

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/7/9

ORIGINAL : anglais

DATE : 30 juillet 2004

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

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

Septième session
Genève, 1^{er} - 5 novembre 2004

RESSOURCES GENÉTIQUES : PROJET DE PRINCIPES DIRECTEURS
DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE APPLICABLES A L'ACCÈS
ET AU PARTAGE ÉQUITABLE DES AVANTAGES

Document établi par le Secrétariat

APERÇU

1. Depuis sa création, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé "comité") a consacré une partie de ses travaux à l'élaboration de principes directeurs applicables aux éléments de propriété intellectuelle des conditions convenues par les deux parties à des accords portant sur l'accès aux ressources génétiques et le partage équitable des avantages qui découlent de l'utilisation de ces ressources. L'objet de ces travaux est de créer un ouvrage de référence permettant de porter à la connaissance des dépositaires des ressources génétiques les questions pratiques qui se posent lorsqu'ils décident de conclure des accords concernant l'accès et le partage des avantages. Pour ce faire, le comité s'est fondé sur une étude empirique rassemblant des données d'expérience acquises en la matière ainsi que sur une base de données relative aux clauses effectives de ce type de contrats. Tout d'abord, le comité est convenu d'un ensemble de principes directeurs servant de cadre à ses travaux, puis il a supervisé la collecte de données d'expérience concrètes dans ce domaine et leur analyse, et enfin, plus récemment, il a examiné un projet de principes directeurs (document

F

WIPO/GRTKF/IC/6/5, présenté lors de sa sixième session). Il a décidé d'inviter ses membres à formuler de nouvelles observations sur ce projet de principes directeurs, de telle sorte qu'une nouvelle mouture du projet puisse être établie. Par conséquent, la version mise à jour de ces principes directeurs nécessaire en vue d'un nouvel examen par le comité fait l'objet du présent document structuré comme suit :

– le corps du texte fournit des informations générales qui reprennent pour l'essentiel le contenu du document WIPO/GRTKF/IC/6/5 auquel des modifications minimales ont été apportées afin de faire apparaître les évolutions du débat lors de la sixième session; et

– l'annexe contient la version mise à jour des principes directeurs qui tient compte des diverses réponses et des diverses observations reçues au cours de la sixième session du comité ou communiquées ultérieurement par les États membres.

I. RAPPEL

2. Les ressources génétiques peuvent contribuer de manière significative à la recherche et à la mise au point de nouveaux produits dans un nombre croissant de secteurs techniques et industriels. Les modalités et conditions d'accès aux ressources génétiques, l'exercice du consentement préalable donné en connaissance de cause par les fournisseurs de ressources génétiques et les arrangements correspondants concernant le partage des avantages découlant de l'utilisation et de la mise en valeur de ces ressources sont des questions fondamentales. Le droit international existant et un certain nombre de législations et réglementations régionales, nationales et infranationales fixent le cadre de l'exercice du consentement préalable donné en connaissance de cause et de la définition des modalités et conditions d'accès aux ressources génétiques et du partage des avantages qui en découlent. Parmi les principaux textes juridiques internationaux dans ce domaine figurent la Convention sur la diversité biologique (CDB) et le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO). Adoptée en 1992, la CDB définit un cadre international régissant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent, tandis que le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture adopté en 2001 porte sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et établira un système multilatéral d'accès et de partage des avantages pour certaines de ces ressources. Des régimes nationaux ont été mis en place afin de réglementer l'accès aux ressources génétiques conformément aux dispositions de ces instruments internationaux relatives à l'accès et au partage des avantages.

3. Les arrangements détaillés applicables à des actes déterminés en matière d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages sont souvent fixés au moyen de permis ou de licences, contrats ou accords négociés (notamment ceux appelés "accords de transfert de matériel"). En règle générale, ces accords s'inscrivent dans le cadre des régimes nationaux particuliers régissant l'accès aux ressources génétiques et sont alignés sur d'autres législations régissant les questions d'environnement, les ressources publiques, les droits des autochtones et des communautés et le développement régional, ainsi que sur le droit général des contrats et de la propriété. Il existe également des lignes directrices internationales plus larges qui ont une incidence sur la manière d'envisager ces accords. Plus précisément, la Conférence des Parties de la CDB a adopté les *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation* (ci-après

dénommées “lignes directrices de Bonn”) afin de faciliter la mise en œuvre des dispositions de cette convention relatives à l’accès aux ressources génétiques et au partage des avantages. Ces lignes directrices visent à aider les Parties à la CDB à mettre au point et à élaborer des mesures législatives, administratives ou de politique générale sur l’accès et le partage des avantages, ainsi que des contrats et d’autres arrangements à des conditions convenues d’un commun accord concernant l’accès et le partage des avantages.

4. Dans les accords portant sur l’accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, il peut être essentiel de prévoir des dispositions relatives à la gestion de la propriété intellectuelle pour s’assurer qu’ils permettront de retirer des avantages de l’accès aux ressources génétiques et de répartir équitablement ces avantages, compte dûment tenu des intérêts et préoccupations des fournisseurs des ressources. La possibilité d’obtenir des droits de propriété intellectuelle sur une invention et d’autres résultats de la recherche faisant appel à ce type de ressources, la propriété des produits dérivés ou la concession de licences sur ces produits et la responsabilité concernant le maintien en vigueur et l’exercice des droits de propriété intellectuelle figurent parmi les questions de propriété intellectuelle qui peuvent être définies dans des accords. Certains observateurs ont souligné les limites des contrats en tant que moyens de définir et de régir les relations en matière d’accès et d’utilisation des ressources génétiques. Toutefois, étant donné que cette solution est déjà très largement utilisée dans ce domaine et que de nombreuses réglementations nationales sur les ressources génétiques en ont fait une exigence, des parties prenantes ont demandé que soient élaborées des principes directeurs sur les éléments de propriété intellectuelle des contrats concernant l’accès aux ressources génétiques et le partage des avantages.

5. C’est pourquoi le comité s’est attelé à l’élaboration de tels principes directeurs dès sa première session. Il a largement débattu des questions de propriété intellectuelle liées aux contrats concernant l’accès aux ressources génétiques et le partage des avantages et a réuni des renseignements dans ce domaine. Ses travaux ont porté notamment sur les points suivants :

- définition de quatre principes généraux, examinés à sa seconde session, servant de base à l’élaboration des pratiques contractuelles recommandées, d’après les données réunies sur les contrats existants;
- mise au point d’un questionnaire détaillé, qui a été adopté à la troisième session et largement diffusé depuis; et
- mise en place d’une base de données en ligne en trois langues relative aux éléments de propriété intellectuelle des accords ou contrats existants en matière d’accès aux ressources génétiques et de partage des avantages, lancée à la quatrième session et améliorée à la cinquième.

6. Le comité a donc achevé la première phase de la démarche en deux étapes qu’il a adoptée à sa deuxième session¹. La deuxième étape vise à faire en sorte que “les principes définis [par le comité soient] appliqués en vue d’élaborer des pratiques recommandées ..., en tenant compte des pratiques et des clauses existantes”². La Conférence des Parties de la CDB a depuis encouragé l’OMPI “à progresser rapidement dans l’élaboration de clauses types sur la propriété intellectuelle qu’il pourrait être envisagé d’inclure dans les accords contractuels lors de la négociation des conditions à convenir d’un commun accord”.

¹ Voir les conclusions du président (paragraphe 110 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

² Voir le paragraphe 134 du document OMPI/GRTKF/IC/2/3.

7. Le présent document constitue donc une progression dans cette seconde étape, en ce sens qu'il permet de poursuivre l'élaboration systématique et équilibrée des pratiques contractuelles recommandées compte tenu des principes mis en évidence, de la base de données relative aux contrats et des indications données par les membres du comité. Pour ce faire, il s'inspire des principes définis et adoptés par le comité à ses deuxième et troisième sessions. Le comité a examiné le projet de principes directeurs à sa sixième session (reproduit dans l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/6/5) et un certain nombre de délégations ont formulé des observations à ce sujet. D'autres délégations ont demandé de disposer d'un délai plus long, étant donné que le document WIPO/GRTKF/IC/6/5 n'a pas pu être examiné faute de temps, en particulier dans toutes les langues (il est fait rapport des délibérations et des décisions à ce sujet aux paragraphes 111 à 139 du document WIPO/GRTKF/IC/6/14). Par conséquent, le comité a invité les participants à formuler d'autres observations ou à apporter d'autres contributions avant le 30 juin 2004, de telle sorte qu'une version révisée (à savoir le présent document) puisse être présentée au comité à sa septième session.

8. L'annexe du présent document contient un projet actualisé des principes directeurs qui tient compte des observations formulées à la sixième session ainsi que de celles communiquées ultérieurement par plusieurs États membres. L'objet de ces principes directeurs est donc de faire apparaître les principes déjà convenus par le comité, les indications données par ses membres et les informations réunies au cours de ces deux dernières années. Les participants du comité sont invités à formuler des observations sur le projet de pratiques contractuelles recommandées et à préciser les principes recensés jusqu'ici. Ce projet est fondé sur les travaux menés par le comité jusqu'à présent et peut déboucher sur un résultat concret dans le cadre du mandat actuel du comité. Les participants du comité sont donc invités à examiner les principes à prendre en considération et le projet de principes directeurs figurant à l'annexe, et à formuler des observations à ce sujet. Étant donné que les travaux du comité sur les éléments de propriété intellectuelle des contrats concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages doivent tenir compte et compléter d'autres initiatives internationales, la partie V du présent document passe en revue les faits nouveaux pertinents survenus dans le cadre des processus intergouvernementaux relevant de la CDB et de la FAO.

II. INTRODUCTION

9. L'importance des pratiques et des clauses de propriété intellectuelle dans les arrangements contractuels concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages est largement reconnue dans la plupart des processus de politique générale ayant trait aux ressources génétiques. C'est une condition énoncée dans un certain nombre d'instruments régionaux³ et dans plusieurs législations nationales qui ont déjà été examinées

³ Par exemple, dans le modèle de législation de l'Union africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs et pour la réglementation de l'accès aux ressources biologiques et dans la décision 391 de la Communauté andine sur un Régime commun concernant l'accès aux ressources génétiques.

par le comité⁴. Les lignes directrices de Bonn montrent également comment l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages peuvent contribuer à mettre au point des "conditions convenues d'un commun accord", et comment des accords de transfert de matériel peuvent contenir des clauses relatives à la propriété intellectuelle. Ces lignes directrices ont été mises au point afin d'encadrer l'élaboration de "contrats et autres arrangements à des conditions convenues d'un commun accord pour l'accès et le partage des avantages". Elles précisent que "les conditions convenues d'un commun accord devraient faire l'objet d'un accord écrit", définissent des "paramètres d'orientation dans les accords contractuels" et donnent une "liste indicative de conditions typiques convenues d'un commun accord" qui peuvent être appliquées dans les contrats concernant l'accès aux ressources génétiques. Ces conditions convenues d'un commun accord comprennent habituellement des éléments particuliers concernant l'obtention, l'exercice et la gestion de la propriété intellectuelle et la concession de licences sur les produits ou procédés élaborés grâce à l'accès qui a été accordé, ainsi que sur la propriété intellectuelle mise à disposition au moment de cet accès.

10. Étant donné qu'il est nécessaire d'examiner de plus près ces clauses spécialisées de propriété intellectuelle, le comité a décidé de traiter des éléments de propriété intellectuelle figurant dans les arrangements contractuels concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages depuis le tout début de ses travaux. À sa première session, il a appuyé une proposition de tâche qui déboucherait sur l'élaboration de "pratiques contractuelles recommandées ... pour les arrangements contractuels concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent, en prenant en considération la nature spécifique et les besoins des différentes parties prenantes, les différentes ressources génétiques et les différents modes de transfert dans les différents secteurs couverts par la politique en matière de ressources génétiques"⁵. Lorsqu'il a examiné cette tâche, le comité a décidé d'adopter une démarche en deux phases pour élaborer des pratiques contractuelles recommandées⁶. La première phase, à savoir "une étude complète et systématique des arrangements contractuels auxquels on a effectivement recours" sous la forme d'une base de données en ligne⁷, a été achevée. Le présent document rend compte des progrès accomplis dans la seconde phase, s'agissant de préciser les "principes définis [par les membres du

⁴ Voir notamment l'examen détaillé figurant dans le document WIPO/GRTKF/IC/5/9 (section IV) de trois législations nationales, à savoir la mesure provisoire brésilienne n° 2.186-16 du 23 août 2001, la loi panaméenne n° 20 du 26 juin 2000 sur le régime spécial de propriété intellectuelle régissant les droits collectifs des peuples autochtones pour la protection et la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels et le décret exécutif n° 12 du 20 mars 2001, et la loi péruvienne n° 27811 ("loi établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques"), publiée le 10 août 2002. Voir également le régime d'accès au patrimoine des parcs nationaux des États Unis d'Amérique (document WIPO/GRTKF/IC/4/13).

⁵ Tâche A.1, énoncée dans le document OMPI/GRTKF/IC/1/3. Voir également le document OMPI/GRTKF/IC/1/13.

⁶ Cette démarche en deux phases a été décrite comme suit : tout d'abord, "il est proposé qu'une étude complète et systématique des clauses de propriété intellectuelle soit effectuée ... [puis,] une fois que les différents arrangements existants concernant l'accès et le partage des avantages auront été ainsi répertoriés, les variables et les principes définis [par les membres du comité] pourront être appliqués en vue d'élaborer des pratiques recommandées et des clauses types de propriété intellectuelle, en tenant compte des pratiques et des clauses existantes" (paragraphe 134 du document OMPI/GRTKF/IC/2/3).

⁷ Voir le paragraphe 133 du document OMPI/GRTKF/IC/2/3.

comité] en vue d'élaborer des pratiques recommandées"⁸, sur la base des quatre principes examinés à la deuxième session du comité. Comme cela a été indiqué ci-dessus, la sixième Conférence des Parties de la CDB a encouragé l'OMPI à "progresser rapidement dans l'élaboration de clauses types sur la propriété intellectuelle qu'il pourrait être envisagé d'inclure dans les accords contractuels lors de la négociation des conditions à convenir d'un commun accord".

11. Des membres du comité ont fait observer que⁹, si elles étaient élaborées, des pratiques contractuelles recommandées pourraient avoir à la fois un rôle de renforcement des capacités ou d'information et un rôle normatif ou d'orientation. Comme de nombreuses délégations l'ont souligné, l'aspect normatif de telles pratiques serait complètement volontaire¹⁰. On a insisté sur le fait que ces pratiques ne devraient avoir aucune incidence sur le droit souverain des États de réglementer l'accès aux ressources naturelles, et notamment aux ressources génétiques, sur leur territoire et ne devraient pas entraîner d'obligation juridique pour les parties aux arrangements concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages. En définissant clairement l'éventail des possibilités, elles permettraient en revanche de s'assurer que les deux parties à un accord, mais surtout le fournisseur de ressources génétiques, seraient plus à même d'arrêter les différentes clauses en pleine connaissance de cause. Pour ce qui est du renforcement des capacités, elles faciliteraient la sensibilisation¹¹, la diffusion de l'information¹² et le renforcement des capacités¹³ en matière de négociation des clauses de propriété intellectuelle applicables aux contrats concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages. À cet égard, plusieurs

⁸ Voir le paragraphe 134 du document OMPI/GRTKF/IC/2/3.

⁹ Voir la position de l'Australie (paragraphe 68 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16) et celle de la Turquie (paragraphe 67 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

¹⁰ Voir la position du Canada (paragraphe 77 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Chine (paragraphe 82 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Colombie (paragraphe 58 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Communauté européenne et de ses États membres (paragraphe 75 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de l'Indonésie (paragraphe 63 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), du Japon (paragraphe 76 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Nouvelle-Zélande (paragraphe 73 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), du Pérou (paragraphe 69 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Suisse (paragraphe 83 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), des États-Unis d'Amérique (paragraphe 74 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de l'Organisation des industries de biotechnologie (paragraphe 92 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Chambre de commerce internationale (paragraphe 95 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16) et du président (paragraphe 54 et 96 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

¹¹ De même, les objectifs des Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation ("lignes directrices de Bonn") prévoient par exemple de "favoriser la sensibilisation à la mise en œuvre des dispositions pertinentes de la Convention sur la diversité biologique" (paragraphe 11.f des lignes directrices de Bonn).

¹² Les objectifs de ce même instrument prévoient également "d'informer les parties prenantes (utilisateurs et fournisseurs) dans leurs pratiques et leurs approches en matière d'arrangements concernant l'accès et le partage des avantages" (paragraphe 11.d des lignes directrices de Bonn).

¹³ Voir la position de l'Australie (paragraphe 38 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17) et celle des États-Unis d'Amérique (paragraphe 39 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17). Les objectifs prévoient également de "renforcer les capacités afin de garantir une négociation et une mise en œuvre effectives des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages, spécialement aux pays en développement, et en particulier aux pays les moins avancés et aux petits États insulaires en développement" (paragraphe 11.e des lignes directrices de Bonn).

problèmes techniques recensés par les membres du comité¹⁴, tels que les langues utilisées, la responsabilité quant au transfert des informations des membres vers la base de données et l'incorporation de documents juridiques détaillés sous une forme résumée, ont été traités. Comme des membres du comité l'ont souligné, la valeur d'orientation et d'information devrait être renforcée au moyen de commentaires simples et précis sur les éléments normatifs figurant dans le projet de pratiques contractuelles recommandées¹⁵.

12. Le présent document expose les questions de fond concernant l'élaboration de pratiques contractuelles recommandées de la façon suivante : la partie III décrit les principes définis par le comité à ses deuxième et troisième sessions, la partie IV présente les travaux antérieurs du comité servant de base au projet de pratiques contractuelles recommandées figurant en annexe et la partie V présente le contexte international de politique générale dans lequel ce projet de pratiques contractuelles recommandées devrait s'inscrire, s'agissant notamment des activités du Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique (CDB), de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (GCRAI).

II. PRINCIPES DEFINIS PAR LE COMITE CONCERNANT LES PRATIQUES CONTRACTUELLES RECOMMANDEES

13. À sa deuxième session, le comité a recensé et examiné une série de projets de principes relatifs à l'élaboration des pratiques contractuelles ou des clauses types de propriété intellectuelle (voir le document OMPI/GRTKF/IC/2/3)¹⁶. Le président est arrivé à la conclusion que ces projets de principes avaient "recueilli une large adhésion" au sein du comité, sous réserve de certains commentaires et certaines observations résumés ci-après¹⁷. Les principes définis dans le document OMPI/GRTKF/IC/2/3 sont les suivants :

Principe n° 1 : Les droits et obligations en matière de propriété intellectuelle énoncés dans les [pratiques contractuelles recommandées] devraient reconnaître, promouvoir et protéger toutes les formes de créativité ou d'innovation humaine, officielle et officieuse, fondée sur les ressources génétiques transférées ou en rapport avec celles-ci.

Principe n° 2 : Les droits et obligations en matière de propriété intellectuelle énoncés dans les [pratiques contractuelles recommandées] devraient prendre en considération les caractéristiques sectorielles des ressources génétiques et les objectifs et les cadres des politiques en matière de ressources génétiques.

Principe n° 3 : Les droits et obligations en matière de propriété intellectuelle énoncés dans les [pratiques contractuelles recommandées] devraient assurer la participation pleine et effective de toutes les parties prenantes intéressées et s'étendre aux modalités de négociation des contrats et de rédaction des clauses de propriété intellectuelle des accords d'accès et de partage, en associant en particulier les détenteurs des connaissances traditionnelles lorsque l'accord porte sur des connaissances de ce type.

¹⁴ Voir la position de la Communauté européenne et de ses États membres (paragraphe 32 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17).

¹⁵ Voir la position de l'Équateur (paragraphe 55 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

¹⁶ Voir la section V.B., p. 59 du document OMPI/GRTKF/IC/2/3.

¹⁷ Voir les conclusions du président (paragraphe 96 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

Principe n° 4 : *Les droits et obligations en matière de propriété intellectuelle énoncés dans les [pratiques contractuelles recommandées] devraient faire la distinction entre différents types d'utilisation des ressources génétiques (utilisation commerciale, utilisation non commerciale et usage coutumier notamment).*

14. Outre les observations qu'ils ont faites sur les quatre principes définis dans le document OMPI/GRTKF/IC/2/3, les membres du comité ont également identifié d'autres principes qui pourraient être appliqués. Les paragraphes qui suivent contiennent un résumé de ces observations, suivi d'une liste des autres principes recensés par les membres du comité. Ces observations et principes sont repris dans le projet de pratiques contractuelles recommandées contenu dans l'annexe du présent document.

Principe n° 1 : Les droits et obligations en matière de propriété intellectuelle énoncés dans les clauses types de propriété intellectuelle devraient reconnaître, promouvoir et protéger toutes les formes de créativité ou d'innovation humaine, officielle et officieuse, fondée sur les ressources génétiques transférées ou en rapport avec celles-ci.

15. Ce principe énonce trois paramètres du projet de pratiques contractuelles recommandées :

a) le projet de pratiques contractuelles recommandées se limite aux éléments de propriété intellectuelle des arrangements contractuels concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent¹⁸. Tous les autres éléments sortent du cadre du mandat de l'OMPI et sont laissés au soin des instances compétentes; toutefois, le cadre juridique et les orientations définis par ces instances sont pleinement reconnus;

b) le projet de pratiques contractuelles recommandées traduit l'un des objectifs fondamentaux de la propriété intellectuelle, qui est de stimuler l'innovation et la créativité et de favoriser la diffusion et l'application de leurs résultats, en particulier le partage équitable des avantages découlant de l'accès aux ressources génétiques et de leur utilisation;

c) les formes d'innovation et de créativité fondées sur les ressources génétiques reconnues par le projet de pratiques contractuelles recommandées peuvent être aussi bien officielles qu'officieuses¹⁹, ce qui englobe donc les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques.

16. De très nombreux membres du comité se sont déclarés favorables à ce principe²⁰. Lorsqu'ils ont délibéré sur ce principe, les membres du comité ont formulé les observations suivantes concernant la façon dont il convenait de l'appliquer :

- l'application du concept d'innovation et de création ne devrait pas préjuger de la protection juridique qui doit être accordée aux fournisseurs de ressources génétiques, à l'État et aux collectivités locales²¹;

¹⁸ Voir la position de la Communauté européenne et de ses États membres (paragraphe 75 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

¹⁹ Se reporter au paragraphe 9 du document OMPI/GRTKF/IC/1/3 pour les définitions des termes "innovation officieuse" et "innovation officielle" dans le contexte des ressources génétiques.

²⁰ Voir le document OMPI/GRTKF/IC/2/16.

- s’il est appliqué sans discernement, ce principe pourrait se révéler trop vague²²;
- son application devrait tenir compte du fait que les ressources génétiques à l’état naturel et les simples découvertes ne remplissent pas les conditions requises pour que les droits de propriété intellectuelle soient reconnus²³;
- on devrait s’appuyer sur les accords de propriété intellectuelle existants pour définir les limites des systèmes de propriété intellectuelle²⁴;
- son application devrait se traduire par une utilisation plus rigoureuse des termes “créativité” et “innovation”, s’agissant en particulier des innovations “officielles” et des innovations “officieuses”²⁵; et
- l’application devrait tenir compte de la possibilité de protéger les savoirs traditionnels et les ressources génétiques²⁶ au moyen de systèmes *sui generis*.

Toutes les observations formulées par les membres du comité ont été prises en considération dans l’application du principe n° 1 à la mise au point du projet de pratiques contractuelles recommandées figurant en annexe.

Principe n° 2 : Les droits et obligations en matière de propriété intellectuelle énoncés dans les pratiques contractuelles recommandées devraient prendre en considération les caractéristiques sectorielles des ressources génétiques et les objectifs et les cadres des politiques en matière de ressources génétiques.

17. Ce principe prévoit que les pratiques contractuelles recommandées devraient prendre en considération les objectifs et les cadres de politique sectorielle en matière de ressources génétiques qui ont été définis, ou qui sont en train de l’être, par les instances internationales compétentes. Il est parallèlement fait en sorte qu’une protection par brevet puisse être obtenue indépendamment du lieu de l’invention ou du domaine technique et sans considération de l’origine, importée ou locale, du produit. Ce principe s’appuie notamment sur le fait que les membres du comité ont décidé que les travaux du comité intergouvernemental et ceux du Secrétariat de la CDB et de la FAO devaient être cohérents²⁷. Il tient compte des principes généraux, directives et concepts qui ont été élaborés par les instances compétentes en ce qui concerne l’accès et le partage des avantages. Par exemple, s’agissant des contrats passés dans le cadre du système multilatéral d’accès et de partage des avantages qui sera mis en place en application du Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture, les parties n’agiraient pas uniquement

[Suite de la note de la page précédente]

²¹ Voir la position de l’Équateur (paragraphe 55 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

²² Voir les conclusions du président (paragraphe 96 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

²³ Voir la position de l’Équateur (paragraphe 55 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16) et celle des États Unis d’Amérique (OMPI/GRTKF/IC/2/16).

²⁴ Voir la position des États-Unis d’Amérique (paragraphe 74 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

²⁵ Voir les positions du Canada (paragraphe 77 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Chine (paragraphe 82 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Bolivie, de Cuba, de la République dominicaine, de l’Équateur, du Panama, du Nicaragua, du Pérou et du Venezuela (paragraphe 56 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), du Maroc (paragraphe 79 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16) et de la Suisse (paragraphe 83 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

²⁶ Voir la position de l’Afrique du Sud (paragraphe 80 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

²⁷ Voir les paragraphes 21, 22, 23, 27, 28, 32, 33, 37, 39, 41, 43, 50, 51, 52, 57, 61, 82, 84, 91, 94, 104, 105, 106, 107, 112, 114, 119, 128 et 155 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13.

dans leur propre intérêt, mais aussi dans celui de la communauté internationale. En outre, les États membres ont estimé, depuis la première session du comité, qu'il conviendrait "d'inclure le consentement préalable en connaissance de cause dans les arrangements contractuels"²⁸. Enfin, les pratiques contractuelles recommandées devraient être compatibles avec les pratiques contractuelles et commerciales ayant cours dans les secteurs concernés par les ressources génétiques et en tenir compte.

18. À sa deuxième session, le président a conclu que ce principe avait recueilli "une large adhésion"²⁹. Lorsqu'ils ont examiné ce principe, les membres du comité ont formulé les observations suivantes concernant la façon dont il convenait de l'appliquer :

- l'application de ce principe devrait respecter les intérêts de la communauté internationale tels qu'ils sont décrits dans les principaux traités internationaux sur les ressources génétiques, comme la CDB et le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture³⁰;
- son application devrait fournir des indications satisfaisantes pour l'observation des exigences relatives à la divulgation de l'origine du matériel génétique utilisé dans des inventions brevetées³¹;
- les définitions retenues pour l'application de ce principe devraient également prévoir le terme "dérivés"³²;
- son application devrait tenir compte du principe de consentement préalable donné en connaissance de cause s'agissant de l'accès au matériel génétique concerné³³;
- et
- son application devrait non pas préjuger des débats relatifs à la mise en œuvre du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture mais tenir compte de ces débats³⁴.

Principe n° 3 : Les droits et obligations en matière de propriété intellectuelle énoncés dans les pratiques contractuelles recommandées devraient assurer la participation pleine et effective de toutes les parties prenantes intéressées et s'étendre aux modalités de négociation des contrats et de rédaction des clauses de propriété intellectuelle des accords d'accès et de partage, en associant en particulier les détenteurs des connaissances traditionnelles lorsque l'accord porte sur des connaissances de ce type.

19. Ce principe assurerait la participation pleine et effective de toutes les parties prenantes à l'élaboration des clauses de propriété intellectuelle d'un accord d'accès et de partage. Il voudrait que les pratiques contractuelles recommandées traitent des questions de procédure relatives à l'élaboration des clauses de propriété intellectuelle de tout contrat d'accès et de

²⁸ Voir le paragraphe 106 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13.

²⁹ Voir le paragraphe 96 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16.

³⁰ Voir la position de l'Équateur (paragraphe 55 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

³¹ Voir les positions de la Bolivie (paragraphe 37 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17), du Brésil (paragraphe 59 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), du Pérou (paragraphe 37 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17) et du Venezuela (paragraphe 33 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17).

³² Voir la position du Brésil (paragraphe 40 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17).

³³ Voir les positions du Brésil (paragraphe 59 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), du Pérou (paragraphe 37 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17) et de la Bolivie (paragraphe 37 du document WIPO/GRTKF/IC/3/17).

³⁴ Voir la position de la Norvège (paragraphe 72 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

partage. Cela supposerait, en particulier, que les peuples autochtones, les communautés locales et les autres détenteurs de connaissances traditionnelles soient pleinement associés aux arrangements contractuels relatifs aux activités de bioprospection dès lors que leurs savoirs culturels sont mis à contribution. Les savoirs traditionnels associés sont souvent intrinsèquement liés aux ressources génétiques et l'accès à ces ressources peut être lié à l'accès aux savoirs traditionnels associés. Comme les membres du comité l'ont souligné, ce principe pourrait être appliqué grâce à la mise au point de pratiques contractuelles recommandées simples et de commentaires détaillés dans un langage clair et précis. Les membres du comité se sont déclarés dans l'ensemble favorables au projet de principe n° 3³⁵. Lorsqu'ils ont examiné ce principe, les membres du comité ont formulé les observations suivantes sur la façon dont il convenait de l'appliquer :

- les pratiques contractuelles recommandées devraient être accompagnées de commentaires détaillés³⁶;
- les pratiques contractuelles recommandées devraient être rédigées dans un style simple et clair³⁷;
- les pratiques contractuelles recommandées devraient préciser le sens des termes “parties prenantes intéressées” et “détenteurs de savoirs traditionnels”³⁸;
- les pratiques contractuelles recommandées devraient viser à promouvoir la participation effective des communautés autochtones et locales³⁹;
- les pratiques contractuelles recommandées devraient tenir compte des exigences liées au principe du consentement préalable donné en connaissance de cause qui peuvent s'appliquer aux ressources génétiques⁴⁰;
- les pratiques contractuelles recommandées devraient s'adresser à toutes les parties prenantes⁴¹; et
- les pratiques contractuelles recommandées devraient reconnaître que les contrats sont intrinsèquement limités, étant donné que les parties prenantes pourront ne pas avoir le même statut lors des négociations⁴².

³⁵ Par exemple le Brésil (paragraphe 59 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), le Canada (paragraphe 77 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), la Chine (paragraphe 82 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), l'Équateur (paragraphe 55 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), le Maroc (paragraphe 79 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), les États-Unis d'Amérique (paragraphe 74 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), le Conseil Same (paragraphe 91 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

³⁶ Voir la position de l'Équateur (paragraphe 55 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

³⁷ Voir la position de l'Équateur (paragraphe 55 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

³⁸ Voir la position de la Chine (paragraphe 82 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

³⁹ Voir la position de l'Équateur (paragraphe 55 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

⁴⁰ Voir la position de l'Équateur (paragraphe 55 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

⁴¹ Voir la position du groupe des pays d'Asie et du Pacifique (document OMPI/GRTKF/IC/2/16) et celle des États-Unis d'Amérique (paragraphe 74 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

⁴² Voir la position du Brésil (paragraphe 59 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16) et celle de l'INADEV (paragraphe 88 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

Principe n° 4 : Les droits et obligations en matière de propriété intellectuelle énoncés dans les pratiques contractuelles recommandées devraient faire la distinction entre différents types d'utilisation des ressources génétiques (utilisation commerciale, utilisation non commerciale et usage coutumier notamment).

20. Conformément à ce principe, on opérerait dans les pratiques contractuelles recommandées une distinction selon l'utilisation des ressources génétiques et à chaque catégorie d'utilisation de la ressource transférée correspondraient des éléments de propriété intellectuelle spécifiques. L'un des aspects que l'utilisation de ce principe permettrait d'intégrer serait de permettre et d'assurer la poursuite de l'usage coutumier des ressources génétiques par les utilisateurs coutumiers de ces ressources dans le contexte local. Si, à la deuxième session, le président est arrivé à la conclusion que ce principe avait recueilli "une large adhésion", "l'importance intrinsèque du principe n° 4, établissant une distinction en fonction des types d'utilisation, a été remise en question"⁴³. Alors que, selon le président, "il conviendrait de retenir à la fois le scénario de bioprospection et le scénario de conservation et de sélection par le secteur public"⁴⁴, certains membres du comité ont avancé que les pratiques contractuelles recommandées devraient privilégier la recherche fondamentale plutôt que la recherche commerciale⁴⁵. Les modalités d'application précises de ce principe devront donc peut-être faire l'objet d'un examen plus approfondi de la part des membres du comité. Pour autant, de nombreuses législations et de nombreux accords font une distinction entre l'utilisation commerciale et l'utilisation non commerciale (certaines définitions de la bioprospection renvoient par exemple au potentiel commercial des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés), et un certain nombre de législations mentionnent expressément la nécessité de protéger et de respecter les usages coutumiers des ressources génétiques qui se perpétuent. Ces distinctions se sont donc révélées importantes dans la pratique.

Autres principes possibles définis par les membres du comité :

21. Outre les principes susmentionnés, le président a conclu des débats tenus par le comité à sa deuxième session que "d'autres principes, tels que ceux énoncés dans la CDB et la souplesse et la simplicité, devraient aussi être pris en considération"⁴⁶. En particulier, les membres du comité ont recensé les éventuels principes suivants :

- les pratiques contractuelles recommandées devraient être non contraignantes⁴⁷, modulables⁴⁸ et simples⁴⁹;

⁴³ Voir la position du président (paragraphe 96 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

⁴⁴ Voir la position du président (paragraphe 96 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

⁴⁵ Voir la position des États-Unis d'Amérique (paragraphe 74 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

⁴⁶ Voir la position du président (paragraphe 96 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

⁴⁷ Voir les positions du Canada (paragraphe 77 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Chine (paragraphe 82 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Colombie (paragraphe 58 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Communauté européenne et de ses États membres (paragraphe 75 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de l'Indonésie (paragraphe 63 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), du Japon (paragraphe 76 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Nouvelle-Zélande (paragraphe 73 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), du Pérou (paragraphe 69 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Suisse (paragraphe 83 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), des États-Unis d'Amérique (paragraphe 74 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de l'Organisation des industries de

- les travaux du comité sur les pratiques contractuelles recommandées ne devraient pas préjuger des travaux de la CDB et de la FAO et devraient être étroitement coordonnés avec ces travaux⁵⁰;
- les droits et obligations de propriété intellectuelle énoncés dans les pratiques contractuelles recommandées devraient tenir compte des exigences liées au principe de consentement préalable donné en connaissance de cause qui peuvent s'appliquer aux ressources génétiques⁵¹;
- les pratiques contractuelles recommandées devraient reconnaître les droits souverains des États membres sur leurs ressources génétiques;
- les pratiques contractuelles recommandées devraient contenir des dispositions sur l'accès aux techniques et leur transfert comme dans le cas de la CDB⁵²; et
- les pratiques contractuelles recommandées devraient prévoir la possibilité de créer un tribunal spécial ayant compétence pour statuer sur les questions relatives aux contrats concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages⁵³.

IV. TRAVAUX MENES PRECEDEMENT PAR LE COMITE

22. À sa première session, le comité a décidé de travailler sur cette question de fond et a débattu la teneur de ces travaux. À sa deuxième session, il a recensé, dans le document OMPI/GRTKF/IC/2/3, des principes qui pourraient être pris en considération pour les clauses de propriété intellectuelle des arrangements contractuels concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages. Une enquête largement diffusée (questionnaire OMPI/GRTKF/IC/Q.2), visant à obtenir des informations sur les contrats et licences en question, a servi de base à une étude approfondie des questions relatives à la propriété

[Suite de la note de la page précédente]

biotechnologie (paragraphe 92 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Chambre de commerce internationale (paragraphe 95 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16) et du président (paragraphe 54 et 96 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

48 Voir la position du Canada (paragraphe 77 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16) et des États Unis d'Amérique (paragraphe 74 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

49 Voir la position de la Communauté européenne et de ses États membres (paragraphe 75 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16) et celle des États-Unis d'Amérique (paragraphe 74 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

50 Voir les positions de l'Équateur (paragraphe 55 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Communauté européenne et de ses États membres (paragraphe 75 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), du Maroc (paragraphe 79 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), du Pérou (paragraphe 69 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de Singapour (paragraphe 66 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Suisse (paragraphe 83 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16) et de la Turquie (paragraphe 67 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

51 Voir le paragraphe 106 du document OMPI/GRTKF/IC/1/13, les positions de l'Équateur (paragraphe 55 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Bolivie, de Cuba, de la République dominicaine, de l'Équateur, du Panama, du Nicaragua, du Pérou et du Venezuela (paragraphe 56 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

52 Voir la position de l'Algérie (paragraphe 78 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16), de la Bolivie, de Cuba, de la République dominicaine, de l'Équateur, du Panama, du Nicaragua, du Pérou et du Venezuela (paragraphe 56 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16) et du Venezuela (paragraphe 57 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

53 Voir la position de l'INADEV (paragraphe 88 du document OMPI/GRTKF/IC/2/16).

intellectuelle et à la concession de licences sur des ressources génétiques. Les réponses reçues ont été regroupées dans une base de données pilote en ligne relative aux contrats concernant la propriété intellectuelle, à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages⁵⁴. Aux sessions suivantes, de nouvelles modifications ont été apportées à la base de données pilote en ligne de manière à prendre en considération les réalités techniques et pratiques liées à l'incorporation des réponses nouvellement reçues dans un format électronique aussi facile à utiliser que possible, et dans trois langues⁵⁵.

23. La base de données de l'OMPI relative aux contrats met en évidence l'utilisation de méthodes très différentes pour recenser et gérer les questions de propriété intellectuelle dans ce domaine⁵⁶. En substance, ces méthodes dépendent des parties à l'arrangement contractuel, du type de ressources génétiques considéré et de leurs utilisations. En fin de compte, elles soulignent qu'il est nécessaire d'analyser les questions de propriété intellectuelle au cas par cas, compte tenu du cadre plus large des contrats et de la recherche, ainsi que de solliciter un avis juridique spécialisé lorsqu'on étudie ces questions⁵⁷.

24. Néanmoins, il est possible de mettre en évidence certaines caractéristiques communes aux contrats figurant dans la base de données correspondante de l'OMPI et d'en dégager une ligne générale qui peut servir de guide de propriété intellectuelle et de liste de points à vérifier lors de l'élaboration de mesures en faveur du partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des informations connexes, y compris, le cas échéant, les savoirs traditionnels⁵⁸. Ce guide de propriété intellectuelle et cette liste des points à vérifier figurent en annexe. Étant donné que le projet de pratiques contractuelles recommandées doit prendre en considération et compléter le contexte international en matière de politiques générales relatives aux ressources génétiques, la section ci-après présente brièvement les initiatives internationales mises en œuvre en dehors du cadre de l'OMPI.

⁵⁴ D'après une proposition figurant dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/4 et approuvée par le comité à sa troisième session.

⁵⁵ Voir les paragraphes 13 à 15 du document WIPO/GRTKF/IC/4/10.

⁵⁶ La base de données de l'OMPI relative aux contrats contient plus de 30 contrats et licences. Les principales questions liées à la propriété intellectuelle découlant de ces arrangements contractuels peuvent être réparties comme suit : propriété intellectuelle (en général) : 16 contrats; brevets : 15 contrats; concession des licences : 20 contrats; droits d'obtenteur : 6 contrats; droit d'auteur : 4 contrats; secrets d'affaire : 4 contrats; signes distinctifs : 2 contrats; cession de droits : 14 contrats; confidentialité : 17 contrats; droit de propriété : 18 contrats.

⁵⁷ L'alinéa 14.5 du contrat de licence exclusif relatif à des variétés végétales entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le Ministère de l'agriculture et de l'agroalimentaire (AAFC), et une entreprise prévoit ce qui suit : les parties reconnaissent que chacune a bénéficié d'un avis juridique aussi approfondi qu'elle a jugé nécessaire. En outre, les parties reconnaissent qu'aucune d'entre elles n'a agi sous la contrainte lors des négociations, de la rédaction et de l'application de la licence.

⁵⁸ Pour une analyse détaillée des données contenues dans la base de données de l'OMPI relative aux contrats, voir le document WIPO/GRTKF/IC/5/9.

V. CONTEXTE INTERNATIONAL

25. Les contrats portant sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages sont établis, interprétés, exécutés et dénoncés dans le cadre d'une grande variété de dispositifs juridiques et administratifs et de lignes d'action qui sont élaborés principalement par des instances et des organes intergouvernementaux comme le Secrétariat de la CDB, la FAO et le Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (CGIAR). Or, le contexte international de ces procédures d'une part et le recours à des contrats d'autre part peuvent s'influencer réciproquement. D'un côté, les cadres régissant l'accès et le partage des avantages peuvent avoir une incidence directe sur l'établissement, la validité, l'interprétation, l'exécution, la rupture ou encore la résiliation d'un contrat. De l'autre, le fait de recourir largement au droit des contrats pour déterminer l'accès aux ressources génétiques et les modalités de leur transfert peut avoir des conséquences importantes sur les objectifs de l'action publique que ces cadres visent à réaliser, par exemple en matière de sécurité alimentaire ou de conservation des ressources génétiques, notamment si les coûts de transaction que cela entraîne dissuadent d'utiliser ces ressources. C'est pourquoi l'état d'avancement des travaux dans ces domaines est brièvement examiné dans les sections ci-après.

V.A Convention sur la diversité biologique

Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation

26. En avril 2002, la sixième réunion de la Conférence des Parties à la CDB a adopté, dans le cadre de sa décision VI/24, les Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation (ci-après dénommées "lignes directrices de Bonn")⁵⁹. L'objet de ces lignes directrices est d'aider les parties à la CDB à élaborer et à rédiger des textes législatifs et administratifs concernant l'accès et le partage des avantages, et également à établir des contrats et d'autres arrangements prévoyant l'accès et le partage des avantages dans des conditions convenues d'un commun accord. Les lignes directrices de Bonn tiennent compte des travaux de l'OMPI, comme cela est indiqué dans les dispositions traitant des relations avec d'autres régimes internationaux :

"Les Lignes directrices devraient être appliquées de manière cohérente et en soutien mutuel avec les travaux des institutions et accords internationaux pertinents. Elles sont sans préjudice des dispositions sur l'accès et le partage des avantages du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO. *En outre, il faudrait tenir compte des travaux de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) sur les questions relatives à l'accès et au partage des avantages.*"⁶⁰

⁵⁹ Voir l'annexe de la décision VI/24A.

⁶⁰ Voir le paragraphe 10 des lignes directrices de Bonn. Sans italiques dans l'original.

27. Parallèlement à la reconnaissance des travaux de l'OMPI dans le cadre des lignes directrices de Bonn, les membres du comité ont souligné à maintes reprises que le projet de pratiques contractuelles recommandées, en cours d'élaboration au sein du comité, devrait être sans préjudice des travaux menés par le Secrétariat de la CDB et la FAO et être appliqué de manière cohérente et en coordination avec les travaux de ces instances⁶¹. Il est tenu compte de cette préoccupation dans les principes opérationnels examinés par le comité.

28. S'agissant des conditions convenues d'un commun accord en vue de l'accès et du partage des avantages, les lignes directrices de Bonn prévoient les possibilités ci-après quant au rôle de la propriété intellectuelle dans des arrangements contractuels portant sur l'accès et le partage des avantages :

a) les contrats peuvent comporter une clause d'utilisation des droits de propriété intellectuelle concernant la recherche conjointe et l'obligation d'appliquer les droits aux inventions obtenues et de fournir des licences d'un commun accord, ainsi que la possibilité de détenir conjointement des droits de propriété intellectuelle selon le degré de contribution⁶²;

b) dans tout accord de transfert de matériel, il y a lieu d'examiner si des droits de propriété intellectuelle peuvent être demandés et, dans l'affirmative, dans quelles conditions; et si des droits de propriété, y compris des droits de propriété intellectuelle, peuvent être cédés ou transférés⁶³;

c) les avantages monétaires peuvent comprendre notamment, mais non exclusivement, ce qui suit : paiement de redevances, droits de licence en cas de commercialisation et cotitularité des droits de propriété intellectuelle pertinents. Les avantages non monétaires peuvent consister en la cotitularité des droits de propriété intellectuelle pertinents⁶⁴.

29. S'agissant du rôle des droits de propriété intellectuelle dans le cadre d'arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, la Conférence des parties a encouragé, aux termes de sa décision VI/24, l'OMPI à "progresser rapidement dans l'élaboration de clauses types sur la propriété intellectuelle qu'il pourrait être envisagé d'inclure dans les accords contractuels lors de la négociation des conditions à convenir d'un commun accord"⁶⁵.

⁶¹ Voir le groupe des pays asiatiques (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.60), l'Australie (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.68), le Brésil (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.59), le Canada (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.77), la Chine (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.82), la Colombie (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par. 58), l'Égypte (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.70), l'Inde (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.62), l'Équateur (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.55), la Communauté européenne et ses États membres (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.75), le Japon (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.76), le Maroc (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.79), la Norvège (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.72), le Pérou (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.69), Singapour (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.66), la Suisse (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.83), la Turquie (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.67) et le Venezuela (OMPI/GRTKF/IC/2/16, par.56).

⁶² Voir le paragraphe 43 des lignes directrices de Bonn.

⁶³ Voir l'appendice I des lignes directrices de Bonn.

⁶⁴ Voir l'appendice II des lignes directrices de Bonn.

⁶⁵ Voir le paragraphe 9 de la Décision VI/24C.

Régime international concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages

30. Le Sommet mondial pour le développement durable⁶⁶ a adopté un Plan de mise en œuvre dans lequel il a lancé un appel afin que des mesures soient prises pour “négocier, dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique, en gardant à l'esprit les lignes directrices de Bonn, un régime international pour promouvoir et garantir un partage juste et équitable des bienfaits découlant de l'utilisation des ressources génétiques”⁶⁷. Compte tenu de cette disposition, la question d'un régime international concernant l'accès et le partage des avantages a été examinée, en mars 2003, au titre d'un point distinct de l'ordre du jour, par la Réunion intersessions à composition non limitée sur le programme de travail pluriannuel de la Conférence des parties jusqu'en 2010. La réunion intersessions a recommandé que le Groupe de travail à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages étudie, lorsqu'il examinera d'autres approches conformément à son mandat défini dans la décision VI/24A, le processus, la nature, la portée, les éléments et les modalités d'un régime international et conseille la Conférence des parties sur la manière de traiter la question. La réunion intersessions a invité les gouvernements, les communautés autochtones et locales ainsi que les organisations compétentes à soumettre leur avis sur le processus, la nature, la portée, les éléments et les modalités d'un régime international concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages avant la deuxième réunion du groupe de travail⁶⁸. Le groupe de travail a élaboré des recommandations relatives au mandat concernant la négociation d'un régime international et de ses éléments, lesquelles ont été soumises à la Conférence des parties, à sa septième réunion⁶⁹. Plusieurs de ces éléments portent sur des questions de propriété intellectuelle, et il sera tenu compte des faits nouveaux et des débats ultérieurs concernant le régime international dans le projet de pratiques contractuelles recommandées. À sa septième réunion, la Conférence des parties a dûment approuvé l'élaboration d'un régime international (Décision VII/9 de la Conférence des parties).

V.B Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture

31. Dans le domaine des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, traiter la question de l'accès et du partage des avantages au niveau bilatéral n'apporte pas de solutions pleinement adaptées à la nature et aux besoins particuliers de l'agriculture⁷⁰.

⁶⁶ Ce sommet s'est tenu à Johannesburg en septembre 2002.

⁶⁷ Voir le paragraphe 44.o) du Plan de mise en œuvre du sommet.

⁶⁸ Le groupe de travail s'est réuni du 1^{er} au 5 décembre 2003 à Montréal (Canada).

⁶⁹ La septième réunion de la Conférence des parties se tiendra en février 2004 à Kuala Lumpur (Malaisie).

⁷⁰ Dans sa résolution 3, la Conférence pour l'adoption du texte de la CDB “reconnait la nécessité de trouver des solutions aux questions les plus importantes concernant les ressources phytogénétiques” dans le domaine de l'alimentation et de l'agriculture (paragraphe 4, Résolution 3, Conférence de Nairobi pour l'adoption du texte de la Convention sur la diversité biologique).

La nature particulière de ces ressources⁷¹ découle notamment de trois caractéristiques distinctes : i) les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et leur libre circulation constituent un préalable fondamental pour la sécurité alimentaire mondiale; ii) compte tenu de la diffusion de l'agriculture et des principales cultures, il est très difficile de déterminer le pays d'origine de ces ressources phytogénétiques; et iii) les pays dépendent fortement les uns des autres en ce qui concerne ces ressources, car dans chacun d'eux l'agriculture est tributaire des approvisionnements en ressources génétiques provenant d'autres parties du monde.⁷²

Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture

32. Afin de tenir compte de la spécificité des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, les États ont négocié le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture dans le cadre de la Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO. Ce traité établira un Système multilatéral d'accès et de partage des avantages applicable aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. L'article 12.4 relatif à l'accès facilité aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture au sein du système multilatéral prévoit que l'accès facilité est accordé conformément à un accord type de transfert de matériel (ATM), qui est adopté par l'Organe directeur du traité et qui reprend les dispositions relatives à l'accès et au partage des avantages énoncées dans les articles pertinents du traité ainsi que la disposition indiquant que le bénéficiaire des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture doit requérir que les conditions de l'ATM s'appliquent au transfert des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture à une autre personne ou entité, ainsi qu'à tout transfert ultérieur de ces ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture⁷³.

33. Lors de l'adoption du traité, à sa trente et unième session, la Conférence de la FAO a décidé de charger un groupe d'experts d'élaborer et de proposer des recommandations concernant les termes de l'Accord type de transfert de matériel prévu à l'article 12.4 du traité en vue de leur examen par le Comité intérimaire du traité et par l'Organe directeur à sa première réunion⁷⁴. Par conséquent, la FAO a fait observer, à la troisième session du Comité intergouvernemental, que "le système multilatéral est fondé sur le principe selon lequel les ressources phytogénétiques appartiennent à la communauté internationale et il est donc régi par des règles établies multilatéralement. On peut trouver des exemples de ce type de règles dans le cadre du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (GCRAI), qui

⁷¹ Dans le document CPGR-6/95/REP, paragraphe 67, la Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture souligne la nature et les besoins particuliers de l'agriculture, spécificités qui sont prises en considération dans le Rapport sur l'état des ressources phytogénétiques dans le monde.

⁷² Le *Plan d'action mondial pour la conservation et l'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* de la FAO (1996) met en évidence sept caractéristiques spécifiques des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (paragraphe 7.a) à h)). Le Groupe d'experts du Secrétariat de la CDB sur l'accès et le partage des avantages a reconnu le caractère unique des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et a défini quatre caractéristiques distinctes (voir le rapport du Groupe d'experts sur l'accès et le partage des avantages, UNEP/CBD/COP/5/8, paragraphe 64).

⁷³ Voir l'article 12.4 du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

⁷⁴ Voir le paragraphe 15 du document CGRFA/MIC-1/02/REP

administre des centaines de milliers de ressources phylogénétiques pour le compte de la communauté internationale”⁷⁵. De ce fait, le représentant de la FAO a fait remarquer, à la quatrième session du comité, qu’“il ne faut pas confondre de telles dispositions avec des systèmes bilatéraux ou contractuels relatifs à l’accès, tels que ceux visés par la base de données électronique, et il a donc suggéré que l’on indique qu’il faut établir une distinction entre les systèmes multilatéraux et bilatéraux et le traité international” dans les différents documents de travail du comité⁷⁶. Le traité international est entré en vigueur le 29 juin 2004.

Code international de conduite pour la collecte et le transfert de matériel phylogénétique

34. Le Code international de conduite pour la collecte et le transfert de matériel phylogénétique de la FAO (1993)⁷⁷ est l’un des éléments du Système mondial sur les ressources phylogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture⁷⁸ qui concerne les contrats relatifs à l’accès et au partage des avantages. Ce code vise à servir de cadre aux États qui souhaitent élaborer des réglementations nationales ou rédiger des accords en vue de la collecte de matériel phylogénétique. De nombreux pays l’ont utilisé à cette fin, et il s’inscrit dans le droit fil de la CDB et du traité international avec lesquels il est pleinement compatible. Il a été adopté par la Conférence de la FAO en 1993 en tant qu’instrument non contraignant. Il a été convenu que le code devrait être adapté en fonction de l’évolution des besoins et des circonstances et mis à jour ou modifié, selon que de besoin, dans le cadre de la commission⁷⁹.

35. En particulier, ce code de conduite contient des directives concernant la demande de “permis” par des collecteurs ainsi que la délivrance de ces permis par les autorités nationales. Il définit les responsabilités minimales des collecteurs, des promoteurs, des conservateurs et des utilisateurs de matériel génétique, en traitant aussi bien de la collecte que du transfert de matériel génétique. Dans le cadre de ces responsabilités, les conservateurs sont tenus notamment de “prendre des dispositions pratiques, *en recourant par exemple aux accords de transfert de matériel*, pour promouvoir les objectifs de ce Code, ainsi que le partage par les utilisateurs des avantages découlant du matériel phylogénétique collecté avec les communautés locales, les agriculteurs et les pays hôtes”⁸⁰.

V.C Centres internationaux de recherche agronomique du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (CGIAR)

36. On compte à l’heure actuelle 16 Centres internationaux de recherche agronomique. Ces CGIAR ont pour mission “de contribuer à la sécurité alimentaire et à l’éradication de la pauvreté dans les pays en développement par le biais de la recherche, de partenariats, du renforcement des capacités et de l’appui stratégique, en œuvrant pour le développement durable d’une agriculture fondée sur une gestion des ressources naturelles qui soit

⁷⁵ Voir la déclaration de la FAO (WIPO/GRTKF/IC/3/17, par. 48).

⁷⁶ Voir la déclaration de la FAO (WIPO/GRTKF/IC/4/15, par. 165).

⁷⁷ <ftp://ext-ftp.fao.org/ag/cgrfa/GS/CCgermpF.pdf>.

⁷⁸ <http://www.fao.org/ag/cgrfa/French/pgr.htm#diagram>.

⁷⁹ Le code de conduite est disponible à l’adresse suivante :

<ftp://ext-ftp.fao.org/waicent/pub/cgrfa8/GS/CCgermpF.pdf>.

⁸⁰ Voir l’article 13.3 du Code de conduite de la FAO. Sans italiques dans l’original.

respectueuse de l'environnement"⁸¹. Aux termes du Traité international sur les ressources phylogénétiques, les centres internationaux de recherche agronomique sont invités à signer des accords avec l'Organe directeur du traité en ce qui concerne leurs collections *ex situ* à l'effet notamment de veiller à ce que les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, énumérées dans l'annexe I du traité international ainsi que celles énumérées dans ladite annexe et collectées avant l'entrée en vigueur du traité, qui sont détenues par les centres internationaux soient disponibles conformément aux dispositions de la partie IV du traité⁸².

37. Il existe également plusieurs autres organisations et organismes internationaux qui mènent des travaux sur les éléments de propriété intellectuelle des contrats concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages. Toutefois, étant donné que la présente partie portait uniquement sur les instances avec lesquelles les États membres ont préconisé de coopérer étroitement, et également pour des raisons d'espace, seules les instances susmentionnées ont été traitées dans le présent document.

V.D Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV)

38. Les obtentions végétales représentent l'une des formes les plus importantes des ressources phylogénétiques et la création variétale peut être l'un des résultats de l'accès aux ressources génétiques. Une forme de protection de la propriété intellectuelle a été conçue spécialement pour les obtentions végétales et cette protection *sui generis*, lorsqu'elle existe, constitue un élément important de la politique générale et de la législation qui déterminent les incidences en matière de propriété intellectuelle de l'accès et du partage des avantages. L'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV), qui compte 55 États membres, a établi, dans le cadre de la Convention UPOV, le seul et unique système de protection harmonisé à l'échelle internationale. La Convention UPOV prévoit l'octroi d'une protection, sous la forme d'un "droit d'obtenteur", pour l'obtenteur d'une nouvelle variété végétale, si celle-ci satisfait aux conditions énoncées dans ladite convention. En particulier, la variété en question doit être nouvelle, distincte, homogène et stable et doit être désignée au moyen d'une dénomination appropriée.

39. Un récent document de l'UPOV examine l'interaction du système de l'UPOV et de l'accès aux ressources génétiques et du partage des avantages⁸³. Ce document traite de questions qui peuvent se révéler pertinentes pour les arrangements contractuels sur l'accès aux ressources génétiques, lorsque celles-ci se trouvent dans des territoires relevant de la Convention UPOV. Ces questions ont trait en particulier à l'accès aux ressources

⁸¹ Cette citation est extraite du mandat révisé du groupe, tel qu'il a été reformulé lors de la semaine des centres internationaux en octobre 1998. On trouvera le texte d'origine du mandat dans le document portant création du groupe, à savoir la résolution de 1971 intitulée "Consultative Group on International Agricultural Research. Objectives, Composition and Organizational Structure".

⁸² Voir l'article 15.1.a) et b) du Traité international sur les ressources phylogénétiques. La partie IV du traité concerne le Système multilatéral d'accès et de partage des avantages.

⁸³ "Réponse de l'UPOV à la notification du 26 juin 2003 émanant du secrétaire exécutif de la Convention sur la diversité biologique (CDB)" du 26 octobre 2003, qui est disponible sur le site Web de l'UPOV à l'adresse :

http://www.upov.int/fr/news/2003/pdf/cbd_response_oct232003.pdf.

génétiques, à la divulgation de l'origine, au consentement préalable donné en connaissance de cause et au partage des avantages en ce qui concerne "l'exception en faveur de l'obtenteur", les exploitants pratiquant l'agriculture de subsistance et les semences de ferme.

VI. CONCLUSION

40. Les éléments de propriété intellectuelle des contrats concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages ont constitué une partie importante des travaux du comité consacrés au rapport entre la propriété intellectuelle et les ressources génétiques. Le présent document fait la synthèse des informations rassemblées et des principes convenus ou mis en évidence au cours des cinq premières sessions du comité, afin de progresser dans l'élaboration de pratiques contractuelles recommandées. Ces principes sont présentés sous la forme d'un projet de pratiques contractuelles recommandées qui est reproduit dans l'annexe du présent document. Les prochaines étapes des travaux du comité pourraient se dérouler sur trois niveaux :

- élaboration des principes opérationnels;
- réaction de dispositions types comme celles préconisées dans la décision de la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique; et
- révision et amélioration du projet de pratiques contractuelles recommandées.

41. Au cours de leurs débats à la septième session du comité, les membres souhaiteront peut-être formuler de nouvelles observations sur les principes opérationnels déjà mis en évidence, en vue de les étoffer, et ils pourraient également faire des observations sur la première version des pratiques contractuelles recommandées contenues dans l'annexe du présent document. Sur la base de ces débats, un ensemble de principes opérationnels révisés pourrait être examiné, dans la perspective de leur amélioration ou de leur adoption ultérieure par le comité. Une nouvelle version révisée du projet de principes directeurs pourrait être élaborée sur la base des nouvelles contributions apportées à la septième session ainsi que des autres observations, contributions et exemples communiqués au Secrétariat avant le 28 février 2005. De telles lignes directrices peuvent s'inscrire dans le cadre plus général des travaux du comité et pourraient être établies sans préjudice de la nature et du statut juridique de l'ensemble des résultats auxquels a abouti le comité.

42. Certains des principes supplémentaires mis en évidence au cours des précédents débats du comité n'ont pas été pris en considération dans le projet de pratiques contractuelles recommandées, car ils risquent d'entraîner des décisions particulières en matière de politique générale ou d'avoir d'autres conséquences. Par exemple, la proposition visant à "créer un tribunal spécial ayant compétence pour statuer sur les questions relatives aux contrats concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages" pourrait être mise en œuvre en partie grâce à l'élaboration de procédures extrajudiciaires de règlement des litiges adaptées au domaine, c'est-à-dire compte tenu de la nature particulière des litiges concernant les aspects des ressources génétiques qui ont trait à la propriété intellectuelle. Cette façon de procéder pourrait aller dans le sens de la proposition présentée par le groupe des pays asiatiques et par la Chine selon laquelle "l'OMPI devrait étudier les possibilités d'offrir d'autres services de règlement des litiges, y compris mais pas uniquement sous la forme de procédures d'arbitrage ou de médiation, qui seraient adaptés aux problèmes

découlant des questions de propriété intellectuelle liées aux savoirs traditionnels et au folklore”⁸⁴. La question est abordée de façon plus générale dans le document WIPO/GRTKF/IC/6/6 (paragraphe 62 à 64). Le comité jugera peut-être utile d’examiner cette possibilité en ce qui concerne les ressources génétiques, y compris la possibilité de définir un rôle dans ce domaine pour le Centre d’arbitrage et de médiation de l’OMPI.

43. Le comité intergouvernemental est invité à prendre note du contenu du présent document, des principes opérationnels recensés en vue de l’élaboration des pratiques contractuelles recommandées, de la possibilité d’en tirer des dispositions contractuelles types et de la version actualisée du projet de pratiques contractuelles recommandées figurant en annexe, à formuler des observations sur ces éléments et à examiner les options envisageables pour ses travaux futurs y compris celles mentionnées aux paragraphes 40 à 42 ci-dessus.

[L’annexe suit]

⁸⁴ Document OMPI/GRTKF/IC/2/10; voir également le débat sur le règlement extrajudiciaire des litiges portant sur l’accès aux ressources génétiques dans le document OMPI/GRTKF/IC/2/3.

ANNEXE

PROJET DE GUIDE CONCERNANT LES ÉLÉMENTS DE PROPRIÉTÉ
INTELLECTUELLE DES ACCORDS PORTANT SUR L'ACCÈS
AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES ET LE PARTAGE ÉQUITABLE
DES AVANTAGES QUI EN DÉCOULENT

Note préliminaire :

Compte tenu des normes juridiques internationales et des attentes au niveau communautaire, il est nécessaire d'appliquer à l'accès aux ressources génétiques le principe du consentement préalable donné en connaissance de cause et de veiller au partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces ressources génétiques. Il s'agit là d'un défi fondamental d'une vaste portée tant sur les plans juridique, politique, administratif que pratique. Ces questions font d'ailleurs l'objet de régimes internationaux régissant les ressources génétiques et elles évoluent en permanence au sein des instances compétentes en la matière. Les questions de propriété intellectuelle constituent l'un des éléments de ce vaste ensemble.

Le risque que les droits de propriété intellectuelle puissent être utilisés pour s'approprier la valeur des ressources génétiques sans permettre un partage équitable des avantages est source de préoccupations. Des questions subsistent également quant aux modalités de gestion des éléments et des options en matière de propriété intellectuelle qui permettraient de garantir un partage équitable des avantages : ces options consistent notamment à éviter le recours au système des droits de propriété intellectuelle en procédant au transfert des ressources génétiques sous réserve d'un accord prévoyant le respect de certains droits de propriété intellectuelle; à conférer les droits de propriété intellectuelle au dépositaire des ressources génétiques; ou encore à accorder à l'utilisateur les droits découlant de l'utilisation des ressources, sous réserve de plusieurs conditions et garanties, par exemple le droit de recevoir des avantages sous forme de redevances ou d'autres types de versement, d'avoir accès aux résultats de la recherche, de participer aux initiatives de développement communautaires, de contribuer aux différentes formes de développement socioéconomiques ainsi que des obligations en matière de transparence et de divulgation. Dans les lignes directrices de Bonn (examinées ci-dessous), il est précisé que la titularité des droits de propriété intellectuelle peut se traduire tant par des avantages monétaires que par des avantages non monétaires. L'expérience pratique a montré que des options très diverses ont été retenues par les dépositaires des ressources génétiques. La compréhension de toutes ces options relève donc d'une nécessité commune, de façon à renforcer le pouvoir décisionnel des dépositaires des ressources génétiques quant à la meilleure façon de sauvegarder et de promouvoir leurs intérêts.

Le présent guide n'a pas pour objet de promouvoir en particulier telle ou telle option relative à l'utilisation ou à la non-utilisation des droits de propriété intellectuelle, dans le cadre de l'accès et du partage équitable des avantages. Il a été élaboré à partir de données d'expérience communiquées par diverses parties prenantes afin de donner des exemples des différentes options qui ont été appliquées. Il offre ainsi une analyse concrète de la question et permet d'enrichir les informations pratiques dont disposent les parties prenantes pour évaluer les options qu'elles peuvent choisir en ce qui concerne l'accès et le partage des avantages. Certaines parties prenantes ont fait part de leurs préoccupations quant à l'utilisation des droits de propriété intellectuelle dans ce contexte; d'autres ont eu recours à toute une série de

mécanismes pour mettre en évidence leurs intérêts et définir des accords relatifs au partage des avantages. Dans certains cas, les ressources génétiques sont fournies à des fins de recherche et d'évaluation uniquement, les conditions applicables à toute autre utilisation (y compris tout droit de propriété intellectuelle) devant faire l'objet de négociations ultérieures. La pluralité des méthodes et des options est inévitable, compte tenu de la diversité des intérêts et des préoccupations concernant la question de l'accès et du partage des avantages, et de la gamme des solutions qui ont été étudiées.

Tout accord relatif à l'accès et au partage des avantages doit être conforme au cadre international existant – qui est essentiellement constitué par des instruments juridiques régissant les ressources génétiques – et non pas au droit de la propriété intellectuelle pris isolément. Ce type d'accord doit être adapté à l'évolution ultérieure de ce cadre au sein duquel plusieurs processus sont en cours au niveau international. Le présent projet de principes directeurs constitue donc seulement un document de référence complémentaire. Il ne saurait préjuger de l'issue ou de l'évolution des débats en cours dans d'autres instances, pas plus qu'il ne pourrait être utilisé pour interpréter ou limiter les droits et les obligations relevant de ce cadre juridique.

Avertissement sur la nature du présent projet de guide : le présent document n'est qu'un projet fondé sur les principes applicables déjà établis par le comité et destiné à servir de base aux discussions et à la poursuite des travaux. Ceux-ci pourraient notamment porter sur une série de mesures concrètes, d'exemples spécifiques et d'études de cas, de clauses contractuelles types ou indicatives et de représentations graphiques des questions essentielles et des mesures concrètes à prendre. Les progrès réalisés dans d'autres instances internationales devraient aussi être pris en considération dans le développement du présent projet.

I. CONTEXTE

Quand ces principes directeurs peuvent-ils être utilisés?

1. Le présent projet de guide contient des informations générales à l'intention de tous ceux qui s'interrogent sur l'opportunité d'autoriser l'accès aux ressources génétiques qu'ils détiennent, qu'ils contrôlent ou dont ils sont dépositaires, et sur la façon de procéder. Le fait de négocier et d'autoriser l'accès aux ressources génétiques, à des fins commerciales ou de recherche, peut soulever des questions de propriété intellectuelle. Les accords relatifs à la gestion concrète de la propriété intellectuelle peuvent avoir une incidence sur le résultat global de l'accès aux ressources génétiques et sur la création et le partage équitable des avantages découlant de cet accès : cela concerne également la décision d'utiliser ou non les droits de propriété intellectuelle et, dans l'affirmative, selon quelles conditions. Pour autant, l'accès et le partage des avantages s'inscrivent dans un cadre juridique plus large et les questions de propriété intellectuelle ne représentent qu'un élément des questions d'ordre pratique et juridique qu'il peut être nécessaire d'examiner, de sorte que les questions de propriété intellectuelle ne se posent pas dans tous les cas d'accès et de partage des avantages. Le présent guide doit donc être simplement considéré comme un élément complémentaire, subordonné aux principes généraux et aux régimes juridiques qui régissent l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent. Il a un caractère informel et informatif uniquement et ne saurait constituer un avis juridique officiel ni fournir des orientations de politique générale. Ces pratiques recommandées s'inspirent de l'expérience pratique acquise dans des situations très diverses en matière d'accès et de partage des avantages et illustrent les questions qui se sont posées concrètement et les différentes méthodes qui ont été adoptées pour y répondre.

Qu'entend-on par accès et partage équitable des avantages?

2. On entend par matériel génétique, le matériel d'origine végétale, animale ou microbienne qui contient les moyens de transmettre des caractères d'un ancêtre à un descendant par le biais de la reproduction ou de permettre la reproduction d'un organisme dans son intégralité (matériel contenant "**les unités fonctionnelles de l'hérédité**" conformément à la définition officielle). Les ressources génétiques sont définies comme étant un "matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle"; en d'autres termes, l'idée que les ressources génétiques ont au moins une valeur potentielle est essentielle dans cette définition. Des échantillons de plantes, de cellules, de microbes et d'autre matériel peuvent contenir de précieuses informations génétiques, utiles pour la recherche-développement (qui englobe les biotechnologies modernes et le génie génétique), mais peuvent être tout aussi importants pour la création de produits à base d'extraits naturels, la sélection végétale traditionnelle et l'utilisation de matériel génétique tel que les bactéries dans l'industrie (dans des secteurs traditionnels comme la boulangerie et la brasserie, mais aussi dans de nouvelles activités comme le traitement des minéraux et la gestion de l'environnement).

3. Les ressources génétiques peuvent donc constituer un apport important pour la recherche et le développement de nouveaux produits et procédés, dans un éventail de secteurs techniques et industriels de plus en plus large. Des savoirs traditionnels sont souvent associés aux ressources génétiques et peuvent donner des indications utiles sur la façon dont celles-ci peuvent être préservées, conservées et utilisées dans l'intérêt de l'humanité. Par conséquent, lorsque des ressources génétiques sont obtenues ou mises à disposition, à des fins commerciales ou de recherche, les avantages découlant de la recherche, du développement et de l'utilisation commerciale doivent être partagés de façon juste et équitable avec les fournisseurs des ressources, et l'accès aux ressources doit être subordonné à leur consentement préalable en connaissance de cause. Des régimes juridiques internationaux, ainsi que de nombreuses législations nationales, ont été conçus pour régler ces questions, en particulier depuis la négociation de la Convention sur la diversité biologique (CDB) en 1992. Les modalités et conditions d'accès aux ressources génétiques, l'application du principe du consentement préalable en connaissance de cause des fournisseurs de ressources génétiques et les arrangements en matière de partage des avantages découlant de l'utilisation et du développement de ces ressources sont donc des questions essentielles.

4. Les législations internationales et nationales sur les ressources génétiques traitent de façon approfondie les questions relatives à l'accès aux ressources génétiques, à leur utilisation et au partage des avantages qui en découlent. Ces lois et règlements fixent les règles applicables à l'exercice du consentement préalable en connaissance de cause et à la détermination des modalités et des conditions d'accès. Dans certains cas, le détail des modalités d'accès et de partage des avantages peut être fixé dans le cadre de licences, de contrats ou d'accords négociés. En général, le fournisseur des ressources (par exemple, une communauté autochtone, un organisme public, un institut de recherche ou le propriétaire des terres qui abritent la ressource) conclut un accord avec l'utilisateur des ressources (par exemple, un chercheur ou une entreprise qui souhaite utiliser les ressources génétiques). Ces accords peuvent indiquer l'utilisation prévue des ressources, les éventuelles restrictions d'utilisation et la façon dont les avantages tirés des ressources sont gérés et partagés. Un accord ou un contrat peut être l'expression concrète du *consentement préalable en connaissance de cause* requis par les règles internationales comme fondement juridique de l'accès aux ressources génétiques.

5. Ces accords s'inscrivent généralement dans le cadre de régimes spécifiques relatifs aux ressources génétiques et dans le respect des autres lois qui régissent les questions d'environnement, les ressources publiques, les droits des autochtones et ceux des communautés et le développement régional, ainsi que le droit général des contrats et des biens. Au niveau international, ces arrangements sont régis par des instruments, tels que la CDB et le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Une série de lois, de règlements et de mesures aux niveaux national, régional et communautaire régissent directement l'accès aux ressources génétiques et leur utilisation. Outre les questions de propriété intellectuelle, ces régimes traitent de nombreux points. Le présent projet de guide a une portée limitée et a seulement pour objet de donner des informations et des indications sur les *éléments de propriété intellectuelle* de l'accès aux ressources génétiques. Par rapport aux principaux instruments juridiques et pratiques relatifs à l'accès aux ressources génétiques en général, le présent guide ne fournit que des informations complémentaires et auxiliaires.

Quel est le rôle de la propriété intellectuelle?

6. Cela étant, les arrangements en matière de gestion de la propriété intellectuelle peuvent être importants pour s'assurer qu'un accord d'accès donne effectivement naissance à des avantages, réparti équitablement ceux-ci et tient compte des intérêts et des préoccupations des fournisseurs. Lorsque des recherches sont effectuées sur des ressources génétiques, elles peuvent déboucher sur la création d'inventions susceptibles de donner lieu à des droits de propriété intellectuelle, tels que des brevets. La gestion de la propriété intellectuelle peut influencer la création et le partage des avantages. Les accords dans ce domaine contiennent donc souvent des clauses qui régissent l'obtention et l'utilisation des droits de propriété intellectuelle. Ces clauses portent notamment sur les points suivants : le droit de demander des droits de propriété intellectuelle sur les inventions et autres résultats des recherches faisant appel aux ressources, la propriété des objets de propriété intellectuelle dérivés et la concession de licences sur ces objets, la responsabilité en matière de maintien en vigueur et d'exercice des droits de propriété intellectuelle et les modalités de répartition des avantages financiers ou autres tirés de ces objets de propriété intellectuelle dérivés. Les accords peuvent aussi imposer au destinataire des ressources l'obligation d'indiquer tout droit de propriété intellectuelle demandé et tout fait de même nature. Certains accords subordonnent l'accès à l'absence de revendication de droits de propriété intellectuelle sur le matériel obtenu. La façon dont les questions relatives à la gestion de la propriété intellectuelle sont traitées dans un accord d'accès et de partage des avantages peut influencer considérablement sur la capacité du fournisseur d'accès et du destinataire des ressources d'atteindre leurs objectifs et d'agir dans leur intérêt commun.

7. Les contrats et les accords ne sont pas autonomes; ils sont subordonnés aux législations nationales et aux régimes internationaux applicables aux ressources génétiques, et le cadre juridique général doit être respecté. Certains systèmes reposent non pas sur des contrats ou des accords mais sur une réglementation directe des autorités publiques. Certaines personnes ont souligné les limitations des contrats en tant que moyen de définir et de régir les relations en ce qui concerne l'accès aux ressources génétiques et l'utilisation de celles-ci. Mais certaines législations nationales et régionales prévoient expressément les contrats d'accès et de partage des avantages, parfois sous réserve de certaines conditions. Aujourd'hui, de nombreux fournisseurs de ressources choisissent de négocier et de conclure des contrats de ce type. Ils ont donc demandé de plus amples informations sur les questions et les options de propriété intellectuelle, afin d'être mieux à même de recenser leurs intérêts et d'atteindre leurs objectifs. Les pratiques recommandées visent à fournir des informations pratiques et des

conseils aux personnes qui décident de négocier des conditions d'accès aux ressources génétiques. Cependant, elles ne portent que sur les éléments de propriété intellectuelle et constituent un complément et une aide, à utiliser comme une source d'information, plutôt qu'un guide indépendant pour la négociation et la conclusion de contrats et d'accords d'accès et de partage des avantages.

II. DISPOSITIONS GENERALES

Quelles sont les idées qui sous-tendent ces principes directeurs?

8. Le présent projet de guide peut servir les intérêts des fournisseurs et des destinataires des ressources génétiques lorsque ceux-ci négocient, définissent et rédigent les éléments de propriété intellectuelle des modalités fixées d'un commun accord en ce qui concerne l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages. Il donne des exemples des questions concrètes de propriété intellectuelle auxquelles les fournisseurs et les destinataires des ressources peuvent être confrontés lorsqu'ils négocient un accord, un contrat ou une licence. Il expose quelques-unes des solutions qui ont été appliquées en pratique, sans préjuger toutefois de celle qui sera retenue. La diversité des législations nationales et des intérêts concrets des fournisseurs et des destinataires peut déboucher sur une multitude de choix possibles lors de la négociation et de l'élaboration des clauses contractuelles. Le présent guide peut donc aider les fournisseurs et les destinataires à déterminer les conditions d'accès et de partage des avantages de façon équitable et d'un commun accord, sans prétendre toutefois imposer un modèle ou telles ou telles solutions.

9. Le présent guide est élaboré à partir de nombreuses contributions fondées sur des expériences concrètes, dans le respect des règles fixées par le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI (ci-après dénommé "comité"). Il s'agit notamment de réponses des États membres de l'Organisation et d'autres parties prenantes à un questionnaire diffusé sous la responsabilité du comité.

10. Le présent guide prend en considération les activités réalisées dans le cadre des instances compétentes et d'accords internationaux pertinents, tels que la CDB, le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO, le Code international de conduite de la FAO pour la collecte et le transfert du germoplasme phytovégétal et les recommandations du Sommet mondial sur le développement durable, qui s'est tenu à Johannesburg en septembre 2002, sur la nécessité de mettre au point des mesures concrètes pour promouvoir et assurer un partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances, des innovations et des pratiques traditionnelles associées. Le projet de guide tient compte de ces cadres juridiques et de politique générale, mais ne saurait en rien préjuger de leur évolution et de leur mise en œuvre future ni être considéré comme une interprétation des instruments pertinents ou une contribution à leur mise en œuvre. En particulier :

- le Secrétariat de la CDB élabore actuellement un régime international régissant l'utilisation des ressources génétiques, lequel constituera un élément important, aussi bien sur le plan juridique que pratique, qui devra être pris en considération par les fournisseurs et les utilisateurs de ressources génétiques;

- le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO impose l'élaboration d'un accord type de transfert de matériel (ATM) en ce qui concerne les ressources phytogénétiques régies par ledit traité, et cette disposition constitue, elle aussi, un facteur très important, sur le plan juridique et technique, qui régit l'accès à ces ressources et leur utilisation.

11. En outre, aucun élément du projet de guide ne doit être interprété comme portant atteinte aux droits souverains des États sur leurs ressources naturelles, y compris leur droit de fixer les conditions et les modalités d'accès et de partage des avantages.

12. Le présent projet de guide est de nature purement facultative et indicative. Il n'est pas destiné à remplacer la législation internationale, régionale ou nationale applicable. Il ne porte que sur les éléments de propriété intellectuelle de l'accès et du partage des avantages et entretient à ce titre un lien de complémentarité et de subordination vis-à-vis des législations et des politiques plus larges qui régissent la propriété des ressources génétiques, l'accès à ces ressources et leur utilisation.

13. Le présent projet de guide ne saurait se substituer à un avis juridique spécialisé. Avant de conclure un accord contractuel juridiquement contraignant ayant pour objet d'énoncer les conditions d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages fixées d'un commun accord, toutes les parties contractantes devraient solliciter l'avis juridique d'un expert. Ce point est particulièrement important pour les fournisseurs de ressources pour lesquels l'accès à des conseils juridiques risque d'être limité. La disponibilité effective d'avis juridiques spécialisés, notamment sur des questions de propriété intellectuelle, peut se révéler être l'un des aspects importants qui permet de garantir que l'accès est fondé sur un consentement préalable donné en connaissance de cause.

III. TERMINOLOGIE

Qu'entend-on par "ressources génétiques" et "savoirs traditionnels" ?

14. Le présent projet de guide ayant valeur de source d'informations générales, il ne contient aucune définition précise et les termes qui y sont utilisés ne sont pas censés produire d'effets juridiques. Les contrats ou accords peuvent contenir leurs propres définitions des termes essentiels, s'agissant par exemple du droit coutumier des communautés traditionnelles. Cependant, les définitions données ci-après à titre d'information peuvent aider à délimiter l'objet considéré.

a) La CDB définit les *ressources génétiques* comme "le matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle" et le *matériel génétique* comme "le matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité". De même, le Traité international de la FAO sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture définit les *ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* comme "le matériel génétique d'origine végétale ayant une valeur effective ou potentielle pour l'alimentation et l'agriculture" et le *matériel génétique* comme "le matériel d'origine végétale, y compris le matériel de reproduction et de multiplication végétative, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité".

b) Il n'existe aucune définition des "savoirs traditionnels" admise au niveau international. Ceux-ci pourraient de façon générale être définis comme des savoirs :

- 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 traditionnels⁸⁵. Les termes "traditionnels" et "fondés sur la tradition" renvoient aux systèmes, créations et innovations en rapport avec les savoirs, qui présentent les caractéristiques suivantes : ils ont généralement été transmis de génération en génération, ils sont généralement considérés comme étant propres à un peuple particulier ou à son territoire et ils évoluent en permanence en fonction du milieu. Pour autant, les savoirs traditionnels ne doivent pas nécessairement être anciens ou antiques ou dépourvus de caractère innovant; de nombreux systèmes de savoirs traditionnels constituent des traditions contemporaines vivantes malgré leurs racines très anciennes.

c) Dans une définition internationale, la "propriété intellectuelle" désigne "les droits relatifs aux œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, aux interprétations des artistes interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion, aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaine, aux découvertes scientifiques, aux dessins et modèles industriels, aux marques de fabrique, de commerce et de service, ainsi qu'aux noms commerciaux et dénominations commerciales, à la protection contre la concurrence déloyale; et tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique". Les accords ou contrats concrets en matière d'accès et de partage des avantages peuvent retenir une définition plus restreinte de la "propriété intellectuelle", conformément aux buts de l'accord.

IV. CONTEXTE JURIDIQUE

Quels types de contrats et d'accords sont utilisés?

15. La CDB consacre le principe général selon lequel "l'accès [aux ressources génétiques], lorsqu'il est accordé, est régi par des conditions convenues d'un commun accord" et "est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources, sauf décision contraire de cette Partie". Ce principe définit le cadre juridique fondamental de l'accès et du partage des avantages pour des ressources génétiques relevant de la souveraineté nationale de nombreux pays parties à la CDB, et les

⁸⁵ Voir le paragraphe 69 du document WIPO/GRTKF/IC/5/8 et le paragraphe 45 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12.

autres pays s'efforcent d'appliquer le même principe. Dans ce contexte, la conclusion d'un contrat, d'un accord ou d'une licence est une façon d'exprimer les "conditions fixées d'un commun accord" et peut aussi être une condition du consentement préalable en connaissance de cause du pays qui fournit les ressources. En pratique, différents termes sont utilisés (par exemple contrat, licence et accord) mais le choix des termes n'est généralement pas significatif en soi. L'important est de savoir si l'accord est l'expression générale d'une intention ou s'il est juridiquement contraignant et, dans ce cas, sur quel territoire il produit ses effets.

16. En général, le contrat, l'accord ou la licence en matière d'accès aux ressources génétiques définit la finalité et les utilisations autorisées des ressources mises à disposition ainsi que les modalités et les conditions d'accès, y compris les avantages que le fournisseur doit recevoir du destinataire. Par essence, un contrat est une promesse ou un engagement exécutable par des moyens de droit. L'éventail des contrats et des accords utilisés aux fins des arrangements en matière d'accès et de partage des avantages peut être très varié. Dans certains cas, une loi nationale sur les ressources génétiques peut exiger en particulier que le fournisseur et le destinataire concluent un contrat d'accès; dans ce cas, la loi peut définir les conditions particulières que le contrat ou l'accord doit remplir. Même en l'absence de loi spécifique sur l'accès et le partage des avantages, le contrat peut être régi par des règles de droit commun, comme le droit des contrats et le droit de la concurrence. Ainsi, de nombreuses législations nationales relatives aux contrats prévoient la nullité des contrats ou des accords conclus sous la contrainte et contre la volonté de l'autre partie, par la tromperie ou par la fraude.

17. Le présent projet de guide illustre les différentes solutions qui ont été adoptées pour définir les conditions d'accès et de partage des avantages qui ont trait à la propriété intellectuelle, mais constitue uniquement un point de départ. Dans toute transaction ou collaboration, la nature et les conditions du contrat peuvent être adaptées aux besoins des deux parties pour mettre au point le partenariat le plus approprié. En tout état de cause, dans une relation potentiellement contraignante d'un point de vue juridique, toutes les parties devraient en principe demander l'avis d'un expert ayant l'expérience du ou des systèmes juridiques nationaux pertinents, capable :

a) de confirmer que l'accord traduit bien le projet sous-jacent ou la relation de recherche; et

b) de préciser si les droits et les obligations sont raisonnables, justes et légaux, si les obligations découlant de l'accord sont exécutoires et de quelle façon.

Cet avis ne peut pas être obtenu à partir de l'examen de contrats types ou réels d'autres institutions ou organisations; plus il est tenu compte de la relation spécifique en cours d'élaboration comme point de départ pour les négociations contractuelles (plutôt que d'autres accords élaborés dans d'autres contextes), plus il est probable que l'accord qui en résulte sera efficace et mutuellement avantageux.

18. En réalité, il existe de nombreux scénarios possibles en ce qui concerne l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés et leur utilisation. Ces scénarios peuvent différer en fonction des facteurs suivants :

a) *les systèmes juridiques et les différentes législations nationales* qui peuvent régir les relations contractuelles entre les parties, conformément aux droits souverains des États sur leurs ressources naturelles reconnus par la CDB et au principe selon lequel la faculté de réglementer l'accès aux ressources génétiques est dévolue aux gouvernements dans le cadre de la législation nationale;

b) *les fournisseurs et les destinataires du matériel biologique* : il peut s'agir du secteur public (par exemple les ministères, les organismes publics (nationaux, régionaux ou locaux), y compris les responsables de l'administration des parcs nationaux et des terrains publics); d'établissements commerciaux ou industriels (par exemple, des entreprises pharmaceutiques, agroalimentaires, horticoles ou cosmétiques); d'instituts de recherche (par exemple, des universités, des banques de gènes, des jardins botaniques, des collections microbiennes); des dépositaires de ressources génétiques et des détenteurs de savoirs traditionnels (par exemple, des associations de guérisseurs, des peuples autochtones ou des communautés locales, des organisations populaires, des communautés agricoles traditionnelles); et d'autres (par exemple, un ou plusieurs propriétaires fonciers privés, un ou plusieurs groupes de conservation, etc.);

c) *les ressources génétiques* : il peut s'agir d'une grande diversité de matériel génétique d'origine végétale, animale ou microbienne : le matériel génétique peut avoir une valeur réelle claire et une valeur potentielle élevée. Il peut présenter une valeur non démontrée ou incertaine, ou encore des intérêts ou des utilisations inattendus, surprenants ou imprévisibles dans différents domaines;

d) *les utilisations du matériel génétique et des savoirs traditionnels associés faisant l'objet d'une licence ou d'un accord* : il peut s'agir de déterminer certaines utilisations qui sont spécifiquement interdites ou des conditions régissant certaines utilisations, ou les deux, concernant : la commercialisation (y compris l'évaluation du potentiel commercial du matériel génétique ou des savoirs traditionnels), la recherche dans un but commercial (dans les domaines pharmaceutique, agroalimentaire, horticole, cosmétique et autres), ou la recherche scientifique ou universitaire seulement; cela peut inclure des travaux de recherche, de sélection ou de conception dans le domaine de l'alimentation et de l'agriculture (en particulier dans le cadre du Traité international de la FAO sur les ressources phytogénétiques).

e) *les calendriers* pour l'exécution d'un contrat ou d'une licence spécifique : il peut s'agir de fixer une limite absolue pour l'utilisation faisant l'objet de la licence ou d'établir un calendrier prévoyant des échéances à respecter et des obligations ultérieures (par exemple, un accord en vue de la négociation d'autres conditions en cas d'autorisation de la commercialisation d'un produit, par exemple).

19. Ces facteurs ont une incidence sur les éléments fondamentaux du contrat mais définissent aussi la façon dont les éventuelles questions de propriété intellectuelle sont traitées dans le cadre d'une relation contractuelle. Dans certaines situations, il est possible que les droits de propriété intellectuelle n'aient aucun rôle à jouer. Un accord initial peut porter plus particulièrement sur des questions de partage des avantages qui sont sans rapport avec la propriété intellectuelle, comme la coopération en matière de recherche, l'évaluation des ressources, la formation, l'enseignement et le transfert de technologies, et les parties peuvent décider de négocier un accord de commercialisation distinct (y compris sur la titularité des droits de propriété intellectuelle, le droit de concéder des licences dans ce domaine, le partage des avantages découlant d'un accord de licence, etc.) à un stade ultérieur si besoin est, dès lors

que la recherche initiale débouche sur des perspectives commerciales. Dans d'autres situations, les droits de propriété intellectuelle peuvent avoir un rôle à jouer dès le début du partenariat, faisant souvent partie intégrante de l'accord spécifique sur le partage des avantages, avec des bénéficiaires à court, moyen et long termes identifiables. Enfin, ils peuvent être incorporés aux modalités et conditions de licence qui dépassent le cadre de l'accès et du partage des avantages pour toucher la relation juridique et professionnelle plus large des parties.

20. Il est en principe conseillé aux négociateurs de penser d'abord à la nature de l'arrangement ou du partenariat qu'ils souhaitent conclure avant de s'intéresser à la façon dont il devrait être exprimé en termes juridiques. Cette façon de procéder est souvent plus efficace que de limiter les possibilités de coopération et de partage des avantages à un modèle existant. Des accords antérieurs et des précédents peuvent fournir des indications en ce qui concerne les options, sans préjuger des choix arrêtés par le fournisseur et le destinataire dans une situation donnée. À titre d'exemple, les instruments contractuels portant sur les ressources génétiques peuvent être rangés dans les grandes catégories indiquées ci-après. En réalité, de nombreux accords relèvent de plusieurs de ces catégories, selon les circonstances particulières de la collaboration.

a) *lettres d'intention ou préambules d'accord* : expression d'un accord préliminaire sur le cadre général de la collaboration envisagée, y compris tout arrangement commercial applicable, et sur l'ouverture de négociations futures concernant les détails d'un contrat ou d'une licence;

b) *accords de confidentialité ou de non-divulgence* : exigence imposée au destinataire de préserver la confidentialité des informations concernant par exemple l'origine des ressources génétiques, des savoirs traditionnels associés ou du savoir-faire, qui peuvent être utilisées pour obtenir l'accès aux ressources génétiques à des fins d'évaluation ou mettre au point une collaboration de recherche ou comme condition d'embauche; ce type d'accord prévoit souvent que ces informations ne peuvent être utilisées qu'à certaines fins – en fonction des circonstances, elles peuvent être utilisées seulement à des fins d'évaluation, de recherche ou à des fins non commerciales, ou encore à certaines fins convenues;

c) *accords de transfert de matériel (ATM)* : instruments courants dans les partenariats de recherche commerciale et universitaire concernant le transfert de matériel biologique, tel que germoplasme, micro-organismes et cultures cellulaires. Ils sont utilisés aux fins de l'échange de matériel dans divers cas (par exemple entre instituts de recherche) et aux fins de la définition de conditions régissant l'accès aux collections publiques de germoplasme ou aux banques de semences et l'accès des chercheurs aux ressources génétiques *in situ*, dans le cadre d'un accord entre l'organisme de recherche et le fournisseur d'accès. Dans la plupart des ATM, un fournisseur convient de remettre au destinataire le matériel physique déterminé et le destinataire convient de limiter les utilisations qui peuvent être faites de ce matériel, ainsi qu'en général de tout produit amélioré ou dérivé;

d) *contrats de licence* : accords définissant l'utilisation qui peut être faite du matériel ou les droits que le fournisseur peut concéder concernant par exemple l'utilisation des ressources génétiques en tant qu'outils de recherche, l'utilisation des savoirs traditionnels associés ou d'autres droits de propriété intellectuelle;

e) *contrats de recherche ou de recherche-développement* : accords définissant les différentes contributions à la recherche-développement, notamment les apports d'ordres financier, matériel (y compris les ressources génétiques) et intellectuel, précisant les différentes responsabilités en rapport avec les activités de recherche et de développement de nouveaux produits ou procédés et déterminant la façon dont les avantages monétaires et non monétaires découlant de la recherche-développement doivent être gérés et partagés.

De plus amples informations sur ces catégories d'accords ainsi que des exemples figurent dans l'appendice II [*non joint au présent projet*].

V. REMARQUES PRÉLIMINAIRES

Quels sont les éléments à examiner avant d'entamer les négociations?

21. Les négociations portant sur l'accès aux ressources génétiques doivent avoir pour but de définir et de promouvoir les intérêts communs des deux parties à l'accord (le fournisseur et le destinataire), de façon que celui-ci traduise un accord sur les intérêts et les objectifs communs. Lorsque les parties proviennent d'horizons différents, cela peut supposer de promouvoir le respect et la compréhension des valeurs et des contextes culturels. Il en va de même pour l'incorporation d'éléments de propriété intellectuelle dans un accord. Avant d'entamer des négociations ou d'engager des discussions, un fournisseur de ressources génétiques et un destinataire potentiel souhaitant obtenir l'accès à ces ressources doivent s'efforcer de bien comprendre les intérêts et les objectifs légitimes de l'autre partie et, au cours des négociations, chercher à aborder les questions de propriété intellectuelle sous un angle favorable à leurs intérêts communs. S'il doit constituer le point de départ d'une relation durable et profitable, l'accord final doit être intéressant pour les deux parties.

22. Pour parvenir à un partenariat équitable et durable et établir des clauses de propriété intellectuelle appropriées, il faut avoir une vision commune de la valeur de la contribution de chaque partie : d'une part, la valeur des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés qui sont fournis et, d'autre part, la valeur de la recherche, du développement, de la gestion du risque et de l'investissement inhérents à l'utilisation des ressources. Chaque partie doit connaître les limites de sa contribution à l'arrangement potentiel ainsi que les éléments utiles de sa contribution. Par exemple, il sera intéressant pour chacune des parties de savoir ce que l'autre attend des discussions et ce qu'elle considère comme important.

23. Le destinataire des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés doit prendre conscience du fait que, pour le fournisseur, la valeur des ressources génétiques ou des informations relatives aux mécanismes du matériel biologique (y compris les savoirs traditionnels) peut ne pas être limitée à l'aspect monétaire. Ce que le destinataire perçoit simplement comme une matière première pour la recherche peut être considéré par le dépositaire ou le fournisseur comme une partie essentielle de son patrimoine, de son identité culturelle et de sa spiritualité. Par exemple, les ressources et les savoirs traditionnels peuvent être associés à des valeurs spirituelles ou culturelles du fournisseur qu'il n'est pas facile de quantifier économiquement ou en peu de temps. Les ressources génétiques peuvent être le résultat d'activités de conservation, de sélection et de développement menées par les communautés autochtones et locales pendant de nombreuses générations. Si le fournisseur des ressources est un organe gouvernemental, une institution publique ou une communauté, les intérêts publics, tels que la gestion durable des ressources, la protection de l'environnement, l'équité sociale, le développement local et le transfert de technologies,

peuvent primer les objectifs technologiques ou commerciaux plus immédiats. Les avantages non monétaires et à plus long terme peuvent être préférés aux avantages monétaires ou à court terme.

24. Bien cerner la valeur et l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés, du point de vue de l'intérêt public et communautaire du fournisseur, peut être un moyen de parvenir à un accord équitable sur la propriété intellectuelle. Les communautés autochtones et les scientifiques qui travaillent dans des établissements universitaires peuvent les uns comme les autres avoir consacré des années, des décennies ou toute leur carrière à la recherche de la ressource génétique ou à la compréhension d'un mécanisme biologique donné. La ressource tout comme la connaissance de son utilité peuvent être le fruit d'efforts déployés sur plusieurs générations.

25. Il convient de tenir compte également de la nécessité d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause des personnes et des institutions concernées. Pour les utilisateurs potentiels des ressources génétiques, cela suppose qu'ils respectent sur le plan juridique les régimes d'accès et de partage des avantages établis par les gouvernements nationaux ou les autorités locales, ou issus de la coutume locale. Des indications détaillées sur les procédures à suivre en matière de consentement préalable donné en connaissance de cause sont fournies dans les lignes directrices de Bonn.

26. Dans le cadre des négociations, il sera utile pour le fournisseur de ressources génétiques de bien connaître la façon dont le destinataire potentiel peut évaluer les ressources et les savoirs traditionnels associés et d'en tenir compte. Les facteurs suivants peuvent être pris en considération à cet égard :

- a) *autre source* : existe-t-il d'autres sources d'approvisionnement et quels sont les coûts et les conditions d'accès au matériel via ces autres sources?
- b) *proximité du marché* : le coût des investissements en recherche-développement en termes de temps, d'argent et de ressources scientifiques et humaines doit permettre de fabriquer un produit commercialisable;
- c) *risque d'échec technique* : d'un point de vue scientifique, quelles sont les chances de créer un produit rentable?
- d) *risque d'exclusion réglementaire* : quelles sont les chances d'obtenir l'autorisation réglementaire de commercialiser un produit final et quel en est le coût?
- e) *autres possibilités d'investissement* : existe-t-il d'autres possibilités d'investissement offrant un meilleur rendement ou présentant des risques moins importants?
- f) *droit d'autorisation* : le fournisseur est-il en mesure de donner son consentement préalable en connaissance de cause et le consentement d'autres parties ou des autorités publiques est-il aussi requis?

En reconnaissant et en comprenant ces différents éléments, les deux parties intéressées peuvent augmenter leurs chances de concevoir des attentes raisonnables et d'établir des relations qui contribueront à produire des résultats positifs.

VI. EXAMEN DES RESSOURCES ET DEFINITION DES OBJECTIFS

Comment se préparer aux négociations?

27. Avant d'entamer des négociations sur l'accès et le partage des avantages, un fournisseur de ressources génétiques et de savoirs traditionnels associés devra peut-être recenser et examiner de façon systématique les actifs qu'il peut éventuellement offrir. Cette évaluation peut déboucher sur un inventaire, qui peut énumérer séparément les ressources matérielles et les ressources intellectuelles. Les règles juridiques régissant ces deux catégories de ressources peuvent être différentes, de même que leur nature juridique, du point de vue tant de la propriété intellectuelle que de l'évaluation.

28. Le processus d'inventaire devrait aider le fournisseur des ressources à définir les objectifs de l'accès envisagé et les utilisations auxquelles les ressources génétiques et les informations connexes (y compris les savoirs traditionnels) peuvent être soumises. Il peut aussi permettre de définir les ressources auxquelles le fournisseur ne souhaite pas donner accès ou celles qui peuvent être réservées en vue d'un éventuel accès ultérieur si le partenariat évolue favorablement. Les conséquences éventuelles de ces utilisations du point de vue de la propriété intellectuelle peuvent alors être divisées en plusieurs catégories. Cela permet de s'assurer que les incidences particulières de l'accès et de l'utilisation du point de vue de la propriété intellectuelle ont été recensées dès le départ et que, par la suite, tous les droits et avantages en matière de propriété intellectuelle découlant de l'exploitation de ces ressources pourront être répartis et gérés comme il convient. Le fournisseur d'accès a ainsi la possibilité de définir et d'atteindre des objectifs plus larges, en prévoyant par exemple, dans le contrat d'accès, l'obligation pour le destinataire de divulguer l'origine des ressources génétiques dans les brevets résultant de l'utilisation des ressources, ou la restriction des utilisations autorisées à des activités compatibles avec les valeurs culturelles du fournisseur, ou encore la possibilité pour les tiers d'accéder aux résultats de la recherche à des fins non commerciales ou en vue d'une utilisation dans les pays en développement.

29. Cette évaluation peut être complétée par une analyse de la législation et de la réglementation internationales, régionales et nationales pertinentes, y compris toute législation *sui generis* relative à la protection des savoirs traditionnels et, le cas échéant, le droit coutumier applicable dans les pays où des droits de propriété intellectuelle peuvent être reconnus et exercés.

30. Les destinataires et les fournisseurs potentiels peuvent conclure un accord de confidentialité préliminaire afin d'examiner leurs intérêts communs éventuels. S'ils constatent l'existence d'intérêts mutuels, un accord d'accès et de partage des avantages distinct peut alors être négocié. Cet accord ultérieur peut porter sur la titularité des droits de propriété intellectuelle existants ou futurs, le droit de concéder des licences sur la propriété intellectuelle et le partage des avantages découlant de tout accord de licence. À l'inverse, les droits de propriété intellectuelle peuvent avoir un rôle à jouer dès le début d'un partenariat, en tant que partie intégrante des clauses de partage des avantages, avec des bénéfices à court, moyen et long termes identifiables, ou en tant que série distincte de modalités et de conditions relatives à la concession de licences qui dépasse le cadre de l'accès et du partage des avantages pour toucher la relation juridique et professionnelle plus large des parties.

VII. EXAMEN DES QUESTIONS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Quelles catégories de questions de propriété intellectuelle sont traitées dans les contrats d'accès?

A. QUESTIONS GÉNÉRALES DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

31. Les parties à la négociation d'accords d'accès et de partage des avantages sont confrontées aux questions de propriété intellectuelle suivantes :

- a) quels objets de propriété intellectuelle peuvent résulter de l'accès aux ressources génétiques?
- b) quelles conditions ou restrictions doivent s'appliquer à la demande et à la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle?
- c) quelles seront les modalités de la titularité, de l'exercice, du maintien en vigueur et de la cession sous licence de ces droits de propriété intellectuelle?
- d) quelle solution en matière d'obtention, de titularité et d'exercice des droits favorise le plus un résultat mutuellement avantageux et le partage équitable des avantages découlant de l'accès autorisé?

Il est essentiel d'examiner à l'avance les droits de propriété intellectuelle qui peuvent résulter de l'accès envisagé. Si l'accès aux ressources génétiques s'inscrit dans le cadre d'activités de recherche appliquée, il aura probablement des incidences en matière de propriété intellectuelle. C'est notamment le cas si la collaboration en matière de recherche vise à mettre au point un produit ou un procédé commercial. La propriété intellectuelle potentielle sur les résultats de la recherche et les activités de commercialisation pourrait englober une série de droits, selon l'orientation choisie dans le cadre de la recherche-développement : il peut s'agir de brevets, de droits d'obtenteur, de marques, d'indications géographiques, de dessins ou modèles industriels, de secrets d'affaires et de droits d'auteur.

32. Les parties devront donc peut-être examiner la propriété intellectuelle qui peut résulter de l'accès autorisé et, en particulier, les points suivants :

- a) les objets qui peuvent *éventuellement* être couverts par la propriété intellectuelle;
- b) les éléments qui doivent *effectivement* être couverts par la propriété intellectuelle (par exemple, de nouveaux produits issus de la recherche) et ceux qu'il convient d'exclure (par exemple, certains accords de transfert de matériel imposent au destinataire de ne pas demander la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle sur le matériel transféré ou exigent l'ouverture de nouvelles négociations et la conclusion d'un nouvel accord lorsque la recherche fondamentale commence à donner des résultats).

33. Ces aspects fondamentaux débouchent ensuite sur des questions pratiques de propriété intellectuelle, à savoir :

- a) qui décidera d'obtenir ou non la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle sur les différentes catégories d'objets; quel type de consultations et d'accord ultérieur peut se révéler nécessaire avant l'acquisition et l'exercice des droits de propriété intellectuelle, le cas échéant;

- b) qui sera le titulaire des droits de propriété intellectuelle;
- c) quels contrats de licence doivent être conclus pour assurer l'accès aux nouvelles technologies;
- d) le paiement des taxes d'obtention et de maintien en vigueur des droits de propriété intellectuelle;
- e) qui veillera à l'application des droits de propriété intellectuelle sur le marché;
- f) la participation aux décisions relatives à la concession de sous-licences; et
- g) les incidences du non-respect de certaines normes de rendement sur la titularité des droits ou la concession de licences (par exemple, si le bénéficiaire de l'accès aux ressources décide de ne pas les développer ou met trop de temps à le faire, le fournisseur d'accès souhaitera peut-être se réserver des droits sur la propriété intellectuelle et sur les résultats éventuels de la recherche);
- h) les obligations, d'une part, de rendre compte de toute mesure prise pour exclure des droits de propriété intellectuelle et, d'autre part, de divulguer l'origine des ressources génétiques ou les conditions relatives à l'accès à ces ressources.

Les droits de propriété intellectuelle ont un caractère territorial, ce qui signifie que leur titularité ou leur exercice peut varier d'un pays à l'autre. Ainsi, les décisions prises sur ces questions peuvent définir des arrangements différents pour des territoires différents. Le fournisseur d'accès peut donc décider de conserver les droits de propriété intellectuelle dans le pays d'origine et de céder à son partenaire ceux qui produisent leurs effets sur d'autres marchés. Un accord peut prévoir la concession automatique de licences à des tiers lorsque le destinataire ne satisfait pas à certains critères de rendement définis, comme la commercialisation d'un nouveau produit à un prix préférentiel dans les pays en développement.

34. Si les activités de recherche ont un caractère purement universitaire et n'ont pas pour but de mettre au point de nouveaux produits ou procédés, il est néanmoins probable que les parties souhaiteront publier des articles et des informations connexes, donnant naissance à un droit d'auteur sur ces publications et soulevant des questions connexes en matière de transfert ou de licence. Des questions de protection des données et de confidentialité peuvent aussi se poser – une communauté traditionnelle peut par exemple subordonner l'accès à la non-divulgence de certains savoirs traditionnels et un fournisseur de ressources peut exiger que l'origine spécifique d'une ressource génétique rare ou menacée soit gardée secrète. Par ailleurs, les responsables de projets de recherche universitaire peuvent souhaiter mettre à disposition ou utiliser du matériel génétique déjà protégé par des droits de propriété intellectuelle exclusifs. Il peut être nécessaire de demander ou d'accorder des garanties appropriées⁸⁶.

⁸⁶ Par exemple, la garantie que le fournisseur ou le donneur de licence détient tous les droits, titres et intérêts sur ces droits. À l'inverse, le fournisseur ou le donneur de licence peut déclarer qu'il ne donne aucune garantie que l'utilisation du matériel ne portera atteinte à aucun brevet, droit d'auteur, marque ou autres droits exclusifs.

35. Dans le cadre d'une relation de recherche portant sur des ressources génétiques, la planification initiale du projet doit tenir compte des résultats probables de la collaboration et de la façon dont il convient de gérer les droits de propriété intellectuelle sur ces résultats⁸⁷. Cela permet de s'assurer, dès le départ, que les droits de propriété intellectuelle éventuels et les avantages potentiels qui y sont associés pourront être gérés de façon satisfaisante. Il peut être prévu de prendre des décisions progressives en matière de propriété intellectuelle à des moments clés, par exemple lors d'une phase d'évaluation initiale, de l'examen des propositions de recherche et de l'évaluation des résultats de la recherche. Dans le cadre de la planification globale du projet, les partenaires potentiels devraient prendre en considération les questions de propriété intellectuelle suivantes :

a) quels résultats en termes de propriété intellectuelle peuvent découler de la collaboration proposée?

b) quelle importance les collaborateurs attachent-ils à la titularité de ces droits de propriété intellectuelle? Qui sera le titulaire des droits sur les améliorations et les évolutions futures?

c) comment les avantages découlant de l'exploitation fructueuse des objets de propriété intellectuelle seront-ils partagés? Qui négociera et arrêtera les conditions de tout contrat de licence ultérieur?

d) quelle législation applicable faut-il prendre en considération lors de l'analyse des éléments susmentionnés, s'agissant notamment des législations ou réglementations internationales, régionales ou nationales pertinentes et, le cas échéant, de la législation *sui generis* relative à la protection des savoirs traditionnels et du droit coutumier?

Conséquences de la cotitularité des droits de propriété intellectuelle

36. La cotitularité des droits de propriété intellectuelle est une solution juridique qui peut être retenue pour s'assurer que le fournisseur conserve une part distincte des avantages découlant de l'accès. Cela étant, elle peut entraîner des limitations et des problèmes concrets imprévus et elle ne constitue pas forcément une solution ou un mécanisme approprié en matière de partage des avantages. Ainsi, la cotitularité ne donne pas nécessairement le droit d'obtenir des avantages découlant de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle communs par l'autre titulaire. Dans certains pays, la cotitularité des droits de brevet n'impose pas le partage des avantages économiques entre les titulaires. En cas de cotitularité, le fournisseur et l'utilisateur des ressources devront étudier la façon dont les responsabilités qui en découlent seront réparties, le titulaire assumant en général la responsabilité et les coûts liés à l'obtention, au maintien en vigueur et à l'application des droits.

Définition et partage des avantages découlant de l'accès

37. L'incorporation de clauses relatives à la propriété intellectuelle dans un accord d'accès peut favoriser la création d'avantages découlant directement et indirectement de l'accès aux ressources génétiques et faire en sorte que ces avantages soient effectivement et équitablement partagés. Certains avantages peuvent découler directement de la création et de l'exploitation réussies des droits de propriété intellectuelle, comme les redevances provenant

⁸⁷ Voir également les paragraphes 29 à 32 du document WIPO/GRTKF/IC/5/9.

de la concession de licences de propriété intellectuelle. Mais les avantages peuvent aller au-delà de la simple rémunération ou de la titularité et de la cession sous licence des droits de propriété intellectuelle. Les lignes directrices de Bonn contiennent une liste indicative des différents avantages pécuniaires et non pécuniaires qui peuvent découler de l'accès aux ressources génétiques. Cette liste est jointe aux pratiques recommandées dans l'appendice I.

38. Lorsque le fournisseur d'accès est un organisme gouvernemental, une institution publique ou une autre administration officielle (par exemple, l'administration d'un parc national), ou une organisation communautaire, une conception plus large du partage des avantages répondrait peut-être mieux à ses intérêts, valeurs et objectifs. Pour ce type de fournisseurs, les avantages peuvent être évalués du point de vue du développement local, de l'amélioration de la gestion environnementale, de la conservation de la biodiversité et de l'accès aux technologies, parallèlement aux avantages qui découlent de l'accès, du transfert de technologies vers les pays en développement, de l'investissement dans la recherche et les activités économiques locales et des accords de commercialisation à des conditions favorables ou à vocation sociale portant sur certains produits et procédés dérivés. La nécessité d'appréhender correctement les différents systèmes de valeur des partenaires s'applique non seulement à l'évaluation de la valeur des contributions ou apports à la collaboration, mais également à celle de l'importance et de la valeur des avantages potentiels. Les clauses de propriété intellectuelle d'un accord peuvent être conçues de façon à favoriser la réalisation de bon nombre de ces objectifs plus larges et c'est pourquoi il faut examiner et garder à l'esprit l'intégralité des avantages potentiels lors de la négociation des différents éléments de propriété intellectuelle. Une approche concertée en ce qui concerne les clauses de propriété intellectuelle peut découler de l'évaluation détaillée de toute la gamme des avantages potentiels et de la façon de les répartir et de les partager.

- Les avantages pécuniaires découlant de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle peuvent comporter les éléments suivants : les droits de licence, en cas de cession sous licence des droits de propriété intellectuelle à un tiers ou de mise au point d'une base de données payante, par exemple; le prix de vente, en cas de cession du droit de propriété intellectuelle à un tiers; les redevances, en cas de commercialisation fructueuse des droits de propriété intellectuelle, que ce soit à la suite d'une vente, de la concession d'une licence ou de la création d'une coentreprise; les salaires, lorsque des ressortissants du pays fournisseur participent à l'exploitation des droits de propriété intellectuelle;
- Les avantages non pécuniaires découlant de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle peuvent comporter les éléments suivants : la responsabilité du dépôt de la demande, du maintien en vigueur et de l'application de ces droits de propriété intellectuelle; la responsabilité de la négociation de toutes coentreprises, cessions ou contrats de licence ultérieurs; le renforcement des capacités, par exemple la formation et l'enseignement dans le domaine de la propriété intellectuelle.

39. Conclure un accord sur les modalités de partage des avantages découlant de l'exploitation des droits de propriété intellectuelle sera déterminant pour garantir un résultat équitable et concret. L'accord peut porter sur la valeur et le niveau de la contribution de chaque partie à l'accord concernant l'accès et le partage des avantages. Les facteurs éventuels qui doivent être examinés et évalués sont très divers, dès lors qu'il s'agit d'estimer la contribution relative des différentes parties intéressées. Par exemple, l'accord porte-t-il

seulement sur la ressource ou également sur de nombreux savoirs traditionnels connexes qui constituent pour les chercheurs un élément important de leurs travaux? L'apport de ces savoirs traditionnels connexes à l'invention élaborée sur la base de la ressource en question pourrait-il être suffisamment direct ou important pour faire du fournisseur de ces savoirs traditionnels un véritable coinventeur? L'utilisateur de la ressource devrait-il investir massivement dans la recherche-développement, ou l'utilisation commerciale ou technique de la ressource est-elle déjà démontrée dans son principe et ne nécessite pas d'investissement complémentaire important? À quel type de produits la recherche-développement est-elle censée aboutir? – par exemple, de simples réactifs destinés à des recherches ultérieures, des produits médicaux finis ou du matériel à usage industriel? Les ressources génétiques contribuent-elles directement, ou seulement indirectement, à l'élaboration des produits finis? La valeur de la ressource génétique est-elle démontrée et bien établie, ou ne correspond-elle qu'à une potentialité indéterminée? Dans ce dernier cas, faudrait-il convenir de réexaminer la question une fois que la valeur réelle de la ressource et ses applications éventuelles sont mieux connues?

Règlement des litiges

40. Les accords doivent prévoir un mode de règlement des litiges et contenir à cet égard une clause générale, portant sur tous les aspects et pas uniquement sur les éléments de propriété intellectuelle. Il convient d'examiner les différents mécanismes de règlement des litiges, tels que la médiation, l'arbitrage et la procédure judiciaire (y compris le droit applicable) et de se mettre d'accord sur le mode de règlement le plus adapté et efficace (en particulier du point de vue des fournisseurs de ressources, si ces derniers ont une capacité limitée en termes d'utilisation effective des systèmes juridiques officiels). Les modes de règlement extrajudiciaires des litiges tels que l'arbitrage et la médiation peuvent prendre en considération les intérêts au regard du droit coutumier et les responsabilités dans le domaine de la conservation des ressources. Les accords d'accès et de partage des avantages qui s'inscrivent dans le cadre de régimes nationaux spécifiques peuvent contenir des clauses obligatoires de règlement des litiges.

41. En principe, plus les conditions particulières d'un accord d'accès sont fondées sur une connaissance préalable précise et partagée de la nature du partenariat en matière d'accès et de partage des avantages et de l'utilisation prévue des ressources, moins grande est la probabilité que des litiges surviennent en rapport avec les clauses de propriété intellectuelle. Certaines questions de propriété intellectuelle peuvent appeler un système particulier de règlement des litiges : on peut ainsi prévoir de soumettre à arbitrage les questions de savoir s'il convient ou non de demander une protection au titre de la propriété intellectuelle pour telle ou telle innovation, si des résultats de la recherche découlent ou non des ressources génétiques mises à disposition et sont couverts par l'accord et à quel moment certaines obligations peuvent prendre effet, s'agissant par exemple de concéder une licence à un tiers dans le cas où le destinataire ne respecte pas certaines normes de rendement.

B. DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET QUESTIONS CONNEXES

Brevets

42. Un projet de recherche reposant sur l'accès à des ressources génétiques peut viser ouvertement la découverte d'une invention brevetable et, par la suite, la cession sous licence et l'exploitation commerciale du brevet. Une collaboration universitaire peut également

déboucher par hasard ou contre toute attente sur une invention brevetable. On trouvera ci-dessous une liste non exhaustive de questions relatives aux brevets que les partenaires potentiels peuvent souhaiter examiner dans le cadre d'une première appréciation des questions de propriété intellectuelle.

S'agit-il d'un projet pouvant déboucher sur une invention brevetable?

43. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de tenir compte de la portée des recherches à effectuer. Les ressources et les éventuelles informations connexes sont-elles nécessaires uniquement à des fins de recherche universitaire ou seront-elles utilisées pour créer, si cela est possible, un produit ou un procédé permettant de faire quelque chose d'une manière nouvelle ou offrant une solution technique nouvelle à un problème connu? Ce produit, ce procédé ou cette solution pourrait faire l'objet d'une protection par brevet.

44. Les règles applicables à la protection par brevet varient quelque peu d'un pays à l'autre ou d'une région à l'autre, de sorte que les conditions que doivent remplir les résultats de la recherche pour bénéficier d'une protection par brevet peuvent différer selon les pays. En règle générale, une invention doit être susceptible d'application industrielle (ou utile), nouvelle et non évidente (ou impliquer une activité inventive), et elle doit être divulguée dans la demande de brevet dans le respect de certaines normes. Il existe des différences d'une législation à l'autre concernant l'objet technique qui peut être protégé, y compris dans des domaines éventuellement importants pour les inventions fondées sur des ressources génétiques. Ainsi, la législation sur les brevets peut exclure les découvertes de matières ou de substances existant déjà dans la nature, les théories scientifiques, les variétés végétales ou les races animales ou les procédés essentiellement biologiques de production de ces variétés végétales et races animales autres que les procédés microbiologiques, ainsi que les inventions qui seraient contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs si elles étaient exploitées commercialement. Par conséquent, de nombreux pays ont choisi d'exclure certaines catégories d'inventions susceptibles de présenter un intérêt direct pour l'utilisation de ressources génétiques. Les accords portant sur l'accès et le partage des avantages doivent donc prendre en considération et respecter l'étendue de la brevetabilité qui varie selon les différents systèmes nationaux ou régionaux.

La protection par brevet devrait-elle être obtenue?

45. Lors de la rédaction d'un arrangement contractuel, il convient de définir clairement l'étendue de l'utilisation proposée des ressources génétiques ainsi que toute information connexe. Il y a également lieu de préciser si l'intention est d'obtenir des droits de propriété intellectuelle à la suite de cette utilisation. Ainsi, lorsque la recherche vise uniquement un objectif universitaire, il faut à la fois définir clairement les recherches autorisées selon le contrat et prévoir une clause selon laquelle aucun droit de propriété intellectuelle ne peut être obtenu sur les ressources génétiques, les descendants ou les dérivés transférés en vertu de l'arrangement sans un nouvel accord du fournisseur original du matériel ou des informations connexes. Une telle clause peut protéger les premiers fournisseurs des ressources et des savoirs au cas où un chercheur universitaire mettrait au point par hasard une invention pouvant être brevetée.

46. Le plus souvent, la compréhension claire de la protection par brevet pour des inventions résultant de l'accès aux ressources génétiques et de leur utilisation doit s'inscrire dans le cadre d'une compréhension plus large de la façon dont le partage équitable des avantages doit être assuré. Le fournisseur de l'accès aux ressources souhaitera peut-être limiter l'utilisation de brevets sur des inventions résultant de l'accès à ces ressources ou la subordonner à certaines conditions. Diverses options ont été appliquées dans la pratique, notamment :

- faire de l'exclusion de tout droit de propriété intellectuelle sur tout concept mis au point à partir des ressources une condition contractuelle de l'accès (par exemple, dans le cas d'ATM qui prévoient un accès uniquement aux fins d'une évaluation ou de la recherche pure);
- faire obligation d'établir un support et de procéder à des consultations sur tout concept élaboré à la suite de l'accès aux ressources génétiques (de telle sorte que l'utilisateur de la ressource soit tenu de divulguer au fournisseur de la ressource toute invention pouvant faire l'objet d'un brevet lorsqu'il s'agit de décider de breveter ou non une invention et, dans l'affirmative, de décider selon quelles modalités, à quel nom et dans quelles conditions);
- reconnaître le droit de l'utilisateur de la ressource de demander des brevets sur des inventions déterminées, tout en subordonnant ce droit à des dispositions appropriées relatives au partage des avantages découlant de ces brevets et, plus généralement, de l'utilisation de la ressource (voir également la possibilité de cotitularité des brevets éventuels, examinée ci-dessous); ces dispositions peuvent inclure l'obligation de partager ou de mettre en commun les résultats de la recherche, de les rendre librement disponibles en vue d'une utilisation, de la recherche ou de la sélection à des fins non lucratives, fournir un accès préférentiel aux pays en développement ou à des fins humanitaires et délivrer des licences dans des cas compatibles avec les objectifs et les intérêts du fournisseur de la ressource en question;
- réserver certains droits, de sorte que si l'utilisateur de la ressource décide de ne pas poursuivre la recherche-développement ou n'obtient pas les avantages escomptés à partir de la ressource, le fournisseur puisse conserver un droit de regard sur les nouvelles techniques mises au point dans le cadre de l'accord conclu par les deux parties;
- prévoir de publier certains résultats de la recherche à titre défensif et afin de les diffuser auprès du grand public – autrement dit, de les publier pour avoir la garantie qu'ils seront dans le domaine public et pour éviter que quiconque cherche à obtenir des droits de propriété intellectuelle sur ces résultats, et ce de façon à préserver la "liberté d'exploitation" pour ces techniques;
- fixer d'autres conditions en matière de brevets, par exemple faire obligation à l'utilisateur de la ressource génétique d'en indiquer l'origine ou les modalités d'accès dans toute demande de brevet portant sur des inventions qui résultent de l'accès à cette ressource;

- préciser la portée des travaux de recherche que l'utilisateur de la ressource peut être autorisé à entreprendre ainsi que les incidences sur la titularité des droits de propriété intellectuelle, par exemple l'élaboration et le perfectionnement de l'invention originale et la recherche appliquée aux fins d'une utilisation industrielle.

Ce ne sont là que quelques-unes des options qui peuvent être retenues par les deux parties à l'accord sur l'accès et le partage des avantages. Il peut se révéler nécessaire de toutes les analyser pour trouver une solution qui permette de concilier les intérêts en jeu afin d'assurer des avantages mutuels d'une façon équitable et efficace.

Dans l'affirmative, qui peut être le propriétaire de l'invention?

47. En revanche, lorsque la recherche vise clairement la découverte ou la mise au point d'un produit, d'un procédé ou d'une solution technique pouvant faire l'objet d'une protection par brevet, il faut examiner, dans le cadre d'un audit de propriété intellectuelle, la question de la titularité de cet éventuel brevet. Normalement, la cotitularité découle de la copaternité. Néanmoins, les parties peuvent convenir qu'elles seront cotitulaires de tout brevet éventuel quelle qu'ait été leur contribution à l'invention. D'autres arrangements sont aussi utilisés : par exemple, les droits de brevet sur les inventions peuvent être octroyés au destinataire sous réserve de clauses supplémentaires de partage des avantages, sauf sur le territoire du fournisseur, lorsque celui-ci aurait pu être titulaire ou cotitulaire du brevet. Les considérations d'ordre pratique suivantes peuvent aussi appeler un examen :

a) dans les instituts de recherche et d'enseignement, tels que des universités, l'employeur peut être réputé propriétaire d'une invention lorsque celle-ci a été mise au point par un salarié (par exemple, un chercheur ou un universitaire) dans le cadre de son emploi. Toutefois, cette règle peut ne pas s'appliquer aux étudiants participant à un projet de recherche sur le matériel biologique, qui peuvent revendiquer des droits distincts sur une invention, ce dont il convient de tenir compte lors de la rédaction des clauses de propriété intellectuelle d'un arrangement;

b) la personne qui a donné accès à du matériel biologique ou à des informations connexes peut avoir conservé des droits contractuels en matière de titularité, d'exploitation et de cession sous licence du brevet découlant des travaux de recherche effectués sur ce matériel ou ces informations;

c) un organisme de financement privé ou un organisme gouvernemental peut avoir certaines prétentions quant à la titularité et à l'exploitation de tout brevet découlant d'une collaboration en matière de recherche, même si le chercheur conserve le droit fondamental d'obtenir des droits de brevet.

Façons d'appréhender la titularité des brevets

48. La titularité peut offrir aux fournisseurs de ressources l'assurance de conserver un droit de regard sur la façon dont les ressources seront mises en valeur et utilisées et sur la façon dont toute nouvelle technique issue de ces ressources génétiques sera mise au point, utilisée et diffusée. Toutefois, la titularité des brevets découlant de l'accès aux ressources génétiques a peu de chance en soi de déboucher sur des bénéfices tangibles ou suffisants pour le fournisseur de ressources en l'absence d'une stratégie efficace de gestion du portefeuille de

brevets. Or, il convient de garder à l'esprit que la gestion d'un portefeuille de brevets, s'étendant éventuellement sur plusieurs pays, peut être complexe et supposer des investissements importants. La cotitularité des brevets est une solution possible, mais il convient d'examiner à l'avance les répercussions qu'auront les différentes façons de structurer cette titularité. Dans certains ressorts juridiques, en cas de pluralité de titulaires, le consentement des autres titulaires doit être obtenu aux fins d'une cession ou d'une licence; en d'autres termes, le consentement de tous les titulaires est nécessaire à la mise en valeur et à l'exploitation effectives du brevet. Dans d'autres cas, à moins que les cotitulaires n'en soient convenus différemment, chacun est libre d'utiliser l'invention brevetée sans avoir à rendre de comptes aux autres. Il peut être difficile de mettre au point des partenariats à trois voies entre d'éventuels preneurs de licence et des tiers. Pour cette raison, il peut être plus pratique pour un cotitulaire de vendre ou de céder sous licence son droit au brevet à l'autre cotitulaire, sous réserve du maintien de l'accès à la technique, d'un paiement ou d'autres conditions. Dans certains cas, il peut être plus avantageux de céder sa titularité d'un brevet en échange d'autres avantages, tels qu'une licence d'exploitation gratuite du produit, du procédé ou de la solution technique breveté ou d'avantages plus larges comme une garantie d'accès à la technique pour certains tiers, par exemple des administrations, des entreprises de pays en développement ou des équipes de recherche sans but commercial.

49. Normalement, le titulaire du brevet assume les obligations financières et administratives liées au maintien en vigueur et à l'application du brevet, bien que les accords contractuels puissent prévoir d'autres arrangements. En cas de cotitularité, les parties devront se pencher sur la question du partage de certaines responsabilités, telles que l'établissement de la demande de brevet et le maintien en vigueur du brevet, l'application du brevet en cas d'atteinte ainsi que la négociation et l'établissement de tout contrat de licence ultérieur (l'organisme qui effectue les recherches sur le matériel génétique peut ne pas être compétent pour mettre au point un produit commercial à partir des résultats de ces recherches, ce qui suppose de faire appel à des tiers). Les détails de ces arrangements devraient être arrêtés en fonction des modalités générales relatives à l'accès et au partage des avantages. Ainsi, certains arrangements exigent que toute concession sous licence d'un brevet découlant de l'accès aux ressources génétiques renvoie à l'accord initial d'accès et de partage des avantages.

Résumé des questions

50. Les points ci-dessous récapitulent les questions relatives aux brevets qu'il peut être utile de prendre en considération :

a) L'accès aux ressources génétiques et aux informations connexes aboutira-t-il à la mise au point d'une invention brevetable? Dans la négative, et sous réserve que l'accès vise uniquement la recherche universitaire, il convient de l'indiquer clairement dans tout arrangement contractuel et de préciser en conséquence les objectifs de l'accès. L'étendue de la brevetabilité peut varier considérablement d'un pays à l'autre. Ce qui est considéré par le fournisseur de l'accès et l'utilisateur des ressources comme devant faire l'objet d'un brevet dépendra donc également de leurs points de vue et de leurs intérêts.

b) Quels arrangements ont été arrêtés en ce qui concerne l'obtention de brevets sur toute invention découlant de l'accès aux ressources génétiques? Comment le fournisseur d'accès et l'utilisateur des ressources conviennent-ils de l'opportunité de demander un

brevet : existe-t-il une obligation de rendre compte d'une invention et de convenir des modalités d'obtention d'un brevet ou un principe général applicable à toutes les inventions découlant de cet accès?

c) Qui sera le titulaire des brevets éventuellement délivrés? La titularité dépendra-t-elle de facteurs tels que la valeur des ressources génétiques et des savoirs traditionnels mis à disposition, le niveau de la contribution scientifique et d'autres contributions? Le fournisseur d'accès et l'utilisateur seront-ils cotitulaires du brevet, indépendamment de leur contribution à l'invention? Ou est-ce que le fournisseur d'accès conservera la titularité? Il faudra peut être tenir compte des exigences des organismes de financement privés ou publics en matière de titularité et d'exploitation de tout brevet résultant de cette collaboration.

d) En cas de cotitularité d'un brevet, comment les responsabilités qui en découlent seront-elles réparties, s'agissant notamment du dépôt des demandes et du maintien en vigueur et de l'application des droits? D'où viendront les ressources nécessaires à l'exécution de ces activités?

e) Quel est le modèle le plus approprié d'exploitation du brevet et d'utilisation et de diffusion de la nouvelle technique : par exemple, licence, cession ou une coentreprise? Qui négociera et approuvera les modalités de tout accord ultérieur d'exploitation du brevet? Les parties pourraient négocier des licences pour commercialiser les résultats de la recherche ou trouver un partenaire commercial ou industriel indépendant une fois les résultats de la recherche avérés.

f) Comment, quand et entre qui les avantages pécuniaires ou non pécuniaires découlant de l'exploitation commerciale du brevet seront-ils répartis? Le fournisseur d'accès aux ressources génétiques et à toute information connexe peut conserver des droits contractuels sur le partage des avantages, quel que soit le titulaire du brevet. Il peut percevoir une partie des redevances au titre de la licence ou opter pour des avantages plus immédiats, à court terme. En tout cas, il peut être nécessaire d'envisager l'établissement de structures ou de procédures spécifiques pour s'assurer que les avantages convenus reviennent bien au fournisseur (par exemple, des clauses de contrôle de l'exécution du contrat et un fonds spécial pour le partage des avantages).

g) Comment les parties préserveront-elles la confidentialité? Le principe de confidentialité joue un rôle central dans le système des brevets et toute fuite dans le domaine public peut avoir des répercussions défavorables sur l'obtention de brevets futurs. Il est par conséquent essentiel de respecter le caractère confidentiel de l'information jusqu'à la mise en place d'une protection adéquate. Il convient aussi de s'entendre sur les conditions de publication afin que les publications anticipées ne soient pas destructrices d'éventuels droits à brevet futurs.

h) Quelle utilisation peut être faite, dans le cadre de la recherche, de matériel ou de données protégés par des droits de propriété intellectuelle de tiers? Est-il nécessaire de chercher à obtenir ou de donner des garanties à cet égard?

Marques

51. En ce qui concerne les marques et les indications géographiques, les questions ci-dessous peuvent être examinées :

a) L'accès aux ressources génétiques et aux informations connexes aboutira-t-il à la création de produits ou de services susceptibles d'être identifiés au moyen d'un signe distinctif établissant un lien entre les produits ou services et le fournisseur de ressources génétiques? Il pourrait s'agir, par exemple, d'un mot en dialecte local décrivant les ressources en question ou d'un symbole tribal.

b) Dans l'affirmative, faudra-t-il obtenir l'autorisation d'utiliser ce mot ou ce symbole et, si oui, auprès de qui et à quelles conditions? Quelles limites à l'utilisation faudra-t-il imposer pour tenir compte, par exemple, de préoccupations culturelles?

c) Qui sera le propriétaire de la marque? Qui assumera les frais d'établissement, d'enregistrement et de maintien en vigueur de la marque, y compris le paiement des taxes de renouvellement, et ceux liés à l'application des droits?

d) Quel est le modèle commercial le plus adapté pour l'exploitation de la marque? Les propriétaires de marques concèdent généralement à des tiers présents dans différents pays des licences d'exploitation de leurs marques dans ces pays. La marque pourra-t-elle faire l'objet d'une cession?

e) Comment seront répartis les avantages découlant de la propriété, de l'exploitation et de la cession sous licence de la marque? Le fournisseur d'accès aux ressources génétiques et aux informations connexes peut conserver certains droits contractuels sur le partage des avantages, qu'il soit ou non propriétaire de la marque.

f) Les ressources génétiques sont-elles associées à une indication géographique? Par exemple, les ressources sont-elles liées à un produit traditionnel qui est caractéristique de l'emplacement géographique où elles se trouvent? Les ressources génétiques sont-elles destinées à l'élaboration d'un produit dont la qualité, la réputation ou d'autres spécificités sont essentiellement liées à son origine géographique? Quelles dispositions devraient être prises pour respecter les indications géographiques existantes ou pour obtenir la protection appropriée d'indications géographiques?

Droit d'auteur

52. Un droit d'auteur peut naître lorsque des informations sur les ressources génétiques sont fixées ou que des savoirs traditionnels sont consignés ou fixés d'une autre manière. Il peut être important de s'entendre, au moment de l'accès, sur la titularité et l'utilisation du droit d'auteur afin d'aboutir à un arrangement global tenant dûment compte des intérêts des deux parties. Les questions de droit d'auteur ci-après peuvent donc être prises en considération :

a) L'accès aux ressources génétiques et aux informations connexes aboutira-t-il à la création d'éléments originaux pouvant prétendre à une protection par le droit d'auteur, tels que des textes, des dessins techniques ou des bases de données? Si des savoirs traditionnels portant sur des ressources génétiques sont consignés, par exemple dans un article ou un ouvrage, comment les droits et les avantages en découlant seront-ils répartis? Il faudra peut-être examiner en particulier la question des droits de propriété intellectuelle sur les bases

de données. La structure de la base de données peut bénéficier de droit d'une protection par la propriété intellectuelle, sans préjudice de tout droit d'auteur sur les informations contenues dans celle-ci.

b) Qui sera titulaire du droit d'auteur sur les œuvres incorporant des savoirs traditionnels sur les ressources génétiques? Dans de nombreux instituts de recherche tels que les universités, l'employeur, et non l'employé ou l'auteur, est réputé être l'auteur d'une œuvre créée par un employé dans le cadre de son emploi. Toutefois, un accord d'accès peut attribuer à l'avance la titularité du droit d'auteur au fournisseur de savoirs traditionnels.

c) En cas de pluralité d'auteurs, comment les responsabilités découlant de la cotitularité seront-elles réparties? Le matériel protégé par le droit d'auteur résultant de la collaboration pourra-t-il faire l'objet d'une cession ou d'une licence au profit de tiers? Dans l'affirmative, à quelles conditions? Il peut être nécessaire de conclure un accord de partenariat pour la gestion des droits conjoints.

d) Quand et selon quelles modalités les œuvres seront-elles publiées? L'une des conditions de publication peut consister à demander à l'auteur de signer un accord de transmission du droit d'auteur, aux termes duquel il transfère la titularité du droit d'auteur à la maison d'édition. Cette pratique, courante dans le domaine de la publication de séries ou de revues, vise à assurer une protection internationale maximale contre la contrefaçon, la diffamation ou le plagiat. Cette transmission n'affecte en rien le droit moral de l'auteur.

e) Comment les avantages pécuniaires ou non pécuniaires découlant de la publication d'œuvres protégées par le droit d'auteur seront-ils partagés? Le fournisseur d'accès aux ressources génétiques et aux informations connexes peut conserver certains droits contractuels sur le partage des avantages, quel que soit le titulaire du droit d'auteur.

f) Quelle utilisation peut être faite de matériel ou de données protégés par des droits de propriété intellectuelle de tiers? Est-il nécessaire de chercher à obtenir ou de donner des garanties à cet égard?

Droits d'obtenteur

53. Les variétés végétales constituent une forme importante de ressources phylogénétiques. Une variété végétale est en général définie comme l'unité taxonomique (ou niveau de classification) la plus basse dans le règne végétal; en d'autres termes, il s'agit d'un groupe de plantes distinct de tous les autres groupes de plantes dans une espèce donnée. L'"espèce" végétale, située à un rang plus élevé dans la classification, englobe des plantes qui sont différentes les unes des autres mais qui peuvent faire l'objet d'un croisement.

54. L'accès et le partage des avantages peuvent concerner les variétés végétales au moins à deux égards : i) les ressources génétiques auxquelles l'accès est donné peuvent être des variétés végétales; et ii) l'accès aux ressources génétiques peut permettre d'obtenir du matériel génétique utilisé dans la création de nouvelles variétés. Dans les deux cas, il convient d'examiner certaines questions de propriété intellectuelle avant de conclure un accord sur les conditions d'accès et de partage des avantages.

55. Une protection par la propriété intellectuelle a été mise au point spécifiquement pour les nouvelles variétés végétales. Différents systèmes nationaux prévoient une protection sous la forme de droits *sui generis* distincts (appelés "droits d'obtenteur"), de brevets de plantes, ou

des deux. La protection *sui generis* des variétés végétales existe dans de nombreux pays. L'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV), par l'intermédiaire de la Convention UPOV, a mis en place le seul système de protection des obtentions végétales harmonisé à l'échelle internationale. L'union compte 55 États membres. La Convention UPOV offre à l'obtenteur d'une nouvelle variété végétale une protection sous la forme d'un "droit d'obtenteur", lorsque la variété satisfait aux conditions requises. La variété doit notamment être nouvelle, distincte, homogène et stable, et elle doit être désignée par une dénomination appropriée. Lorsque les arrangements contractuels d'accès aux ressources génétiques s'appliquent sur des territoires couverts par la Convention UPOV, ils doivent tenir compte des incidences de la Convention UPOV sur l'accès aux ressources génétiques, le consentement préalable donné en connaissance de cause et le partage des avantages, eu égard à l'exception en faveur de l'obtenteur, aux exploitants pratiquant l'agriculture de subsistance et aux semences de ferme*.

56. Il peut être nécessaire de s'entendre sur les questions ci-dessous relatives aux droits d'obtenteur, compte tenu de la nature de l'accès aux ressources génétiques et de leur utilisation prévue :

a) L'accès aux ressources génétiques et aux informations connexes débouchera-t-il sur la mise au point d'une nouvelle variété végétale à l'issue d'activités de sélection ou d'autres activités de recherche?

b) De quelle protection par la propriété intellectuelle peut bénéficier cette nouvelle variété? La réponse varie en fonction de la démarche adoptée dans la législation nationale. En général, il existe une forme *sui generis* de droit d'obtenteur. Certains pays prévoient une protection par brevet en complément ou à la place des droits d'obtenteur.

c) Dans quelles circonstances les nouvelles variétés végétales résultant de l'accès aux ressources génétiques devraient-elles être protégées par la propriété intellectuelle?

d) Qui sera titulaire des droits sur toute variété végétale nouvelle et quelles seront les différences selon les territoires? La titularité sera-t-elle fonction uniquement de la contribution à la création variétale? Ou reviendra-t-elle conjointement au fournisseur et à l'utilisateur, indépendamment de leur contribution à cette création? En cas de cotitularité, comment seront réparties et financées les obligations relatives à la gestion et à l'application de ces droits?

e) Comment le droit d'obtenteur pourra-t-il être commercialement exploité, sur quels territoires et par qui? Quelles formes de cession du droit sous licence sont prévues dans les conditions d'accès initiales?

* Ces questions sont expliquées dans le document intitulé "Accès aux ressources génétiques et partage des avantages – réponse de l'UPOV à la notification du 23 juin 2003 émanant du secrétaire exécutif de la Convention sur la diversité biologique" disponible à l'adresse suivante : http://www.upov.int/fr/news/2003/pdf/cbd_response_oct232003.pdf.

f) Comment les avantages découlant de cette exploitation commerciale seront-ils répartis? Comme dans d'autres branches de la propriété intellectuelle touchant aux ressources génétiques, le fournisseur d'accès aux ressources génétiques et aux informations connexes peut conserver certains droits contractuels en matière de partage des avantages, quel que soit le titulaire du droit de propriété intellectuelle.

Secrets d'affaires

57. Les questions ci-dessous peuvent se poser en rapport avec les renseignements confidentiels ou non divulgués (selon le droit coutumier, par exemple, les savoirs traditionnels peuvent être divulgués uniquement à certaines personnes, à certaines fins ou dans certains cas) :

a) L'accès aux ressources génétiques et aux informations connexes permettra-t-il de prendre connaissance de renseignements confidentiels à traiter avec précaution et à protéger de manière adéquate?

b) Dans l'affirmative, le fournisseur et l'utilisateur des informations doivent envisager rapidement la possibilité de conclure un accord de confidentialité pour protéger ce type de renseignements. Cet accord pourrait comprendre les clauses suivantes :

- i) une description des informations visées par l'accord;
- ii) la nature de la protection requise;
- iii) la portée de la divulgation autorisée (personnes autorisées à accéder à l'information, y compris la nécessité de prévoir une obligation de confidentialité pour les employés ou les sous-traitants de l'institution destinataire des informations confidentielles);
- iv) la portée de l'utilisation autorisée (à des fins d'évaluation technique ou commerciale, de recherche non commerciale ou de mise au point d'un produit commercial particulier);
- v) la titularité et la gestion de tout autre droit de propriété intellectuelle créé par suite de l'accès à l'information confidentielle, par exemple durant la procédure d'évaluation ou d'essai;
- vi) la durée de l'autorisation relative à l'utilisation des renseignements confidentiels; et
- vii) le contrôle de l'utilisation des renseignements confidentiels et l'établissement de rapports à cet égard.

C. EXPLOITATION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE : CONCESSION DE LICENCES

58. Un droit de propriété intellectuelle ne procure pas en soi d'avantage économique. Ainsi, la délivrance d'un brevet ne signifie pas que l'invention a une valeur économique et sera commercialement viable. En outre, la commercialisation d'un droit de propriété intellectuelle, sous la forme d'un brevet par exemple, peut impliquer de très nombreux risques commerciaux, qui peuvent ne pas être acceptables pour de petites entreprises ou des instituts de recherche spécialisés tels que les universités. C'est pourquoi de nombreux utilisateurs de

ressources génétiques choisissent de ne pas commercialiser leurs droits de propriété intellectuelle mais retiennent, parmi un certain nombre de possibilités, celles qui leur permettront de gérer ces droits en vue de bénéficier des avantages commerciaux de leurs recherches. Au nombre de ces possibilités figurent la concession de licences d'exploitation, la cession et les coentreprises.

59. Les contrats de licence sont très souvent utilisés pour exploiter des droits de propriété intellectuelle liés aux ressources génétiques et aux informations connexes, y compris les savoirs traditionnels. Un contrat de licence est un accord aux termes duquel l'inventeur cède sous licence un droit de propriété intellectuelle, tel qu'un brevet ou une marque, à des tiers chargés de sa mise en valeur et de son utilisation commerciales tout en conservant la titularité et le contrôle du droit de propriété intellectuelle et en percevant des avantages sous forme de redevances de mise en valeur et d'exploitation commerciale. Dans le cas d'un accès à des fins d'application commerciale ou industrielle, le contrat de licence doit garantir une rémunération appropriée au titre de l'accès et un partage équitable des avantages qui en découlent.

60. De nombreux fournisseurs et utilisateurs de ressources génétiques peuvent choisir de ne pas prévoir en détail les modalités d'exploitation des droits de propriété intellectuelle tant qu'un tel droit n'a pas pris naissance et que sa viabilité et sa valeur commerciales éventuelles n'ont pas été évaluées. Toutefois, dans le cadre d'un audit de propriété intellectuelle, il peut être utile d'examiner les questions ci-dessous concernant la concession de licences dans le contexte des législations et réglementations internationales, régionales ou nationales applicables :

a) Quels droits de propriété intellectuelle découlant d'une collaboration peuvent ou ne peuvent pas faire l'objet d'une licence? On peut par exemple céder sous licence le droit d'utiliser un procédé breveté pour fabriquer un produit déterminé sans concéder de licence sur la marque qui y est associée.

b) Quel type de licence peut être concédé? Licence unique, licence exclusive ou licence non exclusive? Le type de licence aura une incidence sur le montant des redevances ou autres paiements effectués par le preneur de licence. Sur quels territoires la licence sera-t-elle valable? Est-ce qu'une sous-licence pourra être délivrée pour permettre à un tiers d'utiliser aussi les droits de propriété intellectuelle en question? Dans l'affirmative, à qui et à quelles conditions?

c) Est-il nécessaire de fixer des étapes précises? Si un preneur de licence obtient une licence exclusive contre paiement de redevances sur les bénéfices et n'utilise pas la technique pendant plusieurs années, la propriété intellectuelle du donneur de licence est effectivement dévalorisée. C'est pourquoi les licences prévoient souvent un délai au cours duquel le preneur de licence doit mettre au point et appliquer la technique sous licence.

d) Comment les avantages découlant de l'exploitation du droit de propriété intellectuelle seront-ils répartis? Il est toujours difficile d'évaluer la propriété intellectuelle, en particulier lorsqu'elle porte sur une technologie qui n'a pas fait ses preuves et qui comporte un risque commercial considérable pour le preneur de licence. De nombreux accords de licence prévoient un mélange de somme forfaitaire et de redevances, selon l'ampleur de l'utilisation de la technique. Les principes retenus en matière de détermination des paiements et de tarification doivent être réalistes et tenir compte d'éventuels délais imposés par la réglementation, particulièrement dans le domaine de la biotechnologie, et du fait que les investissements consentis par le preneur de licence peuvent prendre plusieurs années avant de

devenir rentables. Les fournisseurs des ressources génétiques et des informations connexes peuvent préférer recevoir des paiements à l'avance, plus sûrs, plutôt qu'attendre des bénéfices plus longtemps, en courant davantage de risques.

e) Qui sera le titulaire des droits de propriété intellectuelle sur les améliorations et modifications apportées à la technique sous licence, que celles-ci découlent de l'exploitation sous licence de cette technique ou qu'elles soient apportées par le donneur de licence à la technique initiale?

f) Il est aussi nécessaire de déterminer qui sera chargé de veiller au paiement des taxes de renouvellement et de définir les rôles respectifs des parties en matière d'application des droits de propriété intellectuelle sous licence.

Liste de points à vérifier aux fins de la concession de licences

61. Il peut être nécessaire d'examiner les questions ci-dessous lorsqu'il s'agit de déterminer comment des droits de propriété intellectuelle découlant de l'accès à des ressources génétiques peuvent être cédés sous licence. Dans un premier temps, il est possible de laisser certaines de ces questions en suspens, pour ne les régler en détail que lorsque la nature et le potentiel des résultats de la recherche-développement fondée sur ces ressources génétiques seront mieux connus.

a) Définitions et portée (définition des droits de propriété intellectuelle cédés sous licence, tels que brevets ou savoir-faire, objet de la licence, et étendue de l'exploitation autorisée dans le cadre de la licence).

b) Titularité des droits de propriété intellectuelle cédés sous licence (qui est le titulaire des droits? En cas de cotitularité, qui est habilité à délivrer des licences et dans quelles conditions?).

c) Droits cédés sous licence. La licence doit indiquer avec exactitude les droits qui sont conférés (et ceux qui ne le sont pas). Par exemple, le droit d'utiliser un procédé breveté pour obtenir un produit déterminé, mais pas celui d'utiliser la marque qui s'y attache. L'utilisation peut être limitée aux fins de recherche ou à des fins non commerciales.

d) Licence unique, licence exclusive ou non exclusive. Il importe de préciser laquelle de ces options s'applique au droit de propriété intellectuelle en question (le donneur de licence conserve-t-il le droit d'utiliser l'invention concernée? La licence doit-elle être enregistrée auprès des autorités nationales compétentes et, dans l'affirmative, par qui?). Le type de licence octroyé influe sur le montant des redevances, ou autres paiements, dus par le preneur de licence.

e) Territoire. Portée géographique de la licence.

f) Sous-licences. Est-il possible de concéder une sous-licence pour permettre à un tiers d'utiliser aussi le droit en question? Si oui, à qui et à quelles conditions?

g) Diligence et délais. Si un preneur de licence obtient une licence exclusive contre paiement de redevances sur les bénéficiaires et n'utilise pas la technique pendant plusieurs années, la propriété intellectuelle du donneur de licence est effectivement dévalorisée. C'est pourquoi les licences prévoient souvent un délai au cours duquel le preneur de licence doit mettre au point et appliquer la technique sous licence. Lorsque c'est possible, il convient de fixer un certain nombre d'étapes.

h) Paiements et tarification. Il existe de nombreux modèles d'accords de paiement. Il est toujours difficile d'évaluer la propriété intellectuelle, en particulier lorsqu'elle porte sur une technologie qui n'a pas fait ses preuves et qui comporte un risque commercial considérable pour le preneur de licence. De nombreux accords de licence prévoient un mélange de somme forfaitaire et de redevances, selon l'ampleur de l'utilisation de la technique. La nécessité de contrôler l'utilisation de l'invention et de veiller au versement des redevances, tout en vérifiant que la diligence requise est exercée et que les délais sont respectés, peut imposer des exigences en matière de tenue de comptes, d'accès à la comptabilité, etc. Les principes retenus en matière de détermination des paiements et de tarification doivent être réalistes et tenir compte d'éventuels délais imposés par la réglementation (particulièrement dans le domaine de la biotechnologie) et du fait que les investissements consentis par le preneur de licence peuvent prendre plusieurs années avant de devenir rentables.

i) Confidentialité. Les clauses de confidentialité peuvent faire l'objet d'un accord distinct ou être incorporées dans le contrat de licence proprement dit. Il peut être important de prévoir que l'inventeur a le droit de publier ses recherches.

j) Droit d'auteur. Le contrat de licence peut contenir des clauses relatives au droit d'auteur sur tout manuel ou autre document reçu, et utilisé, dans le cadre de ce contrat.

k) Améliorations, rétrocession et rétrocession. Il est souvent important de déterminer qui sera le titulaire des droits de propriété intellectuelle sur les améliorations et modifications apportées à la technique sous licence (qu'elles découlent de l'exploitation sous licence de cette technique ou qu'elles soient apportées par le donneur de licence à la technique initiale). Une clause de "rétrocession" peut permettre au donneur de licence d'utiliser les améliorations apportées par le preneur de licence. Toutefois, les clauses de rétrocession exclusive sont considérées comme des pratiques anticoncurrentielles dans certaines législations nationales. Une clause de "rétrocession" habiliterait le donneur de licence à être titulaire de brevets portant sur des améliorations éventuelles.

l) Licences réciproques. Dans le cadre d'une licence réciproque, la partie A concède à la partie B une licence d'exploitation de ses actifs de propriété intellectuelle et la partie B fait de même à l'égard de la partie A.

m) Obligation de résultats. Un donneur de licence (s'agissant en particulier d'une licence exclusive) peut souhaiter fixer des objectifs spécifiques en matière de résultats afin de s'assurer que l'exploitation de la technique sous licence atteindra un certain rendement. Il peut s'agir par exemple de niveaux de vente minimaux. Le donneur de licence peut s'engager à apporter au preneur de licence une assistance pour l'exploitation de la technique protégée (en termes de formation et d'appui et de conseils techniques, par exemple).

n) Publication des travaux de recherche. Les clauses relatives aux publications peuvent porter sur le suivi des progrès de la technique et des activités sous licence et veiller à ce que les publications antérieures ne soient pas destructrices d'éventuels droits à brevet futurs.

o) Maintien en vigueur et application des droits de propriété intellectuelle. Le donneur et le preneur de licence doivent déterminer qui est chargé de veiller au paiement des taxes de renouvellement, ainsi que leurs rôles respectifs en matière d'application des droits de propriété intellectuelle sous licence.

p) Durée de la licence; fin de la licence; règlement des litiges; législation applicable. Les licences contiennent généralement des clauses régissant toutes ces questions.

q) Autres questions : par exemple, une clause de garantie (contenant des dispositions relatives à l'engagement de la responsabilité et à la validité des autorisations, y compris le consentement préalable donné en connaissance de cause conformément à la législation applicable), des dispositions relatives à la contestation de la validité des droits de propriété intellectuelle (étant entendu que cela peut ne pas être autorisé en vertu du droit de la concurrence), des dispositions relatives à la dénonciation d'un accord avant son échéance et des dispositions relatives aux modifications des conditions de l'accord.

VIII. CLAUSES TYPES DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

62. Une fois qu'il a été répondu aux questions posées dans le cadre de l'évaluation de la propriété intellectuelle et que des négociations ont été menées pour établir des conditions mutuellement convenues sur l'accès et le partage des avantages, les clauses et conditions contractuelles pertinentes traduisant le résultat de ces négociations peuvent être rédigées. Les éléments de propriété intellectuelle de ces négociations peuvent être incorporés dans les clauses plus larges consacrées au partage des avantages ou faire l'objet de clauses de propriété intellectuelle indépendantes.

63. On trouvera des exemples de clauses réelles et de clauses types de propriété intellectuelle à incorporer dans des contrats ou des licences relatifs à la propriété intellectuelle, à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages dans la base de données de l'OMPI relative aux contrats, à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/tk/fr/databases/contracts/index.html>. Les informations figurant dans cette base de données servent de point de départ et doivent être interprétées en fonction de chaque cas de collaboration. L'appendice II contient un examen plus détaillé et des exemples des différents types d'accords présentant un intérêt pour l'accès et le partage des avantages.

64. En tout état de cause, avant de conclure un arrangement contractuel juridiquement contraignant, toutes les parties doivent solliciter l'avis juridique d'un expert ayant l'expérience de ces questions, et notamment des droits de propriété intellectuelle, ainsi que du ou des systèmes juridiques nationaux concernés.

[L'appendice I suit]

APPENDICE I

AVANTAGES PÉCUNIAIRES ET NON PÉCUNIAIRES

Les Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation dressent la liste des avantages pouvant découler de l'accès et du partage des avantages :

1. Les avantages monétaires pourraient comprendre ce qui suit :
 - a) Droits d'accès/droits par échantillon collecté ou autrement acquis;
 - b) Paiements initiaux;
 - c) Paiements directs;
 - d) Paiement de redevances;
 - e) Droits de licence en cas de commercialisation;
 - f) Droits spéciaux à verser à des fonds d'affectation spéciale en faveur de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique;
 - g) Salaires et conditions préférentielles s'il en est convenu d'un commun accord;
 - h) Financement de la recherche;
 - i) Coentreprises;
 - j) Copropriété des droits de propriété intellectuelle pertinents.

2. Les avantages non monétaires peuvent comprendre ce qui suit sans y être limités :
 - a) Partage des résultats de la recherche et de la mise en valeur;
 - b) Collaboration, coopération et contribution aux programmes de recherche scientifique et de mise en valeur, notamment aux activités de recherche biotechnologique, autant que possible dans le pays fournisseur;
 - c) Participation au développement de produits;
 - d) Collaboration, coopération et contribution à l'éducation et à la formation;
 - e) Accès aux installations de conservation ex situ de ressources génétiques et aux bases de données;
 - f) Transfert, au fournisseur des ressources génétiques, des connaissances et technologies à des conditions justes et les plus favorables, y compris à des conditions de faveur et préférentielles s'il en est ainsi convenu d'un commun accord, et en particulier transfert des connaissances et de la technologie qui utilisent les ressources génétiques, y compris la biotechnologie, ou qui ont trait à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique;
 - g) Renforcement des capacités en matière de transfert de technologies aux utilisateurs dans les pays en développement Parties à la Convention et dans les pays Parties à économie en transition, et développement technologique du pays d'origine qui fournit les ressources génétiques. Développement également de l'aptitude des communautés autochtones et locales à conserver et utiliser durablement leurs ressources génétiques;
 - h) Renforcement des capacités institutionnelles;
 - i) Ressources humaines et matérielles nécessaires au renforcement des capacités pour l'administration et l'application des règlements d'accès;
 - j) Formation relative aux ressources génétiques avec la pleine participation des Parties qui les fournissent et, autant que possible, dans ces Parties;

- k) Accès à l'information scientifique ayant trait à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique, y compris les inventaires biologiques et les études taxonomiques;
- l) Apports à l'économie locale;
- m) Recherche orientée vers les besoins prioritaires, tels que la sécurité alimentaire et la santé, compte tenu des utilisations internes des ressources génétiques dans les pays fournisseurs;
- n) Relations institutionnelles et professionnelles qui peuvent découler d'un accord d'accès et de partage des avantages et activités de collaboration ultérieures;
- o) Avantages en matière de sécurité alimentaire et de moyens de subsistance;
- p) Reconnaissance sociale;
- q) Copropriété des droits de propriété intellectuelle pertinents.

[L'appendice II suit]

APPENDICE II

PRINCIPALES CATÉGORIES D'ACCORDS
ET EXEMPLES DE DISPOSITIONS

Le présent appendice devait comprendre d'autres informations générales sur les principales catégories d'accords et des exemples d'accords en vigueur. Il devait s'inspirer de la base de données et suivre étroitement la structure du document WIPO/GRTKF/IC/5/9.

Il ne figure pas dans le présent projet par manque de place.

Il est prévu de publier un avant-projet de cet appendice sous la cote WIPO/GRTKF/IC/7/INF/5.

[Fin de l'annexe et du document]