "défensive". Par exemple, le dépôt d'une demande de brevet à titre de stratégie défensive est une pratique établie qui permet de faire en sorte que des tiers ne puissent pas revendiquer ultérieurement des droits sur le matériel divulgué dans la description relative au brevet (il existe également des mécanismes de divulgations spécifiques dans le cadre des systèmes du droit des brevets). La législation sur les marques peut prévoir un enregistrement défensif ou la reconnaissance de certains signes ou de certaines marques à caractère officiel, ce qui permet d'empêcher des tiers d'acquiescer

¹⁷ Voir le paragraphe 12 du document WIPO/GRTKF/IC/5/7 ("Expérience acquise en ce qui concerne l'utilisation de mécanismes traditionnels de la propriété intellectuelle pour la protection défensive des savoirs traditionnels").

droits ou d'utiliser les droits attachés à la marque de façon préjudiciable. Dans ces cas, l'objectif n'est pas l'exploitation commerciale de l'objet de ces droits, mais simplement l'acquisition ou la revendication d'un droit afin d'empêcher d'autres de l'utiliser les savoirs traditionnels protégés par la propriété intellectuelle¹⁸.

17. D'une manière générale, la protection défensive des savoirs traditionnels suppose la mise au point de diverses stratégies pratiques dans le cadre juridique général de la propriété intellectuelle, même si des dispositions juridiques particulières peuvent être adoptées pour faciliter la protection défensive (telles que l'enregistrement défensif). Le présent document met l'accent sur les mécanismes juridiques permettant de conférer aux savoirs traditionnels une protection positive par l'octroi de droits de propriété intellectuelle.

Portée de l'objet protégé

18. Les différentes stratégies de protection positive des savoirs traditionnels soulignent la nécessité de préciser tout d'abord quelle est la portée des savoirs qui sont protégés, ainsi que la portée des droits octroyés. Le débat ci-dessous porte de manière plus détaillée sur les méthodes permettant de définir les savoirs traditionnels dans le cadre d'un système de protection par la propriété intellectuelle, mais il est important de préciser le sens général de l'expression "savoirs traditionnels". Cette expression a été employée, au cours de travaux du comité, comme une notion générale pour désigner un domaine d'activité et un intérêt général (les savoirs traditionnels au sens général ou "*lato sensu*"). Elle a également été employée dans un sens plus sélectif (les savoirs traditionnels au sens plus rigoureux ou "*stricto sensu*") pour désigner le contenu ou la substance des savoir-faire, compétences pratiques et apprentissages de nature traditionnelle, tout en reconnaissant que ce contenu ou cette substance peut être considéré comme indissociable des moyens traditionnels par lesquels les savoirs sont exprimés et du contexte traditionnel dans les cas où ces savoirs sont élaborés, préservés et transmis. Cela traduit le point de vue selon lequel les savoirs traditionnels doivent désigner des "savoirs" au sens général, mais également des savoirs de nature spécifiquement traditionnelle. La protection s'appliquera aux savoirs en tant que tels, et visera à empêcher l'utilisation non autorisée de ces savoirs, y compris éventuellement la divulgation non autorisée des savoirs traditionnels secrets ou sacrés¹⁹. À l'inverse, la protection des expressions culturelles traditionnelles (termes synonymes d'expressions du folklore) vise essentiellement à protéger une expression en tant que telle, et non l'idée ou le contenu (la doctrine du droit d'auteur, qui fait état d'une dichotomie entre l'idée et l'expression, peut contribuer à préciser cette distinction)²⁰.

19. Le comité adonc fondé ses travaux sur une distinction générale établie entre la protection des savoirs traditionnels en tant que tels et la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore dans un souci de clarifier les différentes formes et les différents objets de protection. Cela n'empêche pas qu'un seul système juridique puisse

¹⁸ Voir le paragraphe 8 du document WIPO/GRTKF/IC/5/7 intitulé "Étude d'ensemble de la protection des savoirs traditionnels au titre de la propriété intellectuelle".

¹⁹ Paragraphe 44 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12.

²⁰ Le document WIPO/GRTKF/IC/5/12 porte sur la distinction établie entre la protection des expressions du folklore, voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3 intitulé "Analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles", et le document WIPO/GRTKF/IC/3/10 intitulé "Rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en matière de protection juridique des expressions du folklore".

s'appliquer à deux formes d'objet ²¹. En outre, certaines créations renferment dans le même objet un contenu technique et des formes d'expressions. Cette notion, qui est généralement dans le droit de la propriété intellectuelle, est bien connue. Elle prévoit que différents aspects d'un seul produit peuvent être protégés par des droits de propriété intellectuelle complémentaires tels que la protection, par le droit d'auteur ou à titre de dessins ou de modèles, pour certains aspects de la forme ou de l'expression, la protection, brevet ou par des modèles d'utilité, pour les aspects fonctionnels, et la protection par les marques, les indications géographiques ou la protection contre la concurrence déloyale, pour les caractéristiques distinctives. Dans le domaine général de la protection des savoirs traditionnels, l'artisanat est un bon exemple de cet amalgame entre les objets protégés – les produits artisanaux peuvent renfermer un contenu technique, des valeurs esthétiques ou d'autres valeurs culturelles et posséder des caractéristiques distinctives (y compris des qualités géographiques ou locales spécifiques). Par conséquent, les produits artisanaux peuvent être protégés par la protection des idées techniques qu'ils renferment ou par la protection des expressions culturelles qu'ils représentent ou la protection des caractéristiques distinctives de signes ou de marques qui sont associés ²².

20. Quoiqu'il en soit, la limitation ou l'élargissement de la portée des objets des savoirs traditionnels qui doivent bénéficier d'une protection juridique auranécessairement une incidence sur la nature de la protection de ces objets et sur la forme des droits qui donne effet à cette protection. La protection des expressions portera nécessairement davantage sur les valeurs culturelles, y compris les droits moraux tandis que la "protection" des objets techniques ou du contenu des savoirs sera essentiellement axée sur les répercussions économiques et techniques de l'utilisation de ces savoirs. En fin de compte, la nature même des droits conférés dépendra des objets visés. Les éléments constitutifs des savoirs traditionnels qui visent essentiellement à identifier les communautés traditionnelles ne peuvent pas être transférés ni attribués à des tiers, mais il est possible de prévoir la mise en place d'accords de licence pour les savoirs traditionnels techniques ²³, cela, indépendamment du fait que les savoirs traditionnels techniques sont également un but d'identification culturelle, ainsi que nous l'expliquerons plus loin. Toutefois, en ce qui concerne les savoirs techniques, leur utilisation aux fins d'identification culturelle d'une communauté ne correspond pas à son objectif premier. Bien entendu, le dernier mot sur cet aspect doit revenir aux détenteurs des savoirs traditionnels eux-mêmes. Personne ne peut prendre cette décision à leur place. Ce que l'on peut faire, c'est de laisser aux détenteurs des savoirs traditionnels la possibilité de les utiliser comme ils le jugent approprié.

21. Pour atteindre cet objectif, il importe de faire en sorte que les détenteurs des savoirs traditionnels ont véritablement la capacité d'opérer des choix concernant la protection de leurs actifs incorporels. Ils agissent donc d'une question de gestion de la propriété intellectuelle qui nécessite de connaître les différents choix possibles ainsi que les conséquences en résultant.

²¹ Voir, par exemple, l'annexe III du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

²² Voir la discussion au paragraphe 9 du document WIPO/GRTKF/IC/5/7.

²³ L'article 18.e) de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification (UNCCD) mentionne expressément le transfert de technologies liées aux savoirs traditionnels.

À cette fin, le comité a approuvé, à sa troisième session, l'élaboration d'un "instrument de gestion des aspects relatifs à la propriété intellectuelle des projets de fixation de savoirs traditionnels et de bases de données relatives aux savoirs traditionnels"²⁴. Les documents WIPO/GRTKF/IC/4/5 et WIPO/GRTKF/IC/5/5 font le point sur l'élaboration de cet instrument de gestion.

b) Étude succincte des mécanismes de protection positive des savoirs traditionnels

22. L'analyse de plusieurs documents établis à l'intention du comité sur les données d'expérience en matière de protection des savoirs traditionnels²⁵ montre que différents mécanismes peuvent être – et ont été – utilisés pour protéger les savoirs traditionnels. Ces mécanismes ont été classés dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/12 de la manière suivante :

- systèmes de propriété intellectuelle existants appliqués à l'objet des savoirs traditionnels;
- adaptations des systèmes de protection de la propriété intellectuelle existants pour faire en sorte qu'ils soient applicables à l'objet des savoirs traditionnels, et éléments *sui generis* de ces systèmes (par exemple, intégration des savoirs traditionnels dans la CIB); et
- systèmes *sui generis* de protection de la propriété intellectuelle indépendants, aux fins soit de la protection du contenu des savoirs traditionnels en tant que tels, soit de la protection des expressions de la culture traditionnelle ou des expressions du folklore, soit des deux à la fois.

Exigences quant à la forme

23. Une différence fondamentale distingue la protection fondée sur une exigence de forme et la protection découlant automatiquement de l'objet considéré, sans qu'une procédure formelle telle qu'une procédure d'enregistrement ne soit nécessaire. Les mécanismes de protection des savoirs traditionnels peuvent imposer une reconnaissance ou un enregistrement formel, comme dans le domaine des brevets ou des marques enregistrées, ou la protection peut être octroyée sans aucune formalité, comme dans le cas du droit d'auteur²⁶ et des marques non enregistrées. La première conception est généralement appliquée dans le cadre de mécanismes de protection du contenu des savoirs traditionnels à caractère technique et dans un certain nombre de cas où il est fait appel aux mécanismes conventionnels de la propriété intellectuelle (par exemple, l'utilisation du système des brevets pour protéger les innovations relevant des systèmes de médecine traditionnelle), et dans plusieurs pays ayant adopté des mécanismes *sui generis* pour la protection des savoirs traditionnels²⁷. La seconde conception, à savoir la protection sans formalités, est plus appliquée à la protection des expressions des

²⁴ Inventaire des bases de données existantes en ligne contenant des documents sur les savoirs traditionnels, paragraphe 99 du document WIPO/GRTKF/IC/3/6, du 10 mai 2002.

²⁵ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/2/8, 2/9, 3/7, 3/10, 4/3, 4/7 et 5/7.

²⁶ Dans certains pays, il existe des systèmes d'enregistrement du droit d'auteur destinés à faciliter la preuve de la titularité.

²⁷ Le document WIPO/GRTKF/IC/5/7 contient une enquête sur l'expérience acquise au niveau national en matière de protection des savoirs traditionnels.

savoirs traditionnels ou de expressions culturelles traditionnelles (expressions du folklore), comptent en un notament d'une large application des systèmes de droit d'auteur et de droits connexes et de systèmes étayés ou inspirés par le droit d'auteur pour cet objet²⁸. Toutefois, la loi du Costa Rica sur la biodiversité, qui contient quelques dispositions sur un régime *sui generis* pour la protection des savoirs traditionnels associés à la biodiversité, prévoit également un système sans formalités²⁹.

24. Le comité a passé en revue une série de moyens d'utilisation des mécanismes conventionnels de propriété intellectuelle aux fins de la protection des savoirs traditionnels et de expressions de savoirs, tels que le droit d'auteur, les brevets, les marques, les indications géographiques, les dessins et modèles industriels et les secrets d'affaires, qui sont examinés dans les documents WIPO/GRTKF/IC/3/10 et WIPO/GRTKF/IC/5/7. Toutefois, de nombreux participants du comité ont souligné que ces mécanismes conventionnels de propriété intellectuelle peuvent ne pas être pleinement applicables ou adaptés à la protection des savoirs traditionnels, compte tenu de ses caractéristiques distinctives des savoirs traditionnels en tant qu'objet de la protection par la propriété intellectuelle. On trouve dans les sections VI et VII une étude de fondement de l'utilisation des systèmes *sui generis* en complément des mécanismes conventionnels de propriété intellectuelle. Il n'existe pas nécessairement de démarcation nette entre les éléments des systèmes de propriété intellectuelle existants qui sont applicables à la protection des savoirs traditionnels et les systèmes *sui generis* distincts relatifs à ces savoirs. La protection *sui generis* des bases de données est l'illustration. Une compilation de données est reconnue en partie en tant qu'objet de protection distinct au titre du droit d'auteur lorsqu'elle constitue une création intellectuelle en raison du choix ou de la disposition de ses matières³⁰. Cela étant, les éléments non originaux d'une base de données peuvent aussi être considérés en partie comme un objet de la protection *sui generis* des bases de données dans le système juridique de certains pays³¹. En fait, il est apparu au fil des délibérations que les deux systèmes pouvaient s'appliquer aux collections de savoirs traditionnels et leur accorder ainsi une certaine protection. Les possibilités d'application de la protection des bases de données fondées sur le droit d'auteur ou un système *sui generis* sont examinées dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/3.

25. En marge de tout système *sui generis* distinct de propriété intellectuelle établi spécialement pour les savoirs traditionnels en tant que tels, des éléments *sui generis* du droit général de la propriété intellectuelle peuvent être applicables à l'objet des savoirs traditionnels. Des mécanismes *sui generis* spécifiques ont été élaborés à cause du droit général de la propriété intellectuelle pour répondre à certains besoins concrets ou à des objectifs de politique générale relatifs à des objets particuliers : ils agissent notamment de dispositions juridiques spécifiques ou de mesures d'ordre pratique ou administratives. Ainsi,

²⁸ Voir les paragraphes 71 à 73 du document WIPO/GRTKF/IC/4/3 du 20 octobre 2002, intitulé "Analyse systématique préliminaire de l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique de expressions du folklore".

²⁹ Article 82 de la loi n° 7.788 du 23 avril 1998. On trouvera le texte complet de cette loi à l'adresse www.prodiversitas.bioetica.org/doc25.htm.

³⁰ Selon l'article 10.2) de l'Accord sur les ADPIC et l'article 5 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur.

³¹ Voir, par exemple, la directive de l'Union européenne sur les bases de données (directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 sur la protection juridique des bases de données (JOL 77, 27.3.1996, p.20)).

des obligations *sui generis* en matière de divulgation, sous forme d'exigences relatives au dépôt d'échantillons, peuvent s'appliquer aux procédures en matière de brevets relatives aux micro-organismes nouveaux³². Des propositions ont été faites en vue de l'imposition d'obligations de divulgation spécifiques concernant les brevets d'inventions dérivées de ressources génétiques et des savoirs traditionnels qui s'y rapportent³³. Pour ce qui est des savoirs traditionnels proprement dits, l'élaboration de classes ou sous-classes distinctes dans la classification internationale des brevets pourrait être considérée comme un élément *sui generis* d'un système existant pour faciliter la protection défensive des savoirs traditionnels³⁴. L'extension des droits de artistes interprètes ou exécutants aux interprètes des 'expressions du folklore'³⁵ inscrit la protection *sui generis* d'un objet des savoirs traditionnels dans un système de propriété intellectuelle plus large (voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/3). Par conséquent, le comité devrait être dans une certaine mesure explorer ou définir la frontière ou l'interaction entre les éléments *sui generis* pertinents des systèmes de propriété intellectuelle existants qui confèrent une certaine protection aux savoirs traditionnels, d'une part, et les éléments des systèmes *sui generis* distincts établis spécialement aux fins de la protection des savoirs traditionnels, d'autre part.

c) La dimension nationale ou internationale de la protection des savoirs traditionnels

26. La protection par la propriété intellectuelle revêt par nature un caractère territorial, étant fondée sur des lois et des systèmes nationaux ou régionaux, même lorsqu'elle est informelle et ne dépend pas d'un enregistrement. Néanmoins, l'intérêt politique pour la protection par la propriété intellectuelle, notamment en ce qui concerne les savoirs traditionnels, a une forte dimension internationale. La propriété intellectuelle étant constituée d'actifs immatériels faciles à communiquer et à reproduire, elle peut traverser les frontières nationales sans autre obstacle que la protection juridique. La protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle soulève généralement des préoccupations politiques lorsque ceux-ci sont retirés de leur contexte traditionnel et souvent lorsqu'ils sont transmis ou utilisés dans plusieurs ressorts juridiques en même temps. Tout système juridique national protégeant les savoirs traditionnels au moyen d'un système *sui generis* distinct des droits de propriété intellectuelle établis peut supposer des interactions avec les systèmes de propriété intellectuelle d'autres pays. Il est par conséquent crucial, sur le plan du droit et de la pratique, d'assurer la reconnaissance internationale des droits *sui generis* octroyés dans le cadre des systèmes nationaux, ou d'assurer l'articulation effective des systèmes nationaux. De fait, même lorsque l'on s'efforce de recenser les éléments d'éventuels systèmes *sui generis*, il faut déterminer si le système doit être essentiellement national ou international. On peut envisager que les travaux futurs du comité seront focalisés sur les systèmes de protection au niveau national, afin de déboucher par la suite sur des principes plus généraux susceptibles d'être exprimés dans un cadre international ou, au contraire, des efforts d'exprimer directement les éléments ou principes fondamentaux d'un cadre international, qu'il soit à caractère indicatif ou plus formel. Un autre point important concerne les moyens de réaliser la transition entre la protection nationale et la protection internationale lorsqu'il est intéressant de le faire. Il est

³² Conformément au Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets

³³ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/10.

³⁴ Voir les paragraphes 39 et 40 du document IPC/CE/31/8, intitulé "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.

³⁵ Article 2.a) du Traité de l'OMPI sur les interprétations et l'exécution des phonogrammes.

possible que les pays préfèrent adopter une démarche au cas par cas, établissant un système de reconnaissance des droits octroyés à leur propre ressortissant sans parler d'autres pays sur la base de la réciprocité. La loi *sui generis* du Panama illustre cette démarche³⁶. Mais il est également possible de partir d'un niveau régional ou multilatéral, dans le cadre duquel les pays acceptent certaines règles relatives à l'articulation des systèmes de protection régionaux et, éventuellement, des normes de protection minimales et harmonisées. Dans ce cas, se pose la question de l'interprétation et de l'application des principes du traitement national de la nation la plus favorisée.

d) Objectifs de la protection des savoirs traditionnels

27. La forme de protection des savoirs traditionnels, qu'elle soit fondée sur les mécanismes de propriété intellectuelle existants, sur des éléments adaptés ou *sui generis* des formes existantes de propriété intellectuelle ou sur un système *sui generis* distinct, sera fortement tributaire de la raison d'être de la protection, c'est-à-dire des objectifs que la protection des savoirs traditionnels est censée servir. Les systèmes de propriété intellectuelle existants ont été utilisés aux fins de la réalisation de différents types d'objectifs concernant les savoirs traditionnels, par exemple :

- se protéger contre des revendications de droits de propriété intellectuelle présentés par des tiers sur l'objet des 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 des savoirs traditionnels destinés à être exploités dans des produits commerciaux produits par des tiers.

28. 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

³⁶ Voir l'article 25 de la loi n° 20 du 26 juin 2000 :

“Aux fins de la protection, de l'usage et de la commercialisation des droits collectifs de propriété intellectuelle des peuples autochtones prévus par la présente loi, les expressions artistiques et traditionnelles de peuples autochtones d'autres pays bénéficient des mêmes avantages dans la mesure où il existe des accords internationaux de réciprocité avec ces pays”. On trouvera le texte complet de cette loi dans l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

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, etc.' est pourquoi, de façon générale, ces types de protection peuvent être utiles pour les savoirs traditionnels. rs

e) Les justifications de la protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle

29. Du fait peut-être de la diversité des objectifs assignés à la protection dans la réflexion sur ce point, la question des savoirs traditionnels relève 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. Ils agissent 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 des 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 plus souvent en fait l'utilisation commerciale non autorisée des savoirs traditionnels par des tiers qui induit l'idée selon laquelle les savoirs traditionnels devraient bénéficier d'une protection autre que de la propriété intellectuelle plutôt que les souhaits actifs des détenteurs de ces savoirs de commercialiser ceux-ci.

30. 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 application ne protège pas la propriété intellectuelle et 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.

31. 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 industriels, scientifique, littéraire et artistique"³⁷. Pourtant, il existe bien une qualité

³⁷ 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 radio-diffusion, aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaine, aux découvertes scientifiques, aux dessins et modèles industriels, aux

commune aux différents droits reconnus par les régimes de protection de la propriété intellectuelle. Il n'est pas de droits de propriété indéfinis, fonctions de la variabilité et des caractéristiques abstraites du savoir humain; ils agissent 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.

32. Dans l'examen de la protection des objets de savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle, il importe de distinguer le droit de propriété intellectuelle proprement dit du matériel sous-jacent qu'il protège. Un corpus de savoirs traditionnels est inévitablement plus large, diversifié et intégré à la vie et au patrimoine d'une communauté que tout système spécifique de droits de propriété intellectuelle conférant une protection juridique à ces savoirs. C'est pourquoi, le recensement des droits de propriété intellectuelle (qu'ils soient de nature générale ou *sui generis*) applicables à la protection de certains aspects des savoirs traditionnels ne diminue ni porte atteinte aux savoirs proprement dits, ni au patrimoine culturel qu'ils créent et perpétuent. Le fait que la protection par le droit d'auteur peut s'appliquer à un cycle de chants ou à une narration traditionnelle ne diminue en rien la valeur culturelle du matériel protégé en ce qu'il suppose en aucune manière que ce matériel sera commercialisé d'une façon ou d'une autre.

33. C'est pourquoi le fait que les droits de propriété intellectuelle peuvent s'appliquer aux objets de savoirs traditionnels ne doit pas influencer la manière dont ces savoirs sont créés et utilisés par la communauté d'origine. Dans la plupart des cas, l'utilisation que le titulaire des 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'ils agissent 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 patrimoniaux³⁸. Néanmoins, ils s'intègrent 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 de sanction 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 de savoirs traditionnels ne souhaitent pas commercialiser ceux-ci.

[Suite de la note de la page précédente]

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".

³⁸ Article 6*bis* de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

34. 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 des 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 des savoirs traditionnels qui, ce qui est légitime, aspirent à tirer parti économiquement de leurs savoirs ou au moins de certaines parties de 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 des savoirs traditionnels de préserver leur identité face à toute utilisation de leurs savoirs traditionnels qu'ils souhaitent empêcher.

35. 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 des 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 tant qu'elle, 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 sont développés sans avoir besoin d'un système formel de protection de la propriété intellectuelle. Dans ces cas, 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 des secrets d'affaires, n'apartient pas exclusivement pour but la promotion des activités inventives. Sic' 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.”

36. 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 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 des savoirs traditionnels, qui perdent certains 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 des savoirs traditionnels ou ayant utilisé des éléments des 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 des 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.

37. 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 les communautés les souhaitent, la reconnaissance par la loi et l'enregistrement des actifs incorporés des communautés traditionnelles permettrait de transformer ce capital, ce qui faciliterait la création d'entreprises commerciales au sein des communautés traditionnelles. 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 garanties subsidiaires 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 liés aux savoirs traditionnels; dans ces 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.

38. 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»³⁹. Un argument général invoqué en faveur

³⁹ 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

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 lorsqu'elles ne seraient devenues commerciales à l'extérieur. Il en va de même lorsqu'elles détentent des savoirs traditionnels en vis-à-vis de leurs intérêts non en termes commerciaux directs mais en termes d'interdiction des pratiques inadmissibles de tiers à l'égard de leurs savoirs, telles que le fait de tromper le public ou de l'induire en erreur.

39. Chacune de ces justifications pourrait éventuellement s'appliquer à l'utilisation de mécanismes de propriété intellectuelle existants pour protéger un objet relevant des 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. Il est essentiel de considérer la protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle comme un moyen d'atteindre une fin et non comme une fin en soi, et le choix d'un mécanisme de propriété intellectuelle ne doit pas préjuger des préoccupations et des intérêts des détenteurs des savoirs traditionnels. L'objectif consiste plutôt à renforcer les moyens à la disposition des détenteurs des savoirs, y compris pour lutter contre la commercialisation induite ou non autorisée de leurs savoirs par des tiers, ou pour veiller à ce que toute commercialisation s'effectue en fonction de leurs aspirations et de leurs intérêts.

IV. DÉFINITIONS DES SAVOIRS TRADITIONNELS

40. Comme indiqué ci-dessus, les délibérations du comité ont mis en évidence que la définition des savoirs traditionnels dépend invariablement du type de protection recherché. L'expression "protection des savoirs traditionnels" a elle aussi des significations différentes selon l'objectif de politique générale en jeu : il convient par exemple de déterminer si les savoirs traditionnels sont protégés aux fins de leur préservation contre toute utilisation par des tiers ou simplement contre leur utilisation non autorisée. Les formes de "protection" juridique des savoirs traditionnels peuvent être multiples, s'agissant par exemple de contrats ou de licences, ou de législations nationales relatives à des questions telles que la protection de

[Suite de la note de la page précédente]

pour 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 sont dotés d'elle et leur permettrait 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 nationaux et international peut constituer un outil potentiellement suffisamment puissant pour faciliter 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).

l'environnement, du patrimoine culturel ou des intérêts des peuples autochtones. Dans chaque cas, une conception différente de savoirs traditionnels peut répondre à une notion différente de la protection, et les définitions juridiques officielles de savoirs traditionnels varient en conséquence ⁴⁰. La protection de savoirs traditionnels en l'absence de la propriété intellectuelle (qui fait l'objet du présent document) suppose normalement la reconnaissance de droits spécifiques sur les savoirs proprement dits, ainsi que la capacité d'empêcher les tiers d'utiliser les savoirs protégés sans autorisation. Cela passe par une précision ou un éclaircissement de l'étendue des droits associés aux savoirs traditionnels. Une définition très large et non exclusive de savoirs traditionnels peut être utile à des fins descriptives générales mais risquerait de ne pas constituer une base efficace aux fins d'une protection juridique spécifique.

41. Comme indiqué dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/12, la protection de savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle peut s'appliquer à trois grandes catégories d'objets, à savoir :

a) protection du contenu, de la substance ou d'un concept de savoirs ou de culture (tels que les savoir-faire traditionnels relatifs à l'utilisation de plantes à des fins médicinales, ou les pratiques de gestion écologique traditionnelle) – correspondant plus ou moins à l'objet des brevets, modèles d'utilité et savoir-faire ou secrets d'affaire;

b) protection de la forme, de l'expression ou de la représentation de cultures traditionnelles (chants traditionnels, interprétations d'œuvres traditionnelles, récits oraux ou représentations graphiques) – correspondant plus ou moins à l'objet du droit d'auteur et des droits des interprètes ou exécutants ainsi que des droits en matière de dessins ou modèles industriels et de dessins ou modèles textiles; et

c) protection de la réputation et du caractère distinctif des signes, des symboles, d'indications, de modèles et de styles associés à des cultures traditionnelles, y compris toute utilisation fallacieuse, trompeuse et offensante de l'objet de la protection – correspondant plus ou moins à l'objet des marques commerciales et des indications géographiques, ainsi que la protection de matériel tels que les noms d'organisations internationales intergouvernementales, les poinçons et les symboles nationaux ⁴¹.

La nature de la protection recherchée influera clairement sur la manière dont l'objet est défini aux fins de la protection, de sorte que la définition de savoirs traditionnels en vue de leur protection par la propriété intellectuelle doit tenir compte de la manière dont ils sont déterminés. Le présent document est axé sur la protection de savoirs traditionnels définis au sens strict, à savoir :

le contenu ou la substance de savoir-faire, compétences, pratiques et apprentissages de nature traditionnelle, tout en reconnaissant que ce contenu ou cette substance peut être considéré comme indissociable des moyens traditionnels par lesquels les savoirs sont exprimés et du contexte traditionnel dans lequel ces savoirs sont élaborés, préservés et transmis. Cela traduit le point de vue selon lequel les savoirs traditionnels doivent désigner des "savoirs" au sens général, mais également des savoirs de nature

⁴⁰ Voir l'enquête figurant à l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/3/9.

⁴¹ Voir le paragraphe 41 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12.

spécifiquement traditionnelle. La protection s'appliquerait aux savoirs tant qu'ils, et viserait à empêcher l'utilisation non autorisée de ces savoirs, y compris éventuellement la divulgation non autorisée de savoirs traditionnels secrets sous

42.

42. L'examen de la protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle demande une meilleure compréhension de la notion des savoirs qui font l'objet de la protection. Cela dit, la diversité même des savoirs traditionnels, et la mesure dans laquelle ils sont intégrés à l'identité des communautés traditionnelles et aux différentes traditions socioculturelles font qu'une définition unique et stricte peut exclure des pans importants d'objets de la protection et ne pas tenir compte de l'important apport des lois et coutumes locales à la détermination du champ d'application de la définition des savoirs traditionnels et de la manière dont il convient de protéger ces savoirs. Une autre question également fondamentale concerne le lien entre la notion générale de 'savoir traditionnel' qui, en tant que concept distinct et indépendant du moins, est relativement nouvelle dans le débat international sur les questions de propriété intellectuelle, et les termes de 'folklore' et 'expression traditionnelle du folklore', qui sont d'application plus spécifique et qui représentent une tradition plus ancienne, tant dans les débats internationaux relatifs à la propriété intellectuelle que dans les systèmes juridiques nationaux.

43. La présente section vise à préciser la définition des savoirs traditionnels selon les modalités suivantes :

- examiner le lien entre une définition descriptive et non exclusive des savoirs traditionnels et une définition applicable à l'objet d'une protection juridique spécifique;
- distinguer entre les savoirs traditionnels et le folklore ou les expressions culturelles traditionnelles en tant qu'objet de la protection;
- examiner le rôle des définitions dans les instruments internationaux relatifs à la propriété intellectuelle; et
- examiner le lien entre une définition de l'objet protégé et les objectifs de la protection.

a) Méthodes de définition des concepts fondamentaux de la propriété intellectuelle

44. Il peut être utile, dans le cadre de la recherche de définitions applicables à la propriété intellectuelle des savoirs traditionnels, d'examiner la manière dont les concepts sur lesquels elles reposent sont définis et mis en œuvre dans les autres systèmes de propriété intellectuelle. En règle générale, les instruments internationaux d'harmonisation, de normalisation et de coopération mis en place jusqu'à présent dans ce domaine ne caractérisent pas les objets de protection de manière précise et exhaustive, laissant plutôt ces soins aux systèmes juridiques nationaux. De même, la terminologie utilisée au plan international concerne surtout les orientations de politique générale. Ce constat vaut pour tous les instruments juridiques, qu'ils soient contraignants ou non, ou qu'ils agissent énoncés de principes, de lignes directrices ou de règles précises visant la coordination ou l'harmonisation des systèmes de protection nationaux.

⁴² Voir le paragraphe 44 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12.

45. Par suite, les définitions générales, et à plus forte raison internationales, des objets protégés par des droits de propriété intellectuelle ne suivent pas nécessairement des critères aussi précis que ceux qui sont élaborés et appliqués au cas par cas à l'échelon national (ou régional), à l'aide de principes d'interprétation fondés sur le droit local. S'il arrive que des objets soient définis de manière directe et explicite dans des instruments internationaux (par exemple, les emblèmes d'État et les signes officiels notifiés en vertu de la Convention de Paris⁴³), la méthode adoptée dans la plupart des cas est plus générale et laisse place à une interprétation et à une application distincte au plan national.

46. La définition de l'objet de protection peut également être influencée par les objectifs des instruments juridiques. Les textes internationaux relatifs à la propriété intellectuelle en ont ciblé un certain nombre, dont les suivants :

- reconnaissance, par la création de droits réciproques, du droit des étrangers à bénéficier de la protection des systèmes de propriété intellectuelle nationaux, selon les normes en vigueur dans ces derniers;
- établissement de normes minimales de protection des droits de propriété intellectuelle; et
- coordination en vue d'une convergence en matière de protection des droits spécifiques de propriété intellectuelle.

47. Le degré de précision de la définition de l'objet de protection peut varier selon ces objectifs. La Convention de Paris, par exemple, donne explicitement à la "propriété industrielle" un sens large⁴⁴ et ne fournit aucune définition précise de termes tels que "brevet" ou "marque". Cela ne limite pourtant en rien son efficacité, justement parce que la protection dont elle assure la coordination et l'harmonisation continue de produire ses effets en vertu du droit national et qu'elle prévoit l'indépendance des droits spécifiques obtenus dans les différents pays⁴⁵. Il est donc possible que la précision en question ne soit vraiment nécessaire qu'au coup par coup à un niveau national, car même s'il peut sembler souhaitable de promouvoir la convergence et la prévisibilité des systèmes nationaux de propriété intellectuelle, les instruments internationaux n'ont pas pour fin absolue de veiller à l'uniformité des droits qu'ils confèrent.

48. La définition de l'objet visé par les droits de propriété intellectuelle peut aussi être exprimée de manière très générale quand elle sert pas à délimiter l'étendue de la protection juridique à accorder. Il est possible, en effet, de donner une définition large de l'objet, puis de spécifier séparément quelles sont les parties sous-ensembles de ce dernier qui ont effectivement droit à la protection. En d'autres termes, la définition globale de l'objet de protection et celle des éléments précis qui doivent être protégés peuvent constituer des étapes conceptuelles distinctes, dont la seconde peut nécessiter l'élaboration de critères de protection

⁴³ Après notification selon les dispositions de l'article 6 *ter* de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle.

⁴⁴ Article 1.3): "La propriété industrielle s'entend dans l'acception la plus large et s'applique non seulement à l'industrie et au commerce proprement dits, mais également au domaine des industries agricoles et extractives et à tous produits fabriqués ou naturels, par exemple: vins, grains, feuilles de tabac, fruits, bestiaux, minéraux, eaux minérales, bières, fleurs, farines."

⁴⁵ Voir, par exemple, les articles 4 *bis* et 6.3) de la Convention de Paris.

spécifiques, la formulation d'exclusion explicites ou l'énumération des catégories d'objets susceptibles de protection. En règle générale, les instruments juridiques adoptent plusieurs de ces démarches, sinon toutes.

49. C'est pour quoi l'"invention", objet de la protection conférée par le brevet dans la plupart des pays ⁴⁶ n'est souvent définie qu'une manière imprécise dans les lois (et pas du tout dans les grands instruments internationaux tels que la Convention de Paris et l'Accord sur les ADPIC) ⁴⁷. Pour qu'un brevet puisse être délivré, il faut que la demande porte sur une invention au sens large et, de manière plus particulière, que cette dernière réponde à des critères de nouveauté, de non-évidence et d'utilité ⁴⁸. La protection peut aussi être refusée à certaines inventions qui, tout en remplissant les conditions de brevetabilité, sont jugées contraires à l'ordre public. Il est possible de prévoir, afin d'éviter toute ambiguïté, des dispositions expresses mentionnant de façon précise les technologies qui sont incluses dans la définition de l'objet brevetable et celles qui ne le sont pas.

50. De même, l'article 2.1) de la Convention de Berne définit l'objet général de la protection du droit d'auteur ("les œuvres littéraires et artistiques") au sens large ("toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique"), mais la véritable étendue de la protection est déterminée par des conditions particulières telles que les exigences d'originalité et de fixation matérielle, et il est possible de prévoir spécifiquement qu'un certain type d'objet est susceptible de protection (par exemple que les programmes d'ordinateurs sont susceptibles de protection en tant qu'œuvres littéraires ⁴⁹), en confirmant, du même coup, la manière dont la définition générale s'applique aux cas particuliers.

51. Il existe, dans de nombreux systèmes de propriété intellectuelle, un lien dynamique entre la définition de l'objet et l'étendue réelle de la protection, de sorte que la manière dont s'applique cette définition est guidée par la logique à laquelle obéit le système concerné. L'examen de la jurisprudence peut donc parfois donner une meilleure idée de l'étendue réelle de la protection dans un pays donné, que la formulation officielle de la définition de son objet. Cette dernière est souvent façonnée selon l'objectif général poursuivi par la législation en question, de sorte qu'une définition opérationnelle doit tenir compte du contexte dans lequel sont envisagées la définition et la protection de l'objet concerné. Les droits de marque, par

⁴⁶ Aux États-Unis d'Amérique, les découvertes constituent aussi, sous réserve de certaines circonstances strictement définies, des objets brevetables. Voir les articles 110.a) et 101 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique.

⁴⁷ Voir le paragraphe 65 du document WIPO/GRTKF/IC/1/3.

⁴⁸ On peut considérer, jusqu'à un certain point, que ces critères se réfèrent à la notion même d'invention, mais il est tout à fait possible pour une invention définie en tant que telle de ne pas remplir, par exemple, la condition de nouveauté ou d'utilité. L'ingénierie inversée d'une technique précédemment divulguée mais dont l'artisan n'avait pas connaissance constitue une invention, bien qu'elle ne soit pas nouvelle. Le seul critère qui empêche effectivement la notion d'invention est celui de la non-évidence. Il n'existe pas d'inventions évidentes. Toutefois, il y a des inventions plus inventives que d'autres. En d'autres termes, contrairement aux deux autres critères, la non-évidence est un critère relatif. La brevetabilité est fonction du degré d'inventivité. Correctement libellée, une disposition réglementaire sur la brevetabilité devrait en fait prévoir ce qui suit : "un brevet sera octroyé à l'égard de toute invention pour autant qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive suffisante et qu'elle soit utile".

⁴⁹ Article 4 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (article 10.1) de l'Accord sur les ADPIC.

exemple, sont typiquement définis par rapport à la manière dont les signes sont utilisés et perçus sur le marché, et non dans un contexte non commercial, la législation sur les marques se préoccupant généralement de promouvoir la loyauté dans la concurrence et de protéger le consommateur de toute confusion ou tromperie. C'est pour quoi les signes doivent le plus souvent faire l'objet d'un usage commercial pour pouvoir être protégés en tant que marques. Si le même signe était utilisé dans un contexte différent, non commercial, il pourrait être exclu de la protection au titre du droit des marques qui est axé sur la sphère commerciale.

52. Pour en revenir à la question de la définition des "savoirs traditionnels" et de termes connexes – et au-delà de celle des savoirs – la protection des savoirs traditionnels nécessite l'élaboration d'un nouvel ensemble de concepts juridiques – il peut être utile d'examiner ce qui a été fait en cette matière dans les autres domaines de la propriété intellectuelle. Cela permet notamment de relever des éléments suggérant que :

i) bien que la notion de "savoir traditionnel" puisse faire l'objet d'une caractérisation illustrative ou descriptive à des fins de discussion, d'analyse ou de débat, la détermination d'une définition particulière pourrait n'être possible (ou souhaitable) que dans le contexte d'un instrument juridique spécifique et avec un objectif bien précis;

ii) le degré de précision requis pour une telle définition pourrait dépendre d'un niveau d'harmonisation et d'uniformité quel instrument juridique national est censé créer entre les différentes législations nationales;

iii) la clarification des objectifs de l'instrument juridique et du type de protection recherché pourrait être un ingrédient nécessaire à la formulation d'une définition précise de ce que sont les "savoirs traditionnels" : par exemple, l'instrument juridique veut-il établir une protection défensive ou positive? vise-t-il une protection active du patrimoine culturel ou simplement l'interdiction de toute utilisation commerciale illicite? répond-il, en outre, à une préoccupation d'ordre public telle que la gestion équitable des ressources génétiques ou la préservation de la biodiversité?

iv) il pourrait être conforme à la pratique internationale d'opter pour une définition large et ouverte, en laissant aux systèmes juridiques nationaux le soin d'offrir une protection plus précise ou portant sur des objets plus spécifiques ou, à tout le moins, en faisant en sorte que l'absence de définition unique, complète et exhaustive ne constitue pas un obstacle à la coordination ou à l'harmonisation internationale des législations internes;

v) la définition des "savoirs traditionnels" pourrait être exprimée de manière générale ou indéterminée, tandis que l'étendue effective de la protection serait définie séparément, en fonction de la nature et de l'orientation de la protection, par exemple :

- concernant certaines conditions particulières (par exemple que les savoirs traditionnels ne soient pas déjà dans le domaine public ou qu'il ait rapport à la conservation in situ de la biodiversité);
- en prévoyant certaines exclusions (par exemple que les savoirs traditionnels secrets sous acrissoient exclus d'un système de protection prévoyant la publication de détails sur les objets protégés);
- en spécifiant que tel ou tel objet est réputé susceptible de protection (par exemple que les savoirs traditionnels non fixés sont inclus dans la définition).

53. L'adoption d'une définition relativement générale pourrait être particulièrement appropriée pour un objet de protection tel que les savoirs traditionnels, contrairement aux domaines de la propriété intellectuelle déjà passés en revue. Étant par nature très dynamique et variable, ces derniers sont plus susceptibles que les autres formes de propriété intellectuelle d'être modélisés par des facteurs culturels d'ordre local. Par ailleurs, un certain nombre d'appels ont été lancés au cours des travaux du comité pour que le droit coutumier soit reconnu⁵⁰ parmi les éléments de définition et de protection des savoirs traditionnels, ce qui conduirait nécessairement à une définition plus générale, vu la diversité des droits coutumiers et leurs spécificités. De la même façon, si les facteurs culturels locaux étaient pris en compte, cela pourrait également jouer en faveur d'une définition plus générale au plan international. Cette démarche était d'ailleurs entrevue dans le document WIPO/GRTKF/IC/1/3 (qui faisait lui-même écho aux commentaires contenus dans le rapport de l'OMPI sur les besoins et attentes des dépositaires des savoirs traditionnels en matière de propriété intellectuelle⁵¹) :

“Étant donné la nature très diverse et dynamique des savoirs traditionnels, il se peut qu'il ne soit pas possible d'élaborer une définition précise et exclusive de ce terme. Cela étant, une telle définition, quitte à délimiter l'étendue de l'objet que l'on cherche à protéger, peut ne pas être nécessaire. Cette démarche a été adoptée dans un certain nombre d'instruments internationaux du domaine de la propriété intellectuelle”⁵².

b) Définitions des savoirs traditionnels dans différents pays

54. Cette partie est consacrée à la définition des savoirs traditionnels dans le cadre des systèmes juridiques nationaux. À sa troisième session, le comité a encouragé la communication des lois *sui generis* sur la protection des savoirs traditionnels⁵³. Jusqu'à présent, quatre lois *sui generis* sur la protection des savoirs traditionnels adoptées par des membres du comité ont été communiquées à ce dernier et ces textes illustrent les différentes façons possibles de définir les savoirs traditionnels. Ces définitions sont examinées dans la suite du texte : il ne s'agit pas d'interpréter ou d'analyser les dispositions légales proprement dites ni de juger de la valeur ou de la validité de telle ou telle définition, mais simplement d'utiliser ces dispositions pour traiter de questions générales relatives à la définition des “savoirs traditionnels”. Le texte complet des quatre lois figure dans le document WIPO/GRTKF/IC/INF/2.

55. L'article 7(II) de la loi brésilienne (mesure provisoire n° 2.186-16 du 23 août 2001) définit ainsi les savoirs traditionnels associés :

“Savoirs traditionnels associés : informations ou pratiques individuelles ou collectives d'une communauté autochtone ou locale ayant une valeur effective ou potentielle et associées au patrimoine génétique”.

⁵⁰ Voir les paragraphes 90, 94, 100, 108 et 152 du document WIPO/GRTKF/IC/2/16.

⁵¹ Besoins et attentes des dépositaires des savoirs traditionnels en matière de propriété intellectuelle : Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête relatives à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998 - 1999), (OMPI, 2001).

⁵² Voir le paragraphe 65 du document WIPO/GRTKF/IC/1/3.

⁵³ Voir les paragraphes 211 et 309 du rapport de la troisième session (document WIPO/GRTKF/IC/3/17). Les lois de quatre pays (Brésil, Panama, Pérou et Portugal) figurent dans l'annexe III du document WIPO/GRTKF/IC/INF/2.

56. Il semble à première vue que l'étendue de la protection des savoirs traditionnels — et, par voie de conséquence, la notion même des savoirs traditionnels — se limite aux savoirs qui sont associés au patrimoine génétique brésilien, ce qui correspond plus ou moins aux informations génétiques contenues dans la diversité biologique. Comme cela a été indiqué plus haut, la notion générale des savoirs traditionnels pourrait inclure non seulement les savoirs proprement dits, mais aussi les expressions des savoirs traditionnels, telles que des expressions verbales ou musicales, des expressions corporelles (danses par exemple), qu'elles soient fixées ou non sur un support matériel, et les expressions tangibles (telles que des dessins, peintures, ciselures), les instruments musicaux et les formes architecturales⁵⁴. Ces expressions traditionnelles peuvent être (et sont fréquemment) associées à l'environnement physique des peuples autochtones et des communautés traditionnelles et ne peuvent donc pas être facilement dissociées des savoirs qu'elles expriment. Toutefois, cette définition prévoit que les "savoirs traditionnels associés" consistent en "des informations ou des pratiques individuelles ou collectives". Par ailleurs, la loi brésilienne traite fondamentalement de l'accès aux ressources génétiques. Cela donne à penser que les "savoirs traditionnels associés" protégés consistent principalement en connaissances techniques relatives aux utilisations des ressources génétiques. Il se peut toutefois que la définition puisse être étendue au cas dans lequel ces savoirs sont véhiculés par des expressions de la culture traditionnelle et des expressions du folklore. La définition ci-dessus contient deux éléments supplémentaires : les savoirs doivent avoir été créés par des communautés autochtones et locales ou être sous l'autorité de ces communautés et doivent avoir une valeur effective ou potentielle, ce qui est en accord avec le droit des détenteurs des savoirs traditionnels au partage des avantages, même si la valeur des savoirs traditionnels associés doit se concrétiser à un stade ultérieur.

57. La loi *suigeneris* du Panama ne contient pas de définition exhaustive des savoirs traditionnels⁵⁵. Elle se limite à citer des exemples d'objets des savoirs traditionnels et indique quelques caractéristiques qui font que ces objets peuvent être protégés par la loi. Les savoirs traditionnels peuvent donc consister en "inventions, modèles, dessins et motifs, innovations contenues dans des images, figures, symboles, illustrations, vieilles pierres taillées, etc.; de la même façon, les éléments culturels de [...] l'histoire, de la musique, des arts et des expressions traditionnelles". Cette notion est donc très large et semble englober les savoirs traditionnels "techniques" ainsi que des expressions des savoirs traditionnels⁵⁶. Cette loi comporte deux éléments supplémentaires : premièrement, seuls les savoirs traditionnels qui sont la propriété de communautés autochtones sont protégés; deuxièmement, les savoirs traditionnels doivent "pouvoir faire l'objet d'un usage commercial". Les savoirs traditionnels qui ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un usage commercial peuvent être protégés selon d'autres dispositions de la législation panaméenne à l'exclusion du système *suigeneris* d'enregistrement et de protection visé dans la loi n° 20.

⁵⁴ Voir les dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables.

⁵⁵ Voir l'article 1.1 de la loi n° 20 du 26 juin 2000.

⁵⁶ Toutefois, l'article 3 de la loi n° 20, qui traite des "objets susceptibles d'être protégés" s'inscrit très clairement dans une approche plus restrictive et est essentiellement axé sur les produits de l'artisanat et les expressions du folklore associées. Les produits de l'artisanat sont sans aucun doute une composante technique et les techniques associées doivent effectivement être décrites comme condition préalable à leur enregistrement auprès de l'administration responsable.

58. L'article 2b) du décret n° 27811 du Pérou définit les "savoirs collectifs" comme

"les savoirs accumulés au fil des générations conçus par les communautés et les peuples autochtones en ce qui concerne les propriétés, l'utilisation et les caractéristiques de la diversité biologique".

Le rapport de la loi du Pérou se limite donc aux savoirs traditionnels qui sont a) collectifs, b) accumulés au fil des générations, c) créés par les peuples et les communautés autochtones, d) qui concernent les propriétés, l'utilisation et les caractéristiques des éléments constitutifs de la biodiversité. Cette définition limite le rapporté du matériel protégé en fonction de son objet (diversité biologique), de la source ou de l'origine du matériel (conçus par les peuples et les communautés autochtones) et du lien de ce matériel avec la tradition (les savoirs traditionnels doivent avoir été accumulés au fil des générations). Ce lien avec une tradition du savoir implique pas nécessairement que la définition se limite aux savoirs traditionnels qui ont été créés il y a plusieurs générations et ont déjà été transmis de génération en génération. Si tel était le cas, la loi exclurait de la protection les savoirs traditionnels qui seront créés par les communautés autochtones dans le futur. Elle indique au contraire que les savoirs traditionnels sont des savoirs qui sont (ou ont été ou seront) créés selon les traditions de la communauté. Par conséquent, les termes "accumulés au fil des générations" peuvent essentiellement couvrir des éléments créés dans le passé⁵⁷, mais ils peuvent aussi inclure les savoirs nouveaux (ou futurs) à la culture de la communauté constituée au fil des générations, les nouvelles connaissances venant s'ajouter à cette tradition. Les traditions sont le fil d'Ariane qui relie les savoirs traditionnels d'aujourd'hui au passé et au futur des peuples autochtones et des communautés traditionnelles.

59. L'article 3.1) du décret n° 118/2002 du Portugal contient une définition plus détaillée des savoirs traditionnels:

"Les savoirs traditionnels sont tous les éléments immatériels associés à l'utilisation commerciale ou industrielle de variétés locales et d'autres éléments endogènes élaborés par des communautés locales, collectivement ou individuellement, de façon non systématique, qui sont intégrés dans les traditions culturelles et spirituelles des communautés, notamment les savoirs relatifs aux méthodes, aux procédés, aux produits et aux dénominations applicables dans l'agriculture, les activités alimentaires et industrielles en général, y compris les produits de l'artisanat, le commerce et les services, associés sans caractère formel à l'utilisation et à la préservation des variétés locales et d'autres éléments endogènes et spontanés couverts par la présente loi".

Cette définition est limitée aux savoirs traditionnels associés aux variétés végétales locales (variétés sauvages et variétés de pays). Dans ce domaine technique relativement étroit, les savoirs traditionnels peuvent consister en une large gamme de savoirs. La disposition ci-dessus n'est pas exhaustive ainsi que l'indique le terme "notamment". Les autres critères indiqués pour définir les savoirs traditionnels susceptibles d'être protégés sont: les savoirs traditionnels peuvent être de nature collective ou individuelle, mais leur création doit être "traditionnelle" en ce sens qu'elle ne doit pas être systématique, et elle doit être intégrée dans la tradition culturelle et spirituelle des communautés traditionnelles. En d'autres termes, hormis le fait que la loi protège les savoirs traditionnels qui sont la propriété d'individus, les

⁵⁷ La loi du Pérou ne cite certains critères pour évaluer l'"exigence de nouveauté". Voir *infra* paragraphes 87 et seq. .

savoirs traditionnels doivent avoir une origine collective (ou avoir un lien avec la communauté). La question des savoirs si tel ou tel savoir traditionnel peut avoir conservé un lien (le "fil d'Ariane") avec les traditions culturelles de la communauté d'où il est issu sera tranchée selon le droit coutumier.

60. La notion d'élaboration non systématique des savoirs traditionnels, qui figure dans la loi portugaise, a fait l'objet de l'analyse ci-après dans le document WIPO/GRTKF/IC/4/8:

"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 se 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 les 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 des savoirs 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 "fondées 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."⁵⁸

c) *Perspectives en ce qui concerne une définition globale applicable des savoirs traditionnels*

61. Le rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999) contient une définition des savoirs traditionnels fondée sur les deux conceptions formulées dans les lois mentionnées ci-dessus: d'une part, une liste des objets possibles est fournie, et, d'autre part, certains éléments nécessaires à la définition des savoirs traditionnels sont indiqués. La définition est rédigée ainsi:

⁵⁸ Paragraphe 30.

“L’OMPI utilise couramment l’expression “savoirs traditionnels” pour désigner des œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques fondées sur les traditions, des interprétations ou exécutions, des inventions, des découvertes scientifiques, des dessins et modèles industriels, des marques, des noms et des symboles, des enseignements 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 “fondé sur les traditions” concerne les systèmes des 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. Les savoirs traditionnels peuvent comprendre les savoirs agricoles, scientifiques, techniques, écologiques, médicaux, y compris les médecines et remèdes connexes, les savoirs liés à la biodiversité, les “expressions du folklore” sous la forme de musiques, danses, chansons, produits de l’artisanat, des dessins et modèles, histoires et objets d’art, les éléments linguistiques tels que des noms, des indications géographiques et des symboles, et les biens culturels meubles.”⁵⁹

Le texte de cette définition est délibérément très large dans sa portée et s’inscrit dans le contexte des missions d’enquête et du processus de consultation. Il est à noter qu’il inclut à la fois les savoirs traditionnels et les expressions de la culture traditionnelle ou du folklore. L’utilisation de l’expression “fondé sur les traditions” s’explique en particulier par le fait que les savoirs sont transmis de génération en génération (voir aussi la définition figurant dans la loi péruvienne mentionnée plus haut) et par le lien avec une communauté ou un territoire déterminé. Il est admis également que les savoirs évoluent en fonction de l’environnement et cet élément peut faire partie de leurs caractéristiques traditionnelles.

62. Il peut être nécessaire de préciser ou d’affiner la définition précitée des savoirs traditionnels dans l’optique de certaines formes de coopération internationale. C’est ainsi, en particulier, que le comité a établi une distinction entre les savoirs traditionnels *stricto sensu* et les expressions de la culture traditionnelle, pour tenir compte des différents modes de protection et des différents objectifs de politique générale que peuvent s’appliquer en la matière. Ainsi que cela a été noté, le texte d’une définition des savoirs traditionnels sera influencé par l’objectif visé dans la pratique. Par exemple, lorsque la définition fait partie d’un système de protection des savoirs traditionnels qui s’inscrit dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique (voir les remarques préliminaires dans la troisième partie ci-dessus), la notion de savoirs traditionnels s’inscrit naturellement dans ce contexte. Par conséquent, les lois du Brésil, du Pérou et du Portugal allimentent, à des degrés divers, la définition des savoirs traditionnels au patrimoine génétique, à la diversité biologique ou aux variétés végétales locales, et sont axées sur les savoirs traditionnels techniques sans strictement les savoirs concrets par opposition à la forme de leur expression. Par contre, la loi du Panama est beaucoup plus large et englobe à la fois les savoirs traditionnels techniques et les expressions des savoirs traditionnels.

63. Toutefois, une question fondamentale est restée à l’arrière-plan pendant le débat sur les savoirs traditionnels et, en particulier, sur leur protection juridique: est-il possible de séparer les savoirs traditionnels techniques des expressions de la culture ou des expressions du

⁵⁹ *Savoirs traditionnels : besoin et attentes en matière de propriété intellectuelle*, rapport de l’OMPI sur les missions d’enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998 - 1999) (Publication de l’OMPI n° 768F), page 25.

folklore? Dans des documents précédents élaborés pour le comité, le Secrétariat a étudié cette question à plusieurs reprises. C'est ainsi que, dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/10, le Secrétariat a indiqué ce qui suit:

“[...] [L] traitement distinct des “expressions du folklore” par rapport aux autres formes des savoirs traditionnels peut être artificiel et peu conforme à la réalité. Pour ne donner qu'un exemple : l' *amauti* mentionné par le Canada dans sa réponse au questionnaire est un parka féminin inuit, muni d'une capuche suffisamment grande pour y loger un bébé, ce qui permet à la femme d'avoir les mains libres. La mère peut soigner et nourrir l'enfant sans l'extraire de la chaleur de l' *amauti*. Le parka est confectionné grâce à un savoir-faire et avec des matériaux traditionnels, c'est-à-dire de la laine de caribou et de la peau de phoque. L' *amauti* reflète les adaptations pratiques et fonctionnelles des Inuits à leur environnement. Ce produit est donc le résultat de connaissances ayant un rapport avec la biodiversité. Aujourd'hui, les femmes inuites cherchent à commercialiser des *amauti* faits main afin de préserver leur savoir-faire traditionnel tout en assurant une source de revenus et une certaine indépendance financière. Cet objet est intimement lié à la culture inuite. Les femmes inuites sont préoccupées par les risques de dénaturaion et de perte d'un patrimoine culturel. Elles craignent qu'à défaut de disposer de moyens juridiques efficaces leur permettant de protéger leurs ouvrages, elles n'obtiendront pas la reconnaissance de leurs savoirs ni une compensation financière appropriée; elles finiront par perdre le contrôle sur leurs dessins et motifs traditionnels tandis que leur marché sera usurpé par des articles de masse”⁶⁰.

64. Dans un autre document (WIPO/GRTKF/IC/4/8), le Secrétariat illustre la notion générale des savoirs traditionnels au moyen d'une fable:

“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 (le *pajé* est le mottupi-guarani employé pour désigner le chaman). Le chaman, après avoir examiné le malade, va dans son jardin (de nombreux chamans vivent dans la forêt tropicale humide amazonienne) et, de fait, des obtenteurs⁶¹) recueille quelques feuilles, graines et fruits de différentes plantes. En mélangeant ces substances selon une méthode qu'il seules connaît, il prépare une potion d'après une recette dont il est le seul détenteur. Tout en préparant la potion, il puise l'administrant au patient (selon un dosage qu'il prescrit également), le *pajé* prie les dieux de la forêt et exécute un danser religieux. Il peut également inhaler la fumée des feuilles d'une plante magique (la “vigne de l'âme”⁶²). La potion est servie et conservée dans un vase aux dessins symboliques et le *pajé* revêt ses vêtements de

⁶⁰ Rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore, document WIPO/GRTKF/IC/3/10, 25 mars 2002 (paragraphe 95).

⁶¹ Voir Mark J. Plotkin, *Tales of a Shaman's Apprentice – An Ethnobotanist Searches for New Medicines in the Amazon Rain Forest*, éd. Penguin Books, 1993.

⁶² Voir Richard Evans Schultes et Robert F. Raffaut, *Vine of the Soul – Medicine Men, Their Plants and Rituals in the Colombian Amazonia*, éd. Synergetic Press et Conservation Int'l, 1992.

cérémonie pour procéder à la guérison. Dans certaines cultures, le *pajén* est pas considéré comme le guérisseur, mais comme l'instrument des dieux par lequel passera la guérison du patient.”⁶³

65. Ces exemples illustrent le fait que les savoirs traditionnels sont une notion globale qui couvre plusieurs voire une multitude de domaines de la créativité humaine. Par conséquent, essayer d'établir une notion reposant sur une liste d'éléments recensés peut ne pas être très efficace, soit parce qu'une telle liste peut comprendre des domaines sans lien les uns avec les autres (ce qui peut prêter à confusion) soit parce que la liste sera nécessairement incomplète. Par ailleurs, la solution qui consiste à déterminer les caractéristiques des savoirs traditionnels en tant qu'objets de la protection, bien que plus exacte, peut être limitative dans la mesure où elle reflète l'option choisie au niveau national et non pas une orientation adoptée au niveau international. Dans un document qui vise à dresser un tableau composite des savoirs traditionnels, il peut être logique d'essayer de fournir une définition des savoirs traditionnels à la fois plus générale et plus globale.

d) Proposition tendant à établir une définition globale des savoirs traditionnels aux fins des travaux du comité

66. La démarche visant à préciser la terminologie relative aux savoirs traditionnels peut être décomposée en plusieurs éléments :

- a) choix d'un ou de plusieurs termes appropriés pour décrire l'objet de la protection;
- b) délimitation ou description de l'objet couvert par le ou les termes retenus; et
- c) détermination de l'étendue de l'objet qui doit effectivement bénéficier de la protection juridique.

67. Le comité a, d'une façon générale, utilisé le terme "savoirs traditionnels" à deux niveaux : en tant que terme générique (*latosensu*) et en tant que terme précis indiquant l'objet de la protection au titre de la propriété intellectuelle axés sur l'utilisation des savoirs (*strictosensu*). Il existe aussi une distinction consacrée entre les savoirs traditionnels *strictosensu*, qui désignent les savoirs en tant qu'objets de la protection, et les expressions de la culture traditionnelle (et le terme synonyme "expressions du folklore"). Cette partie traite de l'élément indiqué au paragraphe 66b) ci-dessus, mais délaissée la question de savoir quelle composante de l'ensemble de la matière définie comme constituant les savoirs traditionnels reçoit effectivement une protection juridique (c'est-à-dire l'élément visé au paragraphe 66c)).

68. En termes généraux, les savoirs traditionnels *latosensu* peuvent être compris comme désignant "les idées et les expressions de ces idées élaborées par les communautés traditionnelles et les peuples autochtones, d'une façon traditionnelle et informelle, en réponse aux besoins imposés par leur environnement matériel et culturel et servant comme moyen d'identification culturelle pour ces communautés et ces peuples". Les savoirs traditionnels *latosensu* constituent un terme générique comme mode couvrant les deux aspects de la protection

⁶³ Éléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, document WIPO/GRTKF/IC/4/8, 30 septembre 2002 (paragraphe 38).

dessavoirstraditionnels *stricto sensu* et les expressions de la culture traditionnelle⁶⁴ (pris dans ce sens large, c'est-à-dire qu'il y a des savoirs qui dépassent les savoirs stricto sensu). Certains objets de la protection portent simultanément sur ces deux domaines distincts de la propriété intellectuelle; il en va par exemple ainsi des créations techniques qui ont un caractère esthétique. Par exemple, de nombreux produits de l'artisanat ont une fonction utilitaire, ayant été élaborés à des fins pratiques et concrètes d'une idée technique, mais peuvent aussi acquérir un caractère esthétique. En raison soit de leur utilisation dans des services religieux et d'autres célébrations spirituelles, soit de leur association à une culture et à une communauté, de tels produits de l'artisanat peuvent prendre une importance beaucoup plus grande en tant qu'expressions culturelles plutôt que comme le simple produit d'une idée technique. Les produits de l'artisanat peuvent contenir des savoirs traditionnels au sens strict ou être considérés comme des expressions de savoirs traditionnels ou de la culture traditionnelle. Cette absence de distinction claire en ce qui concerne l'application de régimes juridiques différents au même objet sous-jacent n'est pas un nouveau droit de la propriété intellectuelle. En effet, des dessins ou modèles industriels peuvent être protégés en vertu du droit de la propriété industrielle⁶⁵, du droit d'auteur⁶⁶, ou des deux⁶⁷, et chacune de ces possibilités a été appliquée aux expressions de la culture traditionnelle (c'est-à-dire la protection des savoirs traditionnels *latosensu*).

69. Partant du principe qu'une définition "ne vise pas à prescrire exactement quelle part des savoirs doit bénéficier d'une protection juridique... et ne précise pas elle-même la nature de la protection", alors une définition des "savoirs traditionnels" au sens étroit du terme (*stricto sensu*) et dans le cadre de la protection de la propriété intellectuelle pourrait porter sur des "savoirs se caractérisant comme suit:

- engendrés, préservés et transmis dans un contexte traditionnel;
- associés à la culture ou à une communauté traditionnelle ou autochtone et, à cet égard, préservés et transmis d'une génération à l'autre;
- liés à une communauté locale ou autochtone ou un autre groupe de personnes s'identifiant à une culture traditionnelle en tant que dépositaires ou gardiens de ces savoirs, ou personnes exerçant des responsabilités culturelles en la matière (obligation de préserver les savoirs ou prise de conscience du fait que toute appropriation illicite ou utilisation abusive de ces savoirs serait préjudiciable ou offensante), ce lien pouvant être établi formellement ou de façon informelle par le droit coutumier;
- issus d'une activité intellectuelle dans divers domaines : social, culturel, environnemental et technologique;
- reconnus par la communauté ou tout autre groupe comme étant des savoirs traditionnels.⁶⁸

⁶⁴ Pour une analyse des usages, de la portée et de la nature des "expressions de la culture traditionnelle", voir les paragraphes 88 à 109 du document WIPO/GRTKF/IC/3/10 et les paragraphes 23 à 35 du document WIPO/GRTKF/IC/4/3. Il convient de noter que cette définition est proposée étant bien entendu que le terme "savoirs traditionnels" est inapproprié, en ce sens qu'il couvre plus que des savoirs au sens strict.

⁶⁵ Articles 1.2) et 5^{quinquies} de la Convention de Paris.

⁶⁶ Article 2.1) de la Convention de Berne.

⁶⁷ Article 25.2) de l'Accord sur les ADPIC.

⁶⁸ Paragraphe 45 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12, repris du paragraphe 35 du document WIPO/GRTKF/IC/3/9. À la quatrième session du comité intergouvernemental, la délégation de

70. Cette définition est inspirée de plusieurs thèmes évoqués dans l'analyse de l'existence des savoirs traditionnels, bien qu'elle n'établisse aucun lien avec un objectif général ou un domaine des savoirs déterminé (tel que la biodiversité ou la santé). Elle est proposée comme une définition générale et plus neutre des savoirs traditionnels, à savoir sur les savoirs en tant que tels (c'est-à-dire, le contenu, le fond ou l'idée des savoirs, du savoir-faire technique ou de la culture) et non pas sur leur forme d'expression (qui peut faire l'objet d'une protection distincte, y compris par le droit de l'auteur et la protection *sui generis* des expressions de la culture traditionnelle) : bien que la protection puisse effectivement englober la forme d'expression des savoirs traditionnels, cette définition préserve la distinction fondamentale entre la protection du contenu et la protection de la forme d'expression, distinction qui est profondément ancrée dans la structure du droit de la propriété intellectuelle.

71. Ces différentes définitions mettent en lumière certaines qualités essentielles des savoirs traditionnels qui les distinguent des formes générales des savoirs et des expressions de la culture traditionnelle en tant qu'objets de la protection à part entière.

a) *Le contexte de la création* : les savoirs traditionnels doivent clairement être traditionnels ; il faut entendre par là le contexte de leur création, de leur préservation et de leur transmission : les savoirs traditionnels doivent prendre naissance d'une façon qui les rendent indissociables de la culture et de l'identité de la communauté. On peut parler à cet égard d'une création "dans un contexte traditionnel et informel", mais il peut aussi exister un lien avec la façon dont les savoirs ont été préservés et transmis de génération en génération. Ces aspects se superposent partiellement avec l'existence d'un lien avec la communauté.

b) *Association avec la communauté* : les savoirs traditionnels doivent être "associés à la culture ou à une communauté traditionnelle ou autochtone et, à cet égard, préservés et transmis d'une génération à l'autre". Cela indique qu'il existe un lien particulier avec la communauté à l'origine des savoirs et constitue un moyen d'identification culturelle. Ce lien souligne que les savoirs traditionnels sont souvent partie d'un tissu social et de la vie quotidienne d'une communauté et ne sont généralement pas considérés comme un ensemble de "savoirs" distinct de la culture de la communauté, mais comme formant partie intégrante de la culture de la communauté et de son identité en tant que communauté. Leur création, leur préservation et leur transmission reposent sur des traditions culturelles, les savoirs traditionnels sont essentiellement de nature culturelle ou enracinés dans une culture et font partie intégrante de l'identité culturelle du groupe social dans lequel ils sont utilisés et préservés⁶⁹. Sous l'angle de la culture de la communauté d'origine des savoirs traditionnels, chacun des éléments des savoirs peut contribuer à définir l'identité de la communauté en question. Cette caractéristique peut sembler évidente en ce qui concerne les expressions du folklore et les produits de l'artisanat, mais elle s'applique aussi à d'autres domaines des savoirs traditionnels, tels que les savoirs relatifs aux plantes médicinales et à 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 des savoirs acquis par une communauté africaine utilisant des plantes analogues. Cela s'explique par le fait que la connaissance des vertus des plantes médicinales acquises par des communautés traditionnelles, malgré son caractère principalement technique, répond non

[Suite de la note de la page précédente]

la Suisse a noté que les éléments mentionnés dans ce paragraphe constituerait une bonne base pour la suite des travaux dans ce domaine. Voir le paragraphe 135 du rapport cité plus haut.
⁶⁹ Voir le paragraphe 28 du document WIPO/GRTKF/IC/4/8.

seulement à une nécessité pratique déterminée mais aussi à des conceptions et à des croyances culturelles. Il y a un contraste flagrant avec le cas de deux inventions scientifiques réalisées séparément par deux équipes différentes d'inventeurs salariés, avec pour objectif de résoudre le même problème technique : il n'est pas rare que les deux inventions se révèlent très proches l'une de l'autre, ce qui, en droit des brevets, peut donner lieu à des procédures de collision ou à d'autres procédures juridiques analogues qui débouchent sur l'attribution de la propriété à l'un ou l'autre des demandeurs⁷⁰. Des revendications concurrentes formulées dans des demandes de brevet à l'égard d'objets qui se recoupent se règlent sans qu'il soit tenu compte de l'environnement culturel dont sont issues les inventions; à l'inverse, le lien inhérent avec la communauté des savoirs traditionnels a des conséquences importantes pour leur protection. Cette situation souligne l'importance d'un lien fondé sur une prise de conscience pour la communauté d'être le dépositaire de ces savoirs ou d'avoir une responsabilité à cet égard.

c) *Lien avec la communauté par le biais d'un sentiment de propriété ou de responsabilité* : cet élément de la définition fait intervenir le sentiment de violation et de préjudice culturel qui peut découler de l'appropriation et de l'utilisation abusive des savoirs traditionnels, en ce sens que l'appropriation ou l'utilisation avilissante de ces savoirs serait préjudiciable ou offensante et serait contraire aux obligations coutumières de préserver et de respecter les savoirs de la manière respectueuse qui incombe. Il peut s'agir notamment de la responsabilité de limiter la diffusion des savoirs ou l'accès à ceux-ci conformément au droit coutumier. D'une façon générale, l'utilisation abusive ou l'accès non autorisé peut être contraire à l'idée que la communauté est le gardien, le dépositaire des savoirs ou assume à cet égard une responsabilité culturelle ou spirituelle. La composante identité culturelle des savoirs traditionnels et les obligations imposées par le droit coutumier à leur égard peuvent avoir une incidence considérable sur tout cadre juridique futur visant à les protéger, parce que, s'agissant d'un moyen d'identification culturelle, la protection des savoirs traditionnels, y compris les savoirs traditionnels d'une nature technique, cesse d'être une simple question économique ou de droit exclusif sur les techniques. La protection des savoirs traditionnels peut englober la notion de droits de l'homme et peut être étroitement liée à l'identification et à l'intégrité culturelle ainsi qu'à la dignité des communautés traditionnelles. Des analogies peuvent aussi être établies avec la notion de "droit moral" en droit d'auteur, plus précisément avec le droit au respect et à la paternité de l'œuvre, en ce sens qu'il peut être considéré comme nécessaire de protéger les savoirs traditionnels contre une utilisation qui heurte les sensibilités culturelles ou contredit d'autres formes non économiques d'utilisation jugées abusives. Certaines mesures de réparation, telles que des dommages-intérêts supplémentaires, peuvent aussi être prévues lorsque l'utilisation abusive de l'objet protégé heurte les sensibilités culturelles.

d) *Il doit obligatoirement agir des savoirs* : ils agissent d'une obligation relativement adaptable mais elle limite le champ de la définition en excluant la forme ou l'expression en tant que telle ainsi que les objets culturels sans contenu cognitif; cette obligation établit donc une distinction entre les savoirs traditionnels *stricto sensu* et la protection des expressions de la culture traditionnelle de signes distinctifs et insignes. Les savoirs peuvent aussi être limités à une réponse consciente aux besoins imposés par les environnements physiques et

⁷⁰ La loi sur la protection et la promotion des savoirs médicaux traditionnels reconnaît les procédures de collision en relation avec l'enregistrement des savoirs traditionnels. Voir la partie VIII ci-après.

culturels [des détenteurs des savoirs traditionnels]. La définition englobe toutefois tous les domaines, sans aucun limite ou discrimination quant aux secteurs de la technique ou de la culture.

e) *La communauté est chargée de déterminer les savoirs traditionnels* : cet élément de la définition soulève une question sensible, à savoir quid doit déterminer les savoirs comme étant traditionnels, compte tenu en particulier du fait qu'il devient nécessaire de protéger les savoirs traditionnels au titre de la propriété intellectuelle d'une façon générale seulement lorsque ces savoirs sont retirés de leur contexte traditionnel ou coutumier? Alors que cet aspect est couvert, dans une certaine mesure, par les autres éléments de cette définition, il conviendrait, en dernier ressort, que la communauté elle-même reconnaisse ou identifie les savoirs comme faisant partie intégrante de leur patrimoine vivant en termes de savoirs traditionnels. Cette identification peut être informelle et implicite, les savoirs faisant parties du tissu social de la communauté, ou peut être explicite (ils' agira, par exemple, de savoirs qui sont soumis à des obligations, à des rituels ou des pratiques particuliers prévus par le droit coutumier). Enfin, la notion même de savoirs traditionnels repose sur les traditions, et les communautés elles-mêmes sont les mieux à même d'identifier ces savoirs. Il convient toutefois d'établir une distinction entre l'opération qui consiste à déterminer l'étendue de la protection accordée aux savoirs traditionnels et la question du respect des diverses lois relatives à la propriété intellectuelle qui protègent les savoirs traditionnels. Ce dernier aspect serait du ressort des systèmes judiciaire ou administratif chargés de faire respecter la loi indiqués dans la législation nationale applicable.

La définition de savoirs traditionnels peut être résumée en termes simples : les savoirs doivent être "traditionnels", ce qui signifie qu'il doit exister une association appropriée avec une tradition culturelle pertinente, et il doit s'agir de "savoirs" en tant que tels, c'est-à-dire du contenu du savoir et non pas de la forme ou de l'expression du savoir.

V. PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS : EXAMEN DES MESURES DE PORTÉE INTERNATIONALE

72. La présente section offre un aperçu des mesures de portée internationale qui ont été prises pour protéger les savoirs traditionnels et s'appuie sur les trois domaines généraux de la protection par la propriété intellectuelle définis plus haut (paragraphe 22) : droits de propriété intellectuelle classiques ou généraux; adaptation ou éléments *sui generis* des droits de propriété intellectuelle classiques; et systèmes *sui generis* distincts. La section VI s'attache aux systèmes *sui generis* particuliers de protection des savoirs traditionnels. Ces données proviennent des réponses aux deux questionnaires – documents OM/PI/GRTKF/IC/2/5 et WIPO/GRTKF/Q.1, dont il est rendu compte en détail dans les documents WIPO/GRTKF/IC/5/7, WIPO/GRTKF/IC/4/7 et WIPO/GRTKF/IC/3/7.

73. Comme l'a souligné Singapour dans sa réponse au questionnaire OM/PI/GRTKF/IC/2/5, la propriété intellectuelle embrasse deux types différents de mesures : les mesures dites "d'inclusion", qui accordent des droits aux personnes revendiquant une protection sur un objet qui soit nouveau, original, etc., ou, autrement dit, qui remplissent les conditions juridiques de protection; et les mesures dites "d'exclusion", qui empêchent de revendiquer des droits sur des objets qui ne sont ni nouveaux, ni originaux, etc. Selon la terminologie adoptée par le comité, les mesures d'inclusion renvoient normalement à la "protection positive", en ce sens

qu'elles cherchent à établir des droits réels ou autres⁷¹ de propriété intellectuelle sur un objet revendiqué. À l'inverse de ce type de protection, certains membres ont mentionné la "protection défensive" qui vise non à faire valoir ces droits, mais simplement à empêcher que des tiers revendiquent des droits sur un objet qu'ils se sont approprié illicitement⁷². Automatiquement, toutes les solutions de protection par la propriété intellectuelle ont intrinsèquement une portée d'exclusion. Les droits de propriété intellectuelle s'exercent en disant "non" à des tiers. En ce sens, l'aspect positif de la protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle, ou de tout autre objet, revêt nécessairement un aspect "défensif". Nonobstant, cette distinction est très importante en ce sens qu'elle révèle l'intention des parties prenantes qui recourent au régime de la propriété intellectuelle : effectivement, à maintes reprises, les détenteurs des savoirs traditionnels sont davantage inquiétés de l'utilisation par des tiers de leur patrimoine culturel, qui heurte les sensibilités culturelles que de leur possibilité de les rendre accessibles. D'un autre côté, les communautés peuvent utiliser le régime de la propriété intellectuelle pour protéger leurs intérêts, même s'ils ne cherchent pas à commercialiser leurs savoirs et ses expressions⁷³. Les communautés locales et peuples autochtones qui, ce qui est légitime, aspirent à commercialiser certaines parties de leur patrimoine, doivent nécessairement recourir à la protection positive de leurs droits.

74. Plusieurs membres du comité, lorsqu'ils ont rendu compte de leur expérience en matière d'utilisation des systèmes classiques de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle⁷⁴, ont souligné la distinction entre la protection positive par la propriété intellectuelle et la protection strictement (ou essentiellement) défensive.

Expériences acquises en matière de protection positive des savoirs traditionnels par les systèmes classiques de propriété intellectuelle

75. Un certain nombre de membres du comité, tels que la Suède et la Suisse, ont indiqué que les systèmes de propriété intellectuelle sont, en principe, applicables à la protection des savoirs traditionnels, sous réserve que soient remplies les conditions générales prévues par la législation en matière de propriété intellectuelle. D'autres membres ont mentionné les systèmes classiques de propriété intellectuelle qui peuvent être (ou ont été effectivement) invoqués pour protéger les savoirs traditionnels, par exemple :

⁷¹ Les éléments de la propriété intellectuelle ne sont pas tous l'objet de droits réels : dans certains régimes juridiques, la réputation des commerçants est une valeur non réelle, mais elle est protégée par des mesures réprimant la concurrence déloyale.

⁷² Une distinction de ce type figure dans les documents WIPO/GRTKF/IC/4/8 (auparagraphe 14) et WIPO/GRTKF/IC/4/3 (auparagraphe 42.ii). Durant les débats à la quatrième session du comité, plusieurs membres ont reconnu cette distinction : Inde (document WIPO/GRTKF/IC/4/15, paragraphe 74), Venezuela (*id.*, paragraphe 94), Pérou (*id.*, paragraphes 96 et 141), Brésil (*id.*, paragraphe 103) et Norvège (*id.*, paragraphe 133). Lors de précédents débats, les mesures de type défensif ont été appelées "protection négative" (voir le rapport de la deuxième session, document OMPI/GRTKF/IC/2/16, paragraphe 122, déclaration de la délégation du Venezuela).

⁷³ Voir document WIPO/GRTKF/IC/4/8, paragraphe 18.

⁷⁴ Voir les documents OMPI/GRTKF/IC/2/5 et WIPO/GRTKF/IC/Q.1.

a) *droit d'auteur et droits connexes*

Australie, Canada, Costa Rica, Indonésie, Nouvelle -Zélande, Qatar, Samoa, Uruguay et la Communauté européenne ⁷⁵;

b) *droit des brevets*

Costa Rica, Fédération de Russie, Kazakhstan, Hongrie, Japon, Nouvelle -Zélande, République de Corée, République de Moldova, Roumanie, Uruguay et Viet Nam ⁷⁶;

c) *protection des obtentions végétales*

Nouvelle-Zélande et Turquie;

d) *droit des marques (y compris marques collectives et marques de certification)*

Australie, Canada, France, Hongrie, Indonésie, Mexique, Nouvelle -Zélande, Portugal, République de Moldova, Uruguay, Viet Nam et la Communauté européenne ⁷⁷;

e) *indications géographiques*

Fédération de Russie, France, Italie, Hongrie, Indonésie, Mexique, Portugal, République de Corée, République de Moldova, Tonga, Turquie, Venezuela, Viet Nam et la Communauté européenne ⁷⁸;

f) *dessins ou modèles industriels*

Australie, Costa Rica, Fédération de Russie, Kazakhstan, Nouvelle -Zélande, Tonga et Uruguay ⁷⁹; et

g) *droits sur le secret d'affaire (concurrence déloyale)*

Canada, États -Unis d'Amérique, Hongrie et Indonésie.

⁷⁵ Voir à cet effet les exemples fournis par l'Australie et le Canada à l'annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2. La délégation de la Hongrie, en réponse au document OMPI/GRTKF/IC/2/5, a fait savoir que la loi hongroise sur le droit d'auteur (n° LXXVI de 1999) exclue les expressions du folklore de la protection prévue par la législation sur le droit d'auteur. Selon l'article 1, paragraphe 7 de ladite loi : "Les expressions du folklore ne sont pas protégées par le droit d'auteur. Cette clause est sans préjudice de la protection du droit d'auteur du créateur d'une œuvre individuelle et originale inspirée par un art populaire".

⁷⁶ Voir les exemples fournis par la Fédération de Russie, le Kazakhstan et le Viet Nam à l'annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

⁷⁷ Voir les exemples fournis par le Canada, le Mexique et le Viet Nam à l'annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2. Voir les exemples fournis par la Nouvelle -Zélande et le Portugal en matière de marques collectives.

⁷⁸ Les délégations des pays suivants : Fédération de Russie, France, Italie, Mexique, Portugal, Venezuela et Viet Nam ont fourni des exemples concrets. Voir l'annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

⁷⁹ Voir les exemples fournis par les délégations de la Fédération de Russie et du Kazakhstan.

Expériences acquises en matière d'utilisation des systèmes classiques de propriété intellectuelle pour la protection défensive des savoirs traditionnels

76. Plusieurs membres du comité ont fait tout particulièrement valoir deux systèmes traditionnels de propriété intellectuelle (brevets et marques), qui pourraient servir (ou ont effectivement servi) à empêcher des tiers des' approprier illicitement des créations techniques, des signes et symboles qui identifient les communautés locales et les peuples autochtones.

a) *utilisation du système des brevets à des fins préventives*

Uncertain nombre de délégations ont communiqué des informations sur les mesures de type préventif pouvant contribuer à empêcher que des tiers non autorisés ne revendiquent de façon illégitime l'octroi de droits de propriété intellectuelle. (Ces mesures sont examinées dans les documents WIPO/GRTKF/IC/5/6 et WIPO/GRTKF/IC/5/10.) Ainsi, la Colombie et la Communauté européenne font état de différentes méthodes mises en place pour divulguer des informations sur l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels utilisés pour la réalisation d'inventions revendiquées, signalant que les éléments de ce type peuvent intervenir lors de l'instruction des demandes de brevet. La Nouvelle -Zélande et les États -Unis ont cité plusieurs cas dans lesquels la divulgation des savoirs traditionnels (notamment au moyen de bases de données, pour reprendre l'exemple présenté par la délégation des États -Unis d'Amérique) pouvait permettre aux examinateurs de demandes de brevet de déterminer quels sont les savoirs traditionnels compris dans l'état de la technique. La délégation du Japon a également mentionné l'utilisation à des fins préventives du système des brevets en ce sens que les détenteurs des savoirs traditionnels qui recourent aux normes en vigueur relatives à la propriété intellectuelle, telles que le droit des brevets, seront en mesure d'empêcher l'obtention de tout droit exclusif sur des savoirs traditionnels par des tiers⁸⁰.

b) *utilisation du droit des marques à des fins préventives*

Le Portugal indique que, dans la plupart des cas, le droit des marques servirait non pas à distinguer des produits (ou services), en soi, mais plutôt à conférer à l'objet une protection indirecte qui vise essentiellement à éviter ou empêcher l'enregistrement de marques, ou d'autres signes distinctifs, se rattachant à la désignation du savoir traditionnel concerné⁸¹. Le Canada a fourni un exemple concret de ce type de démarche (l'enregistrement de 10 pictogrammes ayant une signification religieuse particulière par la première nation Snuneymuxw en vue de faire cesser la vente d'objets commerciaux,

⁸⁰ La délégation du Japon invoque la pratique (relativement courante au Japon) qui consiste à déposer des demandes de brevet d'invention que le déposant n'entend pas utiliser, mais qu'il ne veut pas laisser tomber entre les mains de concurrents qui peuvent se les approprier. Une solution pratique consiste à déposer une demande de brevet, attendre qu'elle soit publiée (ou communiquée au public) et ne pas demander d'examen ultérieur. Ce type de demande entre de fait dans le domaine public et, en tant que tel, les examinateurs de demandes de brevet devront nécessairement en tenir compte lorsqu'ils évalueront la brevetabilité des revendications déposées par des concurrents. Voir Robert J. Girouard, *U.S. Trade Policy and the Japanese Patent System*, Working Paper 89, août 1996, The Berkely Roundtable on the International Economy, qui peut être consulté à l'adresse : <www.ciaonet.org/wps/gir01/#txt115> (consulté le 3 janvier 2003).

⁸¹ Voir l'annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

tels que T-shirts, bijoux et cartes postales⁸². La Nouvelle-Zélande a indiqué qu'un nouveau projet de loi sur les marques, dont est saisie actuellement le Parlement, autorisera, s'il est promulgué, l'Office des marques à refuser d'enregistrer une marque dont l'utilisation ou l'enregistrement risqueraient de heurter une portion importante de la communauté, y compris Maori. Cette disposition assurerait une protection complémentaire à certaines expressions de savoir traditionnel en empêchant l'enregistrement de marques fondées sur des écrits ou sur l'imagerie Maori⁸³. La Colombie a décrit un exemple concret d'une mesure analogique de type préventif (l'affaire de la culture Tairona)⁸⁴.

VI. EXPÉRIENCES ACQUISES AU PLANNATIONALE EN MATIÈRE DE PROTECTIONS *SUI GENERIS* DE SAVOIRS TRADITIONNELS

77. Les documents WIPO/GRTKF/IC/5/7 et WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2 contiennent des informations sur l'expérience de quatre pays qui utilisent un système *sui generis* de propriété intellectuelle pour la protection de savoirs traditionnels : Brésil, Panama, Pérou et Portugal.

⁸² Voir l'annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2. Cette utilisation défensive des marques peut obliger à modifier la législation des membres du comité où l'utilisation commerciale des marques est obligatoire. En outre, dans quelques États membres, la législation nationale dispose que seules les entreprises sérieuses ont le droit de déposer une demande d'enregistrement de marque. Ce type de disposition pourrait imposer une modification, s'il le fallait, de l'approche canadienne.

⁸³ Voir l'annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

⁸⁴ Voir l'annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2. À la deuxième session du comité, qui a eu lieu du 10 au 14 décembre 2001, la délégation des États-Unis d'Amérique a fait savoir que "depuis le 31 août 2001, l'USPTO accepte les demandes d'enregistrement dans la base de données des insignes officiels des tribus autochtones américaines. Cette base de données sera incorporée, à des fins d'information, dans la base de données de l'USPTO des matériels non déposés, mais utilisés pour les recherches effectuées pour déterminer si une marque peut être enregistrée. À ce jour, l'USPTO a reçu une seule demande d'inscription dans la base de données; ils'agit de l'insigne officiel de la tribu Redding Rancheria Wintu Yana Pit River de Redding, Californie. En dépit de cette nouvelle base de données, toutes les demandes concernant des marques qui comportent des appellations tribales, des ressemblances reconnaissables avec des autochtones américains, des symboles perçus comme étant d'origine autochtone, et autres dont l'USPTO subodore un lien avec les autochtones américains, sont examinées par un avocat spécialisé qui connaît à fond ce domaine. Bien entendu, cette nouvelle base de données des insignes officiels ne remplace pas et ne porte pas atteinte de quelque manière que ce soit à la loi sur l'art et l'artisanat indiens de 1935 qui est du ressort du bureau des affaires indiennes du Ministère de l'intérieur. On peut dire en bref que le conseil de l'art et de l'artisanat indiens a favorisé bien-être économique des Amérindiens et des autochtones de l'Alaska grâce au développement de l'art et de l'artisanat indiens. Le conseil est chargé de protéger le patrimoine culturel indien et d'aider les tribus indiennes dans leurs efforts en permettant à leurs membres de devenir autosuffisants. Pour atteindre ces objectifs, le conseil a visé en premier lieu à assurer l'application et la mise en œuvre de la loi sur l'art et l'artisanat indiens de 1990 qui a étendu les pouvoirs du conseil en lui permettant de lutter contre l'augmentation des ventes d'objets d'art et d'artisanat dont les vendeurs prétendaient faussement qu'ils sont d'origine indienne. La loi prévoit des évènements sanctions civiles et pénales." Voir document OMPI/GRTKF/IC/2/16, paragraphe 27.

Les lois relatives sont brièvement décrites ci-dessous. La façon dont les quatre lois définissent le savoir traditionnel a été examinée ci-dessus (section IV.b)). Le texte intégral de ces lois figure à l'annexe III du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

a) *Lois sui generis du Brésil*

78. Le régime *sui generis* brésilien a été établi par la mesure provisoire n° 2186-16 du 23 août 2001, qui régit la protection des savoirs traditionnels dans le contexte (ou en tant qu'élément) de l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés. Les objectifs déclarés de l'instrument sont de légiférer dans les domaines suivants : accès à des éléments constitutifs du patrimoine génétique et trouvants sur le territoire national, le plateau continental et dans la zone économique exclusive, à des fins de recherche scientifique, de développement de technologie ou de bioprospection; accès aux savoirs traditionnels liés au patrimoine génétique, intéressant la conservation de la diversité biologique, l'intégrité du patrimoine génétique du pays et l'utilisation des éléments constitutifs; le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation de tout élément constitutif du patrimoine génétique et des savoirs traditionnels qui lui sont associés; accès à la technologie et au transfert de technologie nécessaires à la conservation et à l'utilisation de la diversité biologique. Le matériel génétique humain est exclu du champ d'application de la loi (article 3).

79. La mesure provisoire n° 2186-16 dispose en matière de protection des savoirs traditionnels des communautés autochtones et locales, concernant le patrimoine génétique, contre l'utilisation et l'exploitation illégales et autres actes qui sont préjudiciables ou n'ont pas été autorisés par le conseil de gestion mentionné à l'article 10, ou par un organisme habilité. (Article 8). Article 9 dispose que :

“Sont garantis à toute communauté autochtone ou locale qui crée, développe, détient ou conserve un savoir traditionnel associé au patrimoine génétique les droits suivants :

I – voir figurer dans toute publication, utilisation, exploitation et divulgation la mention de la provenance du dit savoir traditionnel;

II – interdire aux tiers non autorisés :

a) toute utilisation, réalisation de tests, recherche ou exploitation en rapport avec le dit savoir traditionnel;

b) toute divulgation, transmission ou retransmission de données ou informations incluant le dit savoir traditionnel associé ou le constituant;

III – bénéficier des avantages découlant de l'exploitation directe ou indirecte par des tiers du dit savoir traditionnel associé, dont la titularité des droits lui revient aux termes de la présente mesure provisoire.”

Les détenteurs des savoirs traditionnels peuvent également céder leurs droits et conclure des contrats de licence. La loi dispose en matière de licences obligatoires.

80. Le chapitre VII de la loi brésilienne – sur le partage des avantages – a trait à la rémunération. En général, elle doit être juste et équitable et peut se présenter sous les formes suivantes : partage des profits; perception de redevances; accès à la technologie et transfert de technologie; concession de licences de produits et procédés quittes de toutes charges; et formation des ressources humaines.

81. Une fois les conditions légales remplies, la protection n'exige ni procédure ni enregistrement officiel. L'octroi et la validité des droits de propriété industrielle sur des procédés ou des produits obtenus à partir de ressources génétiques dépendent des précisions fournies sur l'origine du matériel génétique et du savoir traditionnel associé, le cas échéant (article 31). Les détenteurs de savoirs traditionnels ont également droit au partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation de produits ou de procédés développés à partir de ressources génétiques. (Article 24).

82. La loi brésilienne prévoit les exceptions suivantes en matière de droits conférés sur des savoirs traditionnels :

“Article 43 – Les dispositions de l'article antérieur ne s'appliquent pas :

- I – aux actes à caractère privé et sans finalité commerciale, pratiqués par des tiers non autorisés, qui ne portent pas préjudice à l'intérêt économique du titulaire du brevet;
- II – aux actes pratiqués par des tiers non autorisés dans un but expérimental, pour des études ou des recherches scientifiques ou technologiques;
- III – à la préparation de médicaments d'après une ordonnance médicale individuelle réalisée par un professionnel habilité à préparer des médicaments;
- IV – à un produit fabriqué conformément à un brevet de procédé ou de produit qui ait été mis sur le marché internement par le titulaire du brevet ou avec son consentement;
- V – aux tiers qui, dans le cas de brevets liés à la matière vivante, utilisent, sans finalité économique, le produit breveté comme source initiale de variation ou de propagation pour obtenir d'autres produits; et
- VI – aux tiers qui, dans le cas de brevets liés à la matière vivante, utilisent, mettent en circulation ou commercialisent un produit breveté introduit légalement dans le commerce par le titulaire du brevet ou le titulaire du permis, à condition que le produit breveté ne soit pas utilisé pour la multiplication ou la diffusion commerciale de la matière vivante en question.”

83. S'agissant des mesures d'exécution, la loi brésilienne prévoit des sanctions civiles, administratives et pénales telles que : avertissement; amende; saisie des échantillons d'éléments du patrimoine génétique et des instruments utilisés aux fins de collecte ou de transformation, ou des produits obtenus à partir d'informations relatives aux savoirs traditionnels associés; saisie des produits dérivés d'échantillons d'éléments du patrimoine génétique ou des savoirs traditionnels associés; suspension de la vente de produits dérivés d'échantillons d'éléments du patrimoine génétique ou des savoirs traditionnels associés et saisie du produit de cette vente; suspension des activités; interdiction partielle ou totale d'établissement, d'activité ou d'entreprise; suspension d'enregistrement, de permis, de licence ou d'autorisation; annulation d'enregistrement, de permis, de licence ou d'autorisation; perte ou suspension du financement accordé par un établissement officiel de crédit; intervention dans l'établissement; interdiction de signer un contrat avec un organisme public pendant une période pouvant atteindre cinq ans.

84. En vertu de l'article 8.4) de la loi brésilienne, la protection des savoirs traditionnels ne doit affecter aucun droit de propriété intellectuelle, y porter atteinte ou le limiter.

b) *Régime sui generis du Panama*

85. Le Panama a adopté en 2000 la loi n° 20 du 26 juin 2000 appliquée par le décret exécutif n° 12 du 20 mars 2001, sur le "régime spécial de propriété intellectuelle appliqué aux droits collectifs des peuples autochtones aux fins de la protection et de la défense de leur identité culturelle et de leur savoir traditionnel et par laquelle d'autres dispositions sont arrêtées". La loi n° 20 a pour objet de protéger les droits collectifs de propriété intellectuelle des savoirs traditionnels des peuples autochtones lorsqu'ils agissent de leur création, telle que des inventions, des modèles, des dessins, des innovations contenues dans des images, des figures, des symboles, des illustrations, des pictogrammes et autres objets, outre les éléments culturels de leur histoire, de leur musique, de leur art et de leurs expressions artistiques traditionnelles pouvant donner lieu à un usage commercial grâce à un système spécial d'enregistrement, de promotion et de commercialisation de leurs droits afin de mettre en valeur l'aspect socioculturel des cultures autochtones et d'appliquer une justice sociale. Le patrimoine culturel des peuples autochtones ne peut être soumis à aucun droit exclusif détenu par des tiers non autorisés au titre du système de propriété intellectuelle, tel que notamment le droit d'auteur, les dessins et modèles industriels, les marques, les indications géographiques et autres objets, à moins qu'il s'agisse d'un objet déposé par les peuples autochtones.

86. Aux termes de la loi n° 20, les droits collectifs autochtones s'entendent des droits de propriété culturelle et intellectuelle autochtone portant sur un art, de la musique, de la littérature, des savoirs biologiques, médicaux ou écologiques sous d'autres aspects et expressions n'ayant ni auteur ni propriétaire reconnu, dont l'origine ne peut être datée et qui constituent le patrimoine de tout un peuple autochtone⁸⁵. Les droits reconnus, bien que de caractère exclusif, peuvent être détenus par des tiers à la condition qu'il s'agisse d'un objet déposé par les peuples autochtones.

87. La protection est conférée dès l'enregistrement. La procédure administrative est gratuite et n'exige pas la représentation d'un avocat. Les congrès généraux autorisés traditionnels des peuples autochtones sont chargés de les représenter et de se conformer aux prescriptions fixées par le règlement d'application de la loi. La Direction générale de l'enregistrement de la propriété industrielle du Panama (DIGERPI) crée un poste d'examineur en matière de droits collectifs autochtones en vue de protéger les droits de propriété intellectuelle et autres droits traditionnels des communautés autochtones. Ce fonctionnaire sera habilité à examiner toutes les demandes déposées auprès de la DIGERPI en matière de droits collectifs des communautés autochtones, aux fins de garantir la légalité de l'enregistrement. Le règlement d'usage dispose que les savoirs traditionnels des peuples

⁸⁵ La délégation du Panama a précisé qu'un projet de loi est actuellement en cours d'élaboration sur la protection des droits collectifs des communautés locales, qui élargit la définition comme suit : droits de propriété intellectuelle des populations autochtones et communautés locales portant sur un art, de la musique, de la littérature, des savoirs biologiques, médicaux et écologiques, des rituels, des jeux, des expressions culturelles, de la science traditionnelle et de la technologie, de la gastronomie, des traditions culturelles, des croyances et autres aspects du patrimoine culturel qui sont indissociables de l'identité culturelle de l'ensemble de la communauté.

autochtones peuvent constituer des créations que se partagent les membres des diverses communautés et que les bénéficiaires en découlent leur reviennent collectivement, conformément au droit coutumier.

88. Le loi n° 20 prévoit une exception aux droits conférés due à l'antériorité : selon l'article 23, "la présente loi ne s'applique pas aux petits artisans non autochtones qui se consacrent à la fabrication, l'exécution et la vente de reproductions de l'artisanat autochtone Ngobeset Buglés lorsqu'ils résident dans les communes de Tolé, Remedios, San Félix et San Lorenzo de la province de Chiriquí. Ces petits artisans non autochtones peuvent fabriquer et commercialiser ces reproductions mais ne peuvent revendiquer les droits collectifs reconnus par la présente loi aux peuples autochtones".

89. La même loi prévoit des sanctions administratives, civiles et pénales lors d'infractions. Les mesures d'exécution proviennent essentiellement de la législation douanière et de la législation sur la propriété industrielle. Dans les cas non envisagés dans la législation douanière ou dans la législation sur la propriété industrielle, les infractions à la loi sont punies, selon leur degré de gravité, d'une amende allant de 1000 à 5000 dollars É.-U. En cas de récidive, le montant de l'amende est doublé. Les sanctions prévues dans la loi ajoutent à la saisie et à la destruction des produits utilisés aux fins de l'infraction.

90. En vertu de la loi et des règlements d'usage, les titulaires de droits peuvent céder des droits collectifs enregistrés et en autoriser l'utilisation. Aucune disposition ne prévoit la concession de licences obligatoires.

91. Certains aspects de la propriété industrielle font pendant au régime de protection des savoirs traditionnels. La loi n° 20 prévoit que les dispositions sur les marques collectives et sur les marques de garantie figurant dans la loi n° 35 de 1996 s'appliquent dans la mesure où elles ne portent pas atteinte aux droits qu'elle reconnaît. La demande d'enregistrement doit contenir 1) les règles d'usage qui doivent indiquer, outre toute précision sur l'autorité qui dépose la demande, pour quels motifs l'utilisation des droits collectifs est refusée à un membre de la population autochtone et 2) un rapport favorable établi par l'organe administratif compétent sur les règles d'usage⁸⁶.

c) *Régime sui generis du Pérou*

92. Le régime *sui generis* du Pérou a été établi par la loi n° 27 811 de 2002 dont les objectifs sont les suivants : a) promouvoir le respect, la protection, la préservation, l'utilisation la plus large possible et le développement des savoirs collectifs des peuples autochtones; b) promouvoir le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces savoirs collectifs; c) promouvoir l'utilisation de ces savoirs au bénéfice des peuples autochtones et de l'humanité; d) garantir que l'exploitation de ces savoirs collectifs se fasse avec le consentement préalable donné en connaissance de cause des peuples autochtones; e) promouvoir le renforcement et le développement des capacités des peuples autochtones ainsi que des mécanismes traditionnellement employés par eux pour partager et répartir les avantages produits de façon collective, dans le cadre du présent régime; f) empêcher que soient accordés des brevets pour des inventions réalisées ou développées à

⁸⁶ La délégation du Panama a fait savoir au Secrétariat de l'OMPI que le premier enregistrement d'objets artisanaux (les *molas* des Kunas) touche à sa conclusion sous réserve de l'approbation des règlements d'usage.

partir des savoirs collectifs des peuples autochtones du Pérou sans que ces savoirs aient été pris en compte tant qu'État de la technique pour l'examen de la nouveauté et de l'activité inventive impliquée par ces inventions.

93. Une protection est conférée aux savoirs traditionnels des peuples autochtones associés aux ressources biologiques, tels que définis par l'article 2 de la loi ⁸⁷. Selon l'article 10, les savoirs traditionnels ne peuvent pas appartenir à des individus déterminés. Les populations autochtones exercent et font respecter leurs droits par l'intermédiaire de leurs organisations représentatives.

94. La loi n° 27 811 précitée confère aux peuples autochtones le droit de donner leur consentement (préalable et en connaissance de cause) pour l'utilisation des savoirs traditionnels. En cas d'accès aux fins d'une application commerciale ou industrielle, un accord de licence précisant les conditions d'une rémunération adéquate en contrepartie de cet accès et garantissant un partage équitable des avantages découlant de celui-ci doit être conclu. Les contrats doivent être écrits et sont enregistrés auprès de l'office de propriété intellectuelle (INDECOPI). La loi fixe deux pourcentages de redevance minimale (qui sont apparemment cumulatifs) : un pourcentage d'au moins 10% du chiffre d'affaire brut avant impôt réalisé grâce à la commercialisation des produits obtenus à partir d'un savoir collectif versé au fonds de développement des peuples autochtones visés par les articles 37 et suivants. Les parties peuvent convenir d'un pourcentage supérieur, en fonction notamment du degré d'exploitation ou d'intégration directe de ces savoirs dans le produit final et de la contribution de ces savoirs à la réduction des frais de recherche et développement pour les produits dérivés (article 8). Par ailleurs, l'accord de licence doit contenir une définition des indemnités que recevront les peuples autochtones pour l'exploitation de leurs savoirs collectifs ; ces indemnités comprennent un versement initial ou une autre forme de paiement équivalente, affecté au développement durable de ce peuple et un pourcentage d'au moins 5% du chiffre d'affaires brut avant impôt réalisé grâce à la commercialisation des produits mis au point directement ou indirectement à partir du savoir collectif, le cas échéant (article 27.c)

95. La loi n° 27 811 distingue trois catégories de savoirs traditionnels selon leur degré de nouveauté. En vertu de l'article 13, un savoir collectif est considéré comme faisant partie du domaine public quand il a été accessible à des personnes étrangères aux peuples autochtones par des moyens de communication de masse, par exemple par des publications, ou, s'agissant des propriétés, des usages ou des caractéristiques d'une ressource biologique, lorsque celles-ci sont connues de façon massive en dehors de ces peuples et de ces communautés autochtones. Toutefois, dans les cas où ces savoirs sont entrés dans le domaine public au cours des 20 dernières années, un pourcentage du chiffre d'affaire brut avant impôt réalisé grâce à la commercialisation de produits mis au point à partir de ces savoirs collectifs est affecté au

⁸⁷ On entend par "peuples autochtones" les peuples originaires du territoire ayant des droits antérieurs à la formation de l'État péruvien, entretenant une culture propre, disposant d'un espace territorial et se reconnaissant - même sans commettre, y compris les peuples vivant dans un isolement volontaire et les peuples non identifiés, ainsi que les communautés paysannes et les communautés autochtones. Le "savoir collectif" s'entend du savoir accumulé au fil des générations par les peuples et communautés autochtones en ce qui concerne les propriétés, les usages et les caractéristiques des ressources biologiques. On entend par "ressources biologiques" les ressources génétiques, les organismes ou éléments de ceux-ci, les populations ou tout autre élément biotique des écosystèmes ayant une utilisation ou une valeur effective ou potentielle pour l'humanité.

fonds de développement des peuples autochtones visés par les articles 37 et suivants. En d'autres termes, les savoirs traditionnels qui ont été divulgués au cours des 20 dernières années sont soumis en quelque sorte à un régime de domaine public payant. Les détenteurs d'un savoir traditionnel qui n'ont pas le droit de s'opposer à son exploitation par des tiers peuvent se prévaloir d'un simple droit à rémunération. Les deux catégories de savoirs traditionnels entrés dans le domaine public sont inscrites dans le registre national public des savoirs collectifs des peuples autochtones. Les savoirs traditionnels qui n'ont pas été divulgués et partant n'ont pas été entrés dans le domaine public constituent la troisième catégorie. Ils sont inscrits dans le registre national confidentiel des savoirs collectifs des peuples autochtones à la demande de ces derniers. Les deux registres sont gérés par l'INDECOPI.

96. Les droits conférés sont ceux de l'enregistrement (article 20)⁸⁸ et de l'octroi d'une licence (article 27) sur ces savoirs traditionnels. De plus, les peuples autochtones possédant un savoir collectif sont protégés contre la divulgation, l'acquisition ou l'usage de ces savoirs collectifs sans leur consentement et de manière déloyale sous réserve que ces savoirs ne se trouvent pas dans le domaine public. De même, les savoirs traditionnels enregistrés sont protégés contre la divulgation sans autorisation de la part d'un tiers ayant eu accès légitimement au savoir collectif mais tenu à une obligation de réserve (article 42). Les peuples autochtones possédant des savoirs collectifs peuvent engager auprès de l'office des inventions et des nouvelles technologies, de l'INDECOPI, une action contre quiconque porte atteinte à leurs droits sur les savoirs traditionnels. Une action pour atteinte aux droits peut également être intentée en cas de risque imminent d'atteinte à ces droits. Les actions pour atteinte aux droits peuvent être engagées à l'initiative de l'INDECOPI (article 43). Lors d'une allégation d'atteinte aux droits d'une population autochtone possédant un savoir collectif déterminé, la charge de la preuve incombe au défendeur (article 44). Les détenteurs de savoirs traditionnels peuvent entreprendre des actions en revendication et en indemnisation prévues par la législation en vigueur contre quiconque a, en violation des règles établies par la présente loi, fait usage, directement ou indirectement, de ces savoirs collectifs (article 45). Des mesures provisoires sont prévues.

97. L'INDECOPI peut, de sa propre initiative ou à la demande d'une partie, et après avoir entendu les parties intéressées, annuler l'enregistrement à tout moment pour les motifs suivants : a) l'enregistrement a été accordé ou la licence concédée en violation de l'une quelconque des dispositions de la loi; ou b) il apparaît que les données essentielles figurant dans la demande sont fausses ou inexactes (article 34).

98. Ainsiqu'il est dit plus haut, la protection des savoirs traditionnels au Pérou vise un objectif positif et également un objectif préventif. Concernant l'aspect préventif, la loi dispose qu'afin de pouvoir permettre l'opposition aux demandes de brevet en cours, la contestation des brevets délivrés et de façon générale d'influer sur la délivrance de brevets liés aux produits ou procédés créés ou soumis au point à partir d'un savoir collectif, l'INDECOPI doit communiquer les informations figurant au registre national public aux principaux offices de brevet du monde, afin que les savoirs en question soient pris en compte en tant qu'état de la technique pour l'examen d'une nouvelle invention et de l'activité inventive impliquée par les

⁸⁸ Toutefois, l'enregistrement des savoirs traditionnels est déclaratif, non constitutif de droits. Autrement dit, les droits sont antérieurs à l'enregistrement, ou n'en dépendent pas. L'importance de l'enregistrement est dans l'établissement des éléments de preuve de l'existence des droits.

inventions faisant l'objet de demandes de brevet (article 23). En outre, selon la deuxième disposition complémentaire, lors du dépôt d'une demande de brevet liée aux produits ou procédés créés soumis au point à partir d'un savoir collectif, le déposant est tenu de soumettre un exemplaire du contrat de licence comme condition préalable à l'octroi des droits en question, excepté si le savoir collectif en cause appartient au domaine public. L'inobservation de cette obligation est un motif de refus ou d'annulation, selon le cas, du brevet en question.

d) *Loi sui generis du Portugal*

99. L'objet du décret -loin^o 118 du Portugal, du 20 avril 2002, est de fixer "le régime juridiques' appliquant à l'enregistrement, à la conservation, à la protection légale et au transfert des végétaux indigènes intéressants, de manière effective ou potentielle, le secteur agricole, agroforestier et paysager, y compris les variétés locales et les espèces spontanées visées à l'article 2⁸⁹ ainsi que les savoirs qui s'y rapportent [...]" (article 1). Selon l'article 3, sont considérés comme des savoirs traditionnels "tous les éléments intangibles qui, étant liés à l'utilisation commerciale ou industrielle de variétés locales⁹⁰ et autres espèces indigènes élaborées, de manière collective ou individuelle et non systématique, par les populations locales et s'inscrivant dans le cadre de traditions culturelles et spirituelles de ces dernières, y compris, mais sans s'y limiter, les savoirs relatifs à des méthodes, procédés, produits et appellations ayant des applications dans l'agriculture, l'alimentation et les activités industrielles en général, artisanat, commerce et services inclus, sont associés de façon non formelle à l'utilisation et à la préservation des variétés locales et autres espèces indigènes spontanées visées par les dispositions du présent instrument". Ces savoirs sont protégés contre toute "reproduction ou utilisation commerciale ou industrielles" ils remplissent les conditions suivantes : a) ils doivent être identifiés, décrits et inscrits au registre des ressources phylogénétiques (RRGV); b) la description visée au sous -alinéa a) ci -dessus doit permettre à des tiers de les reproduire et de les utiliser en obtenant des résultats identiques à ceux qui sont obtenus par leur titulaire" (article 3.2)). L'article 3.3) dispose que "les savoirs traditionnels peuvent être tenus secrets par décision de leur titulaire, auquel cas le règlement dispose qu'ils doivent faire l'objet, au bulletin des enregistrements [...], d'une publication se limitant à signaler leur existence et à identifier les variétés sur lesquelles ils portent, la protection se limitant alors aux situations où leur enregistrement a été obtenu par des tiers de manière déloyale". Le décret -loi fixe deux conditions supplémentaires (et subsidiaires) de protection : les savoirs traditionnels ne doivent pas être connus du public en dehors de la communauté locale où ils ont été élaborés; mais, s'ils sont connus, ils peuvent néanmoins être protégés, à la condition qu'ils n'aient fait l'objet d'aucune utilisation industrielle (ou commerciale). (Article 3.4)). L'enregistrement des savoirs traditionnels qui remplissent ces conditions confère le droit : i) de s'opposer à leur reproduction, imitation ou utilisation directe ou indirecte à des fins commerciales par des tiers non autorisés; ii) de céder, transférer, y compris par voie de succession, ou licencier les droits s'y rapportant; iii) d'exclure de la protection les savoirs faisant l'objet d'un enregistrement spécifique au titre de la propriété

⁸⁹ L'article 2.1 énumère les variétés visées par le décret -loi et exclue "celles qui sont protégées par des droits de propriété intellectuelle ou sont sur le point, en vertu d'un processus déjà engagé, de bénéficier d'une telle protection". L'objet de cette disposition est, manifestement, d'éviter tout chevauchement avec l'UPOV, ainsi qu'avec le système des brevets.

⁹⁰ On entend par "variétés locales" les races de pays. Le décret -loi portugais est en fait le premier instrument qui n'ait jamais établi un système de protection des races de pays.

industrielle”⁹¹. La protection est conférée dès l’enregistrement (article 3.5)) par les communautés locales ⁹². L’enregistrement des savoirs traditionnels produits se effect pendant une période de 50 ans à compter de la date de la demande et peut être prorogé pour une période identique (article 3.6)). Des sanctions civiles, pénales et administratives sont prévues.

VII. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DES SYSTÈMES *SUI GENERIS* DE PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS

100. Le présent examen analyse les éléments constitutifs des systèmes *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, qui visent essentiellement à :

- conférer une protection positive aux savoirs traditionnels, indépendamment de la protection de type préventif;
- conférer une protection aux savoirs traditionnels en dehors de la propriété intellectuelle, par la création de droits spécifiques sur des biens incorporels;
- protéger le contenu des savoirs traditionnels en tant que tels (par opposition à la protection des expressions de la culture traditionnelle ou des signes distinctifs liés aux savoirs traditionnels); et
- protéger par des droits *sui generis* distincts liés aux savoirs traditionnels, au lieu de protéger par des éléments *sui generis* particuliers des systèmes classiques ou généraux de propriété intellectuelle.

a) Généralités

101. 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 les ont 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: les systèmes de brevets admettent 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 sont justifiées par la création d’un système *sui generis* dont

⁹¹ Le système *sui generis* établi par le décret-loi n° 118 n’empiète par conséquent sur l’UPOV ni sur les systèmes de brevets.

⁹² L’article 9 énonce un système de reconnaissance des communautés locales par les autorités municipales. La notion de communauté locale est liée aux limites géographiques des zones où existent des variétés locales ou dans lesquelles un matériel indigène spontané présente “la plus grande variabilité génétique”.

les principaux éléments sont définis par la Convention UPOV⁹³; les schémas de configuration (topographies) des circuits intégrés sont 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 Secrétaire général 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* accordée aux membres a 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."⁹⁴

102. 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'est pas un accès 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 intérêts des créateurs et de contribuer au caractère équitable des échanges. La propriété intellectuelle 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 – elles s'appliquent 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 de protéger la propriété intellectuelle seulement par des droits de propriété (le droit moral de l'auteur et la réputation des commerçants ne font pas, dans les pays de droit romain, l'objet d'un droit de propriété).

103. 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 des savoirs traditionnels, c'est-à-dire que ceux qui ne verront pas conféré le droit fondamental de dire "non" à des tiers qui exploitent sans autorisation, ou, en les déformant, leurs savoirs traditionnels, qu'ils e 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

⁹³ 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 19 mars 1991. Le sigle UPOV signifie Union pour la Protection des Obtentions Végétales.

⁹⁴ La Convention sur la diversité biologique et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Note du Secrétaire général, 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).

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.

Démarche globale et rôle du droit coutumier

104. Le présent document n'a pas pour objet de rendre superflus les débats 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 ces cas. Tout système *sui generis* doit être distingué des mécanismes de propriété intellectuelle existants et on pourrait étudier l'interaction avec la propriété intellectuelle classique. Qui plus est, il importe de préciser les souhaits simplement un système de propriété intellectuelle (*sui generis* ou autre) ou si une autre forme de protection (conférant par exemple des effets juridiques au droit coutumier) est envisagée. Certains aspects des savoirs traditionnels peuvent manifestement être suffisamment protégés par les mécanismes de propriété intellectuelle existants; toutefois, le fait que la protection par la propriété intellectuelle puisse s'appliquer à certains aspects des savoirs traditionnels ne signifie pas que tous les aspects en ont été protégés, ou que les savoirs traditionnels sont protégés d'une façon qui corresponde aux exigences d'une forme globale de protection. Ainsi, quand la fable du chaman⁹⁵ a été analysée par le comité, une délégation a fait remarquer que "toute simplification dénuée de sens pratique ne doit pas conduire à conclure que les droits de propriété intellectuelle existants protègent les savoirs traditionnels de manière suffisante"⁹⁶. L'examen des différents aspects des savoirs traditionnels qui peuvent être protégés devrait aider à comprendre la complexité des systèmes de protection des savoirs traditionnels, ainsi que les conditions d'élaboration et d'application de toute forme *sui generis* supplémentaire de protection.

105. La pratique des systèmes *sui generis* de protection à l'échelon national (voir chapitre VI) donne à penser que certains choix s'imposent pour distinguer la définition précise et la protection juridique que permet le milieu social, écologique et spirituel des savoirs traditionnels - du fait précisément que la protection *sui generis* a été mise au point non pour codifier le droit coutumier en vigueur au sein de la communauté traditionnelle, mais plutôt pour étendre la portée de la protection juridique au-delà du cadre traditionnel. Pour de nombreux participants aux débats sur la protection des savoirs traditionnels, l'application des législations existantes en matière de propriété intellectuelle à l'objet des savoirs traditionnels, voire la recherche de solutions *sui generis* de propriété intellectuelle n'est pas satisfaisante, car, estime-t-on, l'autorité chargée d'accorder la protection et la forme de protection devraient se fonder sur le droit coutumier de la communauté traditionnelle. Ainsi, il a été suggéré d'appliquer le "principe de la localité" à la protection des droits culturels indigènes et des droits de propriété intellectuelle: ils agissent de manière relative à l'acquisition et à l'utilisation du patrimoine des populations autochtones conformément au droit coutumier des peuples autochtones concernés⁹⁷, ou à l'application du principe de la *lex loci* Ceterum

⁹⁵ Voir paragraphe 64 *supra* et le document WIPO/GRTKF/IC/4/8, paragraphes 38 -39.

⁹⁶ Voir document WIPO/GRTKF/IC/4/15, paragraphe 140.

⁹⁷ E.A. Daes, 'Defending Indigenous Peoples' Heritage,' *Protecting Knowledge: Traditional Resource Rights in the New Millennium*, Union of British Columbia Indian Chiefs, février 2000.

démarches ne se traduirait pas nécessairement par la codification ou la définition de nouvelles formes de protection juridique, mais permettrait aux règles ou normes qui s'appliquent dans le cadre du patrimoine traditionnel qui a suscité et étayé des savoirs traditionnels de déployer de plus larges effets. e

106. Toutefois, s'il est choisi d'appliquer à l'objet des savoirs traditionnels des formes distinctes de protection par la propriété intellectuelle, indépendamment du droit coutumier, il faut admettre que, d'abord, le mécanisme de la protection juridique doit être distingué du caractère complexe et global du savoir traditionnel intrinsèque; et qu'ensuite, dans la pratique, aucun système unique de propriété intellectuelle, de portée aussi large soit-elle, ne saurait englober la totalité des caractéristiques et du contexte des savoirs traditionnels dans leur milieu culturel d'origine. Ils'ensuit que les savoirs traditionnels détenus par le chaman, les croyances religieuses traduites dans les faits et le patrimoine culturel collectif d'où ils émanent et qu'ils enrichissent à leur tour ne sont pas pleinement reconnus quand des éléments particuliers des savoirs traditionnels sont protégés par les systèmes de propriété intellectuelle existants, par exemple:

- “les différentes plantes à partir desquelles le chaman fabrique la potion peuvent être protégées en vertu d'un système de protection des obtentions végétales à condition qu'ils'agissent 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 enseignement 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 des 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 fixation⁹⁸;
- l'interprétation ou l'exécution, une fois fixée, peut être protégée par des droits voisins du droit d'auteur, et le chaman, en tant qu'interprète ou exécutant, peut voir accorder le droit d'autoriser la fixation de l'interprétation ou de l'exécution⁹⁹;
- 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 d'un système de dessins ou modèles industriels;
- les motifs figurant sur le vase et sur les vêtements peuvent être protégés par le droit d'auteur ou par les systèmes de dessins et modèles industriels.”

⁹⁸ 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.

⁹⁹ En vertu des dispositions de l'article 6.ii) du Traité de l'OMPI sur les interprétations et l'exécution et les phonogrammes.

Bien évidemment, pour qu'il soit possible d'utiliser les mécanismes existants pour protéger ces éléments distincts constitutifs des savoirs traditionnels, il faut que ceux-ci remplissent les conditions juridiques permettant la protection. Ces mécanismes peuvent servir d'instruments à utiliser tant que de besoin pour défendre les intérêts du chaman et de la communauté, ainsi que le patrimoine culturel; et cela n'exige pas de substituer ces mécanismes au système de protection des savoirs traditionnels, ni de subordonner le contexte traditionnel au système de protection par la propriété intellectuelle.

107. La possibilité de protéger séparément des éléments constitutifs des savoirs traditionnels ne répond pas pleinement au besoin de protection de ces savoirs. Les savoirs traditionnels ne sont pas simplement la somme de leurs éléments distinctifs; ils sont 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 faudrait donc 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.

108. 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 nécessitent d'être améliorés; les savoirs traditionnels touchent à différents domaines et relèvent à la fois de 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 de purs faits 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.

109. 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 savoirs traditionnels. Elle ne diminue pas la nature globale des savoirs traditionnels, ni leur attachement à l'existence d'une communauté traditionnelle, car les droits de propriété intellectuelle doivent être exercés pour empêcher des tiers d'utiliser abusivement des éléments constitutifs des savoirs traditionnels. Ainsi ressort la distinction entre les savoirs traditionnels tant que tels et les mesures prises pour les protéger (voir paragraphe 32 et le paragraphe ci-dessus). 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. Dans le cadre du système existant des droits de propriété intellectuelle, il peut se produire une atteinte sans que tous les éléments de l'objet protégé soient visés et l'usage abusif de certains éléments seulement est suffisant pour constituer une atteinte. En droit des brevets, il n'est pas nécessaire que l'atteinte aux brevets 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

œuvres musicales par différents actes (reproduction, radiodiffusion, mise à la disposition du public, etc.) sans les accomplir nécessairement tous, ou sur un élément suffisant d'une œuvre sans la reproduire intégralement. La conception des savoirs traditionnels comme tout imposé e prévoir un mécanisme global pour son enregistrement, mais ne devrait pas faire obstacle à des mesures visant à faire respecter les droits pour chacun de leurs éléments individuels. L'œuvre intellectuelle d'une personne peut être conçue comme tout, mais peut être protégée de l'appropriation illicite ou de l'usage abusif par des brevets distincts sur les idées inventives et par le droit d'auteurs sur les articles de presse ou les livres qui la contiennent.

110. Cela étant, il est essentiel de noter que les "savoirs traditionnels" nés dans leur milieu social et culturel ne peuvent être assimilés aux moyens juridiques qui les protègent. Comme l'a fait observer le Crucible Group, une fois que vous avez fait le nécessaire pour que les savoirs indigènes et locaux rentrent dans le moule de la propriété intellectuelle, ils ne sont plus reconnaissables en tant que tels"¹⁰⁰. Il importe de préserver les caractéristiques essentielles des savoirs traditionnels, tout en reconnaissant que leurs différents éléments constitutifs peuvent et devraient être protégés, le cas échéant, par un arsenal d'instruments juridiques et autres, tels que la protection *sui generis*, dans la mesure où les responsables politiques et les représentants communautaires décident qu'il existe un besoin manifeste et une demande réelle d'un système de ce type.

b) *Cadre juridique général d'un système sui generis : que est le rôle des bases de données?*

111. Ces caractéristiques distinctives 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 devrait pas exiger que l'on sépare et isole les différents éléments constitutifs des savoirs traditionnels, mais plutôt suivre une démarche systématique et globale. 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 des savoirs appartenant à une certaine communauté (ou à un groupe de communautés). Le résultat, la compilation ou la base de données décrirait en détail les savoirs des communautés traditionnelles sans séparer les éléments.

112. 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 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

¹⁰⁰ Crucible Group II "Seeding Solutions", 2001

l'état de la technique. ¹⁰¹ 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 sans constituer, sans qu'ils 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 ont déjà clairement partie du domaine public, ou pour les éléments de ces savoirs traditionnels que leurs détenteurs souhaitent manifester vouloir mettre dans le domaine public, en étant pleinement conscients des conséquences de cette situation (cela ne concerne pas par exemple les éléments de 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/5/3 analyse la situation parallèle des expressions de culture traditionnelle ou du folklore, dans les cas où les systèmes d'archives, de bibliothèque 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 de culture traditionnelle n'ont pas eu la possibilité d'exercer effectivement leurs droits sur les matériels archivés ou rassemblés.

113. Aux fins d'une protection positive des savoirs traditionnels, 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 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.

114. Un système fondé sur un inventaire des savoirs présentera également l'avantage qu'il sera possible d'actualiser et de 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 permet de tenir compte de la nature complémentaire de leurs éléments (inséparables). Les savoirs du chaman en question pourraient donc être fixés dans une base de données et protégés par des ensembles de droits différents (et même complémentaires): les droits d'empêcher la

¹⁰¹ 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".

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 données¹⁰².

115. 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 tout une personne compétente dans ce domaine puisse en comprendre la description. Il ne faut pas 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 des 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.¹⁰³

116. 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 culturelles et économiques de leurs savoirs, notamment en ce qui concerne les expressions du folklore et l'artisanat. On pourra alors recommander des suivres des pistes juridiques différentes (et complémentaires), les mieux adaptées aux caractéristiques des 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 est 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-dessus à l'égard d'un éventuel mécanisme de protection des inventaires ou des compilations des savoirs traditionnels. Par exemple, les expressions culturelles traditionnelles (expressions du folklore) qui ont été dissociées du cadre vie des communautés et qui, par conséquent, ont acquis un statut indépendant dans l'univers culturel de certaines communautés peuvent être protégées par le système de protection juridique examiné dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/3. La

¹⁰² Voir infra, chapitre VI.c)v).

¹⁰³ Voir l'article 3 du décret -loin° 118/2002 du Portugal :

“[...]”

2– Ces savoirs sont protégés 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 auprès 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.”

protection de l'artisan 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, qui peut se fonder sur le principe juridique de la répression de la concurrence déloyale. Il se peut, ensuite, que les travaux concernant la protection des savoirs traditionnels aboutissent à l'établissement d'un "menu" de mécanismes *suigeneris* représentant les différents aspects des savoirs traditionnels qui, comme les mécanismes existants, pourront être utilisés à titre complémentaire par les créateurs et les détenteurs des savoirs traditionnels, s'ils le souhaitent.

c) *Éléments constitutifs d'un système suigeneris*

117. C'est une chose de définir les caractéristiques générales d'un système *suigeneris* approprié de protection des savoirs traditionnels, et cela 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) que est l'objectif général de la protection?
- ii) que est l'objet?
- iii) quel critère doit remplir cet objet pour être protégé?
- iv) quid étient 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?

Comme il a été examiné ci-dessus, il est nécessaire de distinguer l'objet fondamental des savoirs traditionnels (qui peut être défini comme il ressort du chapitre IV) de :

- la nature de la protection juridique;
- l'étendue des droits conférés par la protection; et
- les éléments ou expressions des savoirs traditionnels qui relèvent expressément d'une protection juridique distincte.

i) Que est l'objectif général ?

118. La manière dont un système *suigeneris* est conçu et défini dépendra, largement, des objectifs généraux qu'il est censé atteindre. Est-il essentiellement défensif, c'est-à-dire -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? Cela

peut influer sur les éléments fondamentaux du système de protection, par exemple pour limiter la portée de l'objet des savoirs traditionnels qui est protégé (voir les exemples donnés au chapitre iv.b)). Vise-t-il à encourager l'exploitation commerciale appropriée des savoirs traditionnels ou à préserver ceux-ci dans un contexte culturel spécifique?

119. Quelle que soit la réponse donnée à cette question, il convient de souligner que tous les droits de propriété intellectuelle ont un dénominateur commun : le droit d'interdire à d'autres d'utiliser d'une certaine façon l'objet protégé (par exemple, reproduction, fixation, ou utilisation lors d'échanges). 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 induite au niveau international et faciliterait le partage des avantages liés aux savoirs traditionnels. Si ces mécanismes communs ne sont pas recherchés pour la protection des savoirs traditionnels, il est vraisemblable que cette protection ne relèverait pas de façon large d'un système de propriété intellectuelle, et qu'elle se rapprocherait davantage des notions de préservation du patrimoine culturel ou de protection d'autres droits, tels que les droits économiques et sociaux. Il reste par conséquent à aborder une question de principe, celle, fondamentale, de savoir si l'intention est pour le moins d'établir ou de reconnaître des droits de propriété intellectuelle sur des savoirs (qui, soulignons-le, peuvent être des droits collectifs), ou si la protection visée est d'une nature entièrement différente.

120. En conséquence, il convient de préciser l'objectif général de la protection *sui generis* des savoirs traditionnels pour savoir si elle est compatible avec les caractéristiques des systèmes de propriété intellectuelle et, en particulier, si elle consiste à :

- se prémunir contre toute revendication de droits de propriété intellectuelle, par des tiers, sur l'objet des savoirs traditionnels,
- protéger l'objet des savoirs traditionnels contre une divulgation ou une utilisation non autorisée,
- protéger des produits commerciaux typiques liés aux savoirs traditionnels,
- prévenir l'utilisation culturellement inacceptable ou induite d'éléments constitutifs des savoirs traditionnels,
- autoriser et surveiller l'utilisation d'expressions culturelles liées aux savoirs traditionnels et
- autoriser l'utilisation d'éléments constitutifs des savoirs traditionnels dans des produits commerciaux de tiers.

121. En outre, il conviendrait de placer l'examen des nouveaux systèmes *sui generis* de protection des savoirs traditionnels dans une perspective politique et juridique plus large, en s'appuyant sur la doctrine et la jurisprudence dans un large éventail de domaines connexes, liés ou non à la propriété intellectuelle, tels que :

- notions de concurrence déloyale et d'enrichissement indu, appropriation illicite du renom et de la clientèle;
- reconnaissance des intérêts équitables et des expressions des intérêts collectifs tels que ceux liés aux ressources naturelles;
- notion des droits moraux, en particulier les droits d'intégrité et d'attribution;
- droits de l'homme, en particulier les droits économiques, culturels et sociaux;
- reconnaissance du droit coutumier et des droits traditionnels;

- diverses conceptions de la titularité et de la tutelle associées aux cultures traditionnelles;
- préservation des cultures et des éléments culturels;
- protection de l'environnement, y compris la conservation de la biodiversité;
- conception de l'ordre moral et public dans les systèmes juridiques et
- façons de définir et de reconnaître les droits des agriculteurs.

ii) Quelle est l'objet ?

122. 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.

123. 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 (et d'autres termes le choix du mécanisme le plus approprié dans le "menu" mentionné plus haut) doit appartenir aux détenteurs des savoirs traditionnels. On pourra ainsi tenir compte du fait que certains objectifs généraux puissent être pris en considération dans le cadre de mécanismes de propriété intellectuelle existants (y compris d'éventuels éléments *suigeneris* constitutifs de ces systèmes), et la mise en place d'un système *suigeneris* distinct sera nécessaire que pour atteindre d'autres objectifs généraux.

124. La question de l'objet dépend également de l'existence de types de protection partiellement communs portant précisément sur la forme ou l'expression des savoirs traditionnels, et en particulier de protection des expressions culturelles traditionnelles. Il existe manifestement un choix entre un système *sui generis* visant essentiellement le contenu ou le fond des connaissances, des compétences, des pratiques et de la diffusion des savoirs traditionnels et l'objet qui, pris dans son ensemble, englobe des expressions culturelles traditionnelles et les signes et symboles distinctifs comme objets à protéger et tant que tels (voir à ce sujet l'analyse au paragraphe 44 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12).

iii) Quels sont les autres critères de protection ?

125. Il faut peut-être préciser que, même si l'on peut définir certains savoirs traditionnels de manière générale, il faudra sans doute que'ils répondent à des critères distincts pour être protégés par un système *suigeneris*. Cela pourra être le cas, par exemple, des savoirs

traditionnels qui sont déjà tombés dans le domaine public. Les détenteurs des savoirs traditionnels doivent être conscients du fait qu'ils ne pourront passeréapproprier les savoirs traditionnels tombés dans le domaine public sans porter atteinte aux attentes légitimes des 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 d'un titre de 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 a fini d'empêcher l'utilisation abusive dans le cadre de demandes de brevets déposées par des tiers pour 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 fixé 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,¹⁰⁴ la protection des schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés¹⁰⁵ et les brevets accordés pour des inventions déjà brevetées dans d'autres pays.¹⁰⁶

126. 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.¹⁰⁷ Le Pérou 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 du 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 ces savoirs ont été élaborés" (article 3.4). La législation portugaise 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.

127. Deux autres éléments adoptés dans le cadre de la loi^o 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 des 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, les éléments *sui generis* ne

¹⁰⁴ Article 6 de la Convention UPOV.

¹⁰⁵ Article 7 du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés, repris dans l'article 35 de l'Accord sur les ADPIC.

¹⁰⁶ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/2/9.

¹⁰⁷ Voir la loi^o 27811 du 10 août 2001 du Pérou et le décret -loi^o 118/2002 du 20 avril 2002 du Portugal.

confèrera aucune protection aux éléments constitutifs des savoirs traditionnels qui ont perdue liendufait d'un processus d'industrialisation, par exemple.¹⁰⁸ Deuxièmement, le législateur peut décider que les savoirs traditionnels ne sont pas susceptibles d'application commerciale et 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.

128. Enfin, la loi peut établir quel 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 des'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. Par ailleurs, quand le détenteur des savoirs traditionnels compte se prévaloir de droits *sui generis* conférés par la législation nationale d'un pays donné pour protéger des savoirs traditionnels répertoriés, les mêmes droits n'existent peut-être pas dans d'autres juridictions et le recensement risque d'entraîner la perte de droits potentiels (par exemple, droits sur le secret d'affaires) dans d'importantes juridictions étrangères (en l'absence d'un droit *sui generis* correspondant dans le pays en question). On trouve dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/5 un examen des questions concernant la gestion des conséquences que peut avoir sur la propriété intellectuelle le recensement des savoirs traditionnels, y compris dans des inventaires ou répertoires.

iv) Quid étient les droits ?

129. 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 création et de l'innovation d'un corps collectif, qui est la communauté¹⁰⁹. Par conséquent, en

¹⁰⁸ 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 pendant, de ce fait, leur caractère traditionnelle 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 de dessins et modèles industriels car elles sont devenues essentiellement des produits de consommation.

¹⁰⁹ 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.

se fondant sur le même raisonnement, les droits attachés aux savoirs traditionnels doivent être conférés à des communautés et non à des individus.¹¹⁰ Il est clair qu'il peut dès lors s'avérer nécessaire d'instaurer un système de définition géographique et administrative des communautés.¹¹¹ Il va de soi que l'entité collective à qui est confiée la titularité ou la responsabilité relatives aux savoirs traditionnels protégés devrait avoir le droit d'intenter des poursuites et, partant, être dotée à cette fin de la "personnalité juridique": c'est là une question qui a également une portée internationale, dès lors que la protection *sui generis* des savoirs traditionnels est envisageable pour des détenteurs étrangers. Un principe analogue figure dans la Convention de Paris qui dispose à l'article 7 bis en matière de protection de "marques collectives appartenant à des collectivités dont l'existence n'est pas contraire à la loi du pays d'origine, même si ces collectivités ne possèdent pas un établissement industriel ou commercial".

130. 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 a de nombreux 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 enregistrés 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."¹¹²

131. Les savoirs traditionnels régionaux peuvent être détenus par une communauté qui s'étend au-delà des frontières nationales. Dans ce premier cas, la propriété intellectuelle ayant un caractère territorial, la communauté de vraies affaires reconnaît ses droits dans les différents pays sur les territoires desquels elle vit traditionnellement, d'où la question qui dépasse le

¹¹⁰ 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).

¹¹¹ 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 et CEALP, Costa Rica, 2002.

¹¹² L'article 85 de la loi sur la biodiversité du Costa Rica, loi n° 7.788 de 1998, contient des dispositions similaires.

cadre de la présente étude, des savoirs il a communauté aurala même identité juridique dans les deux juridictions. Les savoirs traditionnels 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 ce 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. La question des savoirs il chevauchement de droits peut créer un conflit de nature de ces droits : si la protection des savoirs traditionnels, à l'instar de la protection du droit d'auteur ou du secret d'affaires, s'étend à une utilisation fondée sur l'accès à la source originelle (par analogie avec le copié d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou à une divulgation d'information confidentielle), seule une communauté peut opposer ce droit à un tiers qui a obtenu les savoirs traditionnels au sein même de cette communauté. Il peut être plus difficile de régler la question du chevauchement avec un système se rapprochant d'une protection par brevet, si des inventions dérivées indirectes sont englobées par le même droit acquis. Il en va approximativement de même avec l'homonymie d'indications géographiques pour les vins, pour laquelle l'Accord sur les ADPIC dispose qu'un membre de l'OMC doit fixer "les conditions pratiques dans lesquelles les indications homonymes en question seront différenciées les unes des autres, compte tenu de la nécessité d'assurer un traitement équitable des producteurs concernés et de faire en sorte que les consommateurs nesoient pas induits en erreur".

132. Le fait que deux communautés détiennent sur des savoirs traditionnels des droits se chevauchants soulève, en l'absence de solutions adéquates (telles que les conditions pratiques de différenciation citées plus haut), la question de la coopération ou de la concurrence entre ces deux communautés. La nécessité d'aborder les questions de concurrence et de notation antitrust à cet égard est examinée au paragraphe 63 du document WIPO/GRTKF/IC/4/8 et le comité a débattu plus en détail, à la quatrième session, de l'attention qu'il conviendrait d'y donner (voir paragraphe 141 du document WIPO/GRTKF/IC/4/15). Concrètement, ils agissent des savoirs il faut anticiper ce type de problèmes en élargissant la législation applicable, en créant des exceptions à cette législation si nécessaire, ou en tenant compte de la concurrence entre communautés.

133. Une autre solution à l'octroi de droits aux communautés serait de faire de l'État le gardien des intérêts et des droits des détenteurs des savoirs traditionnels. À cet égard, l'article 15.4 a) de la Convention de Berne fournit *mutatis mutandis* un précédent droit international en disposant que "pour les œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue... il est réservé à la législation de ce pays la faculté de désigner l'autorité compétente représentante de cet auteur et fondée à sauvegarder et à faire valoir les droits de celui-ci dans les pays de l'union".

v) Quels sont les droits ?

134. Les divers éléments étroitement enchevêtrés des savoirs traditionnels relèvent de domaines artistique, culturel, technique, commerciale et industriel. Les droits attachés à ces éléments doivent donc être adaptés aux besoins afin de protéger les intérêts légitimes des détenteurs des 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 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 a titre de la propriété intellectuelle devradon 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 cause¹¹³.

135. 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* futurset 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.

136. 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, tout effort visant à permettre le partage des avantages prévus par la Convention sur la diversité biologique sera nécessairement voué à l'échec.

137. Le fait que les droits attachés aux savoirs traditionnels soient essentiellement des droits collectifs n'empêche pas en cause leur caractère privé à moins qu'il n'ait été décidé, par voie législative, de désigner l'État comme gardien des droits de la communauté. Les droits de propriété privés 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 non destinée à des fins scientifiques ou strictement privées, ou encore les licences obligatoires pour des motifs d'intérêt public, notamment en cas d'urgence de santé publique.¹¹⁴

¹¹³ 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 population¹¹³ 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;
 ii) de céder, transférer ou concéder sous licence les droits sur ces savoirs, y compris par voie successorale.
 [...]”

¹¹⁴ L'alinéa 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

[Suite de la note page suivante]

138. Ainsiqu'ilestditplushaut,lesélémentsmentionnésprécédemmentfontréférenceàlaprotection,autitredelapropriétéintellectuelle,ducontenudesinventairesdedonnéesurlessavoirstraditionnels.Cesélémentssedistinguentdesdispositionsdel'article 2.5)delaconventiondeBerne¹¹⁵,del'article 10.2)de l'Accordsurles ADPIC¹¹⁶etl'article 5duTraitédel'OMPIsurlerightd'auteur(1996)¹¹⁷,parlefaitquelaprotectionnevisepas seulementlechoixcréatifouoriginalouladispositionducontenu,maisaussilecontenu lui-même.IlsedistinguentenoutredesdispositionsduchapitreIIIde ladirective96/9/CE duParlementeuropéen etdu Conseil, du 11 mars 1996, concernant laprotectionjuridiquedes basesdedonnéesdanslamesureoùilestrecommandéquelesdroitssoientconférésaux détenteursdesavoirstraditionnels,nonauxfabricantsdesbasesdedonnées;laprotection accordéedoitéviterlareproductionoul'utilisationducontenudebasesdedonnéesetpas seulementéviter son extraction ou sa "réutilisation", c'est-à-diresamis àdispositiondu public;etenfin,lesdroitspermettraientd'éviter touteformedereproductionoul'utilisation non autorisée d'un contenu quelconquedelabasededonnéesetpasseulementdesdonnées dontl'obtention,lavérificationoulaprésentationanécésité"uninvestissementsubstantiel dupointdevuequalitatifouquantitatif"¹¹⁸.Ilexisteenfaitunedifférenceessentielleentre lesbasesdedonnéesurlessavoirstraditionnellesetlesbasesdedonnéesfactuelles(queviseladirectivedelaCommunautéeuropéenne) :lespremièrescontiennentdeséléments originauxqueneprotègentpasnécessairementlesrégimesclassiquesdepropriété intellectuelle.Lessecondescontiennentdesfaits,quinesontpascensésconstituerdes créationsintellectuelleset,exceptélemaintiendusecret,n'ontpasfaitl'objetd'une protectionparlapropriétéintellectuelle.

139. Ainsiqu'ilestditplushaut,onpourraitégalementcréerunsystème *suigeneris* dotéde caractéristiquesspécifiquesappliquantàcertainsobjetsdesavoirstraditionnels,telsqueles objetsartisansaux.Lesproduitsdel'artisanatd'unecommunautédonnéeépondentàdes critères techniquesetartistiquesquiontévoluédegénérationengénération,commelechoix particulierdesmatières premières,desméthodesdefabrication,descouleurs,desmotifs décoratifs,etc.Cesélémentsstandardspourrontfairel'objetd'unenregistrementgénéral(ou

[Suite delanotedelapageprécédente]

¹¹⁵ "utilisationantérieure"s'appliqueaux"petitsartisansnonautochtones"immatriculésauprèsdu Bureau général del'artisanat nationalejourdel'entréeenvigueurdelaloi(Article 24). Auxtermesdel'article 2.5)delaconventiondeBernepourlaprotectiondesœuvreslittéraires etartistiques(1971) : "lesrecueilsd'œuvreslittérairesouartistiques tels que les encyclopédies etanthologiesqui,parlechoixouladispositiondesmatières, constituent des créations intellectuelles sont protégés comme telles, sans préjudice des droits des auteurs sur chacune des œuvres qui font partie de ces recueils".

¹¹⁶ Auxtermesdel'article 10.2)del'accordsurlesADPIC : "Lescompilationsdedonnéesoud'autreséléments,qu'ellesoientreproduites 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, quines'étendrapasauxdonnéesouéléments eux-mêmes, sera sans préjudice de tout droit d'auteur subsistant pour les données ou éléments eux-mêmes."

¹¹⁷ Auxtermesdel'article 5du traité del'OMPIsurlerightd'auteur(1996) : "lescompilationsdedonnéesoud'autreséléments, 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 nes'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".

¹¹⁸ Voirl'article 7de ladirective96/9/EC, journal officiel L077, 27/03/1996.

d'une description dans la base de données), ce qui confère des droits exclusifs sur le style d'un certain ligné 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 les 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 dénaturee 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/5/3.

vi) Comment les droits sont-ils acquis ?

140. 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.¹¹⁹ 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 – obstacles surmontés par le recensement ou la description de cette information et sa mise à disposition du public présumée, comme pour les brevets et les marques.

141. 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 -loin° 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 une Indel (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

¹¹⁹ Voir l'article 82 de la loi sur la biodiversité du Costa Rica n° 7788 de 1998.

de brevet fondé sur des savoirs traditionnels).¹²⁰ La procédure d'enregistrement des savoirs traditionnels médicinaux en vertu de la loi thaïlandaise, qui a également prévu un examen technique, s'est inspiré 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).

142. 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 un nouveau produit commercial, les savoirs traditionnels qui ont déjà fait l'objet d'une exploitation commerciale sont donc tombés dans le domaine public et 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.

143. La loi peut prévoir l'obligation de divulguer tous les éléments des 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.

144. 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 sera alors nécessaire dans le seul but d'appuyer une revendication de titularité; elle ne sera pas en elle-même constitutive de droits. La différence entre un enregistrement déclaratoire et un enregistrement constitutif de droits est que, dans certains

¹²⁰ 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 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 permettrait de réduire les frais de transaction car il éviterait 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 est conférée aux savoirs traditionnels au titre de la propriété intellectuelle, elle 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.

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).

vii) Comment administrer et faire respecter les droits ?

145. 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 des savoirs traditionnels figurant dans des inventaires sans qu'il 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*¹²¹. En outre, les détenteurs des 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.¹²²

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

146. On peut aborder ce dernier point de deux manières. La première, qui est généralement celle que préfèrent les législations nationales qui sont intéressées jusqu'à présent à la protection des savoirs traditionnels, consiste à conférer une protection pour une période indéterminée.¹²³ Cette façon de procéder tient compte d'un caractère intergénérationnel et progressif des savoirs traditionnels et reconnaît le fait que leur application commerciale, une fois la protection assurée, peut perdurer très longtemps.¹²⁴ 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 des savoirs traditionnels susceptibles d'application

¹²¹ Voir l'article 21 de la loi n° 20 du Panama.

¹²² 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).

¹²³ Voir l'article 7 de la loi du Panama et l'article 12 de la loi du Pérou.

¹²⁴ 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.

commerciale ou industrielle et qui pourraient être isolés de l'ensemble du contenu de la base de données sans porter atteinte à leur intégrité.¹²⁵ En fait, les savoirs traditionnels évoluant, certains de leurs éléments constitutifs tombent nécessairement en désuétude.

VIII. CONCLUSION

147. Le présent document vise à s'inspirer des nombreuses expériences acquises en matière de protection des savoirs traditionnels dont a été saisie le comité pour recenser et clarifier les enjeux et les objectifs généraux à prendre en considération au moment d'envisager les différentes options qui se présentent pour protéger les savoirs traditionnels. Pour les responsables chargés de la protection de ces savoirs, la série de questions ci-dessous - après peut contribuer à éclairer les options générales :

- la question fondamentale des savoirs si la protection requise constitue simplement une forme de protection par la propriété intellectuelle;
- si l'objectif est une protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle essentiellement positive, de type défensif, ou un système associant les deux;
- quelles sont les options possibles en vertu des systèmes classiques ou généraux de propriété intellectuelle et quelles sont celles qui existent pour des éléments adaptés, étendus ou *sui generis* des droits de propriété intellectuelle existants en vue de protéger l'objet des savoirs traditionnels;
- la question des savoirs si d'autres droits de propriété intellectuelle s'appliquent aux expressions, signes et symboles distinctifs et aux autres intérêts (tels que la suppression de la concurrence déloyale) en vue de conférer une protection aux intérêts des détenteurs des savoirs traditionnels;
- s'il existe une association d'objets non protégés des savoirs traditionnels, d'objectifs publics généraux et de besoins et attentes des communautés qui suscitent un intérêt pour les systèmes *sui generis* de protection;
- quelle définition des savoirs traditionnels faut-il appliquer à la protection *stricto sensu* du contenu ou du fond des savoirs traditionnels;
- quels sont les mécanismes des autres systèmes nationaux et quels enseignements peuvent être tirés de l'expérience pratique dans ce domaine;
- quel cadre politique et quelles options précises les gouvernements nationaux devraient-ils appliquer à la protection *sui generis* des savoirs traditionnels s'ils ont opté pour ce système; et
- comment les différents systèmes nationaux assurent-ils leurs échanges par le biais de dispositions juridiques bilatérales, régionales ou internationales.

148. Afin de faire avancer le débat, d'accroître l'utilité des documents directifs établis pour le comité et de développer le potentiel des décideurs et des représentants communautaires, il est suggéré que le Secrétariat adresse à l'intention du comité un "menu" annoté d'options relatives à la protection de l'objet des savoirs traditionnels, notamment à l'adaptation et à l'extension des droits de propriété intellectuelle existants, ainsi que d'options générales pour chaque élément de protection *sui generis* des savoirs traditionnels, assorti d'une analyse des

¹²⁵ Voir la loi du Portugal, qui prévoit une protection d'une durée de 50 ans, prorogable pour une durée identique (article 3.6)). Aux termes de la loi italienne, la durée de la protection des savoirs traditionnels médicaux et la durée de la vie du titulaire des droits plus 50 ans à compter de son décès (article 33).

avantages et des inconvénients potentiels de chaque option et d'un examen des possibilités d'interaction entre systèmes nationaux de protection des savoirs traditionnels. Cet exercice utiliserait l'abondante documentation mise à la disposition du comité en matière de protection des savoirs traditionnels, en la transposant dans un contexte pratique à l'intention des décideurs et des représentants communautaires. Il constituerait également la base d'une coopération internationale sur les problèmes de fond. L'élaboration d'un menu annoté des options générales indiquerait clairement quels sont les choix à opérer au moment d'envisager une protection nouvelle ou améliorée des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle.

149. Le comité intergouvernemental est invité à examiner le contenu du présent document et de décider en conséquence de l'orientation future des travaux relatifs à la protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle, notamment la possibilité d'établir un menu annoté des options générales qui fournit des renseignements sur la protection des savoirs traditionnels dans un contexte pratique d'élaboration des politiques.

[Findudocument]