

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

Dix-septième session
Genève, 6 – 10 décembre 2010

LISTE ET EXPLICATION TECHNIQUE SUCCINCTE DES DIFFÉRENTES FORMES SOUS LESQUELLES LES SAVOIRS TRADITIONNELS PEUVENT SE PRÉSENTER

Document établi par le Secrétariat

1. À sa seizième session, tenue du 3 au 7 mai 2009, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé “comité”) de l’OMPI a décidé que le Secrétariat devrait “établir et diffuser [...] en tant que document d’information pour la prochaine session du comité, une liste et une explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter (“codifiés/non codifiés”, “divulgués/non divulgués”, etc.)”¹.
2. Pour mettre cette décision en contexte, il convient de savoir que la proposition d’établir ce document avait été faite par une délégation durant la session en question. En présentant cette proposition, la délégation a déclaré : “les savoirs traditionnels avaient de nombreuses significations selon les peuples et les différents organes. Dans le cadre des travaux du comité, la définition actuelle des savoirs traditionnels et les critères d’admissibilité bénéficieraient d’un débat approfondi afin de parvenir à une meilleure qualification en distinguant ce qui relèverait d’un instrument international et ce qui en serait exclu. [...] Dans le cadre de la première étape vers l’élaboration d’une définition de travail agréée à l’échelon international, la [délégation a prié le Secrétariat de] compléter l’analyse des lacunes par une analyse des catégories des différentes manifestations des savoirs traditionnels. Cette catégorisation permettrait d’établir notamment les différentes

¹ Projet de rapport de la seizième session (WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov.2).

manières dont les savoirs traditionnels ont été perpétués et transmis, s'ils sont accessibles au public, s'ils se trouvent sous la responsabilité directe de la communauté autochtone ou locale ou s'ils sont déjà tombés dans le domaine public sans avoir été antérieurement commercialisés. [...] le modèle uniforme de protection pour un type de savoirs traditionnels devait être abandonné. Selon la décision de chaque pays, il se pourrait que chacune de ces catégories demande un examen différent du type de protection reçue².

3. Conformément à la décision susmentionnée, l'annexe du présent document est une liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter. L'élaboration de cette annexe a posé plusieurs problèmes au Secrétariat de l'OMPI car elle faisait appel à des compétences dépassant le domaine de la propriété intellectuelle. En outre, les systèmes de savoirs traditionnels sont par définition complexes, divers et dynamiques et ils prennent des formes diverses, dont certaines présentant un intérêt sur le plan de l'analyse de la propriété intellectuelle tandis que d'autres sont peut-être moins pertinentes. Certains termes utilisés peuvent avoir des significations et des connotations différentes en droit ou d'autres disciplines et dans différentes langues. Par conséquent, l'annexe ne prétend pas nécessairement à l'exhaustivité. Afin de faciliter la lecture du présent document, l'appendice de l'annexe comprend un glossaire qui donne l'explication de certains termes utilisés dans le document.
4. Les termes "divulgués au public", "domaine public" et "accessibles au public", qui apparaissent dans le présent document, sont examinés de façon plus détaillée dans un autre document élaboré pour cette session, "Note sur les significations du terme "domaine public" dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore" (document WIPO/GRTKF/IC/17/INF), qui, par conséquent, présente également un intérêt pour le présent document.

5. *Le comité est invité à prendre note du présent document et de son annexe.*

[L'annexe suit]

² Intervention de la délégation de l'Espagne, au nom de l'Union européenne et de ses États membres. Voir le projet de rapport de la seizième session (WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov. 2).

ANNEXE

LISTE ET EXPLICATION TECHNIQUE SUCCINCTE DES DIFFÉRENTES FORMES SOUS
LESQUELLES LES SAVOIRS TRADITIONNELS PEUVENT SE PRÉSENTER

INTRODUCTION

Que signifie le terme “savoirs traditionnels”?

1. Certains traités internationaux ainsi que d'autres instruments prévoient des dispositions relatives aux savoirs traditionnels. L'article 8.j) de la Convention sur la diversité biologique (CDB) se réfère aux connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durables de la diversité biologique¹, le Protocole de Nagoya (adopté dans le cadre de la CDB) sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation se réfère aux “savoirs traditionnels associés à des ressources génétiques”², la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003) concerne le patrimoine culturel immatériel³, la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (2005) concerne la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles⁴ tandis que l'article 9.2 du

¹ En vertu de l'article 8.j) de la CDB, “[c]haque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra : ... j) sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques; ...”

² La Conférence des Parties de la CDB a adopté le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation. Voir le préambule et l'article 5 bis. Le texte préliminaire sans retouche du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation est disponible à l'adresse <http://www.cbd.int/cop/cop-10/doc/advance-final-unedited-texts/advance-unedited-version-ABS-Protocol-footnote-en.doc>.

³ L'article 2.1) de la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel (2003) définit le “patrimoine culturel immatériel” comme “les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire – ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés – que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel”. Il est disponible à l'adresse suivante :

⁴ L'article 4.3) de la Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles définit le terme “expressions culturelles” les expressions qui résultent de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, et qui ont un contenu culturel. Il reconnaît l'importance des savoirs traditionnels comme source de richesse immatérielle et matérielle, en particulier, les systèmes de savoirs des peuples autochtones et leur contribution positive au développement durable ainsi que le besoin d'une protection et d'une promotion appropriées. Il est disponible à l'adresse <http://www.unesco.org/new/en/unesco/themes/2005-convention/the-convention/convention-text/#11>.

Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) traite de la protection des savoirs traditionnels présentant un intérêt pour les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture⁵. Plusieurs déclarations internationales, notamment la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, ainsi que plusieurs lois régionales et nationales portent sur la protection et la promotion des savoirs traditionnels⁶.

2. L'expression "savoirs traditionnels", en tant que description générale de la question englobe généralement le patrimoine intellectuel et culturel immatériel, les pratiques et systèmes de connaissance des communautés traditionnelles, y compris les communautés autochtones et locales (les savoirs traditionnels au sens général du terme ou *lato sensu*)⁷. En d'autres termes, l'expression "savoirs traditionnels" au sens général vise le contenu des savoirs proprement dits ainsi que les expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, y compris les signes distinctifs et symboles associés aux savoirs traditionnels⁸.
3. Conformément à la pratique du comité, l'expression "savoirs traditionnels" est utilisée dans cette annexe au sens strict (savoirs traditionnels *stricto sensu*) pour désigner [le] contenu ou [...] la substance d'un savoir résultant d'une activité intellectuelle dans un contexte traditionnel, et comprend le savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques et l'apprentissage qui font partie des systèmes de savoirs traditionnels, ledit savoir s'exprimant dans le mode de vie traditionnel des communautés autochtones ou locales, ou étant contenu dans les systèmes de savoirs codifiés transmis d'une génération à l'autre"⁹.
4. Bien que la présente annexe se réfère aux savoirs traditionnels au sens strict et non pas directement aux expressions culturelles traditionnelles, ces dernières sont elles-mêmes une forme de savoir traditionnel : par exemple, ainsi que l'illustrent les exemples ci-dessous, les savoirs traditionnels relatifs à la production d'un artefact traditionnel s'expriment et se manifestent dans la conception, l'apparence et la forme artistique de l'artefact. Cela souligne le lien étroit qui existe entre les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles. Par conséquent, les expressions culturelles traditionnelles sont une "forme" dans laquelle certains savoirs traditionnels se présentent. Toutefois, les expressions culturelles traditionnelles sont abordées de manière distincte mais complémentaire par le comité.

⁵ L'article 9.2 du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO dispose que "[l]es Parties contractantes conviennent que la responsabilité de la réalisation des Droits des agriculteurs, pour ce qui est des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, est du ressort des gouvernements. En fonction de ses besoins et priorités, chaque Partie contractante devrait, selon qu'il convient et sous réserve de la législation nationale, prendre des mesures pour protéger et promouvoir les Droits des agriculteurs, y compris : a) la protection des connaissances traditionnelles présentant un intérêt pour les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture; ..."

⁶ Une sélection de lois, règlements et lois-types nationaux et régionaux sur la protection des savoirs traditionnels est disponible à l'adresse suivante : <http://www.wipo.int/tk/en/laws/tk.html>

⁷ La protection des savoirs traditionnels : projet d'analyse des lacunes y relatives : version révisée (WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.), page 23 de l'annexe I.

⁸ Savoirs traditionnels : options juridiques et de politique générale en matière de protection (WIPO/GRTKF/IC/6/4), page 28

⁹ L'article 3 du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/17/5)

5. Les savoirs traditionnels peuvent se présenter dans les contextes les plus variés, y compris, de manière non exhaustive¹⁰ :
- les modes de règlement des litiges et les méthodes d'administration, y compris les systèmes traditionnels formels et informels de gestion des conflits, le droit coutumier traditionnel lié aux autorités, les normes et les institutions portant sur les droits de propriété des savoirs traditionnels, les systèmes traditionnels autochtones et locaux et les régimes coutumiers de prise de décisions;
 - les savoirs traditionnels liés à l'architecture traditionnelle et aux techniques de construction traditionnelles;
 - les savoirs traditionnels qui ne sont pas liés aux expressions culturelles traditionnelles en soi mais aux expressions culturelles traditionnelles, tels que les savoirs traditionnels en rapport avec les dessins et modèles traditionnels, les icônes et les symboles traditionnels qui sont représentatifs de certaines communautés autochtones et locales ou de groupes faisant partie de ces dernières; les savoirs traditionnels liés à la musique traditionnelle, aux arts, aux interprétations, aux rituels et à la fabrication et à l'utilisation traditionnelles d'instruments ou de produits qui sont associés à certaines communautés autochtones et locales; les savoirs traditionnels liés aux costumes traditionnels, aux coutumes et aux accessoires corporels associés à certaines communautés autochtones et locales; les savoirs traditionnels liés à la culture matérielle et à la production d'objets artisanaux; et les savoirs traditionnels liés aux artefacts;
 - les techniques traditionnelles de coiffure ainsi que de décoration et de modification corporelles et les dessins et modèles et les techniques de joaillerie, de travail de la pierre, de travail des métaux et de travail du bois;
 - les procédés de préservation, de transformation et de conservation des aliments, tels que les recettes traditionnelles pour la préparation des aliments et des boissons et les techniques de découpe de la viande;
 - la médecine et la santé, notamment les connaissances médicales relatives à l'utilisation de plantes, d'herbes, de minéraux et d'animaux; les méthodes traditionnelles d'accouchement; les techniques traditionnelles de remboîtement des os et de ressourcement spirituel;
 - les produits cosmétiques traditionnels et d'autres associés destinés à un usage corporel ainsi que les savoirs et matériaux traditionnels liés aux parfums et aux substances aromatiques;
 - les techniques traditionnelles de pistage du gibier et de chasse ainsi que la pêche et la cueillette traditionnelles;
 - les modes traditionnels de sauvegarde de l'environnement et de la diversité biologique, notamment la connaissance de l'aménagement des paysages et des paysages maritimes, la connaissance des espèces domestiques et sauvages, la

¹⁰ Voir "Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle, rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête (1998-1999).

connaissance des conditions météorologiques et les savoirs liés à la préservation et à l'utilisation durable de ressources génétiques et des connaissances écologiques traditionnelles (CET)¹¹;

- la gestion à long terme des ressources naturelles, notamment la gestion à long terme des eaux et la gestion à long terme du sol;
 - les techniques de tissage et de teinture d'étoffes ainsi que les savoirs traditionnels et les matériaux liés aux colorants, aux peintures, aux gommes, aux colles, etc.; et
 - les connaissances en matière d'agriculture.
6. Aux fins de la présente annexe, l'expression "communautés autochtones et locales" sera utilisée car c'est l'expression utilisée dans plusieurs documents du comité. Cela ne signifie pas pour autant que le comité est convenu de cette expression ou de sa signification exacte.

FORMES SOUS LESQUELLES LES SAVOIRS TRADITIONNELS PEUVENT SE PRÉSENTER

7. Les systèmes de savoirs traditionnels sont par définition complexes, divers et dynamiques et ils prennent des formes diverses. Un recensement des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter présente un intérêt pour une analyse des liens entre les savoirs traditionnels et la propriété intellectuelle. Par exemple, il a souvent été avancé que les savoirs traditionnels ont "informels", "oraux" et "non enregistrés" et, par conséquent, non protégés par les systèmes de propriété intellectuelle conventionnels. Toutes les formes sous lesquelles les savoirs traditionnels ne présentent pas nécessairement un intérêt direct pour une analyse de la propriété intellectuelle. Le présent document énumère et explique, d'une façon technique, plusieurs des formes sous lesquelles les savoirs traditionnels se présentent et qui présentent un intérêt particulier pour une analyse de la propriété intellectuelle.
8. En dressant cette liste, il est clairement apparu que bon nombre de formes sous lesquelles les savoirs traditionnels se présentent sont étroitement liées entre elles voire se chevauchent. Certaines de ces formes sont des sous-groupes d'autres formes. Par exemple, la distinction entre les savoirs traditionnels "non fixés" et les savoirs traditionnels qui sont "fixés" de manière permanente et expresse est importante du point de vue de la propriété intellectuelle. Cette distinction a plusieurs conséquences en droit de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, au sein des savoirs traditionnels "fixés", on peut trouver des savoirs "enregistrés" et "non enregistrés" et, dans chaque cas, les savoirs traditionnels peuvent être fixés "verbalement" et "non verbalement". Les savoirs

¹¹ Au Canada, en fonction de la pertinence et des caractéristiques des CET, les experts et les détenteurs de savoirs traditionnels classent ces derniers en trois catégories : "1) les données empiriques, que chacun peut en principe obtenir dans un bref délai; 2) les données historiques, qui sont préservées dans les traditions orales et les documents historiques; et 3) quelques données conceptuelles, sans lesquelles 1) et 2) ne peuvent pas être comprises ni analysées". Sur la base des différentes sources de CET, on peut recenser trois catégories de savoirs : "des savoirs ayant pour origine l'expérience individuelle"; des savoirs ayant pour origine des notions contemporaines et modernes; et des savoirs "savoirs traditionnels" au sens strict du terme, transmis de génération en génération au sein de la communauté du détenteur des savoirs traditionnels". "Les CET sont un ensemble faisant appel : i) à l'expérimentation et à l'innovation individuelles, ii) au domaine public de la société moderne et iii) aux savoirs traditionnels exclusifs d'une communauté". Voir la page 116 du rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels (1998-1999) intitulé "les besoins et les attentes en matière de propriété intellectuelle savoirs traditionnels".

traditionnels peuvent également être fixés sous forme “écrite” ou “non écrite”. Qu’ils soient “non fixés” ou “fixés”, les savoirs traditionnels peuvent être “codifiés” ou “non codifiés”. Pour donner un autre exemple, dans le cas des savoirs traditionnels divulgués et des savoirs traditionnels non divulgués, quelques savoirs traditionnels “divulgués” peuvent être “accessibles au public” et ne plus être détenus par les communautés autochtones et locales. En particulier, on peut dire de savoirs traditionnels “non divulgués” qu’ils sont “détenus par” les communautés autochtones et locales. Par conséquent, bon nombre des formes de savoirs traditionnels étudiées dans le présent document ne peuvent pas être considérées de façon isolée. De plus, toutes ces distinctions ne présentent pas nécessairement le même intérêt pour une analyse de la propriété intellectuelle. La distinction entre les savoirs traditionnels “divulgués” et “non divulgués” est, elle aussi, particulièrement intéressante pour la propriété intellectuelle et il en va de même pour la distinction entre “savoirs traditionnels en tant que tels” et “innovations et créations fondées sur les savoirs traditionnels” bien que cette dernière ne soit peut-être pas nettement établie.

9. Le document examine succinctement les formes des savoirs traditionnels ci-après et, lorsque cela est possible, s’efforce d’étudier certaines des incidences qu’elles ont sur la propriété intellectuelle :
- les savoirs traditionnels non fixés et les savoirs traditionnels fixés auxquels se rapportent : a) les savoirs traditionnels enregistrés et les savoirs traditionnels non enregistrés et b) les savoirs traditionnels codifiés et les savoirs traditionnels non codifiés;
 - les savoirs traditionnels divulgués et les savoirs traditionnels non- divulgués, auxquels se rapportent : a) les savoirs traditionnels directement détenus par les communautés autochtones et locales et les savoirs traditionnels qui ne sont plus détenus par les communautés autochtones et locales ainsi que b) les savoirs traditionnels détenus par les communautés autochtones et locales;
 - les savoirs traditionnels sacrés et les savoirs traditionnels profanes;
 - les savoirs traditionnels “en tant que tels” et les innovations et les créations fondées sur les savoirs traditionnels;
 - les savoirs autochtones et les savoirs traditionnels;
 - les savoirs traditionnels individuels et les savoirs traditionnels collectifs; et
 - les savoirs traditionnels commercialisés et les savoirs traditionnels non commercialisés.

1) Savoirs traditionnels non fixés et savoirs traditionnels fixés

10. Le présent document utilise le terme “fixé” dans le sens qu’il a dans le domaine de la propriété intellectuelle, notamment dans le sens qu’il a dans le domaine du droit d’auteur et des droits connexes. Par exemple, le terme “fixation” est défini dans le Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) de 1996 comme étant “l’incorporation de sons, ou des représentations de ceux-ci, dans un support qui permette de les percevoir, de les reproduire ou de les communiquer à l’aide d’un dispositif”¹². Certains savoirs traditionnels sont “fixés”, ce qui signifie qu’ils sont

¹² Article 2.c) du Traité de l’OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) disponible à l’adresse http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/wppt/trtdocs_wo034.html#P69_5158.

enregistrés d'une manière matérielle "suffisamment durable"¹³. Les savoirs traditionnels fixés peuvent être soit "verbaux" (comme les savoirs traditionnels enregistrés dans une chanson, un livre ou un film; et les normes et les recettes traditionnelles) soit "non verbaux" (comme les savoirs traditionnels matérialisés dans l'architecture traditionnelle ou l'art rupestre). Le mot "verbal" signifie "qui se fait, s'exprime par des mots (et non par d'autres moyens d'expression)"¹⁴. Les savoirs traditionnels fixés peuvent être écrits (par exemple, un document écrit) ou non écrits (par exemple, un enregistrement sonore). Le terme "écrit" signifie "consigné, noté par écrit"¹⁵. Certains savoirs traditionnels sont enregistrés et consignés par écrit tandis que d'autres sont fixés sur un support vidéo, audio et sous d'autres formes non écrites. Par exemple, les *quipus* sont un système de consignation de données utilisés sous l'empire inca ainsi que dans les sociétés l'ayant précédé dans la région des Andes. Les *quipus* peuvent être constitués de cordes de coton qui comportaient des valeurs numériques ou autres représentées par des nœuds selon un système positionnel en base 10. On sait que la plupart des informations figurant sur un *quipu* sont numériques et que ces nombres pouvaient être lus¹⁶. Sur les *quipus*, les savoirs traditionnels étaient donc représentés sous une forme fixée, non verbale et non écrite.

11. Le terme savoirs traditionnels "non fixés" désigne les savoirs traditionnels qui ne sont pas enregistrés sous une forme matérielle. Les savoirs traditionnels non fixés peuvent se présenter sous une forme orale (comme, par exemple, dans la forme "histoire orale") et sous d'autres formes non écrites (comme, par exemple, la musique, les interprétations et exécutions et les actions). Les savoirs traditionnels non fixés peuvent être verbaux ou non verbaux. Les techniques de guérison et le savoir-faire associé qui sont susceptibles d'être transmis par voie orale pourraient être des savoirs traditionnels "verbaux" non fixés tandis que les savoirs traditionnels matérialisés dans les interprétations et exécutions ou la musique traditionnelles (sans chansons et autres formes verbales) seraient des savoirs traditionnels non fixés "non verbaux".
12. Sur le plan de la propriété intellectuelle et, plus particulièrement, des travaux du comité intergouvernemental, on peut formuler les observations suivantes :
 - Une question particulière a trait à la reconnaissance d'informations divulguées oralement. Dans la mesure où toute législation des brevets reconnaît spécifiquement les savoirs traditionnels enregistrés ou écrits lorsqu'il s'agit de déterminer la validité de revendications de demandes de brevet, on s'expose au danger que des inventions revendiquées soient jugées valides même s'il se peut qu'elles impliquent l'appropriation de savoirs traditionnels divulgués oralement. Certains craignent en effet que cela nuise aux intérêts des communautés à forte tradition orale. Il faudrait poser la question de savoir si les savoirs traditionnels divulgués oralement sont reconnus comme faisant partie de l'état de la technique dans la législation des brevets lorsque la validité d'une revendication de brevet est déterminée¹⁷. Cette question pourrait également s'appliquer à d'autres formes de savoirs traditionnels fixés.

¹³ Guide de l'OMPI sur les traités internationaux dans le domaine du droit d'auteur et des droits connexes et Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes.

¹⁴ Le Petit Robert

¹⁵ Voir l'article "écrire" dans Le Petit Robert

¹⁶ Voir l'article de Wikipedia intitulé "Quipu", disponible à l'adresse <http://fr.wikipedia.org/wiki/Quipu>

¹⁷ La reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets (WIPO/GRTKF/IC/11/7), paragraphe 37 de l'annexe.

- Les savoirs traditionnels qui sont “fixés” sous une forme ou une autre peuvent être protégés au titre du droit d’auteur ou des droits connexes (la protection conférée non au contenu du savoir traditionnel lui-même mais à la forme sous laquelle il se présente ou à l’enregistrement lui-même).
- La distinction entre “fixé” et “non fixé” peut parfois être incertaine. Par exemple, d’une certaine façon, la peinture corporelle traditionnelle et les sculptures sur sable ne sont pas “fixées” (ces exemples sont tirés des expressions culturelles traditionnelles pour illustrer ce point).

a) Savoirs traditionnels enregistrés et savoirs traditionnels non enregistrés

13. Les savoirs traditionnels fixés peuvent être soit enregistrés, soit non enregistrés. La notion d’enregistrement englobe celles de transcription, de transmission de preuves. Les savoirs traditionnels enregistrés peuvent se présenter sous de nombreuses formes, par exemple, textuelles, vidéo, audio, etc., ou une combinaison de ces formes. Les savoirs traditionnels enregistrés peuvent être soit verbaux, soit non verbaux et être soit écrits, soit non écrits. Toutefois, la plupart des savoirs traditionnels sont largement non enregistrés dans ce sens du terme¹⁸.
14. Plusieurs projets d’enregistrement des savoirs traditionnels ont été menés ou sont en cours de réalisation dans le monde. Pour ne citer qu’un seul exemple, le *Honeybee Network* et la *Society for Research into Sustainable Technologies and Institutions* (SRISTI), qui ont été créés en vue de renforcer la créativité des inventeurs et innovateurs locaux et des détenteurs de savoirs traditionnels engagés dans la conservation de la biodiversité, ont procédé à la fixation de plus de 22 000 innovations locales et autres éléments des savoirs traditionnels dans la base de données *Honeybee Database* et dans d’autres mécanismes¹⁹.
15. Sur le plan de la propriété intellectuelle et, plus particulièrement, des travaux du comité intergouvernemental, on peut formuler les observations suivantes :
 - L’enregistrement des savoirs traditionnels n’est pas une forme de protection en soi. Les savoirs traditionnels sont généralement enregistrés pour des raisons autres que la protection juridique, notamment pour être conservés ou diffusés ou utilisés dans le cadre de la gestion de l’environnement ou du patrimoine culturel ou à des fins de classification. De fait, si l’enregistrement des savoirs traditionnels est plus largement disponible pour le public, elle peut accroître le besoin de protection juridique, en particulier lorsqu’une plus grande accessibilité est possible grâce à l’Internet; l’enregistrement en l’absence de protection juridique appropriée peut signifier que la communauté d’origine perd à son insu le contrôle de ses savoirs traditionnels. Par conséquent, certains se demandent avec inquiétude si l’enregistrement des savoirs traditionnels pourrait conduire à une appropriation illicite des savoirs traditionnels et à leur utilisation d’une façon qui n’a pas été prévue ni voulue par les détenteurs de savoirs traditionnels lorsqu’ils ont apporté leurs savoirs pour contribuer au projet d’enregistrement²⁰. Par conséquent, l’enregistrement des savoirs traditionnels, compromettre les intérêts des communautés autochtones et locales lésées en matière de propriété intellectuelle;

¹⁸ Voir plus haut la note 10, page 212

¹⁹ Rapport sur l’élaboration d’un instrument de gestion de la propriété intellectuelle dans le cadre de la fixation des savoirs traditionnels et des ressources génétiques (WIPO/GRTKF/IC/5/5), page 5

²⁰ Ébauche d’un instrument de gestion de la propriété intellectuelle dans le cadre de la fixation des savoirs traditionnels (WIPO/GRTKF/IC/4/5), page 2

- L'enregistrement des savoirs traditionnels peut néanmoins remplir une série de fonctions liées à la propriété intellectuelle et, par exemple, être réalisé de manière confidentielle ou secrète afin d'être réservé à la communauté concernée. Par ailleurs, l'enregistrement formel et les répertoires de savoirs traditionnels viennent soutenir certains systèmes de protection *sui generis* et les bases de données de savoirs traditionnels jouent un rôle dans la protection "défensive";
- Il se peut que les savoirs traditionnels enregistrés ne soient pas nécessairement accessibles au public et qu'ils soient gardés secrets ou que l'accès en soit limité. Certains projets d'enregistrement visent uniquement à préserver les savoirs traditionnels pour la communauté elle-même et à les garder secrets²¹. Les détenteurs de savoirs traditionnels peuvent définir les conditions de leur divulgation, y compris la décision de les divulguer à titre confidentiel²²;
- Il est possible d'avoir recours au droit d'auteur et aux droits connexes, y compris la protection des bases de données, pour protéger l'enregistrement des savoirs traditionnels. Toutefois, la protection ne concernera que les moyens d'enregistrement et de transmission des savoirs traditionnels et non les savoirs eux-mêmes²³.

b) *Savoirs traditionnels codifiés et savoirs traditionnels non codifiés*

16. Les savoirs traditionnels peuvent être soit codifiés, soit non codifiés. Les savoirs traditionnels codifiés se présentent sous une forme systématique et structurée, sont ordonnés, organisés, classés et catégorisés d'une certaine manière. Les savoirs traditionnels codifiés peuvent également revêtir une certaine "autorité" ou "légitimité".
17. À cet égard, un document antérieur du comité indiquait ce qui suit :
- "Dans le domaine de la médecine traditionnelle, par exemple, l'Équipe Médecine traditionnelle de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) établit une distinction entre a) les systèmes *codifiés* de médecine traditionnelle, qui ont été divulgués par écrit dans des écritures anciennes et sont entièrement tombés dans le domaine public (tels que la médecine ayurvédique, divulguée dans des écritures sanskrites anciennes²⁴ ou la médecine traditionnelle chinoise, divulguée dans les textes médicaux chinois anciens)²⁵; et b) les savoirs médicaux traditionnels *non codifiés*, qui n'ont pas été mis par écrit, ne sont en général pas divulgués par leurs détenteurs et sont transmis oralement de génération en génération. Ainsi, en Asie du Sud, les systèmes de savoirs codifiés comprennent la médecine ayurvédique, codifiée dans 54 livres faisant autorité, le système Siddha, codifié dans 29 livres faisant autorité, et le système Unani Tibb, codifié

²¹ Voir plus haut note 21, page 4 de l'annexe

²² Voir plus haut note 22, page 3

²³ Voir plus haut note 7, page 20 de l'annexe II

²⁴ La médecine ayurvédique constitue un système codifié de médecine traditionnelle qui a été divulgué par écrit durant la période védique lorsque les Aryens ont réuni les quatre Veda (1500-1800 av. J.-C.), mentionnés de très nombreuses fois dans le Rigveda et l'Atharvaveda.

²⁵ La médecine traditionnelle chinoise a été pour la première fois codifiée et divulguée par écrit dans le Traité de médecine interne de l'Empereur Jaune, premier grand classique en la matière. Ce traité, dont l'élaboration a pris plusieurs siècles, a été publié entre 300 et 100 av. J.-C.

dans 13 livres faisant autorité²⁶. Ainsi que l'ont souligné des membres du comité, cette distinction peut avoir des conséquences importantes du point de vue de la propriété intellectuelle sur la compilation et l'utilisation de bases de données relatives aux savoirs traditionnels²⁷.

18. En outre, à la deuxième session de l'IGC, en décembre 2001, la délégation du Canada a déclaré que les savoirs traditionnels se répartissaient en deux catégories principales : i) les savoirs traditionnels codifiés, c'est-à-dire les savoirs traditionnels qui se présentent sous une forme écrite et qui relèvent du domaine public; et ii) les savoirs traditionnels non codifiés, qui font partie des traditions orales des communautés autochtones. La délégation plaçait dans la seconde catégorie les savoirs traditionnels qui sont gardés secrets par leurs détenteurs au niveau de la communauté, du groupe ou individuel²⁸.
19. Durant la seizième session de l'IGC, en mai 2010, une délégation a noté que les systèmes de savoirs codifiés comprenaient souvent des systèmes de savoirs traditionnels dans le domaine médical, agricole ou environnemental qui ont été codifiés dans des écritures anciennes et transmis d'une génération à l'autre sur la base de ces écritures ou par des cours reconnus d'enseignement²⁹. C'est le cas en Inde du système traditionnel de médecine ayurvédique³⁰.
20. Durant une session de l'IGC, une délégation a exprimé sa préoccupation en indiquant que les savoirs traditionnels étaient de nature essentiellement orale et que faire par conséquent référence au système codifié de connaissances excluait en définitive un vaste patrimoine³¹.
21. Toutefois, on peut également étudier la question de savoir si les savoirs traditionnels "codifiés" peuvent également être "non fixés" ou, au moins, non écrits. Par exemple, les savoirs traditionnels codifiés peuvent également comprendre des informations systématisées et organisées disponibles dans des langues, des pratiques culturelles, des compétences et une expérience, telle que le savoir-faire, qui demeure non fixée et sont détenues par une personne ou par la communauté.
22. En ce qui concerne les travaux du comité intergouvernemental, le projet d'article 3.2) du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (document WIPO/GRTKF/IC/17/5) dispose que les savoirs traditionnels "comprend le savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques et l'apprentissage [...] étant contenu dans les systèmes de savoirs codifiés transmis d'une génération à l'autre"³².

²⁶ En Inde, la première annexe de la loi n° 23 de 1940 sur les médicaments et les produits cosmétiques, telle que modifiée par la loi n° 71 de 1986 sur les médicaments et les produits cosmétiques, énumère expressément les livres faisant autorité pour les systèmes ayurvédiques, Siddha et Unani Tibb.

²⁷ WIPO/GRTKF/IC/3/6, paragraphe 8.

²⁸ WIPO/GRTKF/IC/2/16, paragraphe 131.

²⁹ Intervention de la délégation de l'Inde durant la seizième session du comité. Voir le paragraphe 171 du projet de rapport de la seizième session (WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov.).

³⁰ Intervention de la délégation de l'Inde durant la onzième session du comité. Voir le paragraphe 295 du rapport adopté durant la onzième session (WIPO/GRTKF/IC/11/15).

³¹ Intervention de la délégation de l'Éthiopie durant la onzième session du comité. Voir le paragraphe 293 du rapport adopté durant la onzième session (WIPO/GRTKF/IC/11/15).

³² Voir plus haut note 9.

2) Savoirs traditionnels divulgués et savoirs traditionnels non divulgués

23. Cette distinction est importante pour la propriété intellectuelle. Les savoirs traditionnels peuvent être divulgués par l'usage, oralement ou par leur enregistrement et la diffusion de résultat de cet enregistrement.
24. Certaines lois nationales de protection des savoirs traditionnels se réfèrent aux savoirs traditionnels "divulgués" ou traitent expressément de ces savoirs traditionnels. C'est le cas, par exemple, de la loi péruvienne n° 27811 ("loi établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques")³³.
25. Les savoirs traditionnels peuvent être divulgués à des tiers ou à des personnes qui ne sont pas membres des communautés autochtones et locales dont sont issus les savoirs en question, avec ou sans l'autorisation des communautés autochtones et locales. Du fait de leur contexte économique, les communautés autochtones et locales ont divulgué leurs savoirs traditionnels à des chercheurs extérieurs et à d'autres personnes, souvent en échange d'un paiement "unique" et immédiat³⁴. Toutefois, il est arrivé que des savoirs traditionnels soient divulgués sans consultations ni autorisation véritables ou sans dédommagement en bonne et due forme. Par exemple, en 1976, les Pitjantjatjara d'Australie ont intenté avec une action pour divulgation d'informations confidentielles couronnée de succès contre un anthropologue qui avait divulgué sans leur autorisation des informations que les Pitjantjatjara lui avaient transmises en toute confiance³⁵.
26. En fonction des différents degrés et types de divulgation, de nombreuses classifications pourraient être effectuées. Il est difficile de dresser une liste complète. On trouvera ci-après certains exemples typiques de savoirs traditionnels divulgués et non divulgués :
- Les savoirs traditionnels divulgués au public, qui sont accessibles au moyen d'un enregistrement disponible sous une forme physique, de l'Internet ou d'autres moyens de télécommunication ou d'enregistrement. Ces savoirs traditionnels sont largement ouverts au public. Chacun peut facilement trouver et accéder à ces informations sur les savoirs traditionnels, par exemple, en effectuant des recherches sur l'Internet ou en ayant accès à des publications. Dans ces cas, les expressions "divulgué au public", "domaine public" et "accessible au public" sont parfois utilisées comme des synonymes, bien que "domaine public" ait un sens technique dans les discussions sur la propriété intellectuelle et ne soit pas, en fait, un synonyme des expressions "divulgué au public" ou "accessible au public" (à cet égard, on se reportera aussi au document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8 "Note sur les significations du terme "domaine public" dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore");

³³ L'article 13 de la loi n° 27811 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques dispose ce qui suit : "un savoir collectif est considéré comme faisant partie du domaine public quand il a été accessible à des personnes étrangères aux peuples autochtones par des moyens de communication de masse, par exemple par des publications, ou, s'agissant des propriétés, des usages et des caractéristiques d'une ressource biologique, lorsque celles-ci sont connues de façon massive en dehors de ces peuples et de ces communautés autochtones". La loi est disponible à l'adresse suivante :

<http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=3420>.

³⁴ Voir plus haut note 10, page 96.

³⁵ Id. Page 75

- Les savoirs traditionnels dont l'accès au public est restreint. Par exemple, certains registres de savoirs traditionnels sont uniquement conservés dans une bibliothèque, des archives ou une autre collection de documents. Bien que ces registres soient divulgués au public, leur accès est réservé;
- Les savoirs traditionnels qui sont détenus par les communautés autochtones et locales et divulgués au sein de ces communautés. Au sein des communautés autochtones et locales, la divulgation peut être effectuée par des personnes précises à des personnes ou à des groupes précis à des moments précis, en des endroits précis, dans des manières précises et à des fins précises; et
- Les savoirs traditionnels secrets et confidentiels détenus par des personnes ou des classes de personnes précises au sein des communautés autochtones et locales qui sont leurs dépositaires traditionnels. Ces savoirs traditionnels ne sont même pas accessibles aux autres membres des communautés autochtones et locales.

27. Sur le plan de la propriété intellectuelle et, plus particulièrement, des travaux du comité intergouvernemental, on peut formuler les observations suivantes :

- Les savoirs traditionnels divulgués au public ne sont nécessairement accessibles aux examinateurs de brevets en tant que partie de "l'état de la technique". C'est pourquoi certaines initiatives ont cherché à enregistrer les savoirs traditionnels en tant qu'état de la technique afin d'empêcher les inventions ultérieures qui reposent sur ces savoirs de satisfaire l'exigence de nouveauté de la loi sur les brevets³⁶;
- Une lacune signalée dans le document "Protection des savoirs traditionnels : projet d'analyse des lacunes y relatives : version révisée" (WIPO/GRTKF/IC/13/5(b)Rev.) concerne la possibilité que les savoirs traditionnels divulgués au public ne soient pas protégés par les dispositions actuelles de protection de la propriété intellectuelle³⁷. Par ailleurs, ainsi qu'il est indiqué dans le même document (WIPO/GRTKF/IC/13/5(b)Rev.), il est possible que les savoirs traditionnels non divulgués soient protégés par le droit international de la propriété intellectuelle en tant qu'informations générales non divulguées. Néanmoins, il n'existe pas de norme expresse concernant : i) les savoirs traditionnels divulgués aux communautés locales et aux peuples autochtones; et ii) la divulgation des savoirs traditionnels limitée par le droit coutumier³⁸;
- Une délégation auprès du comité intergouvernemental a déclaré que quelques savoirs, qui pourraient être considérés comme des savoirs traditionnels, peuvent déjà être largement diffusés partout dans le monde soit sous la forme de savoirs communs soit sous celle de savoirs largement utilisés, et qu'une partie au moins de ces savoirs pouvait donc être utilisée par le public sans aucune restriction. Les tentatives faites pour saisir des informations publiques existantes et réaffirmer un droit de propriété privée rétrospectivement devraient être examinées³⁹;
- L'article 8.2 du document "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/17/5) indique : "[l]es autorités nationales doivent en particulier exclure du principe du consentement préalable donné en connaissance de cause l'usage loyal d'un savoir traditionnel qui est déjà *d'un*

³⁶ Elizabeth Longacre, *Advancing Science while Protecting Developing Countries from Exploitation of Their Resources and Knowledge*, 13 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 963, 1003 (2003)

³⁷ Voir plus haut note 7, page 5 de l'annexe II

³⁸ Voir plus haut note 7 page 4 de l'annexe II

³⁹ Intervention de la délégation des États-Unis d'Amérique durant la onzième session du comité. Voir le paragraphe 299 du rapport de la onzième session (WIPO/GRTKF/IC/11/15).

accès facile pour le grand public, à condition que les utilisateurs de ce savoir traditionnel fournissent une rémunération équitable en échange de l'usage industriel ou commercial qu'ils en feront"⁴⁰ (pas d'italiques dans l'original);

- L'article 11 du même document indique que registres de savoirs traditionnels "ne doivent pas compromettre le statut de savoirs traditionnels non encore divulgués, ni les intérêts des détenteurs par rapport à des éléments non divulgués de leurs savoirs"⁴¹.

a) Savoirs traditionnels directement détenus par les communautés autochtones et locales et savoirs traditionnels qui ne sont plus détenus par les communautés autochtones et locales

28. Cette distinction pourrait être liée aux notions de savoirs traditionnels "divulgués" et "non divulgués".
29. Certains savoirs traditionnels sont encore directement et exclusivement détenus par les communautés autochtones et locales. Ces savoirs sont directement accessibles aux communautés autochtones et locales qui les détiennent et les observent dans leurs pratiques.
30. Par ailleurs, certains savoirs traditionnels ne sont plus détenus par les communautés autochtones et locales. Ils peuvent être indirectement obtenus à partir de supports enregistrés ou d'autres sources d'information et non pas directement des communautés autochtones et locales.
31. Sur le plan de la propriété intellectuelle et, plus particulièrement, des travaux du comité intergouvernemental, une délégation auprès du comité a demandé si les savoirs traditionnels qui n'étaient plus détenus par les communautés autochtones et locales seraient pris en considération lorsque les savoirs traditionnels seront définis⁴².

b) Savoirs traditionnels détenus par les communautés autochtones

32. Les termes "détenteur" et "détenus par" sont utilisés par la CDB et son Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation⁴³. En vertu de l'article 8.j) de la CDB, "[c]haque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra : ... j) sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de

⁴⁰ Article 8.2 du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/17/5)

⁴¹ Article 11 du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/17/5)

⁴² Intervention de la délégation de la Suisse durant la onzième session du comité. Voir le paragraphe 294 du rapport adopté durant la onzième session (WIPO/GRTKF/IC/11/15).

⁴³ Le texte préliminaire sans retouche du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation est disponible à l'adresse <http://www.cbd.int/cop/cop-10/doc/advance-final-unedited-texts/advance-unedited-version-ABS-Protocol-footnote-en.doc>.

l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques; ...". Le paragraphe 22 du préambule du protocole de Nagoya déclare : "[l]es Parties au présent Protocole ... [r]econnaissant la diversité des circonstances dans lesquelles les savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques sont détenus par les communautés autochtones et locales ou la propriété de ces dernières ...". Le paragraphe 23 du préambule déclare : "[l]es Parties au présent Protocole ... conscientes que les communautés autochtones et locales ont le droit d'identifier les détenteurs légitimes de leurs savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques, au sein de leurs communautés...". Le premier alinéa de l'article 5 *bis* prévoit que "[c]onformément au droit national, chaque Partie prendra les mesures appropriées pour veiller à ce que les savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques et détenus par les communautés autochtones et locales soient accessibles avec le consentement préalable et en connaissance de cause ou l'approbation et la participation de ces les communautés autochtones et locales et à ce que les conditions convenues d'un commun accord aient été fixées".

3) Savoirs traditionnels sacrés et savoirs traditionnels profanes

33. Le mot "sacré" désigne "toute expression des savoirs traditionnels qui symbolise des croyances, des pratiques ou des coutumes religieuses et spirituelles ou qui relève de ces dernières. Il est l'opposé de profane, dont les formes extrêmes sont des formes commercialement exploitées de savoirs traditionnels"⁴⁴. Le mot "savoirs traditionnels sacrés" désigne les savoirs traditionnels qui comportent des éléments religieux et spirituels, tels que les totems, les cérémonies spéciales, les objets sacrés, les savoirs sacrés, les prières, les chants et les interprétations et exécutions ainsi que les symboles sacrés, et il désigne également les savoirs traditionnels sacrés associés aux espèces sacrées de végétaux, d'animaux, de minéraux et de microorganismes ainsi que les sites sacrés. Le caractère sacré des savoirs traditionnels dépend de la question de savoir s'ils revêtent une dimension sacrée pour la communauté concernée. De nombreux savoirs sacrés, par définition, ne sont pas commercialisés mais certains objets et sites sacrés sont commercialisés à des fins différentes par les communautés religieuses et spirituelles elles-mêmes ou par des personnes qui y sont étrangères.
34. Dans le Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (cité plus haut), il est indiqué que plusieurs domaines, dont les modes traditionnels de résolution des problèmes ou les connaissances médicales, sont interdépendants d'un point de vue spirituel. Les aspects spirituels de la guérison qui précèdent l'administration de certains médicaments traditionnels sont considérés comme très importants, par exemple, dans tous les pays d'Afrique occidentale bien qu'il soit admis qu'ils ne puissent pas faire l'objet d'un examen scientifique approfondi⁴⁵. Dans certains systèmes de savoirs traditionnels, les croyances immatérielles et les codes culturels sont censés expliquer ou guider les conséquences des transactions matérielles⁴⁶. Au Pérou, certains "savoirs se transmettaient de génération en génération, sous forme d'un "livre" sacré mais non écrit"⁴⁷. Au sein des communautés autochtones et locales, les éléments essentiels des savoirs traditionnels sacrés et secrets sont considérés de différentes manières et sont stockés, transmis et enregistrés de diverses manières.

⁴⁴ Daniel J. Gervais, *Spiritual but not Intellectual : the Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge*, 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 467, 469-490 (2003)

⁴⁵ Voir plus haut note 10, page 146 et 157.

⁴⁶ Gupta, A., "Rewarding Traditional Knowledge and Contemporary Grassroots Creativity : The Role of Intellectual Property Protection", conservé dans les archives du Secrétariat.

⁴⁷ Voir plus haut note 10, page 171.

35. Sur le plan de la propriété intellectuelle et, plus particulièrement, des travaux du comité intergouvernemental, on peut formuler les observations suivantes :
- Une délégation a demandé si les savoirs traditionnels sacrés seraient considérés lorsque les savoirs traditionnels seront définis⁴⁸. À cet égard, une autre délégation a posé les questions sous trois angles : que faut-il entendre par traditionnel, que faut-il entendre par savoirs et que faut-il protéger? C'est ainsi par exemple que d'aucuns pensaient qu'il fallait inclure la spiritualité ou les religions dans les savoirs traditionnels alors que d'autres étaient eux d'avis qu'il fallait limiter les savoirs traditionnels aux savoirs techniques⁴⁹;
 - En règle générale, les savoirs traditionnels sacrés ne sont pas divulgués ou le sont dans des contextes et des conditions particuliers à des membres des communautés autochtones et locales, bien que certains savoirs puissent être divulgués aux personnes extérieures aux communautés autochtones et locales dans des conditions particulières. Ainsi qu'il est indiqué ci-dessus et dans le document "Projet d'analyse des lacunes y relatives : version révisée" (WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.), les savoirs traditionnels non divulgués peuvent être protégés en tant qu'éléments non divulgués par la législation internationale en matière de propriété intellectuelle. Néanmoins, des considérations particulières peuvent s'appliquer aux savoirs qui ont une valeur spirituelle et culturelle, et non commerciale, pour la communauté⁵⁰.

4) Savoirs traditionnels "en tant que tels" et innovations et créations fondées sur les savoirs traditionnels

36. Cette distinction présente une importance particulière pour une analyse de la propriété intellectuelle. Les savoirs traditionnels "en tant que tels" désignent les systèmes de savoir, les créations et les innovations qui se transmettent généralement de génération en génération, sont généralement considérés comme appartenant à un peuple particulier ou à son territoire et sont en mutation constante dans un environnement en évolution⁵¹. Il est souvent considéré que la tradition n'est qu'une question d'imitation et de reproduction, alors qu'elle suppose également d'innover et de créer dans le cadre traditionnel⁵². La tradition n'est pas immuable⁵³. Les savoirs traditionnels sont eux-mêmes le fruit de la créativité et des créations intellectuelles dans un "contexte traditionnel".
37. L'expression "innovations et créations fondées sur les savoirs traditionnels" désigne les innovations et les créations fondées sur les savoirs traditionnels "en tant que tels", conçues et créées en dehors d'un "contexte traditionnel". Ces innovations et ces créations peuvent être l'œuvre des communautés autochtones et locales ou de certains de leurs membres comme elle peuvent aussi être l'œuvre de tiers n'appartenant pas à ces communautés. Les innovations et les créations fondées sur les savoirs traditionnels ne sont pas conçues dans un "contexte traditionnel"; en d'autres termes, elles ne sont pas : "i) engendrées, préservées et transmises dans un contexte traditionnel et intergénérationnel; ii) associées de façon distinctive à une communauté ou à un peuple

⁴⁸ Intervention de la délégation de la Nouvelle-Zélande durant la onzième session du comité. Voir le paragraphe 220 du rapport adopté durant la onzième session (WIPO/GRTKF/IC/11/15).

⁴⁹ Intervention de la délégation du Japon durant la onzième session du comité. Voir le paragraphe 296 du rapport adopté durant la onzième session (WIPO/GRTKF/IC/11/15).

⁵⁰ Voir plus haut note 7, pages 11 et 16 de l'annexe II.

⁵¹ Voir plus haut note 10, page 25.

⁵² Analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles (WIPO/GRTKF/IC/5/3), paragraphe 8 de l'annexe.

⁵³ Idem

traditionnel ou autochtone et, à ce titre, préservées et transmises d'une génération à l'autre; et iii) indissociablement liées à l'identité culturelle d'une communauté ou d'un peuple autochtone ou traditionnel qui est reconnu comme détenant le savoir en tant que dépositaire, gardien ou entité investie d'une propriété ou d'une responsabilité culturelle collective en la matière"⁵⁴.

38. Dans le même ordre d'idées, une délégation auprès du comité a fait observer qu'une distinction pouvait être établie entre la "base des savoirs traditionnels" et les "innovations et créations fondées sur les savoirs traditionnels". L'expression "base des savoirs traditionnels" désigne les savoirs traditionnels eux-mêmes tandis que l'expression "innovations et créations fondées sur les savoirs traditionnels" repose sur la "base des savoirs traditionnels" ou s'inspire de cette dernière⁵⁵.
39. Toutefois, dans la pratique, la distinction entre les savoirs traditionnels "en tant que tels" et les innovations et créations fondées sur les savoirs traditionnels peut être vague et incertaine.
40. Sur le plan de la propriété intellectuelle et, plus particulièrement, des travaux du comité intergouvernemental, on peut formuler les observations suivantes :
- Les systèmes classiques de propriété intellectuelle peuvent protéger les innovations et les créations fondées sur les savoirs traditionnels, mais pas les savoirs traditionnels eux-mêmes⁵⁶;
 - Ainsi qu'il est indiqué dans le "Projet d'analyse des lacunes y relatives : version révisée" (WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.), il se peut que planent des incertitudes sur la manière d'appliquer les normes de nouveauté, d'activité inventive et d'utilité pour les inventions revendiquées que sont les savoirs traditionnels en tant que tels, or issus de savoirs traditionnels, ou élaborés dans un système de savoirs traditionnels. De surcroît, il se peut que planent des incertitudes sur la manière dont le demandeur approprié doit être déterminé, par exemple lorsque des savoirs traditionnels brevetables sont élaborés au sein d'une communauté traditionnelle ou communauté collective⁵⁷.

5) Savoirs autochtones et savoirs traditionnels

41. Ainsi qu'il est indiqué dans le Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), cité ci-dessus, les "savoirs autochtones" peuvent servir à décrire des savoirs détenus et utilisés par des

⁵⁴ Article 4 du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/17/5)

⁵⁵ Intervention de la délégation de la Nouvelle-Zélande durant la onzième session du comité. Voir le paragraphe 309 du rapport adopté durant la onzième session (WIPO/GRTKF/IC/11/15); voir également "La protection des savoirs traditionnels : additif au recueil d'observations écrites (WIPO/GRTKF/IC/11/5(a) Add.), page 10 de l'annexe.

⁵⁶ Intervention de la délégation de la Nouvelle-Zélande durant la onzième session du comité. Voir le paragraphe 309 du rapport adopté durant la onzième session (WIPO/GRTKF/IC/11/15).

⁵⁷ Voir plus haut note 7, page 9 de l'annexe I.

communautés, des peuples et des nations qui sont “autochtones”⁵⁸. En ce sens, les “savoirs autochtones” seraient les savoirs traditionnels des peuples autochtones. Les savoirs autochtones font donc partie de la catégorie des savoirs traditionnels mais les savoirs traditionnels ne sont pas nécessairement autochtones⁵⁹.

42. Dans les documents du comité, il a été proposé que le mot “traditionnels” englobe les savoirs qui sont : “i) engendrés, préservés et transmis dans un contexte traditionnel et intergénérationnel; ii) associés de façon distinctive à une communauté ou à un peuple traditionnel ou autochtone et, à ce titre, préservés et transmis d’une génération à l’autre; et iii) indissociablement liés à l’identité culturelle d’une communauté ou d’un peuple autochtone ou traditionnel qui est reconnu comme détenant le savoir en tant que dépositaire, gardien ou entité investie d’une propriété ou d’une responsabilité culturelle collective en la matière. Ce lien peut être établi officiellement ou de manière informelle par les pratiques, lois ou protocoles coutumiers”⁶⁰.

6) Savoirs traditionnels individuels et savoirs traditionnels collectifs

43. En règle générale, les savoirs traditionnels sont conçus collectivement ou considérés comme appartenant collectivement à une communauté autochtone ou locale, ou à des groupes de personnes au sein de cette communauté. Dans certains pays, les législations nationales contiennent des dispositions reconnaissant la propriété collective ou des dépositaires collectifs de savoirs traditionnels, notamment pour les communautés autochtones et locales et particulièrement dans le domaine de la diversité biologique ou des ressources génétiques. Par exemple, au Pérou, l’article 2.b) de la loi n° 27811 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques définit les “savoirs collectifs” comme étant “les savoirs accumulés d’une génération à l’autre par les peuples et communautés autochtones sur les propriétés, utilisations et caractéristiques de la diversité biologique”⁶¹. De plus, l’article 10 déclare que les savoirs collectifs protégés par le présent régime sont ceux qui appartiennent à un peuple autochtone et non à des personnes précises. Ces savoirs collectifs peuvent appartenir à deux ou plusieurs peuples autochtones⁶². Certains savoirs traditionnels peuvent être partagés par plusieurs communautés autochtones et locales, voire par plusieurs communautés autochtones et locales dans plusieurs pays.
44. Cela étant, un membre donné d’une communauté, tel qu’un guérisseur traditionnel ou un agriculteur, peut détenir un savoir particulier⁶³. Ce droit est reconnu dans certaines législations nationales et régionales. Par exemple, le Protocole de Swakopmund relatif à

⁵⁸ Il est également indiqué que l’expression “savoirs autochtones” désigne les savoirs qui sont en soi “autochtones”. En ce sens, les termes “savoirs traditionnels” et “savoirs autochtones” sont interchangeable. Voir le Rapport de l’OMPI sur les missions d’enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999) “Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle”, page 23-24

⁵⁹ Voir plus haut note 10, page 23.

⁶⁰ Voir plus haut note 54.

⁶¹ Article 2.b) de la loi n° 27811 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques, disponible à l’adresse <http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=3420>.

⁶² Article 10 de la loi n° 27811 établissant le régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques, disponible à l’adresse <http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=3420>.

⁶³ Commentaire sur l’article 5 du document intitulé “La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés” (WIPO/GRTKF/IC/17/5)

la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore, récemment adopté par les États membres de l'ARIPO, prévoit des dispositions relatives aux savoirs traditionnels collectifs et aux savoirs traditionnels collectifs.

45. Sur le plan de la propriété intellectuelle et, plus particulièrement, des travaux du comité intergouvernemental, on peut formuler les observations suivantes :
- Les lois et les pratiques coutumières peuvent être décisives pour déterminer si des personnes détiennent des savoirs traditionnels et, si tel est le cas, de quelles personnes il s'agit⁶⁴;
 - Une lacune signalée dans le document projet d'analyse des lacunes y relatives : version révisée (WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.) concerne le fait que les mécanismes juridiques actuels font normalement reposer l'octroi de droits de propriété intellectuelle sur une personne ou un petit groupe de personnes (comme un inventeur ou plusieurs inventeurs reconnus). Quelques formes de propriété intellectuelle peuvent dans une certaine mesure reconnaître une entité collective comme étant habilitée à exercer des droits sur une matière protégée et à en bénéficier. En général cependant, il n'y a pas de système de reconnaissance de la propriété communautaire ou collective, de garde ou d'autres formes d'autorité ou de droit sur leurs savoirs ou sur des éléments distincts de ces savoirs⁶⁵.

7) Savoirs traditionnels commercialisés et savoirs traditionnels non commercialisés

46. Certains savoirs traditionnels ont déjà été commercialisés. La "commercialisation" peut être définie comme étant l'échange de bien et de services du point de production au point de consommation⁶⁶. La commercialisation se fait dans le cadre d'un système commercial ou monétaire. Les savoirs traditionnels peuvent être commercialisés qu'élément des branches d'activité traditionnelles locales ou des entreprises communautaires ou en tant qu'élément d'un accord commercial conclu avec un tiers⁶⁷. Cependant, bon nombre de savoirs traditionnels n'ont pas été commercialisés.
47. Sur le plan de la propriété intellectuelle et, plus particulièrement, des travaux du comité intergouvernemental, une délégation auprès du comité intergouvernemental a demandé si les savoirs traditionnels qui étaient déjà tombés dans le domaine public sans avoir été antérieurement commercialisés seraient pris en considération lorsqu'il serait question de la protection des savoirs traditionnels?⁶⁸
48. Un représentant d'une communauté autochtone a déclaré que le fait de présenter les savoirs traditionnels sur le plan de la propriété intellectuelle modifiait leur nature et offrait un contexte dans lequel ils ne pouvaient être protégés qu'en tant que savoirs commerciaux et que cela facilitait leur transformation en marchandises et ne fournissait que des protections à court terme plutôt qu'une protection perpétuelle en vertu du droit coutumier⁶⁹.

[L'appendice suit]

⁶⁴ Idem

⁶⁵ Voir plus haut note 7, page 28 de l'annexe I.

⁶⁶ Voir l'article de Wikipedia sur le "commerce" à l'adresse <http://fr.wikipedia.org/wiki/Commerce>.

⁶⁷ Voir plus haut note 22, page 8 de l'annexe.

⁶⁸ Intervention de la délégation de l'Espagne, parlant au nom de l'Union européenne et de ses États membres, durant la seizième session du comité, voir le paragraphe 153 du Projet de rapport sur la seizième session (WIPO/GRTKF/IC/16/8 Prov.).

⁶⁹ Mme Harry a présenté un exposé à une séance lors de la quinzième session du comité. Voir le rapport de la quinzième session (WIPO/GRTKF/IC/15/7).

APPENDICE

GLOSSAIRE DES TERMES UTILISÉS DANS LE PRÉSENT DOCUMENT

Ce bref glossaire est destiné à aider les participants du comité à comprendre certains des termes utilisés dans le présent document. Les définitions ci-dessous sont sans préjudice de tout autre glossaire ou définition figurant dans les précédents documents du comité ou dans d'autres instances ou instruments internationaux, régionaux ou nationaux. Les définitions ne sont pas convenues ni exhaustives; elles font actuellement l'objet d'un débat et sont simplement destinées à faciliter la lecture du présent document.

Aux fins du présent document uniquement :

1. le terme "savoirs traditionnels codifiés" désigne des savoirs traditionnels qui se présentent sous une forme systématique et structurée, dans laquelle les savoirs sont ordonnés, organisés, classés et catégorisés d'une certaine manière;
2. le terme "savoirs traditionnels collectifs" désigne des savoirs traditionnels conçus collectivement ou considérés comme appartenant collectivement à une communauté autochtone ou locale ou à des groupes de personnes au sein de cette communauté.
3. le terme "savoirs traditionnels fixés" désigne des savoirs traditionnels enregistrés sur un matériel suffisamment stable ou sous une forme suffisamment tangible.
4. le terme "savoirs traditionnels divulgués" désigne des savoirs traditionnels qui sont accessibles aux personnes n'appartenant pas à la communauté autochtone ou locale considérée comme le "détenteur" du savoir traditionnel; Ces savoirs traditionnels peuvent être largement accessibles au public sur un support physique, l'Internet ou d'autres types de télécommunications ou d'enregistrements; Ces savoirs peuvent être divulgués à des tiers ou à des personnes n'appartenant pas aux communautés autochtones et locales dont sont ces savoirs issus, avec ou sans l'autorisation des communautés autochtones et locales.
5. le terme "savoirs traditionnels 'en tant que tels'" désigne des systèmes de savoirs, des créations et des innovations 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;
6. les "innovations et créations fondées sur les savoirs traditionnels" désignent des innovations et des créations fondées sur des savoirs traditionnels en tant que tels, conçus et créés en dehors d'un "contexte traditionnel";
7. le terme "enregistrer" signifie transcrire afin de transmettre des preuves;
8. le terme "verbal" signifie "qui se fait, s'exprime par des mots (et non par d'autres moyens d'expression)";
9. le terme "écrit" signifie "consigné, noté par écrit".

[Fin de l'appendice et du document]