

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/9/8

ORIGINAL : anglais

DATE : 15 mars 2006

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

F

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

Neuvième session
Genève, 24 – 28 avril 2006

**LA RECONNAISSANCE DES SAVOIRS TRADITIONNELS
DANS LE SYSTEME DES BREVETS : PROJET INTERIMAIRE**

Document établi par le Secrétariat

I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE

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

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

septième session du comité. Un premier projet de recommandations a été présenté au comité à sa huitième session, sous la cote WIPO/GRTKF/IC/8/8. Le présent document est un nouveau projet, fondé sur les progrès de l'expérience des administrations des brevets en ce qui concerne la reconnaissance des savoirs traditionnels, sur d'autres faits signalés et sur les opinions et commentaires des membres du comité. Il tient compte également des réponses au questionnaire, réunies dans le document WIPO/GRTKF/IC/9/INF/6.

3. Conformément aux délibérations qui ont eu lieu jusqu'ici et aux précédents documents de la présente série, ce projet est présenté comme document d'information et ne saurait préjuger des questions juridiques qui pourraient se poser à l'échelon national ou international, ni des négociations qui pourraient avoir lieu ou des conclusions et décisions de fond qui pourraient être formulées à l'OMPI ou au sein de toute autre instance. Il est donc suggéré au comité d'envisager de poursuivre le processus d'examen et de rédaction du présent document.

4. Le comité est invité : i) à examiner le nouveau projet de recommandations à l'intention des administrations des brevets présenté à l'annexe ci-dessous; ii) à présenter des commentaires, suggestions, études de cas et autres informations afin d'apporter de nouvelles améliorations au présent projet, en tenant compte du fait que le présent document est purement informatif et ne saurait préjuger des questions juridiques qui pourraient se poser ni des négociations qui pourraient avoir lieu à l'OMPI ou au sein de toute autre instance; et iii) à demander que de nouvelles réponses soient apportées au document WIPO/GRTKF/IC/Q.5 (Questionnaire sur la reconnaissance des savoirs traditionnels et des ressources génétiques dans le système des brevets) avant le 30 mai 2006, afin de permettre la préparation d'un recueil final des réponses à ce questionnaire.

[L'annexe suit]

ANNEXE*

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

Le présent projet intérimaire est présenté à seule fin de servir de base aux délibérations et consultations en cours. Il a besoin de nouvelles améliorations et d'un nouvel examen, notamment des informations concrètes fondées sur les diverses contributions apportées par les États membres, qui figurent dans le document WIPO/GRTKF/IC/Q.5 (Questionnaire sur la reconnaissance des savoirs traditionnels et des ressources génétiques dans le système des brevets) : voir document WIPO/GRTKF/IC/9/INF/6.

I. PRÉSENTATION GÉNÉRALE

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

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

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

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

II. CONTEXTE : LES SAVOIRS TRADITIONNELS ET LE SYSTÈME DES BREVETS

Quelques points de vue sur les savoirs traditionnels

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"Les Indiens d'Amazonie savent depuis des siècles que l'écorce de quinquina peut servir à traiter le paludisme et d'autres fièvres. Ils l'utilisaient sous la forme de poudre d'écorce. En 1820, des scientifiques français ont découvert que l'élément actif, un

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

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

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

alcaloïde appelé quinine, pouvait être extrait et utilisé plus efficacement sous la forme de sulfate de quinine. En 1944, la structure de la molécule de l'alcaloïde (C₂₀H₂₄N₂O₂) a été découverte. Cela signifiait que la substance pouvait être synthétisée.

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

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

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

Intérêt pour le système des brevets

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

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

intellectuelle. Certains détenteurs de savoirs traditionnels ont déclaré que ces notions divergentes de processus novateur et de propriété de savoirs constituent des raisons de préférer ne pas utiliser le système des brevets pour protéger leurs inventions. Certains détenteurs de savoirs traditionnels utilisent le système des brevets pour protéger des innovations au sein de systèmes de savoirs traditionnels mais la majorité d'entre eux n'utilisent pas le système des brevets. C'est la raison pour laquelle une grande partie des savoirs traditionnels présentant un intérêt aux fins de la brevetabilité des inventions revendiquées ne seront pas divulgués dans les recherches sur la documentation en matière de brevets.

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

Objet des débats en cours

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

Qu'est-ce que la protection défensive?

13. La "protection défensive" des savoirs traditionnels renvoie à des stratégies visant à empêcher l'acquisition de droits de propriété intellectuelle sur des savoirs traditionnels ou des ressources génétiques par d'autres parties que les gardiens habituels de ces savoirs ou ressources. La protection défensive comporte des aspects juridiques et des aspects pratiques. L'aspect juridique consiste à déterminer si le savoir traditionnel est reconnu en tant qu'état de la technique selon la législation sur les brevets du pays concerné. Les questions juridiques peuvent comprendre notamment la reconnaissance de savoirs transmis oralement, ce qui permettra de fixer une date précise de divulgation au public du savoir écrit ou oral et de déterminer si le savoir traditionnel a été divulgué de telle manière qu'il a permis au lecteur de mettre en œuvre la technologie concernée. L'aspect pratique consiste à faire en sorte que l'information soit mise à la disposition des administrations chargées de la recherche et des examinateurs de demandes de brevet, et qu'elle leur soit effectivement accessible (grâce,

notamment, à une indexation ou à un classement), afin de multiplier les chances de la trouver lors d'une recherche sur l'état de la technique pertinent. Ces deux aspects sont traités de manière approfondie dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/6. Plusieurs mécanismes pratiques de protection défensive ont été mis en œuvre au niveau international. (Un résumé récent figure dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/8.).

Préoccupations relatives à la protection défensive

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

Quelques définitions

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

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

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

Quelques cas de figure

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

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

Protection défensive des ressources génétiques

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

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

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

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

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

⁷ Le texte du Traité a été présenté à la Deuxième session du Comité intergouvernemental sous la cote WIPO/GRTKF/IC/2/INF.2, et est accessible sur le site <http://www.wipo.int/eng/meetings/2001/igc/doc/grtkfic2_inf2.doc>

Exemple d'un cultivar d'un champ de haricots

20. Le présent exemple est simplement cité pour illustrer les questions pratiques qui peuvent se poser à l'occasion de l'examen et de la délivrance d'un brevet concernant des inventions faisant usage de ressources génétiques. La question de savoir si un brevet particulier est valide ou non est uniquement une question de droit national (ou, le cas échéant, de droit régional), à trancher par les autorités nationales ou régionales compétentes. Cet exemple concerne le brevet 5 894 079 des États-Unis, délivré le 13 avril 1999 et intitulé "Cultivar de champ de haricots dénommé enola". Ce brevet a été accordé pour un nouveau cultivar de haricot (*Phaseolus vulgaris* L.) qui produit un grain nettement jaune avec un hile jaune qui reste relativement le même dans le temps. L'invention a trait également à une méthode de production d'un cultivar de champ de haricots en croisant un premier parent de ce végétal avec un second parent, où le premier ou le second végétal est l'objet de l'invention.⁸

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

22. En 2000, le directeur général du CIAT a indiqué que le "haricot Enola est proche de plusieurs variétés de haricot à grains jaunes déposées dans la collection détenue en fiducie au Centre", et que le CIAT "continuera de distribuer gratuitement ce germoplasme dans le cadre de l'Accord FAO-GCRAI".¹¹ Le CIAT-BRU a utilisé des microsattellites (forme de marqueur moléculaire) pour examiner 21 lignées de haricot provenant des collections du CIAT à grains

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

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

¹⁰ CGRFA-9/02/Inf.7, page 2.

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

et hile jaunes. Il est alors apparu que “Enola” était génétiquement très proche des collections G22227 et G14024 du CIAT. La collection G22227 est une lignée provenant du Nord-Ouest du Mexique et G14024, également connue sous le nom de “Peruano”, est une lignée de haricots que le CIAT a obtenue du Mexique mais qui, initialement, provenait du Pérou. Le CIAT-BRU a aussi démontré que “Enola” possédait de la phaséoline “T”, un marqueur commun parmi les formes sauvages et les variétés naturelles des Andes centrales péruviennes.¹²

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

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

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

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

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

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

¹³ Voir document CGRFA-9/02/Inf.7.

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

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

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

IV. CONTEXTE DU PROJET DE RECOMMANDATIONS

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

i) aider les administrations de brevets à examiner et à mettre au point des procédures garantissant que les savoirs traditionnels pertinents seront pris en considération au cours du traitement des demandes de brevets, ce qui devrait permettre d'augmenter la probabilité que les brevets délivrés soient valables;

ii) fournir un outil de formation et de sensibilisation aux examinateurs de brevets, aux spécialistes des brevets, aux chercheurs et aux entreprises innovantes, aux représentants des communautés, aux représentants de la société civile et à d'autres parties concernées par la validité des brevets délivrés;

iii) fournir des conseils pratiques concernant spécifiquement les cas où des détenteurs de savoirs traditionnels prennent en connaissance de cause la décision de fixer certains éléments de leurs savoirs traditionnels à des fins de publication défensive (conseils

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

complétant le manuel sur la préservation des intérêts des détenteurs de savoirs traditionnels au cours de la fixation de ces savoirs);

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

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

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

V. OBJECTIF

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

Recommandations proposées

29. Les recommandations suivantes pourraient être faites :

i) les administrations de brevets devraient prendre des initiatives spécifiques et systématiques pour s'assurer que les brevets délivrés sont valables eu égard aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques, ainsi qu'aux systèmes de savoirs traditionnels pertinents; et

ii) les administrations de brevets devraient s'inspirer à cet effet des recommandations et principes directeurs ci-après dans leurs procédures de recherche et d'examen.

VI. DESCRIPTION SUCCINCTE DES QUESTIONS

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

31. Les questions suivantes pourraient notamment être examinées :

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

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

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

Recommandations proposées

34. Les recommandations suivantes pourraient être faites :

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

VII. DESCRIPTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS

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

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

Recommandations proposées

37. Les recommandations suivantes pourraient être faites :

i) les examinateurs de brevets devraient être formés et sensibilisés aux savoirs traditionnels et à leurs systèmes, si possible en prévoyant une formation directement dispensée par des détenteurs de ces savoirs travaillant dans un contexte traditionnel dans le pays où est établie l'administration des brevets concernée;

ii) les administrations devraient établir une analyse ou une synthèse des systèmes et des savoirs traditionnels à prendre en considération aux fins des critères de brevetabilité, afin d'informer ou de sensibiliser les examinateurs travaillant dans les domaines de la technique pertinents.

VIII. QUESTIONS JURIDIQUES RELATIVES AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET À LA NOUVEAUTÉ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²¹ WIPO/GRTKF/IC/6/8, paragraphe 19.

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

Recommandations proposées

42. Les recommandations suivantes pourraient être faites :

i) appeler les administrations de brevets à tenir pleinement compte de la diversité des contextes lorsqu'elles évaluent la validité d'un brevet, et notamment à interpréter les documents et les publications du point de vue du contexte traditionnel pertinent et de l'enseignement qui serait clair pour un détenteur du savoir traditionnel concerné; et

ii) exposer, à titre indicatif, des moyens concrets d'y parvenir, en notant que la façon de procéder adoptée devrait rester dans les limites existantes du droit des brevets en vigueur.

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

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

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

Chine : Si un élément de savoir traditionnel (notamment d'un savoir traditionnel lié à certaines ressources génétiques) est considéré comme étant à la disposition du public en dehors de la communauté qui détient initialement le savoir traditionnel en question, autrement dit, est considéré comme état de la technique, mais que les compétences permettant d'interpréter ou de pratiquer la technique correspondant à ce savoir traditionnel n'existent que

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

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

dans la seule communauté, notre pratique est la suivante : si les savoirs traditionnels pertinents sont systémiques, comme par exemple, notre Médecine Zang, la personne du métier a une notion élémentaire de ces savoirs, ce qui signifie que l'examineur doit acquérir une certaine connaissance élémentaire de ce système de savoirs traditionnels; si les savoirs traditionnels pertinents sont épars et l'examineur estime qu'il lui est difficile de les acquérir, l'examineur peut demander au demandeur de lui fournir des informations générales afin de rendre la demande suffisamment claire.

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

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

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

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

Trinité-et-Tobago : une personne ayant une connaissance moyenne de la technique est nécessaire. Les compétences permettant d'interpréter ou de pratiquer la technique correspondant à ce savoir traditionnel ne pourraient être considérées comme limitées à une communauté que si le savoir reste tacite, c'est-à-dire non divulgué de façon détaillée à l'extérieur de cette communauté. Une fois que le savoir devient explicite, on peut supposer que toute personne ayant une connaissance moyenne de la technique et accès au savoir explicite peut utiliser cette technique. Si le savoir reste tacite, c'est-à-dire limité à une

communauté, il reste considéré comme du domaine public même s'il s'agit d'un public plus limité. Il ne peut certes pas être considéré comme secret. On peut aussi supposer que les membres de la communauté qui détient ce savoir ont accès à d'autres savoirs explicites révélés hors de leur communauté, ce qui ajoute une autre dimension à la non-évidence, qui est souvent considérée par rapport à une personne extérieure ayant une connaissance moyenne de la technique.

Recommandations proposées

45. Les recommandations suivantes pourraient être faites :

i) les administrations et les examinateurs de brevets devraient prendre en considération de manière suffisante le contexte traditionnel dans l'évaluation de la non-évidence des inventions revendiquées (ou de l'existence d'une activité inventive); et

ii) les administrations de brevets devraient tenir compte des incidences du contexte pratique des savoirs traditionnels et des pratiquants et détenteurs de ces savoirs aux fins de la détermination de "l'homme du métier".

X. AUTRES QUESTIONS JURIDIQUES POTENTIELLES

46. Cette section traite des autres questions juridiques susceptibles de se poser dans la reconnaissance des savoirs traditionnels, telles que la qualité d'inventeur et le droit de déposer une demande de brevet. Elle illustre leur incidence potentielle pour les systèmes de savoirs traditionnels et pour les brevets relatifs à des inventions qui sont des savoirs traditionnels, qui utilisent de tels savoirs ou qui s'en inspirent d'une autre manière.

47. Cette analyse reposerait sur une série de cas de figure afin d'appeler l'attention sur les questions susceptibles de se poser. Il s'inspirerait également de l'examen de ces questions dans le document intitulé "Étude technique concernant les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels".

Recommandations proposées

48. Les recommandations suivantes pourraient être faites :

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

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

49. Cette section présente les possibilités concrètes d'étendre le champ des savoirs traditionnels qui font effectivement l'objet d'une recherche et qui sont dûment pris en considération au cours du traitement des demandes de brevet. Elle appelle en particulier l'attention sur les diverses sources de documentation concernant les savoirs traditionnels qui peuvent être déjà disponibles à des fins de recherche, notamment la Bibliothèque numérique relative aux savoirs traditionnels et le réseau Honey Bee (en s'inspirant des documents OMPI/GRTKF/IC/2/6, WIPO/GRTKF/IC/3/5 et WIPO/GRTKF/IC/3/6), ainsi que sur des sources de documentation analogues concernant les ressources génétiques (par exemple, le *System-wide Information Network for Genetic Resources* ou réseau SINGER, qui est décrit à l'annexe II du document WIPO/GRTKF/IC/5/6). Elle décrirait en détail les modifications récentes apportées à la classification internationale des brevets et à la documentation minimale du système du Traité de coopération en matière de brevets.

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

Recommandations possibles :

51. Les recommandations suivantes pourraient être faites :

i) encourager les administrations de brevets à incorporer dans les procédures régulières des offices la recherche systématique dans les sources existantes – et relevant du domaine public – de savoirs traditionnels et d'informations sur les ressources génétiques, notamment les bases de données et les revues portées à la connaissance du comité; et

ii) encourager les administrations de brevets à donner au personnel chargé de la recherche et de l'examen une formation sur le contexte des savoirs traditionnels et sur les complexités relatives à leur utilisation et à leur traitement.

XII. COORDINATION, CONSULTATION ET COOPÉRATION

52. Cette section décrit des formes possibles de coordination, de consultation et de coopération, afin de s'assurer que des brevets ne sont pas délivrés de manière illégitime pour des inventions relatives à des savoirs traditionnels. On pourrait envisager de tenir des consultations tout d'abord avec les communautés autochtones et les représentants des détenteurs de savoirs traditionnels, et ensuite avec les administrations de brevets, afin de promouvoir le caractère exhaustif et non exclusif de la recherche et de l'examen. Cette section décrirait les mécanismes qui ont été établis dans certains pays, tels qu'un comité consultatif (voir les pages 13 et 14 de l'annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/5/INF/2),

créés pour guider dans leur travail les offices de propriété intellectuelle traitant les demandes en rapport avec des savoirs traditionnels, et présenterait des exemples de mise en place de services de recherche et d'examen spécifiques se concentrant sur certains secteurs des demandes de brevet en rapport avec des savoirs traditionnels.

53. Cette section inscrira ces éléments dans le contexte de la tendance générale au partage du travail, ainsi que du développement, dans certains offices, de domaines de compétence particuliers (en l'occurrence, concernant des systèmes de savoirs traditionnels précis), ce qui pourrait faciliter le travail des autres offices et créer les conditions nécessaires pour que les demandes de brevet ayant trait aux savoirs traditionnels fassent l'objet d'une recherche et d'un examen aussi efficaces que possible (elle s'inspirerait du système décrit au paragraphe 22 du document WIPO/GRTKF/IC/6/8).

Recommandations possibles :

54. Les recommandations suivantes pourraient être faites :

i) mettre au point des mécanismes consultatifs afin de fournir des conseils de manière systématique aux administrations de brevets sur les savoirs traditionnels et les systèmes de savoirs traditionnels intéressant leurs opérations;

ii) les administrations de brevets devraient partager des informations sur les sources utiles de savoirs traditionnels du domaine public et sur les ressources génétiques intéressant certains domaines de la technique (par exemple, médecine, agriculture et gestion environnementale), compte dûment tenu des préoccupations selon lesquelles cette activité ne doit pas faciliter l'accès illégitime aux savoirs traditionnels ni les utilisations illégitimes de ces savoirs;

iii) aucune procédure ne devrait être engagée si elle risque d'accélérer ou de faciliter la diffusion publique de savoirs traditionnels divulgués sans le consentement de leurs détenteurs; et

iv) entreprendre une coopération formelle ou informelle visant à obtenir des avis, des rapports de recherche ou d'examen, ou des informations générales concernant certaines applications liées à des savoirs traditionnels auprès d'offices reconnus comme particulièrement compétents pour certains systèmes de savoirs ou certaines traditions, d'offices dotés d'un service de recherche et d'examen se concentrant sur un système ou un secteur particulier de savoirs traditionnels, et enfin auprès des comités consultatifs appropriés.

[Fin de l'annexe et du document]

* Une annexe aux recommandations fournira des éléments supplémentaires utiles à l'exposé du problème, à la formation et à la sensibilisation; ces éléments, qui proviennent d'études de cas, de dispositions citées à titre d'exemples figurant dans des principes directeurs ou des manuels d'examen d'offices et d'indispensables sources d'information du domaine public sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques, s'appuient sur les travaux passés du comité et mettent à profit dans une très large mesure les réponses au questionnaire WIPO/GRTKF/IC/Q.5 figurant dans le document WIPO/GRTKF/IC/9/INF/6.