

Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore

Deuxième groupe de travail intersessions Genève, 21 – 25 février 2011

GLOSSAIRE DES PRINCIPAUX TERMES RELATIFS A LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET AUX SAVOIRS TRADITIONNELS

Document établi par le Secrétariat

1. À sa dix-septième session, tenue du 6 au 10 décembre 2010, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé “comité”) a invité le Secrétariat à “établir et mettre à disposition, en tant que document d’information pour l’IWG 2, un glossaire sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels, conformément à la recommandation formulée par le premier groupe de travail intersessions dans son rapport succinct (WIPO/GRTKF/IC/17/8)”¹.
2. Le présent document s’inspire autant que possible des précédents glossaires établis par le comité et des instruments existants des Nations Unies et d’autres instruments internationaux. Il tient également compte des définitions et des glossaires que l’on peut trouver dans les lois et projets de lois nationales et régionales, les instruments multilatéraux, dans les autres organisations et processus ainsi que dans les dictionnaires. Par ailleurs, les définitions sont fondées sur les documents du travail du comité, d’autres documents de l’OMPI et les documents établis au titre d’autres programmes de travail de

¹ Projet de rapport de la dix-septième session du comité (WIPO/GRTKF/IC/17/12 Prov.1).

l'OMPI. Cela étant, les définitions proposées ne sont pas exhaustives. D'autres termes peuvent aussi se rapporter à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels, et les termes retenus peuvent également être définis d'autres manières.

3. Les termes retenus dans le glossaire sont ceux qui sont le plus fréquemment utilisés dans le document WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov. et d'autres documents connexes. Le choix et la définition des termes indiqués dans l'annexe sont sans préjudice de tout autre glossaire ou définition figurant dans de précédents documents du comité ou provenant de tout autre instrument ou organisme international, régional ou national. Ils ne doivent pas être interprétés comme étant nécessairement approuvés par les participants du comité. Il s'agit d'un document d'information et le deuxième groupe de travail intersessions (IWG 2) n'est invité ni à approuver ni à adopter le choix des termes ni les définitions proposées.
4. À la suite de la décision prise par le comité à sa seizième session, un "Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques" (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/13) a été établi. Certains termes contenus dans le glossaire susmentionné figurent également dans le présent document, car ils sont liés aux savoirs traditionnels. Conformément à la décision prise par le comité à sa dix-septième session, le Secrétariat a été invité "à établir et mettre à disposition, en tant que document d'information pour la prochaine session du comité, un glossaire sur la propriété intellectuelle et les expressions culturelles traditionnelles²". L'IWG 2 pourrait envisager de réunir les trois glossaires en un seul, car certains termes sont liés aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles. L'IWG 2 souhaitera peut-être faire une recommandation appropriée au comité à cet égard.

5. *L'IWG 2 est invité à prendre note du présent document et de son annexe.*

[L'annexe suit]

² Projet de rapport de la dix-septième session du comité (WIPO/GRTKF/IC/17/12 Prov.1).

GLOSSAIRE DES PRINCIPAUX TERMES RELATIFS A LA PROPRIETE INTELLECTUELLE ET AUX SAVOIRS TRADITIONNELS

Accès et partage des avantages (ABS)¹

La Convention sur la diversité biologique (CDB) compte parmi ses objectifs *“le partage juste et équitable des avantages découlant de l’exploitation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des techniques pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux techniques, et grâce à un financement adéquat”*.

L’objectif du Protocole de Nagoya sur l’accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation est *“le partage juste et équitable des avantages découlant de l’utilisation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des technologies pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux technologies et grâce à un financement adéquat, contribuant ainsi à la conservation de la diversité biologique et à l’utilisation durable de ses éléments constitutifs”*. Selon l’article 3, le protocole *“s’applique également aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques relevant de la compétence de la Convention et aux avantages découlant de l’utilisation de ces connaissances”*.

En ce qui concerne les ressources phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture, 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) exige en son article premier *“le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation en harmonie avec la Convention sur la diversité biologique, pour une agriculture durable et pour la sécurité alimentaire”*.

L’article premier de la Décision n° 391 de la Communauté andine définit l’*“accès”* comme *“l’obtention de ressources génétiques conservées dans des conditions ex situ et in situ, de leurs dérivés et, le cas échéant, de leurs éléments intangibles, et leur utilisation, notamment à des fins de recherche, de prospection biologique, de conservation ou d’application industrielle et commerciale”*.

L’article 4.2) du document intitulé *“La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés”* (document WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) prévoit que *“a) [l]a protection d’un savoir traditionnel dont doivent bénéficier les détenteurs comprend le partage juste et équitable des avantages découlant de l’utilisation commerciale ou industrielle de ce savoir. b) L’utilisation d’un savoir traditionnel à des fins non commerciales doit uniquement donner lieu à des avantages non monétaires tels que l’accès de la communauté source aux résultats de la recherche et son association aux activités de recherche et d’enseignement fondées sur le savoir en question. c) Ceux qui utilisent un savoir traditionnel en dehors de son contexte traditionnel doivent mentionner sa source, indiquer ses détenteurs et l’utiliser dans le respect des valeurs culturelles de ses détenteurs. d) Des moyens juridiques doivent être mis à disposition en vue de prévoir des recours pour les détenteurs de savoirs traditionnels dans les cas où il n’est pas procédé au partage juste et équitable des avantages visés aux alinéas 1 et 2 ou lorsque*

¹ Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/13), page 1 de l’annexe.

les détenteurs de savoirs ne sont pas reconnus comme tels conformément à l'alinéa 3.

e) Le droit coutumier en vigueur au sein des communautés locales peut jouer un rôle important dans le partage des avantages susceptibles de découler de l'utilisation des savoirs traditionnels”.

Accord de transfert de matériel (ATM)²

Les accords de transfert de matériel sont des partenariats de recherche commerciale et universitaire portant sur le transfert de matériel biologique, tel que germoplasme, micro-organismes et cultures cellulaires, entre le fournisseur et le bénéficiaire et fixant les conditions d'accès du public aux collections de germoplasme, aux banques de semences ou aux ressources génétiques *in situ*³.

L'OMPI a élaboré la base de données des accords d'accès et de partage des avantages en matière de biodiversité contenant les clauses contractuelles relatives au transfert et à l'utilisation des ressources génétiques⁴.

La FAO a élaboré et adopté en 2006 un Accord type de transfert de matériel dans le cadre de la mise en œuvre du Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture⁵. L'appendice I des Lignes directrices de Bonn contient des éléments suggérés pour les accords de transfert de matériel.

Activité inventive⁶

L'activité inventive (également dénommée “non-évidence”) est l'un des critères de brevetabilité et se rapporte à la question de savoir si l'invention aurait été évidente pour un homme du métier moyen⁷.

Aux termes de l'article 33 du PCT, une invention dont la protection est demandée est considérée comme impliquant une activité inventive “*si, compte tenu de l'état de la technique tel qu'il est défini dans le règlement d'exécution, elle n'est pas, à la date pertinente prescrite, évidente pour un homme du métier*”.

L'article 56 de la Convention sur le brevet européen et l'article 103 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique contiennent des définitions similaires. L'article 103 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique utilise le terme équivalent de “non-évidence”.

Appropriation illicite

Dans le domaine de la propriété intellectuelle, le Black's Law Dictionary définit le terme “appropriation illicite” de la manière suivante : “*un délit en common law consistant à utiliser des informations ou des idées ne pouvant être couvertes par le droit d'auteur, qu'une*

² Voir plus haut note 1, page 1 de l'annexe.

³ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12 (Ressources génétiques : projet de principes directeurs de propriété intellectuelle applicables à l'accès et au partage des avantages : version actualisée).

⁴ Disponible à l'adresse <http://www.wipo.int/tk/fr/databases/contracts/index.html>

⁵ Disponible à l'adresse <ftp://ftp.fao.org/ag/cgrfa/gb1/SMTAe.pdf>

⁶ Voir plus haut note 1, page 2 de l'annexe.

⁷ WIPO Intellectual Property Handbook, publication n° 489 (E) de l'OMPI, 2008, page 20.

organisation collective ou diffuse pour en tirer un avantage, pour concurrencer cette organisation de manière déloyale, ou à copier une œuvre sur laquelle le créateur n'a pas encore revendiqué de droits ou des droits exclusifs n'ont pas encore été octroyés. [...] Les éléments de l'appropriation illicite sont les suivants : 1) le demandeur doit avoir investi du temps, de l'argent ou des efforts pour extraire les informations, 2) le défendeur doit s'être procuré les informations sans aucun investissement similaire, et 3) le plaignant doit avoir subi un préjudice concurrentiel en raison de cette appropriation".

Le délit d'appropriation illicite est inscrit dans la loi sur la concurrence déloyale dans le système de common law.

L'appropriation illicite comprend ainsi l'utilisation ou l'appropriation illicite ou abusive de la propriété d'une personne, et est souvent utilisée pour fonder une action dans des cas où aucune atteinte n'a été portée à un droit de propriété à proprement parler. L'appropriation illicite peut renvoyer à un emprunt illicite ou à l'appropriation frauduleuse de fonds ou de propriété confiés à la garde d'une personne mais détenus dans les faits par une autre personne.

L'article 3 du projet de loi intitulé "Un cadre juridique de la protection des savoirs traditionnels au Sri Lanka", de 2009, définit le terme "appropriation illicite" de la manière suivante : *"i) l'acquisition, l'appropriation ou l'utilisation de savoirs traditionnels en violation des dispositions du présent acte, ii) le fait de tirer des avantages de l'acquisition, de l'appropriation ou de l'utilisation de savoirs traditionnels lorsque la personne qui acquiert, qui s'approprie ou qui utilise les savoirs traditionnels a conscience ou ne pourrait pas avoir conscience ou a fait preuve de négligence pour avoir conscience du fait que les savoirs traditionnels avaient été acquis, appropriés ou utilisés par des moyens déloyaux et iii) toute activité commerciale contraire aux pratiques honnêtes ayant permis de tirer des avantages déloyaux ou inéquitable des savoirs traditionnels⁸".*

L'article 3.1) du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) définit les "actes d'appropriation illicite" de la manière suivante : *"toute acquisition appropriation ou utilisation de savoirs traditionnels par des moyens déloyaux ou illicites constitue un acte d'appropriation illicite. L'appropriation illicite peut également recouvrir le fait de tirer un avantage commercial de l'acquisition, de l'appropriation ou de l'utilisation d'un savoir traditionnel lorsque la personne utilisant ce savoir a conscience qu'il a été acquis ou qu'on se l'est approprié par des moyens déloyaux, ou fait preuve de négligence en l'ignorant; ou d'autres activités commerciales contraires aux usages honnêtes permettant de tirer des avantages inéquitables de savoirs traditionnels".* Il indique également que *"[d]es moyens juridiques devraient notamment être à disposition pour empêcher les actes suivants : i) toute acquisition d'un savoir traditionnel par le vol, la corruption, la coercition, la fraude, l'atteinte à la propriété, la rupture ou l'incitation à la rupture de contrat, l'abus ou l'incitation à l'abus de confiance, la violation ou l'incitation à la violation de confidentialité, le non-respect d'obligations fiduciaires ou d'autres relations de confiance, la tromperie, la déclaration mensongère, la fourniture d'informations trompeuses lors de l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause pour accéder à un savoir traditionnel, ou autres moyens déloyaux ou malhonnêtes; ii) toute acquisition d'un savoir traditionnel ou tout exercice d'un contrôle sur un savoir traditionnel en violation de mesures juridiques subordonnant au consentement préalable donné en connaissance de cause l'accès à ce savoir, et toute utilisation d'un savoir traditionnel constituant une violation de modalités convenues d'un commun accord comme condition de l'octroi du consentement préalable donné en connaissance de cause; iii) toute revendication*

⁸ Le document de travail intitulé "Un cadre juridique de la protection des savoirs traditionnels au Sri Lanka" est disponible dans sa première version de janvier 2009 (en anglais seulement) à l'adresse <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7425>

mensongère de droits de propriété ou de contrôle sur un savoir traditionnel, y compris l'acquisition, la revendication ou l'affirmation de droits de propriété intellectuelle sur un objet lié à un savoir traditionnel, lorsque ces droits ne sont pas détenus de façon licite en raison du savoir traditionnel lui-même et des conditions régissant l'accès à ce savoir; iv) si un savoir traditionnel a été acquis, toute utilisation commerciale ou industrielle de ce savoir traditionnel sans rémunération juste et équitable de ses détenteurs reconnus, lorsque cette utilisation a un but lucratif et confère à l'utilisateur un avantage technologique ou commercial, et lorsque la rémunération représenterait un acte juste et équitable envers les détenteurs du savoir étant donné les circonstances dans lesquelles l'utilisateur a acquis ce dernier; et v) toute utilisation intentionnellement insultante par des tiers, en dehors du contexte coutumier, d'un savoir traditionnel doté d'une valeur morale ou spirituelle particulière pour ses détenteurs, lorsqu'une telle utilisation donne manifestement lieu à une mutilation, une déformation ou une modification dégradante de ce savoir et est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs."

Bénéficiaires

De nombreuses parties prenantes ont souligné que les savoirs traditionnels sont généralement considérés comme une émanation et une propriété collectives, de sorte que tout droit ou intérêt sur ceux-ci devrait être conféré aux communautés plutôt qu'aux individus. Dans certains cas, cependant, certains individus, tels que les guérisseurs traditionnels, peuvent être considérés comme les détenteurs de savoirs traditionnels et comme les bénéficiaires de la protection.

Certaines lois nationales et régionales de protection des savoirs traditionnels confèrent des droits directement aux peuples et communautés concernés.

En revanche, de nombreuses autres confèrent plutôt ces droits à une autorité gouvernementale et prévoient souvent que les bénéfices de l'octroi des droits d'utilisation des savoirs traditionnels doivent être reversés à des programmes nationaux d'éducation, de développement durable, de préservation du patrimoine et autres programmes sociaux et culturels.

L'article 2 du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (document WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) prévoit que "[l]a protection des savoirs traditionnels doit viser l'intérêt des communautés qui créent, préservent et transmettent les savoirs dans un contexte intergénérationnel, qui leur sont associées et indissociablement liées, conformément aux dispositions de l'article 1.3). La protection doit donc bénéficier aux communautés autochtones et traditionnelles mêmes qui détiennent les savoirs traditionnels de cette manière, ainsi qu'à des personnes reconnues au sein de ces communautés et peuples. Le droit de bénéficier de la protection doit, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, tenir compte des protocoles, accords, lois et usages coutumiers de ces communautés et de ces peuples".

Bibliothèque numérique des savoirs traditionnels (TKDL)

La Bibliothèque numérique des savoirs traditionnels (TKDL) est un projet issu de la collaboration entre le Conseil de recherche scientifique et industrielle (CSIR), le Ministère des sciences et de la technologie, et le Département de AYUSH, du Ministère de la santé, de la famille et du bien-être (Inde), et est mise en œuvre au CSIR. Une équipe interdisciplinaire d'experts en médecine traditionnelle (Ayurveda, Unani, Siddha et Yoga), d'examineurs de brevets, d'experts en informatique, de scientifiques et de techniciens ont participé à la mise en place de la Bibliothèque numérique sur les savoirs traditionnels pour les systèmes indiens de médecine. Ce projet vise à réunir les documents relatifs aux savoirs traditionnels disponibles dans le domaine public sous forme de littérature existante en rapport avec l'Ayurveda, l'Unani, le Siddha et le Yoga, au format numérique et dans cinq langues internationales qui sont l'anglais, l'allemand, le français, le japonais et l'espagnol. La bibliothèque fournit des informations sur

les savoirs traditionnels existant dans le pays, dans des langues et dans un format compréhensibles par les examinateurs de brevets travaillant dans les offices de brevets internationaux, afin d'éviter que des brevets soient délivrés par erreur⁹.

La bibliothèque numérique sur les savoirs traditionnels a un double objectif. Dans un premier temps, elle vise à éviter que ne soient délivrés des brevets sur des produits élaborés à partir de savoirs traditionnels avec une activité inventive moindre, voire nulle. Ensuite, elle vise à rapprocher la science moderne et les savoirs traditionnels et peut être utilisée pour lancer des recherches poussées qui s'appuient sur des informations fondées sur des savoirs traditionnels pour développer de nouveaux médicaments. Elle vise également à rapprocher les Slokas sanskrits anciens et les examinateurs de brevets à l'échelle mondiale, car cette base de données fournira des informations sur des noms modernes et également locaux dans une langue et dans un format compréhensibles par les examinateurs de brevets. Cette base de données devrait permettre de réduire le fossé en ce qui concerne le manque de connaissances sur l'état de la technique. Elle contiendra suffisamment de précisions sur des définitions, des principes et des notions pour réduire au minimum la possibilité que ne soient brevetées des "inventions" concernant des modifications mineures ou insignifiantes¹⁰.

Brevet

Un brevet se définit comme *"un document décrivant une invention qui peut être fabriquée, utilisée et vendue avec l'autorisation du titulaire du brevet. Une invention est une solution apportée à un problème technique précis. En règle générale, un document de brevet contient au moins une revendication, le texte intégral de la description de l'invention, ainsi que des renseignements bibliographiques tels que le nom du déposant. La protection conférée par un brevet est limitée dans le temps (en règle générale, sa durée est de 15 à 20 ans à compter de la date du dépôt de la demande ou de la délivrance du titre). Elle est aussi limitée au territoire du ou des pays intéressés. Un brevet est un accord conclu entre un inventeur et un pays. L'accord permet au titulaire du brevet d'empêcher des tiers de fabriquer, d'utiliser ou de vendre l'invention revendiquée¹¹".*

L'article 27.1 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) stipule que *"[...] un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. [...] des brevets pourront être obtenus et il sera possible de jouir de droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale".*

Classification des ressources en savoirs traditionnels (TKRC)

La Classification des ressources en savoirs traditionnels (TKRC) est un système structuré de classement novateur permettant la disposition systématique, la diffusion et l'extraction des données, comprenant quelque 5000 sous-groupes, contre un seul groupe dans

⁹ Pour plus d'informations, on peut consulter le site
<http://www.tkd.res.in/tkd/langdefault/common/Abouttkdl.asp?GL=Eng>

¹⁰ The Role of Registers & Databases in the Protection of Traditional Knowledge: Rapport de l'UNU-IAS, janvier 2004, p. 18.

¹¹ Glossaire PATENTSCOPE de l'OMPI.

la Classification internationale des brevets (CIB)¹². Cette classification a été créée pour les systèmes indiens de médecine (Ayurveda, Unani, Siddha et Yoga). Ayant acquis une renommée internationale et étant liée à la CIB, elle devrait contribuer à faire connaître davantage les systèmes de savoirs traditionnels en s'appuyant sur les systèmes modernes de diffusion, c'est-à-dire les moyens informatiques, en particulier l'Internet et les technologies fondées sur le Web. On prévoit que la Classification des ressources en savoirs traditionnels, de par sa structure et son contenu, suscitera l'intérêt des pays qui sont concernés par le problème des brevets délivrés par erreur sur des découvertes qui ne sont pas originales concernant des systèmes de savoirs traditionnels¹³.

Terme apparenté : Classification internationale des brevets (CIB).

Classification internationale des brevets (CIB)

La classification internationale des brevets (CIB) est un *“système hiérarchique dans lequel l'ensemble de la technologie est subdivisé en une série de sections, classes, sous-classes et groupes. La classification est un instrument indépendant des langues indispensable pour retrouver les documents de brevet dans le cadre de la recherche sur l'état de la technique”*¹⁴.

La CIB a été établie par l'Arrangement de Strasbourg concernant la classification internationale des brevets, en 1971. Selon l'article 2.1), *“[l]a classification est constituée par : i) le texte qui a été établi conformément aux dispositions de la Convention européenne sur la classification internationale des brevets d'invention, du 19 décembre 1954 (dénommée ci-après 'Convention européenne'), et qui est entré en vigueur et a été publié par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe le 1^{er} septembre 1968; ii) les modifications qui sont entrées en vigueur en vertu de l'article 2.2) de la Convention européenne avant l'entrée en vigueur du présent arrangement; iii) les modifications apportées par la suite en vertu de l'article 5 et qui entrent en vigueur conformément à l'article 6”*.

Communautés autochtones et locales

L'expression “communautés autochtones et locales” a fait l'objet d'un nombre considérable de discussions et d'études. Il n'existe aucune définition universelle standard pour “communautés autochtones et locales”.

L'expression “communautés autochtones et locales” est utilisée dans la Convention sur la diversité biologique. Par exemple, l'article 8.j) indique que *“[c]haque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra : j) Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques; ...”*. La même expression est

¹² Voir plus haut note 10, page 18.

¹³ Pour plus d'informations, on peut consulter le site <http://www.tkd.res.in/tkd/langdefault/common/TKRC.asp?GL=Eng>

¹⁴ Glossaire PATENTSCOPE de l'OMPI.

utilisée dans le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique.

La Convention sur la diversité biologique utilise l'expression "communautés autochtones et locales" eu égard aux communautés ayant un lien ancestral avec les terres et les eaux sur lesquelles elles ont traditionnellement vécu ou qu'elles ont traditionnellement utilisé¹⁵.

Cette expression est également utilisée dans le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO. L'article 5.1) indique que "[c]haque Partie contractante ... s'emploie en particulier, selon qu'il convient, à : ... d) Promouvoir la conservation in situ des espèces sauvages apparentées à des plantes cultivées et des espèces sauvages pour la production alimentaire, y compris dans les zones protégées, en appuyant, notamment, les efforts des communautés locales et autochtones ...".

D'autres instruments juridiques utilisent des expressions différentes :

L'expression "communauté locale ou autochtone" est utilisée dans le Protocole de Swakopmund relatif à la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore. L'article 2.1) indique que "le terme 'communauté', lorsque le contexte le permet, renvoie à une communauté locale ou autochtone".

L'expression "communautés locales et autochtones" est utilisée à l'article 9.1) du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO : "[l]es Parties contractantes reconnaissent l'énorme contribution que les communautés locales et autochtones, ainsi que les agriculteurs de toutes les régions du monde ...".

L'expression "communautés locales" est utilisée à l'article 5.1) du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO : "[c]haque Partie contractante ... s'emploie en particulier, selon qu'il convient, à : ... c) Encourager ou soutenir, selon qu'il convient, les efforts des agriculteurs et des communautés locales pour gérer et conserver à la ferme leurs ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture...".

L'article premier de la décision 391 sur l'accès aux ressources génétiques de la Communauté andine définit l'expression "communauté autochtone, afro-américaine ou locale" de la manière suivante : "un groupe humain dont les conditions sociales, culturelles et économiques le distinguent des autres secteurs de la collectivité nationale, qui est régi, entièrement ou partiellement, par ses propres coutumes ou traditions ou par une législation spéciale et qui conserve, indépendamment de sa situation juridique, ses propres institutions sociales, économiques, culturelles et politiques ou une partie de celles-ci".

L'article 7.III de la loi brésilienne provisoire n° 2,186-16, du 23 août 2001, définit l'expression "communauté locale" de la manière suivante : "groupe humain, comprenant les descendants des communautés Quilombo, différent de par sa culture, qui s'organise, traditionnellement, par générations successives et coutumes propres et qui conserve ses institutions sociales et économiques".

¹⁵ La notion de communautés locales, document d'information établi par le Secrétariat de l'Instance permanente sur les questions autochtones à l'intention de l'Atelier d'experts sur la collecte de données (PFII/2004/WS.1/3/Add.1). Voir également le document UNEP/CBD/WS-CB/LAC/1/INF/5.

On trouve différentes expressions dans le document intitulé “La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés” (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.), telles que “communautés autochtones ou locales” (article 1.2)), “communauté ou peuple traditionnel ou autochtone” (article 1.3)), “communautés autochtones et traditionnelles” (article 2) ou “communautés locales” (article 4.2)).

Concurrence déloyale

Le Black’s Law Dictionary définit la “concurrence déloyale” comme “[*tout*] acte de concurrence déloyale ou illicite en matière de commerce; spécial.; toute pratique visant à faire passer ses biens ou produits pour ceux d’un autre sur le marché en imitant ou en contrefaisant le nom, la marque, la taille, la forme ou d’autres éléments distinctifs de l’article ou de son emballage”.

L’alinéa 2 de l’article 10*bis* de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle indique ce qui suit : “Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale”. L’alinéa 3 de l’article 10*bis* précise que “[*n*]otamment devront être interdits : i) tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n’importe quel moyen avec l’établissement, les produits ou l’activité industrielle ou commerciale d’un concurrent; ii) les allégations fausses, dans l’exercice du commerce, de nature à discréditer l’établissement, les produits ou l’activité industrielle ou commerciale d’un concurrent; iii) les indications ou allégations dont l’usage, dans l’exercice du commerce, est susceptible d’induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l’aptitude à l’emploi ou la quantité des marchandises”.

Conditions convenues d’un commun accord¹⁶

Tout en reconnaissant le pouvoir des gouvernements nationaux de régir l’accès aux ressources génétiques, l’article 15 de la CDB prévoit que “[*l*]’accès, lorsqu’il est accordé, est régi par des conditions convenues d’un commun accord et est soumis aux dispositions du présent article¹⁷”. Le secrétaire exécutif de la convention a relevé que “[*l*]es contrats constituent le moyen le plus courant de coucher sur le papier la teneur des ‘conditions convenues d’un commun accord’¹⁸”. Les Lignes directrices de Bonn indiquent, en leurs paragraphes 41 à 44, certaines exigences fondamentales applicables aux conditions convenues d’un commun accord.

L’article 18 du Protocole de Nagoya sur l’accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique traite spécifiquement de la conformité aux conditions convenues d’un commun accord et indique à cet égard : “1. En appliquant le paragraphe 3.g)i) de l’article 6 et l’article 7, chaque Partie encourage les fournisseurs et les utilisateurs de ressources génétiques et/ou de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques à inclure dans les conditions convenues d’un commun accord des dispositions pour couvrir, le cas échéant, le règlement des différends, notamment : a) la juridiction à laquelle elles soumettront les procédures de règlement des différends; b) la loi applicable; et/ou c) les possibilités de règlement extrajudiciaire des différends, telles que la médiation et l’arbitrage. 2. Chaque Partie veille à garantir la possibilité de recours dans leurs systèmes juridiques, conformément aux conditions juridictionnelles applicables, en cas de différend concernant les conditions convenues d’un commun accord.

¹⁶ Voir plus haut note 1, page 3 de l’annexe.

¹⁷ Article 15.4) de la CDB.

¹⁸ Voir le paragraphe 32 du document UNEP/CBD/COP/4/22.

3. Chaque Partie prend les mesures efficaces nécessaires concernant : a) l'accès à la justice; et b) l'utilisation de mécanismes de reconnaissance mutuelle et d'application des décisions arbitrales et des jugements étrangers. 4. La Conférence des Parties siégeant en tant que réunion des Parties au Protocole évalue l'efficacité de cet article, conformément à l'article 31 du présent Protocole".

L'article 4.1)c) du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTK/IC/18/5 Prov.) indique que "[l]es mesures et mécanismes régissant l'application du principe de consentement préalable en connaissance de cause doivent être compréhensibles, appropriés et ne pas représenter une charge pour l'ensemble des parties intéressées, en particulier les détenteurs de savoirs traditionnels; ils doivent garantir la clarté et la sécurité juridique nécessaires; et ils doivent prévoir que des modalités soient fixées d'un commun accord pour le partage équitable des avantages découlant de toute utilisation des savoirs traditionnels".

Connaissances écologiques traditionnelles/connaissances environnementales traditionnelles

Le Dene Cultural Institute définit les "connaissances environnementales" comme "un ensemble de connaissances et de croyances transmises par tradition orale et par expérience personnelle. Elles comprennent un système de classification, un ensemble d'observations empiriques sur l'environnement local et un système d'autogestion qui régit l'utilisation des ressources. Les aspects écologiques sont étroitement liés aux aspects sociaux et spirituels du système de connaissances. Leur quantité et leur qualité varient d'un membre de la communauté à l'autre, en fonction du sexe, de l'âge, du statut social, des capacités intellectuelles et de la profession (chasseur, guide spirituel, guérisseur, etc.). Alors que les origines de ces connaissances sont solidement ancrées dans le passé, ces connaissances sont à la fois cumulatives et dynamiques en ce sens qu'elles s'appuient sur l'expérience des générations précédentes et s'adaptent aux nouvelles évolutions techniques et socioéconomiques actuelles¹⁹".

Les connaissances écologiques traditionnelles sont également définies comme "une accumulation de connaissances et de croyances, passant d'une génération à l'autre par transmission culturelle, concernant la relation entre les êtres vivants (y compris les êtres humains) et entre les êtres vivants et leur environnement. En outre, ces connaissances sont un attribut des sociétés qui jouissent d'une continuité historique en ce qui concerne les pratiques d'utilisation des ressources; dans l'ensemble, ces sociétés ne sont pas industrialisées ou sont moins avancées sur le plan technique, la plupart d'entre elles étant autochtones ou tribales²⁰".

¹⁹ Voir également Marc G. Stevenson, "Indigenous Knowledge in Environmental Assessments", 49 ARCTIC 278 (1996), page 281.

²⁰ Fikret Berkes, Traditional Ecological Knowledge in Perspective. Traditional Ecological Knowledge: Concepts and Cases. International Program on Traditional Ecological Knowledge and International Development Research Centre, Ottawa.

Connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques

Le terme “connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques” est utilisé dans la Convention sur la diversité biologique.

Il a été suggéré par des experts à la Réunion du Groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages que *“les connaissances traditionnelles associées sont les connaissances traditionnelles qui sont spécifiques ou générales dans leur rapport avec les ressources génétiques”²¹*.

Quelques molécules/propriétés/ingrédients actifs de ressources génétiques peuvent être identifiés dans du matériel génétique sans l'appui de connaissances traditionnelles et d'autres avec leur appui²². Il a cependant été signalé que nombreux sont les cas dans lesquels des connaissances traditionnelles sont parfois utilisées, que ce soit directement ou indirectement, sans être reconnues²³. L'article 37 des Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation indique que *“[l']autorisation d'accès aux ressources génétiques n'implique pas nécessairement l'autorisation d'utiliser les ressources associées et vice versa”*.

Consentement préalable en connaissance de cause²⁴

Un droit ou principe de “*consentement préalable en connaissance de cause*”, parfois dénommé “*consentement préalable, libre et éclairé*”, est mentionné ou sous-entendu dans plusieurs instruments internationaux, notamment dans le domaine environnemental, par exemple à l'article 6.4) de la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et dans la CDB.

En ce qui concerne l'accès aux ressources génétiques, la CDB prévoit en son article 15.5) qu'il est “*soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources, sauf décision contraire de cette Partie*”.

L'article 16.1) du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique prévoit que “*[c] chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique nécessaires pour assurer que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques exploitées dans leur juridiction a été soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation des communautés autochtones et locales et que des conditions convenues d'un commun accord ont été établies, conformément à la législation ou aux exigences internes relatives à l'accès et au partage des avantages de l'autre Partie où ces communautés autochtones et locales sont situées*”.

Cette notion est tirée à l'origine de la déontologie médicale, qui reconnaît au patient le droit de décider de suivre ou non un traitement médical après avoir été pleinement informé des risques et des avantages de ce traitement. Ainsi, la Déclaration universelle sur le génome humain et

²¹ Voir le document UNEP/CDB/WG-ABS/8/2, intitulé “Rapport de la Réunion du Groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages”, paragraphe 12 de l'annexe.

²² Id., paragraphe 6 de l'annexe.

²³ Id., paragraphe 7 de l'annexe.

²⁴ Voir plus haut note 1, pages 3 et 4 de l'annexe.

les droits de l'homme de 1997 prévoit en son article 5 que, dans tous les cas, une recherche, un traitement ou un diagnostic portant sur le génome d'un individu ne peut être effectué qu'après une évaluation des risques et avantages potentiels fondée sur "le consentement préalable, libre et éclairé de l'intéressé". L'article 6 de la Déclaration de l'UNESCO sur la bioéthique et les droits de l'homme de 2005 exige "*le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée*" pour toute "*intervention médicale de caractère préventif, diagnostique ou thérapeutique*" ou pour les "*recherches scientifiques*".

L'article 4.1) du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) indique : "*a) Le principe du consentement préalable donné en connaissance de cause doit régir tout accès à ce savoir auprès de ses détenteurs traditionnels, compte tenu des présents principes et de la législation nationale pertinente. b) Le détenteur d'un savoir traditionnel doit avoir le droit de donner son consentement préalable en connaissance de cause pour l'accès à ce savoir, ou d'approuver l'octroi de ce consentement donné par une autorité nationale compétente, selon les dispositions de la législation nationale en vigueur. c) Les mesures et mécanismes régissant l'application du principe de consentement préalable en connaissance de cause doivent être compréhensibles, appropriés et ne pas représenter une charge pour l'ensemble des parties intéressées, en particulier les détenteurs de savoirs traditionnels; ils doivent garantir la clarté et la sécurité juridique nécessaires; et ils doivent prévoir que des modalités soient fixées d'un commun accord pour le partage équitable des avantages découlant de toute utilisation des savoirs traditionnels*".

Contexte traditionnel

Le terme "traditionnel" signifie que les savoirs traditionnels sont créés conformément aux règles, aux protocoles et aux coutumes d'une certaine communauté, et non pas qu'ils sont anciens. En d'autres termes, l'adjectif "traditionnel" qualifie la méthode de création des savoirs traditionnels et non pas les savoirs à proprement parler²⁵.

Comme il est indiqué dans le document intitulé "Éléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels" (WIPO/GRTKF/IC/4/8), les savoirs traditionnels sont "traditionnels" car ils sont l'expression des traditions des communautés. Par conséquent, le terme "traditionnel" ne se rapporte pas nécessairement à la nature des savoirs, mais à la façon dont les savoirs sont créés, préservés et transmis²⁶.

L'article 1.3) du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels: objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) indique : "*[d]oivent être protégés les savoirs traditionnels qui remplissent au moins une des conditions suivantes : i) ils sont engendrés, préservés et transmis dans un contexte traditionnel et intergénérationnel; ii) ils sont associés de façon distinctive à une communauté ou à un peuple traditionnel ou autochtone et, à ce titre, préservés et transmis d'une génération à l'autre; et iii) ils font partie intégrante de l'identité culturelle d'une communauté autochtone ou traditionnelle ou d'un peuple qui est reconnu comme détenant le savoir en tant que dépositaire, gardien ou entité investie d'une propriété ou d'une responsabilité culturelle collective en la matière*"²⁷.

²⁵ Nino Pires de Carvalho, From the Shaman's Hut to the Patent Office: A Road Under Construction. Chapitre 18 de Biodiversity and the Law, page 244.

²⁶ Éléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels (WIPO/GRTKF/IC/4/8), paragraphe 27.

²⁷ Article 1.3) de "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.).

Contrats de licence²⁸

Les contrats de licence sont décrits comme des 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 intellectuelle²⁹.

Convention sur la diversité biologique (CDB)³⁰

Convention internationale adoptée en juin 1992 lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement tenue à Rio de Janeiro (Brésil). Selon l'article premier de la CDB, la convention a pour objectifs *“la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des techniques pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux techniques, et grâce à un financement adéquat”*. Elle est entrée en vigueur le 29 décembre 1993.

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones en 2007. Cette déclaration reconnaît les droits humains égaux des peuples autochtones contre la discrimination culturelle et vise à promouvoir le respect mutuel et les relations harmonieuses entre les peuples autochtones et les États.

En ce qui concerne les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles et les ressources génétiques, l'article 31.1) indique que *“[l]es peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles”*. L'article 31.2) ajoute que *“[e]n concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice”*.

En ce qui concerne la médecine traditionnelle, l'article 24 indique que *“[l]es peuples autochtones ont droit à leur pharmacopée traditionnelle et ils ont le droit de conserver leurs pratiques médicales, notamment de préserver leurs plantes médicinales, animaux et minéraux d'intérêt vital”*.

²⁸ Voir plus haut note 1, page 4 de l'annexe.

²⁹ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12.

³⁰ Voir plus haut note 1, page 4 de l'annexe.

Dépositaire

Le dictionnaire Black's Law Dictionary définit le terme "dépositaire" de la manière suivante : "[toute] personne ou institution qui a à sa charge une chose ou une personne ou qui en est responsable (un enfant, une propriété, des documents ou tout autre objet de valeur)". Le Oxford English Dictionary définit le terme "dépositaire" de la manière suivante : "toute personne ayant la responsabilité d'une chose ou d'une personne; un gardien, un conservateur".

Le terme "dépositaire" dans le contexte des savoirs traditionnels renvoie aux communautés, aux peuples, aux individus et autres entités qui, selon les lois coutumières et autres pratiques, préservent, utilisent ou développent les savoirs traditionnels. Il renvoie à une notion différente de celle de "détenteur" à proprement parler, car il est porteur du sens de responsabilité pour garantir que les savoirs traditionnels sont utilisés dans le respect des valeurs communautaires et du droit coutumier.

Détenteur de savoirs traditionnels

Le Black's Law Dictionary définit le terme "détenteur" de la manière suivante : "toute personne qui, en vertu de la loi, a en sa possession un instrument négociable et a le droit d'être rémunérée en échange de son utilisation".

L'OMPI utilise cette expression pour désigner toutes les personnes qui créent, engendrent, élaborent ou pratiquent des savoirs traditionnels dans un cadre et un environnement traditionnels. Les communautés, peuples et nations autochtones sont des détenteurs de savoirs traditionnels mais tous les détenteurs de savoirs traditionnels ne sont pas des autochtones³¹. Dans ce contexte, l'expression "savoirs traditionnels" renvoie à la fois aux savoirs traditionnels au sens strict du terme et aux expressions culturelles traditionnelles.

Comme cela est indiqué dans le document intitulé "Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter" (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), "[e]n règle générale, les savoirs traditionnels sont conçus collectivement ou considérés comme appartenant collectivement à une communauté autochtone ou locale, ou à des groupes de personnes au sein de cette communauté. [...] Cela étant, un membre donné d'une communauté, tel qu'un guérisseur traditionnel ou un agriculteur, peut détenir un savoir particulier³²".

La "Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter" (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) examine plus en détail les savoirs traditionnels collectifs et les savoirs traditionnels individuels.

³¹ Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), "Savoirs traditionnels: besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle", p. 26.

³² Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), paragraphes 43 et 44 de l'annexe.

Diversité biologique³³

L'article 2 de la CDB définit le terme "diversité biologique", souvent abrégé en "biodiversité", de la manière suivante : "*Variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes*".

Documentation minimale du PCT³⁴

Selon le glossaire du PCT établi par l'OMPI, la documentation minimale du PCT désigne les "*[d]ocuments dans lesquels l'administration chargée de la recherche internationale doit effectuer des recherches en vue de découvrir l'état de la technique pertinent. Cette documentation s'applique également aux administrations chargées de l'examen préliminaire international aux fins de l'examen. Elle comprend certains documents de brevets publiés et la littérature autre que celle des brevets contenue dans une liste publiée par le Bureau international. La documentation minimale est déterminée par la règle 34 du règlement d'exécution du PCT*³⁵".

Dans les Directives concernant la recherche internationale selon le PCT, la documentation minimale aux fins de la recherche internationale est définie comme "*une collection de documents classés de manière systématique (ou systématiquement accessibles d'une autre manière) aux fins de la recherche selon leur contenu. Ces documents sont, pour l'essentiel, des documents de brevet de différents pays, complétés par des articles extraits de revues et d'autres éléments de la littérature non-brevet*³⁶".

Lors de la septième Réunion des administrations internationales du PCT tenue en février 2003, il a été convenu en principe que la documentation en matière de savoirs traditionnels devrait figurer dans la partie littérature non-brevet de la documentation minimale du PCT³⁷. Par exemple, le *Indian Journal of Traditional Knowledge* et le *Korean Journal of Traditional Knowledge* sont indiqués comme de la littérature non-brevet dans la liste de périodiques à utiliser pour la recherche et l'examen de la documentation minimale du PCT.

Domaine public³⁸

En règle générale, une œuvre est considérée comme faisant partie du domaine public s'il n'y a aucune restriction légale à son utilisation par le public³⁹.

Le Black's Law Dictionary définit le domaine public de la manière suivante : "*[l]'ensemble des inventions et des œuvres de création qui ne sont pas protégées par des droits de propriété intellectuelle et qui peuvent donc être utilisées gratuitement par quiconque. À l'expiration ou*

³³ Voir plus haut note 1, page 4 de l'annexe.

³⁴ Voir plus haut note 1, page 4 de l'annexe.

³⁵ Disponible à l'adresse <http://www.wipo.int/pct/fr/texts/glossary.html#D>

³⁶ Paragraphe IX-2.1 des Directives concernant la recherche internationale selon le PCT (dans leur version du 18 septembre 1998).

³⁷ Documentation minimale du PCT, document PCT/MIA/9/4 (en anglais seulement).

³⁸ Voir plus haut note 1, page 5 de l'annexe.

³⁹ Voir le document SCP/13/5.

à la déchéance du droit d'auteur, du droit sur les marques, du droit de brevet ou du secret commercial, les objets de propriété intellectuelle qu'ils protégeaient tombent dans le domaine public et chacun peut se les approprier sans être accusé de contrefaçon".

Dans la sphère du droit d'auteur et des droits connexes, le domaine public a été défini comme englobant *"les œuvres et objets de droits connexes qui – généralement parce que leur délai de protection est venu à expiration ou parce que leur protection dans le pays dont il s'agit n'est pas assurée par un traité international – peuvent être utilisés et exploités par quiconque sans le consentement des titulaires du droit d'auteur et des droits connexes concernés et sans qu'il soit nécessaire de verser à ces derniers une rémunération"*⁴⁰.

D'une manière générale, le domaine public sur le plan du droit des brevets recouvre les connaissances, les idées et les innovations sur lesquelles personne (individu ou organisation) n'a de droit de propriété. Les connaissances, les idées et les innovations sont dans le domaine public dès lors qu'elles ne font l'objet d'aucune restriction d'utilisation légale (à cet égard, les législations varient, donnant naissance à des domaines publics différents), à l'expiration des brevets (généralement, après une période de 20 ans), par suite d'un non-renouvellement, d'une révocation ou d'une invalidation⁴¹.

Le rôle, le cadre et les limites du "domaine public" font l'objet de discussions intensives au sein de plusieurs instances, en particulier à l'OMPI dans le cadre de l'IGC. Le document WIPO/GRTKF/IC/7/INF/8 examine plus en détail la signification du terme "domaine public" eu égard aux savoirs traditionnels⁴².

Droit coutumier et protocole

Le dictionnaire Black's Law Dictionary définit le "droit coutumier" de la manière suivante : *"[e]nsemble d'usages acceptés comme des obligations légales ou des règles de conduite obligatoires; pratiques et croyances qui sont vitales et font partie intégrante du système social et économique à tel point qu'elles sont traitées comme des lois"*.

Le droit coutumier a également été défini comme "des principes reconnus localement, et des normes ou des règles plus spécifiques, qui sont maintenus et transmis par voie orale, et appliqués par des institutions communautaires pour régir ou orienter au niveau interne tous les aspects de la vie"⁴³.

Ces lois coutumières se présentent sous différentes formes. Par exemple, ces lois peuvent être codifiées, écrites ou orales, énoncées expressément dans des pratiques traditionnelles. Il est également important de déterminer si ces lois sont reconnues "formellement" dans le cadre des systèmes juridiques nationaux du pays dans lequel réside une communauté ou si elles sont

⁴⁰ Publication de l'OMPI intitulée "Guide to the Copyright and Related Rights Treaties by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms".

⁴¹ Voir plus haut note 39.

⁴² Voir le document WIPO/GRTK/IC/17/INF/8, intitulé "Note sur les significations du terme 'domaine public' dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore".

⁴³ Protection Rights over Traditional Knowledge: Implications of Customary Laws and Practices, Research Planning Workshop, Cuzco (Pérou), 20-25 mai 2005.

liées à ces systèmes. Un facteur essentiel pour déterminer si certains usages ont un statut de loi consiste à vérifier s'ils ont été considérés par la communauté comme ayant un effet contraignant, ou s'ils décrivent simplement des pratiques concrètes.

L'article 1.3.iii) du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (document WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) indique que "[s]ont protégés les savoirs traditionnels qui remplissent au moins une des conditions suivantes : ... iii) ils font partie intégrante de l'identité culturelle d'une communauté autochtone ou traditionnelle ou d'un peuple qui est reconnu comme détenant le savoir en tant que dépositaire, gardien ou entité investie d'une propriété ou d'une responsabilité culturelle collective en la matière. Ce lien peut être établi officiellement ou de manière informelle par les pratiques, lois ou protocoles coutumiers".

L'article 2 indique que "[l]e droit de bénéficier de la protection doit, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, tenir compte des protocoles, accords, lois et usages coutumiers de ces communautés et de ces peuples". L'article 4.2.e) indique que "[l]e droit coutumier en vigueur au sein des communautés locales peut jouer un rôle important dans le partage des avantages susceptibles de découler de l'utilisation des savoirs traditionnels".

Droits des agriculteurs

L'article 9.1 du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO indique que les Parties contractantes reconnaissent "l'énorme contribution que les communautés locales et autochtones ainsi que les agriculteurs de toutes les régions du monde, et spécialement ceux des centres d'origine et de diversité des plantes cultivées, ont apportée et continueront d'apporter à la conservation et à la mise en valeur des ressources phytogénétiques qui constituent la base de la production alimentaire et agricole dans le monde entier".

L'article 9.2 définit les "droits des agriculteurs" de la manière suivante : "a) la protection des connaissances traditionnelles présentant un intérêt pour les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture; b) le droit de participer équitablement au partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture; c) le droit de participer à la prise de décisions, au niveau national, sur les questions relatives à la conservation et à l'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture".

L'article 2 du Code international de conduite pour la collecte et le transfert de matériel phytogénétique définit ce terme de la manière suivante : "droits que confèrent aux agriculteurs, et particulièrement à ceux des centres d'origine et de diversité des ressources génétiques, leurs contributions passées, présentes et futures à la conservation, à l'amélioration et à la disponibilité de ces ressources. Ces droits sont dévolus à la communauté internationale qui, en tant que dépositaire pour les générations présentes et futures d'agriculteurs, doit assurer à ces derniers tous les bénéfices qui leur reviennent, les aider à poursuivre leur action et appuyer la réalisation des objectifs globaux de l'Engagement international".

État de la technique⁴⁴

L'état de la technique désigne, en général, toutes les connaissances qui existaient avant la date de dépôt ou de priorité pertinente d'une demande de brevet, qu'elles aient fait l'objet d'une divulgation écrite ou orale. Certains instruments juridiques établissent une distinction entre publications imprimées, divulgations orales et utilisation antérieure et en fonction de l'endroit où ces publications ou divulgations ont eu lieu⁴⁵.

Aux fins du PCT, la règle 33.1 du règlement d'exécution du PCT définit l'état de la technique comme *"tout ce qui a été rendu accessible au public en tous lieux du monde par une divulgation écrite (y compris des dessins et autres illustrations) et qui est susceptible d'aider à déterminer si l'invention dont la protection est demandée est nouvelle ou non et si elle implique ou non une activité inventive (c'est-à-dire si elle est évidente ou non), à condition que la mise à la disposition du public ait eu lieu avant la date du dépôt international"*.

Dans le cas de l'Europe, l'article 54.2) de la CBE définit l'état de la technique comme comprenant *"tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen"*. En ce qui concerne cette disposition de la CBE, les Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets (OEB) soulignent que *"[i]l convient de noter combien cette définition est large. Aucune restriction n'a été prévue en ce qui concerne le lieu géographique où l'état de la technique a été rendu accessible au public, la façon dont il l'a été et la langue dans laquelle il l'a été. Par ailleurs, aucune limite d'ancienneté n'a été fixée pour les documents ou autres sources d'informations. Il existe toutefois certaines restrictions particulières (cf. IV, 10)"*⁴⁶.

L'article 102 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique définit l'état de la technique indirectement par l'intermédiaire de la notion de nouveauté comme désignant toute chose *"connue d'autres personnes dans ce pays, utilisée par d'autres personnes dans ce pays ou brevetée ou décrite dans une publication imprimée dans ce pays ou à l'étranger, avant que le déposant n'ait fait l'invention; ..."*.

L'article 29 de la loi japonaise sur les brevets définit indirectement l'état de la technique comme englobant *"i) les inventions qui étaient publiquement connues au Japon ou à l'étranger avant la date de dépôt de la demande de brevet; ii) les inventions qui étaient publiquement utilisées au Japon ou à l'étranger avant la date de dépôt de la demande de brevet; ou iii) les inventions qui étaient décrites dans une publication diffusée, ou les inventions qui étaient mises à la disposition du public au moyen d'une ligne de télécommunication électrique au Japon ou à l'étranger avant la date de dépôt de la demande de brevet"*.

⁴⁴ Voir plus haut note 1, page 6 de l'annexe.

⁴⁵ WIPO Intellectual Property Handbook, publication n° 489 (E) de l'OMPI, 2008, page 19.

⁴⁶ Voir les Directives relatives à l'examen pratiqué à l'Office européen des brevets, partie C, chapitre IV, paragraphe 6.1.

Exigences de divulgation⁴⁷

La divulgation fait partie des principes fondamentaux du droit des brevets⁴⁸. Comme l'indique l'article 5 du Traité de coopération en matière de brevets (PCT), le droit des brevets impose aux déposants de demandes de brevet l'obligation générale "*d'exposer l'invention d'une manière suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter*". Cela étant, le terme "exigences de divulgation" est utilisé récemment d'une manière générale pour les modifications apportées au droit des brevets à l'échelle régionale ou nationale et pour les propositions de réforme du droit international des brevets visant à obliger expressément les déposants de demandes de brevet à révéler plusieurs éléments d'information concernant les savoirs traditionnels ou les ressources génétiques utilisés dans la mise au point de l'invention revendiquée dans un brevet ou une demande de brevet⁴⁹.

Trois fonctions générales ont été prises en considération pour élaborer des méthodes de divulgation relatives aux ressources génétiques et savoirs traditionnels :

- divulguer toute ressource génétique ou savoir traditionnel effectivement utilisé au cours de la mise au point de l'invention (fonction descriptive ou relative à la transparence, liée à la ressource génétique ou au savoir traditionnel lui-même et à son rapport avec l'invention);
- divulguer la source effective de la ressource génétique ou du savoir traditionnel (fonction de divulgation relative au lieu où la ressource génétique ou le savoir traditionnel a été obtenu), ce qui peut concerner le pays d'origine (afin de préciser la juridiction dans laquelle le matériel d'origine a été obtenu), ou une localisation plus précise (par exemple, afin d'assurer que les ressources génétiques soient accessibles aux fins de la duplication ou de la reproduction de l'invention); et
- fournir un engagement ou une preuve du consentement préalable en connaissance de cause (fonction de respect de l'obligation, relative à la légalité des actes régissant l'accès au matériel d'origine de la ressource génétique ou du savoir traditionnel), ce qui peut entraîner l'obligation de démontrer que la ressource génétique ou le savoir traditionnel utilisé dans l'invention a été obtenu et utilisé conformément aux lois applicables dans le pays d'origine ou conformément aux termes de tout accord particulier consignant le consentement préalable en connaissance de cause; ou de démontrer que l'acte de demander un brevet est accompli conformément à un consentement préalable en connaissance de cause⁵⁰.

À l'invitation de la Conférence des Parties (COP) de la CDB, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI (IGC) a établi une étude technique sur cette question, ainsi qu'une étude sur

⁴⁷ Voir plus haut note 1, pages 6 et 7 de l'annexe.

⁴⁸ Voir la page 37 de l'annexe du document WO/GA/32/8.

⁴⁹ Pour de plus amples informations, voir les pages 7 à 11 de l'annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/16/6 et la base de données de la Division des savoirs traditionnels de l'OMPI sur les mesures législatives nationales et régionales, à l'adresse <http://www.wipo.int/tk/en/laws/genetic.html>

⁵⁰ Voir l'Étude technique de l'OMPI concernant les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels, publication n°786 (E) de l'OMPI, page 65.

la problématique des liens entre l'accès aux ressources génétiques et les exigences de divulgation dans les demandes de titres de propriété intellectuelle, qui ont été mises à la disposition du Secrétariat de la CDB⁵¹.

Plusieurs propositions de niveau international ont été soumises à l'IGC.

Une proposition de la Suisse visant à prévoir dans le PCT une exigence de divulgation applicable aux demandes internationales et nationales et imposant aux déposants l'obligation de divulguer la source des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels⁵².

Une proposition de l'Union européenne et de ses États membres prévoyant l'obligation de mettre en œuvre une exigence impérative de divulgation du pays d'origine ou de la source des ressources génétiques pour toutes les demandes de brevet internationales, régionales et nationales⁵³.

D'autres mécanismes ont également été proposés en lieu et place des exigences de divulgation⁵⁴.

L'initiative internationale relative au projet d'article 29bis de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC mise en avant par un certain nombre de pays en est un exemple⁵⁵.

Fixation

On entend par "fixation des savoirs traditionnels" l'enregistrement, la consignation par écrit, la photographie de ces savoirs ou encore le tournage de films sur ces derniers – tout procédé d'enregistrement de ces savoirs traditionnels de façon à les préserver et à les mettre à la disposition de tiers pour qu'ils puissent s'informer. Cette opération est différente des modes traditionnels de conservation et de transmission des savoirs au sein de la communauté. La fixation est particulièrement importante parce que, souvent, elle offre aux personnes en dehors des milieux traditionnels un accès aux savoirs traditionnels⁵⁶.

La "Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter" (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) examine plus en détail les savoirs traditionnels fixés et les savoirs traditionnels non fixés.

Termes apparentés : Bibliothèque numérique des savoirs traditionnels (TDKL), Classification des ressources en savoirs traditionnels (TKRC), registres de savoirs traditionnels, instrument de l'OMPI relatif aux savoirs traditionnels.

⁵¹ Étude technique de l'OMPI concernant les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels, publication n° 786 (E) de l'OMPI; WIPO/GA/32/8 ("Étude sur la problématique des liens entre l'accès aux ressources génétiques et les exigences de divulgation dans les demandes de titres de propriété intellectuelle"), 2005.

⁵² Voir le document WIPO/GRTKF/IC/11/10 (Proposition de la Suisse) et les pages 14 et 15 de l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/16/6.

⁵³ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/8/11 (Proposition de l'UE) et la page 15 de l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/16/6.

⁵⁴ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/9/13 (Autre proposition).

⁵⁵ Voir le document TNC/W/52.

⁵⁶ Rapport sur l'instrument de gestion de propriété intellectuelle dans le cadre de la fixation des savoirs traditionnels et des ressources génétiques (WIPO/GRTKF/IC/5/5), page 4 de l'annexe.

Innovations et créations fondées sur les savoirs traditionnels/savoirs traditionnels “en tant que tels”

Ce terme renvoie aux *“innovations et créations fondées sur des savoirs traditionnels ‘en tant que tels’, conçues et créées en dehors d’un ‘contexte traditionnel’⁵⁷”*.

L’expression “savoirs traditionnels ‘en tant que tels’” renvoie aux *“systèmes de savoirs, les créations, les innovations et les expressions culturelles qui se transmettent généralement de génération en génération, sont généralement considérés comme appartenant à un peuple particulier ou à son territoire et qui sont en mutation constante dans un environnement en évolution⁵⁸”*.

La “Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter” (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) examine plus en détail les savoirs traditionnels “en tant que tels” et les innovations et créations fondées sur des savoirs traditionnels.

Instrument de l’OMPI relatif aux savoirs traditionnels

Les programmes de fixation peuvent poser des problèmes en matière de propriété intellectuelle aux détenteurs de savoirs traditionnels et aux dépositaires de ressources génétiques. Il convient de prêter particulièrement attention aux incidences en matière de propriété intellectuelle au cours du processus de fixation⁵⁹. L’instrument de l’OMPI relatif aux savoirs traditionnels est axé sur la gestion des questions de propriété intellectuelle au cours du processus de fixation, qui est considéré comme le point de départ d’une gestion plus avantageuse des savoirs traditionnels en tant qu’actifs intellectuels et culturels d’une communauté⁶⁰. L’instrument de l’OMPI relatif aux savoirs traditionnels est conçu en fonction des trois phases de la fixation, à savoir avant la fixation, durant le processus de fixation et après la fixation, afin d’illustrer les différentes questions de propriété intellectuelle qui se posent à chaque étape de la fixation⁶¹.

Le présent instrument est destiné en particulier aux détenteurs de savoirs traditionnels ou dépositaires de ressources biologiques, notamment les communautés autochtones et locales et leurs représentants. Le présent instrument peut être utile à ceux qui appartiennent à l’une des catégories suivantes : organisme se consacrant à la fixation des savoirs traditionnels et des ressources biologiques (musée, service d’archives, banque de gènes, jardin botanique, etc.); conseiller juridique ou en matière de politique générale de dépositaires de ressources biologiques ou détenteurs de savoirs traditionnels; organisme de recherche (université, programme participatif de création variétale, etc.); institution gouvernementale ou organisme du secteur public engagé dans des projets de fixation; ou partenaire du secteur privé⁶².

⁵⁷ Voir plus haut note 32, paragraphe 37 de l’annexe.

⁵⁸ Voir plus haut note 31.

⁵⁹ Voir plus haut note 56, paragraphe 1.

⁶⁰ Id., paragraphe 2.

⁶¹ Ébauche d’un instrument de gestion de la propriété intellectuelle dans le cadre de la fixation des savoirs traditionnels (WIPO/GRTKF/IC/4/5), page 4 de l’annexe.

⁶² Id., page 5 de l’annexe.

Les droits de propriété intellectuelle et d'autres instruments juridiques peuvent permettre de protéger les savoirs lorsqu'ils sont fixés, mais uniquement si des mesures adéquates ont été prises au cours du processus de fixation⁶³. L'instrument aidera à évaluer les options en matière de propriété intellectuelle, ainsi qu'à planifier et à mettre en œuvre les choix et stratégies lors de la fixation des savoirs traditionnels ou ressources biologiques.

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)⁶⁴

Les Lignes directrices de Bonn ont été adoptées en 2002 par la Conférence des Parties à la CDB pour fournir des précisions sur l'application des dispositions des articles 8 j), 10 c), 15, 16 et 19 de la CDB relatives à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages. Ces lignes directrices sont d'application volontaire et s'adressent à un large éventail de parties prenantes⁶⁵. Elles portent sur des questions de procédure et de réglementation, concernant notamment le consentement préalable en connaissance de cause, et recensent des mécanismes monétaires et non monétaires de partage des avantages⁶⁶.

Médecine traditionnelle

L'OMS définit ce terme comme *"la somme totale des connaissances, compétences et pratiques qui reposent, rationnellement ou non, sur les théories, croyances et expériences propres à une culture et qui sont utilisées pour maintenir les êtres humains en santé ainsi que pour prévenir, diagnostiquer, traiter et guérir des maladies physiques et mentales"*⁶⁷.

L'OMS définit également la "médecine traditionnelle" comme *"comprenant diverses pratiques, approches, connaissances et croyances sanitaires intégrant des médicaments à base de plantes, d'animaux et/ou de minéraux, des traitements spirituels, des techniques manuelles et exercices, appliqués seuls ou en association afin de maintenir le bien-être et traiter, diagnostiquer ou prévenir la maladie"*⁶⁸.

⁶³ Id., page 5 de l'annexe.

⁶⁴ Voir plus haut note 1, page 9 de l'annexe.

⁶⁵ Voir les Lignes directrices de Bonn, articles 1, 7 a) et 17 à 21.

⁶⁶ Voir les Lignes directrices de Bonn, articles 24 à 50 et appendice II.

⁶⁷ Principes méthodologiques généraux de l'OMS pour la recherche et l'évaluation relatives à la médecine traditionnelle (WHO/EDM/TRM/2000.1), page 1.

⁶⁸ Stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle pour 2002-2005, page 7.

Nouveauté⁶⁹

La nouveauté est l'un des critères de brevetabilité pris en considération dans l'examen quant au fond. Une invention est nouvelle s'il n'y a pas d'antériorité dans l'état de la technique⁷⁰.

L'article 33 du PCT définit la nouveauté de la manière suivante : *“Aux fins de l'examen préliminaire international, l'invention dont la protection est demandée est considérée comme nouvelle s'il n'est pas trouvé d'antériorité dans l'état de la technique tel qu'il est défini dans le règlement d'exécution”*. Selon la règle 64.1.a) du règlement d'exécution du PCT, *“est considéré comme faisant partie de l'état de la technique tout ce qui a été rendu accessible au public en tous lieux du monde par une divulgation écrite (y compris des dessins et autres illustrations), pour autant que cette mise à la disposition du public ait eu lieu avant la date pertinente”*.

L'article 54 de la CBE définit la “nouveauté” de la manière suivante : *“Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique. L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen”*.

L'article 102 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique [Conditions de brevetabilité; nouveauté et perte du droit au brevet] définit la notion de nouveauté de la manière suivante : *“Une personne a droit à un brevet sauf si l'invention était connue d'autres personnes dans ce pays, utilisée par d'autres personnes dans ce pays ou brevetée ou décrite dans une publication imprimée dans ce pays ou à l'étranger, avant que le déposant n'ait fait l'invention, ...”*.

Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO)⁷¹

Institution spécialisée des Nations Unies vouée à la lutte contre la faim et la pauvreté au niveau international. Son mandat consiste notamment à *“améliorer les niveaux de nutrition, la productivité agricole et la qualité de vie des populations rurales et contribuer à l'essor de l'économie mondiale”*⁷².

Peuples autochtones

L'expression “peuples autochtones” a fait l'objet d'un nombre considérable de discussions et d'études. Il n'existe aucune définition universelle standard pour l'expression “peuples autochtones”.

La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones reconnaît les droits de l'homme égaux des peuples autochtones contre la discrimination culturelle et vise à promouvoir le respect mutuel et les relations harmonieuses entre les États et les peuples autochtones. Cependant, la déclaration ne fournit aucune définition pour l'expression “peuples autochtones”.

L'expression “peuples autochtones” au “sens strict” correspond, ainsi que cela a été mentionné dans le rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête menées en 1998 et 1999, au sens donné à l'adjectif “autochtone” dans l'étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations

⁶⁹ Voir plus haut note 1, page 10 de l'annexe.

⁷⁰ WIPO Intellectual Property Handbook, publication n° 489 (E) de l'OMPI, 2008, page 19.

⁷¹ Voir plus haut note 1, page 10 de l'annexe.

⁷² <http://www.fao.org/about/mission-gov/fr>

autochtones, réalisée par le rapporteur spécial de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités des Nations Unies, M. J. Martínez Cobo, qui est considéré comme une définition acceptable par de nombreux peuples autochtones et les organisations qui les représentent. Dans l'étude, les communautés, peuples et nations autochtones sont définis comme *“les entités qui, s'inscrivant dans la continuité historique des sociétés ‘préinvasion’ et précoloniales apparues sur leur territoire, s'estiment différentes d'autres secteurs des sociétés qui prédominent aujourd'hui dans ces pays, ou certaines parties de ces derniers. Elles représentent aujourd'hui des secteurs non dominants de la société et sont résolues à préserver, développer et transmettre aux générations futures leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique, fondements de leur pérennité en tant que peuples, conformément au schéma culturel, aux institutions sociales et aux systèmes juridiques qui leur sont propres”*.

Le Glossaire du PNUE sur les termes relatifs à la biodiversité définit les “peuples autochtones” de la manière suivante : *“peuples dont les ancêtres habitaient un lieu ou un pays au moment où des personnes d'une autre culture ou d'une autre origine ethnique sont arrivées sur place et les ont dominés après les avoir conquis, colonisés ou usé d'autres moyens et qui aujourd'hui vivent davantage selon leurs propres traditions et usages sociaux, économiques et culturels que selon les traditions et usages du pays dont ils font désormais partie. (Voir également : ‘peuples natifs’ ou ‘peuples tribaux’)”⁷³*.

Dans la loi péruvienne n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le Régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques on entend par “peuples autochtones” *“les peuples originaires du territoire ayant des droits antérieurs à la formation de l'État péruvien, entretenant une culture propre, disposant d'un espace territorial et se reconnaissant eux-mêmes comme tels, y compris les peuples vivant dans un isolement volontaire et les peuples non identifiés, ainsi que les communautés paysannes et les communautés autochtones. Le terme “autochtones” doit s'entendre comme synonyme d’“originaires du territoire”, “traditionnels”, “ethniques”, “ancestraux”, “indigènes” et d'autres termes”*.

Le terme “peuples aborigènes” est un terme apparenté. L'Oxford Dictionary définit le terme “aborigène” de la manière suivante : 1) *“[...] peuples, plantes et animaux vivant ou présent dans un pays depuis des temps ancestraux; strictement natifs, autochtones”*; 2) *“[...] habitant ou occupant un pays avant l'arrivée de colons européens ou de ceux qu'ils ont introduits”*; et 3) *“[...] de, ou apparentés à, ou propre des aborigènes d'Australie ou de leurs langues”*.

L'article 35 de la Constitution du Canada indique que *“[...] peuples autochtones du Canada s'entend notamment des indiens, des Inuits et des Métis du Canada”*. La Commission royale canadienne de 1996 sur les peuples autochtones a défini elle-même son centre d'intérêt comme : *“... entités culturelles et politiques qui descendent des premiers habitants de l'Amérique du Nord ...”*.

Préservation

La préservation présente deux aspects principaux – en premier lieu, la préservation du contexte culturel et social des savoirs traditionnels, tel qu'il existe, de façon à préserver le cadre habituel de l'élaboration et de la transmission de ces savoirs, ainsi que de la mise en place des modalités qui régissent l'accès à ces savoirs; et en second lieu, la préservation de ces éléments sous

⁷³ Glossaire du PNUE sur les termes relatifs à la biodiversité disponible à l'adresse <http://www.unep-wcmc.org/reception/glossaryF-L.htm>

une forme fixe, comme lorsqu'un savoir-faire technique ou des connaissances médicales traditionnels font l'objet d'une fixation. La préservation a pour objet de contribuer à la survie de ces savoirs, dans l'intérêt des générations futures de la communauté d'origine et de les perpétuer dans un cadre essentiellement traditionnel ou coutumier, ou de faire en sorte que ces savoirs traditionnels soient à la portée d'un public plus vaste (y compris des universitaires et des chercheurs), en reconnaissance de leur importance en tant qu'éléments du patrimoine culturel collectif de l'humanité⁷⁴.

Principes directeurs de propriété intellectuelle applicables aux contrats concernant l'accès et le partage des avantages⁷⁵

Dès sa première session, l'IGC s'est prononcé en faveur de travaux qui conduiraient à l'élaboration par l'OMPI de principes directeurs de propriété intellectuelle en matière d'accès et de partage des avantages. Il a été proposé d'asseoir ces principes directeurs sur une étude systématique des arrangements contractuels types et effectifs figurant dans la base de données des accords d'accès et de partage des avantages en matière de biodiversité de l'OMPI⁷⁶.

Un premier projet⁷⁷ a été établi compte tenu des principes indiqués par l'IGC pour l'élaboration de ces principes directeurs⁷⁸. Ce projet a ensuite été actualisé pour la dix septième session de l'IGC⁷⁹.

Les Principes directeurs de propriété intellectuelle en matière d'accès et de partage des avantages visent à 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. Ils donnent 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. 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. Ces principes directeurs peuvent 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.

⁷⁴ Synthèse et résultats des activités du comité intergouvernemental (WIPO/GRTKF/IC/5/12), paragraphe 19.

⁷⁵ Voir plus haut note 1, pages 11 et 12 de l'annexe.

⁷⁶ Voir le paragraphe 133 du document OMPI/GRTKF/IC/2/3, ainsi que le Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques (WIPO/GRTKF/IC/INF/13), page 4 de l'annexe.

⁷⁷ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/7/9 (Ressources génétiques : projet de Principes directeurs de propriété intellectuelle applicables à l'accès et au partage équitable des avantages).

⁷⁸ Voir la section V.B du document OMPI/GRTKF/IC/2/3, page 58.

⁷⁹ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12 (Ressources génétiques : projet de principes directeurs de propriété intellectuelle applicables à l'accès et au partage équitable des avantages : version actualisée).

En outre, aucun élément de ces principes directeurs 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. Les principes directeurs seraient de nature purement facultative et indicative. Ils ne sont pas destinés à remplacer la législation internationale, régionale ou nationale applicable⁸⁰.

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'humanité⁸¹. Ces principes directeurs s'appliquent également aux savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques.

Protection

La "protection" dans le cadre des travaux du comité fait généralement référence à la protection des savoirs traditionnels contre certaines formes d'utilisation non autorisée par des tiers⁸².

Deux formes de protection ont été élaborées et mises en application.

Protection positive

Le comité a exploré deux aspects de la protection positive des savoirs traditionnels par les droits de propriété intellectuelle, l'un ayant trait à la prévention d'une utilisation non autorisée et l'autre ayant trait à l'exploitation active des savoirs traditionnels par la communauté à l'origine de ces savoirs. Le comité a également examiné des méthodes de protection positive des savoirs traditionnels ne relevant pas du droit de la propriété intellectuelle, qui sont complémentaires et peuvent être utilisées parallèlement aux droits de propriété intellectuelle⁸³. De même, la protection positive des savoirs traditionnels peut empêcher autrui d'avoir accès de façon illicite à ces savoirs ou de les utiliser à des fins lucratives sans en partager équitablement les avantages, mais ils peuvent également être utilisés par des détenteurs de savoirs traditionnels pour mettre en place leur propre entreprise sur la base de ces savoirs⁸⁴.

Protection défensive

La protection défensive a été définie comme un ensemble de stratégies visant à empêcher l'obtention de droits illégitimes ou infondés en matière de propriété intellectuelle sur les savoirs et les ressources génétiques qui s'y rapportent⁸⁵. La protection défensive des savoirs traditionnels comprend des mesures visant à prévenir ou à invalider des brevets qui revendiquent de manière illégitime des savoirs traditionnels préexistants comme des inventions.

⁸⁰ Id.

⁸¹ Id., page 5 de l'annexe.

⁸² Voir plus haut note 74, paragraphe 20.

⁸³ Id., paragraphes 21 et 22.

⁸⁴ Id., paragraphe 21.

⁸⁵ Id., paragraphe 28.

Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique

Un protocole a été adopté en octobre 2010 durant la dixième réunion de la Conférence des Parties (COP 10) tenue à Nagoya (Japon). Selon l'article 1, l'objectif de ce protocole est *"le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des technologies pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux technologies et grâce à un financement adéquat, contribuant ainsi à la conservation de la diversité biologique et à l'utilisation durable de ses éléments constitutifs"*. Ce protocole sera déposé auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et sera ouvert à la signature au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York du 2 février 2011 au 1^{er} février 2012.

Plusieurs articles concernent en particulier les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, tels que l'article 7 (accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques), l'article 12 (connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques) et l'article 16 (respect de la législation ou des exigences internes en matière d'accès et de partage des avantages relatifs aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques).

Protocole de Swakopmund relatif à la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore

Un protocole a été adopté par les États membres de l'Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO) en août 2010 durant la Conférence diplomatique qui s'est tenue à Swakopmund (Namibie). Selon l'article 1.1, l'objectif de ce protocole est : *"a) de protéger les détenteurs de savoirs traditionnels contre toute atteinte aux droits qui leur sont reconnus par le présent Protocole; et b) de protéger les expressions du folklore contre leur appropriation illicite, leur utilisation illicite et leur exploitation illégitime en dehors de leur contexte traditionnel"*. Ce Protocole entrera en vigueur lorsque six États membres de l'ARIPO auront déposé leurs instruments de ratification ou d'adhésion.

Publiquement disponible

Les experts de la Réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages ont opéré une distinction entre "domaine public" et "publiquement disponible" spécifiquement pour les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. *"Il a été indiqué que l'expression 'domaine public', qui est utilisée pour indiquer la libre disponibilité, a été prise hors contexte et appliquée aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui sont publiquement disponibles. 'Publiquement disponible' ne signifie pas normalement disponible gratuitement. Cette expression pourrait signifier qu'il y a une condition pour imposer des modalités convenues d'un commun accord comme le paiement d'un droit d'accès. Les connaissances traditionnelles ont souvent été considérées comme étant du domaine public et, par conséquent, librement disponibles dès qu'on y a eu accès et qu'on les a enlevées du contexte culturel particulier pour les diffuser. Mais on ne peut pas supposer que les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui ont été rendues publiquement disponibles n'appartiennent pas à quelqu'un. Dans le cadre du concept de la disponibilité publique, le consentement préalable donné en connaissance de cause d'un détenteur de connaissances traditionnelles qui est identifiable pourrait encore être requis et les dispositions du partage des avantages rendues applicables même lorsqu'un changement*

d'utilisation est discernable d'un consentement préalable donné en connaissance de cause précédemment. Lorsqu'un détenteur n'est pas identifiable, l'État par exemple pourrait décider qui en sont les bénéficiaires⁸⁶.

L'expression "déjà d'un accès facile" est utilisée à l'article 6.2) du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.), libellé comme suit : *"[L]es autorités nationales doivent en particulier exclure du principe du consentement préalable donné en connaissance de cause l'usage loyal d'un savoir traditionnel qui est déjà d'un accès facile pour le grand public, à condition que les utilisateurs de ce savoir traditionnel fournissent une rémunération équitable en échange de l'usage industriel ou commercial qu'ils en feront".*

La "Note sur les significations du terme 'domaine public' dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore" (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8) examine plus en détail les significations du terme "domaine public" en rapport avec les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles⁸⁷.

Registres de savoirs traditionnels

Les registres peuvent être analysés depuis plusieurs perspectives différentes. Selon leur nature juridique, les registres sont dits déclaratifs ou constitutifs, compte tenu du système en vertu duquel ils sont créés⁸⁸.

Un régime déclaratoire relatif aux savoirs traditionnels reconnaît que les droits sur des savoirs traditionnels ne découlent pas d'un acte quelconque du gouvernement mais se fondent plutôt sur des droits préexistants, y compris les droits ancestraux, coutumiers, moraux et des droits humains. Dans le cas des registres déclaratifs, bien que l'enregistrement n'ait pas d'incidence sur l'existence de ces droits, il peut être utilisé pour aider les examinateurs de brevets à analyser l'état de la technique, et pour appuyer des réclamations relatives à des brevets délivrés dans lesquels il pourrait être fait usage directement ou indirectement de savoirs traditionnels. Lorsque ces registres se présentent sous forme électronique et sont disponibles via l'Internet, il est important de mettre en place un mécanisme qui permette d'assurer que les dates d'entrée des savoirs traditionnels sont valides lorsque des recherches relatives à la nouveauté et à l'inventivité sont effectuées. Ces registres peuvent également avoir une troisième fonction qui est de faciliter le partage des avantages entre utilisateurs et fournisseurs⁸⁹.

Les registres constitutifs s'inscrivent dans un régime juridique qui cherche à octroyer des droits sur des savoirs traditionnels. Les registres constitutifs visent à enregistrer l'octroi de droits (c'est-à-dire des droits de propriété exclusifs) au détenteur des savoirs traditionnels afin d'assurer que les intérêts moraux, économiques et juridiques de ce dernier sont protégés et reconnus. La plupart des registres constitutifs types sont de nature publique, sont gérés par

⁸⁶ Voir le document UNEP/CBD/WG-ABS/8/2, intitulé "Rapport de la Réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages".

⁸⁷ Voir la Note sur les significations du terme "domaine public" dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8).

⁸⁸ Voir plus haut note 10, page 32.

⁸⁹ Id.

une entité nationale et en vertu d'une loi ou d'un règlement qui définit clairement de quelle manière se déroule l'enregistrement valide de savoirs traditionnels et comment il est formellement reconnu et accepté. À cet égard, ces registres peuvent davantage être sujets à controverse et difficiles à concevoir et doivent faire face à des enjeux et à des questions essentielles lors du passage de la théorie à la pratique⁹⁰.

On peut citer comme exemple de loi nationale, l'article 16 de la loi péruvienne n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le Régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques qui indique que "[l]es registres des savoirs collectifs des peuples autochtones ont pour objet, suivant le cas a) de préserver et sauvegarder les savoirs collectifs des peuples autochtones et les droits afférents de ces peuples; b) de fournir à l'Indecopi des informations qui lui permettront de défendre les intérêts des peuples autochtones concernant leurs savoirs collectifs⁹¹". L'article 15 prévoit également que "[l]es savoirs collectifs des peuples autochtones peuvent être inscrits dans trois types de registre : a) le Registre national public des savoirs collectifs des peuples autochtones; b) le Registre national confidentiel des savoirs collectifs des peuples autochtones; c) les registres locaux des savoirs collectifs des peuples autochtones".

L'article 8.2) du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels: objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) indique en ce qui concerne les registres de savoirs traditionnels que "[à] des fins de transparence, de certitude et de préservation des savoirs traditionnels, les autorités nationales compétentes peuvent tenir des registres ou procéder à d'autres types d'enregistrement de ces savoirs, selon qu'il conviendra et sous réserve des politiques, lois et procédures pertinentes ainsi que des besoins et des aspirations des détenteurs des savoirs traditionnels concernés. Les registres peuvent être associés à des modes de protection spécifiques et ne doivent pas compromettre le statut de savoirs traditionnels non encore divulgués, ni les intérêts des détenteurs par rapport à des éléments non divulgués de leurs savoirs".

Savoirs autochtones

L'expression "savoirs autochtones" est utilisée pour décrire des savoirs détenus et utilisés par des communautés, des peuples et des nations qui sont "autochtones"⁹². Dans ce sens, les "savoirs autochtones" seraient les savoirs traditionnels des peuples autochtones. Les savoirs autochtones font donc partie de la catégorie des savoirs traditionnels mais les savoirs traditionnels ne sont pas nécessairement autochtones⁹³.

⁹⁰ Id.

⁹¹ Article 16 de la loi n° 27811 établissant le Régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques. Cette loi est disponible à l'adresse <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=3420>

⁹² Il est indiqué par ailleurs que l'expression "savoirs autochtones" est aussi utilisée pour décrire les savoirs qui sont eux-mêmes "autochtones". Dans ce contexte, les expressions "savoirs traditionnels" et "savoirs autochtones" peuvent être interchangeables. Voir le Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999) "Savoirs traditionnels : besoins et attente en matière de propriété intellectuelle", pages 23-24. Voir également la "Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter" (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), paragraphe 41 de l'annexe.

⁹³ Voir le Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999) "Savoirs traditionnels : besoins et attente en matière de propriété intellectuelle",

Savoirs traditionnels⁹⁴

Conformément à la pratique du comité, l'expression "savoirs traditionnels" est utilisée au sens strict (savoirs traditionnels *stricto sensu*) et s'entend "du contenu ou de la substance d'un savoir résultant d'une activité intellectuelle dans un contexte traditionnel, et comprend le savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques et l'apprentissage qui font partie des systèmes de savoirs traditionnels, ledit savoir s'exprimant dans le mode de vie traditionnel des communautés autochtones ou locales, ou étant contenu dans les systèmes de savoirs codifiés transmis d'une génération à l'autre. Le terme n'est pas limité à un domaine technique spécifique, et peut s'appliquer à un savoir agricole, écologique ou médical, ainsi qu'à tout savoir traditionnel associé à des ressources génétiques⁹⁵". Les savoirs traditionnels qui pourraient prétendre à une protection juridique ont été définis plus en détail ci-après :

- i) ils sont engendrés, préservés et transmis dans un contexte traditionnel et intergénérationnel;
- ii) ils sont associés de façon distinctive à une communauté ou à un peuple traditionnel ou autochtone et, à ce titre, préservés et transmis d'une génération à l'autre; et
- iii) ils font partie intégrante de l'identité culturelle d'une communauté autochtone ou traditionnelle ou d'un peuple qui est reconnu comme détenant le savoir en tant que dépositaire, gardien ou entité investie d'une propriété ou d'une responsabilité culturelle collective en la matière. Ce lien peut être établi officiellement ou de manière informelle par les pratiques, lois ou protocoles coutumiers⁹⁶.

Savoirs traditionnels codifiés

On entend par "savoirs traditionnels codifiés" les savoirs traditionnels qui "se présentent sous une forme systématique et structurée, sont ordonnés, organisés, classés et catégorisés d'une certaine manière⁹⁷".

L'article 1.2) du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) stipule que le savoir traditionnel "comprend le savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques et l'apprentissage [...] contenu dans les systèmes de savoirs codifiés transmis d'une génération à l'autre".

[Suite de la note de la page précédente]

page 23. Voir également la "Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter" (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), paragraphe 41 de l'annexe.

⁹⁴ L'expression "savoirs traditionnels", en tant que description générale de la question englobe généralement le patrimoine intellectuel et culturel immatériel, les pratiques et systèmes de connaissance des communautés traditionnelles, y compris les communautés autochtones et locales (les savoirs traditionnels au sens général du terme ou lato sensu). En d'autres termes, l'expression "savoirs traditionnels" au sens général vise le contenu des savoirs proprement dits ainsi que les expressions culturelles traditionnelles, y compris les signes distinctifs et symboles associés aux savoirs traditionnels.

⁹⁵ Articles 1.1) et 1.2) du document "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.).

⁹⁶ Voir plus haut note 27.

⁹⁷ Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), paragraphe 16 de l'annexe.

“Dans le domaine de la médecine traditionnelle, par exemple, l'Équipe Médecine traditionnelle de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) établit une distinction entre a) les systèmes *codifiés* de médecine traditionnelle, qui ont été divulgués par écrit dans des écritures anciennes et sont entièrement tombés dans le domaine public, tels que la médecine ayurvédique, divulguée dans des écritures sanskrits anciennes⁹⁸ ou la médecine traditionnelle chinoise, divulguée dans les textes médicaux chinois anciens⁹⁹; et b) les savoirs médicaux traditionnels *non codifiés*, qui n'ont pas été mis par écrit, ne sont en général pas divulgués par leurs détenteurs et sont transmis oralement de génération en génération. Ainsi, en Asie du Sud, les systèmes de savoirs codifiés comprennent la médecine ayurvédique, codifiée dans 54 livres faisant autorité, le système Siddha, codifié dans 29 livres faisant autorité, et le système Unani Tibb, codifié dans 13 livres faisant autorité^{100, 101} .

Une autre distinction a été faite, à savoir que les savoirs traditionnels se répartissaient en deux catégories principales : i) les savoirs traditionnels codifiés, c'est-à-dire les savoirs traditionnels qui se présentent sous une forme écrite et qui relèvent du domaine public; et ii) les savoirs traditionnels non codifiés, qui font partie des traditions orales des communautés autochtones¹⁰² .

La “Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter” (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) examine plus en détail les savoirs traditionnels codifiés et les savoirs traditionnels non codifiés.

Savoirs traditionnels divulgués

Le terme “savoirs traditionnels divulgués” désigne des “*savoirs traditionnels qui sont accessibles aux personnes n'appartenant pas à la communauté autochtone ou locale considérée comme le 'détenteur' du savoir traditionnel; ces savoirs traditionnels peuvent être largement accessibles au public sur un support physique, l'Internet ou d'autres types de télécommunications ou d'enregistrements; ces savoirs peuvent être divulgués à des tiers ou à des personnes n'appartenant pas aux communautés autochtones et locales dont sont issus ces savoirs, avec ou sans l'autorisation des communautés autochtones et locales*”¹⁰³ .

⁹⁸ La médecine ayurvédique constitue un système codifié de médecine traditionnelle qui a été divulgué par écrit durant la période védique lorsque les Aryens ont réuni les quatre Veda (1500-1800 av. J. C.), mentionnés de très nombreuses fois dans le Rigveda et l'Atharvaveda.

⁹⁹ La médecine traditionnelle chinoise a été pour la première fois codifiée et divulguée par écrit dans le Traité de médecine interne de l'Empereur Jaune, premier grand classique en la matière. Ce traité, dont l'élaboration a pris plusieurs siècles, a été publié entre 300 et 100 av. J. C.

¹⁰⁰ En Inde, la première annexe de la loi n° 23 de 1940 sur les médicaments et les produits cosmétiques, telle que modifiée par la loi n° 71 de 1986 sur les médicaments et les produits cosmétiques, énumère expressément les livres faisant autorité pour les systèmes ayurvédiques, Siddha et Unani Tibb.

¹⁰¹ Inventaire des bases de données existantes en ligne contenant des documents sur les savoirs traditionnels (WIPO/GRTKF/IC/3/6), paragraphe 8. Voir également l'ouvrage de Karin Timmermans et Togi Hutadjulu intitulé “*The TRIPs Agreement and Pharmaceuticals: Report of an ASEAN Workshop on the TRIPs Agreement and its Impact on Pharmaceuticals*”, page 45.

¹⁰² Intervention de la délégation du Canada. Voir le rapport de la deuxième session (OMPI/GRTKF/IC/2/16), paragraphe 131.

¹⁰³ Voir plus haut note 32, paragraphe 4 de l'appendice.

L'article 8 du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (document WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) indique que les registres de savoirs traditionnels "ne doivent pas compromettre le statut de savoirs traditionnels non encore divulgués, ni les intérêts des détenteurs par rapport à des éléments non divulgués de leurs savoirs".

La "Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter" (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) examine plus en détail les savoirs traditionnels divulgués et les savoirs traditionnels non divulgués.

Sui generis

Le Black's Law Dictionary définit le terme "*sui generis*" de la manière suivante : "[Du latin 'de son espèce'] De son espèce ou classe; unique ou particulier. Ce terme est utilisé en droit de propriété intellectuelle pour décrire un régime conçu pour protéger des droits qui ne relèvent pas de la doctrine relative aux brevets et aux marques, au droit d'auteur et aux secrets des affaires. Par exemple, une base de données peut ne pas être protégée par le droit d'auteur si son contenu n'est pas original, mais pourrait être protégée par une loi *sui generis* conçue à cet effet".

Un système *sui generis* est un système conçu spécialement pour répondre à des besoins et à des difficultés sur une question précise. Les demandes relatives à un système *sui generis* pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles sont entendues. Cela pourrait signifier un système entièrement différent de l'actuel système de propriété intellectuelle, tel qu'un système fondé sur le droit coutumier, ou alors un système avec de nouveaux droits de propriété intellectuelle ou similaire.

Il existe déjà plusieurs exemples de droits de propriété intellectuelle *sui generis*, tels que les droits d'obtenteur qui font l'objet de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales de 1991 ("Convention UPOV") et la protection des droits de propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés faisant l'objet du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés de 1989 ("Traité de Washington"), entre autres. La loi péruvienne n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le Régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques est un régime *sui generis* pour la protection des savoirs collectifs des peuples autochtones en lien avec les ressources biologiques.

Le document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) contient également des mesures *sui generis*.

Utilisation des savoirs traditionnels

Les savoirs traditionnels peuvent être utilisés pour différentes raisons. Parmi ces utilisations, on peut citer les utilisations à des fins commerciales ou industrielles, l'usage coutumier, l'usage loyal et l'usage de la médecine traditionnelle à des fins domestiques de santé publique, et l'utilisation à des fins de recherche et d'enseignement.

Utilisation commerciale

Le Black's Law Dictionary définit l'"utilisation commerciale" de la manière suivante : "[toute] utilisation qui est liée à une activité lucrative en cours ou qui sert celle-ci". L'expression "utilisation non commerciale" est définie comme "[toute] utilisation à des fins de loisir privé ou commercial ne générant aucun revenu, récompense ou autre compensation".

Usage coutumier

Le Cadre juridique régional du Pacifique définit l'usage coutumier comme "l'utilisation qui est faite de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture conformément aux lois et pratiques coutumières des propriétaires traditionnels".

Le principe directeur général h) du document intitulé “La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés” (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) et du document intitulé “La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : objectifs et principes révisés” (WIPO/GRTKF/IC/17/4) indique que l’usage coutumier doit être respecté. L’expression “utilisation coutumière continue” renvoie à la persistance et à la nature vivante de l’utilisation des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles par les communautés autochtones, conformément à leurs propres lois et pratiques coutumières.

Usage loyal

Dans le domaine du droit d’auteur, le Black’s Law Dictionary définit le terme “usage loyal” de la manière suivante : “[tout] usage raisonnable et limité d’une œuvre protégée par le droit d’auteur sans l’autorisation de son auteur, comme le fait de citer un livre dans la critique d’un livre ou d’utiliser des parties d’un livre dans une parodie. L’usage loyal constitue un moyen de défense dans une action en contrefaçon, selon les critères suivants : 1) le but et le caractère de l’utilisation, 2) la nature de l’œuvre protégée par le droit d’auteur, 3) la part de l’œuvre utilisée et 4) l’incidence économique de cette utilisation”.

Usage ménager et usage à des fins de santé publique

Le Black’s Law Dictionary définit le terme “ménager” de la manière suivante : “[a]ppartenant à la maison ou à la famille; domestique”.

L’article 1 de la Déclaration de Doha sur l’Accord sur les ADPIC et la santé publique reconnaît “la gravité des problèmes de santé publique qui touchent de nombreux pays en développement et pays les moins avancés, en particulier ceux qui résultent du VIH/SIDA, de la tuberculose, du paludisme et d’autres épidémies”. L’article 5.c) ajoute que “[c]haque Membre a le droit de déterminer ce qui constitue une situation d’urgence nationale ou d’autres circonstances d’extrême urgence, étant entendu que les crises dans le domaine de la santé publique, y compris celles qui sont liées au VIH/SIDA, à la tuberculose, au paludisme et à d’autres épidémies, peuvent représenter une situation d’urgence nationale ou d’autres circonstances d’extrême urgence”.

Utilisation à des fins de recherche et d’enseignement

Dans le domaine des brevets, le Black’s Law Dictionary définit l’expression “défense au titre de l’usage expérimental” de la manière suivante : “[tout] moyen de défense contre une action en atteinte au brevet intentée lorsque la création et l’utilisation de l’invention brevetée visaient uniquement un but scientifique. Bien qu’il soit encore reconnu, ce moyen de défense est très limité et ne s’applique aujourd’hui plus qu’au domaine de la recherche visant à tester les revendications de l’inventeur”.

Il convient de noter que, bien que les droits de propriété intellectuelle soient des droits exclusifs, certaines exceptions et limitations relatives aux droits exclusifs existent. Par exemple, dans le domaine des brevets, un certain nombre de pays prévoient dans leur législation nationale des exceptions et limitations relatives aux droits exclusifs, par exemple, pour

- a) les actes accomplis à des fins privées et non commerciales;
- b) les actes accomplis uniquement à des fins expérimentales ou de recherche.

L’article 6 du document intitulé “La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés” indique que “[l]a demande de protection de savoirs traditionnels et la mise en œuvre de cette protection ne doivent pas avoir d’incidence négative sur i) la disponibilité permanente des savoirs traditionnels aux fins de leur pratique, de leur échange, de leur utilisation et de leur transmission coutumiers par leurs détenteurs; ii) l’utilisation de la médecine traditionnelle à des fins domestiques; l’utilisation dans les hôpitaux publics, en particulier par les détenteurs de savoirs traditionnels exerçant des fonctions dans ces hôpitaux; ou à d’autres fins relevant de la santé publique. 2. Les autorités nationales doivent en particulier exclure du principe du

consentement préalable donné en connaissance de cause l'usage loyal d'un savoir traditionnel qui est déjà d'un accès facile pour le grand public, à condition que les utilisateurs de ce savoir traditionnel fournissent une rémunération équitable en échange de l'usage industriel ou commercial qu'ils en feront".

En ce qui concerne le partage juste et équitable des avantages, l'article 6.2 des dispositions de fond du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" indique que "[l]'utilisation d'un savoir traditionnel à des fins non commerciales doit uniquement donner lieu à des avantages non monétaires tels que l'accès de la communauté source aux résultats de la recherche et son association aux activités de recherche et d'enseignement fondées sur le savoir en question".

Utilisation illicite¹⁰⁴

Dans le domaine des brevets, le Black's Law Dictionary définit le terme "utilisation illicite" de la manière suivante : "*utilisation d'un brevet soit pour étendre indûment le monopole conféré à des biens non brevetés, soit pour violer les lois antitrust*".

Les dictionnaires définissent l'utilisation illicite comme une utilisation erronée, incorrecte ou abusive, ou un abus de pouvoir. L'utilisation illicite peut également renvoyer à une utilisation abusive ou excessive, ou à des actes qui modifient l'objet ou la fonction même d'une chose.

[Fin de l'annexe et du document]

¹⁰⁴ Il a été proposé d'ajouter le terme "utilisation illicite" dans le texte du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/18/5 Prov.) par certaines délégations, telles que la délégation de l'Indonésie et la délégation du Mexique. Cependant, la délégation de l'Australie a noté que l'utilisation illicite était une expression utilisée dans le cadre de la CDB dans le projet de texte à négocier relatif à un régime international d'accès et de partage des avantages en matière de ressources génétiques et de savoirs traditionnels associés. Elle était utilisée pour renvoyer aux actes qui étaient contraires aux conditions convenues d'un commun accord, alors que l'appropriation illicite renvoyait elle essentiellement aux actes d'acquisition sans consentement préalable en connaissance de cause. Elle a appelé à approfondir le débat sur le sens de ces expressions dans le cadre du présent comité et en ce qui concerne la propriété intellectuelle plutôt que l'accès aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques.