

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/6/4

ORIGINAL : anglais

DATE : 12 décembre 2003

F

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

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

Sixième session
Genève, 15 – 19 mars 2004

SAVOIRS TRADITIONNELS : OPTIONS JURIDIQUES
ET DE POLITIQUE GENERALE EN MATIERE DE PROTECTION

Document établi par le Secrétariat

TABLE DES MATIERES

RESUME	3
SYSTEME STRUCTURE DE PROTECTION	4
LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS DANS UN CONTEXTE GLOBAL	5
DOCUMENTS CONNEXES.....	6
I. INTRODUCTION : DEVELOPPER LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS	6
II. PRINCIPES ET OBJECTIFS DE LA PROTECTION.....	11
III. PRINCIPES JURIDIQUES ET MOYENS D’ACTION EN MATIERE DE PROTECTION	19
1 RECONNAISSANCE DE DROITS EXCLUSIFS SUR LES SAVOIRS TRADITIONNELS	22
<i>Application des droits de propriété intellectuelle classiques</i>	22
<i>Application de droits sui generis exclusifs</i>	25
2 LES SAVOIRS TRADITIONNELS ET LE CONSENTEMENT PREALABLE ECLAIRE.....	26
3 REGIMES DE RESPONSABILITE COMPENSATOIRES.....	27
4 REPRESSION DE LA CONCURRENCE DELOYALE.....	27
<i>Lois et protocoles coutumiers</i>	28
IV. ÉLÉMENTS PRECIS DE PROTECTION DANS LES LEGISLATIONS NATIONALES	30
1 OBJECTIFS GENERAUX	31
2 PORTEE DE L’OBJET PROTEGE	33
<i>Terminologie</i>	33
<i>Définition des critères ou des grands axes de la protection</i>	34
<i>Portée sélective</i>	35
3 ACQUISITION DES DROITS : CONDITIONS DE FORME	36
4 CRITERES MATERIELS DE PROTECTION.....	37
5 NATURE DES DROITS SUR LES SAVOIRS TRADITIONNELS	39
6 ÉTENDUE DES DROITS ET EXCEPTIONS	39
7 TITULAIRES, PROPRIETAIRES, DEPOSITAIRES OU BENEFICIAIRES DES DROITS	41
8 EXPIRATION ET PERTE DES DROITS.....	44
9 SANCTIONS ET MESURES D’APPLICATION.....	45
10 PROTECTION DEFENSIVE	45
11 LIEN AVEC LES REGIMES D’ACCES ET DE PARTAGE DES AVANTAGES	45
V. CONCLUSIONS	48

RESUME

1. Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé “comité”) a étudié des questions d’ordre général relatives à la protection des savoirs traditionnels. Il a examiné la vaste expérience des pays membres de l’OMPI en matière de protection des savoirs traditionnels par le système classique de la propriété intellectuelle et par des mesures *sui generis* s’inscrivant ou non dans le cadre général du droit de la propriété intellectuelle. À sa cinquième session, le comité a pris note d’une étude mixte relative à la protection des savoirs traditionnels et en a reporté l’examen à une date ultérieure¹. Le comité a aussi réuni un Groupe de travail informel sur les expériences nationales et régionales concernant les mesures et les lois *sui generis* existantes pour la protection des savoirs traditionnels (ci-après dénommé “groupe de travail sur les savoirs traditionnels”), qui a fourni des informations utiles pour définir l’orientation des travaux futurs dans le domaine de la protection juridique des savoirs traditionnels². Afin de faciliter ces travaux, le présent document résume succinctement les options juridiques et les lignes d’action possibles en matière de protection des savoirs traditionnels, synthétisant les documents antérieurs sur les lois et les mesures de protection des savoirs traditionnels et résumant les débats antérieurs sur la politique à mener. Il présente de façon ordonnée les options qui peuvent être prises en considération pour la mise en place de la protection dans le cadre des législations nationales et qui peuvent donc faciliter les travaux futurs du comité dans le domaine de la protection des savoirs traditionnels, y compris au niveau international. Ce document est divisé en deux parties :

- objectifs, principes généraux et principes juridiques communs à de nombreux systèmes nationaux et régionaux et pouvant constituer le fondement d’une perspective internationale commune; et
- dispositions détaillées pour la mise en œuvre des principes et des objectifs généraux dans le cadre des systèmes juridiques nationaux, reflétant la diversité foncière des systèmes nationaux et la nécessité de partager les connaissances en ce qui concerne les coûts et les avantages des mécanismes particuliers de protection des savoirs traditionnels.

2. Le comité a étudié l’abondante documentation fournie et l’analyse de la vaste expérience des États membres de l’OMPI en matière de protection juridique des savoirs traditionnels. La protection des savoirs traditionnels par les droits de propriété intellectuelle classiques³ et par les mesures *sui generis* existantes, y compris les éléments *sui generis* des systèmes de propriété intellectuelle traditionnels et de lois *sui generis* indépendantes, ont notamment fait l’objet d’études et analyses. La question s’est posée de savoir lequel, du système traditionnel de la propriété intellectuelle ou d’un système *sui generis*, offre la protection la plus adéquate et la plus appropriée pour les savoirs traditionnels. Cependant, les témoignages recueillis quant à l’expérience pratique des États membres traduisent le consensus qui se dessine dans d’autres instances, selon lequel les droits de propriété intellectuelle existants et les mesures *sui generis* ne sont pas des options incompatibles mais des mécanismes complémentaires. Par exemple, la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique (CDB) a déclaré que le moyen de protection le plus adapté aux

¹ Rapport de la cinquième session, paragraphe 110 du document WIPO/GRTKF/IC/5/15, qui renvoie aux documents WIPO/GRTKF/IC/5/8 et WIPO/GRTKF/IC/5/7.

² Voir le paragraphe 7 du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4.

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

savoirs traditionnels est fondé “sur un ensemble d’approches appropriées, ... y compris les mécanismes existants relatifs à la propriété intellectuelle, les systèmes *sui generis*, les arrangements contractuels, les registres de connaissances traditionnelles et les directives et codes de pratique”⁴.

3. Reconnaissant que l’expérience nationale en matière de protection des savoirs traditionnels va de l’application de droits de propriété intellectuelle classiques à des mécanismes *sui generis* distincts s’inscrivant ou non dans le cadre de systèmes de propriété intellectuelle (comme les régimes de contrôle de l’accès aux ressources génétiques), en passant par l’adaptation et l’élargissement des systèmes de propriété intellectuelle en vigueur, le comité a demandé l’élaboration d’un “rapport mixte” avec “une analyse plus structurée et concrète d’options précises”⁵. Cette analyse fait l’objet du document WIPO/GRTKF/IC/5/8. Le présent document permet d’analyser et d’examiner de façon approfondie les options juridiques et les lignes d’action possibles en matière de protection des savoirs traditionnels à partir d’une étude globale des différents instruments juridiques qui peuvent être combinés pour créer une protection sur mesure des savoirs traditionnels.

Système structuré de protection

4. Dans le cadre de l’“analyse plus structurée et concrète d’options précises”, le présent document présente ces options sur deux plans :

a) *Options sur le plan des principes fondamentaux et des objectifs généraux.* Un ensemble de principes et d’objectifs communs permettrait d’orienter le processus d’élaboration d’une liste détaillée d’options et d’en assurer l’unité, en offrant un cadre général uniforme de protection des savoirs traditionnels. La section II est consacrée aux principes et objectifs qui ont déjà été définis par les membres du comité dans leurs déclarations et communications ainsi que dans les informations qu’ils ont fournies lors de sessions antérieures du comité. Cette section prend aussi en considération les principes de protection des savoirs traditionnels, consacrés par les législations nationales et régionales et par les instruments internationaux, qui ont été communiqués au comité. À partir de la liste figurant dans la section II, le comité est invité à définir et à adopter les principes et objectifs essentiels en matière de protection des savoirs traditionnels, compte tenu de l’indéniable communauté d’intérêts qui ressort déjà des interventions et autres contributions aux travaux du comité sur des points fondamentaux. Il devrait alors être possible de préciser les principes juridiques qui permettraient d’atteindre le plus efficacement possible les objectifs convenus. La section III expose quatre principes juridiques qui ont été appliqués et invoqués par les États membres dans le cadre de l’élaboration et de la mise en œuvre de leurs mesures de protection des savoirs traditionnels. Les sections II et III offrent ainsi une analyse structurée des objectifs généraux de la protection et des principes juridiques pouvant être mis en œuvre pour atteindre les objectifs convenus. Si le comité choisit cette ligne d’action, l’élaboration des principes et objectifs essentiels et l’évaluation des principes juridiques applicables pourraient servir de point de départ pour aboutir à des résultats concrets reflétant un consensus international sur l’importance de la protection des savoirs traditionnels et les moyens de la mettre en œuvre, et pourraient par conséquent permettre d’orienter les travaux futurs sur la dimension internationale de la protection des savoirs traditionnels.

⁴ Paragraphe 33 de la décision VI/10A de la Conférence des Parties à la CDB.

⁵ Voir le paragraphe 163.1) du document WIPO/GRTKF/IC/4/15. Ce rapport fait l’objet du document WIPO/GRTKF/IC/5/8.

b) *Options sur le plan des dispositions juridiques détaillées.* Le document passe ensuite en revue les options relatives aux dispositions juridiques détaillées qui permettraient d'atteindre les objectifs généraux convenus en intégrant les principes fondamentaux et en concrétisant les principes juridiques retenus. Cela suppose la définition d'éléments tels que les titulaires des droits, les conditions de protection, la nature des droits détenus et la façon dont les droits sont administrés et exercés. Les choix faits au niveau national sont déjà variés, même dans le cadre d'une protection *sui generis* spécifique des savoirs traditionnels, ce qui n'est pas surprenant compte tenu des différences inhérentes aux besoins, aux grandes orientations et à la tradition juridique des divers pays. Des choix différents ont par exemple été faits en ce qui concerne la nature des droits, l'exclusivité et le droit à rémunération et à réparation non financière. Le présent document énonce les principaux éléments des systèmes de protection des savoirs traditionnels de façon à contribuer aux travaux du comité en analysant les choix déterminants opérés lors de la mise au point de cette protection. Ces éléments ont déjà été définis dans des documents de travail antérieurs du comité⁶. Si ce dernier en convient, ils pourraient, sur la base des observations formulées par les membres du comité sur chaque point, être assortis d'un commentaire général et de l'indication des coûts et avantages correspondants en matière de protection. Les décideurs nationaux pourraient ensuite choisir et combiner ces éléments en consultation avec les parties prenantes intéressées au niveau national afin de concevoir une protection sur mesure des savoirs traditionnels sur leur territoire. Les membres du comité sont invités à examiner les éléments exposés dans la section IV et à présenter des observations en vue de leur annotation. Les paragraphes 52 à 99 du présent document correspondent à cette partie de la liste d'options.

5. Une approche générale de la protection des savoirs traditionnels suppose la prise en compte de systèmes de propriété intellectuelle existants (comprenant tout un ensemble de droits de propriété intellectuelle et la législation relative à la concurrence déloyale), de systèmes de propriété intellectuelle adaptés comprenant des éléments *sui generis*, de systèmes *sui generis* nouveaux et indépendants, et de solutions sans rapport avec la propriété intellectuelle, telles que celles qu'offrent les pratiques commerciales et les lois sur l'étiquetage, les principes de la responsabilité, les contrats, les lois et protocoles coutumiers et indigènes, la réglementation de l'accès aux ressources génétiques et les moyens de recours fondés sur des délits tels que l'enrichissement sans cause, l'atteinte au droit à la protection de la personnalité et la diffamation. Les options étudiées dans le présent document ont déjà été retenues dans certains systèmes nationaux ou régionaux ou ont été examinées lors de sessions antérieures du comité ou dans le cadre d'autres activités de l'OMPI.

La protection des savoirs traditionnels dans un contexte global

6. Il est souvent souligné que les savoirs traditionnels forment un tout indivisible et, du point de vue des communautés autochtones et traditionnelles, les savoirs traditionnels techniques ou savoirs traditionnels au sens strict (*stricto sensu*) peuvent être étroitement liés aux expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore. Certains instruments juridiques nationaux et régionaux visent à protéger à la fois les expressions du folklore ou expressions culturelles traditionnelles et les savoirs traditionnels. Cependant, conformément à la pratique du comité, le présent document traite plus particulièrement de la protection des savoirs traditionnels au sens strict. Le document WIPO/GRTKF/IC/6/3, qui porte sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, est directement complémentaire.

⁶ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/4/8 et WIPO/GRTKF/IC/5/8.

7. La protection des savoirs traditionnels quant au fond suppose la prise en considération des principes et normes consacrés au niveau international – par exemple, la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle⁷ interdit la concurrence déloyale et peut à ce titre présenter un intérêt direct pour la protection des savoirs traditionnels; elle établit aussi le principe du traitement national, qui peut s’appliquer à la protection des savoirs traditionnels par le biais des droits de propriété industrielle. Ces normes sont analysées, lorsque cela est nécessaire, dans le présent document. Cependant, le document complémentaire WIPO/GRTKF/IC/6/6 comporte une analyse plus générale de la dimension internationale de la protection des savoirs traditionnels, parallèlement à l’étude de la dimension internationale de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.

Documents connexes

8. Le présent document ne constitue qu’un aperçu, destiné à faciliter le débat général, et il s’inspire d’éléments plus détaillés et plus complets déjà soumis au comité⁸. Il devrait donc être utilisé parallèlement aux documents suivants :

- “Mécanismes pratiques concernant la protection défensive des savoirs traditionnels et des ressources génétiques dans le système de brevet” (WIPO/GRTKF/IC/5/6);
- “Étude d’ensemble de la protection des savoirs traditionnels au titre de la propriété intellectuelle” (WIPO/GRTKF/IC/5/7);
- “Étude mixte relative à la protection des savoirs traditionnels” (WIPO/GRTKF/IC/5/8);
- “Synthèse et résultats des activités du comité intergouvernemental” (WIPO/GRTKF/IC/5/12);
- “Renseignements sur les expériences nationales en matière de protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle” (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2);
- “Synthèse comparative des mesures et lois nationales *sui generis* existantes pour la protection des savoirs traditionnels” (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4).

I. INTRODUCTION : DEVELOPPER LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS

9. Le présent document présente l’“analyse structurée et concrète d’options précises”, demandée par le comité, sous la forme d’un ensemble de mesures juridiques et de politique générale. Il s’articule comme suit :

- la section I donne des informations générales et situe la méthode adoptée dans le présent document dans l’ensemble des débats sur la politique à mener dans le domaine des savoirs traditionnels;

⁷ La Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1979) (ci-après dénommée “Convention de Paris”).

⁸ Pour la cinquième session du comité, 10 membres du comité ont fait part de leurs expériences en matière de mesures *sui generis* pour la protection des savoirs traditionnels dans une analyse comparative (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4) et six membres ont présenté des exposés détaillés à un Groupe de travail sur la protection *sui generis* des savoirs traditionnels (ces contributions seront bientôt publiées sous les cotes WIPO/GRTKF/IC/5/INF/6 et WIPO/GRTKF/IC/5/INF/7).

- la section II contient une liste des principes fondamentaux qu’il est possible d’appliquer pour protéger les savoirs traditionnels, qui pourraient orienter l’application et l’association de divers moyens d’action, ainsi que l’élaboration des dispositions matérielles des régimes *sui generis* nationaux;
- la section III énonce les grands principes juridiques auxquels il a été fait appel pour définir une approche globale de la protection des savoirs traditionnels;
- la section IV précise 11 éléments primordiaux des mesures nationales de protection des savoirs traditionnels, sur la base d’une analyse comparative des mesures existantes et des débats antérieurs du comité;
- la section V est consacrée aux conclusions et aux perspectives relatives aux travaux futurs.

10. Afin de faciliter l’analyse et l’élaboration de mesures dans le cadre de cette approche mixte, le présent document compare les mesures existantes et définit les éléments communs aux systèmes en vigueur. Une meilleure connaissance des mesures *sui generis* existantes, de leurs éléments communs et des enseignements tirés de leur mise en œuvre peut contribuer à l’élaboration d’options juridiques et stratégiques en matière de protection des savoirs traditionnels qui pourraient être utiles aux décideurs et aux législateurs nationaux qui choisissent de mettre en place une protection *sui generis* de ces savoirs. Les éléments communs des mesures *sui generis* qui sont examinés dans le présent document ressortent de l’analyse comparative des mesures *sui generis* existantes élaborée par le comité à sa cinquième session (document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4). Ces éléments communs sont définis en vue de leur examen par le comité comme point de départ de l’élaboration des mesures *sui generis* qui pourraient être recommandées aux pays et aux communautés.

11. Une approche générale et globale de la protection des savoirs traditionnels tiendrait aussi compte des limites des droits de propriété exclusifs en tant qu’instrument de protection des savoirs traditionnels. Les détenteurs de savoirs traditionnels ont eux-mêmes souligné ces limites en expliquant que la protection de tous les types de savoirs traditionnels par des droits de propriété privés, même si ce sont les détenteurs des savoirs traditionnels qui en sont titulaires, peut éventuellement avoir des conséquences négatives sur les systèmes de savoirs traditionnels proprement dits. Il a été dit que les droits de propriété intellectuelle peuvent, en tant que forme de droit privé sur un objet incorporel, aller à l’encontre des caractéristiques de certains éléments de savoirs traditionnels et avoir des effets secondaires imprévus. Par exemple, les parties prenantes ont insisté sur le fait que la protection juridique des savoirs traditionnels par des droits de propriété exclusifs ne doit pas :

- restreindre la transmission coutumière des savoirs traditionnels au sein de la communauté d’origine;
- limiter la culture de partage et de conservation collective des savoirs traditionnels;
- fractionner les systèmes de savoirs traditionnels ou menacer leur caractère global;
- engendrer un conflit entre les communautés ou les détenteurs de savoirs traditionnels qui peuvent détenir des savoirs similaires ou identiques;
- déprécier les valeurs coutumières, rituelles, sacrées ou religieuses des savoirs traditionnels;
- déboucher sur des incitations défavorables aux détenteurs des savoirs traditionnels (par exemple faire passer de nouveaux produits pour des produits fondés sur la tradition, détourner les traditions dans un but commercial, etc.);
- créer des incitations à l’utilisation non durable des ressources génétiques relatives aux savoirs traditionnels;

- conduire à la désintégration des institutions coutumières et des structures sociales fondées sur les savoirs traditionnels ou créées autour des savoirs traditionnels;
- limiter abusivement l'accès aux savoirs traditionnels et aux ressources biologiques associées et leur utilisation, au point de mettre en péril leur conservation;
- augmenter les frais de transaction pour la transmission et la préservation des savoirs traditionnels;
- autoriser l'appropriation sans contrepartie d'innovations fondées sur des savoirs traditionnels par d'autres intéressés que ceux qui sont à l'origine de celles-ci;
- remplacer la conservation communautaire par la propriété individuelle des savoirs traditionnels; ni
- autoriser quiconque, en dehors des véritables détenteurs coutumiers des savoirs traditionnels, à acquérir des droits de propriété sur ces savoirs.

12. Il convient donc de veiller à concilier toute protection des savoirs traditionnels par des droits de propriété privés avec d'autres mesures permettant de prendre en considération les caractéristiques des savoirs protégés, les intérêts des parties prenantes concernées, les usages coutumiers et les systèmes de conservation. La plupart des pays qui ont mis en place une protection des savoirs traditionnels ont donc associé à une application limitée des droits de propriété privés un ensemble d'autres mesures. Par exemple, dans leurs mesures *sui generis* nationales respectives, le Brésil a combiné l'octroi de droits exclusifs avec des règles relatives à l'accès aux savoirs traditionnels associés; les États-Unis d'Amérique ont combiné une protection défensive des insignes des peuples autochtones avec la répression de la concurrence déloyale à l'égard des produits indigènes indiens; le Costa Rica et le Portugal ont associé des droits de propriété exclusifs, des règles relatives à l'accès et la législation sur la concurrence déloyale pour élaborer des mesures de protection particulières pour les savoirs traditionnels. Compte tenu des enseignements tirés de ces expériences nationales, l'approche globale ou générale associerait donc plusieurs principes juridiques et moyens d'action qui ont été définis par les États membres et se sont révélés efficaces, dans ces pays, pour la mise en place d'une forme de protection appropriée. Ainsi qu'il a été souligné dans le cadre du groupe de travail sur les savoirs traditionnels, la mise au point de solutions globales par les États membres illustre aussi le fait qu'ils reconnaissent la nécessité de concilier les préoccupations liées à l'utilisation et à la diffusion illégitimes des savoirs traditionnels et une conception appropriée du domaine public⁹.

13. Cette approche globale déboucherait sur l'existence au niveau national d'une protection des savoirs traditionnels par un ensemble de droits fondés sur l'application des droits de propriété intellectuelle existants, sur des mesures *sui generis* et sur d'autres instruments sans rapport avec la propriété intellectuelle, comme les règles relatives à l'accès et les arrangements contractuels. Cet ensemble de moyens offrirait une protection sur mesure aux savoirs traditionnels.

14. La présentation de cet ensemble de moyens en tant qu'"analyse plus structurée et concrète d'options précises", ainsi que l'a demandé le comité à sa quatrième session, pourrait prendre la forme d'une liste annotée de mesures juridiques et stratégiques possibles. Cette liste ferait état de l'application de droits de propriété intellectuelle existants et des grandes options envisageables pour chaque élément des mesures *sui generis*, avec une analyse des avantages et des inconvénients potentiels de chaque option et un examen des possibilités

⁹ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/6/INF/4.

d'interaction entre les systèmes nationaux de protection des savoirs traditionnels. D'après cette liste annotée, les pays pourraient choisir les mesures correspondant à leurs propres besoins nationaux, à leurs savoirs traditionnels et aux intérêts de leurs parties prenantes. En ce qui concerne le présent document, l'expression "mesures de protection des savoirs traditionnels" ou simplement "mesures *sui generis*" renvoie à toutes les mesures législatives et autres qui sont spécialement mises en œuvre pour améliorer la protection juridique des savoirs traditionnels. Parmi ces mesures figurent les suivantes :

i) mesures en faveur d'une meilleure application des droits de propriété intellectuelle existants pour protéger les savoirs traditionnels : par exemple, la création de la base de données de l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique sur les insignes officiels des tribus amérindiennes, qui répertorie les insignes officiels des tribus amérindiennes aux États-Unis d'Amérique afin d'améliorer l'examen des demandes d'enregistrement de marques et de faciliter les décisions quant à la possibilité d'enregistrement des marques¹⁰;

ii) mesures d'adaptation des droits existants pour couvrir spécialement les savoirs traditionnels : par exemple, des modifications de la législation nationale sur la propriété intellectuelle, comme la loi modificative de 2002 sur les brevets de l'Inde qui exclut de la protection par brevet les inventions qui correspondent à des savoirs traditionnels ou qui reprennent ou associent plusieurs propriétés connues d'éléments traditionnellement connus¹¹;

iii) mesures de création de nouveaux droits ou d'association de droits existants avec des éléments sans rapport avec la propriété intellectuelle dans le cadre de régimes *sui generis* : par exemple, la mesure provisoire n° 2186-16 du Brésil combine la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle exclusifs avec d'autres éléments juridiques, comme les règles relatives à l'accès aux savoirs traditionnels¹².

15. Une liste réellement exhaustive des mesures de politique générale en matière de protection des savoirs traditionnels comprendrait donc un éventail des mesures de protection des savoirs traditionnels et permettrait aux décideurs nationaux de déterminer les mesures les plus adaptées à leur contexte national. Qui plus est, compte tenu des processus d'élaboration des politiques en cours et du débat sur les formes appropriées de protection des savoirs traditionnels, cette évaluation des options permettrait de disposer d'un cadre d'action mieux défini pour déterminer s'il est important pour les décideurs et les législateurs de savoir :

- s'il convient de créer ou de reconnaître des droits de propriété incorporels propres aux savoirs traditionnels *proprement dits*, comme c'est le cas pour les droits de brevet ou le droit d'auteur, et de quelle façon, ou
- si d'autres formes de protection seraient plus appropriées, telles que différentes formules associant le principe du consentement préalable éclairé dans le cadre d'un régime d'accès, le droit à rémunération ou à compensation équitable, le droit d'intenter des poursuites contre l'utilisation abusive des savoirs traditionnels

¹⁰ La base de données peut être consultée sur le site Web de l'Office des brevets et des marques, dans le cadre du système de recherche électronique sur les marques accessible au niveau international, intitulé *Trademark Electronic Search System* (TESS). Voir le site à l'adresse : www.uspto.gov/main/trademarks.htm.

¹¹ Voir l'article 4.e) de la loi modificative de 2002 sur les brevets.

¹² Voir l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4.

susceptible d'entraîner une confusion ou d'induire en erreur ou constituant un acte délictueux, ou le droit de contester les droits de propriété intellectuelle que des tiers revendiquent sur des savoirs traditionnels.

16. Pour plus de concision, le présent document porte principalement sur les éléments suivants :

i) Le sujet principal est la protection des savoirs traditionnels, en particulier au moyen de mécanismes *sui generis* ou spécialement conçus, qui sont intégrés aux systèmes juridiques *nationaux* et permettent de mettre en œuvre, le cas échéant, des normes et des principes internationaux. La dimension internationale de la protection est traitée de façon détaillée dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/6.

ii) Les options juridiques et de politique générale énoncées dans le présent document portent uniquement sur les savoirs traditionnels *stricto sensu*, c'est-à-dire le contenu ou la substance de savoir-faire, compétences, pratiques et apprentissages de nature traditionnelle, plutôt que leur forme d'expression. Certaines mesures *sui generis* visées dans le document peuvent aussi se rapporter à des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore connexes, mais cette question est traitée dans le document correspondant WIPO/GRTKF/IC/6/3 et le présent document porte principalement sur les savoirs traditionnels en tant que tels.

iii) L'analyse comparative des mesures *sui generis* porte essentiellement sur la législation spécifique ou la création de mécanismes d'enregistrement distincts, plutôt que sur les mesures *sui generis* accessoires qui existent dans de nombreux systèmes juridiques et administratifs¹³.

iv) La protection défensive des savoirs traditionnels n'est abordée que succinctement, car les documents WIPO/GRTKF/IC/5/6 et WIPO/GRTKF/IC/6/8 traitent ces questions de façon plus approfondie. Quoi qu'il en soit, la protection positive et la protection défensive peuvent représenter les deux faces d'une même médaille et sont souvent associées en pratique. Par conséquent, plusieurs lois *sui generis* existantes en matière de protection des savoirs traditionnels, qui sont citées dans le présent document, favorisent la réalisation d'objectifs positifs et défensifs.

v) Le document porte sur la protection positive des savoirs traditionnels par une meilleure application des droits de propriété intellectuelle existants, par l'adaptation de ceux-ci, par la création de nouveaux droits *sui generis* de propriété intellectuelle et par l'association de moyens juridiques propres à des domaines d'action connexes et d'éléments de propriété intellectuelle dans le cadre de mesures *sui generis*. Certains aspects des savoirs traditionnels ont été largement protégés par les droits de propriété intellectuelle classiques et cette question a fait l'objet d'études approfondies dans les documents antérieurs du comité¹⁴. Le présent document étudie les options juridiques et lignes d'action retenues dans les mesures *sui generis* existantes, afin de permettre de déterminer la nécessité et l'orientation des mesures

¹³ Par exemple, des mesures spécifiques concernant la brevetabilité des savoirs traditionnels en tant que tels, qu'il s'agisse de dispositions législatives spécifiques (par exemple, excluant "une invention qui, en fait, correspond à un savoir traditionnel ou qui reprend ou associe plusieurs propriétés connues d'un ou de plusieurs éléments traditionnellement connus", voir la note 11 ci-dessus) ou simplement d'actes administratifs et de décisions judiciaires en rapport avec cette question.

¹⁴ Les principaux documents du comité contenant une étude et une analyse exhaustives de cette question sont les documents WIPO/GRTKF/IC/3/5, WIPO/GRTKF/IC/4/7 et WIPO/GRTKF/IC/5/7.

propres à la protection des savoirs traditionnels, lorsque les décideurs optent pour l'élaboration de nouvelles mesures. L'intention n'est pas de suggérer que les instruments de propriété intellectuelle et les options existantes ne protègent pas efficacement les savoirs traditionnels, ni que l'importante expérience acquise dans l'application concrète des mécanismes de propriété intellectuelle actuels ne devrait pas être plus largement exploitée, car il s'agit d'une source précieuse d'avantages pour les détenteurs des savoirs traditionnels. En bref, cette forme de protection efficace comprend notamment les brevets obtenus par les détenteurs des savoirs traditionnels pour des innovations dans le domaine de la médecine traditionnelle, les indications géographiques et les marques de certification pour des produits fondés sur des savoirs traditionnels, la protection, au titre des dessins et modèles industriels, de dessins et modèles originaux dans le cadre d'un patrimoine constitué de savoirs traditionnels, et l'application des lois relatives à la concurrence déloyale ou de lois similaires pour protéger l'authenticité et la réelle qualité indigène des produits fondés sur des savoirs traditionnels.

II. PRINCIPES ET OBJECTIFS DE LA PROTECTION

17. Les lois en vigueur en matière de protection des savoirs traditionnels et les débats généraux sur cette question ont fait apparaître et permis de mettre en œuvre un certain nombre de principes et d'objectifs généraux. Dans le cadre des débats du comité, des principes et des objectifs en rapport avec la propriété intellectuelle ont pris forme en deux ans dans des réponses à des questionnaires¹⁵, des déclarations générales¹⁶, des informations soumises au groupe de travail¹⁷, des documents présentés¹⁸, des lois nationales communiquées¹⁹ et des témoignages se rapportant à des expériences concrètes. La présente section énumère quelques principes essentiels en matière de protection des savoirs traditionnels qui ressortent de ces éléments d'information. Les objectifs généraux qui découlent de ces mêmes éléments sont énumérés dans la section IV.1 et répartis en cinq grandes catégories (paragraphe 52 à 55). Ces listes offrent une synthèse des principes et des objectifs communs aux systèmes actuels de protection des savoirs traditionnels.

18. Le comité jugera peut-être utile de formuler des principes et des objectifs fondamentaux en matière de protection des savoirs traditionnels, en se fondant sur les principes et objectifs recensés dans les sections II et IV.1 du présent document. S'il le décide, les principes et objectifs arrêtés par les membres du comité pourraient servir de point de départ pour l'élaboration d'une liste annotée de mesures juridiques et de politique générale. Comme l'indique le document WIPO/GRTKF/IC/6/6, consacré à la dimension internationale de la protection des savoirs traditionnels, "un élément commun à chacun des processus de création de normes ... concerne la définition de certains principes fondamentaux applicables à l'utilisation du système de la propriété intellectuelle pour protéger les savoirs traditionnels".

¹⁵ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/Q.1, WIPO/GRTKF/IC/Q.3 et WIPO/GRTKF/IC/Q.4.

¹⁶ Voir les documents OMPI/GRTKF/IC/1/13, OMPI/GRTKF/IC/2/16, WIPO/GRTKF/IC/3/17, WIPO/GRTKF/IC/4/15 et WIPO/GRTKF/IC/5/15.

¹⁷ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4.

¹⁸ Voir, par exemple, les documents OMPI/GRTKF/IC/1/8, OMPI/GRTKF/IC/1/10 et WIPO/GRTKF/IC/4/14.

¹⁹ Voir <http://www.wipo.int/tk/en/laws/index.html>.

19. *Approche générale et globale de la protection des savoirs traditionnels*, consistant à associer des mécanismes de propriété intellectuelle actuels, la répression de la concurrence déloyale, la reconnaissance de droits *sui generis* exclusifs ou l'application du principe du consentement préalable éclairé en rapport avec les régimes d'accès : une protection adaptée aux savoirs traditionnels devrait être fondée sur un ensemble de systèmes, y compris tout ou partie de ces moyens juridiques. Cela permettrait de disposer de la souplesse nécessaire pour adapter la protection des savoirs traditionnels aux besoins des détenteurs de ces savoirs, aux usages coutumiers, aux systèmes de conservation et à l'environnement juridique de chaque pays ou communauté. Il convient de noter que le principe fondamental d'une "approche globale" s'applique aussi aux domaines traditionnels du droit et de la pratique en matière de propriété intellectuelle. Par exemple, les lois relatives au droit d'auteur, aux dessins et modèles industriels et à la concurrence déloyale (comme celles qui interdisent la substitution de produits ou l'imitation servile) peuvent constituer un mode global de protection des aspects distinctifs – ornementaux ou visuels – des produits, avec une combinaison de mesures juridiques variable d'un pays à l'autre. Pour la plupart des mesures nationales de protection des savoirs traditionnels décrites lors de la cinquième session du comité, une approche globale, fondée sur différents moyens juridiques, a été appliquée et recommandée par de nombreux pays lors de sessions antérieures du comité²⁰. Une approche globale a aussi été recommandée dans les communications techniques des organisations régionales²¹ et par les instances multilatérales qui se penchent sur la question de la protection des savoirs traditionnels²².

20. *La répression de la concurrence déloyale, y compris l'appropriation et l'utilisation illicites de caractéristiques traditionnelles distinctives* : cela pourrait supposer l'interdiction juridique de toute référence aux savoirs traditionnels dans le domaine commercial qui serait fautive, fallacieuse ou culturellement choquante, et de toute indication fautive ou fallacieuse faisant état d'un lien avec les détenteurs de savoirs traditionnels ou de tout avis favorable de leur part. À cette fin, les principes généraux de la concurrence déloyale énoncés dans la Convention de Paris²³ pourraient être appliqués de façon plus spécifique pour renforcer leur efficacité en rapport avec les savoirs traditionnels et les intérêts des détenteurs de ces savoirs. Les principes relatifs à la concurrence déloyale sont appliqués de façon variable dans les

²⁰ Voir Canada (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 142), Colombie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 222), Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240), la Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/16, page 5), Fédération de Russie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 144), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 95, et WIPO/GRTKF/IC/3/15, annexe, page 5), Nigéria (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 37), Nouvelle-Zélande (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 138), Panama (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 226, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 157), Thaïlande (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 216), Turquie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 109), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213) et Conseil Same (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 53, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 115).

²¹ Voir les conclusions de l'Atelier d'experts de l'Association sud-asiatique de coopération régionale (SAARC) sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, organisé à New Delhi (Inde) les 17 et 18 novembre 2003.

²² Voir, par exemple, le paragraphe 33 de la Décision VI/10A de la Conférence des Parties à la CDB. Voir aussi le rapport de la deuxième réunion du Groupe de travail sur l'article 8.j) et les dispositions connexes et le rapport du Groupe spécial d'experts techniques sur les technologies de restriction de l'utilisation des ressources génétiques.

²³ Voir les paragraphes 10*bis* et 10*ter* de la Convention de Paris et les Dispositions types de l'OMPI sur la protection contre la concurrence déloyale (1996).

mesures nationales du Costa Rica, des États-Unis d'Amérique, du Pérou et du Portugal, et un certain nombre de décisions judiciaires font appel à ces principes pour défendre les intérêts des détenteurs de savoirs traditionnels, par exemple en interdisant les fausses allégations d'origine "indigène" ou "authentique" pour des produits. Sur la base de ces expériences nationales, une solution possible pour instaurer une protection appropriée des savoirs traditionnels pourrait consister pour le comité à développer les principes existants en matière de concurrence déloyale et à les adapter au domaine des savoirs traditionnels. Un principe de concurrence loyale a aussi été recommandé par un certain nombre de membres du comité, de groupes régionaux et d'organisations²⁴ et a également été proposé dans d'autres instances²⁵.

21. *Principe de la reconnaissance des droits des détenteurs de savoirs traditionnels* sur leurs innovations et leur savoir-faire traditionnels : ces droits peuvent se rattacher aux droits de propriété intellectuelle classiques découlant de l'innovation et de l'activité intellectuelle incorporée dans des éléments de savoirs traditionnels. Il peut s'agir de droits *sui generis* exclusifs pouvant s'appliquer aux savoirs traditionnels, du droit de la partie lésée de demander réparation pour l'utilisation illicite des savoirs traditionnels, y compris les atteintes à la moralité ou les actes commerciaux inacceptables, du droit des titulaires de donner ou de refuser leur consentement préalable éclairé en ce qui concerne l'accès aux savoirs traditionnels ou d'un droit à rémunération ou au partage équitable des avantages. Ces droits peuvent aussi être inspirés de ceux que les lois et les protocoles coutumiers reconnaissent aux détenteurs de savoirs traditionnels au sein de leurs communautés, ou les mettre en œuvre. Ce principe est exprimé en termes généraux dans les instruments juridiques internationaux existants qui portent sur les savoirs traditionnels²⁶, et dans bon nombre des mesures nationales de protection des savoirs traditionnels décrites lors de la cinquième session du comité. Il a aussi été recommandé dans des documents de travail et par des membres du comité au cours de sessions antérieures²⁷.

22. *Principe du consentement préalable éclairé* : ce principe confirmerait qu'il ne devrait pas être possible d'accéder aux savoirs traditionnels détenus par une communauté traditionnelle, de les enregistrer, de les utiliser ou de les commercialiser sans le consentement

²⁴ Voir, par exemple, les déclarations des pays suivants : Afrique du Sud (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 116 et 129), Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240), Norvège (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 227), Panama (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 226) et Zambie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 232), et le document présenté par le GRULAC (WO/GA/26/9, annexe I, page 2, et annexe II, page 4).

²⁵ Voir, par exemple, l'étude du Secrétariat de la CDB intitulée "Mesures de protection juridique et autres formes de protection appropriées visant à sauvegarder les connaissances, les innovations et les pratiques des communautés locales et autochtones englobant les modes de vie traditionnels relatifs à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique", UNEP/CBD/WG8J/1/2 (janvier 2000), par. 37.

²⁶ Voir l'article 17.c) de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification (CDD).

²⁷ Voir par exemple les déclarations générales des pays suivants : Chine (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 95), Colombie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 222), Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 95), groupe des pays d'Asie et du Pacifique (WIPO/GRTKF/IC/4/14, annexe, page 3, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 120), Inde (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 140), Panama (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 226), Turquie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 109) et Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213).

préalable éclairé des détenteurs de ces savoirs²⁸. Ce principe général est diversement appliqué dans des décisions rendues en application de la *common law* concernant les relations fondées sur la confidentialité et la confiance²⁹; il découle aussi implicitement de dispositions d'instruments juridiques internationaux³⁰ et est mis en œuvre dans la plupart des mesures nationales de protection des savoirs traditionnels présentées à la cinquième session du comité³¹; il est en outre proposé dans plusieurs documents de travail présentés au comité par des groupes régionaux³², recommandé dans bon nombre de déclarations générales faites par des membres du comité³³ et évoqué dans un certain nombre de réponses au questionnaire OMPI/GRTKF/IC/2/5 sur la protection nationale des savoirs traditionnels³⁴. Le consentement préalable éclairé concernant les savoirs traditionnels est aussi un élément commun des lois régissant l'accès aux ressources génétiques et son application a été précisée dans les Lignes directrices de Bonn adoptées dans le cadre de la CDB.

²⁸ Voir le paragraphe 4.a) du document WIPO/GRTKF/IC/6/INF/4.

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

³⁰ Le Secrétariat de la CDB note que ce principe est "enchâssé dans l'énoncé de l'article 8.j) par lequel, conformément à la législation nationale, l'application plus étendue des connaissances, des innovations et des pratiques des communautés locales et autochtones englobant les modes de vie traditionnels relatifs à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique ne devrait s'appliquer qu'à la condition d'obtenir 'la participation et l'approbation des détenteurs desdites connaissances, innovations et pratiques'". Voir aussi la section IV. C des Lignes directrices de Bonn.

³¹ Voir par exemple la loi type africaine et les lois du Brésil, du Costa Rica, de l'Inde, de Pérou, des Philippines et du Portugal (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4, annexe 1).

³² Voir les communications du groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, page 6, propositions 3.3.c) et 3.4.d)) et du GRULAC (WO/GA/26/9, annexe I, page 2, et annexe II, page 4).

³³ Voir Brésil (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 86, WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 103, OMPI/GRTKF/IC/2/14, annexe, par. 15), Canada (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 92), Colombie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 222), Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240), la Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/16, page 5, et OMPI/GRTKF/IC/1/8, annexe III, par. 34), Cuba (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 97), Égypte (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 96 et 127, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 153), États-Unis d'Amérique (WIPO/GRTKF/IC/4/13, par. 8), groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/13, par. 154, renvoyant au document OMPI/GRTKF/IC/1/10), Kenya (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 69, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 111), Mexique (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 70, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 97), Panama (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 226), Pérou (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 96 et 127, et WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 221), Philippines (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 85), République islamique d'Iran (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 119), Turquie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 109), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 94, et WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 132), Zambie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213), Pauktuutit – Association des femmes inuit, *Canadian Indigenous Biodiversity Network* et *Kaska Dena Council* (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 75), Fondation Tebtebba (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 77), Mejlis des peuples tatars de Crimée (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 162), Mouvement indien *Tupaj Amaru* (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 80), Pauktuutit – Association de femmes inuit au nom de *Arctic Athabaskan Council*, Assemblée des premières nations, *Call of the Earth Circle*, *Canadian Indigenous Biodiversity Network*, *Indigenous Peoples' Biodiversity Network*, *Kaska Dena Council*, Pauktuutit – Association des femmes inuit et *Tulalip Tribes of Washington* (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 172),

³⁴ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/3/7, WIPO/GRTKF/IC/4/7 et WIPO/GRTKF/IC/5/7.

23. *Principe d'équité et de partage des avantages* : ce principe établirait que la protection des savoirs traditionnels doit être mise en œuvre d'une manière propice au bien-être social et économique et à un équilibre des droits et des obligations, et que l'exploitation commerciale des savoirs traditionnels doit être subordonnée au partage équitable des avantages, en tant qu'élément particulier d'un principe général d'équité³⁵. Un principe général d'équité est au cœur du droit général de la propriété intellectuelle³⁶ et il découle aussi d'instruments juridiques internationaux sans rapport avec la propriété intellectuelle³⁷. Ce principe est aussi exprimé sous une forme ou une autre dans la plupart des mesures nationales de protection des savoirs traditionnels présentées à la cinquième session du comité³⁸, dans de nombreuses déclarations de membres du comité³⁹, dans de nombreux documents de travail présentés au comité par des groupes régionaux⁴⁰, et dans un certain nombre de réponses au document OMPI/GRTKF/IC/2/5 sur la protection des savoirs traditionnels. Sur le plan pratique, l'application et les éléments fondamentaux de ce principe ont été précisés dans des instruments de droit non conventionnel tels que les Lignes directrices de Bonn⁴¹.

24. *Principe de la diversité des règles, impliquant des distinctions sectorielles* : cela reviendrait à admettre qu'une application globale des mesures de protection des savoirs traditionnels doit peut-être refléter des objectifs généraux distincts propres à des secteurs particuliers et être intégrée à différents systèmes de réglementation sectorielle au niveau national. Par exemple, diverses mesures ont été élaborées au niveau national pour réglementer la médecine traditionnelle, les pratiques traditionnelles dans le domaine agricole, les savoirs traditionnels associés à des ressources génétiques et les industries fondées sur la tradition (comme la production artisanale). Il faut peut-être concevoir spécialement et adapter la protection des savoirs traditionnels en fonction des différents besoins d'ordre général de ces domaines de réglementation et des différentes caractéristiques des savoirs traditionnels dans ces secteurs. Ces distinctions sectorielles ont été proposées par les membres du comité lorsqu'ils ont examiné les éléments de la protection *sui generis* des savoirs traditionnels⁴², et

³⁵ Voir le document présenté par le GRULAC (WO/GA/26/9, annexe I, page 3).

³⁶ Voir l'article 7 de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC.

³⁷ Voir l'article 8.j) de la CDB, l'article 17.c) de la CDD et la section IV. D des Lignes directrices de Bonn.

³⁸ Voir la loi type africaine et les lois du Brésil, du Costa Rica, de l'Inde, du Pérou, des Philippines et du Portugal.

³⁹ Voir, par exemple, Brésil (OMPI/GRTKF/IC/2/14, annexe, par. 15), Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240), la Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/16, page 6), États-Unis d'Amérique (WIPO/GRTKF/IC/4/13, par. 9), France (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 14), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 12), Panama (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 226), Pérou (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 127, et WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 221), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213) et Zambie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 156).

⁴⁰ Voir les documents présentés par la Communauté européenne et ses États membres (OMPI/GRTKF/IC/1/8, annexe III, par. 34), le groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/3/15, annexe, page 3, et OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, propositions 3.3.c) et 3.4.d)) et le GRULAC (WO/GA/26/9, annexe I, page 3, et annexe II, page 4, et OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 2).

⁴¹ Voir la section IV. D des Lignes directrices de Bonn.

⁴² Voir les déclarations des pays et organisations ci-après : groupe des pays d'Asie et du Pacifique (WIPO/GRTKF/IC/4/14, annexe, pages 4 et 8), Népal pour la SAARC (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 14), Nouvelle-Zélande (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 138), Norvège (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 133), République de Corée (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 93) et Chambre de commerce internationale (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 161).

ressortent des lois *sui generis* existantes qui portent principalement sur un secteur particulier plutôt que sur les savoirs traditionnels dans tous les secteurs. Différents cadres d'action ressortent aussi des instruments internationaux qui portent sur la promotion et la protection des savoirs traditionnels dans des secteurs particuliers, comme la protection des savoirs traditionnels relatifs à la biodiversité dans le cadre de la conservation de la diversité biologique, les dispositions relatives aux droits des agriculteurs du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et la mention de la médecine traditionnelle dans la déclaration d'Alma Ata de l'Organisation mondiale de la santé sur les soins de santé primaires (1978). Des formes classiques de protection *sui generis* de la propriété intellectuelle tendent aussi à prendre en considération des aspects particuliers du secteur visé (par exemple les droits d'obteneur et la protection des circuits intégrés). Ce principe établirait que la protection des savoirs traditionnels doit être coordonnée et harmonisée avec les objectifs généraux et les mécanismes de réglementation dans des domaines connexes, et qu'elle peut donc varier d'un secteur à l'autre.

25. *Principe d'adaptation de la forme de la protection à la nature des savoirs traditionnels* : les savoirs traditionnels, tout comme les lois et les pratiques coutumières ainsi que les communautés qui détiennent ces savoirs, sont divers par nature. Lors de l'élaboration et de l'application de principes juridiques de protection des savoirs traditionnels, que se soit par des droits de propriété exclusifs ou d'autres moyens, la forme de la protection peut être conçue ou orientée en fonction des caractéristiques particulières des savoirs traditionnels en question. Les savoirs traditionnels peuvent être divulgués ou non, attribuables ou non à une origine déterminée, détenus collectivement ou individuellement, codifiés ou non et définis ou délimités par différentes formes de lois et de protocoles coutumiers. Il existe plusieurs formes de protection adaptées, telles que la protection défensive ou positive, la protection découlant de droits exclusifs, des dispositions relatives à la concurrence déloyale ou encore de l'application du principe du consentement préalable éclairé, etc. La protection voulue peut être obtenue en adaptant, en étendant ou en combinant les différents moyens et principes juridiques énumérés dans la section III. Par exemple, des droits de propriété exclusifs ne devraient être accordés que si l'identité du titulaire des droits (une communauté ou un particulier) peut être clairement définie, tandis que le principe du consentement préalable éclairé pourrait être appliqué de façon plus large que les droits exclusifs. Enfin, les règles relatives à la répression de la concurrence déloyale et les règles de responsabilité compensatoire pourraient elles-mêmes être appliquées plus largement que le principe du consentement préalable éclairé et que les droits de propriété privés parce que ces règles ne confèrent pas le droit d'interdire les utilisations des savoirs traditionnels (à l'exception des actes de concurrence déloyale). Une notion similaire a été désignée comme la "diversité des solutions doctrinales" : "toute tentative visant à établir des lignes directrices uniformes pour la reconnaissance et la protection des savoirs des peuples autochtones comporte le risque de voir cette grande diversité se fondre dans un "modèle" unique qui ne correspondra aux valeurs, aux conceptions ou aux lois d'aucune société autochtone"⁴³.

26. *Mise en place de moyens de recours efficaces et adaptés* : la protection des savoirs traditionnels devrait comporter des mesures efficaces et rapides telles que des injonctions et des sanctions, ou des mécanismes pour le paiement de taxes d'utilisation ou autres compensations lorsqu'il n'est pas totalement interdit aux tiers d'utiliser les savoirs. Au sens large, ce principe devrait peut-être aussi porter sur des questions pratiques, comme la

⁴³ Four Directions Council, "Forests, Indigenous Peoples and Biodiversity", document présenté au Secrétariat de la CDB, 1996.

possibilité d'administrer collectivement les droits et la possibilité pour les institutions gouvernementales de jouer un rôle dans la gestion et la sanction des atteintes aux droits⁴⁴. Ce principe peut aussi s'étendre au choix du droit et des moyens appropriés pour le règlement des différends. Un expert a désigné le règlement de "tout litige sur l'acquisition et l'utilisation du patrimoine des peuples autochtones conformément aux lois coutumières des peuples autochtones concernés" par l'expression "principe de l'application de la loi du lieu considéré"⁴⁵.

27. *Principe de sauvegarde des usages coutumiers* : les usages coutumiers relatifs aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques associées devraient être encouragés et ne devraient pas être limités par la protection juridique formelle des savoirs traditionnels ni par d'autres droits de propriété intellectuelle⁴⁶. Le principe de la sauvegarde des usages coutumiers est consacré dans deux instruments internationaux⁴⁷ et, à une exception près, dans toutes les mesures nationales de protection des savoirs traditionnels qui ont été présentées au comité à sa cinquième session. Il est repris dans des instruments de droit non conventionnel qui s'appliquent aux ressources génétiques associées⁴⁸.

28. *Principe de la conformité aux régimes d'accès et de partage des avantages pour les ressources génétiques associées* : de nombreuses mesures de protection des savoirs traditionnels font directement partie de systèmes juridiques régissant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages⁴⁹; d'autres mesures sont fondées sur certaines dispositions relevant de ces régimes⁵⁰; enfin, certaines d'entre elles constituent une législation indépendante, qui doit cependant être compatible avec les lois nationales sur l'accès aux savoirs traditionnels qui étaient en vigueur avant même que les lois sur la protection des savoirs traditionnels soient promulguées, et qui porte sur les savoirs traditionnels relatifs aux ressources génétiques en tant qu'éléments intangibles de la biodiversité⁵¹. La plupart de ces lois sont destinées à mettre en œuvre des instruments internationaux qui concernent à la fois l'accès aux ressources génétiques et la protection ou la préservation des savoirs traditionnels⁵². La protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques doit donc être étroitement coordonnée avec les régimes généraux applicables aux ressources génétiques associées, en ce qui concerne notamment leur conservation, leur utilisation durable et le partage des avantages. Ce principe a été souligné

⁴⁴ Voir groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, page 7, proposition 3.4g)).

⁴⁵ M. E. A. Daes, "Defending Indigenous Peoples' Heritage", *Protecting Knowledge : Traditional Resource Rights in the New Millennium*, Union of British Columbian Indian Chiefs, février 2000.

⁴⁶ Voir, par exemple, Brésil (OMPI/GRTKF/IC/2/14, annexe, par. 15), Suisse (OMPI/GRTKF/IC/1/9, annexe, page 4), Thaïlande (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 216) et Assemblée des premières nations, Conférence circumpolaire Inuit et Conseil national métis (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 117).

⁴⁷ Voir l'article 10.c) de la CDB et l'article 8 du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

⁴⁸ Voir les articles 43.b) et 44.a) des Lignes directrices de Bonn.

⁴⁹ Voir les mesures de protection des savoirs traditionnels du Brésil, du Portugal et de l'Union africaine (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4).

⁵⁰ Voir les lois du Costa Rica et de l'Inde et le projet d'accord-cadre de l'ANASE.

⁵¹ Voir les mesures de protection des savoirs traditionnels du Pérou et des Philippines.

⁵² En particulier la CDB et le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

par les membres du comité dans leurs déclarations générales⁵³ ainsi que dans les documents qu'ils ont présentés et dans les informations qu'ils ont fournies. Outre les objectifs généraux de ces systèmes (à savoir la conservation, l'utilisation durable et le partage des avantages dans le domaine des ressources génétiques), les mesures de protection des savoirs traditionnels pourraient aussi prendre en considération des objectifs généraux relevant de domaines connexes, comme les soins de santé primaires dans le cadre de la médecine traditionnelle, la sécurité alimentaire dans l'agriculture traditionnelle, etc.

29. Les principes ci-après, qui régissent les procédures et processus de consultation, peuvent aussi être examinés par le comité en tant qu'éléments utiles au développement de la protection des savoirs traditionnels :

a) *Principe de la participation pleine et efficace des détenteurs de savoirs traditionnels* : les communautés traditionnelles devraient être directement associées à la prise de décisions sur la protection, l'utilisation et l'exploitation commerciale de leurs savoirs traditionnels, et ce, autant que possible, par l'application du processus décisionnel, des lois et des protocoles coutumiers. Les membres du comité ont plusieurs fois invoqué cette notion en tant que principe applicable aux travaux futurs⁵⁴. Du point de vue des travaux du comité, cette question est abordée dans les documents WIPO/GRTKF/IC/5/11 et WIPO/GRTKF/IC/6/9.

b) *Principe de coordination avec d'autres instances et activités pertinentes*, en particulier les activités de la CDB, de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et de l'Organisation mondiale de la santé (OMS). Il s'agit notamment des activités des groupes de travail spéciaux à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages et sur l'article 8.j) et les dispositions connexes de la CDB, de la Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO et de l'organe directeur prévu par le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture ainsi que du programme de l'OMS relatif à la médecine traditionnelle. Parmi les autres instances et activités pertinentes pourraient figurer les activités relatives aux savoirs traditionnels menées dans le cadre de la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification (CDD) et de l'OMC. Dans leurs déclarations générales à l'occasion de sessions antérieures, de nombreux membres du comité ont souligné la nécessité d'assurer une certaine coordination⁵⁵.

⁵³ Voir la Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/16, page 5), États Unis d'Amérique (WIPO/GRTKF/IC/4/13, annexe, page 3), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/3/15, annexe, page 3) et Zambie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 232).

⁵⁴ Voir les déclarations des pays et organisations ci-après : ARIPO (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 114), Brésil (OMPI/GRTKF/IC/2/14, annexe, par. 15), Colombie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 145), Communauté européenne (WIPO/GRTKF/IC/3/16, page 5), Mexique (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 97), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 147), Conseil Same (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 76), GRAIN (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 78), GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 12), *Indigenous Peoples' Biodiversity Network* (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 160), Mejlis des peuples tatars de Crimée (WIPO/GRTKF/4/15, par. 162) et Université des Nations Unies (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 103).

⁵⁵ Voir Brésil (OMPI/GRTKF/IC/2/14, annexe, par. 5), la Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/16, page 5), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/4/13, annexe, page 8, et OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, page 7, proposition 3.3g)), groupe des pays d'Asie et du Pacifique (WIPO/GRTKF/IC/4/14, annexe, page 5), GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 12), Inde (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 100), Niger

Options : principes et objectifs

30. Pour orienter les initiatives nationales en faveur de la protection des savoirs traditionnels et favoriser la coopération et le consensus au niveau international, une solution pourrait consister à définir et formuler de façon rigoureuse les principes fondamentaux et les objectifs généraux dans ce domaine. Cela permettrait de fonder les mesures et les activités nationales, régionales et internationales sur une assise commune, et contribuerait aussi à garantir la cohérence et la compatibilité d'options juridiques et stratégiques plus élaborées en matière de protection des savoirs traditionnels.

31. Alors que des principes essentiels peuvent déterminer l'orientation et assurer l'unité des objectifs généraux, il convient de recourir à des principes juridiques, des mécanismes juridiques et des moyens d'action plus diversifiés pour disposer de la souplesse nécessaire à la mise en œuvre de mesures détaillées permettant d'atteindre ces objectifs. Une fois définis les principes et les objectifs de la protection, les principes juridiques qui sont le plus adaptés au contexte national et qui permettent effectivement de mettre en œuvre les objectifs convenus pourraient être appliqués. La section suivante met en exergue plusieurs principes juridiques qui ont été utilisés pour la protection des savoirs traditionnels et qui, conjointement, peuvent offrir la souplesse nécessaire à la mise en œuvre des principes et des objectifs convenus dans différents contextes juridiques et socioéconomiques.

III. PRINCIPES JURIDIQUES ET MOYENS D'ACTION EN MATIERE DE PROTECTION

32. La diversité des systèmes actuels de protection des savoirs traditionnels, des modes d'acquisition de ces savoirs, des besoins, du patrimoine juridique et des structures sociales des détenteurs de savoirs traditionnels supposent une certaine souplesse d'action au niveau national pour assurer le respect des principes et objectifs convenus. Les mesures *sui generis* existantes sont l'expression d'objectifs et principes généraux similaires, bien que les choix spécifiques qui ont été faits pour les concrétiser dans une législation détaillée soient déjà divers et variés. Lorsque l'on élabore une liste d'options juridiques et stratégiques, on peut obtenir la souplesse recherchée en s'inspirant de façon sélective de principes juridiques généraux de manière à adapter le mode de protection aux besoins spécifiques, aux savoirs traditionnels et au système juridique d'un pays donné. Une méthode similaire est appliquée dans d'autres branches du droit de la propriété intellectuelle. Les instruments existants en matière de propriété intellectuelle permettent une certaine souplesse quant au mode de protection proposé au niveau national. Cela s'applique en particulier à certaines formes de protection *sui generis* prévues dans le cadre d'instruments internationaux, qui peuvent être mises en œuvre au moyen de lois de propriété intellectuelle élaborées dans un but précis, ou encore des lois de propriété intellectuelle en vigueur ou de lois relevant d'autres domaines du

[Suite de la note de la page précédente]

(WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 237), Suisse (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 224), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 122), Zambie (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 19), Conseil Same (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 76), FAO (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 101), INADEV (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 116) et Institut international des ressources phytogénétiques (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 104).

droit. En ce qui concerne la protection *sui generis* des schémas de configuration de circuits intégrés, le Traité de Washington sur la propriété intellectuelle en rapport avec les circuits intégrés (1978) prévoit par exemple ce qui suit (dans l'article 4) :

“Chaque Partie contractante est libre d'exécuter ses obligations en vertu du présent traité au moyen d'une législation spéciale sur les schémas de configuration (topographies), au moyen de sa législation sur le droit d'auteur, sur les brevets, sur les modèles d'utilité, sur les dessins et modèles industriels ou sur la concurrence déloyale, *au moyen de n'importe quelle autre législation ou au moyen d'une combinaison quelconque de ces législations.*” (sans italiques dans le texte)

De même, la convention sur les phonogrammes dispose (article 3) que les moyens de sa mise en œuvre “sont réservés à la législation nationale ... et ... comprendront l'un ou plusieurs des moyens suivants : la protection par l'octroi d'un droit d'auteur ou d'un autre droit spécifique”, “la législation relative à la concurrence déloyale”, ou “des sanctions pénales”.

33. Une certaine souplesse peut aussi être nécessaire au niveau du droit national pour déterminer l'identité des titulaires de droits et vérifier leur personnalité juridique ou leur droit d'agir, les bénéficiaires de la protection des savoirs traditionnels, la nature des avantages accordés et les moyens d'administrer le partage des avantages, bien que cela relève peut-être de principes généraux.

34. Conformément à des précédents notoires dans le domaine de la propriété intellectuelle, et sans préjudice de la diversité des mesures existant en matière de protection des savoirs traditionnels dans les différents systèmes nationaux, la présente section énonce quatre principes fondamentaux qui ont été utilisés comme moyens d'action pour la protection des savoirs traditionnels en droit national. Ces principes ne sont pas incompatibles mais complémentaires. Le comité n'est donc pas tenu de choisir tel ou tel d'entre eux; il peut au contraire les combiner librement compte tenu de ses besoins, priorités et objectifs. Ces principes ont été combinés de plusieurs manières par les législateurs nationaux pour offrir des modes de protection juridique adéquats et spécialement adaptés. Ainsi, une combinaison sélective de ces principes juridiques pourrait constituer un cadre de protection des savoirs traditionnels suffisamment souple. Cela favoriserait la diversification des options juridiques et stratégiques pouvant correspondre à différents systèmes juridiques nationaux et l'élaboration d'ensembles de mesures suffisamment modulables pour offrir une protection spécialement adaptée aux différents types de savoirs traditionnels. L'élaboration d'un ensemble de mesures de protection plus ou moins contraignantes peut être nécessaire car différents types de savoirs traditionnels peuvent nécessiter différentes formes de protection. Une liste annotée d'options de politique générale inspirée de diverses sources pourrait faciliter l'élaboration d'une “approche globale” en matière de protection des savoirs traditionnels, comme cela a été souligné dans les sections précédentes. Les grands principes qui ont été appliqués dans les systèmes de protection en vigueur sont les suivants :

a) *reconnaissance de droits de propriété intellectuelle exclusifs sur les savoirs traditionnels* : création de droits de propriété conférant le droit d'interdire aux tiers certaines utilisations des savoirs traditionnels protégés. Ces droits peuvent être détenus au niveau communautaire ou collectivement. Généralement, y compris dans les systèmes *sui generis* en vigueur, cela suppose la protection de certains aspects des savoirs traditionnels qui peuvent

faire l'objet d'une appropriation illicite plutôt qu'une équivalence directe concernant tous les aspects des savoirs traditionnels dans leur contexte habituel. Cette approche peut reposer sur les éléments suivants :

- i) application de droits de propriété intellectuelle existants;
- ii) formes modifiées, adaptées ou élargies de droits de propriété intellectuelle classiques;
- iii) mesures *sui generis* conférant des droits de propriété exclusifs récemment définis;

b) *application du principe du consentement préalable éclairé* : cette approche confère aux détenteurs de savoirs traditionnels le droit d'accorder ou non leur consentement préalable éclairé pour l'utilisation, la reproduction ou l'exploitation commerciale de leurs savoirs traditionnels et prévoit la conclusion d'arrangements relatifs au partage des avantages comme condition d'accès. Les mesures d'application du principe du consentement préalable éclairé aux savoirs traditionnels font souvent partie d'un régime de réglementation de l'accès aux ressources génétiques ou biologiques.

c) *approche fondée sur la responsabilité compensatoire* : systèmes prévoyant une forme quelconque de rémunération ou de compensation équitable pour les détenteurs de savoirs traditionnels en contrepartie de l'utilisation de leurs savoirs, sans créer de droits de propriété exclusifs sur les savoirs traditionnels. Cette solution a été retenue dans certains systèmes nationaux de droit d'auteur et de droits connexes comme les accords de licence obligatoire pour certaines utilisations publiques d'œuvres musicales. Un régime de responsabilité compensatoire pour la protection des savoirs traditionnels est prévu dans la loi *sui generis* du Pérou, "dans les cas où ces savoirs sont entrés dans le domaine public au cours des 20 dernières années", auquel cas une somme est affectée à un fonds commun, sur la base d'"un pourcentage du chiffre d'affaires brut avant impôt réalisé grâce à la commercialisation de produits mis au point à partir de ces savoirs collectifs"⁵⁶.

d) *approche fondée sur la concurrence déloyale* : élimination de la concurrence déloyale et des pratiques commerciales fallacieuses ou trompeuses grâce à l'application d'un ensemble de principes tels que la véracité de la publicité, la protection de la confidentialité, la lutte contre l'enrichissement sans cause et la substitution de produits.

e) *reconnaissance du droit coutumier* : pour les communautés autochtones et locales, la reconnaissance et la protection des savoirs traditionnels trouvent souvent leur origine dans les lois et protocoles coutumiers qui régissent la façon dont les savoirs sont créés, conservés et transmis au sein de la communauté, et il a été demandé que la protection des savoirs traditionnels soit davantage fondée sur le respect de ces lois coutumières. Plusieurs mesures *sui generis*, ainsi que le droit conventionnel de la propriété intellectuelle, ont tenu compte d'éléments de droit coutumier dans un cadre de protection plus large.

35. Ces différentes solutions se recoupent très largement et leurs limites sont imprécises. Cependant, elles illustrent utilement les principales options générales qui ont été retenues. La plupart des systèmes *sui generis* existants associent au moins deux de ces principes juridiques. Par exemple, certaines lois *sui generis* sur la protection des savoirs traditionnels réglementent l'accès et le partage des avantages pour une large gamme de savoirs traditionnels et prévoient

⁵⁶ Voir l'annexe II, page 15, du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2.

aussi la reconnaissance de droits exclusifs sur un ensemble plus restreint de savoirs⁵⁷. Un régime de responsabilité obligatoire ou un régime fondé sur le principe du consentement préalable éclairé (fixant le montant de la rémunération due au titre de l'utilisation des savoirs traditionnels protégés) pourrait être associé au droit d'exclure les utilisations culturellement choquantes ou dégradantes. Le droit coutumier pourrait être appliqué parallèlement à certains des autres principes pour régler les questions relatives à la propriété, au partage des avantages au sein de la communauté, à la nature et à l'importance des dommages-intérêts et autres mesures de réparation, et aux modes de règlement des litiges.

36. Les paragraphes ci-après apporteront des précisions au sujet de chacun de ces moyens d'action et les situeront dans le cadre d'une approche globale de la protection des savoirs traditionnels en faisant ressortir leurs avantages et leurs inconvénients. Au cas où le comité adopterait le principe fondamental d'une approche globale et générale, ces précisions permettraient de définir les principaux moyens d'action qu'il pourrait souhaiter utiliser pour élaborer les mesures de protection susceptibles d'être recommandées.

1 Reconnaissance de droits exclusifs sur les savoirs traditionnels

37. La reconnaissance et l'exercice de droits de propriété exclusifs sur l'objet protégé sont des éléments fondamentaux de nombreux systèmes de propriété intellectuelle et offrent une solution adaptée aux savoirs traditionnels suffisamment distincts, dont le détenteur ou le dépositaire est clairement identifié, même si cela suppose la reconnaissance de droits détenus au niveau communautaire ou collectivement. Les droits de propriété exclusifs sur des éléments de savoirs traditionnels susceptibles d'être protégés peuvent être mis en œuvre sous la forme i) de droits classiques de propriété intellectuelle; ii) de droits de propriété intellectuelle modifiés; ou iii) de nouveaux droits *sui generis* créés pour répondre aux caractéristiques des savoirs traditionnels et aux intérêts des détenteurs de ces savoirs. Il s'agit du mécanisme le plus souvent utilisé dans le cadre des grandes orientations et de la législation en matière de propriété intellectuelle, qui est commun à la plupart des modes de protection de la propriété intellectuelle, bien que d'autres mécanismes associés (droit moral, droit à une rémunération équitable ou autre compensation, droit d'agir en qualité de partie lésée contre des actes de concurrence déloyale et des délits similaires) relèvent aussi, dans une plus large perspective, du système de la propriété intellectuelle.

Application des droits de propriété intellectuelle classiques

38. Bien que les limites des lois en vigueur en matière de propriété intellectuelle aient été largement mises en évidence dans le cadre du débat sur les savoirs traditionnels, des mécanismes classiques en matière de propriété intellectuelle ont permis en pratique de protéger les savoirs traditionnels et les ressources génétiques associées. Il existe de nombreux exemples probants de recours aux droits de propriété intellectuelle existants pour protéger les savoirs traditionnels contre l'utilisation illicite, l'appropriation illicite et le parasitisme commercial, y compris par les lois sur les brevets, les marques, les indications géographiques,

⁵⁷ Voir la législation type africaine de 2000, la mesure provisoire n° 2186-16 de 2001 du Brésil, la loi n° 7788 de 1998 du Costa Rica sur la biodiversité, la loi de 2002 de l'Inde sur la diversité biologique, la loi n° 27 811 de 2002 du Pérou, la loi de 1997 des Philippines sur les droits des peuples autochtones et le décret-loi n° 118 de 2002 du Portugal.

les dessins et modèles industriels et les secrets d'affaires⁵⁸. Certaines modifications du droit de la propriété intellectuelle peuvent renforcer l'utilité de celui-ci dans le domaine de la protection des savoirs traditionnels. Par exemple, certains se sont inquiétés du fait que les détenteurs de savoirs traditionnels peuvent difficilement tirer parti des avantages du système de la propriété intellectuelle, en raison des coûts liés à l'acquisition, au maintien en vigueur et à l'exercice des droits de propriété intellectuelle. Le comité a examiné un certain nombre d'améliorations visant à offrir aux détenteurs de savoirs traditionnels un meilleur accès aux systèmes de propriété intellectuelle actuels. Parmi ces améliorations figurent l'évolution juridique (y compris la reconnaissance de la personnalité juridique des communautés traditionnelles, la modification des règles relatives à la charge de la preuve, la modification de la portée de l'état de la technique aux fins de l'examen des demandes de brevet portant sur des savoirs traditionnels, le réexamen de l'application de la notion de "personne du métier" dans l'évaluation de l'activité inventive⁵⁹ et la reconnaissance du droit coutumier), le renforcement des capacités et l'instauration de mécanismes appropriés de règlement des litiges.

39. Les droits de propriété intellectuelle existants ont été utilisés de plusieurs façons, qui sont exposées ci-dessous, pour protéger les savoirs traditionnels et les objets y relatifs⁶⁰ :

- indications géographiques ou marques collectives ou de certification : ces formes de propriété intellectuelle ont été utilisées pour protéger les produits fabriqués à l'aide de technologies traditionnelles, y compris les produits qui sont plus particulièrement associés à une région ou une communauté donnée (par exemple, le Viet Nam crée des indications géographiques pour protéger les produits alimentaires traditionnels de type "pickles", qui sont associés à une région particulière);
- lois relatives à la concurrence déloyale et aux pratiques commerciales : ces lois ont été utilisées pour permettre de sanctionner les allégations mensongères d'authenticité ou d'autres allégations faisant valoir qu'un produit est créé par une communauté traditionnelle particulière ou associé à cette communauté;
- droits attachés aux brevets : le système des brevets a été utilisé par des spécialistes de la médecine traditionnelle pour protéger leurs innovations (par exemple, la Chine a délivré 4479 brevets dans le domaine de la médecine traditionnelle chinoise en 2002), et des systèmes ont été mis au point pour garantir que des droits de brevet illégitimes ne soient pas accordés sur des éléments de savoirs traditionnels qui ne sont pas nouveaux;
- droits attachés aux marques : des signes distinctifs, des symboles et des termes associés aux savoirs traditionnels ont été protégés en tant que marques et contre les prétentions de tiers invoquant des droits attachés à des marques (par exemple, l'artiste autochtone qui a créé le logo du Festival culturel aborigène Kyana l'a fait enregistrer⁶¹);

⁵⁸ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/3/7, WIPO/GRTKF/IC/4/7 et WIPO/GRTKF/IC/5/7 pour une étude des modes d'application des droits de propriété intellectuelle à la protection des savoirs traditionnels dans les États membres de l'OMPI.

⁵⁹ Voir la communication du groupe des pays asiatiques dans le document WIPO/GRTKF/IC/4/14.

⁶⁰ Voir Argentine (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 158), ARIPO (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 114), Communauté européenne (WIPO/GRTKF/IC/3/16, page 3, et OMPI/GRTKF/IC/1/8, annexe IV, page 7), États-Unis d'Amérique (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 128) et République de Corée (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 155).

⁶¹ Voir l'étude de cas n° 2 (Case study 2), page 13, "Use of Trade Marks to protect Traditional Cultural Expressions" (Utilisation des marques pour protéger les expressions culturelles

- droit d’auteur et droits connexes : bien qu’ils portent exclusivement sur la forme d’expression des savoirs traditionnels et non sur les idées ou le contenu, le droit d’auteur et les droits connexes ont été utiles pour protéger les savoirs traditionnels fixés, ou pour offrir une protection contre l’enregistrement illicite des savoirs traditionnels, par exemple lorsqu’ils peuvent être transmis par le biais de l’interprétation d’un chant, d’une chanson ou d’un récit traditionnel (le document WIPO/GRTKF/IC/6/3 porte sur les options juridiques et de politique générale en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles);
- règles relatives à la confidentialité et secrets d’affaires : les savoirs traditionnels non divulgués, y compris les savoirs traditionnels secrets et sacrés, ont été protégés en tant qu’informations confidentielles ou non divulguées, et des dédommagements ont été accordés en cas de divulgation d’informations confidentielles constituant une infraction en droit coutumier.

40. Dans le cadre de ses travaux passés, le comité a élaboré des moyens permettant d’offrir aux détenteurs de savoirs traditionnels un meilleur accès aux systèmes de droits de propriété intellectuelle en vigueur. Les modes d’amélioration des systèmes de propriété intellectuelle existants eu égard aux intérêts des détenteurs de savoirs traditionnels peuvent notamment consister à⁶² :

- préciser l’identité et le statut juridiques des détenteurs de savoirs traditionnels en tant que titulaires de droits de propriété intellectuelle à titre individuel ou au niveau de la communauté;
- appliquer des principes établis tels que la protection de l’ordre public et de la moralité de façon à répondre aux préoccupations concernant les atteintes aux communautés autochtones et locales;
- préciser le statut des savoirs traditionnels préexistants en tant qu’éléments de l’état de la technique et objets non brevetables pour garantir que les tiers ne puissent pas obtenir de brevets valables sur ces savoirs traditionnels;
- tenir compte des intérêts de la communauté et des considérations de droit coutumier dans la détermination des sanctions, telles que les dommages-intérêts complémentaires pour atteinte d’ordre culturel, dans le cadre de l’application des droits de propriété intellectuelle;
- tenir compte des intérêts de la communauté et des considérations de droit coutumier en reconnaissant aux communautés traditionnelles la faculté de se prévaloir d’un droit au titre de l’*“equity”* sur une œuvre protégée;
- concevoir d’autres mécanismes de règlement des litiges spécialement adaptés pour offrir aux détenteurs de savoirs traditionnels des moyens de recours appropriés et accessibles.

[Suite de la note de la page précédente]

traditionnelles,) dans *Minding Culture: Case-Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions* (Le respect de la culture : études de cas sur la propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles). Voir le document WIPO/GRTKF/STUDY/2.

⁶² Voir ARIPO (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 114), la Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/16, page 3), France (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 14), groupe des pays d’Asie et du Pacifique (WIPO/GRTKF/IC/4/14, annexe, page 4, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 14), Japon (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 129) et Suisse (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 135).

Pour de plus amples informations sur ces options, voir les documents WIPO/GRTKF/IC/5/7 et WIPO/GRTKF/IC/5/8⁶³.

Application de droits sui generis exclusifs

41. Cependant, selon certaines communautés et certains pays, ces adaptations des systèmes de droits de propriété intellectuelle en vigueur ne sont peut-être pas suffisantes pour permettre de tenir compte du caractère global et unique des savoirs traditionnels⁶⁴. La demande en faveur de mesures *sui generis* découle généralement des lacunes des droits de propriété intellectuelle classiques. Les enquêtes sur les expériences nationales relatives à la protection des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle⁶⁵ ont fait ressortir les points ci-après, qui pourraient être pris en considération dans le cadre de l'élaboration de mesures *sui generis* :

- i) difficulté à satisfaire des exigences telles que les critères de nouveauté ou d'originalité, l'activité inventive ou la non-évidence (cela tient peut-être, à tout le moins en partie, au fait que les savoirs traditionnels remontent souvent à une époque antérieure à celle de la création des systèmes conventionnels de propriété intellectuelle, ou au fait qu'ils sont développés de façon plus diffuse, cumulative et collective, de sorte qu'il est difficile de dater une invention ou d'établir la paternité des éléments en question);
- ii) obligation dans nombre de textes législatifs sur la propriété intellectuelle de fixer l'objet protégé sur un support matériel (étant donné que les savoirs traditionnels sont souvent préservés et transmis par voie orale ou sous d'autres formes non matérielles);
- iii) le caractère informel de la plupart des savoirs traditionnels et les règles et les protocoles relevant du droit coutumier qui définissent à qui appartiennent ces savoirs ou expressions (ou qui en est le dépositaire ou le gardien) sur lesquels reposent les revendications d'affinité et la responsabilité des communautés;
- iv) le fait que les systèmes de protection devraient également viser à préserver et à perpétuer les savoirs traditionnels et pas simplement à fournir des moyens d'empêcher les tiers de les utiliser de manière illicite ou de leur interdire de le faire (fonction caractéristique des droits de propriété intellectuelle);
- v) antagonisme entre les notions individualistes associées aux droits de propriété intellectuelle (auteur ou inventeur unique) et le caractère collectif de l'origine, de la préservation et de la gestion des savoirs traditionnels (qui rend souvent difficile l'identification de l'auteur, de l'inventeur ou du créateur auquel fait appel le droit de la propriété intellectuelle); et

⁶³ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/8.

⁶⁴ Ce point de vue a notamment été exprimé par les organisations régionales suivantes : ARIPO (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 114), la Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/16, annexe, page 5, et WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 18), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 95, et WIPO/GRTKF/IC/3/15, annexe, page 3) et GRULAC (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 12). En ce qui concerne les déclarations formulées en ce sens par des pays, voir Chine (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 134), France (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 14), Inde (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 100), Norvège (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 133), Nouvelle-Zélande (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 230), Turquie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 109), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 98) et Zambie (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 19, et WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 100). Voir aussi Université des Nations Unies (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 103).

⁶⁵ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/7.

vi) restrictions relatives à la durée de la protection octroyée par les systèmes de propriété intellectuelle (les requêtes en faveur d'une meilleure reconnaissance des savoirs traditionnels mettent souvent en évidence l'insuffisance des délais de protection relativement courts octroyés dans le cadre des systèmes conventionnels de propriété intellectuelle, dans la mesure où la nécessité de protéger les savoirs traditionnels perdure au-delà de la durée de vie d'un individu).

42. En pratique, certaines de ces lacunes ont en fait été surmontées dans le cadre du système de propriété intellectuelle classique (par exemple en prévoyant des droits détenus au niveau communautaire sur des savoirs traditionnels). Malgré tout, ces facteurs ont conduit les décideurs d'un certain nombre de pays à penser que des mesures *sui generis* devraient être envisagées⁶⁶. La section IV comporte une analyse des éléments essentiels des mesures *sui generis* qui devraient être pris en considération dans l'élaboration d'un système national ou d'un modèle de protection convenu. Dans les cas où l'octroi de droits de propriété exclusifs (qu'il s'agisse de droits de propriété intellectuelle classiques ou de droits *sui generis* exclusifs) n'est peut-être pas approprié, les trois autres moyens d'action en matière de protection des savoirs traditionnels peuvent être envisagés, à savoir le principe du consentement préalable éclairé, les règles relatives à la responsabilité et la législation sur la concurrence déloyale. S'il est décidé de créer un droit exclusif indépendant sur les savoirs traditionnels en tant que tels, ce droit devrait être détenu et exercé par la communauté, en rapport avec un objet bien défini, et permettre d'engager une action en justice pour interdire certaines utilisations déterminées des savoirs traditionnels protégés par des tiers.

2 Les savoirs traditionnels et le consentement préalable éclairé

43. La réglementation applicable aux savoirs traditionnels est souvent liée à celle de l'accès au matériel biologique tangible et du partage des avantages. En application de ces régimes, l'accès aux savoirs traditionnels ou d'autres actes s'y rapportant peut être subordonné au consentement préalable éclairé des détenteurs de ces savoirs, et des contrats, licences ou accords peuvent déterminer les modalités de partage des avantages découlant de l'utilisation des savoirs traditionnels. L'application du principe du consentement préalable éclairé aux savoirs traditionnels permet de contrôler l'utilisation de ces savoirs par les tiers et d'assurer un ensemble d'avantages à leurs détenteurs par voie réglementaire, de manière compatible avec la nature collective des savoirs traditionnels. De nombreux membres du comité ont par conséquent intégré le consentement préalable éclairé dans leurs mesures de protection des savoirs traditionnels ou dans leurs déclarations de politique générale⁶⁷. Le consentement

⁶⁶ Voir Canada (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 142), la Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 18), Égypte (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 153), Ghana (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 149), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/3/15, annexe, page 3), Guyana (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 143), Haïti (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 154), Maroc (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 152), Myanmar (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 16), Nouvelle-Zélande (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 138), Panama (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 157), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 147), Conférenc circumpolaire Inuit (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 159) et Mejlis des peuples tatars de Crimée (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 162).

⁶⁷ Voir Afrique du Sud (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 225), Brésil (OMPI/GRTKF/IC/2/14, annexe, par.15), Colombie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 223), groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, page 7, proposition 3.3.b)), Pérou (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 221), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213).

préalable éclairé peut être donné par une autorité nationale compétente⁶⁸; il peut dépendre du consentement de la communauté autochtone/locale ou du détenteur des savoirs traditionnels⁶⁹. Les conditions d'octroi du consentement préalable éclairé peuvent différer en fonction de l'utilisation envisagée des savoirs traditionnels⁷⁰. L'accès régulier aux savoirs traditionnels en vue d'un usage coutumier peut être expressément soustrait à l'obligation du consentement préalable éclairé⁷¹.

3 Régimes de responsabilité compensatoires

44. Il a aussi été proposé d'élaborer des législations sur l'innovation liée aux savoirs traditionnels, fondées sur des principes de responsabilité modifiés. Ces législations reconnaîtraient aux détenteurs de savoirs traditionnels le droit à des indemnités compensatoires de la part des utilisateurs de ces savoirs qui empruntent le savoir-faire traditionnel pour des applications industrielles qui leur sont propres, pendant une période déterminée. Certains régimes *sui generis* font appel à des règles comparables pour indemniser les détenteurs de savoirs traditionnels des frais de conservation et de mise en valeur de certains éléments de ces savoirs engagés par les communautés, sans reconnaître toutefois aucun droit de propriété exclusive permettant de contrôler ces utilisations⁷². Des législations de ce type permettraient une répartition équitable des avantages sans pour autant exiger l'accès inconditionnel au savoir-faire, et éviteraient la dispersion ou le fractionnement des savoirs traditionnels communautaires en éléments de plus en plus morcelés, retirés du patrimoine intellectuel propre à la communauté détentrice par la reconnaissance de droits privés. Le risque de voir un ensemble de droits exclusifs sur des savoirs traditionnels préexistants se superposer aux règles coutumières communautaires et ainsi s'opposer à la transmission et à la conservation collective, est parfois considéré comme préoccupant. La solution du versement d'indemnités a aussi été retenue dans certains cas où les savoirs traditionnels avaient déjà été publiés et rendus publics depuis un certain temps, afin d'assurer un juste équilibre entre le partage équitable des avantages et l'utilisation antérieure de savoirs traditionnels entreprise de bonne foi⁷³.

4 Répression de la concurrence déloyale

45. Bien que la répression de la concurrence déloyale soit reconnue depuis 1900 comme un élément de la protection de la propriété industrielle en vertu de la Convention de Paris⁷⁴, elle ne confère au titulaire aucun droit exclusif sur des biens incorporels. La législation sur la

⁶⁸ Voir l'art. 4.1)xi) et 4.1)x) de la loi type africaine, l'art. 11.IV)b) de la mesure provisoire brésilienne, l'art. 62 de la loi du Costa Rica sur la biodiversité, l'art. 3.1) de la loi indienne sur la biodiversité et l'art. 7.1) du décret-loi portugais n° 118.

⁶⁹ Voir la législation type africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs (2000), la mesure provisoire brésilienne réglementant l'accès au patrimoine génétique, la protection des savoirs traditionnels associés et l'accès à ces savoirs, la loi du Costa Rica n° 7788 sur la biodiversité, la loi péruvienne n° 27 811 établissent le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques et le décret-loi portugais n° 118 de 2002.

⁷⁰ Lois du Pérou et du Portugal (visées plus haut).

⁷¹ Art. 2.2)ii) de la loi type africaine et art. 7 de la loi indienne sur la biodiversité.

⁷² Voir la loi péruvienne n° 27 811 du 10 août 2002.

⁷³ Voir GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 2), Panama (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 157) et Pérou (WIPO/GRTKF/IC/6/INF/6 et WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 221).

⁷⁴ Voir l'art.1.2) et l'art. 10bis de la Convention de Paris.

concurrence déloyale, au sens le plus large du terme, offre de nombreux moyens de recours, dont la répression des pratiques commerciales fallacieuses et trompeuses, de l'enrichissement sans cause, de la substitution de produits et des avantages commerciaux injustifiés. Le droit de la concurrence déloyale peut avoir une très large portée et a été retenu dans divers instruments internationaux comme moyen éventuel de protection des schémas de configuration de circuits intégrés, des indications géographiques, des renseignements non divulgués et des données expérimentales ainsi que des phonogrammes; en pratique, il est aussi associé à la protection des marques, notamment lorsque celles-ci ne sont pas enregistrées. Comme dans d'autres systèmes de propriété industrielle, il a donc été analysé et utilisé comme moyen de protection *sui generis* des savoirs traditionnels⁷⁵, s'ajoutant à la reconnaissance de droits exclusifs et à l'application du principe du consentement préalable éclairé dans ce domaine. Tel est le cas par exemple de plusieurs mesures *sui generis* qui reposent sur le principe de la véracité de la publicité pour la commercialisation de produits d'artisanat indigènes⁷⁶. Les tribunaux ont aussi appliqué la législation générale sur la concurrence déloyale.

Lois et protocoles coutumiers

46. Par rapport à chacun de ces éventuels moyens d'action, il convient d'accorder une attention particulière à la reconnaissance des lois et protocoles coutumiers, qui recourent dans chaque cas les systèmes juridiques locaux⁷⁷. Un certain nombre de systèmes *sui generis* existants renvoient aux lois et protocoles coutumiers comme solution pouvant se substituer à la création de droits de propriété intellectuelle modernes sur les savoirs traditionnels ou la compléter. Par exemple, la loi type africaine et les lois *sui generis* du Pérou et des Philippines incorporent par renvoi certains éléments du droit coutumier dans la protection *sui generis* des savoirs traditionnels. Le lien entre les lois *sui generis* modernes et le droit coutumier repose sur un ensemble de principes allant de celui de l'indépendance des droits conférés par les systèmes modernes et traditionnels (Pérou) à celui de la protection par l'État des droits prévus dans la législation *sui generis* moderne qui sont "consacrés et protégés en vertu du droit coutumier des communautés locales et autochtones intéressées, qu'ils soient ou non consignés par écrit" (législation type africaine). Sur le fond, le champ d'application du droit coutumier va de l'obtention du consentement préalable éclairé pour l'accès aux savoirs traditionnels "conformément au droit coutumier" (Philippines) au règlement des litiges opposant les peuples autochtones quant à la mise en œuvre de la protection des savoirs traditionnels (Pérou), en passant par le recensement, l'interprétation et la reconnaissance des "savoirs ou techniques communautaires en vertu du droit coutumier" (loi type africaine).

⁷⁵ Voir Afrique du Sud (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 116 et 129), États-Unis d'Amérique (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213) et GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 2).

⁷⁶ Voir, par exemple, la loi des États-Unis d'Amérique de 1990 sur l'art et l'artisanat indiens.

⁷⁷ Voir le document soumis par le groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, page 7, proposition 3.3.b)). Voir les déclarations des pays et organisations ci-après : Afrique du Sud (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 225), Communauté européenne (OMPI/GRTKF/IC/1/8, annexe IV, page 7), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 95 et WIPO/GRTKF/IC/3/5, annexe, page 5), Iran (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 150), Pérou (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 221), Suisse (OMPI/GRTKF/IC/1/9, annexe, pages 4 et 10), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213), Conseil Same (WIPO/GRTKF/IC/5/15, par. 76) et Indigenous Peoples' Biodiversity Network (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 160).

47. Bien que le droit coutumier et la protection des savoirs traditionnels aient donné lieu à de longs débats d'orientation politique, la mention expresse du droit coutumier dans les législations *sui generis* existantes est jusqu'à présent restée relativement limitée. Dans la plupart des cas, ces législations ne font pas directement état du droit coutumier, bien que la reconnaissance de ce droit puisse être importante pour leur mise en œuvre concrète.

Questions et options : fondement juridique de la protection

48. Une mise en œuvre souple et adaptable des principes fondamentaux et des objectifs généraux convenus peut reposer sur les principes juridiques suivants :

- reconnaissance de droits de propriété exclusifs, y compris les droits de propriété intellectuelle classiques, adaptation de droits existants, et droits exclusifs *sui generis* pour les savoirs traditionnels;
- répression de la concurrence déloyale;
- régimes de responsabilité compensatoires;
- mécanismes d'accès aux savoirs traditionnels et de répartition des avantages qui en découlent, inspirés des régimes applicables aux ressources génétiques; et
- reconnaissance des lois et protocoles coutumiers.

Au cas où le comité déciderait d'arrêter un ensemble commun d'objectifs généraux et de principes fondamentaux, il serait possible de mener une étude exhaustive sur la façon dont ces principes juridiques ont été mis en pratique à l'appui d'objectifs particuliers et pour donner effet à tel ou tel principe déterminé, afin de dégager une approche commune, plus élaborée, de la protection des savoirs traditionnels.

Aspects des savoirs traditionnels à protéger

49. Pour déterminer les fondements juridiques de la protection, compte tenu des objectifs de celle-ci, il peut être nécessaire d'étudier les différents aspects des savoirs traditionnels et des éléments connexes à protéger, notamment si l'on doit adopter une démarche globale. Généralement, l'application des lois et principes de propriété intellectuelle peut être axée sur trois aspects généraux des savoirs et de la culture traditionnels :

- i) le contenu, la substance ou un concept de savoirs traditionnels (tels que le savoir-faire traditionnel relatif à l'utilisation de plantes à des fins médicinales ou les pratiques de gestion écologique traditionnelles, les pratiques agricoles traditionnelles, etc.) - correspondant à l'objet des brevets, de la protection des variétés végétales, des modèles d'utilité et du savoir-faire ou des secrets d'affaires (ce type de protection, qui vise les savoirs traditionnels au sens strict du terme, est traité dans le présent document);
- ii) la forme, l'expression ou la représentation de cultures traditionnelles (chants traditionnels, interprétations d'œuvres traditionnelles, récits oraux ou représentations graphiques) – correspondant à l'objet du droit d'auteur et des droits des interprètes ou exécutants ainsi que des droits sur les dessins ou modèles industriels et les dessins ou modèles textiles (ce type de protection, qui vise les expressions du folklore ou les expressions culturelles traditionnelles, est notamment traité dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/3); et

iii) la réputation ou le caractère distinctif de signes, de symboles, d'indications, de modèles et de styles associés à des cultures traditionnelles, y compris la lutte contre toute utilisation fallacieuse, trompeuse et offensante de l'objet de la protection – correspondant à l'objet des marques de produits et des indications géographiques, de la protection propre aux symboles nationaux en vertu de l'article 6^{ter} de la Convention de Paris et de la législation sur la concurrence déloyale en général.

50. Un cadre général de protection des savoirs traditionnels pourrait englober les objectifs et principes fondamentaux de la protection, ainsi que les principes juridiques sur lesquels elle doit reposer, et préciser les aspects particuliers des savoirs traditionnels à protéger. Dans ces conditions, il serait possible d'adapter les éléments des mesures de protection juridique afin de mieux répondre à ces objectifs et d'appliquer plus précisément ces principes. La section qui suit énonce succinctement les principaux éléments des mesures *sui generis* de protection des savoirs traditionnels qui peuvent être retenues pour instaurer cette protection globale mais néanmoins spécialement adaptée à ces savoirs.

IV. ÉLÉMENTS PRÉCIS DE PROTECTION DANS LES LEGISLATIONS NATIONALES

51. Certains pays et communautés ont estimé que la spécificité et le caractère global des savoirs traditionnels exigera une protection autre que celle qui découle des droits de propriété intellectuelle classiques ou d'autres modes de protection (tels que la réglementation de l'accès aux savoirs traditionnels et le droit des contrats)⁷⁸. Dans ces cas, les pays ont opté pour des solutions *sui generis* qui tendent à protéger les savoirs traditionnels dans le cadre de la propriété intellectuelle ou selon des modalités connexes, par exemple en régissant l'accès aux savoirs associés aux ressources génétiques. Certains de ces systèmes reconnaissent les éléments de savoirs traditionnels en tant que biens incorporels, par la création de droits spécifiques s'y rapportant. Dans d'autres cas, il n'est pas créé de droits privatifs en tant que tels mais la protection passe par la réglementation de l'accès aux savoirs traditionnels et du partage des avantages découlant de leur utilisation. La plupart des systèmes reposent sur différents principes juridiques tels que ceux qui sont associés à la propriété intellectuelle et ceux qui sont liés à des secteurs apparentés, tels que la préservation et la réglementation de la biodiversité, l'agriculture ou la médecine traditionnelle et les soins de santé primaires.

52. Comment le comité peut-il définir les caractéristiques ou principes fondamentaux des systèmes nationaux de protection des savoirs traditionnels pouvant être recommandés à l'échelon international? Pour faciliter ce processus, les principaux éléments et lignes d'action à faire entrer en ligne de compte pour une protection *sui generis* des savoirs traditionnels sont exposés dans la présente section. À cette fin, les mécanismes *sui generis* existants et les enseignements tirés de l'expérience de divers pays et régions ont été pris en considération et

⁷⁸ Voir Canada (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 142), la Communauté européenne et ses États membres (OMPI/GRTKF/IC/1/8, annexe IV, page 7), Égypte (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 153), Ghana (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 149), groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/3/15, annexe, page 3), Guyana (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 143), Haïti (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 154), Maroc (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 152), Nouvelle-Zélande (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 138), Panama (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 157), Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 147), Conférence circumpolaire Inuit (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 159), Mejlis des peuples tartares de Crimé (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 162).

les éléments communs aux systèmes existants recensés. Une question pratique se pose quant à la compatibilité ou la similitude des différentes solutions *sui generis* qui sont mises au point. La détermination des secteurs de concordance et des points communs aux niveaux national et régional aurait des incidences sur le plan international, y compris pour la définition des principes ou éléments fondamentaux des systèmes nationaux de protection des savoirs traditionnels. Cela permettrait d'élaborer une solution internationale fondée sur une approche coordonnée et pragmatique⁷⁹ en retenant l'essence des normes et expériences nationales, et en fondant par là même les débats internationaux sur l'appréciation concrète des mesures jugées efficaces, utiles et adaptées aux communautés traditionnelles au niveau national.

1 Objectifs généraux

53. La structure et la définition d'un système *sui generis* sont déterminées dans une large mesure par les objectifs généraux auxquels il est censé répondre. La définition des principaux objectifs des mesures *sui generis* nationales recommandées serait donc un bon point de départ⁸⁰. Certains membres du comité ont déjà proposé des objectifs précis quant aux systèmes envisagés de protection des savoirs traditionnels⁸¹. La plupart des systèmes *sui generis* reprennent des éléments de la protection découlant des droits de propriété intellectuelle en les associant à d'autres éléments, étrangers à ces droits. Cela ressort aussi des objectifs généraux auxquels ils sont censés répondre. Les objectifs énoncés dans les dix lois *sui generis* analysées relèvent des cinq catégories suivantes :

- a) Objectifs se rapportant directement aux savoirs traditionnels et à leurs détenteurs :
 - créer un système approprié d'accès aux savoirs traditionnels⁸²;
 - assurer un partage juste et équitable des avantages découlant des savoirs traditionnels⁸³;
 - promouvoir le respect, la préservation, l'utilisation la plus large possible et le développement des savoirs traditionnels⁸⁴;
 - prévoir des mécanismes de mise en œuvre des droits des titulaires de savoirs traditionnels⁸⁵;
 - améliorer la qualité des produits fondés sur les savoirs traditionnels et éliminer la médecine traditionnelle de piètre qualité⁸⁶;

⁷⁹ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/6/5.

⁸⁰ Les membres du comité se sont déjà exprimés au sujet des objectifs généraux qu'ils jugent appropriés. Voir par exemple Brésil (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 220), Fédération de Russie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 144), Japon (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 137) et Suisse (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 135).

⁸¹ À la première session du comité, le GRULAC a proposé une liste de six objectifs généraux concernant les mesures *sui generis* de protection des savoirs traditionnels (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3). Ces objectifs sont pris en considération sous les points énumérés ci-après.

⁸² Voir les lois du Brésil, du Costa Rica, du Pérou et de l'Union africaine.

⁸³ Voir les lois du Brésil et du Costa Rica, la loi indienne de 2002 sur la diversité biologique et les lois du Pérou et de l'Union africaine. Voir aussi le deuxième des six objectifs proposés par le GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3).

⁸⁴ Voir les lois du Pérou et du Portugal. Voir aussi le premier des six objectifs de la protection des savoirs traditionnels proposés par le GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3).

⁸⁵ Voir la loi type africaine.

⁸⁶ Voir les divers éléments de la réglementation administrative *sui generis* de la Chine.

- b) Objectifs relatifs à la politique en matière de biodiversité et de ressources génétiques :
- favoriser la conservation et l'utilisation durable des ressources biologiques et des savoirs traditionnels qui leur sont associés⁸⁷;
 - promouvoir la protection juridique et le transfert des ressources génétiques associées aux savoirs traditionnels⁸⁸;
- c) Objectifs relatifs aux droits des peuples autochtones :
- promouvoir le développement des peuples autochtones et des communautés locales⁸⁹;
 - reconnaître, respecter et promouvoir les droits des peuples autochtones et des communautés locales⁹⁰;
- d) Objectifs relatifs au développement durable et au renforcement des capacités :
- renforcer les capacités scientifiques à l'échelon national et local⁹¹;
 - favoriser le transfert de technologies faisant appel aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques associées⁹²;
- e) Objectifs relatifs à la promotion de l'innovation :
- favoriser et reconnaître l'innovation fondée sur les savoirs traditionnels⁹³;
 - promouvoir la mise en valeur de l'art et de l'artisanat indigènes⁹⁴.

54. Ces objectifs ne sont pas incompatibles mais plutôt complémentaires. Le comité pourra juger utile de formuler des objectifs généraux concernant les savoirs traditionnels en s'inspirant des catégories et exemples cités plus haut.

55. Une solution schématique, fixant un large éventail d'objectifs généraux, serait globalement plus ouverte et adaptée à une plus large gamme d'intérêts touchant aux savoirs traditionnels; elle pourrait en revanche être plus difficile à mettre en œuvre et à adapter aux divers intérêts des détenteurs de savoirs traditionnels. Une solution axée sur des objectifs précis – tels que la promotion de la médecine traditionnelle et la protection des savoirs traditionnels associés à des ressources génétiques – permettrait de centrer le mécanisme sur des éléments mieux définis des savoirs traditionnels et faciliterait la définition des droits conférés, leur administration et leur application.

⁸⁷ Voir la loi type africaine et la loi indienne sur la diversité biologique. Voir aussi le sixième des six objectifs proposés par le GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3).

⁸⁸ Voir la loi du Portugal.

⁸⁹ Voir la loi du Pérou. Voir aussi le cinquième des six objectifs proposés par le GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3).

⁹⁰ Voir la loi du Pérou, la loi des Philippines sur les droits des peuples autochtones (1997) et la loi de l'Union africaine.

⁹¹ Voir la loi type africaine et la loi du Pérou.

⁹² Voir la mesure provisoire du Brésil.

⁹³ Voir les lois de la Chine et du Costa Rica. Voir aussi le troisième des six objectifs proposés par le GRULAC (OMPI/GRTKF/IC/1/5, annexe I, page 3).

⁹⁴ Voir les mesures *sui generis* des États-Unis d'Amérique, notamment la loi indienne de 1990 sur l'art et l'artisanat.

56. La section III énonce les divers principes juridiques sur lesquels pourrait reposer la protection propre aux savoirs traditionnels et les aspects de ces savoirs qui sont plus particulièrement de nature à être protégés. La définition des objectifs généraux de la protection peut aider à préciser ce ou ces principes juridiques – par exemple, à déterminer si cette “protection” doit passer par des droits exclusifs sur les savoirs traditionnels proprement dits, par l’élimination de la concurrence déloyale, par le droit à une indemnité ou à une rémunération (ou un partage équitable des avantages) ou encore par un droit fondé sur le principe du consentement préalable éclairé. Une association de différents principes juridiques peut être envisagée. Par exemple, une loi pourrait réglementer l’accès aux savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques et consacrer le principe du consentement préalable éclairé tout en prévoyant l’élimination de la concurrence déloyale (sur le modèle de la protection des renseignements non divulgués et des indications géographiques, qui, dans l’Accord sur les ADPIC de l’OMC, est liée aux dispositions de la Convention de Paris sur la concurrence déloyale).

2 Portée de l’objet protégé

57. La définition de l’objet de la protection peut nécessiter deux mesures, consistant à :

- arrêter la terminologie, et
- préciser les critères applicables à l’objet en question.

Terminologie

58. Deux acceptions du terme “savoirs traditionnels” sont devenues courantes au sein du comité : d’une part, un sens général (les savoirs traditionnels *lato sensu*), qui vise le contenu des savoirs proprement dits ainsi que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore et les signes distinctifs et symboles associés aux savoirs traditionnels⁹⁵; d’autre part, un sens plus précis (les savoirs traditionnels *stricto sensu*), qui évoque “le contenu ou la substance de savoir-faire, compétences, pratiques et apprentissages de nature traditionnelle”; cet objet peut être considéré comme distinct, bien que ce contenu ou cette substance puisse “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”⁹⁶. C’est ce second sens, plus précis, qui est retenu dans le présent document⁹⁷.

59. Bien que la signification du terme puisse être encore précisée par une liste illustrant le concept sans en définir strictement les limites, ou par une définition exhaustive, une protection efficace en la matière n’est pas subordonnée à une définition formelle précise⁹⁸. La

⁹⁵ Les savoirs traditionnels *lato sensu* peuvent être définis comme “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 de moyen d’identification culturelle pour ces communautés et ces peuples”.

⁹⁶ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/12, par. 44.

⁹⁷ La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore est traitée dans le document parallèle WIPO/GRTKF/IC/6/3.

⁹⁸ Voir Afrique du Sud (WIPO/GRTKF/IC/3/17 par. 225), Argentine (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 158), Bolivie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 151), Brésil (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 148), Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240), Inde (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 140), Iran (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 150), Norvège (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 133),

signification du terme peut cependant être précisée en fonction des objectifs généraux – elle peut par exemple être limitée au contexte de la protection de la biodiversité et de la réglementation de l'accès aux ressources génétiques. Les savoirs traditionnels pourraient de façon générale être définis comme 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 ce titre, préservés et transmis d'une génération à l'autre;
- liés à une communauté locale ou autochtone se considérant comme dépositaire ou gardienne de ces savoirs ou investie d'une responsabilité culturelle en la matière (obligation de préserver les savoirs, ou prise de conscience du fait que toute appropriation illicite ou utilisation avilissante de ces savoirs serait préjudiciable ou offensante), ce lien pouvant être établi officiellement ou de manière informelle par le droit coutumier ou la pratique;
- issus d'une activité intellectuelle dans divers domaines : social, culturel, environnemental et technologique;
- reconnus par la communauté d'origine comme étant des savoirs traditionnels⁹⁹.

Définition des critères ou des grands axes de la protection

60. Pour délimiter la portée des savoirs traditionnels qu'ils protègent par des mesures *sui generis*, les pays ont eu recours à de nombreuses solutions. À titre de comparaison, le droit des brevets ne protège pas les connaissances techniques en tant que telles mais prévoit un objet de protection distinct, à savoir l'invention brevetable. La plupart des mesures *sui generis* définissent la portée de l'objet qu'elles visent par une combinaison de divers critères tels que les distinctions sectorielles, l'association avec des objets tangibles et le lien avec des communautés traditionnelles. D'après les exemples tirés des systèmes *sui generis* existants, les trois solutions ci-après peuvent être appliquées séparément ou combinées.

Protection des savoirs traditionnels par secteurs

61. Certaines législations sur la protection des savoirs traditionnels sont axées sur des secteurs précis et ne s'étendent pas de manière générale à tous les objets pouvant être considérés comme relevant de ces savoirs¹⁰⁰. Par exemple, la loi thaïlandaise sur la protection et la promotion des données médicinales traditionnelles thaïlandaises s'applique seulement à la médecine traditionnelle¹⁰¹ et le décret-loi du Portugal n° 118 de 2001 vise uniquement les savoirs agricoles traditionnels associés aux variétés de pays¹⁰². Certaines lois ont une portée intersectorielle mais prévoient différents ensembles de droits selon les secteurs. Par exemple,

[Suite de la note de la page précédente]

Ouganda (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 146), Mejlis des peuples tartares de Crimée (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 162),

⁹⁹ Voir les documents WIPO/GRTKF/IC/5/8, par. 69, et WIPO/GRTKF/IC/5/12, par. 45.

¹⁰⁰ Voir les déclarations des pays et organisations ci-après : la Communauté européenne et ses États membres (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 137), groupe des pays d'Asie et du Pacifique (WIPO/GRTKF/IC/4/14, annexe, page 4 et 8), Nouvelle-Zélande (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 138), Norvège (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 133) et Chambre de commerce internationale (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 161).

¹⁰¹ Loi thaïlandaise sur la protection et la promotion des données médicinales traditionnelles thaïlandaises B.E 2542.

¹⁰² Décret-loi du Portugal n° 118 de 2001.

la législation type africaine prévoit des droits en faveur des agriculteurs dans le secteur agricole, en plus des droits de propriété intellectuelle reconnus à la communauté pour tous les secteurs.

Association entre savoirs traditionnels et objets tangibles

62. Certaines lois subordonnent la protection de tel ou tel élément des savoirs traditionnels à son association à un objet tangible, correspondant le plus souvent à des éléments précis de la biodiversité. Par exemple, les lois de l'Inde et du Pérou et la loi type africaine subordonnent la protection des savoirs traditionnels à leur association avec les ressources biologiques. D'autres lois visent les savoirs traditionnels relatifs au patrimoine génétique (Brésil)¹⁰³ ou à toute propriété d'éléments de la diversité biologique (Costa Rica)¹⁰⁴.

Association entre savoirs traditionnels et certains détenteurs de savoirs

63. La plupart des lois sur la protection des savoirs traditionnels précisent que, pour pouvoir être protégés, ces savoirs doivent être détenus, créés ou perpétués par certains détenteurs tels que les peuples autochtones¹⁰⁵, les membres des "tribus indiennes" ou des organisations indiennes de l'artisanat¹⁰⁶ ou encore les communautés agricoles¹⁰⁷.

64. Dans la plupart des législations *sui generis*, la définition de l'objet de la protection repose sur une combinaison de ces critères (généralement, au moins le premier et le second critères); c'est par exemple le cas de la loi type africaine et des lois du Brésil, de l'Inde, du Pérou et du Portugal.

Portée sélective

65. Certaines lois *sui generis*, enfin, établissent des distinctions entre différentes catégories de savoirs traditionnels et prévoient pour chacune d'elles des droits différents quant à leur portée (tel est le cas des lois du Costa Rica, du Pérou et de la Thaïlande). La loi du Costa Rica sur la biodiversité, par exemple, définit d'abord la portée des savoirs traditionnels dont elle régleme l'accès (il s'agit de tous les "éléments incorporels" du terme biodiversité, qui englobe tous savoirs associés aux éléments génétiques ou biochimiques, qu'ils soient traditionnels ou non, individuels ou collectifs), puis celle des savoirs traditionnels pour lesquels elle prévoit des droits exclusifs (droits de propriété industrielle aussi bien que droits de propriété intellectuelle *sui generis* des communautés – cette acception plus stricte étant limitée aux "savoirs des peuples autochtones liés à l'utilisation des éléments de la biodiversité"). Un certain nombre d'États membres ont fait état de cette solution¹⁰⁸.

¹⁰³ Mesure provisoire du Brésil n° 2186-16 du 23 août 2001.

¹⁰⁴ Loi du Costa Rica sur la biodiversité.

¹⁰⁵ Loi du Pérou n° 27 811 de 2002.

¹⁰⁶ Loi des États-Unis d'Amérique sur l'art et l'artisanat indiens (1990).

¹⁰⁷ Législation type africaine (2000).

¹⁰⁸ Voir groupe des pays d'Asie et du Pacifique (WIPO/GRTKF/IC/4/14, annexe, pages 4 et 8), Norvège (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 133), Nouvelle-Zélande (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 138), Thaïlande (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 216) et Chambre de commerce internationale (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 161).

Questions et options : définition des savoirs traditionnels

66. Pour mettre en place un cadre général de protection des savoirs traditionnels, le comité pourrait juger utile de déterminer et définir :
- les catégories de savoirs traditionnels nécessitant une protection juridique;
 - les critères à appliquer pour déterminer l'objet d'une protection particulière, y compris les critères fondés sur :
 - des distinctions sectorielles assorties d'une différenciation quant à la portée de la protection,
 - les détenteurs des savoirs, et
 - l'association avec certains objets tangibles.

3 Acquisition des droits : conditions de forme

67. La protection des savoirs traditionnels remplissant les conditions requises peut s'appliquer automatiquement, sans aucune formalité (de même que le droit d'auteur est applicable dès la création de l'œuvre); certaines conditions de forme peuvent par ailleurs être exigées, telles que l'enregistrement ou la déclaration des savoirs traditionnels à protéger. Cette procédure peut aussi supposer le dépôt d'une demande soumise à l'examen d'un organe distinct, comme peut l'être une demande de brevet ou d'enregistrement de marque. La condition d'enregistrement n'est pas impérative; elle peut être appliquée à titre complémentaire, comme moyen de preuve et pour faciliter l'exercice des droits qui, en principe, peuvent être reconnus sans formalités.

68. Trois lois indiquent expressément que l'acquisition des droits *sui generis* est exempte de formalités (loi type africaine, Costa Rica et Pérou); quatre lois prévoient des registres de savoirs traditionnels mais ne les relient pas expressément à l'acquisition des droits (loi type africaine, Brésil, Costa Rica, Inde); quatre lois, enfin, font de l'enregistrement une condition d'application d'une mesure *sui generis* (Chine, États-Unis d'Amérique, Portugal, Thaïlande). D'autres lois ne précisent pas le mode d'acquisition des droits¹⁰⁹.

69. Les systèmes *sui generis* existants tendent à prévoir des mécanismes d'enregistrement. Sur dix lois *sui generis* récemment passées en revue, neuf prévoient la création d'une forme ou d'une autre de mécanisme d'enregistrement pour les savoirs traditionnels protégés ou pour les titres *sui generis* conférés. C'est ainsi que la législation du Pérou prévoit trois registres, à savoir un registre national public, un registre national confidentiel et les registres locaux des savoirs collectifs des peuples autochtones. Plusieurs de ces mécanismes d'enregistrement fonctionnent déjà, mais d'autres sont en cours de création et de mise en œuvre.

¹⁰⁹ Pour une proposition technique sur les conditions de forme applicables à l'acquisition des droits, voir groupe des pays africains (OMPI/GRTKF/IC/1/10, annexe, page 7, proposition 3.3.a)). D'autres observations techniques sur ces conditions de forme ont été faites par la Bolivie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 151), le Brésil (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 220), le Panama (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 157), la République dominicaine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 215) et le Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213).

70. Il existe déjà des normes techniques internationales pour l'enregistrement des savoirs traditionnels et des ressources génétiques dans les bases de données et les registres. Le comité a adopté les caractéristiques applicables à ces mécanismes d'enregistrement (document WIPO/GRTKF/IC/4/14). S'il estime que l'acquisition des droits peut être subordonnée à une procédure d'enregistrement, il jugera peut-être utile d'examiner ces normes internationales.

71. Il convient de concilier la prévisibilité et la clarté, d'une part, et la souplesse et la simplicité, d'autre part. Un système fondé sur l'enregistrement offre une meilleure prévisibilité et permet de faire clairement savoir au public ce qui est protégé; il facilite aussi, dans la pratique, l'application des droits. Mais un système de cette nature peut aussi signifier que les détenteurs de savoirs traditionnels doivent prendre des mesures juridiques particulières, éventuellement dans un laps de temps déterminé, sous peine de risquer de perdre les avantages de la protection; ces procédures peuvent être contraignantes pour les communautés qui n'ont pas les ressources ni les moyens nécessaires pour entreprendre des démarches juridiques voulues. Un système exempt de formalités a l'avantage d'offrir une protection automatique et n'exige aucune ressource ni moyen complémentaire pour permettre de bénéficier des droits – mais il peut aussi, de ce fait, rendre l'application des droits plus difficile.

4 Critères matériels de protection

72. Pour pouvoir être protégés, les savoirs traditionnels doivent non seulement correspondre à la définition qui en est donnée et faire l'objet des formalités prescrites, mais aussi répondre à certains critères ou conditions de fond. Tous les objets définis comme des "savoirs traditionnels" ne seront pas nécessairement considérés comme susceptibles de protection – de même que chaque innovation répondant à la définition de l'"invention" ne sera pas nécessairement brevetable, puisqu'elle doit satisfaire à d'autres critères de brevetabilité¹¹⁰.

73. Quelques mesures *sui generis* existantes précisent les critères de protection (États-Unis d'Amérique, Panama, Pérou, Thaïlande). Deux éléments de la loi *sui generis* du Panama illustrent la façon dont la définition des critères matériels de protection pourrait permettre de mieux cerner l'objet de la protection. D'une part, seuls les éléments des savoirs traditionnels qui restent "traditionnels" en ce sens qu'ils sont intrinsèquement liés à la communauté d'origine, seraient protégés en vertu du système *sui generis*. En revanche, les éléments de ces savoirs pour lesquels ce lien n'existe plus, en raison d'un processus d'industrialisation par exemple, ne seraient pas protégés. D'autre part, il peut être possible de limiter la protection aux savoirs traditionnels susceptibles d'exploitation commerciale, étant donné qu'il est peu probable que des tiers utilisent de façon illicite ou abusive des savoirs traditionnels n'ayant aucune utilité sur le plan commercial ou industriel. Il paraît donc nécessaire de préciser la distinction entre l'objet fondamental considéré dans sa globalité et les aspects des savoirs traditionnels qui seraient protégés par des moyens juridiques particuliers. Il faut donc parvenir à concilier faisabilité et universalité.

¹¹⁰ Pour des observations techniques sur les conditions de fond de la protection, voir Brésil (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 220), Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240), République dominicaine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 215) et Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213).

74. Un certain nombre de lois *sui generis*, telles que la législation africaine type et les lois du Costa Rica, des Philippines et de la Thaïlande, ne précisent pas les conditions de protection des savoirs traditionnels. La loi type africaine et la loi du Costa Rica prévoient qu'elles sont déterminées au terme d'un processus consultatif mené par les autorités nationales compétentes. Les conditions de délivrance de titres *sui generis* prévues par les lois existantes sont notamment le caractère collectif de l'objet considéré, un lien avec la diversité biologique, la création et la mise au point par les peuples autochtones, la résidence du créateur des savoirs traditionnels dans le pays considéré, la création de l'élément de savoir traditionnel après une certaine date, l'enregistrement des savoirs traditionnels et une description permettant aux tiers de les utiliser. En vertu de la législation du Portugal, une protection complémentaire et plus étendue est conférée aux savoirs traditionnels non divulgués n'ayant fait l'objet d'aucune exploitation commerciale.

75. La rétroactivité de la protection peut créer des difficultés du fait que des tiers peuvent avoir déjà utilisé de bonne foi le matériel protégé en pensant qu'il était tombé dans le domaine public; les droits et intérêts de ces tiers doivent être respectés. Par ailleurs, le contexte traditionnel des savoirs suppose que les tenants de la protection souhaitent une certaine forme de rétroactivité. La limitation de la protection à la nouveauté commerciale est une façon de régler ce dilemme.

76. Les critères de protection qui supposent une certaine contribution de la part de la communauté traditionnelle peuvent être importants pour démontrer la légitimité du système – les savoirs traditionnels peuvent être les savoirs que la communauté détentrice considère elle-même comme un élément de son identité culturelle (au lieu de s'en remettre totalement à la décision d'un tiers). Cela supposerait un compromis entre légitimité et utilité – un système reposant sur un vaste processus interactif de consultation pour la détermination de la nature de chaque élément de savoir traditionnel peut être extrêmement souhaitable dans son principe mais se révéler trop contraignant à mettre en œuvre (notamment dans plusieurs pays). Un critère objectif permettant de déterminer la nature "traditionnelle" des savoirs pourrait devenir nécessaire.

Questions et options : conditions de protection

77. Pour déterminer les conditions que doivent remplir les savoirs traditionnels pour bénéficier de la protection, il peut être nécessaire de prendre en considération :

- la nécessité de la persistance du caractère traditionnel des savoirs, ou d'un lien constant avec une communauté traditionnelle;
- la question de l'appartenance des savoirs traditionnels au domaine public, y compris celle de la nouveauté commerciale, et les incidences générales de la rétroactivité de la protection;
- les avantages et coûts d'un système fondé sur le recensement, la fixation et l'enregistrement des savoirs traditionnels et ceux d'un système de reconnaissance automatique des droits; et
- la possibilité d'instaurer un processus consultatif auquel la communauté serait directement associée de façon à fonder les droits afférents aux savoirs traditionnels sur les contributions des détenteurs de ces savoirs eux-mêmes.

5 Nature des droits sur les savoirs traditionnels

78. Les droits associés aux savoirs traditionnels peuvent différer en fonction des principes juridiques sur lesquels ils reposent (voir l'analyse faite dans la section III)¹¹¹. Le droit de propriété intellectuelle est par essence un droit exclusif sur l'objet protégé, qui permet à son titulaire d'interdire certains modes d'utilisation (la teneur précise du droit d'interdiction reconnu au titulaire est exposée plus loin sous le titre "Étendue des droits"). D'autres droits peuvent être associés au système de propriété intellectuelle tout en se distinguant des droits conférés par ce dernier; ce sont notamment le droit à indemnisation lorsque les savoirs traditionnels sont utilisés par un tiers, le droit à être consulté avant tout accès aux savoirs traditionnels et le droit d'intenter des poursuites en cas de préjudice découlant d'une utilisation abusive des savoirs traditionnels (pratiques commerciales déloyales, divulgation d'informations confidentielles ou utilisation culturellement choquante des savoirs traditionnels).

79. La nature des droits conférés dépendra du ou des principes juridiques sur lesquels repose la protection. Les solutions ci-après pourraient notamment être envisagées :

- droits exclusifs sur les savoirs traditionnels proprement dits;
- droits procéduraux tels que le droit d'être consulté;
- droit à rémunération ou indemnisation;
- droits d'interdire certaines utilisations préjudiciables des savoirs traditionnels.

80. La nature exacte des droits définis dépendra beaucoup de la finalité de la protection et des objectifs globaux. Les droits relatifs aux savoirs traditionnels peuvent être axés sur l'utilisation non autorisée des savoirs en tant que tels, y compris les tractations commerciales portant sur des produits incorporant ces savoirs. Une solution pourrait consister à limiter les droits exclusifs aux utilisations des savoirs traditionnels d'où découle un avantage économique, sans assortir d'aucune restriction les utilisations de ces savoirs aux fins de la recherche et de l'enseignement. Cela serait compatible avec la notion de "nouveau commercial" en tant que critère de protection. Cela simplifierait aussi l'exercice et l'application des droits en permettant de cibler les secteurs où les risques de préjudice ou d'appropriation illicite sont les plus importants. Cependant, les préjudices qui, sans être d'ordre économique, sont néanmoins sérieux peuvent aussi justifier des prétentions. Il peut en être ainsi notamment en cas d'utilisations culturellement choquantes et dégradantes, d'utilisations de mauvaise foi et de comportements fallacieux et trompeurs. Les principes de la concurrence déloyale peuvent aussi offrir des garanties contre ces utilisations illégitimes.

6 Étendue des droits et exceptions

81. L'étendue des droits sera fonction du droit de regard que pourra exercer le titulaire sur les savoirs traditionnels protégés¹¹². C'est lui qui déterminera les activités que le titulaire est en droit d'interdire et les exceptions qui peuvent venir limiter l'exercice de ce droit. Les droits conférés sur les savoirs traditionnels pourraient notamment comprendre la faculté :

¹¹¹ Des observations techniques sur la nature des droits ont été remises par la Communauté européenne et ses États membres (OMPI/GRTKF/IC/1/8, annexe IV, page 8), l'Inde (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 140), la Norvège (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 133) et le Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 147).

¹¹² Pour des observations techniques sur l'étendue appropriée des droits et exceptions, voir Norvège (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 133) et Thaïlande (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par.135).

- d’interdire l’accès non autorisé aux savoirs traditionnels protégés, de même que leur enregistrement ou divulgation non autorisés;
- d’interdire l’utilisation commerciale non autorisée des savoirs traditionnels protégés;
- de s’opposer à toute prétention que pourraient faire valoir les tiers au titre de la propriété intellectuelle sur les savoirs traditionnels protégés;
- de s’opposer à l’utilisation culturellement choquante, dégradante ou inadaptée des savoirs traditionnels;
- de revendiquer une forme de droit moral, tel que le droit à l’intégrité des savoirs traditionnels et de la mention de leur source; ou
- de s’opposer aux pratiques fallacieuses ou trompeuses relatives à l’utilisation des savoirs traditionnels et à d’autres formes de concurrence déloyale associées à ces savoirs telles que l’enrichissement sans cause, les avantages commerciaux inéquitables ou l’imitation servile.

Il n’est pas nécessaire que ces droits fassent l’objet de dispositions *sui generis* indépendantes; dans de nombreuses législations nationales, ils ont dans la plupart des cas été mis en œuvre grâce à diverses associations des principes juridiques fondamentaux énoncés au paragraphe 44.a) à d). Il n’est pas nécessaire non plus que les détenteurs de savoirs traditionnels soient désignés comme titulaires de droits distincts pour pouvoir exercer ces droits, qui peuvent être invoqués par toute personne intéressée ou lésée, y compris les représentants des communautés et les autorités gouvernementales.

82. Les droits reconnus aux détenteurs de savoirs traditionnels peuvent aussi varier en fonction de la nature de ces savoirs. Les lois du Costa Rica et de l’Inde prévoient que l’étendue des droits sera déterminée en temps utile par l’autorité nationale compétente et, dans le cas du Costa Rica, dans le cadre d’un processus participatif. Trois lois confèrent deux catégories de droits qui diffèrent quant à leur portée : la loi type africains reconnaît les “droits intellectuels des communautés” et les droits des agriculteurs, qui n’ont pas la même portée, et les lois du Pérou et du Portugal reconnaissent des droits plus étendus si les savoirs traditionnels n’ont pas été divulgués, ne sont pas tombés dans domaine public ou répondent au critère de nouveauté commerciale. Dans l’idéal, la protection devrait aussi s’étendre aux coutumes et traditions des communautés subordonnant à l’autorisation de ces dernières les utilisations individuelles d’éléments des savoirs traditionnels à l’intérieur ou à l’extérieur de la communauté intéressée, ainsi qu’aux questions concernant la propriété, le droit aux avantages, les dommages-intérêts et le règlement des différends¹¹³.

83. Comme tous les autres droits de propriété intellectuelle (de même que tous les autres droits de propriété privés), les droits attachés aux savoirs traditionnels peuvent être limités ou assortis de conditions afin d’éviter tout préjudice injustifié aux intérêts de la société dans son ensemble et à d’autres intérêts légitimes. Les droits afférents aux éléments de savoirs traditionnels peuvent par conséquent être assortis d’exceptions, telles que l’usage par des tiers à des fins universitaires ou strictement privées ou l’octroi de licences obligatoires pour des raisons d’intérêt public. Ces exceptions ou restrictions peuvent aussi viser les intérêts des

¹¹³ Ces coutumes et traditions pourraient être décrites et enregistrées en même temps que les éléments des savoirs traditionnels, ce qui serait un gage de sécurité juridique, non seulement quant aux éléments appropriés des savoirs proprement dits mais aussi quant à leur partage au sein des communautés. Voir par exemple la loi *sui generis* du Panama.

tiers qui mettent au point des innovations fondées sur les savoirs traditionnels, conformément aux dispositions qui existent pour les brevets dépendants. En général, les exceptions et restrictions pouvant frapper les droits conférés visent notamment :

- les systèmes traditionnels d'échange de savoirs entre communautés;
- l'utilisation aux fins de la recherche ou à des fins personnelles et d'autres utilisations non commerciales;
- les mesures nécessaires à la préservation et à la mise en valeur des savoirs traditionnels, ainsi qu'à la promotion de l'innovation traditionnelle;
- la fabrication de médicaments traditionnels en vue d'un usage domestique ou dans des organismes de santé publique;
- la poursuite d'un usage préalable de bonne foi par des tiers;
- les mesures visant à préserver d'autres droits de propriété intellectuelle de toute restriction ou atteinte, et
- l'usage coutumier.

Options et questions : étendue des droits

84. Les options envisageables pour la détermination de l'étendue des droits découlant des mesures de protection des savoirs traditionnels pourraient notamment consister à :

- définir l'étendue des droits en précisant les activités des tiers se rapportant à des savoirs traditionnels protégés que le titulaire des droits ou la partie lésée est habilité à interdire;
- préciser dans quelle mesure il peut être nécessaire de reconnaître différents types de droits pour différentes catégories de savoirs traditionnels répondant à différents critères;
- faire en sorte que certains aspects de l'étendue des droits soient déterminés à l'aide d'un processus de consultation avec les détenteurs des savoirs traditionnels dans le cadre de la mise en œuvre des mesures envisageables, y compris par renvoi au droit coutumier; et
- définir les exceptions et restrictions justifiées quant à l'étendue des droits, telles que les exceptions au titre de l'usage coutumier des savoirs traditionnels, des activités de conservation et des activités de recherche.

7 Titulaires, propriétaires, dépositaires ou bénéficiaires des droits

85. Différentes notions de propriété et de titularité des droits peuvent s'appliquer aux savoirs traditionnels. Ces savoirs sont généralement considérés comme le produit collectif de la communauté détentrice, même si les auteurs d'innovation ou les détenteurs de savoirs traditionnels peuvent individuellement et personnellement bénéficier de droits distincts au sein de la structure communautaire. En règle générale, ce seraient donc les communautés – et non les individus – qui seraient investies des droits attachés aux savoirs traditionnels, bien que des droits (y compris les droits classiques de propriété intellectuelle) soient reconnus individuellement aux auteurs d'innovations ou aux créateurs d'œuvres originales¹¹⁴. Les

¹¹⁴ Pour des observations techniques sur la détermination des titulaires de droits, voir les déclarations de l'Afrique du Sud (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 225), du Brésil

titulaires de droits collectifs doivent être dotés de la personnalité morale aux fins des procédures judiciaires, y compris pour faire valoir leurs droits. Cette question revêt des dimensions internationales si le détenteur des savoirs traditionnels doit se voir reconnaître des droits à l'étranger. La Convention de Paris (article 7*bis*) prévoit déjà la protection des “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”.

86. Il n'est cependant pas nécessaire que la propriété intellectuelle soit détenue séparément par des titulaires de droits distincts. Les marques collectives et les marques de certification peuvent être protégées au nom d'un groupe de bénéficiaires. Certaines formes de protection de la propriété intellectuelle, telles que les indications géographiques, n'exigent pas non plus de propriétaires “distincts” et peuvent être administrées par l'État, au nom de groupes de producteurs remplissant les conditions requises. Lorsque le “droit” attaché aux savoirs traditionnels se résume essentiellement à celui de pouvoir demander certaines réparations et mesures judiciaires, il n'est pas toujours indispensable de désigner un titulaire particulier, et il est parfois possible de déterminer les parties intéressées ou lésées qui ont qualité pour entreprendre des poursuites. Les normes internationales illustrent cette approche lorsqu'elles font état des obligations de s'assurer que les “personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher” certaines actions¹¹⁵, de prévoir “les moyens juridiques qui permettent aux parties intéressées d'empêcher” certaines actions¹¹⁶ et de “prévoir des mesures pour permettre aux syndicats et associations ... d'agir en justice ou auprès des autorités administratives”¹¹⁷.

87. De même, les législations nationales sur les savoirs traditionnels ne définissent pas toujours les bénéficiaires de la protection comme les titulaires de droits de propriété incorporelle distincts, bien que certaines établissent des droits distincts, soit par l'enregistrement soit par la protection automatique. Quatre lois désignent les titulaires de droits par des formules telles que “communautés locales”, “peuples autochtones” ou une association de celles-ci. Le règlement chinois sur la protection des variétés de la médecine traditionnelle chinoise fait uniquement état des “fabricants”, ce qui illustre bien le cadre général dans lequel s'inscrit cette réglementation en ce qui concerne le secteur manufacturier. La loi indienne ne définit pas les titulaires de droits mais les “bénéficiaires”, terme qui englobe les “créateurs et détenteurs de savoirs et d'informations touchant aux ressources biologiques”. D'autres lois comportent des définitions non limitatives telles que “toute personne ayant fait enregistrer ses droits de propriété intellectuelle sur des données médicinales traditionnelles thaïlandaises” et “toute personne physique ou morale, tant publique que privée, portugaise ou étrangère”. Enfin, la loi du Costa Rica prévoit que le titulaire des droits de propriété intellectuelle *sui generis* des communautés est déterminé par un processus participatif. Une autre solution, quant à l'attribution de droits aux

[Suite de la note de la page précédente]

(WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 210), de la Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240), de la Fédération de Russie (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 144), du groupe des pays africains (WIPO/GRTKF/IC/3/5, annexe, page 5, par. 1.c)), de la Thaïlande (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 135), du Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 216) et de la Zambie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 232).

¹¹⁵ Article 39 de l'Accord sur les ADPIC.

¹¹⁶ Article 22 de l'Accord sur les ADPIC.

¹¹⁷ Article 10*ter* de la Convention de Paris.

communautés, serait de faire de l'État le conservateur des intérêts et des droits des détenteurs de savoirs traditionnels, qu'il exercerait pour leur compte et dans leur intérêt¹¹⁸; d'après certaines lois sur la concurrence déloyale et les indications géographiques, il appartient à l'État de faire directement valoir les intérêts des communautés.

88. Bien que la protection des savoirs traditionnels soit généralement considérée comme une question de droits collectifs, elle peut néanmoins être conférée à des individus dans un système de savoirs traditionnels. Le droit coutumier peut par conséquent contribuer à permettre de déterminer les modalités d'attribution des droits et avantages au sein de la communauté. La loi panaméenne offre un exemple d'intégration du droit coutumier dans un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels¹¹⁹.

89. En résumé, la détermination du titulaire de droits ou du bénéficiaire des droits attachés aux savoirs traditionnels peut exiger trois éléments :

- le titulaire de droits ou l'entité demandant l'application de sanctions juridiques doit être reconnu en droit comme doté de la personnalité morale – ce qui peut supposer la reconnaissance d'une communauté traditionnelle collective comme entité juridique distincte; la communauté détentrice des savoirs peut aussi désigner une personne morale distincte (association, représentant légal, administrateur, société ou administration publique) comme titulaire de droits dans le cadre d'une fiducie;
- le titulaire de droits peut avoir à satisfaire à certains critères précis (par exemple être une communauté autochtone ou locale); et
- un lien suffisant doit être établi entre le titulaire de droits et les savoirs traditionnels protégés; ce lien devrait normalement être défini par le droit coutumier ou les pratiques communautaires, ou du moins être compatible avec ceux-ci.

Questions et options : titulaires et bénéficiaires de droits

90. Les solutions permettant de déterminer le propriétaire, le dépositaire ou le bénéficiaire aux fins de la protection des savoirs traditionnels peuvent notamment consister à :

- déterminer les groupes, communautés ou bénéficiaires pouvant prétendre à la protection;
- exiger un lien déterminé entre les savoirs traditionnels et les bénéficiaires de la protection de ces savoirs;
- prévoir que les titulaires et bénéficiaires de droits seront déterminés par un processus consultatif dans le cadre de la mise en œuvre de la loi; et
- définir une forme de propriété et de conservation collective ou communautaire, fondée sur les modèles juridiques offerts par les législations nationales et sur l'expérience des objets de propriété intellectuelle détenus collectivement tels que les marques collectives et les indications géographiques, et s'inspirer du droit coutumier applicable.

¹¹⁸ Cette approche rappelle dans une certaine mesure une autre disposition de droit international, à savoir l'article 15.4)a) de la Convention de Berne.

¹¹⁹ Voir l'article 15 de la loi n° 20 du Panama.

8 Expiration et perte des droits

91. La question de la durée des droits est généralement essentielle pour parvenir à une solution équilibrée quant à la protection des savoirs traditionnels¹²⁰. Les débats consacrés aux savoirs traditionnels ont fait ressortir la nécessité d'envisager une protection intergénérationnelle s'étendant sur une plus longue durée et c'est là l'un des arguments avancés pour leur protection par des moyens *sui generis* de préférence aux législations classiques sur la propriété intellectuelle. C'est pourquoi un certain nombre de lois *sui generis* ne comportent aucune disposition expresse sur l'expiration et la perte des droits. La loi type africaine, par exemple, prévoit que les droits intellectuels communautaires sont inaliénables (art. 23.1)). Les lois chinoise, portugaise et thaïlandaise prévoient des durées particulières de protection allant de sept à 30 ans, ou fixées à 50 ans à compter de la demande de reconnaissance des droits ou du décès du titulaire. En outre, aux termes des lois chinoise et portugaise, la protection peut être reconduite. Si la protection des savoirs traditionnels est conférée à partir d'un acte initial d'exploitation commerciale (par exemple pour une durée déterminée calculée à partir de la première exploitation commerciale du savoir traditionnel protégé, et renouvelable par un certain nombre de périodes successives), il serait envisageable de fixer une date d'expiration, à condition que celle-ci s'applique exclusivement aux éléments des savoirs traditionnels susceptibles d'application commerciale ou industrielle, et non au contexte global dans lequel ils s'inscrivent. D'autres lois prévoient l'expiration des droits attachés aux savoirs traditionnels dès que la communauté dont ils sont issus a cessé de s'identifier à ces savoirs.

Questions et options : durée de la protection

92. La durée ou d'autres conditions d'expiration des droits attachés aux savoirs traditionnels peuvent être déterminées en fonction des possibilités ci-après, qui peuvent coexister au sein d'un seul et même cadre général de protection :

- la possibilité d'instaurer des droits inaliénables et imprescriptibles, par exemple par rapport au droit d'intenter des poursuites contre des activités préjudiciables ou dommageables et de s'opposer aux droits de propriété intellectuelle illégitimes des tiers;
- la possibilité d'instaurer une durée limitée pour certaines formes de protection, par exemple pour la protection des aspects ou éléments des savoirs traditionnels considérés comme importants pour les échanges et le développement culturel ou ayant été exploités commercialement ou industriellement par les détenteurs de ces savoirs;
- la possibilité d'instaurer des droits qui seraient frappés de déchéance dès que la communauté d'origine aurait cessé de s'identifier aux savoirs traditionnels, ou dès que ces savoirs auraient cessé d'être protégés dans leur pays d'origine;
- la possibilité d'instaurer un double système pour permettre de concilier divers intérêts légitimes en prévoyant l'expiration des droits sur des éléments ayant été exploités commercialement.

¹²⁰ Pour des observations techniques sur l'expiration et la perte des droits, voir Brésil (OMPI/GRTKF/IC/2/14, annexe, par. 15), Communauté andine (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 240), Fidji (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 236), Thaïlande (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 216) et Zambie (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 232).

9 Sanctions et mesures d'application

93. La protection des savoirs traditionnels exige des mesures rapides et efficaces telles qu'injonctions et sanctions pénales, ou des mécanismes d'indemnisation tels que redevances ou autres modes de rémunération lorsque l'utilisation par des tiers n'est pas frappée d'interdiction absolue. Les détenteurs de savoirs traditionnels peuvent être confrontés à des problèmes pratiques pour faire respecter leurs droits, d'où l'idée d'établir un mécanisme distinct permettant d'administrer les droits de manière collective ou réciproque ou de charger plus particulièrement des organismes publics de surveiller les atteintes aux droits et de poursuivre leurs auteurs.¹²¹ La plupart des lois *sui generis* prévoient que les atteintes à la loi sont punies de sanctions telles mises en demeure ou sommations, amendes, confiscation de produits issus des savoirs traditionnels, annulation ou révocation de l'autorisation d'accès aux savoirs traditionnels, etc. Deux lois (loi type africaine et loi des Philippines) prévoient plus particulièrement le recours au droit coutumier pour l'application de sanctions et de mesures propres à assurer le respect de la protection des savoirs traditionnels. La difficulté de recourir au système juridique en vigueur, et ce éventuellement dans plusieurs pays, et à une mosaïque de différentes mesures de réparation peut expliquer en pratique la nécessité de disposer d'un mode adapté de règlement extrajudiciaire des litiges, tel que la médiation ou l'arbitrage, qui permette de tenir compte de la limitation des ressources des détenteurs de savoirs traditionnels, de leurs préoccupations liées aux enjeux culturels et aux règles coutumières et de leur intérêt à disposer de moyens de recours appropriés.

Questions et options : recours et gestion des droits

94. Pour mettre en place des moyens de recours efficaces, il peut être nécessaire d'étudier
- les procédures judiciaires et extrajudiciaires de règlement des litiges qui seraient le plus adaptées aux besoins des détenteurs de savoirs traditionnels, compte tenu des ressources limitées dont ils disposent;
 - les systèmes envisageables de gestion collective des droits et de répartition équitable des avantages découlant de l'accès aux savoirs traditionnels et de leur utilisation;
 - le rôle des pouvoirs publics quant au suivi et au respect de la protection des savoirs traditionnels.

10 Protection défensive

95. Certaines lois *sui generis* en vigueur font état d'objectifs relevant d'une protection défensive, qui reste néanmoins généralement secondaire par rapport à la protection positive des savoirs traditionnels. Certaines lois prévoient des mesures défensives sous la forme de renseignements recueillis dans des registres de savoirs traditionnels divulgués (loi type africaine et lois du Costa Rica, des États-Unis d'Amérique et du Pérou). Ces mesures sont exposées et analysées en détail dans les documents WIPO/GRTKF/IC/5/6 et WIPO/GRTKF/IC/6/8.

11 Lien avec les régimes d'accès et de partage des avantages

¹²¹ Voir Venezuela (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 213).

96. Certains savoirs traditionnels sont étroitement associés aux ressources biologiques et génétiques, notamment lorsque celles-ci sont liées à des modes de vie et pratiques traditionnels. Dans plusieurs lois en vigueur, la protection *sui generis* des savoirs traditionnels repose sur la réglementation de l'accès aux ressources biologiques. En vertu de certaines lois, l'accès aux savoirs traditionnels est autorisé par l'autorité nationale compétente¹²². Même si, en dernier ressort, l'accès est autorisé par l'État, la communauté autochtone ou locale, ou le détenteur des savoirs traditionnels, peut, aux termes de certaines lois, refuser l'accès à ces savoirs¹²³. Dans deux cas, les conditions d'accès diffèrent en fonction de l'utilisation pour laquelle l'accès est demandé¹²⁴ et deux lois écartent expressément l'application de la réglementation relative à l'accès à l'égard de nombreuses utilisations relevant de l'usage coutumier des savoirs traditionnels¹²⁵. Des conditions particulières d'accès aux savoirs traditionnels peuvent s'appliquer à certaines institutions nationales¹²⁶.

97. Certains régimes d'accès permettent donc de maîtriser l'utilisation des savoirs traditionnels et d'assurer le partage des avantages sans créer de droits exclusifs sur ces savoirs. Cette solution peut être retenue pour certains types de savoirs traditionnels liés à la biodiversité, lorsqu'un droit de propriété privée est jugé inadapté, lorsque l'identité du détenteur des savoirs ne peut être déterminée ou lorsqu'il n'est pas possible d'exercer ou de faire respecter des droits de propriété. Dans ces cas, la réglementation relative à l'accès offre une possibilité de contrôler l'utilisation des savoirs traditionnels par des tiers et d'assurer le partage équitable des avantages qui n'est pas subordonnée ni limitée aux éléments novateurs des systèmes de savoirs traditionnels. En outre, la réglementation de l'accès doit être coordonnée avec celle de l'accès de l'État aux ressources génétiques, que ces ressources soient ou non liées aux savoirs traditionnels.

98. La réglementation relative à l'accès à la biodiversité qui s'étend aux savoirs traditionnels pourrait être inspirée des principes du consentement préalable éclairé mis au point à l'échelon international (en particulier dans les lignes directrices de Bonn) pour :

- assurer la sécurité et la clarté juridiques;
- réduire au minimum les frais de transaction liés aux procédures d'accès;
- faire en sorte que les restrictions d'accès soient transparentes, juridiquement fondées et ne conduisent pas à faire obstacle à la transmission des savoirs traditionnels ni à mettre en danger les traditions;
- obtenir le consentement de l'autorité ou des autorités nationales compétentes du pays fournisseur ainsi que celui des parties prenantes intéressées, telles que les communautés autochtones et locales, selon les besoins et sous réserve de la législation nationale.

99. Enfin, la mesure *sui generis* et ses textes d'application pourraient préciser certains éléments fondamentaux d'un système d'accès, à savoir :

¹²² Voir l'art. 4.1)xi) et 4.1)x), de la loi type africaine, l'art. 11.IV)b) de la mesure provisoire brésilienne, l'art. 62 de la loi du Costa Rica sur la biodiversité, l'art. 3.1) de la loi indienne sur la biodiversité et l'art. 7.1) du décret-loi n° 118 du Portugal.

¹²³ Voir la législation type africaine, la mesure provisoire brésilienne, la loi du Costa Rica sur la biodiversité, la loi du Pérou et le décret-loi du Portugal.

¹²⁴ Lois du Pérou et du Portugal.

¹²⁵ Article 2.2)ii) de la loi type africaine et article 7 de la loi indienne sur la biodiversité.

¹²⁶ Mesure provisoire brésilienne et loi indienne sur la biodiversité.

- la ou les autorités compétentes pour autoriser l'accès;
- le calendrier et les délais applicables;
- l'utilisation envisagée;
- les procédures d'obtention du consentement préalable éclairé;
- le mécanisme de consultation des parties prenantes concernant l'accès.

Questions et options : lien avec les régimes d'accès

100. Il peut être nécessaire de coordonner toute démarche globale concernant les mesures de protection des savoirs traditionnels avec les structures juridiques de réglementation de l'accès aux ressources génétiques. Tel est notamment le cas si la protection des savoirs traditionnels est liée à l'application du principe du consentement préalable éclairé pour l'accès et l'utilisation de certains éléments des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques. En pratique, l'application du principe du consentement préalable éclairé aux savoirs traditionnels peut nécessiter :

- la coordination des travaux du comité avec ceux de la CDB concernant l'accès et le partage des avantages;
- l'examen des responsabilités et rôles respectifs de l'État, des communautés autochtones et locales et des propriétaires ou dépositaires éventuels d'éléments des savoirs traditionnels quant à l'octroi du consentement préalable éclairé à l'égard de certains actes se rapportant à ces savoirs, tels que divulgation, reproduction et utilisation de certains de leurs éléments;
- coordination avec le régime d'accès applicable aux ressources génétiques;
- clarification des principes fondamentaux de la réglementation de l'accès, tels que consentement préalable éclairé, sécurité juridique, réduction des frais de transaction et transparence des restrictions d'accès;
- examen des choix qui s'offrent pour définir les éléments fondamentaux d'un système d'accès, y compris les procédures de consentement préalable éclairé, la désignation des autorités nationales compétentes, les mécanismes de consultation des parties prenantes, les calendriers et délais et la description de l'utilisation; et
- dérogation à l'application des restrictions d'accès et du principe du consentement préalable éclairé en faveur de l'usage coutumier des savoirs traditionnels.

101. Tel est l'inventaire initial des principaux éléments et options à prendre en considération pour la protection des savoirs traditionnels. Ces éléments sont énumérés dans les paragraphes qui précèdent sur la base des débats et documents antérieurs du comité mais ne sauraient constituer qu'un point de départ pour l'examen technique de la question de la protection des savoirs traditionnels par ce dernier. Ils ne font nullement autorité quant à l'analyse des questions en cause ni ne préjugent de plus larges décisions de principe concernant la nécessité et les composantes d'éventuelles mesures *sui generis* de protection des savoirs traditionnels.

102. Afin de faire progresser les travaux du comité, il serait envisageable d'approfondir le travail d'analyse et la comparaison des expériences et préoccupations nationales qui ont guidé les choix sur les questions recensées dans la présente section. Cette démarche permettrait, quant à elle, d'orienter l'action future du comité en vue de l'élaboration de ces options et éléments sous la forme d'un programme commun de protection des savoirs traditionnels.

V. CONCLUSIONS

103. Le présent document est fondé sur l'expérience pratique, d'où il ressort que les droits de propriété intellectuelle et les mesures *sui generis* existantes ne sont pas nécessairement des solutions incompatibles pour la protection des savoirs traditionnels mais doivent au contraire être associés pour mettre en place un cadre de protection global adaptable et approprié. Il s'ensuit que la meilleure solution pour la mise en place d'un programme commun de protection pourrait consister à associer de multiples instruments juridiques afin d'adapter la protection des savoirs traditionnels aux spécificités de chaque situation nationale et à la diversité de ces savoirs ainsi que des besoins, des priorités et des ressources de leurs détenteurs. Le comité pourrait envisager de mettre au point un programme de protection globale des savoirs traditionnels, fondé sur des objectifs généraux et des principes fondamentaux communs et complété par un arsenal de mécanismes juridiques détaillés, annotés et explicités, qui pourrait offrir un moyen souple et adaptable d'atteindre les objectifs communs dans le cadre de la législation nationale et en consultation avec les détenteurs de savoirs traditionnels et les bénéficiaires envisagés de la protection. Afin de faciliter la mise au point de cette liste annotée, le présent document expose des options pour la protection des savoirs traditionnels qui associent différents principes juridiques et moyens d'action dans un ensemble de mesures adaptées à cette protection. Ces options prévoient notamment le recours aux mécanismes existants de la propriété intellectuelle, ou à des adaptations de ces mécanismes, à des mesures *sui generis*, aux principes de la concurrence déloyale et aux moyens mis en œuvre dans des secteurs apparentés, tels que les principes de la responsabilité et du consentement préalable éclairé. Toutes ces mesures auraient pour dénominateur commun un ensemble de principes et objectifs essentiels en matière de protection des savoirs traditionnels.

104. Le présent document est aussi axé sur l'étude de certains des objectifs et principes généraux qui ont présidé à l'application de la protection de la propriété intellectuelle des savoirs traditionnels dans de nombreux États membres. Plus généralement, ces principes et objectifs sont étroitement liés aux principes fondamentaux de la propriété intellectuelle. Ce document vise donc à permettre au comité de déterminer plus facilement les objectifs et principes fondamentaux qui devraient permettre d'orienter les futurs travaux de l'OMPI, le dialogue sur la politique à mener, les mesures de renforcement des capacités et la coopération technique dans l'optique de la protection des savoirs traditionnels. Cet exposé des principes fondamentaux pourrait être complété par une description des lignes d'action possibles et des mécanismes juridiques envisageables pour la protection des savoirs traditionnels, fondée sur l'ensemble des solutions déjà examinées par le comité, et accompagnée d'une analyse succincte des incidences politiques et pratiques de chaque option. Cette analyse pourrait aussi préciser les recoupements et points communs entre les régimes de protection fondés sur les dispositions classiques de la propriété intellectuelle, d'une part, et des solutions *sui generis*, d'autre part, et le rapport entre les modes de protection inspirés de la propriété intellectuelle et les autres. Cet exposé et cette analyse offriraient un schéma succinct pour les futurs travaux de fond, y compris les décisions de principe au niveau national, la coopération régionale et l'assistance technico-juridique de l'OMPI. Ils permettraient aussi de disposer d'un cadre clairement défini pour la poursuite du dialogue international sur les lignes d'action envisageables, la coordination internationale de la protection des savoirs traditionnels et l'élaboration d'un programme international de protection des savoirs traditionnels au cas où le comité déciderait de conclure la phase actuelle de ses travaux sur ce résultat concret.

105. *Le Comité intergouvernemental est invité à*

- i) étudier le contenu du présent document;*
- ii) étudier les possibilités d'axer ses travaux, en les accélérant, sur la protection des savoirs traditionnels, notamment en élaborant des avant-projets de textes consacrés à
 - un aperçu des objectifs généraux et des principes fondamentaux de la protection des savoirs traditionnels;*
 - un exposé des grandes options envisageables et des éléments juridiques de la protection des savoirs traditionnels, accompagné d'une analyse succincte des incidences politiques et pratiques de chaque option et élément.**

[Fin du document]