

OMPI



WIPO/GRTKF/IC/3/8
ORIGINAL: anglais
DATE: 29mars2002

F

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

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

**Troisième session
Genève, 13 – 21 juin 2002**

ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS D'UN SYSTÈME *SUI GENERIS* DE PROTECTION DES
SAVOIRS TRADITIONNELS

établi par le Secrétariat

I. INTRODUCTION

1. Le présent document vise à contribuer aux travaux du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé "comité") en examinant les éléments qui pourraient faire partie d'un système juridique *suigeneris* distinct de fini expressément pour protéger les savoirs traditionnels. Un document complémentaire établi parallèlement, WIPO/GRTKF/IC/3/9, examine les manières dont on pourrait définir les "savoirs traditionnels".

2. À la deuxième session du comité qui s'est tenue à Genève du 10 au 14 décembre 2001, un certain nombre de délégations ont souligné l'importance qu'il revêt l'examen des modalités éventuelles de mise en place de systèmes *suigeneris* de propriété intellectuelle pour protéger les savoirs traditionnels. Par exemple, la délégation de l'Algérie, parlant au nom du groupe des pays africains, a dit que "[...] L'OMPI devrait déterminer les catégories des savoirs traditionnels susceptibles d'être protégés en vertu de la législation actuelle. S'agissant des autres catégories, l'OMPI devrait établir des mécanismes *suigeneris* afin d'assurer une protection adéquate"¹. La délégation de l'Afrique du Sud a recommandé que les travaux du comité "portent aussi sur des systèmes *suigeneris* concernant les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore"². La délégation de la Nouvelle-Zélande a noté "qu'il était à la fois nécessaire et important d'étudier les modes *suigeneris* de protection des savoirs traditionnels"³. La délégation du Pérou a souligné que, lors des discussions, "le comité ne doit pas s'écarter de son objectif principal, qui consiste à proposer un système *suigeneris* de protection des savoirs traditionnels à l'échelle internationale."⁴ Les délégations de la Thaïlande⁵ et de l'Inde⁶ ont exprimé un point de vue similaire.

3. Au cours de la même réunion, et au titre du point 8 ("Travaux futurs")⁷, la délégation du Venezuela a demandé au Secrétariat de l'OMPI d'élaborer un document pour la troisième session du comité, "contenant des éléments d'un éventuel système *suigeneris*"⁸. Cette proposition a été appuyée par les délégations du Brésil, de l'Égypte et de l'Équateur⁹. La réponse à cette demande fait l'objet du présent document.

4. Il existe plusieurs raisons pour lesquelles il serait peut-être prématuré de définir de manière définitive les caractéristiques précises d'un cadre juridique spécialement adapté aux savoirs traditionnels, surtout si ce cadre juridique doit pouvoir être largement appliqué à l'échelon international. Premièrement, même si cela fait plus de 20 ans qu'on débat dans des enceintes internationales de la nécessité de mettre au point des mécanismes de protection

¹ Voir le Rapport du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, deuxième session, adopté par le comité. Document WIPO/GRTKF/IC/2/16 du 14 décembre 2001, paragraphe 17.

² *Id.*, paragraphe 80.

³ *Id.*, paragraphe 121.

⁴ *Id.*, paragraphe 123.

⁵ *Id.*, paragraphe 124.

⁶ *Id.*, paragraphe 162.

⁷ Voir le document de l'OMPI WIPO/GRTKF/IC/2/1 Prov. du 1^{er} juin 2001.

⁸ *Rapport*, note 1, *supra*, paragraphe 188.

⁹ *Id.*, paragraphes 189 -191.

des savoirs traditionnels¹⁰, on n'a pas suffisamment d'expérience, tant aux niveaux national qu'international, pour faire en sorte de disposer de toutes les options qui permettraient à un système de fonctionner de manière efficace. Dans la pratique, une stratégie verticale "allant du sommet à la base" ou par anticipation permettant de définir la protection *sui generis* au niveau international, a moins de chances d'être efficace si elle ne fait pas référence à l'expérience acquise dans le cadre des systèmes appliqués à l'échelon national qui offrent des modèles pratiques de protection des savoirs traditionnels, que ce soit par le biais d'une protection *sui generis* ou en appliquant des systèmes de propriété intellectuelle existants aux savoirs traditionnels. Deuxièmement, un certain nombre de membres du comité ont demandé quel on examine comment il serait possible d'utiliser de manière plus efficace les mécanismes existants de propriété intellectuelle pour protéger les savoirs traditionnels¹¹. Par conséquent, il semble, pour ces membres du moins, qu'il faille définir plus précisément la manière dont les systèmes actuels peuvent être appliqués de façon appropriée aux savoirs traditionnels. Cela pourrait peut-être également utile pour définir le domaine particulier nécessitant la mise en place d'un nouveau système *sui generis*. Cela pourrait aussi contribuer à déterminer comment un système *sui generis* et les éléments constitutifs d'autres systèmes de protection intellectuelle applicables à la protection des savoirs traditionnels s'influencent mutuellement. Et troisièmement, il incombe encore aux membres de décider si, dans le cas où l'on mettrait en place un système *sui generis*, celui-ci s'appliquerait à toutes les manifestations et expressions des savoirs traditionnels dans une large mesure¹², ou s'ils doivent suivre deux orientations juridiques différentes: dans un cas, les efforts déployés viseraient à mettre au point un système dûment adapté aux caractéristiques des expressions du folklore (en examinant, le moment venu, les Disposition types adoptées par l'OMPI/UNESCO); dans l'autre, les membres examineraient un système *sui generis* qui tienn compte des caractéristiques particulières des savoirs traditionnels techniques, notamment des savoirs traditionnels liés à la biodiversité. Enfin, en rapport avec le point précédent, se pose la question de la définition, examinée dans le document séparé WIPO/GRTKF/IC/3/9: même si aucune définition exhaustive ou définitive n'est l'objet d'un accord, une certaine forme de consensus pratique à caractère général sur la portée de l'expression "savoirs traditionnels" faciliterait les débats sur les moyens appropriés de protéger ces savoirs.

5. En conséquence, tous les efforts visant à définir un nouveau système *sui generis* à l'échelon international avant de clarifier ces points risquent d'être prématurés, et donc inefficaces, ou risquent en fait de retarder la mise en place de systèmes efficaces sur le plan pratique de protection des savoirs traditionnels au niveau international. Néanmoins, il est clairement apparu, au cours des travaux du comité, qu'il fallait examiner les éléments éventuels constitutifs d'un tel système, et cela pourrait contribuer à éclaircir les questions et à définir le cadre pratique de protection des savoirs traditionnels. Le présent document ne cherche donc

¹⁰ L'approbation par un comité d'experts des Disposition types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables, adoptées par l'OMPI/UNESCO en 1982, et l'institution de la Convention sur la diversité biologique de 1992 sont deux faits saillants du débat sur la protection des savoirs traditionnels.

¹¹ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/2/9.

¹² À la deuxième session du comité, la délégation de l'Égypte "a fait observer qu'on ne doit pas établir de distinction entre les expressions du folklore et les savoirs traditionnels; ces deux notions étant intimement liées, tout tentative visant à les séparer soulève de très grandes difficultés." *Rapport*, note 1 *supra*, paragraphe 167. Et la délégation de l'Inde "a estimé que les expressions du folklore doivent être traitées de la même manière que toutes les autres formes de savoirs traditionnels." *Id.*, paragraphe 171.

pas à rendre superflus les débats sur la nécessité de mettre en place un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, il recense simplement certains éléments dont on pourrait tenir compte s'il y avait consensus sur la nécessité de mettre en place un système *sui generis*.

6. Une question en rapport avec ce qui précède est celle concernant la manière dont ce point serait traité par le comité si l'on parvenait à un consensus. À l'heure actuelle, le comité peut, comme auparavant, procéder à un échange de vues et d'expérience pratique concernant le lien entre la propriété intellectuelle et l'accès aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions du folklore, en mettant tout particulièrement l'accent sur les tâches qui ne nécessitent pas d'élaborer de nouvelles notions ou de nouveaux mécanismes juridiques, à savoir les débats sur les savoirs traditionnels comme faisant partie de l'état de la technique et les moyens permettant aux examinateurs de demandes de brevets d'avoir accès à ces savoirs; les clauses contractuelles relatives à l'accès aux ressources génétiques, et les points de vue et l'expérience de pays concernant la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore.

7. Cependant, si l'on parvient à un consensus qui conduirait à l'élaboration d'un mécanisme de protection des savoirs traditionnels, la question de savoir quelle forme revêtirait ce mécanisme demeure. Le comité pourrait entreprendre des travaux en vue d'élaborer une législation souple, c'est-à-dire des lignes directrices ou des recommandations à caractère non contraignant qui seraient adoptées ou appliquées au niveau national, ce qui reviendrait à établir de fait des normes minimales harmonisées de protection des savoirs traditionnels. On pourrait également proposer d'adopter des normes internationales qui, dans un cadre harmonisé, pourraient renforcer la protection internationale, éviter le parasitisme et l'appropriation illicite et limiter les pratiques qui faussent le commerce international de produits et services comportant des savoirs traditionnels, et les obstacles à ce commerce. De même, l'élaboration de principes directeurs non contraignants ou de recommandations qui serviraient de fondement aux systèmes nationaux et l'expérience en la matière permettraient de mieux comprendre les éléments essentiels constitutifs d'un système national efficace, opérationnel et ayant fait ses preuves, qui pourraient ensuite contribuer à la définition de normes internationales.

8. Même le fait de chercher à définir des éléments constitutifs des systèmes éventuels *sui generis* soulève la question des savoirs: il faut définir les caractéristiques du système essentiellement au niveau national ou international. Le comité pourrait axer ses travaux sur des systèmes de protection au niveau national, l'objectif étant ultérieurement d'en extraire des principes plus généraux qui pourraient être inscrits dans un cadre international; il pourrait aussi s'efforcer directement d'indiquer les éléments ou principes fondamentaux qui devraient figurer dans un cadre international, que ce soit à titre indicatif, illustratif ou plus formel.

9. En outre, il n'est pas nécessaire d'établir une distinction stricte entre les éléments constitutifs des systèmes de propriété intellectuelle existants adaptés à la protection des savoirs traditionnels, et des systèmes *sui generis* de protection distincts des savoirs traditionnels. Pour faire comprendre ce point, prenons pour exemple la protection *sui generis* des bases de données: une compilation de données est en partie considérée comme un objet de protection distinct en vertu du droit d'auteur; elle peut cependant être également en partie considérée comme un objet de protection *sui generis* des bases de données au regard du système

juridique de certains pays¹³ – et, en fait, les deux mécanismes juridiques ont été examinés de façon approfondie pour pouvoir éventuellement s'appliquer à des compilations de savoirs traditionnels, ce qui permettrait de prendre des mesures visant à protéger les savoirs traditionnels. Parallèlement à tout système *suigeneris* de protection intellectuelle distincte créé expressément pour les savoirs traditionnels proprement dits, certains éléments *sui generis* du droit de la propriété intellectuelle peuvent être adaptés aux savoirs traditionnels. Certains mécanismes *suigeneris* sont été élaborés dans le cadre du droit général de la propriété intellectuelle pour répondre à des besoins pratiques particuliers ou à des objectifs généraux concernant un objet précis : ils agissent notamment de dispositions juridiques spécifiques et de mesures pratiques ou administratives. Par exemple, l'obligation *suigeneris* de divulguer des informations, comme celle concernant le dépôt d'échantillons, peut s'appliquer aux procédures en matière de brevets relatives aux nouveaux micro-organismes¹⁴. Il a été proposé de prévoir certaines obligations concernant la divulgation d'informations relatives aux brevets délivrés pour des inventions découlant de ressources génétiques et de savoirs traditionnels qui y sont liés¹⁵. En ce qui concerne les savoirs traditionnels proprement dits, l'introduction dans la classification internationale des brevets de catégories sous-catégories distinctes pour les savoirs traditionnels pourrait être qualifiée d'élément *suigeneris* constitutif d'un système existant pour faciliter la protection défensive des savoirs traditionnels¹⁶. Le fait d'accorder les droits des artistes interprètes ou exécutants aux interprètes d'expressions du folklore¹⁷ place l'objet *suigeneris* lié aux savoirs traditionnels dans un vaste système de propriété intellectuelle. À cet égard, le comité de travail peut être examiner ou définir les limites des éléments *suigeneris* pertinents constitutifs des systèmes de propriété intellectuelle existants qui ont pour effet de protéger dans un certain mesure les savoirs traditionnels ou le lien entre ces éléments d'une part, et les éléments constitutifs des systèmes distincts *suigeneris* visant expressément à protéger les savoirs traditionnels, d'autre part.

II. LA NOTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS

10. Dans le passé, le Secrétariat de l'OMPI a utilisé l'expression "savoirs traditionnels" de manière non restrictive pour désigner des œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques fondées sur les traditions, des interprétations et exécutions, des inventions, des découvertes scientifiques, des dessins et modèles industriels, des marques, des noms et symboles, des

¹³ Voir, par exemple, l'article 10 del' Accordsur les ADPIC et l'article 5 du Traité del' OMPISur le droit d'auteur; cf. La Directive del' UE concernant la protection juridique des bases de données (Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données (JOL 77, 27.3.1996, p. 20)).

¹⁴ Conformément au Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets.

¹⁵ "Mesures visant à encourager la divulgation d'un pays d'origine des ressources génétiques et de l'origine des savoirs traditionnels, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales lors de la présentation de demandes visant à obtenir des droits de propriété intellectuelle", prévues au paragraphe 13.d.ii) des *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation*, adoptées par la sixième réunion de la Conférence des parties sur la diversité biologique. Voir décision VI/24, partie A, annexe.

¹⁶ Voir les paragraphes 39 et 40 du document IPC/CE/31/8, Rapport du comité d'experts, Union particulière pour la classification internationale des brevets (Union IPC), trente-et-unième session, Genève, 25 février – 1^{er} mars 2002.

¹⁷ Article 2.a) du Traité del' OMPISur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

renseignements non divulgués et toutes autres innovations ou créations fondées sur les traditions résultant de l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique. L'expression "fondées sur les traditions" concerne les 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 évolution"¹⁸. Il n'est pas d'une définition formelle des savoirs traditionnels, mais d'une notion qui est peut-être pas aussi précise qu'une définition juridique, scientifique ou restrictive, mais qui fournit néanmoins les éléments essentiels permettant de comprendre la nature et la portée des savoirs traditionnels en tant qu'objet juridique et correspond à la stratégie générale adoptée dans le cadre international de la propriété intellectuelle pour définir un objet.

11. Une enquête sur les normes internationales en vigueur dans le domaine de la propriété intellectuelle démontrerait qu'il n'est pas nécessaire de définir avec précision les savoirs traditionnels pour déterminer les éléments juridiques constitutifs d'un mécanisme permettant de protéger ces savoirs. Dans la plupart des cas, le droit des brevets, par exemple, ne définit pas avec précision la notion d'"invention"; de même, des normes internationales en matière de droit des brevets ont été établies et harmonisées sans que cette notion fondamentale n'ait été définie de manière précise ou autorisée à l'échelon international; bien que l'on soit parvenu, dans la pratique, à harmoniser très largement les éléments constitutifs d'une "invention", il existe toujours des différences importantes au niveau national, même si depuis environ 120 ans les normes internationales sont progressivement harmonisées. De même, dans la plupart des cas, le droit des marques ne définit pas le terme "signes"¹⁹ de manière exhaustive et laisse généralement les soins aux autorités chargées de l'examen et aux tribunaux de décider au cas par cas si un signe spécifique est considéré comme remplissant les conditions requises en matière de protection. L'élément essentiel permettant de protéger tout objet juridique est la définition de certaines caractéristiques que l'objet doit avoir pour être protégé – telles que la nouveauté, l'implémentation d'une activité inventive et la possibilité d'application industrielle pour ce qui est des inventions, et la distinction pour ce qui est des marques de fabrique ou de commerce. On pourrait également suivre le même chemin pour les savoirs traditionnels²⁰. Le document WIPO/GRTKF/IC/3/9 examiné dans ce sens, de manière plus approfondie, la stratégie que l'on pourrait adopter pour définir l'objet de la protection.

12. La notion des savoirs traditionnels, tel qu'elle a été adoptée aux fins du présent document, met particulièrement l'accent sur le fait que les savoirs traditionnels sont "fondés sur la tradition". Cependant, cela ne signifie pas que les savoirs traditionnels sont anciens ou qu'ils n'ont pas nécessairement de caractère technique. Les savoirs traditionnels sont

¹⁸ *Savoirs Traditionnels : Besoin et attentes en matière de propriété intellectuelle* — Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels, OMPI, avril 2001, page 27.

¹⁹ Cf. article 15.1 de l'Accord sur les ADPIC : "Tout signe ou toute combinaison de signes, propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises sera propre à constituer un marque de fabrique ou de commerce".

²⁰ Voir la *Noted'informations sur les savoirs traditionnels* établie par le Secrétariat de l'OMPI à l'occasion du Forum international de l'OMPI intitulé "Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels : notre identité, notre avenir", qui s'est tenu à Mascate (Oman) les 21 et 22 janvier 2002.

“traditionnels” car ils sont l’expression de 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 transmis. Deux autres caractéristiques découlent de cette même notion : les savoirs traditionnels sont un moyen de permettre l’identification culturelle de leurs détenteurs de manière à ce qu’il y ait un lien entre la préservation et l’intégrité de ces savoirs et les préoccupations suscitées par la préservation de cultures distinctes à proprement parler; et même si les savoirs traditionnels comportent des éléments présentant un caractère pratique ou technique, ils possèdent une dimension culturelle et s’expriment dans un contexte social qui peut les différencier d’autres éléments de caractères scientifique ou technique.

13. Étant donné que leur création, leur préservation et leur transmission reposent sur des traditions culturelles, les savoirs traditionnels sont essentiellement axés sur la culture et font partie intégrante de l’identité culturelle du groupe social dans lequel ils sont utilisés et préservés. Si l’on se place sous l’angle de la culture de la communauté d’origine de ces savoirs traditionnels, chacun des éléments de ces savoirs peut contribuer à définir l’identité propre de la communauté en question. Cette caractéristique peut sembler évidente en ce qui concerne les expressions du folklore et l’artisanat, mais elle s’applique aussi à d’autres domaines des savoirs traditionnels comme la connaissance des plantes médicinales et l’agriculture. Par exemple, la connaissance par une communauté d’Amérique du Sud des vertus des plantes médicinales résultant d’une combinaison donnée de plantes est nécessairement différente de la connaissance acquise par une communauté africaine utilisant des plantes identiques. Cela s’explique par le fait que la connaissance des vertus des plantes médicinales acquise par des communautés traditionnelles répond non seulement à un certain besoin, mais aussi à des conceptions et des croyances culturelles.

14. Cela contraste fortement avec deux inventions scientifiques distinctes émanant de deux équipes différentes d’inventeurs salariés dont l’objectif est de résoudre le même problème technique : il n’est pas rare que les deux inventions apparaissent comme étant très semblables, ce qui, sur le plan du droit des brevets, peut donner lieu à des procédures de collision ou d’autres procédures juridiques identiques qui débouchent sur l’attribution de la propriété à l’un ou l’autre des demandeurs. Les revendications conflictuelles pour des objets qui se recoupent sont réglées sans faire référence au cadre culturel qui a donné naissance aux inventions. À l’inverse, la composante d’identité culturelle des savoirs traditionnels peut avoir d’énormes répercussions sur un quelconque cadre juridique futur de protection car, étant un moyen d’identification culturelle, la protection des savoirs traditionnels, y compris ceux qui présentent un caractère technique, cesse d’être une simple question liée à l’économie ou au droit exclusif sur le technique à proprement parler. En fait, les savoirs traditionnels sont une composante des droits de l’homme car ils touchent à des questions concernant l’identification culturelle et la dignité de communautés traditionnelles. On pourrait établir également un parallèle avec la notion de “droits moraux” qui existe dans le droit d’auteur, plus précisément les droits à l’intégrité et à l’attribution, en ce sens qu’elle pourrait être considérée comme nécessaire pour protéger les savoirs traditionnels contre une utilisation qui heurte les sensibilités culturelles ou d’autres formes non économiques d’utilisation jugée abusive. Certaines mesures de réparation, telles que des dommages-intérêts supplémentaires, peuvent être également précisés lorsque l’utilisation du matériel protégé heurte les sensibilités culturelles.

15. Le fait que les savoirs traditionnels sont créés dans un cadre culturel particulier fait ressortir également une autre caractéristique importante : en substance, pour comprendre la nature exacte des savoirs traditionnels ou même simplement les fixer ou les définir, il sera peut-être nécessaire de comprendre les influences culturelles qui les ont façonnés. Peu importe que les savoirs traditionnels soient créés ou non dans le cadre d'une tradition formelle ou systématique ou dans un cadre plus informel ou ponctuel, ils tendent à être élaborés d'une façon qui est étroitement liée à l'environnement immédiat dans lequel les communautés traditionnelles vivent, et à s'adapter à l'évolution de la communauté en question. Ils peuvent, à cet égard, avoir un fondement empirique. Cependant, les savoirs traditionnels peuvent être élaborés selon des systèmes de connaissances et être intégrés dans des notions et croyances systématiques. Les règles fondées sur la culture peuvent être appliquées à la façon dont l'innovation progresse. Toutefois, d'un point de vue extérieur ou universel, les savoirs traditionnels peuvent apparaître comme étant créés de manière non systématique ou non méthodique pour plusieurs raisons : premièrement, parce que les règles ou le système qui régissent la création de ces savoirs peuvent être transmis de manière informelle ou culturelle ; deuxièmement, parce que l'élément systématique n'est pas expressément exposé, troisièmement, parce que le processus conduisant à la création des savoirs traditionnels n'est peut-être pas fixé de manière formelle comme le sont la majorité des informations scientifiques et techniques. La manière non systématique dont sont créés apparemment les savoirs traditionnels ne diminue en rien leur valeur culturelle ni leur valeur sur le plan de l'avantage technique et soulève la question des savoirs comment répertorier ou définir leurs liens avec le système de connaissances propre à une culture, un ensemble de règles ou de principes directeurs, ou un ensemble de croyances fondamentales qui ont contribué à les façonner. Comme pour la caractéristique "fondés sur la tradition", la caractéristique "non formelle" apparente conduit à mettre particulièrement l'accent sur le cadre dans lequel les savoirs traditionnels sont créés et sur la nécessité éventuelle d'examiner les éléments constitutifs de ce cadre culturel en même temps que les connaissances à proprement parler. Cette troisième caractéristique essentielle des savoirs traditionnels peut avoir une incidence sur la façon dont ils seront décrits et revendiqués dans le cas où il faudrait établir un système *sui generis* d'enregistrement des savoirs traditionnels.

16. La définition d'autres caractéristiques permettant de préciser la portée de l'objet de la protection est, bien entendu, une question qui doit être examinée dans le cadre des législations nationales. Des limitations seront appliquées en fonction des objectifs généraux de la protection. Par exemple, les législations nationales peuvent accorder une protection aux savoirs qui sont détenus seulement par certaines communautés. Dans le même ordre d'idée, la législation peut limiter la protection des savoirs traditionnels détenus par des communautés autochtones²¹ ou des communautés afro-américaines²². Les lois peuvent également déterminer le domaine technique auquel l'objet protégé se rapporte car elles visent à atteindre certains objectifs généraux liés à ce domaine particulier de connaissances. Par exemple, on peut accorder une protection uniquement aux savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques (ou, plus généralement, biologiques)²³ ou aux médecines traditionnelles. Il est également possible d'établir un lien entre la protection et la sensibilité de l'utilisation

²¹ Voir l'article 7 de la loi brésilienne sur la biodiversité, mesure provisoire n° 2.186 -15, du 26 juillet 2001.

²² Voir l'article premier de la Décision n° 391 de la Communauté andine sur le régime commun concernant l'accès aux ressources génétiques, du 2 juillet 1996.

²³ *Par exemple*, l'article premier de la loi brésilienne sur la biodiversité, *supra* note 15; l'article 84 de la loi vénézuélienne sur la diversité biologique du 24 mai 2000.

commercialedessavoirstraditionnels²⁴ –mettantainsidecôtélesconnaissancesàcaractère purementreligieuxetcultureltelsquelesritesetlesressourcessacrées.Danslecas présent,l'objectifgénéralseraituniquementderéglerlesproblèmesliésàl'exploitation commercialedessavoirstraditionnels,laissantlesoinàd'autresinstrumentsjuridiques (notammentledroitcoutumier,s'il y a lieu)d'examinercessavoirsdanslecadre religieuxet culturel.

17. Ilconvientdenoterquetoutecaractéristique,commelestrois mentionnéesci-dessus, ajoutédanslebutdemieuxdéfinirlaportéedelaprotectionsetraduiranécessairementpar uneréductiondelaportéedelaprotectiondanslapratique.Néanmoins,l'unedes particularitésdessystèmesdepropriétéintellectuelleestquelaprotectionjuridiqueeffective accordéenes'appliquepasàtouslesobjetsusceptiblesdetombersousle coupd'une définitiongénéraledel'objetvisé;ils'agit,dansunecertainemesure,d'unecaractéristique propreàdessystèmesoudesnormesconvenusàl'écheloninternational,cequin'exclutpas d'adopterunedémarcheplusgénéraleauniveau dudroitinterne.

III. SYSTÈMES *SUI GENERIS* DE PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

18. Lapropriétéintellectuelleestunensembledeprincipesetderèglesquiréglementent l'acquisition,l'exerciceetlapertededroitsetd'intérêtsrelatifsàdesactifsincorporels susceptiblesd'êtreutilisésdanslecommerce.Sonobjetestintrinsèquementdynamique, commelesontlesprincipesetlesrèglesquilarégissent.Enconséquence,lapropriété intellectuellearécemmentconnuuneévolutiontrèsrapidedemanièreàs'adapteraux nouvelles techniqueset méthodes commerciales découlant delamondialisationde l'économie.Danscertainsdomaines,lesmécanismesjuridiquesexistantsontétéadaptésaux caractéristiquesd'unnouvelobjet:lesystème des brevets adû relever les défis que représentent les inventions biotechnologiques et les nouveaux procédés d'utilisation des moyens informatiques (appelés "méthodes de fonctionnement"); le champ d'application du droit d'auteur et des droits voisins a été élargi de manière à relever les défis que constituent les logiciels, le commerce électronique et la protection des bases de données. En revanche, dans d'autres domaines, on a créé de nouveaux systèmes lorsqu'il est apparu qu'une adaptation pure et simple des mécanismes existants n'en tiendrait pas compte des caractéristiques d'un nouvel objet. Les obtentions végétales ont justifié la création d'un système *suigeneris* dont les principaux éléments sont définis par la Convention UPOV²⁵; les schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés ont également fait l'objet d'un régime particulier dans lequel on retrouve des caractéristiques à la fois du droit des brevets, de la législation concernant les dessins et modèles industriels et du droit d'auteur. Un régime de propriété intellectuelle devient *suigeneris* sil'on modifie certaines de ses caractéristiques de manière à tenir dûment compte des particularités de son objet et des besoins particuliers qui conduisent à la création d'un système distinct. Comme l'indique le Secrétariat de l'OMC aux fins d'expliquer les systèmes *sui generis* de la protection des obtentions végétales au titre de

²⁴ Voir l'article premier de la loi n°2000-26 du 26 juin 2000 du Panama relative au régime particulier de propriété applicable aux droits collectifs des communautés autochtones à la protection de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels.

²⁵ Voir la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961, révisée à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 10 mars 1991. Le sigle UPOV signifie en français stands l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales.

l'article 27.3b) del' AccordsurlesADPIC, "Laprotection *suigeneris* accordeauxmembres davantagedesouplessepour s'adapterauxcirconstancesparticuliersdecoulantdes caractéristiquetechniquesd'inventionsdansledomainedesvariétésvégétales,tellesquela nouveautéetladivulgation"²⁶.

19. Danslemêmeordred'idées,touteréférenceàunsystème *suigeneris* deprotectiondes savoirstraditionnelsnesignifiepaspourautantqu'ilfailléelaborerunmécanismejuridique surdesbasesentièremenouvelles.Aucontraire,lapropriétéintellectuelles'accesé d'évoluerpourdemeurerunmécanismeefficacepermettantdefavoriserlesprogrès techniques,letransfertetladiffusiondetecnologies,derenforcerlesdroitsetlesintérêtsdes créateursetdepromouvoirlecommerceéquitable.Lapropriétéintellectuelleporte essentiellementsurdesactifsincorporés etconfèreàsesdétenteursledroitd'empêcherla reproductiond'œuvresoulafixationd'interprétationsoud'exécutionsetlareproductionde cesinterprétationsouexécutions(àsavoirledroitd'auteuretlesdroitsvoisins)ainsiquele droitd'empêcherl'utilisationdel'objetprotégé(àsavoirlesdroitsdepropriétéindustrielle). L'idéeàretenirestquelapropriétéintellectuelleestledroitdedire"non"àdestiers(et,par conséquent,ledroitdedire"oui"àtoutepersonnequidemande l'autorisationdereproduire oudefixeroud'utiliserl'objetprotégé).L'expression"propriétéintellectuelle",ausens large,peutsemblerpeuappropriéecarelles'appliquepasnécessairementàdes"œuvres intellectuelles"àproprementparler –elles'appliqueàdesactifsincorporelsprovenant d'originesdiverses,quin'englobentpasnécessairementdesœuvresintellectuellesabstraites; iln'estpasnonplusnécessairededéfiniretdeprotégerlapropriétéintellectuelleseulement pardesdroits depropriété(lesdroitsmorauxdesauteursetlaréputationdescommerçantsne fontpas,endroitcivil,l'objetd'undroitdepropriété).

20. Siléssystèmesdepropriétéintellectuellesontcréésdemanièreatpropriée,ilspeuvent doncjouerunrôleessentiieldanslapréservationdel'identitéculturelledescommunautés traditionnelleset,parconséquent,dansl'attributiondemoyensauxdétenteursdesavoirs traditionnels,c'est-à-direqueceux-ciseverrontconféréledroitfondamentaldedire"non"à destiersquiexploitent sansautorisationoudemanièremalveillanteleurssavoirstraditionnels quelquesoitleurcaractèrerecommercial.Autrementdit,mêmelescommunautésquiestiment queleurssavoirs(oudesélémentsdeleurssavoirs)doiventdemeurerendehorsdescircuits commerciaux,peuventbénéficierd'uneprotectionautitredelapropriétéintellectuellecar ellesaurontainsilapossibilitéd'empêcherqueleurssavoirssoientexploitésdemanière commercialeouqu'onenfasseusage dansun espritmalveillantoud'unemanièrequi heurtelessensibilitésculturelles²⁷.

²⁶ *LaConventionsurladiversitébiologiqueetl'Accordsurlesaspectsdesdroitsdepropriété intellectuellequitouchentaucommerce,NoteduSecrétariat*, paragraphe33dudocumentde l'OMCIP/C/W/216du3 octobre2000.L'AccordsurlesADPICestl'Annexe1Cdel'Accord deMarrakechinstitutionnel'Organisationmondialeducommerce(l'OMC).

²⁷ Onpeutconsidérerquelefaitdedonnerdesmoyensd'actionauxdétenteursdesavoirs traditionnels estunaspectdelaprotectiondessavoirstraditionnelsquitoucheauxdroitsde l'homme.Toutefois,cettequestioncomportedeux autresélémentsnonmoinsimportants.Le premierestjuridique:unsystèmeclair,transparentetefficacedeprotectiondessavoirs traditionnelspermetderenforcerlasécuritéjuridiqueetlaprévisibilitéauprofitnonseulement desdétenteursdesavoirstraditionnels,maisaussidel'ensemblede lasociété,notammentdes entreprisesetdesinstitutsderechercheopérantdanslabioprospection.Ledeuxième estd'ordre économique:lareconnaissanceofficielle etl'enregistrementdesactifsincorporelsdétenuspar descommunautéstraditionnellestransformeraientcesactifsencapital,cequipermittaitaux communautéstraditionnellesdecréerdesociétéscommercialesdemanièremoinsrisquée.

IV. UN SYSTÈME *SUI GENERIS* DE PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS?

21. Comme cela a déjà été indiqué, le présent document n'a pas pour objet de rendre superflus les débats sur la nécessité de créer un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels pour remplacer ou compléter les mécanismes de propriété intellectuelle existants. Il vise simplement, pour répondre aux demandes présentées par plusieurs membres du comité, à définir certains éléments dont il faudrait tenir compte si l'on décidait de mettre en place un tel système, et uniquement dans ce cas. En fait, il est entendu que les mécanismes existants peuvent protéger certains aspects des savoirs traditionnels de manière appropriée.

22. Une brève fable peut contribuer à illustrer la nature des savoirs traditionnels et à démontrer qu'il existe des mécanismes de propriété intellectuelle qui tiennent compte de leurs caractéristiques. Imaginons qu'un membre d'une tribu d'Amazonie tombe malade et demande au *pajé* de le soigner (le *pajé* est le mottupi - guarani employé pour désigner le chaman). Le chaman, après avoir examiné le malade, ira dans son jardin (de nombreux chamans vivent dans la forêt tropicale humide de l'Amazonie) et, en fait, des obtenteurs²⁸ et recueille quelques feuilles, graines et fruits de différentes plantes. En mélangeant ces substances selon une méthode qu'il est seul à connaître, il prépare une potion d'après une recette dont il est le seul détenteur. Tout en préparant la potion puis en l'administrant au patient (selon un dosage qu'il prescrit également), le *pajé* prie les dieux de la forêt et exécute une danse religieuse. Il peut également inhaler la fumée des feuilles d'une plante magique (le "vindel'âme"²⁹). La potion sera servie et conservée dans un vase aux dessins symboliques et le *pajé* revêtira ses vêtements de cérémonie pour la guérison. Dans certaines cultures, le *pajé* n'est pas considéré comme le guérisseur, mais comme l'instrument des dieux par lequel passe la guérison du patient.

23. Les savoirs traditionnels que détient le chaman de l'Amazonie est une combinaison de tous ces éléments. Si on les prend séparément, la plupart de ces éléments, sinon tous, ne pourront pas être protégés par les mécanismes de propriété intellectuelle existants. Par exemple :

- les différentes plantes à partir desquelles le chaman a fabriqué la potion peuvent être protégées en vertu d'un système de protection des obtentions végétales à condition que les plantes soient nouvelles, stables, distinctives et uniformes;

[Suite de la note de la page précédente]

Bon nombre de communautés traditionnelles qui vivent en dessous du seuil de pauvreté sont, en fait, riches en savoirs – mais leurs savoirs, ne faisant pas l'objet d'un titre officiel de propriété, risquent de faire l'objet d'une appropriation commerciale illicite. Hernando de Soto, a présenté des arguments solides en faveur de la reconnaissance officielle des biens immobiliers appartenant à des communautés dans des pays en développement, *The Mystery of Capital – Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (ed. Basic Books, 2000).

²⁸ Voir Mark J. Plotkin, *Tales of a Shaman's Apprentice – An Ethnobotanist Searches for New Medicines in the Amazon Rain Forest*, ed. Penguin Books, 1993.

²⁹ Voir Richard Evans Schultes et Robert F. Raffauf, *Vine of the Soul – Medicine Men, Their Plants and Rituals in the Colombian Amazonia*, ed. Synergetic Press et Conservation Int'l, 1992.

- la potion (ou sa formule) peut être brevetée à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et soit susceptible d'application industrielle, ou ne pas être divulguée;

- l'utilisation et le dosage de la potion peuvent être également protégés par brevet en vertu de la législation de quelques membres du comité qui prévoit la possibilité de breveter de nouvelles utilisations de substances ainsi que de nouvelles méthodes esthétiques impliquant une activité inventive;

- la prière, une fois fixée, peut être protégée par le droit d'auteur; ³⁰

- l'interprétation ou l'exécution, une fois fixée, peut être protégée par des droits voisins du droit d'auteur, et le chaman, en tant qu'interprète ou exécutant, peut se voir accorder le droit d'autoriser la fixation de l'interprétation ou de l'exécution; ³¹

- le vase contenant la potion peut être breveté ou protégé par un certificat de modèle d'utilité; il présente des caractéristiques fonctionnelles nouvelles et impliquant une activité inventive; s'il n'est pas le cas, il peut être protégé en vertu du système de dessins ou modèles industriels;

- les motifs figurant sur le vase et sur les vêtements peuvent être protégés par le droit d'auteur ou par le système de dessins et modèles industriels.

24. Tout naturellement, les mécanismes existants permettant de protéger ces éléments distincts constitutifs des savoirs traditionnels pourront être utilisés s'ils remplissent les conditions juridiques en matière de protection. Ainsi qu'il est indiqué dans le document WIPO/GRTKF/IC/2/9, les mécanismes existants de propriété intellectuelle ne sont pas nécessairement incompatibles avec des éléments distinctifs constitutifs des savoirs traditionnels. En fait, dans la réponse à la question numéro 1 posée dans le cadre d'une enquête sur les formes existantes de protection conférée par la propriété intellectuelle aux savoirs traditionnels, certains membres ont fourni des informations pertinentes sur cette question :

“Un certain nombre de membres du comité ont indiqué que les mécanismes de propriété intellectuelle existants peuvent, en général, être utilisés pour protéger les savoirs traditionnels. Certains membres, tels que la Hongrie, la Suisse, la Turquie et l'Union européenne, ont dressé une liste exhaustive des mécanismes existants [noté de bas de page omise], ce qui revient donc à dire que la protection des savoirs traditionnels dépend presque exclusivement du respect de conditions juridiques établies antérieurement. D'autres membres semblent indiquer que certains mécanismes conviennent mieux que d'autres à la protection des savoirs traditionnels : l'Indonésie insiste sur la pertinence de la législation relative au droit d'auteur, des signes distinctifs (y compris les indications géographiques) et des secrets d'affaires; la Norvège mentionne tout spécialement la protection par les secrets d'affaires des savoirs

³⁰ L'article 15.4)a) de la Convention de Berne prévoit également la protection d'œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue.

³¹ Et le chaman aurait le droit d'autoriser la fixation de l'exécution ou de l'interprétation en vertu des dispositions de l'article 6.2) du Traité de l'OMPI sur les interprétations ou exécutions et les phonogrammes.

traditionnels qui sont passés dans le domaine public [noté de bas de page omise] ainsi que, indirectement, la législation sur les marques. Le Samoa aussi insiste sur l'importance du droit moral lié au droit d'auteur et aux droits connexes.

“L’Australie, le Canada, la Fédération de Russie et le Kazakhstan ont fourni des exemples concrets de l’utilisation des mécanismes de propriété intellectuelle existants aux fins de la protection des savoirs traditionnels [noté de bas de page omise]. L’Australie a indiqué quatre affaires qui, selon elle, montrent que le régime australien de propriété intellectuelle permet de protéger les savoirs traditionnels : *Foster c. Mountford* (1976) 29 FLR 233, *Milpurrruc. Indofurn Pty Ltd* (1995) 30 IPR 209, *Bulun Bulun & Milpurrruc. R & T Textiles Pty Ltd* (1998) 41 IPR 513 et *Bulun Bulun c. Flash Screen Printers* (affaire examinée dans (1989) EIPR Vol 2, pp. 346 - 355) [citations omises]. Il ressort de ces affaires que la protection prévue par la loi australienne sur le droit d'auteur peut être aussi utile aux artistes autochtones et insulaires du détroit de Torres qu'aux autres artistes [noté de bas de page omise]. Par ailleurs, il existe d'autres droits de propriété intellectuelle permettant de protéger les savoirs traditionnels, à savoir les marques de certification, les systèmes de marques dans l'ensemble et les systèmes de dessins et modèles.

“Au Canada, la protection conférée par la loi sur le droit d'auteur est largement utilisée par les artistes, les compositeurs et les écrivains autochtones, qui sont à l'origine de créations fondées sur les traditions, telles que les sculptures sur bois des artistes de la côte pacifique, y compris les masques et les totems, les bijoux en argent des artistes haïdas, les chansons et les enregistrements sonores des artistes autochtones et les sculptures inuits. Les marques, y compris les marques de certification, sont utilisées par les autochtones pour désigner un large éventail de produits et de services, qui vont des arts et des œuvres d'art traditionnels aux services touristiques et aux entreprises gérées par les premières nations en passant par les produits alimentaires et l'habillement. De nombreux organismes et entreprises autochtones ont fait enregistrer des marques pour des symboles et des noms traditionnels. Par contre, la protection des dessins et modèles régie par la loi sur les dessins et modèles n'est pas beaucoup utilisée par les autochtones considérés individuellement ou tant que communautés. La West Baffin Eskimo Cooperative Ltd. a déposé plus de 50 dessins et modèles à la fin des années 60 du siècle dernier pour des étoffes portant des images traditionnelles d'animaux ou du peuple inuit. Il arrive de plus en plus souvent que les communautés autochtones du Canada concluent avec des gouvernements et des entreprises non autochtones des accords de confidentialité lorsqu'elles partagent leurs savoirs traditionnels. Ainsi, les Unaaq Fisheries, détenues par le peuple inuit du nord du Québec et de l'île de Baffin, gèrent des pêcheries. Cette entreprise transfère régulièrement des techniques exclusives à d'autres communautés qui utilisent son expérience dans l'industrie de la pêche. Les techniques qu'elle met au point sont protégées en tant que secrets d'affaires.

“Le Kazakhstan et la Fédération de Russie ont fourni des exemples de protection des savoirs techniques traditionnels par la délivrance de brevets. En outre, au Kazakhstan, l'apparence des vêtements d'extérieur nationaux, les coiffes (*saykele*), les tapis (*tuskiiz*), les décorations des selles, les habitations nationales (*yrta*) et ses éléments structurels

ainsi que les articles de parure pour les femmes tels que les bracelets (*blezik*), les lits de bébé et les berceaux nationaux et les articles de table (*piala, torcyk*) sont protégés comme des signes et modèles. Les désignations contenant des éléments d'ornement kazahs sont enregistrés et protégés en tant que marques.”³²

25. Dans le même document OMPI/GRTKF/IC/2/9, le Secrétaire de l'OMPI a appelé l'attention sur certaines idées fausses sur ce que l'on considère souvent comme une limitation des mécanismes de propriété intellectuelle existants en tant que système permettant de protéger efficacement des savoirs traditionnels :

“Toutefois, il convient de noter que presque toutes les notions juridiques auxquelles il est fait référence dans la liste des limitations mentionnées ci-dessus peuvent être réévaluées compte tenu de l'expérience découlant de l'application de la législation relative à la propriété intellectuelle. Ainsi, si les savoirs traditionnels sont perçus comme appartenant par définition au domaine public, cela s'explique par le fait qu'étant traditionnels ils sont ‘anciens’ et qu'on ne peut donc pas les réapproprier. Le terme ‘tradition’ renvoie, en ce qui concerne les savoirs traditionnels, à la manière dont sont élaborés ces savoirs et non à la date de leur élaboration. Les savoirs traditionnels sont des savoirs qui ont été élaborés sur la base de traditions d'une communauté ou d'une nation déterminée. C'est ce qui explique qu'ils aient pour fondement la culture. Mais des savoirs traditionnels sont créés et continueront à l'être chaque jour par des communautés en fonction des exigences et des besoins imposés par leur environnement. En outre, même il y a de cela plusieurs générations – peuvent être nouveaux pour plusieurs branches de la propriété intellectuelle. En général, la nouveauté est définie dans les textes de loi en fonction de critères plus ou moins précis servant à déterminer si une portion déterminée d'un savoir technique a été mise à la disposition du public. Ainsi, dans le domaine des brevets, c'est la divulgation (ou la non-divulgation) qui permet de déterminer si la condition de nouveauté (et d'‘inventivité’) a été remplie. La date à laquelle l'invention a été réalisée n'est pas nécessairement prise en compte à cette fin³³. Toutefois, il n'est pas d'un principe absolu, même dans le domaine des brevets. Nul n'ignore en effet que quelques États membres de l'OMPI ont accepté d'étendre la protection par brevet à des inventions déjà brevetées dans d'autres pays, sous réserve que ces inventions n'aient pas fait l'objet d'une utilisation commerciale. Cette notion est analogue à la ‘nouveauté commerciale’ qui se retrouve dans les domaines de la protection *sui generis* des obtentions végétales³⁴ et des schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés.”³⁵

26. On considère aussi souvent comme une autre limitation habituelle le fait que les savoirs traditionnels soient généralement créés et détenus collectivement alors que la législation sur le droit d'auteur sur le droit des brevets nécessite d'identifier les créateurs. Le document OMPI/GRTKF/IC/2/9 propose une conception différente de la question de la propriété :

³² Voir *supra* note 11, paragraphes 7 à 10.

³³ Dans les quelques pays qui appliquent le principe du premier inventeur, la date à laquelle l'invention a été réalisée présente toutefois un intérêt aux fins de l'examen ainsi qu'aux fins de la procédure de collision.

³⁴ Voir l'article 6.1) de l'Acte de 1991 de la Convention UPOV.

³⁵ Voir l'article 38.2 de l'Accord sur les ADPIC.

“En outre, le fait que les créateurs ou les inventeurs des savoirs traditionnels ne peuvent pas être facilement identifiés n’empêche pas nécessairement l’application des normes existantes en matière de propriété intellectuelle. La plupart des actifs de propriété intellectuelle sont détenus par des entités collectives, qui, dans de nombreux cas, représentent un vaste groupement d’individus dispersés (la General Motors détient des droits de propriété intellectuelle au nom d’une communauté d’actionnaires qui est beaucoup plus nombreuse et dispersée que la plupart des communautés traditionnelles recensées). Cependant, le droit des brevets concerne non seulement la protection des *inventeurs* mais aussi l’appropriation des *inventions*. De la même manière, le droit d’auteur, en particulier dans le cadre de l’Accord sur les ADPIC, n’est pas axé sur la protection des *auteurs* mais plutôt sur l’appropriation des *œuvres*. End’autres termes, la protection des droits individuels des auteurs et des inventeurs dans le domaine de la propriété intellectuelle a évolué dans le sens de l’adoption et de l’application de normes nationales, en particulier au moyen d’arrangements contractuels et de normes de travail, plutôt que de biais de l’élaboration de normes internationales. Ainsi, de nombreuses législations nationales relatives aux brevets prévoient, à titre exceptionnel, que lorsque l’inventeur ne peut pas être identifié ou qu’il ne souhaite pas l’être, les offices nationaux de brevets devraient néanmoins pouvoir délivrer le brevet, malgré les dispositions de l’article 4^{ter} de la Convention de Paris. La durée limitée de la protection, qui est présentée comme caractéristique du droit de la propriété intellectuelle, ne devrait pas non plus être un sujet de préoccupation. La propriété intellectuelle et la protection à long terme, voire de durée indéfinie, ne sont pas nécessairement incompatibles. Le droit des marques et des indications géographiques peuvent à cet égard fournir des indications intéressantes.”³⁶

27. Toutefois, la possibilité de protéger séparément les éléments constitutifs des savoirs traditionnels ne répond pas nécessairement à la nécessité de protéger les savoirs. Les savoirs traditionnels ne se bornent pas à être que la somme de ses éléments distinctifs, ils sont plus que cela; ils sont la combinaison logique et cohérente de ces éléments qui forme un ensemble indivisible de connaissances et de cultures. En ce qui concerne le *pajé*, il va sans dire que la valeur de la guérison réside dans l’effet conjugué de l’extrait et des rituels religieux, et non dans la potion. Plusieurs mécanismes de propriété intellectuelle mentionnés plus haut ne reconnaissent pas comme objet cette combinaison d’éléments constitutifs des savoirs. Il faudrait donc peut-être concevoir un système qui tienne compte du caractère holistique des savoirs traditionnels et les traite globalement. Les brevets, les marques, les dessins et modèles, etc. peuvent contribuer de manière très efficace à protéger les différents éléments constitutifs des savoirs traditionnels; en revanche, ils ne prennent pas en considération leur caractère holistique.

28. Dans cette optique holistique, les savoirs traditionnels possèdent quatre caractéristiques propres : les éléments spirituels et concrets constitutifs des savoirs traditionnels sont étroitement liés et donc inséparables (cela signifie que chaque élément constitutif des savoirs traditionnels est un facteur inhérent de l’identification culturelle de leurs détenteurs); les communautés traditionnelles créant des savoirs pour s’adapter à un monde en mutation, les savoirs traditionnels évoluent constamment et nécessitent des améliorations; les savoirs traditionnels englobent différents domaines qui recouvrent aussi bien les expressions culturelles que la technique; dernier point, les savoirs traditionnels n’étant pas nécessairement

³⁶

Id. Paragraphe 24.

créésselonuneprocédureformelleexpressémentssystematique,ilspeuventapparaîtrecomme dépourvusdecaractèreformel;leurvéritablenatureetleurcaractèreformelnepourront apparaîtreclairementquesil'onanalysedemanièreplusapprofondieleurscontexte culturels etlesprincipesquirégissentleurcréation.

V. ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS D'UN SYSTÈME *SUI GENERIS* DE PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS

a) *cadre juridique général d'un système sui generis*

29. Ces quatre caractéristiques inhérentes aux savoirs traditionnels doivent se retrouver d'une façon ou d'une autre dans le cadre général d'un quelconque système *sui generis* qui devra faire l'objet d'un examen à l'échelon international si l'on parvient à un consensus sur la création d'un tel système. Compétent en matière de caractère holistique et de nécessité de tenir compte du contexte culturel, le système *sui generis* ne devra pas exiger quel'on sépare et isole les différents éléments constitutifs des savoirs traditionnels, mais plutôt suivre une démarche systématique et globale. En fait, des propositions ont déjà été avancées pour tenir compte du caractère holistique (et les respecter) des savoirs traditionnels de manière à ce qu'il puisse être décrit et fixé dans des inventaires généraux des savoirs appartenant à une certaine communauté (ou à un groupe de communautés)³⁷. Le répertoire, la compilation ou la base de données décrirait en détail les savoirs des communautés traditionnelles sans séparer les éléments.

³⁷ “La forme de protection des savoirs traditionnels est une autre question qu'il faut clarifier. Pour assurer cette protection on pourrait envisager de créer des bases de données au niveau national ou international et d'opposer les droits attachés aux données à leur utilisation par des parties non autorisées”. Déclaration de la délégation du Brésil à la réunion de l'OMPI sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, Genève, 17 et 18 avril 2000 (document conservé au Secrétariat de l'OMPI). “Système de bases de données *sui generis* : selon le point de vue de juristes, [citation omise] des auteurs tendent à affirmer que la meilleure façon de protéger les savoirs traditionnels consiste à tenir compte de leurs caractéristiques, variétés et richesses et de créer des bases de données *sui generis*. Ces bases de données se caractériseraient aussi, en dehors du droit classique de choix et de disposition du contenu qui est attaché aux bases de données originales, par les éléments complémentaires suivants : la protection de l'information non divulguée ; une protection portant sur l'organisation de l'information contenue dans la base de données ; l'absence de nécessité de fixation préalable de l'information comme condition d'octroi de la protection. Les savoirs traditionnels et la nécessité de leur assurer une protection appropriée au titre de la propriété intellectuelle – Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore – Documents soumis par le groupe des pays d'Amérique Latine et des Caraïbes (GRULAC), document de l'OMPI WIPO/GRTKF/1/5 du 16 mars 2001, page 9 de l'Annexe I; “la délégation conclut que la seule manière de prendre suffisamment en considération les préoccupations des détenteurs des savoirs traditionnels serait de créer un mécanisme de protection positif au moyen d'un système *sui generis* de protection au titre de la propriété intellectuelle du contenu des bases de données sur les savoirs traditionnels”. Déclaration de la délégation du Venezuela parlant au nom de Cuba, de l'Équateur et des autres pays à la troisième session du comité, paragraphe 122 du Rapport, *supra* note 1.

30. Un système fondé sur un inventaire des savoirs représentera également l'avantage de permettre d'actualiser et de modifier le contenu, ainsi que d'ajouter des éléments sans qu'il nesoit nécessaire d'accomplir des formalités complexes et coûteuses telles qu'une nouvelle procédure d'enregistrement.
31. La description des savoirs traditionnels dans leur intégralité permettrait de tenir compte de la nature complémentaire de leurs éléments (inséparables). Les savoirs du chaman en question pourraient donc être fixés dans une base de données et protégés par des droits différents (et même complémentaires) : les droits d'empêcher la reproduction ou la fixation des éléments littéraires et artistiques constitutifs des savoirs ; et les droits d'empêcher l'utilisation des éléments techniques du contenu de la base de données.
32. Compte tenu du caractère intrinsèquement concret des savoirs traditionnels, leur description et leur fixation dans un inventaire seront, par la force des choses, extrêmement souples, ce qui veut dire que la seule condition – no tamment en ce qui concerne les éléments techniques – sera que toute personne compétente dans ce domaine puisse en comprendre la description. Il ne faut pas attendre, par exemple, à ce que le chaman fournisse la formule ou la composition de la formule ou la molécule d'un composant chimique déterminé ; il se contentera de décrire les substances qu'il utilise de telle sorte que quelqu'un d'autre puisse la reproduire.
33. Enfin, il convient de rappeler que le caractère holistique des savoirs traditionnels n'est pas une notion juridique en soi, qu'il résulte plutôt de la complémentarité de certains éléments constitutifs de ces savoirs, dont certains sont principalement d'ordre culturel et spirituel, tandis que d'autres sont d'ordre essentiellement concret, comme le montre l'exemple de la fable du *pajé*. Cependant, certaines communautés ont pu ériger leurs savoirs en différentes formes d'utilisations culturelles et économiques, notamment en ce qui concerne les expressions du folklore et l'artisanat. Cela pourra déboucher sur l'adoption d'une recommandation visant à suivre des pistes juridiques différentes (et complémentaires) qui tiennent davantage compte des caractéristiques des éléments constitutifs des savoirs qui ne sont plus intrinsèquement liées à l'ensemble du système culturel des communautés, mais qui trouvent mieux leur place dans les éléments constitutifs de ce système. Le caractère holistique des savoirs traditionnels ne doit donc pas être considéré comme immuable et il sera préférable de faire preuve de souplesse. Un système de protection peut avoir comme seul objectif de répondre à certains besoins et non de protéger tous les aspects des savoirs traditionnels. À cet égard, il ne faut pas considérer comme exclusifs les éléments mentionnés ci-dessous qui sont fondés sur un éventuel mécanisme de protection des inventaires ou des compilations des savoirs traditionnels. Par exemple, les expressions du folklore qui ont été dissociées du cadre de vie des communautés et qui, par conséquent, ont acquis un statut indépendant dans l'univers culturel de certaines communautés sont probablement mieux prises en considération dans le cadre des dispositions types adoptées par l'OMPI/UNESCO, comme cela est expliqué dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/10. La protection de l'artisanat pourrait être également prise en considération dans le cadre d'un système d'enregistrement reconnaissant son style *unique* qui incarne sans équivoque l'âme et l'esprit de certaines communautés traditionnelles. Il se peut, ensuite, que les travaux concernant la protection des savoirs traditionnels aboutissent à l'établissement d'un "menu" de mécanismes *sui generis* représentant les différents aspects des savoirs traditionnels qui, comme les mécanismes existants, pourra être utilisé à titre complémentaire par les créateurs et les détenteurs des savoirs traditionnels, s'ils le jugent appropriés.

b) Éléments constitutifs d'un système *suigeneris*

34. C'est une chose de définir les caractéristiques générales d'un système *suigeneris* approprié de protection des savoirs traditionnels, etc. et c'est une autre chose de définir les éléments que ce système doit comporter pour être efficace. Afin de définir ces éléments, il faut répondre à plusieurs questions essentielles auxquelles tout système juridique efficace de protection des droits de propriété doit pouvoir répondre de manière satisfaisante:

- i) que est l'objectif général de la protection?
- ii) que est l'objet?
- iii) quel critère doit remplir cet objet pour être protégé?
- iv) quid est les droits?
- v) quels sont les droits?
- vi) comment les droits sont-ils acquis?
- vii) comment administrer et faire respecter les droits?; et
- viii) comment les droits sont-ils perdus ou comment expirent-ils?

i) Que est l'objectif général ?

35. La manière dont un système *suigeneris* est conçu et défini dépendra, largement, des objectifs généraux qu'il est censé atteindre. Est-il essentiellement défensif, c'est-à-dire s'efforce-t-il d'interdire l'appropriation illicite ou l'utilisation culturellement préjudiciable des savoirs traditionnels ou est-il comparable aux lois concernant la protection du patrimoine culturel? A-t-il un objectif plus général, comme un système établi conformément à l'article 8.j) de la Convention sur la diversité biologique, dont les objectifs généraux sont la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable des ses composantes et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques? Vise-t-il à encourager l'exploitation commerciale appropriée des savoirs traditionnels ou à les préserver dans un contexte culturel spécifique?

ii) Que est l'objet?

36. Les membres du comité devront examiner l'objet susceptible de bénéficier d'une protection et comment cette démarche est compatible avec les objectifs généraux d'un système de protection. Par analogie avec le droit d'auteur elle peut être comparable à l'établissement d'une liste exemplative non exhaustive d'œuvres pouvant bénéficier d'une protection en vertu de la Convention de Berne; ou, par analogie avec le droit des brevets, elle peut se référer à une notion générale qui devra être interprétée et appliquée concrètement dans le cadre de l'application du droit interne. Il est clair qu'il n'est pas possible d'inclure tous les savoirs traditionnels, sans restriction ni limitation quant à l'objet, et notamment les expressions culturelles, telles que les œuvres artistiques, musicales et scientifiques, les

exécution et interprétations, les créations techniques, les inventions, les modèles et dessins, etc. Le simple fait de définir de manière générale les savoirs traditionnels n'entraîne pas la reconnaissance de droits opposables et cette démarche laisse la possibilité de définir plus précisément les restrictions applicables à certains critères auxquels l'objet devrait satisfaire pour pouvoir bénéficier d'une protection.

37. On peut également, comme cela a été indiqué plus haut, limiter la protection aux savoirs traditionnels techniques liés à la biodiversité, l'artisanat et les expressions d'folklore étant, pour leur part, visés par des dispositions distinctes – en tenant compte du fait que la décision de subdiviser les savoirs traditionnels en éléments distincts (et d'autres termes le choix du mécanisme le plus approprié dans le "menu" mentionné plus haut) doit appartenir aux détenteurs des savoirs traditionnels. On pourra ainsi tenir compte du fait que certains objectifs généraux puissent être pris en considération dans le cadre de mécanismes de propriété intellectuelle existants (y compris d'éventuels éléments *suigeneris* constitutifs de ces systèmes), et la mise en place d'un système *suigeneris* distinct ne sera nécessaire que pour atteindre d'autres objectifs généraux.

iii) Quels sont les autres critères de protection?

38. Il faut peut-être préciser que, même si l'on peut définir certains savoirs traditionnels de manière générale, il faut sans doute, qu'ils répondent à des critères distincts pour être protégés par un système *suigeneris*. Cela pourra être le cas, par exemple, de savoirs traditionnels qui sont déjà tombés dans le domaine public. Les détenteurs des savoirs traditionnels doivent être conscients du fait qu'ils ne pourront passeréapproprier les savoirs traditionnels tombés dans le domaine public sans que cela n'ait des répercussions sur les attentes légitimes et les droits acquis de tiers. Par conséquent, il faut définir le domaine public par rapport aux savoirs traditionnels. Si, de manière générale, les informations qui ont été divulguées sont censées tomber automatiquement dans le domaine public, de nombreux savoirs traditionnels sont effectivement perdus aux fins de la protection au titre de la propriété intellectuelle et leur réappropriation sera difficile, voire impossible. En revanche, l'établissement de bases de données ou d'inventaires dans le but de fixer les savoirs traditionnels afin d'en empêcher l'utilisation illicite dans le cadre de demandes de brevet déposées par des tiers pourrait contribuer à aggraver le problème. Cependant, les membres du comité peuvent se prévaloir de la notion de nouveauté commerciale et stipuler que tous les éléments (dans le cadre de la portée de l'objet fixée à l'avance) constitutifs des savoirs traditionnels qui n'ont pas fait l'objet d'une exploitation commerciale avant la date du dépôt de la base de données sont protégés. La notion de nouveauté commerciale n'est, en fait, pas étrangère aux mécanismes de propriété intellectuelle existants, tels que la protection des obtentions végétales prévue dans la Convention UPOV³⁸, la protection des schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés³⁹, et la protection des oléoducs par brevet⁴⁰.

39. Deux autres éléments adoptés dans le cadre de l'article 20 du Panama pourront contribuer à mieux définir l'objet protégé, à savoir : a) l'expression de l'identité culturelle d'une communauté donnée; et b) la possibilité d'une exploitation commerciale. Premièrement, seuls les éléments constitutifs des savoirs traditionnels qui restent

³⁸ Article 6 de la Convention UPOV de 1991.

³⁹ Article 7 du Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés, repris dans l'article 35 de l'Accord sur les ADPIC.

⁴⁰ Voir le document de l'OMPI WIPO/GRTKF/IC/2/9.

“traditionnels”, c’est -à-dire demeurant intrinsèquement liés à la communauté dont ils sont originaires, seront protégés dans le cadre du système *sui generis*. À l’inverse, le système *sui generis* ne confèrera aucune protection aux éléments constitutifs des savoirs traditionnels qui ont perdu ce lien du fait d’un processus d’industrialisation, par exemple⁴¹. Deuxièmement, le législateur peut décider que les savoirs traditionnels qui ne sont pas susceptibles d’application commerciale ne seront pas visés par le système *sui generis*. De fait, il est improbable que des tiers exploitent, sans autorisation ou en les dénaturant, des savoirs traditionnels qui n’ont pas d’utilité commerciale ni industrielle. La limitation, par voie législative, de la portée des savoirs traditionnels, entraînera une diminution de leurs frais d’inscription dans des registres ou inventaires. Toutefois, il convient de noter que le classement des savoirs traditionnels en deux catégories (l’une ayant une utilité commerciale potentielle ou réelle, et l’autre non) risque de neutraliser le caractère holistique même de ces savoirs, avec pour conséquence d’enchevêtrer leurs éléments spirituels et concrets de telle manière qu’il est très souvent impossible d’établir une distinction.

40. Enfin, la loi peut établir quel objet de la protection doit être consigné dans des inventaires, des recueils, des compilations ou, simplement dans des bases de données de savoirs traditionnels. Les conséquences juridiques de ces dispositions sont examinées ci-dessous. Ce qui est important à ce stade, c’est que les membres du comité qui décident de créer un système national *sui generis* peuvent finir par reconnaître que, pour être protégés, les savoirs traditionnels devront être répertoriés et fixés. Le recensement des savoirs traditionnels est essentiel pour leur préservation. Dans le même temps, la description des savoirs traditionnels a l’avantage de porter à la connaissance du public l’intention des communautés des’approprier les savoirs en question – la documentation et la fixation servent de “garde-fou”, exactement comme les revendications relatives aux inventions énoncées dans les documents de brevet.

iv) Quid étient les droits ?

41. Les droits de propriété intellectuelle sont au départ conférés aux premiers créateurs (auteurs, inventeurs, concepteurs, etc.) qui peuvent ensuite transférer leurs droits dans le cadre de dispositifs contractuels ou juridiques. Cependant, on entend généralement par “savoirs traditionnels” le résultat de la création et de l’innovation du premier créateur collectif, à savoir la communauté. Par conséquent, en se fondant sur le même raisonnement, les droits attachés aux savoirs traditionnels doivent être conférés à des communautés et non à des personnes. Cette argumentation permet d’expliquer la raison pour laquelle les quelques lois nationales et régionales qui prévoient la protection des savoirs traditionnels ont tendance à désigner les communautés autochtones, afro-américaines ou locales comme étant les détenteurs des droits. Il est clair qu’il peut s’avérer nécessaire d’instaurer un système de définition géographique et administrative de communautés⁴².

⁴¹ Ils peuvent néanmoins être protégés par d’autres formes de propriété intellectuelle. Certaines formes d’artisanat, par exemple, ont fait l’objet d’une industrialisation et d’une modernisation intensive pendant, de ce fait, leur caractère traditionnel et, par conséquent, cessant de fonctionner comme des éléments d’identification culturelle. Ces formes d’artisanat peuvent bénéficier d’une protection dans le cadre du système des dessins industriels car elles sont devenues essentiellement des produits de consommation.

⁴² Le Panama, par exemple, a adopté une série de lois définissant le territoire des communautés autochtones et établissant leurs propres organes administratifs conformément aux coutumes et traditions respectives. Voir Aresio Valiente López (Compilador), *Derechos de los Pueblos*

42. Même si la protection des savoirs traditionnels est souvent considérée comme une question de droits collectifs, elle peut néanmoins être conférée à des personnes. Il faut trouver la solution conformément aux droits coutumiers⁴³. À vrai dire, le droit coutumier revêt une importance fondamentale pour l'attribution des droits et avantages ausein de la communauté. Toute solution juridique concernant la protection aux niveaux nationale et internationale, des savoirs traditionnels doit tenir compte de l'importance des coutumes et traditions des communautés et de l'élément tels quel l'autorisation donnée à des personnes d'utiliser des éléments constitutifs des savoirs traditionnels à l'intérieur ou à l'extérieur de la communauté en question, ainsi que des questions concernant la propriété, le droit aux avantages, etc. Ces coutumes et traditions doivent être décrites et enregistrées en même temps que les éléments constitutifs des savoirs traditionnels, ce qui permet non seulement aux éléments constitutifs des savoirs traditionnels ayant fait l'objet d'une appropriation, mais aussi au partage de ces éléments ausein des communautés de bénéficier d'une sécurité juridique. La loi²⁰ du Panama donne un exemple de la façon dont le droit coutumier peut être intégré dans un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels; il est indiqué à l'article 15 de cette loi ce qui suit :

“Les droits attachés à l'utilisation et à l'exploitation commerciale d'œuvres artistiques, d'artisanat et d'autres expressions culturelles fondées sur la tradition de la communauté autochtone doivent être régis par le règlement de chaque communauté autochtone approuvé et enregistré auprès de la DIGERPI ou de l'Office national du droit d'auteur relevant du Ministère de l'éducation, selon le cas.”⁴⁴

43. Les savoirs traditionnels régionaux peuvent être détenus par une communauté qui s'étend au-delà des frontières nationales. Ils peuvent être également détenus par deux ou plusieurs communautés voisines qui partagent le même cadre de vie, les mêmes ressources génétiques et les mêmes traditions. Dans le premier cas, la propriété intellectuelle ayant un caractère territorial, la communauté de vraifaire reconnaît ses droits dans les différents pays sur le territoire desquels elle vit traditionnellement. Dans le second cas, les législateurs ont le choix : ils peuvent instituer des droits détenus en copropriété ou peuvent laisser les communautés de manderséparément, et obtenir qu'on leur confère, des droits sur les savoirs traditionnels détenus conjointement. Toutefois, dans l'un ou l'autre cas, la décision des savoirs si les communautés seront autorisées à s'entendre secrètement pour éviter toute concurrence entre elles en ce qui concerne la cession et le transfert de leurs droits à des tiers, relève de la législation nationale. La collusion entre concurrents, en particulier en matière de fixation des prix quand ils détiennent une part de marché importante, étant considérée comme une violation de la loi antitrust dans plusieurs membres du comité, il faut peut-être établir, dans

[Suite de la note de la page précédente]

Indígenas de Panamá, Serie Normativa y Jurisprudencia Indígena, OIT y CEALP, Costa Rica, 2002.

⁴³ Il est indiqué à l'article 8 de la loi brésilienne sur la biodiversité, *supra* note 15, que les droits peuvent être conférés à la communauté même dans les cas où les savoirs sont détenus par une seule personne. Toutefois, l'application de l'article 8 n'est pas obligatoire, ce qui semble indiquer que la décision finale concernant l'attribution des droits appartient à la communauté.

⁴⁴ Vous trouverez dans le document de l'OMPI : OMPI/CRTK/SLZ/02/INF/3, du 5 mars 2002 (présenté par M. Atencio López au séminaire international de l'OMPI sur la préservation, la promotion et la protection du folklore et des savoirs traditionnels, qui a eu lieu à São Luiz de Maranhão (Brésil) du 11 au 13 mars 2002, une version anglaise non officielle de la loi²⁰ du Panama. L'article 85 de la loi sur la biodiversité du Costa Rica, loi^o 7.788 de 1998, contient des dispositions similaires.

le cadre des législations nationales, des dérogations à l'obligation de correspondance. Par ailleurs, la concurrence en communauté traditionnelle en matière de cession ou de transfert de savoirs susceptibles d'application industrielle se traduit par une réduction des prix et des avantages à payer pour avoir accès à ces savoirs, ce qui, en dernier ressort, avantagera les consommateurs, et est, à ce titre, d'être jugé préférable par certains membres du comité.

44. Une autre solution à l'octroi de droits aux communautés serait de faire de l'État le gardien des intérêts et des droits des détenteurs de savoirs traditionnels.

v) Quels sont les droits ?

45. Les divers éléments étroitement enchevêtrés constitutifs des savoirs traditionnels font partie des domaines artistique, culturel, technique, commercial et industriel. Les droits attachés à ces éléments doivent donc être adaptés aux besoins afin de protéger les intérêts légitimes des détenteurs de savoirs traditionnels. Lorsque des éléments constitutifs des savoirs traditionnels, possédant un caractère artistique et littéraire, sont utilisés sans autorisation ou de manière dénaturée, les détenteurs des droits doivent pouvoir empêcher la reproduction ou la fixation et la reproduction du produit de la fixation. Mais, lorsque des éléments techniques constitutifs des savoirs traditionnels sont utilisés sans autorisation, les détenteurs des droits doivent pouvoir empêcher l'utilisation (le terme "utilisation" s'entend de fabriquer, d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer à ces fins le produit traditionnel protégé ou, dans le cas où l'objet de la protection est un procédé, l'action d'utiliser le procédé ainsi que celle d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer à ces fins au moins le produit obtenu directement par le procédé traditionnel. Un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels autre que celui de la propriété intellectuelle devra donc posséder à la fois les caractéristiques propres au droit d'auteur et aux droits voisins et celles propres à la propriété industrielle.

46. Comme la propriété intellectuelle en général, le droit d'auteur en particulier, les savoirs traditionnels devront être également protégés par des droits matériels et moraux. La protection des savoirs traditionnels par des droits moraux solides peut être effectivement un élément essentiel constitutif des systèmes *sui generis* futurs en raison de leur incidence particulière sur la protection et la préservation de l'identité culturelle des communautés traditionnelles, y compris les éléments constitutifs des savoirs traditionnels qui ne doivent pas faire l'objet d'une utilisation commerciale.

47. Les droits attachés à la protection des savoirs traditionnels pourront également comprendre le droit de céder, de transférer et de concéder sous licence les contenus de bases de données sur les savoirs traditionnels ayant un caractère commercial ou industriel. Si la législation ne prévoit pas la possibilité de transférer les droits ou de les concéder sous licence, tout effort visant à examiner la question du partage des avantages dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique sera nécessairement voué à l'échec.

48. Le fait que les droits attachés aux savoirs traditionnels soient essentiellement des droits collectifs n'empêche pas en cause leur caractère privé à moins qu'il n'ait été décidé, par voie législative, de désigner l'État comme gardien des droits de la communauté. Les droits de propriété privée et l'intérêt général de l'ensemble de la société doivent donc être interdépendants. Comme tous les autres droits de propriété intellectuelle (ainsi que tous les

autres droits de propriété privée), il n'est pas possible de détenir des droits attachés aux savoirs traditionnels ni de les faire respecter au détriment des intérêts légitimes de l'ensemble de la société. Il faut donc prévoir des exceptions aux droits attachés aux savoirs traditionnels, telles que l'utilisation par des tiers à des fins scientifiques ou strictement privées⁴⁵.

49. Ainsi qu'il est dit plus haut, les éléments mentionnés précédemment font référence à la protection, au titre de la propriété intellectuelle, du contenu des inventaires de données sur les savoirs traditionnels, conformément à la proposition d'uncertain nombre de délégations⁴⁶. Ces éléments se distinguent des dispositions de l'article 25 de la Convention de Berne⁴⁷, de l'article 10 2) de l'accord sur les ADPIC⁴⁸ et l'article 5 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996)⁴⁹, par le fait que la protection ne vise pas seulement le choix créatif ou original ou la disposition du contenu, mais aussi le contenu lui-même. Elles se distinguent en outre également des dispositions du chapitre III de la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données dans la mesure où il est recommandé que les droits soient conférés aux détenteurs de savoirs traditionnels, non aux fabricants des bases de données; la protection doit être accordée pour éviter la reproduction ou l'utilisation du contenu de bases de données et pas seulement pour éviter son extraction ou sa "réutilisation", c'est-à-dire sa mise à disposition du public; et enfin, les droits seront opposables pour éviter de toute forme de reproduction ou d'utilisation non autorisée d'un quelconque contenu de la base de données et pas seulement des données dont l'obtention, la vérification ou la présentation nécessite un investissement substantiel du point de vue qualitatif ou quantitatif⁵⁰.

⁴⁵ L'alinéa 20 du Panama a comporté deux exceptions aux droits conférés : "les petits artisans non autochtones" qui se consacrent à la production et à la vente de reproductions d'objets d'artisanat appartenant aux Ngobes et Buglés autochtones et vivent dans certaines régions ne sont pas soumis aux dispositions de l'article 23 de la loi; en outre, une forme d'exception pour "utilisation antérieure" s'applique aux "petits artisans non autochtones" immatriculés auprès du Bureau général de l'artisanat nationale le jour de l'entrée en vigueur de la loi (Article 24).

⁴⁶ Voir la note 28, *supra*.

⁴⁷ Il est indiqué à l'article 25 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (1971) que : "les recueils d'œuvres littéraires ou artistiques tels que les encyclopédies et anthologies, le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégés comme telles, sans préjudice des droits des auteurs sur chacune des œuvres qui font partie de ces recueils".

⁴⁸ L'article 10 2) de l'accord sur les ADPIC se lit comme suit :
"Les compilations de données ou d'autres éléments, qu'elles soient reproduites sur support exploitable par machine ou sous toute autre forme, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles seront protégées comme telles. Cette protection, qui ne s'étend pas aux données ou éléments eux-mêmes, sera sans préjudice de tout droit d'auteur subsistant pour les données ou éléments eux-mêmes."

⁴⁹ L'article 5 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (1996) dispose ce qui suit :
"les compilations de données ou d'autres éléments, sous quelque forme que ce soit, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles sont protégées comme telles. Cette protection ne s'étend pas aux données ou éléments eux-mêmes et elle est sans préjudice de tout droit d'auteur existant sur les données ou éléments contenus dans la compilation".

⁵⁰ Voir l'article 7 de la directive 96/9/CE, journal officiel L077, 27/03/96..

50. L'idée consistant à protéger le contenu des bases de données sur les savoirs traditionnels se rapproche donc du caractère exclusif de la protection de données résultant de l'essai visé à l'article 39.3 de l'Accord sur les ADPIC⁵¹, dans la mesure où ces données doivent être protégées contre une exploitation commerciale déloyale même si les pouvoirs publics eux-mêmes mettent les données à disposition du public⁵². Les bases de données sur les savoirs traditionnels pourront ainsi servir concrètement dans le cadre des systèmes *sui generis* de protection des savoirs traditionnels⁵³. La protection du contenu des bases de données sur les savoirs traditionnels n'exclut nullement le recours, à titre complémentaire, à d'autres mécanismes de propriété intellectuelle tels que, le droit d'auteur, les brevets, les certificats de variété végétale et les indications géographiques.

51. Ainsi qu'il est dit plus haut, on pourrait également créer un système *sui generis* doté de caractéristiques spécifiques s'appliquant à certains éléments constitutifs des savoirs traditionnels, tels que les objets artisanaux. Les produits de l'artisanat d'une communauté donnée répondent de critères techniques et artistiques qui ont évolué de génération en génération comme le choix particulier des matières premières, des méthodes de fabrication, des couleurs, des motifs décoratifs, etc. Ces éléments standards pourront faire l'objet d'un enregistrement général (ou d'une description dans la base de données), ce qui confère un droit exclusif sur le style d'une certaine ligne de produits fabriqués à la main par la communauté conformément aux critères décrits. Il sera alors possible d'enregistrer séparément différents éléments découlant de ce style si les souhait de la communauté afin de faciliter la protection. Ce système garantira à la communauté des droits sur leurs objets artisanaux, évitant ainsi qu'ils ne soient reproduits de manière dénature par des tiers non autorisés.

vi) Comment les droits sont-ils acquis ?

52. Une des solutions pourrait être d'éviter toute formalité juridique, c'est-à-dire que l'élément constitutif des savoirs traditionnels en question serait protégé dès le moment où il a été créé indépendamment de toute formalité⁵⁴. Toutefois, cette solution pourrait poser des problèmes pratiques tels que la nécessité de prouver l'existence même de cet élément constitutif, – problème résolu par la fixation obligatoire – et la nécessité éventuelle de prouver le plagiat ou la contrefaçon – obstacles surmontés par le recensement ou la description de cette information et sa mise à disposition du public présumée, comme pour les brevets et les marques.

⁵¹ La première partie de l'article 39.3 de l'accord sur les ADPIC se lit comme suit : "Lorsqu'il subordonne l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture qui comportent des entités chimiques nouvelles à la communication de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées, dont l'établissement demande un effort considérable, les Membres protégeront ces données contre l'exploitation déloyale dans le commerce".

⁵² La deuxième phrase de l'article 39.3 se lit comme suit : "les Membres protégeront ces données contre la divulgation [...] à moins que des mesures ne soient prises pour assurer que les données sont protégées contre l'exploitation déloyale dans le commerce".

⁵³ Pour un examen détaillé de l'expérience acquise en matière de bases de données sur les savoirs traditionnels, voir le document WIPO/GRTKF/IC/3/6 ("Inventaire des bases de données en ligne contenant des documents sur les savoirs traditionnels").

⁵⁴ Voir l'Article 82 de la loi sur la biodiversité du Costa Rica^o 7788 de 1998.

53. On pourrait également envisager d'établir le droit au moment du dépôt auprès d'un organisme public de la compilation des données sur les savoirs traditionnels. La base de données pourrait être enregistrée automatiquement après examen quant à la forme de la documentation, de la représentation juridique, etc. ou pourrait faire l'objet d'un examen de fond. C'est cette dernière résolution qui a été retenue dans le cadre de la loi⁵⁵ 20 du Panama en vertu de laquelle a été créé le poste d'examineur des droits des peuples autochtones de l'Office de la propriété industrielle (DIGERPI), dont le rôle est d'examiner et de vérifier toutes les questions liées aux droits de propriété intellectuelle et aux intérêts des peuples autochtones (dont, mais pas exclusivement, le dépôt par des tiers de demandes en rapport avec les savoirs détenus par les peuples indigènes dans le domaine des brevets).

54. Une protection formelle nécessite le contrôle, à titre préventif, de la possibilité d'enregistrer les savoirs traditionnels afin d'éviter la revendication abusive de l'objet. De plus, les systèmes formels et informels de protection nécessitent d'établir ultérieurement des mécanismes permettant de vérifier la légitimité des revendications. Par exemple, si la loi prévoit que, pour être protégée, l'objet doit constituer un nouveau élément commercial, les éléments constitutifs de cet objet qui ont déjà fait l'objet d'une exploitation commerciale et sont donc tombés dans le domaine public auront été rejetés antérieurement ou invalidés ultérieurement. En outre, les tiers auxquels des revendications injustifiées pourraient porter préjudice pourront former une opposition administrative et déposer un recours.

55. La loi peut prévoir l'obligation de divulguer tous les éléments constitutifs des savoirs traditionnels présentés aux fins d'enregistrement et qui ont, potentiellement ou réellement, une application industrielle ou commerciale. À l'inverse, toutes les autres données à caractère purement spirituel et sacré pourront demeurer confidentielles si la communauté intéressée le souhaite.

⁵⁵ Article 9 de la loi n° 20. Ce point soulève la question du coût de fabrication et d'enregistrement des bases de données sur les savoirs traditionnels ou des inventaires. C'est à la société de décider : ces coûts seront supportés par la communauté auxquelles seront conférés des droits de propriété sur le contenu des inventaires (sous forme de redevances) ou par la société. Le Panama a décidé qu'il incombait à la société de subventionner l'acquisition par la communauté et le maintien en vigueur des droits de propriété intellectuelle attachés à leurs savoirs (article 7 de la loi n° 20 : "[...] La procédure dont le DIGERPI est appelé à connaître ne nécessitera pas de passer par un avocat et elle est gratuite. [...]"). Cette décision a été émise, en définitive, prise dans une optique de répartition des richesses et tient compte de la nécessité de donner aux peuples autochtones et aux communautés traditionnelles les moyens de renforcer leur action. En revanche, l'adoption d'un système efficace et transparent de protection des savoirs traditionnels permettrait de réduire les frais de transaction car il éviterait l'incertitude qui pèse actuellement sur toutes les questions relatives à l'accès aux ressources génétiques, à la biopiraterie et à l'utilisation d'autres expressions culturelles traditionnelles. En outre, une fois que la protection est conférée aux savoirs traditionnels au titre de la propriété intellectuelle, elle sera intégrée dans des accords commerciaux internationaux, il y aura moins de distorsions et d'obstacles au commerce de biens et services incorporant des savoirs traditionnels, au profit des exportateurs d'objets artisanaux légitimes et de produits issus de l'agriculture traditionnelle. À ce propos, le droit des brevets de plusieurs membres du comité prévoit l'octroi de subventions à différents inventeurs et petites entreprises — l'octroi de subventions à des communautés traditionnelles ne sera donc pas contraire à la notion même de droits de propriété intellectuelle proprement dite.

vii) Comment administrer et faire respecter les droits ?

56. Les droits de propriété intellectuelle ne servent à rien s'il est impossible de les faire respecter. La protection des savoirs traditionnels sera inopérante s'il n'existe pas de mesures efficaces propres à prévenir rapidement la reproduction ou l'utilisation sans autorisation de ces savoirs (associant ainsi les caractéristiques propres au droit d'auteur et aux droits voisins, d'une part, et à la propriété industrielle, d'autre part, en ce qui concerne les éléments constitutifs des savoirs traditionnels figurant dans des inventaires sans qu'il ait été établie une distinction concernant leurs caractéristiques spirituelles ou techniques), telles que des injonctions et une rémunération appropriée. Les dispositions concernant la sanction des droits de propriété intellectuelle pourront être applicables de manière subsidiaire et *mutatis mutandis*⁵⁶. En outre, les détenteurs des savoirs traditionnels peuvent être confrontés à des problèmes pratiques pour faire respecter leurs droits, d'où la possibilité d'établir un mécanisme distinct permettant d'administrer les droits dans le cadre duquel les droits seraient administrés de manière collective ou réciproque ou de charger plus particulièrement des organismes gouvernementaux de surveiller les violations des droits et de poursuivre leurs auteurs.

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

57. On peut aborder ce dernier point de deux manières. La première, qui est généralement celle que préfèrent les législations nationales qui se sont intéressées jusqu'à présent, à la protection des savoirs traditionnels, consiste à conférer une protection pour une période indéterminée⁵⁷. Cette façon de procéder tient compte d'un caractère intergénérationnel et progressif des savoirs traditionnels et reconnaît le fait que leur application commerciale, une fois la protection assurée, peut prendre très longtemps⁵⁸. Or, si la protection des savoirs traditionnels doit être conférée dès la première exploitation commerciale (par exemple, une durée de cinquante ans à partir de la première exploitation commerciale de l'élément constitutif des savoirs traditionnels protégé, qui pourrait être prorogée pendant un certain nombre de périodes successives), il se peut être alors judicieux de fixer une date d'expiration prédéfinie pour autant qu'elles s'appliquent exclusivement aux éléments constitutifs des savoirs traditionnels susceptibles d'application commerciale ou industrielle et qui pourraient être isolés de l'ensemble du contenu de la base de données sans porter atteinte à leur intégrité. En fait, les savoirs traditionnels évoluant, certains de leurs éléments constitutifs tombent nécessairement en désuétude.

⁵⁶ Voir l'article 21 de la loi n° 20 du Panama.

⁵⁷ *Id.*, article 7.

⁵⁸ La protection des savoirs traditionnels aurait dans ce cas une fonction prospective, comme l'indique Edmund Kitch à propos des brevets (voir Edmund W. Kitch, *The Nature and Function of the Patent System*, 20 J.L. & Econ. (1977)). Seul un petit nombre de brevets remplissent cette fonction car la plupart des inventions sont développées pour répondre aux besoins effectifs du marché. Cependant, les savoirs traditionnels ne sont pas créés à des fins commerciales. Pour qu'ils soient susceptibles d'application commerciale, il faut donc, à la différence de la plupart des inventions brevetées, prospecter le marché.

VI. CONCLUSION

58. Ces éléments constitutifs d'un système *suigeneris* de protection des savoirs traditionnels ont été répertoriés afin de répondre à la demande d'un certain nombre de membres du comité et ne sont pas l'expression d'un consensus au sein du comité. Le présent document vise essentiellement à montrer que les mécanismes de protection de la propriété intellectuelle actuels comportent déjà des éléments, dans le domaine des savoirs traditionnels ou dans d'autres domaines, qui pourraient être transposés à un système *suigeneris* de protection des savoirs traditionnels. Le fait d'utiliser des éléments existants présente l'avantage de ne pas avancer en terrain inconnu. De plus, il est plus facile (s'il en est la seule façon) de surmonter les problèmes liés à la biopiraterie et aux frais de transaction en ce qui concerne les expressions du folklore et les savoirs traditionnels liés à la biodiversité en adaptant des systèmes éprouvés et en se référant aux principes juridiques qu'ils renferment.

59. Le comité intergouvernemental est invité à prendre note du contenu du présent document et à formuler des observations générales à ce sujet.

[Fin du document]