

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

Quarante-neuvième session
Genève, 2 – 6 décembre 2024

LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS : PROJET ACTUALISÉ D'ANALYSE DES LACUNES

Document établi par le Secrétariat

1. À sa douzième session tenue à Genève du 25 au 29 février 2008, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI (IGC) a décidé que le Secrétariat, en tenant compte des travaux préalables du comité, élaborerait, comme document de travail pour sa treizième session, un document qui :

- a) indiquerait les obligations, dispositions et possibilités déjà existantes au niveau international en vue de protéger les savoirs traditionnels;
- b) indiquerait les lacunes existant au niveau international et illustrerait ces lacunes, dans la mesure du possible, à l'aide d'exemples précis;
- c) énoncerait les motifs pertinents en vue de déterminer s'il est nécessaire de remédier à ces lacunes;
- d) indiquerait quelles sont les options existantes ou susceptibles d'être élaborées pour remédier aux lacunes qui auront été recensées, notamment les options juridiques et autres, aux niveaux international, régional ou national;
- e) contiendrait une annexe comprenant un tableau correspondant aux éléments mentionnés aux points a) à d).

2. Le Secrétariat a été invité à “formuler les définitions de travail ou les autres éléments à partir desquels l’analyse est réalisée”.
3. Un avant-projet de l’analyse des lacunes en matière de protection des savoirs traditionnels a été établi à l’époque par le Secrétariat et diffusé auprès des membres de l’IGC en vue d’observations. Compte tenu des observations reçues¹, un nouveau projet d’analyse des lacunes a été établi et mis à disposition dans le document WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. pour la treizième session de l’IGC qui s’est tenue du 13 au 17 octobre 2008.
4. Une décision identique avait été prise à la douzième session de l’IGC concernant les expressions culturelles traditionnelles, ce qui fait que, pour sa treizième session, l’IGC avait deux projets d’analyse des lacunes à examiner, contenus dans les documents WIPO/GRTKF/IC/13/4(b) Rev. (pour les expressions culturelles traditionnelles) et WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. (pour les savoirs traditionnels).
5. À ce stade, l’IGC avait examiné de manière approfondie les options juridiques et de politique générale dans le domaine de la protection des savoirs traditionnels. Le bilan avait été établi sur la base d’analyses minutieuses de mécanismes juridiques nationaux et régionaux, d’exposés d’experts sur diverses expériences nationales, d’éléments communs de la protection des savoirs traditionnels, d’études de cas, d’enquêtes en cours sur le cadre international juridique et de politique générale, ainsi que de principes et objectifs fondamentaux de la protection des savoirs traditionnels ayant recueilli une certaine adhésion lors de sessions antérieures du comité. Conformément à la demande du comité, ces activités de base antérieures ont été résumées dans le document WIPO/GRTKF/IC/13/5(a), qui complète le projet d’analyse des lacunes contenu dans le document WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.
6. À sa treizième session tenue en octobre 2008, l’IGC n’a pas examiné de manière approfondie le document WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev². et les décisions prises lors de cette session indiquent simplement que le comité a “pris note” du document³. L’IGC n’a pas décidé d’examiner ce document lors de futures sessions.
7. En 2017, l’Assemblée générale de l’OMPI a prié le Secrétariat de “mettre à jour les analyses des lacunes réalisées en 2008 concernant les systèmes de protection en vigueur dans le domaine des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles”.
8. Conformément à cette décision, l’annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/37/6 contenait une version actualisée du projet d’analyse des lacunes en matière de protection des savoirs traditionnels de 2008. La structure, le format et le contenu de l’analyse des lacunes antérieure étaient pour l’essentiel inchangés, sauf lorsque des instruments internationaux plus récents ou des faits nouveaux survenus dans le domaine législatif ou politique étaient indiqués. Ladite version était donc, conformément à la demande de l’IGC, essentiellement une “actualisation”. Plus précisément, des modifications avaient été apportées aux paragraphes 3-6, 12-13, 15, 16-17, 21-24, 33, 35, 39, 54, 59-61, 66, 71-73, 75, 81-84, 94, 98, 101, 108, 111-113, 117, 122, 125-126, 131, 134, 136, 138, 140, 142 et 147. L’annexe II contenait un tableau correspondant aux éléments mentionnés aux points a) à d) indiqués plus haut. Le même document a été rediffusé pour les trente-huitième, trente-neuvième, quarantième, quarante-quatrième, quarante-cinquième, quarante-sixième et quarante-septième sessions de l’IGC et est rediffusé pour la présente session également.

¹ Les observations reçues à l’époque peuvent toujours être consultées sur le site Web de l’OMPI à l’adresse <https://www.wipo.int/tk/fr/igc/gap-analyses.html>.

² WIPO/GRTKF/IC/13/11.

³ WIPO/GRTKF/IC/13/DECISIONS.

9. Le projet actualisé d'analyse des lacunes et le tableau actualisé sont joints en annexe au présent document.

10. Le comité est invité à examiner le projet actualisé d'analyse des lacunes et le tableau actualisé contenus dans les annexes I et II.

[Les annexes suivent]

PROJET ACTUALISÉ D'ANALYSE DES LACUNES
EN MATIÈRE DE PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS

TABLE DES MATIÈRES

I.	INTRODUCTION.....	3
II.	DEFINITIONS DE TRAVAIL ET AUTRES ELEMENTS D'ANALYSE.....	3
	A) DEFINITIONS DE TRAVAIL	3
	B) AUTRES ELEMENTS A PARTIR DESQUELS L'ANALYSE EST REALISEE.....	5
	i) La notion de "protection"	5
	ii) Lien avec l'analyse des lacunes en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles.....	8
	iii) Diverses caractéristiques des savoirs traditionnels	8
	iv) La nature des "lacunes" à recenser.....	9
III.	OBLIGATIONS, DISPOSITIONS ET POSSIBILITES DE PROTECTION EXISTANTES..	10
	A) PROTECTION EN VERTU D'INSTRUMENTS INTERNATIONAUX EXISTANTS DANS LE DOMAINE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE	11
	i) Protection positive des savoirs traditionnels au moyen de brevets.....	11
	ii) Protection défensive des savoirs traditionnels dans le système des brevets .	13
	iii) Obligations de divulgation propres aux savoirs traditionnels	14
	iv) Savoirs traditionnels non divulgués.....	15
	v) Concurrence déloyale	16
	vi) Signes distinctifs	18
	vii) Droit des dessins et modèles industriels	18
	viii) Droit d'auteur et droits connexes.....	19
	B) DANS D'AUTRES DOMAINES DU DROIT PUBLIC INTERNATIONAL.....	20
	i) Convention sur la diversité biologique.....	20
	ii) Protocole de Nagoya.....	20
	iii) Traité international de la FAO	21
	iv) Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification.....	21
	C) AUTRES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX.....	21
	i) Lignes directrices de Bonn	21
	ii) Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.....	22
	iii) Déclaration d'Interlaken sur les ressources zoogénétiques.....	22
IV.	LACUNES EXISTANT AU NIVEAU INTERNATIONAL.....	23
	A) LACUNES DANS LA DEFINITION OU L'IDENTIFICATION DES SAVOIRS TRADITIONNELS DEVANT ETRE PROTEGES.....	23
	B) LACUNES DANS LES OBJECTIFS OU LES MOTIFS DE PROTECTION	24
	C) LACUNES DANS LES MECANISMES JURIDIQUES EXISTANTS	25
	i) Objet qui n'est pas couvert par le droit existant de la propriété intellectuelle . Savoirs traditionnels qui ne sont pas couverts par les formes existantes de protection de la propriété intellectuelle.....	26
	Innovation cumulative et collective au cours des générations au sein de la communauté	27
	ii) Bénéficiaires ou détenteurs de droits pas reconnus	28
	Reconnaissance des droits collectifs, des intérêts et des droits dans un système de savoirs traditionnels	28
	iii) Clarifier ou confirmer l'application des principes existants aux savoirs traditionnels.....	28
	Une règle s'appliquant expressément aux principes de la concession de brevets dans le contexte des savoirs traditionnels.....	28
	iv) Formes de protection non fournies dans le cadre des normes internationales en vigueur.....	29
	Une exigence particulière en matière divulgation concernant les savoirs traditionnels.....	29

	<i>Protection contre l'enrichissement injuste, l'appropriation illicite ou l'utilisation abusive des savoirs traditionnels</i>	30
	<i>Consentement préalable en connaissance de cause</i>	31
	<i>Un droit à la reconnaissance et à l'intégrité</i>	32
v)	<i>Absence du droit d'obtenir une rémunération ou d'autres avantages</i>	32
V.	ÉLÉMENTS A PRENDRE EN CONSIDERATION POUR DETERMINER S'IL EST NECESSAIRE DE REMEDIER A CES LACUNES	33
A)	ÉLÉMENTS DE FOND	34
i)	<i>Législation et politiques internationales</i>	34
ii)	<i>Éléments à prendre en considération aux niveaux social, culturel, politique et économique</i>	35
iii)	<i>Importance de la protection des savoirs traditionnels dans le cadre plus général de l'élaboration des politiques et réglementations</i>	36
B)	CONSIDERATIONS DE FORME OU RELATIVES AUX PROCESSUS	36
i)	<i>Considérations particulières de forme ou relatives aux processus</i>	36
ii)	<i>Éléments particuliers pouvant mettre en balance le fait de remédier aux lacunes</i>	37
VI.	OPTIONS EXISTANTES OU SUSCEPTIBLES D'ETRE ELABOREES POUR REMEDIER AUX LACUNES QUI AURONT ETE RECENSEES	37
A)	OPTIONS JURIDIQUES ET AUTRES OPTIONS AU NIVEAU INTERNATIONAL	38
i)	<i>Un instrument international contraignant ou plusieurs</i>	38
ii)	<i>Des interprétations ou définitions d'instruments juridiques existants</i>	38
iii)	<i>Un instrument international normatif non contraignant</i>	39
iv)	<i>Une résolution, déclaration ou décision politique de haut niveau</i>	40
v)	<i>Une coordination renforcée grâce à l'adoption de principes directeurs ou de lois types</i>	41
vi)	<i>La coordination des progrès accomplis au niveau national sur le plan législatif</i>	42
vii)	<i>Coordination et coopération en matière de renforcement des capacités et initiatives concrètes</i>	43
	<i>Renforcement des capacités et documents de fond pour les initiatives d'ordre juridique et politique</i>	43
	<i>Renforcement des capacités pratiques des détenteurs de savoirs traditionnels</i>	44
	<i>Coopération et coordination interinstitutions au sein du système des Nations Unies</i>	45
	<i>Sensibilisation et renforcement des capacités du grand public</i>	45
B)	OPTIONS JURIDIQUES ET AUTRES OPTIONS AU NIVEAU REGIONAL	45
C)	OPTIONS JURIDIQUES ET AUTRES OPTIONS AU NIVEAU NATIONAL	46

I. INTRODUCTION

1. Le document ci-après contient une brève introduction et cinq sections, qui correspondent aux éléments énoncés dans la décision prise par le comité à sa douzième session, à savoir :

- Section II : définitions de travail ou autres éléments à partir desquels l'analyse est réalisée;
- Section III : obligations, dispositions et possibilités déjà existantes au niveau international en vue de protéger les savoirs traditionnels (sous-alinéa a) dans la décision);
- Section IV : lacunes existant au niveau international, les illustrant dans la mesure du possible avec des exemples spécifiques (point b) de la décision);
- Section V : motifs pertinents en vue de déterminer s'il est nécessaire de remédier à ces lacunes (point c) de la décision);
- Section VI : options existantes ou susceptibles d'être élaborées pour remédier aux lacunes qui auront été recensées, notamment les options juridiques et autres, aux niveaux international, régional ou national (point d) de la décision).

2. L'annexe II contient un tableau correspondant aux éléments mentionnés dans ces sections (points a) à d) de la décision du comité).

II. DEFINITIONS DE TRAVAIL ET AUTRES ELEMENTS D'ANALYSE

A) Définitions de travail

3. Il n'existe aucune définition généralement admise au niveau international des "savoirs traditionnels" proprement dits. Certains instruments internationaux se réfèrent à des notions connexes telles que :

- les connaissances, les innovations et les pratiques des communautés locales et autochtones qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique¹;
- les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques²;
- les connaissances traditionnelles présentant un intérêt pour les ressources phytogénétiques ayant trait à l'alimentation et l'agriculture³;
- le patrimoine culturel, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles, ainsi que les manifestations des sciences, techniques et culture, y compris les ressources humaines et génétiques, les semences, la pharmacopée, la connaissance des propriétés de la faune et de la flore, les traditions orales, la littérature, l'esthétique, les sports et jeux traditionnels et les arts visuels et du spectacle⁴;
- les savoirs traditionnels relatifs à l'élevage et à la production animale⁵.

¹ Art 8.j) de la Convention sur la diversité biologique.

² Article 7 du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique (Protocole de Nagoya).

³ Article 9.2.a) du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

⁴ Article 31 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, document WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6.

⁵ Paragraphe 12 de la Déclaration d'Interlaken sur les ressources zoogénétiques.

4. Le présent projet d'analyse des lacunes doit être élaboré en prenant en considération les "savoirs traditionnels" proprement dits et non une notion plus particulière comme les savoirs traditionnels liés à la diversité biologique, les connaissances présentant un intérêt pour les ressources phytogénétiques ou zoogénétiques ou les savoirs traditionnels détenus par des peuples autochtones (également appelés "savoirs autochtones"); ces notions plus précises peuvent être considérées comme s'inscrivant dans la notion plus large de "savoirs traditionnels". Toutefois, étant donné qu'une analyse séparée des lacunes est nécessaire en ce qui concerne les "expressions culturelles traditionnelles", tout semble indiquer que l'analyse devrait porter sur les savoirs traditionnels au sens strict du terme (savoirs traditionnels *stricto sensu*) plutôt que sur la notion élargie de savoirs traditionnels qui a parfois été utilisé d'une manière plus descriptive. Par conséquent, aux fins de la présente analyse, le terme "savoirs traditionnels" s'entend généralement des savoirs proprement dits, en particulier ceux qui résultent de l'activité intellectuelle exercée dans un contexte traditionnel, et comprennent le savoir-faire, les pratiques, les techniques et les innovations. Cette description générale des savoirs traditionnels est fondée sur les travaux du comité lui-même⁶.

5. L'analyse des lacunes part également de l'hypothèse que, dans le cadre de l'examen des lacunes en matière de protection juridique, il convient peut-être d'adopter une définition plus précise des savoirs traditionnels, étant donné qu'une définition trop générale peut être insuffisante aux fins d'une analyse pratique des lacunes en la matière. Différents critères à remplir pour bénéficier de la protection ont été proposés et examinés par le comité au fil des années. Les critères énoncés ci-après ont été établis à partir des travaux du comité sur les caractéristiques des savoirs traditionnels qui les rendent aptes à faire l'objet d'une protection juridique⁷ :

- 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 officieusement par les pratiques, protocoles ou lois coutumiers ou traditionnels. La qualité novatrice des savoirs traditionnels peut également être prise en considération.

6. Aux fins de la présente analyse, pour qu'ils bénéficient d'une protection au lieu d'être décrits d'une manière générale comme étant des "savoirs traditionnels", il peut être nécessaire que les savoirs soient transmis d'une génération à l'autre, aient un lien objectif avec leur communauté d'origine et possèdent une association subjective au sein de cette communauté de telle sorte qu'ils fassent partie intégrante de l'identité propre de la communauté. Les savoirs contribuent au développement social d'une communauté.

⁶ Source : Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles, accessible à l'adresse <https://www.wipo.int/tk/en/resources/glossary.html>.

⁷ Ces critères sont tirés de l'article 4 – Droit à la protection, document WIPO/GRTKF/IC/8/5, "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés". Étant donné qu'aucun accord n'a été trouvé et que ces critères sont toujours examinés dans le cadre des négociations en cours au sein du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI, cette référence n'a pas été actualisée. Cependant, en ce qui concerne les projets de disposition les plus récents en matière de savoirs traditionnels, voir : https://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=368218.

7. Exemples précis de savoirs traditionnels :

- les connaissances médicales traditionnelles – les connaissances sur les usages médicaux de certaines ressources génétiques mais aussi les connaissances sur les traitements médicaux non fondés sur l'utilisation de ressources génétiques (comme les massages traditionnels);
- les connaissances sur la diversité biologique "présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique"⁸;
- les connaissances traditionnelles présentant un intérêt pour les ressources phylogénétiques ayant trait à l'alimentation et l'agriculture⁹;
- les savoirs traditionnels relatifs à l'élevage et à la production animale¹⁰.

B) Autres éléments à partir desquels l'analyse est réalisée

i) *La notion de "protection"*

8. L'analyse des lacunes est nécessaire en vue de traiter de la "protection" des savoirs traditionnels. Pour analyser les lacunes en matière de protection, il convient bien entendu, dans une certaine mesure, de définir la notion de "protection". Différents types de protection ont été évoqués dans le cadre des travaux du comité, de la protection juridique contre l'utilisation et l'appropriation illicites des savoirs traditionnels (le type de protection généralement prévu dans la législation et les politiques en matière de propriété intellectuelle), aux formes pratiques de protection contre la perte et la disparition des savoirs traditionnels (telles que les initiatives pratiques visant à recenser et à enregistrer les systèmes de savoirs traditionnels, ainsi que les clauses juridiques applicables à la protection contre la perte des savoirs traditionnels – de fait, l'obligation de préserver et de maintenir les savoirs traditionnels, ainsi que le contexte social, intellectuel et culturel dans lequel s'inscrivent les systèmes de savoirs traditionnels).

9. Préciser la notion de "protection" permet de déterminer des questions telles que :

- l'étendue de la protection appropriée :
 - l'objet qui est actuellement protégé (par exemple, une invention brevetable),
 - les facteurs contre lesquels l'objet est protégé (par exemple, certains usages par des tiers),
 - ce qui *n'est pas* protégé (par exemple, dans de nombreux pays, les inventions brevetables ne sont pas protégées contre les recherches non commerciales),
 - et *comment* il est protégé (par exemple, si la protection est limitée dans le temps ou subordonnée à des formalités ou à d'autres conditions telles que l'obligation de protéger l'information non divulguée qui est tributaire de l'information ayant une valeur commerciale plutôt que culturelle ou spirituelle);
- et l'objet qui *n'est pas* protégé (par exemple, dans de nombreux pays, les simples découvertes ou le savoir-faire divulgué au public ne sont pas protégés).

⁸ Article 8.j) de la CDB.

⁹ Article 9.2 a) du Traité international.

¹⁰ Paragraphe 12 de la Déclaration d'Interlaken sur les ressources zoogénétiques.

10. La nature de l'innovation autochtone et le caractère novateur des systèmes de savoirs traditionnels peuvent également être considérés comme mettant en lumière les lacunes en matière de protection juridique, étant donné que les formes et les normes de protection juridique en vigueur ne tiennent pas nécessairement compte de l'innovation dans ce contexte.

11. Le terme "protection" revêt de nombreuses significations dans le domaine des savoirs traditionnels. Il pourrait en principe inclure la protection physique des archives contre toute dégradation ou perte (par exemple, la restauration de textes anciens contenant des savoirs traditionnels), ainsi que les lois faisant obligation d'élaborer des programmes de préservation des savoirs traditionnels ou encourageant la mise en œuvre de tels programmes. Aux fins du présent projet d'analyse des lacunes, la "protection" est réputée représenter le type de protection qui est le plus souvent pris en considération dans le contexte de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire les mesures juridiques limitant l'utilisation potentielle par des tiers de l'objet protégé, que ce soit en accordant le droit d'empêcher complètement son utilisation (droits exclusifs) ou en fixant des conditions pour son utilisation autorisée (par exemple, les conditions énoncées en matière de concession de licence pour un brevet, un secret d'affaires ou une marque, ou les conditions plus générales relatives à une rémunération équitable ou à un droit à la reconnaissance). En outre, il a été souligné dans le cadre des travaux du comité que les savoirs traditionnels pouvaient être protégés par des moyens matériels et qu'il était possible, à certains égards, d'empêcher leur disparition en encourageant leur utilisation à grande échelle et que, en fonction du type de protection requis, il pouvait s'agir du moyen de protection le plus économiquement avantageux et le plus durable. L'application de cette notion de protection permettrait de "protéger" une innovation traditionnelle, telle que la médecine traditionnelle, en encourageant sa pratique à grande échelle, mais cette conception de la protection n'est pas celle qui est généralement prise en considération dans les politiques en matière de propriété intellectuelle.

12. Néanmoins, compte tenu de la difficulté d'évaluer les lacunes dans les initiatives prises au niveau international et au regard de l'accent mis sur la propriété intellectuelle dans le cadre des travaux du comité, aux fins du présent document, le terme "protection" s'entend de la protection contre l'utilisation illicite ou l'exploitation déloyale de l'objet protégé. Plus généralement, le terme "protection", dans ce sens, implique une certaine réglementation ou gestion permanente des savoirs traditionnels en question avec peut-être le droit d'interdire ou d'autres formes de droit permanent lié aux savoirs. Cette réglementation doit être exercée par la communauté ou quelqu'un agissant en son nom. Elle peut être comparée à la situation dans le domaine public, où l'utilisateur n'est pas tenu de remonter jusqu'au fournisseur du savoir.

13. Tout cela ne permet cependant pas de penser qu'il s'agit de la seule forme de protection légitime ou efficace, voire urgente, mais il est tenu compte des différents aspects des travaux du comité. Cette analyse des lacunes porte donc sur des domaines relevant normalement de la législation et des politiques en matière de propriété intellectuelle. D'autres systèmes juridiques internationaux, tels que la Convention sur la diversité biologique (CDB) et les conventions de l'UNESCO, traitent des aspects relatifs à la conservation, la préservation et la sauvegarde des savoirs traditionnels dans leurs cadres d'action respectifs.

- Par exemple, l'article 8.j) de la CDB, qui traite de la *Conservation in situ*, prévoit que chaque Partie contractante "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". La CDB contient d'autres dispositions relatives à la diffusion et à la promotion des savoirs traditionnels, qui visent à protéger et à encourager "l'usage coutumier des

ressources biologiques conformément aux pratiques culturelles traditionnelles compatibles avec les impératifs de leur conservation ou de leur utilisation durable” (article 10), “l’échange d’informations sur les résultats des recherches techniques, scientifiques et socioéconomiques ainsi que d’informations sur les programmes de formation et d’études, les connaissances spécialisées et les connaissances autochtones et traditionnelles en tant que telles ou associées aux technologies visées au premier paragraphe de l’article 16, [ainsi que,] lorsque c’est possible, le rapatriement des informations” (article 17), et la coopération pour le développement et l’utilisation des technologies, y compris les technologies autochtones et traditionnelles (article 18).

- L’objectif du Protocole de Nagoya est “le partage juste et équitable des avantages découlant de l’utilisation des ressources génétiques, contribuant ainsi à la conservation de la diversité biologique et à l’utilisation durable de ses éléments constitutifs” (article premier). Le protocole s’applique également aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques et aux avantages découlant de l’utilisation de ces connaissances (article 3).
- La Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, adoptée sous l’égide de l’UNESCO en 2003, indique qu’“il n’existe à ce jour aucun instrument multilatéral à caractère contraignant visant à la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel” et qu’il convient de veiller à “la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel”, défini comme incluant les “pratiques, [...], connaissances et savoir-faire [...] que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel.” Le terme “sauvegarde” est défini comme comprenant “les mesures visant à assurer la viabilité du patrimoine culturel immatériel, y compris l’identification, la documentation, la recherche, la préservation, la protection, la promotion, la mise en valeur, la transmission, essentiellement par l’éducation formelle et non formelle, ainsi que la revitalisation des différents aspects de ce patrimoine”. Le patrimoine culturel immatériel s’entend des “connaissances, savoir-faire, pratiques et représentations développés et perpétués par les communautés en interaction avec leur environnement naturel. [...] Ce domaine comprend de nombreux éléments tels que savoirs écologiques traditionnels, savoirs autochtones, ethnobiologie, ethnobotanique, ethnozoologie, pharmacopées et médecines traditionnelles [...]”¹¹. Est citée à titre d’exemple la cosmovision andine des Kallawayas (Bolivie), qui comprend une pharmacopée et un système médical traditionnel.
- De même, dans le domaine des instruments de politique culturelle, la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles adoptée par l’UNESCO en 2005 définit la “protection” comme signifiant “l’adoption de mesures visant à la préservation, la sauvegarde et la mise en valeur de la diversité des expressions culturelles”. Elle illustre le rapport qui existe entre la diffusion des savoirs traditionnels et la protection des expressions culturelles traditionnelles en ce sens qu’elle reconnaît que “la diversité des expressions culturelles, y compris des expressions culturelles traditionnelles, est un facteur important qui permet aux individus et aux peuples d’exprimer et de partager avec d’autres leurs idées et leurs valeurs”.

¹¹ <http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?pg=56>

14. Compte tenu de l'intérêt et de la portée de ces instruments internationaux, ainsi que de l'importance de leurs objectifs en matière de conservation et de sauvegarde, la présente analyse des lacunes en matière de protection ne vise pas à évaluer les lacunes éventuelles de ces instruments administrés conformément à des mandats distincts mais, comme indiqué plus haut, elle met plutôt l'accent sur l'aspect de la protection juridique qui est plus généralement pris en considération dans l'élaboration des politiques et la législation en matière de propriété intellectuelle.

15. Concernant la première version du projet de cette analyse des lacunes, certains commentateurs ont souligné qu'il convenait de ne pas se fonder sur l'articulation de l'analyse des lacunes autour de l'aspect précité pour préjuger de la possibilité de protéger les savoirs traditionnels dans le cadre d'un système de propriété intellectuelle, étant entendu que diverses opinions et craintes ont été exprimées en ce qui concerne la notion de protection appropriée. En conséquence, l'analyse des lacunes est effectuée de manière descriptive – reconnaître l'existence d'une lacune en matière de "protection" au sens où on l'entend dans le domaine de la propriété intellectuelle ne signifie pas que cette lacune peut ou doit être comblée. Cela ne signifie pas non plus que ce qui est techniquement considéré comme une "lacune" doit être comblé en priorité par rapport à d'autres lacunes (y compris les lacunes existant dans d'autres types de protection dépassant le cadre de la législation et des politiques en matière de propriété intellectuelle). De fait, la section IV porte sur la détermination des lacunes sur la base de l'observation de données concrètes et la section V est axée sur les aspects pouvant être pris en considération lorsque les États membres se posent individuellement la question de savoir s'il convient de combler les lacunes recensées et, le cas échéant, de quelle manière.

ii) Lien avec l'analyse des lacunes en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles

16. Pour rendre bien claire cette analyse des lacunes et, conformément à l'approche opérationnelle générale adoptée au sein du comité, il a été décidé de faire une distinction entre les savoirs traditionnels, d'une part, et les expressions culturelles traditionnelles, d'autre part. Quelques formes de protection de ces expressions auront pour effet indirect de protéger également les savoirs traditionnels – par exemple, les enregistrements de chansons et de récits traditionnels qui sont utilisés pour préserver et transmettre des savoirs traditionnels au sein d'une communauté ou les objets artisanaux qui incarnent des méthodes ou un savoir-faire distinctifs de savoirs traditionnels. Ainsi, la cosmovision andine des Kallawaya susmentionnée est un système de savoirs médicaux également incorporé dans des textiles sous la forme de motifs par les femmes Kallawaya. Il convient évidemment de prêter attention à ces deux aspects des cultures traditionnelles, à savoir tant la substance ou le contenu du savoir-faire détenu par ces communautés que les formes d'expression utilisées par ces communautés. Les types de protection des formes d'expression des cultures traditionnelles et du patrimoine culturel sont dûment pris en considération dans le cadre du projet actualisé d'analyse des lacunes en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles (WIPO/GRTKF/IC/37/7) et ne sont que succinctement mentionnés dans la présente analyse, étant entendu que ces deux aspects de la protection sont complémentaires.

iii) Diverses caractéristiques des savoirs traditionnels

17. Les caractéristiques générales des savoirs traditionnels font l'objet des postulats ci-après¹².

- Les savoirs traditionnels peuvent inclure des éléments de savoirs précis, notamment les innovations d'un membre d'une communauté traditionnelle, ou encore un

¹² Voir également le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9, Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter, accessible à l'adresse https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/fr/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf.

ensemble systématique élargi de savoirs. La question de savoir si les “savoirs traditionnels” doivent être limités à des éléments précis du savoir ou à un système de savoirs ne fait l’objet d’aucune hypothèse.

- Aucune hypothèse n’est faite quant à la question de savoir si certains savoirs traditionnels sont nécessairement brevetables ou non; des éléments de ces savoirs peuvent l’être ou non. Ce n’est pas parce qu’une innovation a lieu dans un contexte traditionnel que cela la rend a priori impossible à breveter (sous réserve que le brevet soit délivré au véritable inventeur, à l’innovateur ou aux innovateurs traditionnels ou à leurs véritables ayants cause). En d’autres termes, le simple fait que certains savoirs soient “traditionnels” ne les empêche pas de faire l’objet de brevets. Même ainsi, 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 qui sont des savoirs traditionnels proprement dits, 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 collective.
- Les savoirs traditionnels ne doivent pas nécessairement être considérés comme divulgués au public ou non divulgués; ils peuvent être l’un et l’autre. Il se peut également que planent des incertitudes sur la question de savoir si des savoirs traditionnels divulgués dans une communauté locale ou autochtone peuvent être considérés comme “non divulgués”, ou comme n’étant pas dans le domaine public.
- Les savoirs traditionnels peuvent faire l’objet de diverses formes de propriété, de garde, de droit et d’intérêts équitables. Ces intérêts peuvent relever d’une personne dans une communauté, d’une communauté sous une forme collective (qu’elle soit ou non reconnue juridiquement comme telle) ou d’un État (comme tels ou administrés pour des personnes ou des communautés). Certains aspects des savoirs traditionnels peuvent être rattachés à une personne en particulier dans une communauté, même lorsque l’ensemble des savoirs traditionnels est détenu et préservé par la communauté en tant que telle. Certains savoirs peuvent aussi faire partie intégrante du patrimoine commun de l’humanité et ne pas appartenir exclusivement à une communauté ou à un État donné.
- *Les savoirs autochtones* sont considérés comme un ensemble plus précis de savoirs que les savoirs traditionnels, étant élaborés, préservés et diffusés par des peuples autochtones reconnus comme tels. Des savoirs traditionnels peuvent être détenus par des communautés locales et culturelles qui ne sont pas reconnues comme autochtones. Plusieurs approches en matière d’analyse des lacunes seront peut-être nécessaires pour pallier les différences de traitement éventuelles entre les savoirs autochtones et la notion plus générale de savoirs traditionnels, notant par exemple que les droits des peuples autochtones relatifs aux savoirs traditionnels ont été consacrés dans une déclaration internationale (voir ci-dessous).

iv) *La nature des “lacunes” à recenser*

18. Il est probable qu’il y aura des divergences de vues sur ce qui est une véritable “lacune” en matière de protection, en partie parce que le terme “protection” peut avoir des connotations très vastes ou des applications juridiques très précises. Ce projet d’analyse des lacunes traite de ces différentes perspectives en couvrant un large éventail de possibilités concernant ce qu’une “lacune” devrait être; ces hypothèses possibles sont expliquées en détail dans la section IV. Au point c) de cette section, des lacunes éventuelles sont énumérées et illustrées par des exemples, mais il convient d’admettre que ce qui constitue une “lacune” pour certains n’est pas considéré comme une lacune, ou une lacune importante, par d’autres. C’est pourquoi

la présente analyse vise davantage à recenser des “lacunes” potentielles afin de faciliter le débat de politique générale, qu’à donner un avis définitif sur des questions encore à l’examen.

19. Plus précisément, une lacune en matière de protection juridique peut être considérée comme un facteur positif plutôt que comme une situation à laquelle il convient absolument de remédier; d’une manière générale, un domaine public vigoureux est déterminé ou peut être défini par des “lacunes” bien précises en matière de protection juridique.

20. D’une manière plus générale, on entend par “lacune” l’absence de mécanisme juridique de protection des savoirs proprement dits. Les mécanismes de protection existants concernent, de façon limitée, des formes ou aspects particuliers des savoirs, tels que l’information non divulguée qui doit remplir certaines conditions pour bénéficier de la protection en tant que secret d’affaires ou en vertu d’une clause de confidentialité et qui est donc protégée de manière limitée (par exemple, la protection ne s’applique pas aux tiers qui ont obtenu les savoirs de façon autonome). Pour recenser une “lacune” en matière de protection, il peut donc être nécessaire de définir la portée de l’objet qui doit être protégé, ainsi que celle des actes des tiers qui sont exclus de la protection, de sorte que ces derniers sachent ce qu’ils ne peuvent pas faire.

Lacunes dans le contexte d’une approche à plusieurs niveaux concernant l’étendue de la protection

21. À sa vingt-septième session, l’IGC a présenté une approche à plusieurs niveaux concernant l’étendue de la protection, selon laquelle les titulaires de droits bénéficieraient de différents types ou niveaux de droits ou de mesures, en fonction de la nature et des caractéristiques de l’objet, du niveau de contrôle que les bénéficiaires conservent sur ce dernier et de son degré de diffusion. L’approche à plusieurs niveaux établit une protection différenciée applicable à une gamme de savoirs traditionnels allant de ceux qui sont accessibles au grand public à ceux qui sont secrets ou inconnus en dehors de la communauté et contrôlés par les bénéficiaires. Par exemple, elle pose comme principe que l’application de droits patrimoniaux exclusifs pourrait être appropriée pour certaines formes de savoirs traditionnels (par exemple, les savoirs traditionnels secrets et sacrés), tandis qu’un modèle fondé sur le droit moral pourrait convenir, par exemple, pour des savoirs traditionnels à la disposition du public ou largement divulgués, mais qui peuvent néanmoins être attribués à certains peuples autochtones ou à certaines communautés locales.

22. Il convient de noter que, dans le cadre d’une approche à plusieurs niveaux concernant l’étendue de la protection, les lacunes pouvant être identifiées au niveau international sont susceptibles de varier selon la détermination des niveaux, compte tenu d’éléments tels que la nature et les caractéristiques des savoirs traditionnels, le niveau de contrôle que les bénéficiaires conservent sur ces savoirs et leur degré de diffusion¹³.

III. OBLIGATIONS, DISPOSITIONS ET POSSIBILITES DE PROTECTION EXISTANTES

23. Cette section traite des “obligations, dispositions et possibilités déjà existantes au niveau international en vue de protéger les savoirs traditionnels”. L’analyse examine en détail la forme de protection disponible conformément aux principaux instruments internationaux dans le domaine général de la protection de la propriété intellectuelle et, moins en détail, les instruments internationaux dans d’autres domaines du droit public international qui se réfèrent directement aux savoirs traditionnels et à leur protection. À des fins de brièveté et de clarté, cette section n’analyse pas et n’examine pas non plus directement les instruments juridiques spécifiques (ils ont été examinés en détail dans des documents antérieurs du comité). En outre, différents instruments juridiques internationaux et des éléments nouveaux sont

¹³ Voir : Note d’information pour la trente et unième session de l’IGC et note d’information pour la trente-deuxième session de l’IGC, établies par M. Ian Goss, président de l’IGC.

mentionnés, comme la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, la Déclaration d'Interlaken sur les ressources zoogénétiques et le Protocole de Nagoya. Ces références servent uniquement à donner un aperçu des domaines d'intérêt stratégiques internationaux. L'intention n'est nullement d'analyser des textes juridiques ni de conférer à aucun texte un caractère juridique.

A) *Protection en vertu d'instruments internationaux existants dans le domaine de la propriété intellectuelle*

Observations générales

24. Eu égard à l'applicabilité générale des droits de propriété intellectuelle conventionnels aux éléments de savoirs traditionnels, toute définition générale de la protection de ces éléments par la propriété intellectuelle et de la dimension internationale de cette protection pourrait reposer sur un examen des instruments et mécanismes juridiques requis au niveau national, de leurs modalités de fonctionnement et des contributions que la dimension internationale peut apporter sur les plans juridique et opérationnel à la protection nationale, en soulignant que les systèmes de droits de propriété intellectuelle existants ne tiennent pas suffisamment compte de la nature holistique et spécifique de l'objet des savoirs traditionnels. Plusieurs mesures, ainsi que les lois de propriété intellectuelle classiques, ont consacré certains éléments de ce droit coutumier dans un cadre de protection élargi. Il y a lieu de s'intéresser aux aspects économiques du développement et d'assurer la participation effective des détenteurs de savoirs traditionnels, conformément au principe du consentement préalable éclairé des détenteurs de savoirs traditionnels. Cela étant, on a su mettre ces lois à profit en matière de protection contre certaines formes d'utilisation abusive et d'appropriation illicite des savoirs traditionnels, notamment par l'intermédiaire des lois sur les brevets, des marques déposées, des indications géographiques, des dessins et modèles industriels et des secrets d'affaires¹⁴.

i) *Protection positive des savoirs traditionnels au moyen de brevets*

Instruments internationaux auxquels il est fait référence : Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC), Traité de coopération en matière de brevets (PCT)

25. S'il est vrai que, dans leur interprétation et leur application au niveau national, elles sont l'objet d'une flexibilité et de différences considérables, les normes qui régissent le droit international des brevets permettraient l'extension de la protection par brevet à des innovations spécifiques élaborées dans un contexte traditionnel sous réserve que ces innovations :

- soient nouvelles;
- soient novatrices ou non évidentes;
- soient utiles ou susceptibles d'application industrielle; et
- répondent en général à la définition d'"invention".

¹⁴ Voir la publication OMPI de 2017 "Protéger et promouvoir la culture : Guide pratique de la propriété intellectuelle à l'intention des peuples autochtones et des communautés locales", accessible à l'adresse https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo_pub_1048.pdf. Voir également le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9, Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter, accessible à l'adresse suivante : https://www.wipo.int/edocs/mdocs/sct/fr/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_9.pdf.

26. Aucun de ces critères n'est formellement défini d'une manière juridiquement contraignante dans les instruments internationaux. En conséquence, leur application aux savoirs traditionnels est une question de flexibilité potentielle dans le droit national.

27. En ce qui concerne la définition d'"invention", il y a flexibilité par rapport à une découverte, qui peut par exemple s'appliquer aux savoirs traditionnels, lesquels sont considérés comme la découverte d'un principe de nature plutôt qu'une invention proprement dite.

28. Il y a flexibilité lorsqu'il s'agit de déterminer si les savoirs traditionnels doivent être considérés comme implicitement brevetables dans le cas où ils constituent :

- une invention qu'il faut protéger contre l'exploitation commerciale afin de préserver l'ordre public ou les bonnes mœurs, y compris la vie ou la santé humaine, animale ou végétale, ou afin d'éviter que ne soient causés de graves dommages à l'environnement, à condition que cette exclusion ne soit pas faite uniquement parce que l'exploitation de l'invention est interdite par la loi;
- les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux;
- une plante ou un animal autre que des microorganismes, et des procédés essentiellement biologiques pour la production de plantes ou d'animaux autres que des procédés non biologiques et microbiologiques.

29. Il y a également flexibilité lorsqu'il s'agit de déterminer comment sont entendus les critères classiques de délivrance des brevets par rapport aux savoirs traditionnels – notamment la nouveauté (la question de savoir si les traditions orales transmises d'une manière plus ou moins privée au sein d'une communauté autochtone ou locale sont considérées comme un état divulgué de la technique utile pour la détermination de la nouveauté brevetable) et la non-évidence (par exemple, la question de savoir si l'utilisateur d'un système de savoirs traditionnels serait considéré comme un spécialiste de l'évaluation de l'évidence).

30. En outre, le fait qu'un utilisateur de savoirs traditionnels ait mis au point une innovation qui serait jugée brevetable ne signifie absolument pas que l'utilisateur souhaiterait forcément qu'elle soit brevetée ou qu'il disposerait des ressources nécessaires pour engager la procédure de délivrance d'un brevet; en d'autres termes, le fait qu'un savoir traditionnel puisse en principe faire l'objet d'un brevet ne signifie pas pour autant qu'il est dans la réalité *breveté*. Le manque d'utilisation concrète du système de brevets ou la décision de ne pas l'utiliser parce que la forme de protection ne correspond pas aux critères des détenteurs de savoirs peut également être considéré comme une lacune en matière de protection, même lorsque quelques éléments de ces savoirs sont, d'un point de vue technique, brevetables. Toutefois, pour réaliser une analyse des lacunes, il est nécessaire d'établir une distinction entre une lacune formelle dans la portée juridique de toute protection possible en principe et une lacune effective en ce sens qu'aucune protection possible n'a été demandée pour des éléments particuliers de savoirs traditionnels – en d'autres termes, la mesure dans laquelle le savoir traditionnel qui *peut* déjà être protégé d'une certaine façon est *effectivement* protégé dans la pratique.

La dernière forme d'analyse des lacunes, qui suppose des travaux largement empiriques, n'est pas entreprise ici. Néanmoins, le comité a mené des enquêtes approfondies dans ce domaine^{15,16}.

ii) Protection défensive des savoirs traditionnels dans le système des brevets

Instruments internationaux auxquels il est fait référence : PCT, Classification internationale des brevets

31. Par protection défensive, on entend les mesures qui sont prises pour empêcher ou annuler la délivrance de brevets illégitimes portant sur des éléments de savoirs traditionnels. La protection des savoirs traditionnels dans le système de brevets a le plus souvent été considérée d'un point de vue défensif alors qu'elle aurait dû viser l'obtention de brevets sur des savoirs traditionnels. Les obligations, dispositions et possibilités existant au niveau international concernent directement la protection défensive. Elles comprennent des mesures défensives pratiques et juridiques dans le droit des brevets traditionnel, ainsi que des propositions de révision des normes régissant le droit international des brevets pour créer des mesures de divulgation spécifiques concernant les savoirs traditionnels (conjointement avec les ressources génétiques).

32. La protection défensive des savoirs traditionnels dans les normes internationales régissant le droit des brevets comprend les mesures indiquées ci-après.

- Le droit de l'inventeur d'être mentionné comme tel dans un brevet (Convention de Paris).
- L'élargissement de la documentation minimale du PCT pour inclure une série de publications sur les savoirs traditionnels. Cela a pour effet de faire en sorte que de grands volumes de savoirs traditionnels déjà publiés soient systématiquement pris en considération à un stade précoce de la procédure relative à de nombreux brevets et figurent dans les rapports de recherche internationaux publiés avant même qu'une demande de brevet n'entre dans la phase nationale.
- La révision de la Classification internationale des brevets en 2006 en vue d'élargir et de cibler sa couverture d'un type particulier de matériel lié aux savoirs traditionnels, à savoir les "préparations médicinales de constitution indéterminée contenant du matériel provenant d'algues, de lichens, de champignons, ou de plantes, ou leurs dérivés, par exemple médicaments traditionnels à base de plantes" (A61K 36/00). Cette révision prend en considération l'importance intellectuelle et technologique de systèmes de savoirs traditionnels. Elle accroît la probabilité que des documents pertinents traitant des savoirs traditionnels soient découverts durant les procédures de recherche en matière de brevets, élargissant ainsi le fondement concret de la protection défensive des savoirs traditionnels.

¹⁵ Voir, par exemple, les documents WIPO/GRTKF/IC/5/7 et WIPO/GRTKF/IC/5/8, ainsi que les études et questionnaires sur la base desquels ils ont été établis.

¹⁶ La publication de l'OMPI intitulée "Protéger et promouvoir la culture : guide pratique sur la propriété intellectuelle à l'intention des peuples autochtones et des communautés locales" comprend deux exemples de brevets délivrés à des peuples autochtones et à des communautés locales pour des innovations mises au point grâce à des savoirs traditionnels. Les savoirs traditionnels en tant que tels n'étaient pas protégés par des brevets, les innovations récentes et impliquant une activité inventive mises au point grâce à ces savoirs étaient quant à elle protégées par des brevets.

33. Le comité a élaboré les normes et les lignes directrices ci-après, qui ne relèvent pas formellement des normes internationales existantes en matière de droit des brevets mais s'appliquent toutefois à la protection défensive.

- L'adoption par le comité de normes pour la fixation des savoirs traditionnels qui reconnaissent la nécessité d'enregistrer et de respecter les conditions d'accès aux savoirs traditionnels fixés et l'utilisation de ces savoirs¹⁷.
- Les lignes directrices élaborées par le comité aux fins de l'examen des demandes de brevet en rapport avec des savoirs traditionnels diminueraient nettement la probabilité que des brevets illégitimes soient délivrés.

34. Une autre mesure prévue par certaines législations nationales mais ne figurant pas dans les normes internationales impose au déposant d'une demande de brevet l'obligation de divulguer des renseignements, y compris la source, qui sont pertinents au regard de la brevetabilité de l'invention.

35. De nouvelles initiatives visent à faire en sorte que les procédures de recherche et d'examen en matière de brevets permettent d'accéder pleinement aux savoirs traditionnels existants afin de garantir une base enrichie pour l'évaluation de la brevetabilité, mais sans donner lieu à la divulgation ou diffusion non souhaitée de savoirs traditionnels qui serait contraire aux intentions des fournisseurs initiaux de ces savoirs.

iii) Obligations de divulgation propres aux savoirs traditionnels

36. Pour renforcer la protection défensive des savoirs traditionnels en évitant la délivrance de brevets pour des inventions utilisant des savoirs traditionnels qui ne sont pas nouvelles ou ne respectent pas le consentement préalable en connaissance de cause ou le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces savoirs, un certain nombre de pays ont prévu des mesures dans leurs législations nationales qui imposent des formes spécifiques de divulgation concernant les savoirs traditionnels et les ressources biologiques ou génétiques utilisées dans l'invention revendiquée¹⁸. Plusieurs propositions ont été soumises à l'OMC et à l'OMPI pour renforcer les normes internationales du droit des brevets par ce type d'exigences de divulgation. Ces mécanismes représentent une forme importante de protection défensive des savoirs traditionnels et elles sont donc utiles pour la présente analyse. Pour le moment, aucune n'a été adoptée à l'échelle internationale sous la forme d'une loi contraignante¹⁹. Toutefois, les lignes directrices de Bonn, qui ne sont pas contraignantes mais qui peuvent être considérées comme des "dispositions" ou "possibilités" dans le cadre de cette analyse, encouragent les Parties contractantes de la CDB à envisager des :

- Mesures propres à encourager la divulgation du pays d'origine des ressources génétiques et de l'origine des savoirs, innovations et pratiques traditionnels des communautés autochtones et locales dans les demandes de droits de propriété intellectuelle.

¹⁷ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/4/14, accessible à l'adresse https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_4/wipo_grtkf_ic_4_14.pdf.

¹⁸ Voir la publication de l'OMPI intitulée "Questions essentielles sur les exigences de divulgation en matière de brevets concernant les ressources génétiques et les savoirs traditionnels" de 2017, accessible à l'adresse https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1047.pdf.

¹⁹ Le Protocole de Nagoya ne contient aucune référence aux exigences de divulgation.

37. L'éventail de "dispositions" ou de "possibilités" a été étudié de façon assez détaillée dans deux études établies par l'OMPI à l'invitation de la CDB²⁰.

38. En outre, il a été souligné que les Lignes directrices de Bonn, pour définir cette mesure, l'inscrivent dans le cadre d'une série d'autres mesures législatives, administratives ou de politique générale concernant les utilisateurs de ressources génétiques, en particulier des mécanismes destinés à fournir aux utilisateurs potentiels des renseignements sur leurs obligations en matière d'accès aux ressources génétiques; des mesures visant à empêcher l'utilisation des ressources génétiques obtenues sans le consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit ces ressources; la coopération entre Parties contractantes pour faire face à des violations présumées des accords concernant l'accès et le partage des avantages; des dispositifs de certification volontaires pour les institutions qui se conforment aux règles concernant l'accès et le partage des avantages; et des mesures décourageant les pratiques commerciales déloyales²¹. La plupart de ces mesures ne concernent pas directement la législation et la pratique en matière de propriété intellectuelle, même si les pratiques commerciales déloyales sont dans une certaine mesure réprimées par la législation en matière de concurrence déloyale (pratiques qui sont examinées séparément dans la présente analyse des lacunes).

39. Les opinions ont divergé considérablement, notamment dans les observations présentées au sujet d'un projet antérieur de la présente analyse des lacunes, quant à la nécessité et l'intérêt de ces exigences en matière de divulgation propres aux savoirs traditionnels et à la question de savoir si le fait de mentionner ce type de disposition est un jugement de valeur. Il n'est nullement question, dans l'analyse des lacunes, d'évaluer ces exigences d'un point de vue stratégique, mais l'examen ci-dessous définit l'absence de fait, objective, d'une norme internationale comme une lacune "au sens propre" dès lors qu'il s'agit d'une forme de protection adoptée dans certains pays qui ne figure pas dans les normes internationales.

iv) Savoirs traditionnels non divulgués

Instruments internationaux auxquels il est fait référence : Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (Convention de Paris), Accord sur les ADPIC

40. Lorsqu'ils n'ont pas fait l'objet d'une divulgation publique, les savoirs traditionnels peuvent être couverts par les normes internationales régissant la protection des renseignements non divulgués ou confidentiels. Les normes internationales minimales générales arrêtées par l'Accord sur les ADPIC de l'OMC requièrent que, pour être protégés, les renseignements doivent :

- être secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;
- avoir une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets; et
- avoir fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets.

²⁰ Ces études sont disponibles à l'adresse http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/fr/wo_ga_32/wo_ga_32_8.pdf et https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/tk/786/wipo_pub_786.pdf.

²¹ Lignes directrices de Bonn, 16.d).

41. La protection s'applique aux renseignements "qui sont divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes", ce qui s'entend "au moins des pratiques telles que la rupture de contrat, l'abus de confiance et l'incitation au délit, et comprend l'acquisition de renseignements non divulgués par des tiers qui savaient que ladite acquisition impliquait de telles pratiques ou qui ont fait preuve d'une grave négligence en l'ignorant". Cela peut éventuellement s'appliquer à la plupart des savoirs traditionnels puisque ce n'est pas nécessairement la première personne qui a accès aux renseignements mais une entité commerciale ou industrielle en aval qui commercialise dans la réalité les savoirs traditionnels.

42. Cette norme internationale est décrite comme un moyen "d'assurer une protection effective contre la concurrence déloyale comme le prévoit l'article 10bis de la Convention de Paris (1967)". La durée de la protection est effectivement illimitée sous réserve que les conditions restent en vigueur (par exemple, la protection ne serait pas disponible après que le titulaire du savoir l'a publiquement divulguée).

43. Cette norme internationale s'appliquerait certes sans aucun doute à de grandes quantités de savoirs traditionnels mais elle ne couvrirait pas pour autant d'autres grandes quantités. Au nombre de quelques-unes des questions que pourrait soulever l'application de cette norme figurent les suivantes :

- Quand les savoirs traditionnels divulgués dans une communauté traditionnelle définie seraient-ils encore considérés comme des savoirs "secrets"?
- Quel est le rôle possible du droit coutumier ou des pratiques coutumières d'une communauté dans la détermination de l'application ou non des conditions de protection (par exemple, dans l'affaire *Foster c. Mountford*²², souvent citée au comité, le droit coutumier d'une communauté autochtone peut être suffisant pour établir une obligation de confidentialité)?
- Les savoirs qui ont une valeur culturelle et spirituelle pour la communauté mais qui en revanche n'ont pas de valeur commerciale seraient-ils encore protégés lorsqu'un tiers réalise un gain commercial en les exploitant? Autrement dit, les savoirs traditionnels gardés secrets pour des raisons spirituelles et non commerciales, par une communauté qui *ipso facto* rejeterait l'idée de toute valeur commerciale, seraient-ils encore protégés en tant qu'éléments non divulgués?

44. Comme cela constitue une norme minimale, il est possible d'avoir en vertu de la législation nationale des formes de protection plus larges qui garantiraient par exemple que les savoirs traditionnels uniquement diffusés dans une communauté particulière pourraient encore être considérés comme non divulgués et, partant, sujets à une protection. La valeur culturelle et spirituelle des savoirs pourrait également être considérée comme un facteur pertinent (de telle sorte que la valeur commerciale n'est pas nécessaire pour assurer la protection) et le rôle du droit coutumier pourrait être reconnu (par exemple, en établissant les "mesures raisonnables pour protéger").

v) *Concurrence déloyale*

Instruments internationaux auxquels il est fait référence : Convention de Paris, Accord sur les ADPIC

²² Voir, par exemple, "Besoins et attente des détenteurs de savoirs traditionnels en matière de propriété intellectuelle : rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)", OMPI, 2001, page 78.

45. La Convention de Paris requiert “une protection effective contre la concurrence déloyale”, stipulant que “constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale”. Cette conception de la concurrence déloyale est par conséquent exprimée d’une manière générale mais elle porte de façon spécifique sur :

- tous faits de nature à créer une confusion avec l’établissement, les produits ou l’activité industrielle ou commerciale d’un concurrent;
- les allégations fausses, dans l’exercice du commerce, de nature à discréditer l’établissement, les produits ou l’activité industrielle ou commerciale d’un concurrent;
- les indications ou allégations dont l’usage, dans l’exercice du commerce, est susceptible d’induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l’aptitude à l’emploi ou la quantité des marchandises.

46. Ces définitions plus précises de la concurrence déloyale s’appliqueraient par exemple à des actes de commercialisation de produits liés aux savoirs traditionnels qui, de façon mensongère ou prêtant à confusion, donnent à penser qu’ils sont de véritables produits d’une communauté autochtone ou locale alors qu’ils ne le sont pas, ou qui, de façon mensongère ou prêtant à confusion, donnent à penser qu’ils sont avalisés ou autorisés par cette communauté²³.

47. Une interprétation possible de ces normes internationales (auxquelles l’Accord sur les ADPIC donne également effet) est qu’elles pourraient couvrir des formes de protection plus générales, au-delà des actes spécifiques d’allégations prêtant à confusion, fausses ou mensongères qui sont mentionnées en particulier. D’après une observation sur cette disposition :

Il appartiendra à chaque pays de déterminer selon ses propres conceptions ce qu’il faut entendre par “concurrence” : les pays peuvent étendre la notion d’actes de concurrence déloyale à des actes qui ne constituent pas une concurrence au sens étroit du terme [...] Tout acte de concurrence devra être considéré comme déloyal s’il est contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale. Ce critère ne se limite pas aux usages honnêtes existant dans le pays où la protection contre la concurrence déloyale est réclamée. Les autorités judiciaires ou administratives d’un tel pays devront donc également prendre en considération les usages honnêtes dans le commerce international. Si les autorités judiciaires ou administratives du pays où la protection est réclamée constatent qu’un acte attaqué est contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale, elles seront obligées de le considérer comme un acte de concurrence déloyale et d’appliquer les sanctions et les moyens prévus par leur législation nationale. Une grande variété d’actes peut répondre à ce critère²⁴.

48. Par conséquent, il se peut que cette disposition soit interprétée comme offrant une protection contre d’autres formes d’utilisation de savoirs traditionnels qui sont considérées comme contraires aux pratiques honnêtes. Reste la possibilité de déterminer au niveau national que les actes de concurrence déloyale peuvent inclure un enrichissement abusif de l’utilisation de savoirs traditionnels et la réalisation d’avantages commerciaux découlant de savoirs traditionnels acquis de manière illicite.

49. De nombreuses législations nationales sur la concurrence déloyale répriment d’autres formes de comportement commercial, outre tout fait de nature à créer une confusion,

²³ Voir les exemples donnés dans la publication de l’OMPI intitulée “Protéger et promouvoir la culture : Guide pratique de la propriété intellectuelle à l’intention des peuples autochtones et des communautés locales”, page 57.

²⁴ G.H.C. Bodenhausen, Guide d’application de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (1968), page 150 (la note de bas de page a été omise).

des allégations fausses ou susceptibles d'induire en erreur. Elles visent également des pratiques commerciales déloyales telles que l'établissement de monopoles et autres formes d'utilisation de savoirs traditionnels qui, tout en étant considérées comme honnêtes, ne relèvent pas de la concurrence loyale, telles que les ventes à perte.

vi) Signes distinctifs

Instruments internationaux auxquels il est fait référence : Accord sur les ADPIC, Arrangement et Protocole de Madrid, Arrangement de Lisbonne concernant la protection des appellations d'origine, Convention de Paris

50. La protection des signes distinctifs en vertu des instruments internationaux couvre :

- les marques conventionnelles (y compris les marques de services);
- les marques de certification et les marques collectives;
- les indications géographiques.

51. Cette protection ne peut pas protéger les savoirs proprement dits. Elle peut cependant assurer indirectement une protection en fournissant un moyen de protéger des signes distinctifs, symboles, motifs et indications géographiques, ainsi qu'en certifiant l'approbation ou l'authenticité communautaire lorsqu'ils sont appliqués à des produits et services qui reposent sur des savoirs traditionnels ou qui en utilisent.

52. Ces signes distinctifs peuvent également faire l'objet d'une protection défensive au moyen de ces mécanismes juridiques, en particulier l'opposition ou la contestation par voie judiciaire d'enregistrements qui sont synonymes d'une utilisation fallacieuse ou trompeuse de signes, symboles, mots ou références géographiques relatifs aux savoirs traditionnels²⁵. Des normes internationales s'appliquent pour le refus ou l'annulation de marques qui sont contraires aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Dans quelques cas, ces interdictions ont été appliquées pour refuser ou révoquer des marques qui porteraient atteinte à la culture et à l'esprit des communautés autochtones (voir le projet actualisé d'analyse des lacunes relatives aux expressions culturelles traditionnelles pour un examen de la protection défensive de ces expressions dans le système des marques²⁶).

vii) Droit des dessins et modèles industriels

Instruments internationaux auxquels il est fait référence : Accord sur les ADPIC, Convention de Berne, Arrangement de La Haye concernant le dépôt des dessins et modèles industriels, Convention de Paris.

²⁵ La Nouvelle-Zélande et la Communauté andine ont adopté des dispositions spéciales qui n'autorisent pas l'enregistrement de marques incorporant des noms ou expressions appartenant à la culture des peuples autochtones, à moins que la demande ne soit déposée par le peuple autochtone ou avec son consentement. Pour de plus amples informations, voir les exemples donnés dans la publication de l'OMPI intitulée "Protéger et promouvoir la culture : Guide pratique de la propriété intellectuelle à l'intention des peuples autochtones et des communautés locales", page 44.

²⁶ Document WIPO/GRTKF/IC/37/7, annexe : partie II "Signification du terme "lacunes"" paragraphe 34; partie III.A "Noms, mots et symboles indigènes et traditionnels" paragraphes 58 et 59; partie III.B "Noms, mots et symboles indigènes et traditionnels" paragraphes 71 à 75; partie III.D "Utilisation de signes distinctifs et application de principes relatifs à la concurrence déloyale pour empêcher l'appropriation illicite de la réputation associée aux expressions culturelles traditionnelles (le "style")" paragraphe 101; et partie III.D "Noms, mots et symboles indigènes et traditionnels" paragraphe 118.

53. La protection des dessins et modèles ne tient pas compte du contenu des savoirs proprement dits et elle concerne davantage la protection des expressions culturelles traditionnelles que celle des savoirs traditionnels (voir le projet actualisé d'analyse complémentaire des lacunes relatives aux expressions culturelles traditionnelles). Il n'empêche que les normes internationales de protection des dessins et modèles peuvent conférer une protection indirecte à certains savoirs traditionnels, notamment lorsque les dessins et modèles sont étroitement associés à un système particulier de savoirs traditionnels, comme un moyen de produire des outils, des instruments de musique ou des objets artisanaux. Il existe une protection pour les dessins et modèles industriels nouveaux ou originaux mais il est possible de l'exclure pour les dessins et modèles qui sont essentiellement dictés par des motifs techniques ou fonctionnels.

54. Une proposition relative à la possibilité d'exiger, dans une demande, la divulgation de l'origine ou de la source des expressions culturelles traditionnelles, savoirs traditionnels ou ressources biologiques ou génétiques utilisés ou incorporés dans un dessin ou modèle industriel a été présentée par certains États membres en rapport avec le projet de traité sur le droit des dessins et modèles²⁷.

viii) Droit d'auteur et droits connexes

Instruments internationaux auxquels il est fait référence : Accord sur les ADPIC, Convention de Berne, Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)
--

55. La protection du droit d'auteur traite de la forme d'expression et non du contenu du savoir proprement dit et elle est par conséquent plus utile pour la protection des expressions culturelles traditionnelles que pour les savoirs traditionnels (voir le projet actualisé d'analyse complémentaire des lacunes relatives aux expressions culturelles traditionnelles, document WIPO/GRTKF/IC/37/7). Néanmoins, les normes internationales sur le droit d'auteur et les droits connexes peuvent être considérées comme une façon d'assurer la protection indirecte des savoirs traditionnels. En particulier, le droit d'auteur peut s'appliquer aux descriptions des savoirs traditionnels inclus dans une base de données, ainsi qu'aux compilations de savoirs traditionnels qui sont protégées en tant que compilations lorsqu'elles, "par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles". Toutefois, cette protection indirecte des savoirs traditionnels par le droit d'auteur ne s'appliquerait pas au contenu des savoirs traditionnels proprement dits; en conséquence, le savoir-faire et le contenu des savoirs traditionnels pourraient être pris et utilisés par des tiers même s'ils sont inclus dans une base de données protégée par le droit d'auteur.

56. En général, lorsque les savoirs traditionnels sont communiqués au moyen des expressions culturelles traditionnelles, la protection de ces expressions peut être considérée comme une protection indirecte des savoirs traditionnels (par exemple, un enregistrement sonore d'une interprétation ou exécution traditionnelle utilisé pour transmettre des savoirs traditionnels au sein d'une communauté peut être protégé en tant qu'enregistrement d'une expression culturelle traditionnelle; cela limiterait la distribution de l'enregistrement et l'accès à celui-ci et, indirectement, l'accès aux savoirs traditionnels communiqués et leur diffusion au moyen des expressions culturelles traditionnelles); pour de plus amples détails, voir le projet actualisé d'analyse complémentaire des lacunes relatives aux expressions culturelles traditionnelles.

²⁷ SCT/35/2.

B) Dans d'autres domaines du droit public international

57. La présente analyse des lacunes porte essentiellement sur des normes internationales qui concernent plus précisément le droit de propriété intellectuelle et sa relation avec les savoirs traditionnels. Toutefois, des normes plus générales du droit public international, comme la protection de l'environnement, les ressources phytogénétiques et les droits des peuples autochtones, peuvent être considérées comme s'appliquant au cadre stratégique et juridique international général. On en trouvera ci-dessous une brève description.

Instruments internationaux auxquels il est fait référence : Convention sur la diversité biologique (CDB), Protocole de Nagoya, Traité international de la FAO, Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification
--

i) Convention sur la diversité biologique

58. Un domaine spécifique des connaissances traditionnelles, à savoir les connaissances en matière de conservation et d'utilisation durable de la diversité biologique, est régi par la Convention sur la diversité biologique qui stipule qu'une Partie contractante :

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.

ii) Protocole de Nagoya

59. L'article 7 du Protocole de Nagoya prévoit ce qui suit :

"Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour s'assurer que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation de ces communautés autochtones et locales conformément à sa législation interne et que des conditions convenues d'un commun accord ont été établies."

60. L'article 5.5 s'applique également dans ce contexte :

"Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique nécessaires pour assurer le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques avec les communautés autochtones et locales détentrices de ces connaissances. Ce partage est soumis à des conditions convenues d'un commun accord."

61. En outre, l'article 16 prévoit ce qui suit :

"1. Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique nécessaires pour assurer que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques exploitées dans leur juridiction a été soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation des communautés autochtones et locales et que des conditions convenues d'un commun accord ont été établies, conformément à la législation ou aux exigences internes relatives à l'accès et au partage des avantages de l'autre Partie où ces communautés autochtones et locales sont situées."

“2. Chaque Partie prend des mesures appropriées, efficaces et proportionnées pour traiter des situations de non-respect des mesures adoptées conformément au paragraphe 1 ci-dessus.

“3. Les Parties coopèrent, dans la mesure du possible et selon qu’il convient, en cas de violation présumée de la législation ou des exigences internes en matière d’accès et de partage des avantages mentionnées au paragraphe 1 ci-dessus.”

iii) Traité international de la FAO

62. Abordant également un autre domaine des savoirs traditionnels qui concerne les ressources phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture, le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture (Traité international) dispose que “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 [...]”²⁸.

iv) Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification

63. La Convention internationale des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dispose que les Parties protègent, s’emploient à promouvoir et utilisent en particulier les technologies, connaissances, savoir-faire et pratiques traditionnels et locaux et, à cet effet, s’engagent à “répertorier ces technologies, connaissances, savoir-faire et pratiques, ainsi que leurs utilisations potentielles, avec la participation des populations locales, et à diffuser les informations correspondantes, selon qu’il convient, en coopération avec les organisations intergouvernementales et non gouvernementales compétentes” (article 18.2)a). Elle dispose en outre que, dans le cadre des activités régionales, peuvent être prévues des activités propres à “établir des inventaires des technologies, connaissances, savoir-faire et pratiques, ainsi que des technologies et savoir-faire traditionnels et locaux et à encourager leur diffusion et utilisation” (article 6.b) de l’annexe II).

C) Autres instruments internationaux

Instruments internationaux auxquels il est fait référence : Convention sur la diversité biologique (CDB), Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, Déclaration d’Interlaken sur les ressources zoogénétiques

i) Lignes directrices de Bonn

64. Les lignes directrices de Bonn sur l’accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, qui sont décrites dans leur introduction par le secrétaire exécutif comme ayant un “caractère volontaire [...] [mais dont] l’adoption à l’unanimité [...] par quelque 180 pays leur confère [...] un pouvoir indéniable [...]”, assurent une protection des savoirs traditionnels en recommandant que les “fournisseurs devraient : [...] ne fournir des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles que s’ils sont habilités à le faire” et que les “Parties contractantes ayant sous leur juridiction des utilisateurs de ressources génétiques [...] devraient envisager notamment des [...] mesures visant à encourager la divulgation [...] de l’origine des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés locales et autochtones dans les demandes de droits de propriété intellectuelle”.

²⁸ Article 9 – Droits des agriculteurs, Traité international.

65. L'objectif des Lignes directrices est "d'aider à élaborer des mécanismes et des régimes d'accès et de partage des avantages qui reconnaissent la protection des connaissances [...] traditionnelles" (paragraphe 11.j)) et les Lignes directrices encouragent la "coopération entre Parties contractantes pour faire face à des violations présumées des accords concernant l'accès et le partage des avantages", laquelle peut s'appliquer aux savoirs traditionnels.

ii) Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

66. Les savoirs traditionnels détenus par les peuples autochtones proprement dits sont visés par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones²⁹ qui, en tant que déclaration, peut être considérée comme une "disposition" ou "possibilité" au niveau international, même si certains commentateurs ont fait valoir que la Déclaration n'est pas juridiquement contraignante et n'a pas été adoptée par consensus, et qu'ils la définissent comme une source qui exprime les aspirations des peuples autochtones. L'article 31 de la déclaration dispose que :

"Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer [...] leur savoir traditionnel [...] ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle de ce [...] savoir traditionnel [...]"

67. Elle dispose par ailleurs que, "en concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice".

iii) Déclaration d'Interlaken sur les ressources zoogénétiques

68. La Déclaration d'Interlaken sur les ressources zoogénétiques, adoptée par la Conférence technique internationale sur les ressources zoogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture le 7 septembre 2007, affirme "qu'il est souhaitable, éventuellement, sous réserve des législations nationales, de respecter, préserver et maintenir les savoirs traditionnels concernant la sélection et la production animales comme contribution au maintien des moyens de subsistance". Se rattachant à la Déclaration, le Plan mondial d'action pour les ressources zoogénétiques vise entre autres objectifs à "promouvoir un partage juste et équitable des avantages tirés de l'utilisation des ressources zoogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et reconnaître le rôle des connaissances traditionnelles, des innovations et des pratiques intéressant la conservation des ressources génétiques animales et leur utilisation durable et, le cas échéant, mettre en place des politiques et des législations appropriées".

²⁹ Document WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6 (15 février 2008), adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2007.

IV. LACUNES EXISTANT AU NIVEAU INTERNATIONAL

les illustrant, dans la mesure du possible, avec des exemples spécifiques

69. Lorsqu'on envisage la protection de savoirs traditionnels au niveau international, il faut tenir compte de "lacunes" possibles à deux niveaux :

- lacunes dont souffrent les *objectifs* de la protection au niveau international;
- lacunes dont souffrent les *mécanismes juridiques* de la protection au niveau international.

70. Toutefois, un premier élément à prendre en considération est la portée du concept de "savoir traditionnel" qui est l'objet de l'analyse des lacunes.

A) Lacunes dans la définition ou l'identification des savoirs traditionnels devant être protégés

71. Les hypothèses de travail sur lesquelles repose cette analyse des lacunes, tirant parti de l'examen approfondi de ces questions auquel s'est livré lui-même le comité, comprennent les distinctions suivantes :

- i) La distinction entre :
 - les "savoirs traditionnels" en tant que description générale de la question, en général 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*), et
 - les "savoirs traditionnels" en tant qu'objet spécifique de droits et d'intérêts, avec un objet plus précis comme le contenu et le fond des savoirs proprement dits (savoirs traditionnels au sens précis du terme ou *stricto sensu*), à distinguer par exemple des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore.
- ii) La distinction entre :
 - ce qui peut être en général qualifié de savoirs traditionnels, et
 - les éléments de savoirs traditionnels qui sont ou qui devraient être spécialement l'objet d'une protection juridique.

72. Dans l'esprit des hypothèses de travail mentionnées ci-dessus, le comité a, dans ses travaux, appliqué ces distinctions. En ce qui concerne la première distinction, le terme "savoirs traditionnels" est utilisé dans son sens plus précis comme s'entendant :

des savoirs proprement dits, en particulier ceux qui résultent de l'activité intellectuelle exercée dans un contexte traditionnel, et comprennent le savoir-faire, les pratiques, les techniques et les innovations³⁰.

73. Les savoirs traditionnels en ce sens ont une signification plus large que les secteurs de connaissance plus spécifiques (médical, relatifs à la diversité biologique, associés aux ressources génétiques ou aux ressources phytogénétiques) recensés dans d'autres domaines de la politique et du droit public internationaux.

³⁰ Source : Glossaire sur les principaux termes.

74. S'agissant de la deuxième distinction, le comité a étudié en détail le principe en vertu duquel, pour être *protégés* au moyen de mécanismes juridiques spécifiques, les savoirs traditionnels peuvent devoir être :

- 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 officieusement par les pratiques, protocoles ou lois coutumiers ou traditionnels³¹.

75. Aux fins de la présente analyse, cela signifierait que, pour pouvoir bénéficier d'une protection au lieu d'être décrits simplement en termes généraux comme des "savoirs traditionnels", les savoirs devraient être de nature intergénérationnelle, avoir un lien objectif avec la communauté d'origine et avoir une association subjective au sein de cette communauté de telle sorte qu'ils fassent partie de l'auto-identité même de la communauté.

B) Lacunes dans les objectifs ou les motifs de protection

76. L'analyse de tout système juridique consiste en partie à examiner les objectifs ou la raison d'être du système. En conséquence, une analyse des lacunes devrait examiner ces objectifs communs qui pourraient être exprimés à l'échelon international, mais qui n'ont pas jusqu'à présent été formulés *stricto sensu*. Les objectifs de politique générale qui n'ont pas été exprimés ou affirmés officiellement à l'échelon international en matière de propriété intellectuelle et de savoirs traditionnels sont les suivants :

- reconnaître la valeur intrinsèque des systèmes de savoirs traditionnels et leur contribution à la conservation de l'environnement, à la sécurité alimentaire et à une agriculture durable, ainsi qu'aux progrès de la science et de la technologie;
- reconnaître que les systèmes de savoirs traditionnels sont des formes d'innovation utiles;
- promouvoir le respect des systèmes de savoirs traditionnels et des valeurs culturelles et spirituelles des détenteurs de savoirs traditionnels;
- respecter les droits des détenteurs et dépositaires de savoirs traditionnels;
- promouvoir la conservation et la préservation des savoirs traditionnels;
- renforcer les systèmes de savoirs traditionnels, y compris continuer de favoriser l'utilisation coutumière, le développement, l'échange et la transmission des savoirs traditionnels;
- promouvoir l'innovation continue dans les systèmes de savoirs traditionnels et encourager l'innovation découlant de la base des savoirs traditionnels;

³¹ Note : Le document WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev. a été établi sur la base du document de référence WIPO/GRTKF/IC/8/5 intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés". Compte tenu des négociations en cours au sein de l'IGC, cette référence n'a pas été actualisée.

- encourager la sauvegarde et la préservation des savoirs traditionnels;
- réprimer l'appropriation illicite et les usages déloyaux et inéquitables des savoirs traditionnels, et promouvoir le partage équitable des avantages découlant de tels savoirs;
- veiller à ce que l'accès aux savoirs traditionnels et leur utilisation soient subordonnés au consentement préalable donné en connaissance de cause³²;
- promouvoir un développement communautaire durable et des activités commerciales légitimes sur la base de systèmes de savoirs traditionnels;
- réduire l'octroi ou l'exercice de droits de propriété intellectuelle induit sur les savoirs traditionnels.

77. Cette énumération constitue une synthèse des objectifs qui ont été proposés dans le débat international, y compris au sein du comité. Ces objectifs n'ont pas été adoptés officiellement et ne susciteront aucun consensus. Néanmoins, plusieurs de ces objectifs à caractère général sont, dans une certaine mesure, pris en considération dans des instruments internationaux existants, même si ceux-là traitent uniquement d'une partie de l'éventail complet des savoirs traditionnels – c'est ainsi, par exemple, que la CDB encourage le respect et la préservation des savoirs traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique mais ne traite pas expressément d'autres formes de savoirs traditionnels comme les systèmes de connaissances médicales codifiés. Le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture reconnaît "l'énorme contribution que les communautés locales et autochtones ainsi que les agriculteurs [...] ont apportée et continueront d'apporter à la conservation et à la mise en valeur des ressources phytogénétiques qui constituent la base de la production alimentaire et agricole dans le monde entier".

78. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, juridiquement non contraignante, peut offrir des orientations de politique générale concernant les objectifs internationaux. Elle reconnaît les droits des peuples autochtones en particulier (contrairement à ceux des autres détenteurs de savoirs traditionnels) "de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur [...] savoir traditionnel" et "de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce [...] patrimoine culturel", l'éventail des savoirs traditionnels étant considéré comme plus large que dans d'autres instruments existants.

C) Lacunes dans les mécanismes juridiques existants

79. Dans son sens juridique précis, la protection de la propriété intellectuelle consiste à définir le droit du détenteur de droits de s'opposer à l'utilisation par des tiers du matériel protégé ou, au minimum, de tirer un avantage équitable de son utilisation, ainsi que celui de s'opposer au manque de reconnaissance ou à la distorsion (perte d'intégrité). En d'autres termes, la protection consiste à donner au détenteur de droits le pouvoir d'empêcher des formes non voulues d'utilisation ou de distribution de savoirs, ou un accès illicite à ces savoirs, ou encore le droit de recevoir une rémunération équitable (y compris un régime de responsabilité compensatoire). La protection de la propriété intellectuelle est par conséquent axée sur les droits de contester ou d'empêcher l'utilisation par un tiers du matériel protégé.

³² Ou au "consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause" visé dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

80. C'est pourquoi les lacunes dont souffre la protection des savoirs traditionnels dans des mécanismes juridiques spécifiques peuvent être définies en fonction :

- i) de l'objet que ne couvre pas le droit actuel de la propriété intellectuelle;
- ii) des titulaires de droits qui ne sont pas reconnus à ce titre et d'autres bénéficiaires exclus des avantages de la protection;
- iii) des formes d'utilisation et d'autres actions qui ne peuvent pas être empêchées;
- iv) de l'absence du droit à obtenir une rémunération ou d'autres avantages.

81. Cependant, toute analyse des lacunes potentielles de ce type dépend nécessairement d'une enquête exhaustive des possibilités de protection des savoirs traditionnels par la législation en vigueur en matière de propriété intellectuelle. Le comité a examiné d'une manière approfondie ces possibilités, notamment sur la base des enquêtes détaillées des États membres, et a examiné les options énoncées dans un certain nombre de documents de fond (énumérés dans le document WIPO/GRTKF/IC/13/5(a)); ces options ne sont pas reprises dans le présent document mais peuvent être considérées comme applicables à la présente analyse des lacunes. Voir à ce sujet par exemple :

- options de politique générale et mécanismes juridiques énoncés dans les documents WIPO/GRTKF/IC/7/6 et WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5,
- enquêtes, rapports et analyses comparatives de la protection des savoirs traditionnels aux échelons national, régional et international contenus dans les documents WIPO/GRTKF/IC/3/7, WIPO/GRTKF/IC/3/8, WIPO/GRTKF/IC/3/9, WIPO/GRTKF/IC/4/7, WIPO/GRTKF/IC/4/8, WIPO/GRTKF/IC/5/7, WIPO/GRTKF/IC/5/8 et WIPO/GRTKF/IC/6/4.

i) Objet qui n'est pas couvert par le droit existant de la propriété intellectuelle

Savoirs traditionnels qui ne sont pas couverts par les formes existantes de protection de la propriété intellectuelle

82. Introduction : il est possible d'identifier clairement une lacune pour les savoirs traditionnels exclus des formes conventionnelles de propriété intellectuelle qui sont recensées dans la partie III.a). Dans certains cas, ces savoirs peuvent être protégés par des lois nationales existantes en matière de propriété intellectuelle dans les limites des flexibilités prévues par le droit international de la propriété intellectuelle. Cela étant, une liste indicative de ces savoirs non protégés comprendrait logiquement :

- les savoirs traditionnels qui ne sont pas considérés comme nouveaux car ils ont été divulgués au public d'une manière appropriée;
- les savoirs traditionnels qui sont considérés comme évidents, y compris pour les personnes du métier qui peuvent être des usagers ou des détenteurs de savoirs traditionnels en tant que personnes du métier, eu égard à d'autres savoirs dont dispose déjà le public concerné;
- les savoirs traditionnels qui ont été divulgués au public et qui ne répondent pas aux critères de protection des renseignements confidentiels, des secrets d'affaires ou des renseignements non divulgués.

Innovation cumulative et collective au cours des générations au sein de la communauté

83. Introduction : une des caractéristiques des savoirs traditionnels tels que définis aux fins de la présente analyse réside dans le fait qu'ils sont élaborés et évoluent au fil des générations au sein de la communauté. Certains éléments de ces savoirs sont élaborés par des personnes de ladite communauté qui peuvent avoir des droits spécifiques au sein de la communauté, ainsi que des responsabilités à son égard. Dans l'ensemble toutefois, la protection des savoirs traditionnels concerne celle des savoirs cumulatifs détenus collectivement à moins qu'ils ne soient considérés comme des renseignements non divulgués ou confidentiels.

84. Ces savoirs peuvent être considérés comme couverts par la CDB (savoirs traditionnels liés à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique), la FAO (savoirs traditionnels liés aux ressources phytogénétiques) et le Protocole de Nagoya (savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques), avec une obligation de protection au sens large. Ces dispositions ne visent pas les savoirs traditionnels au sens large mais les définissent en fonction des objectifs de politique générale propres à ces instruments.

85. La protection sous forme de marques ou d'indications géographiques peut être détenue collectivement et protéger efficacement de différentes manières les savoirs traditionnels intergénérationnels, sans que ces savoirs satisfassent aux critères régissant les renseignements non divulgués ou confidentiels. De même, ces mécanismes peuvent être considérés comme applicables à la protection des systèmes de connaissances et un certain nombre de mécanismes propres à préserver, promouvoir et protéger les savoirs traditionnels existent dans le système actuel de la propriété intellectuelle et s'étendent largement à nombre de formes ou d'expressions différentes de ces savoirs.

86. Lacune : la protection ne s'applique pas aux savoirs traditionnels cumulatifs, détenus collectivement et intergénérationnels à moins qu'ils répondent aux critères régissant les renseignements non divulgués ou confidentiels. Il n'y a pas de moyens directs pour protéger ces savoirs traditionnels comme un objet de protection en soi, même s'il existe certaines formes de protection de la propriété intellectuelle telles que la protection des indications géographiques et des marques et signes distinctifs associés aux savoirs.

87. Lacune : la protection de la propriété intellectuelle ne s'applique pas à un système intégré de savoirs traditionnels proprement dits, dans le sens d'empêcher l'appropriation d'un système distinct de savoirs. Elle peut s'appliquer à certains éléments isolés de savoirs dans un système de savoirs traditionnels, viser des réputations, signes et marques distinctifs associés à des systèmes de savoirs, ainsi que des références trompeuses à des systèmes de savoirs, notamment par les certificats d'authenticité.

88. Lacune : la durée de protection prévue dans la plupart des formes de protection de la propriété intellectuelle est relativement limitée par rapport à la période intergénérationnelle pendant laquelle les savoirs traditionnels sont élaborés et elle pourrait ne pas permettre d'assurer une préservation appropriée de ces savoirs. Ainsi, la durée de protection limitée peut être considérée comme une lacune.

89. Exemple : une communauté a élaboré une série d'applications utiles pour une plante médicinale et mis au point un système permettant de bien comprendre comment cette plante doit être cultivée, récoltée, puis utilisée (y compris en synergie avec d'autres extraits végétaux) pour traiter une panoplie de maladies. Ce système de savoirs est clairement associé à cette communauté et il y est préservé au moyen de pratiques coutumières. Les normes internationales ne permettent pas à cette communauté d'empêcher des tiers de prendre et d'utiliser des éléments de ces savoirs à des fins industrielles et commerciales sans aucune reconnaissance et sans donner en échange des avantages équitables (en dehors d'éléments de ces savoirs qui sont brevetés ou qui sont conformes aux critères régissant les renseignements non divulgués). Les formes de protection prévues, lorsqu'elles sont

applicables, n'ont généralement pas une durée qui prend en considération le contexte intergénérationnel et la nécessité de préserver les systèmes de savoirs traditionnels. Des aspects de l'utilisation par la communauté de la plante médicinale peuvent être protégés par des moyens connexes, tels que la protection du nom de la communauté en association avec la plante et ses applications médicales ou des systèmes de certification en matière d'approbation ou de participation de la communauté à la commercialisation de ces savoirs.

ii) Bénéficiaires ou détenteurs de droits pas reconnus

Reconnaissance des droits collectifs, des intérêts et des droits dans un système de savoirs traditionnels

90. Introduction : Les mécanismes juridiques actuels font généralement reposer l'octroi de droits de propriété intellectuelle sur une personne ou un petit groupe de personnes (comme un inventeur ou plusieurs inventeurs reconnus). Certaines formes de propriété intellectuelle peuvent dans une certaine mesure reconnaître une entité collective comme étant habilitée à exercer des droits sur un objet protégé et à en bénéficier – par exemple, les indications géographiques, les marques collectives et la protection de renseignements non divulgués lorsqu'une entité collective, y compris une communauté locale ou autochtone juridiquement reconnue, peut en être la propriétaire ou la bénéficiaire. En général cependant, il n'y a pas de système de reconnaissance de la propriété communautaire ou collective, de dépôt ou d'autres formes d'autorité ou de droit sur leurs savoirs ou sur des éléments distincts de ces savoirs. Ces systèmes peuvent devoir tenir compte du fait que plusieurs communautés peuvent être titulaires des droits sur des savoirs traditionnels.

91. Cette lacune est en partie comblée par la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones qui stipule que "les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur [...] savoir traditionnel [...] [et] [...] le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce [...] savoir traditionnel". Toutefois, étant un instrument international non contraignant, il s'agit d'une déclaration générale plutôt qu'un mécanisme juridique spécifique directement applicable pour remédier dans la pratique à cette lacune.

92. Lacune : reconnaissance qu'une communauté locale ou autochtone peut avoir des droits, une autorité, être dépositaire ou avoir d'autres intérêts sur des savoirs dans un système de savoirs traditionnels qui y est clairement associé.

93. Exemple : Dans l'exemple ci-dessus, la communauté n'aurait pas actuellement, en tant que communauté, un droit collectif de prendre des mesures contre les formes d'utilisation abusive ou d'appropriation illicite de ses savoirs.

iii) Clarifier ou confirmer l'application des principes existants aux savoirs traditionnels

Une règle s'appliquant expressément aux principes de la concession de brevets dans le contexte des savoirs traditionnels

94. Introduction : il n'est toujours pas possible en principe d'obtenir de manière légitime un brevet sur un savoir traditionnel qui n'est pas nouveau, ou est évident pour un groupe de personnes du métier (qui peut comprendre des experts en matière de savoirs traditionnels). En outre, le déposant n'est pas autorisé à obtenir de manière légitime le brevet d'une invention s'il n'en est pas l'inventeur effectif ou s'il n'a pas reçu directement de l'inventeur le droit de déposer une demande, par exemple si les revendications dans la demande de brevet s'appliquent au savoir traditionnel obtenu d'un détenteur, ou si le détenteur du savoir traditionnel a apporté une contribution inventive à l'invention revendiquée. De plus, l'inventeur ou les inventeurs véritables peuvent être mentionnés en tant que tels dans le document de brevet. Ces principes généraux sont reconnus dans la législation internationale relative aux

brevets, même s'ils n'ont jamais été explicitement appliqués aux savoirs traditionnels à l'échelon de l'élaboration de normes internationales.

95. La question se pose de savoir si cette absence d'un principe explicite constitue réellement une "lacune" : appliquer des principes généraux expressément aux savoirs traditionnels et faire explicitement ressortir ce qui est déjà implicite dans le droit et les principes relatifs aux brevets reviendrait-il à "combler une lacune"? Par ailleurs, définir à l'échelon international la manière dont les principes généraux en matière de brevets s'appliquent expressément aux savoirs traditionnels peut sembler une précision utile pour empêcher la délivrance de brevets invalides, tels que toute tentative visant à revendiquer le fait que le savoir traditionnel obtenu d'un détenteur est l'invention d'un tiers. Cette attente étant implicite dans les principes existants, on peut se demander si la formulation de ces attentes d'une manière plus explicite constitue une véritable lacune à combler.

96. Lacune : il n'existe aucune déclaration internationale officielle appliquant directement les normes et principes généraux en matière de brevets au domaine des savoirs traditionnels : par exemple, empêchant précisément et expressément tous brevets revendiquant directement des savoirs traditionnels i) qui ne sont pas nouveaux car ils appartiennent au domaine public; ii) qui sont évidents pour un expert des savoirs traditionnels en tant qu'homme de métier, ou iii) qui ont été obtenus d'un détenteur qui n'est pas reconnu comme inventeur et que le titre approprié n'en a pas été obtenu.

97. Exemple : une personne obtient des savoirs traditionnels précieux en se rendant dans communauté autochtone. Elle dépose aussitôt deux demandes de brevet, se qualifiant d'inventrice, sans apporter à ces savoirs des améliorations additionnelles significatives et sans communiquer ni mentionner au détenteur des savoirs traditionnels la source des savoirs. Une demande de brevet correspond à une invention réellement brevetable. Dans ce cas-là, le déposant n'a pas le droit de demander un brevet car le véritable inventeur est le praticien initial opérant dans le système des savoirs traditionnels et il n'a pas fondé sa demande sur un titre légal obtenu de cet inventeur. L'autre demande de brevet revendique des savoirs traditionnels qui ont été divulgués au public et représentent une méthode déjà connue de la communauté des détenteurs de savoirs traditionnels. Dans ce cas-là, le brevet serait également invalide en raison du manque de nouveauté ou d'activité inventive.

iv) Formes de protection non fournies dans le cadre des normes internationales en vigueur

Une exigence particulière en matière de divulgation concernant les savoirs traditionnels

98. Introduction : un certain nombre de pays ont créé des mécanismes spécifiques relatifs aux savoirs traditionnels (ainsi qu'aux ressources génétiques dont ne traite pas la présente analyse des lacunes), sous la forme d'exigences en matière de divulgation supplémentaires dans leurs lois nationales sur les brevets. Ces mécanismes exigent du déposant qu'il divulgue la source ou l'origine des savoirs traditionnels utilisés dans l'invention revendiquée et, dans quelques cas, qu'il fournisse aussi la preuve du consentement préalable en connaissance de cause et des modalités de partage équitable. Cette exigence n'a pas été prévue dans le droit international, mais des propositions³³ visant à réviser l'Accord sur les ADPIC afin qu'elle y figure ont été appuyées par bon nombre de pays, et plusieurs propositions en faveur de cette exigence ont été faites dans le cadre de l'OMPI. D'autres parties se sont opposées à cette exigence et ont remis en cause son utilité. Il n'a pas été fait ici d'évaluation de ces vues divergentes, au-delà du fait qu'il y a objectivement et techniquement une lacune ou un manque en la matière dans les normes internationales. La nécessité de combler cette lacune et la façon

³³ Voir les communications présentées au Comité des négociations commerciales de l'OMC : documents TN/C/W/52 du 19 juillet 2008 et TN/CW/59 du 19 avril 2011.

dont cela devrait être fait sont bien entendu des questions devant faire l'objet d'un débat d'orientation entre États.

99. Lacune : il n'est pas fait expressément mention au niveau international de l'obligation pour les déposants de demandes de brevet de divulguer la source ou l'origine du savoir traditionnel utilisé dans l'invention revendiquée, ou de divulguer des informations sur le consentement préalable donné en connaissance de cause et sur le partage équitable des avantages.

100. Lacune : il n'est pas fait expressément mention au niveau international de l'obligation pour les déposants de demandes de brevet de divulguer des informations sur la brevetabilité, telles que l'ensemble de l'état de la technique pertinent.

Protection contre l'enrichissement injuste, l'appropriation illicite ou l'utilisation abusive des savoirs traditionnels

101. Introduction : La portée de la norme internationale de la Convention de Paris interdisant la concurrence déloyale fait l'objet de différentes analyses. Cette interdiction s'appliquera probablement au moins à quelques formes d'appropriation illicite ou d'utilisation abusive des savoirs traditionnels mais, dans le même temps, il est probable qu'elle ne s'appliquera pas à tous ces actes, y compris toutes les utilisations à des fins commerciales et industrielles de savoirs traditionnels qui seraient réputés contraires aux pratiques commerciales honnêtes ou à l'équité. Au niveau international, il existe des vues largement divergentes sur la question de savoir quelles sont les utilisations concrètes des savoirs traditionnels qui devraient être considérées comme appropriation illicite, enrichissement injuste ou autres utilisations abusives, et quelles sont les utilisations des savoirs traditionnels par des personnes extérieures à la communauté d'origine (notamment à des fins commerciales) qui pourraient être considérées comme justes et licites. Les utilisations de savoirs traditionnels par des tiers ne pourraient pas toutes être considérées comme totalement licites ou totalement illicites, et les points de vue diffèrent quant à la façon d'établir une distinction entre les deux. Ces points de vue divergents reflètent une lacune, à savoir l'absence de lignes directrices internationales sur ces questions.

102. Lacune : il n'est pas fait expressément mention au niveau international de l'obligation d'empêcher l'enrichissement injuste grâce aux savoirs traditionnels ou l'appropriation illicite ou l'utilisation abusive des savoirs traditionnels, et il n'y a aucune indication à l'échelle internationale permettant de déterminer ce qui constitue une utilisation juste et licite des savoirs traditionnels et la façon dont devrait être défini l'enrichissement injuste ou l'appropriation illicite.

103. Exemple : Dans l'exemple ci-dessus, cette lacune concerne le droit de faire opposition ou d'intenter des recours lorsque les savoirs traditionnels d'une communauté sont utilisés par un tiers, par exemple pour produire des remèdes à partir d'un "produit naturel" ou des médicaments qui résultent directement de ces savoirs et utilisent directement les propriétés connues des matériaux biologiques employés dans ces savoirs.

104. Quelques autres exemples :

- un remède ou un médicament est produit sur la base directe du savoir traditionnel d'une communauté autochtone;
- un remède ou un médicament est produit sur la base d'un élément d'un savoir connu du public;
- un remède ou un médicament est produit en utilisant un élément d'un savoir en sus d'un savoir traditionnel.

105. Il convient aussi de se pencher sur les cas où des savoirs traditionnels ont contribué à l'objet d'un droit de propriété intellectuelle donné, même si ce dernier n'est pas directement dérivé de ces savoirs traditionnels. Si ce type de contribution à un nouveau produit n'est pas pris en considération, cela peut être considéré comme une lacune dans la protection des savoirs traditionnels.

106. Dans chaque cas, l'identification d'une lacune dans la protection contre l'appropriation illicite ou l'enrichissement injuste impliquerait de trouver les réponses à des questions telles que les suivantes :

- Quand l'utilisation d'un savoir traditionnel crée-t-elle une obligation de compensation ou de reconnaissance de la communauté, ou de partage des avantages avec elle, et quand tel ou tel type d'utilisation peut-il être considéré comme un enrichissement injuste ou une appropriation illicite?
- Quels sont les liens qui devraient exister entre le type d'accès au savoir et son utilisation consécutive en aval?
- Les circonstances dans lesquelles le savoir a été acquis à l'origine auprès de la communauté ont-elles une influence sur la façon de déterminer si l'on doit ou non considérer qu'il y a enrichissement injuste ou appropriation illicite, ou doit-on seulement prendre en compte la façon dont le savoir est utilisé?
- L'appropriation illicite est-elle limitée à une exploitation commerciale à grande échelle de ce savoir, ou peut-elle qualifier des utilisations autres que commerciales ou à des fins commerciales mais à petite échelle?

107. Dans un commentaire, des préoccupations sont exprimées quant au fait que les normes internationales ne permettent pas aux communautés d'empêcher des tiers de s'emparer d'éléments de savoirs traditionnels et de les utiliser à des fins industrielles et commerciales sans reconnaissance et sans fournir en retour d'avantages équitables. Dans un autre commentaire, l'accent est mis sur les conséquences que l'absence de sanctions adéquates aurait sur la réparation des préjudices causés par les actes d'appropriation illicite.

Consentement préalable en connaissance de cause

108. Introduction : La CDB reconnaît un droit de consentement préalable en connaissance de cause sur les ressources génétiques tandis que les lignes directrices de Bonn laissent entendre que cela peut également s'appliquer aux savoirs traditionnels associés à la diversité biologique. L'article 7 du Protocole de Nagoya prévoit ce qui suit : "Conformément 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". Il n'y a cependant aucune norme internationale explicite qui reconnaît expressément un droit de consentement préalable donné en connaissance de cause sur tous les savoirs traditionnels.

109. Lacune : Un principe explicite de consentement préalable libre donné en connaissance de cause sur les savoirs traditionnels détenus par une communauté autochtone ou locale reconnue.

110. Lacune : une autre lacune indiquée dans les commentaires concerne les cas où l'obligation d'obtention du consentement préalable en connaissance de cause et l'application de la législation sur l'accès et le partage des avantages dans un pays peuvent ne pas être pas applicables dans un pays tiers, ce qui soulève la question des obstacles à l'application extraterritoriale de cette législation par les tribunaux du pays tiers, y compris en l'absence d'une législation internationale sur la protection des savoirs traditionnels ou lorsqu'une telle législation existe.

111. Exemple : Une chercheuse ethnobotanique exécute un programme de recherche sur le terrain consacré aux savoirs traditionnels d'une certaine communauté. Elle n'a nullement l'obligation de demander le consentement de la communauté avant de collecter les savoirs, dont elle pourrait ensuite librement disposer avec des tiers et que d'autres pourraient les utiliser sur les plans commercial ou industriel.

112. Il peut aussi exister une lacune au niveau pratique, car un soutien concret est nécessaire pour mettre sur pied un régime de certification et une base de données efficaces, et il faut un appui institutionnel et une législation pour certifier le consentement préalable donné en connaissance de cause, notamment le consentement des communautés locales et autochtones; cette assistance permettrait à court terme de régler les problèmes d'utilisation abusive et d'appropriation illicite.

Un droit à la reconnaissance et à l'intégrité

113. Introduction : un utilisateur de savoirs traditionnels n'est généralement pas tenu de reconnaître le fournisseur ou la source de ces savoirs. En outre, il n'est pas tenu de traiter les savoirs avec respect comme lorsque certaines utilisations culturellement offensantes ou lorsque les savoirs traditionnels sont utilisés d'une manière qui porte atteinte à leur authenticité ou leur intégrité. Dans bien des cas, il peut s'avérer difficile, voire impossible, d'identifier toutes les sources de savoirs, et il peut être inapproprié ou socialement contre-productif de donner un droit d'objection à certaines utilisations d'un savoir traditionnel. L'utilité d'un tel mécanisme n'en a pas moins été soulignée, ne serait-ce que dans le cas d'un savoir traditionnel ayant une signification sacrée particulière ou qui est plus particulièrement lié à l'identité collective d'une communauté. Il n'existe aucune obligation formelle de ce type dans les normes internationales, et c'est dans ce sens, technique, que l'on peut dire qu'il y a une lacune : cela ne signifie pas qu'il faille absolument la combler, et cela ne donne aucune indication quant à la façon de la combler ou à la mesure dans laquelle elle doit être comblée; il s'agit là de questions politiques importantes qui méritent une réflexion approfondie. Au sens formel, il n'en est pas moins possible de constater qu'il existe une lacune.

114. Lacune : le droit de s'opposer à l'utilisation d'un savoir traditionnel sans reconnaître explicitement la communauté qui est la source effective du savoir.

115. Lacune : le droit de s'opposer à l'utilisation culturellement ou spirituellement offensante d'un savoir traditionnel, ou lorsqu'elle porte atteinte à son intégrité.

116. Exemple : Des savoirs traditionnels qui sont typiques d'une certaine communauté sont utilisés dans la fabrication d'un produit commercial par un tiers qui n'a pas reconnu la communauté en tant que source, développeur ou dépositaire traditionnel des savoirs. Par ailleurs, ce produit est présenté et distribué d'une manière qui discrédite ou outrage la communauté originale (cette dernière question est en partie couverte par l'article 10*bis* de la Convention de Paris).

v) Absence du droit d'obtenir une rémunération ou d'autres avantages

117. Introduction : par analogie avec le droit que donnent quelques régimes de propriété intellectuelle d'obtenir une rémunération équitable et conformément aux théories de "la responsabilité compensatoire" et au principe du partage équitable des avantages, il a été proposé que des détenteurs de savoirs traditionnels soient habilités à recevoir une part équitable des avantages que d'autres tirent de l'utilisation de leurs savoirs, en particulier lorsque cette utilisation engendre un gain financier ou commercial. (Et pourtant, les avantages ne doivent pas nécessairement être financiers ou monétaires, en particulier lorsque cela va à l'encontre des valeurs ou des désirs explicites de la communauté concernée.) Il peut y avoir de nombreux détenteurs différents d'un savoir traditionnel : une personne peut avoir le droit d'obtenir une compensation ou des avantages, ou le savoir traditionnel peut être d'origine si

diffuse que seul un fonds national, mondial ou régional pourrait constituer un moyen équitable de répartir les avantages. Si bien que tout en envisageant la possibilité de reconnaître un éventuel droit à une rémunération équitable, l'analyse de la lacune devrait aussi prendre en compte l'absence de cadres institutionnels appropriés pour la gestion et le partage des avantages – financiers ou autres.

118. Lacune : un droit collectif de recevoir une rémunération équitable ou un partage équitable des avantages découlant de l'utilisation commerciale de savoirs traditionnels en général ou d'autres avantages de ces savoirs, à l'exception des droits reconnus pour certains types spécifiques de savoirs traditionnels, tels que ceux liés à la diversité biologique dans le cadre de la CDB.

119. Lacune : un cadre institutionnel approprié pour le recueil et la répartition équitable des avantages (en particulier si ceux-ci sont d'ordre financier).

120. Exemple : Les savoirs médicaux traditionnels d'une certaine communauté sont utilisés pour créer une excellente gamme de produits médicaux de consommation. Hormis d'autres éléments (comme le droit d'être reconnue), la communauté peut être habilitée à recevoir une part des avantages découlant de cette activité commerciale. Cela ne doit pas revêtir uniquement la forme de gains strictement financiers (et les membres de la communauté peuvent ne pas accepter cette monétisation de leurs savoirs) qui peuvent en effet se présenter sous la forme de gains non financiers comme la participation à des travaux de recherche, à un développement culturellement approprié au niveau communautaire et à une collecte viable des matériaux utilisés.

V. ÉLÉMENTS A PRENDRE EN CONSIDERATION POUR DETERMINER S'IL EST NECESSAIRE DE REMEDIER A CES LACUNES

121. Les éléments à prendre en considération pour déterminer s'il est nécessaire de remédier aux lacunes peuvent être classés comme suit :

- éléments institutionnels/axés sur le mode d'action; et
- éléments de fond.

122. Les premiers comprennent la question de savoir si un processus international existant remédie déjà à une lacune particulière et ce que cela signifie pour les travaux additionnels destinés à remédier à la même lacune. En dehors du débat sur la question de fond, il y a également un débat sur le mode d'action qui devrait être l'instance ou les instances appropriées pour traiter d'une telle question.

123. En revanche, les éléments de fond comprennent l'examen de la question de savoir s'il y a des raisons d'ordre politique convaincantes pour remédier à une lacune particulière. C'est par exemple qu'il peut y avoir en principe une 'lacune' juridique au sujet de la protection des savoirs traditionnels contre l'usage privé non commercial mais cela peut ne pas être considéré comme une priorité contrairement du moins aux usages commerciaux rentables des savoirs.

124. D'autres éléments peuvent être pris en considération pour déterminer non pas s'il est nécessaire de remédier à une lacune mais comment le faire – par exemple, si un instrument international contraignant, un encouragement des pouvoirs publics ou une loi type peut le mieux combler une lacune recensée. Ils sont examinés en détail dans la dernière de cette analyse de lacunes.

A) Éléments de fond

i) *Législation et politique internationales*

125. Le cadre émergent de la législation et de la politique internationales concernant les savoirs traditionnels peut faire croire qu'il sera peut-être nécessaire d'adapter les normes de protection de la propriété intellectuelle pour remédier aux lacunes perçues. En d'autres termes, les changements et les résultats en matière de droit public international peuvent être considérés comme un 'élément' pertinent à prendre en considération pour déterminer s'il est nécessaire de remédier aux lacunes – un résultat juridique ou politique dans un domaine connexe peut éventuellement être considéré comme mettant un relief une lacune au niveau du détail dans le régime de propriété intellectuelle. Au nombre des faits pertinents, qui couvrent à la fois la loi internationale contraignante et d'autres orientations de politique générale comme des déclarations, figurent :

- La conclusion et l'entrée en vigueur juridique de l'article 8.j) de la CDB, qui prévoit le respect, la préservation et le maintien des connaissances traditionnelles relatives à la diversité biologique.
- L'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, qui coordonne une vaste gamme de droits qui ont un effet direct sur les savoirs traditionnels comme tels et sur la propriété intellectuelle relative aux savoirs traditionnels (et qui en tant que déclaration internationale est censée exposer les normes existantes et non servir à créer des obligations juridiques distinctes).
- La conclusion et l'entrée en vigueur juridique du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture qui impose la protection des savoirs traditionnels présentant un intérêt pour les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.
- La reconnaissance de plus en plus grande des savoirs traditionnels en tant que principe général fondamental pour la politique de santé politique (notamment dans le rapport de la Commission de l'Organisation mondiale de la Santé sur les droits de propriété intellectuelle, l'innovation et la santé publique et la stratégie mondiale pour la santé publique, l'innovation et la propriété intellectuelle adoptée en mai 2008 par l'Assemblée mondiale de la santé).
- La Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification prévoit l'obligation de protéger, de promouvoir et d'utiliser les technologies, le savoir-faire et les pratiques traditionnels et locaux.
- Compte tenu des liens qui existent entre les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles, l'élaboration de résultats juridiques et de politique générale plus solides concernant la sauvegarde du patrimoine culturel intangible et la promotion de la diversité culturelle peuvent avoir un effet sur la protection des savoirs traditionnels (bien que ces domaines de politique générale s'appliquent plus directement à la protection des expressions culturelles traditionnelles comme telles – en conséquence, il faudrait mentionner que le projet actualisé d'analyse des lacunes relative à la protection des expressions culturelles traditionnelles concerne ce domaine de politique générale).
- L'adoption de la Déclaration d'Interlaken sur les ressources génétiques animales, qui prévoit le respect, la préservation et le maintien des savoirs traditionnels pertinents pour l'élevage d'animaux et la production animalière.

- L'adoption du Protocole de Nagoya, qui étend les dispositions de la Convention sur la diversité biologique relatives aux savoirs traditionnels.

126. À l'OMPI, deux éléments particuliers peuvent être considérés comme pertinents pour remédier à quelques-unes des lacunes recensées dans le cadre de ce processus :

- Dans le contexte du Plan d'action de l'OMPI pour le développement, à l'étude par le Comité du développement et de la propriété intellectuelle (CDIP) (voir par exemple le document CDIP/1/3), la proposition 18 se lit comme suit :

Inviter instamment le comité intergouvernemental à accélérer le processus concernant la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et du folklore, sans préjudice du résultat, y compris l'élaboration éventuelle d'un ou plusieurs instruments internationaux.

- À sa réunion en octobre 2017, l'Assemblée générale de l'OMPI a également décidé, en renouvelant le mandat du comité, qu'il "[...] continuera d'accélérer ses travaux en vue de parvenir à un accord sur un ou plusieurs instruments juridiques internationaux, sans préjuger de la nature du ou des résultats, relatifs à la propriété intellectuelle, propres à garantir une protection équilibrée et effective des [...] savoirs traditionnels [...]".

ii) Éléments à prendre en considération aux niveaux social, culturel, politique et économique

127. Les éléments qui pourraient être pris en considération aux niveaux social, culturel, politique et économique sont notamment les suivants :

- L'accent mis par de nombreux représentants des communautés et gouvernements sur les accusations d'iniquité résultant de l'appropriation illicite et de l'utilisation abusive des savoirs traditionnels.
- Le rôle des savoirs traditionnels dans le développement durable au niveau des collectivités locales.
- Les liens entre la protection des savoirs traditionnels et l'identité sociale et culturelle des communautés autochtones et locales.
- L'utilisation de plus en plus grande de savoirs traditionnels dans de nombreuses applications industrielles et commerciales.
- La valeur et l'application dans la pratique des savoirs traditionnels présentant un intérêt pour la préservation et l'utilisation durable de la diversité biologique face aux changements climatiques et environnementaux.
- Le recours de plus en plus grand aux savoirs traditionnels dans divers cadres réglementaires comme l'étude d'impact sur l'environnement et l'évaluation de la sécurité et de l'efficacité des médicaments.
- Les conceptions de la responsabilité sociale et de la moralité, notamment les obligations sur le plan éthique.

iii) Importance de la protection des savoirs traditionnels dans le cadre plus général de l'élaboration des politiques et réglementations

128. Comme en atteste l'ensemble des résultats obtenus sur les plans juridique et politique énumérés ci-dessus dans la section i), les savoirs traditionnels sont mentionnés et utilisés dans de nombreux cadres d'élaboration des politiques portant sur les éléments suivants :

- Protection de la diversité biologique et l'utilisation équitable de ses avantages.
- Reconnaissance des droits de peuples autochtones.
- Promotion de la sécurité alimentaire et de la diversité des cultures vivrières.
- Accès à la santé adapté aux caractéristiques culturelles.
- Développement durable à l'échelon local.
- Lutte contre les changements climatiques.
- Points communs dans les programmes de recherche et développement existant entre les savoirs traditionnels proprement dits et les disciplines scientifiques comme la biotechnologie et la pharmacologie.
- Contribution des systèmes de savoirs traditionnels à l'innovation et à la diversité culturelle.

B) Considérations de forme ou relatives aux processus

i) Considérations particulières de forme ou relatives aux processus

129. En dehors de ces questions d'ordre plus général, des éléments plus spécifiques peuvent être considérés comme utiles pour remédier aux lacunes recensées. Ce sont les suivants :

- le fait que de nombreux processus nationaux ou régionaux renforcent déjà la protection des savoirs traditionnels : la mise en place d'une dimension internationale et d'une plateforme commune peut réduire dans la pratique la complexité et les incertitudes juridiques qui pourraient résulter de la diversité des systèmes nationaux ou régionaux de protection des savoirs traditionnels;
- la nécessité, néanmoins, de maintenir une diversité adéquate au niveau réglementaire, en reconnaissant que les systèmes de savoirs traditionnels et les moyens spécifiques permettant de les protéger devraient satisfaire les besoins locaux et aux normes culturelles locales;
- les conséquences systémiques possibles du manque de clarté des lois de propriété intellectuelle au niveau international dans des domaines où il s'applique aux savoirs traditionnels et systèmes d'innovation;
- Les avantages pouvant résulter d'une réduction des incertitudes juridiques associées aux préoccupations quant à la propriété possible sur les savoirs traditionnels ou aux responsabilités de dépositaire de ces savoirs;
- les coûts et avantages découlant d'une approche internationale commune des questions relatives à la protection des savoirs traditionnels ou de la mise en place d'une nouvelle forme de protection de la propriété intellectuelle, notamment les

conséquences pour l'administration nationale et régionale et pour l'accessibilité de la protection aux détenteurs étrangers de savoirs traditionnels;

- l'opposition et l'interaction entre un cadre législatif et normatif qui fixe les attentes générales et les normes et une approche contractuelle bilatérale dans le cadre de laquelle les détenteurs et les utilisateurs de savoirs traditionnels définissent des conditions d'utilisation précises.

ii) Éléments particuliers pouvant mettre en balance le fait de remédier aux lacunes

130. Le comité a également tenu compte dans ses travaux de certains éléments qui pourraient mettre en balance le fait de remédier aux lacunes. Ces éléments sont les suivants :

- la possibilité qu'il soit prématuré de combler certaines lacunes au niveau international même lorsqu'elles ont été clairement recensées, compte tenu de la nécessité pour les pays d'acquérir davantage d'expérience et de la partager, comme préalable à l'obtention de résultats plus clairs au niveau international;
- la diversité des savoirs traditionnels et des communautés les détenant, ce qui peut limiter la dimension internationale de l'établissement de normes;
- l'incertitude qui plane sur les droits des détenteurs étrangers de droits comme les communautés détentrices de savoirs traditionnels dans des cadres culturels et sociaux très différents;
- La nécessité éventuelle de mettre en place des processus de consultation plus solides et plus diversifiés avant de parvenir à des conclusions marquantes sur les plans politique et juridique sur lesquelles il serait difficile et onéreux de revenir.

VI. OPTIONS EXISTANTES OU SUSCEPTIBLES D'ETRE ELABOREES POUR REMEDIER AUX LACUNES QUI AURONT ETE RECENSEES

Options juridiques et autres options, aux niveaux international, régional ou national;

131. Au niveau international, le document WIPO/GRTKF/IC/14/6 et les documents qui l'ont précédé dans cette série ont recensé les options suivantes :

- i) un ou plusieurs instruments internationaux contraignants;
- ii) des interprétations ou définitions d'instruments juridiques existants faisant autorité;
- iii) un ou plusieurs instruments internationaux normatifs non contraignants;
- iv) une résolution, déclaration ou décision de politique générale de haut niveau, par exemple une déclaration internationale qui établirait des principes fondamentaux, énoncerait une règle contre l'appropriation et l'utilisation illicites et ferait une priorité politique des besoins et aspirations des détenteurs d'expressions culturelles traditionnelles et de savoirs traditionnels;
- v) une coordination internationale renforcée grâce à l'adoption de lignes directrices ou de lois types;
- vi) la coordination des actions nationales au niveau législatif;

vii) coordination et coopération en matière de renforcement des capacités et initiatives concrètes.

Ces options sont examinées l'une après l'autre ci-après.

A) Options juridiques et autres options au niveau international

i) *Un instrument international contraignant ou plusieurs*

132. Un instrument contraignant remédiant à des lacunes spécifiques en matière de protection obligerait les Parties contractantes à appliquer les règles prescrites dans leur législation nationale, en tant que prescription de droit international. Parmi les instruments possibles figurent les instruments juridiques indépendants, les protocoles d'instruments existants ou des arrangements particuliers au sens d'arrangements existants. Les traités existants de l'OMPI ont pris un caractère contraignant en droit international sur décision des parties intéressées d'adhérer à ces traités; d'autres États ne sont pas liés par le traité en tant que tel (dans certains cas, ils ont choisi d'appliquer des règles établies par un traité sans adhérer officiellement au traité en question, par exemple s'agissant des classifications applicables dans le domaine de la propriété industrielle). Un processus particulier d'élaboration d'un traité devrait être lancé (généralement, une conférence diplomatique) en vue d'engager les négociations correspondantes. Le traité ne deviendrait contraignant qu'à l'égard des pays ayant choisi d'y adhérer par un acte distinct de ratification ou d'adhésion.

133. Les instruments contraignants peuvent prendre la forme de conventions-cadres ou de conventions sur l'élaboration des politiques, jetant ainsi les bases ou définissant les grands axes d'un développement normatif plus poussé et d'une convergence et d'une transparence renforcées dans le cadre des initiatives de politique générale au niveau national, tout en laissant une latitude suffisante pour la diversité d'approches nécessaire aux niveaux national et régional. Des mécanismes juridiques internationaux spécifiques comportant des obligations plus précises pourront alors être négociés sous la forme de protocoles relevant de l'accord-cadre initial.

Au sein du comité : de nombreuses délégations ont préconisé l'élaboration d'un ou plusieurs instruments internationaux contraignants comme aboutissement ultime des travaux du comité. Le comité et l'Assemblée générale de l'OMPI n'ayant pas eux-mêmes compétence pour créer un instrument international contraignant, un processus distinct serait nécessaire à la fois pour adopter un texte de cette nature et pour que celui-ci entre en vigueur en produisant des effets juridiques dans les pays qui y adhéreraient.

Exemples dans des domaines connexes : Convention sur la diversité biologique, Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture sous l'égide de la FAO, Convention concernant les mesures à prendre pour interdire ou empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels, Convention n° 169 de l'OIT, Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels.

Exemples dans le domaine de la propriété intellectuelle : Traité de Singapour sur le droit des marques, Traité sur le droit des brevets, Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur, Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes.

ii) *Des interprétations ou définitions d'instruments juridiques existants*

134. Des interprétations d'instruments juridiques existants qui font autorité ou sont dépourvues de force obligatoire peuvent nécessiter, orienter ou faciliter l'interprétation d'obligations

existantes de façon à combler en partie les lacunes recensées en matière de protection des savoirs traditionnels. Il peut s'agir d'un protocole juridique, d'un traité existant ou d'une déclaration dépourvue de force obligatoire. Elles peuvent néanmoins influencer sur l'interprétation des dispositions d'un traité et donner aux responsables de l'élaboration des politiques dans les différents pays des orientations concrètes sur la base des normes convenues au niveau international. Elle peut donner des indications plus précises sur la manière d'appliquer les normes internationales, sans créer d'obligations distinctes. Sans entrer dans la considération de la valeur juridique précise de ce texte, on notera que la Déclaration de Doha sur les ADPIC et la santé publique contient, notamment, des indications sur l'interprétation à donner aux dispositions de l'Accord sur les ADPIC³⁴.

Au sein du comité : le comité a examiné la possibilité d'interpréter ou d'adapter les règles générales internationales qui existent contre la concurrence déloyale pour y inclure explicitement les actes d'appropriation illicite, ce qui pourrait se faire par une forme d'interprétation ou d'extension par analogie de l'article 10*bis* de la Convention de Paris.

Exemples dans des domaines connexes : Observation générale n° 17 (2005). Le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur (article 15, alinéa 1.c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels).

Exemples dans le domaine de la propriété intellectuelle : Recommandation commune concernant des dispositions relatives à la protection des marques notoires; Déclarations communes dans le cadre de la conférence diplomatique à l'issue de laquelle le WCT et le WPPT ont été adoptés (1996) (Conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins).

iii) Un instrument international normatif non contraignant

135. Un instrument non contraignant pourrait recommander aux États de mettre en œuvre certaines règles dans le cadre de leur législation nationale et dans le cadre de procédures et de mesures administratives et non juridiques, ou encourager les États à le faire, ou pourrait simplement fournir un cadre permettant d'établir une coordination entre les États qui choisiraient de suivre l'orientation convenue. Les options pourraient comprendre une recommandation faisant autorité ou un instrument juridique non contraignant, ayant un pouvoir de persuasion ou une force morale potentielle. D'autres organisations internationales ont élaboré de tels instruments, mentionnés ci-après, dans des domaines présentant un intérêt pour les travaux du comité. Plusieurs de ces instruments sont ensuite devenus des instruments ayant force obligatoire. Il convient de noter que la Déclaration universelle des droits de l'homme elle-même (qui comprend certaines dispositions se rapportant à la politique de la propriété intellectuelle) a été élaborée en tant qu'instrument non contraignant. La notion d'instrument non contraignant peut coïncider partiellement avec des déclarations politiques et d'autres formes d'engagement politique : en d'autres termes, une déclaration politique pourrait être considérée comme ayant un effet d'exhortation semblable à celui d'un document établi en tant qu'instrument non contraignant et comme comportant le même type de lignes directrices que lui. Il y a de très nombreux points communs entre un instrument non contraignant et les suites qui lui sont données tels que des lois ou dispositions types. Toutefois, il convient également de tenir compte des insuffisances des dispositions juridiques non contraignantes existantes dans la prise en considération des problèmes découlant des actes d'appropriation illicite; le caractère non contraignant de ces règles de droit peut être considéré comme une lacune en soi.

³⁴ Paragraphe 5 a) Dans l'application des règles coutumières d'interprétation du droit international public, chaque disposition de l'Accord sur les ADPIC sera lue à la lumière de l'objet et du but de l'Accord tels qu'ils sont exprimés, en particulier, dans ses objectifs et principes.

Au sein du comité : comme indiqué, aucun instrument issu du comité ou adopté par l'Assemblée générale ne pourrait avoir d'effet contraignant en soi. Le comité a mené des travaux approfondis sur les objectifs et les principes de la protection des savoirs traditionnels, sur les options et les mécanismes de protection de ces savoirs, sur des lignes directrices portant sur l'examen des demandes de brevet en rapport avec des savoirs traditionnels, et sur des lignes directrices concernant les questions de propriété intellectuelle liées à l'accès et au partage des avantages, matériel qui peut être sous une forme ou sous une autre transmis à l'Assemblée générale de l'OMPI et à d'autres organes de l'OMPI pour être adopté ou reconnu en tant qu'orientation non contraignante et comme base d'une action normative future.

Exemples cités dans les travaux du comité : Déclaration universelle des droits de l'homme; Déclaration universelle de l'UNESCO sur la bioéthique et les droits de l'homme; Code international de conduite de la FAO pour la collecte et le transfert de matériel phylogénétique; Déclaration sur les droits des peuples autochtones; déclarations de l'UNESCO sur la bioéthique et la diversité culturelle; Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture sous l'égide de la FAO et résolutions sur des questions telles que les droits des agriculteurs; décisions de la Conférence des Parties à la CDB, y compris les Lignes directrices de Bonn.

Exemples dans le domaine de la propriété intellectuelle : Déclaration de Mataatua sur les droits des peuples autochtones en matière de biens culturels et de propriété intellectuelle; Dispositions types OMPI-UNESCO de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables³⁵.

iv) Une résolution, déclaration ou décision politique de haut niveau

136. Une option, envisagée dans des documents précédents, consisterait en une déclaration de haut niveau ou une déclaration commune élaborée par les assemblées concernées de l'OMPI. Les thèmes traités dans une déclaration de ce type pourraient tenir compte des négociations en cours au sein du comité et elle pourrait en partie remédier aux lacunes recensées dans la présente analyse ou dans d'autres travaux effectués par le comité. Par exemple, elle pourrait reconnaître la valeur et l'importance des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles en tant qu'éléments de propriété intellectuelle, insister sur la nécessité de donner à leurs détenteurs ou dépositaires traditionnels les moyens de défendre leurs droits sur leurs savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles et de les utiliser aux fins du développement culturel et économique durable, définir des objectifs et des principes fondamentaux applicables à la protection, inviter les États membres à appliquer activement ces objectifs et principes en vue de renforcer la protection aux niveaux national et international et définir des objectifs pour les travaux futurs, y compris un ou plusieurs instruments plus précis. Une telle démarche ne doit pas exclure ou retarder l'élaboration ultérieure d'un instrument juridique international contraignant, et des solutions de ce type ont servi, dans certains cas, de base à des négociations portant sur l'élaboration d'instruments contraignants (un exemple est l'élaboration du traité international de la FAO à partir de l'engagement international non contraignant existant). Les recommandations communes de l'OMPI ont par le passé été largement appliquées et suivies, par exemple dans le domaine des marques, et ont été reconnues et intégrées dans d'autres instruments juridiques.

³⁵ Ces dispositions types ne concernent que les expressions culturelles traditionnelles.

Au sein du comité : la possibilité d'une issue de cette nature a fait l'objet d'un débat général. Une option consisterait à élaborer une recommandation aux fins de décision qui serait à prendre par l'Assemblée générale de l'OMPI (éventuellement en commun avec d'autres organes de l'OMPI); cette décision inclurait une déclaration politique de haut niveau prenant acte des avancées déjà réalisées et définirait le programme des travaux futurs de l'OMPI dans ces domaines.

Exemples dans des domaines connexes : Déclaration adoptée à l'issue de la Conférence internationale d'Alma Ata sur les soins de santé primaires; Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture sous l'égide de la FAO; Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle, 2001.

Exemples dans le domaine de la propriété intellectuelle : Résolution 60/184 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur le commerce international et le développement; résolution 2000/7 de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme sur les droits de propriété intellectuelle et les droits de l'homme; Recommandation commune concernant les licences de marques; Déclaration de Mataatua sur les droits des peuples autochtones en matière de biens culturels et de propriété intellectuelle.

v) Une coordination renforcée grâce à l'adoption de principes directeurs ou de lois types

137. Des lois types ou des principes directeurs ont été utilisés par le passé pour exprimer une position commune au niveau international, faciliter la coordination de l'élaboration des politiques et lois nationales, et en particulier pour remédier aux lacunes comme celles qui ont été recensées dans la présente analyse, sans qu'il soit nécessaire d'adopter un instrument international précis. Ils peuvent servir de point de départ à la coopération, la convergence et la compatibilité mutuelle des initiatives prises sur le plan législatif au niveau national pour la protection des savoirs traditionnels; ils peuvent aussi jeter les fondements d'instruments internationaux plus structurés, et définir la marge de manœuvre voulue pour la diversité recherchée. Dans la pratique, il peut être difficile d'établir une distinction entre lois types ou principes directeurs et le type de normes juridiques non contraignantes mentionnées précédemment. Plusieurs principes directeurs, cadres et lois types existent déjà dans des domaines présentant un intérêt direct pour les travaux du comité.

138. Un certain nombre d'autres instruments internationaux influents relatifs à la protection des savoirs traditionnels ont été élaborés en tant qu'instruments dépourvus de caractère contraignant susceptibles de déterminer les obligations juridiques énoncées dans des lois nationales (parmi ceux-ci figurent la législation modèle de l'Union africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques, élaborée en 2000, ainsi que le Cadre juridique régional du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture de 2002). Ces modèles ont ensuite fait l'objet de débats sur la protection au sein du comité. Par le passé, il a été noté que "[B]ien qu'il s'agisse très clairement d'une question qui doit être examinée et tranchée par les membres du comité, l'expérience acquise dans d'autres domaines laisse envisager la possibilité d'une approche par étapes, dans laquelle un mécanisme utilisé pour l'élaboration de normes internationales et la promotion du type de protection souhaitée dans les normes nationales débouche sur d'autres mécanismes nouveaux ou révisés, répondant à une attente grandissante en ce qui concerne le respect des normes propice au renforcement de l'effet juridique".

Au sein du comité : les objectifs et les principes de la protection des savoirs traditionnels, élaborés sur la base des travaux du comité et sous sa direction en 2005, ont déjà largement été utilisés comme critères de protection dans des instruments régionaux, des processus internationaux, des lois et des politiques nationales. Plus récemment, les différentes versions et options proposées dans le projet d'articles sur la protection des savoirs traditionnels ont été prises en considération dans des instruments régionaux et des lois et politiques nationales. Bien qu'elles n'aient pas été adoptées et ne fassent pas l'unanimité sous leur forme actuelle, elles peuvent fournir du contenu à d'éventuels principes directeurs, lois types ou autres "instruments". Le comité a écarté antérieurement une proposition tendant à élaborer des dispositions types concernant des mécanismes de divulgation, dans les demandes de brevet, de l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels utilisés.

Exemples dans des domaines connexes : Lignes directrices facultatives *Akwé : Kon* pour la conduite d'études sur les impacts culturels, environnementaux et sociaux des projets d'aménagement ou des aménagements susceptibles d'avoir un impact sur des sites sacrés et sur des terres ou des eaux occupées ou utilisées traditionnellement par des communautés autochtones et locales; Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation; Code international de conduite pour la distribution et l'utilisation des pesticides élaboré par la FAO; Code de conduite volontaire de l'ONUDI pour l'introduction d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement; Lignes directrices pratiques de l'Union africaine pour la mise en œuvre coordonnée du Protocole de Nagoya en Afrique.

Exemples dans le domaine de la propriété intellectuelle : Loi type de Tunis; Dispositions types OMPI UNESCO de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables; Cadre juridique régional pour les pays insulaires du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture; Lignes directrices relatives aux licences sur les inventions génétiques élaborées par l'OCDE.

vi) *La coordination des progrès accomplis au niveau national sur le plan législatif*

139. De nombreux pays s'emploient actuellement à élaborer des lois et mesures relatives à la protection des savoirs traditionnels (dans certains cas aussi des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore)³⁶. Ces pays ont déclaré qu'ils souhaitaient vivement obtenir auprès d'autres gouvernements et des organismes régionaux des informations sur leur choix ainsi que des données d'expérience sur la mise en œuvre de ces mesures. Cette démarche veille à garantir l'application des "pratiques recommandées" mais aussi à promouvoir la cohérence et l'harmonisation entre les législations nationales, compte tenu de la nécessité d'une interaction appropriée entre des systèmes juridiques nationaux différents. Même des projets de textes internationaux sur la nature et le contexte politique de la protection peuvent notamment avoir pour effet d'encourager et de favoriser la coordination d'initiatives nationales et régionales, lorsque tel est le souhait exprimé par les gouvernements concernés. Des commentaires officieux et le niveau accru des demandes d'appui et de contribution au renforcement des capacités donnent à penser que de nombreux gouvernements ont décidé, en tant que mesure prioritaire, d'élaborer une protection nationale pour les savoirs traditionnels, mais qu'ils ont pour préoccupation d'appliquer une démarche cohérente dans le cadre de laquelle les gouvernements pourront partager des données d'expérience d'une façon structurée, de garantir une cohérence raisonnable et d'éviter d'opter pour des solutions contradictoires. Une forme d'instrument à caractère non obligatoire pourrait être utile en la matière. Bien qu'elles empruntent pour l'essentiel aux lois nationales, même des synthèses de

³⁶ WIPO Lex, à l'adresse <https://www.wipo.int/wipolex/en/>, est une base de données mondiale qui peut être utilisée pour recenser les lois nationales et instruments régionaux adoptés pour la protection des savoirs traditionnels (et des expressions culturelles traditionnelles).

législations nationales et de textes connexes peuvent avoir une influence incitative à l'échelon international, en favorisant la cohérence et la compatibilité entre les lois nationales et en renforçant le socle commun en vue d'une protection collective à l'échelon international.

Au sein du comité : les différentes versions et options présentées dans le projet d'articles sur la protection de savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles représentent dans une large mesure une synthèse de la pratique effective des États membres qui légifèrent pour protéger certains aspects des savoirs traditionnels en mettant en place des mécanismes de propriété intellectuelle ou apparentés à la propriété intellectuelle – les documents comportent d'abondantes références aux sources trouvées dans les lois d'États membres. Une analyse approfondie de la manière dont les États membres ont mis en œuvre ces principes et objectifs est présentée dans le document WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5 (protection des savoirs traditionnels). Parmi les autres documents élaborés pour le comité figurent une synthèse comparative des législations *sui generis* pour la protection des expressions culturelles traditionnelles (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/3); une synthèse comparative des mesures et lois nationales *sui generis* existantes pour la protection des savoirs traditionnels (WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4); et des questionnaires sur la protection des expressions culturelles traditionnelles ou folklore et des savoirs traditionnels.

Exemples dans des domaines connexes : Rapports nationaux au titre de la CDB (<http://www.biodiv.org/reports/list.aspx>); législation et lignes directrices en matière d'éthique, Global Ethics Observatory (UNESCO).

Exemples dans le domaine de la propriété intellectuelle : Enquête sur les pratiques relatives à la protection des inventions biotechnologiques (WIPO/GRTKF/IC/1/6).

vii) Coordination et coopération en matière de renforcement des capacités et initiatives concrètes.

140. L'analyse des lacunes doit porter sur les 'options juridiques et autres options'. Étant donné que, pour réellement protéger les savoirs traditionnels, il faudrait une série de mesures concrètes et de renforcement des capacités destinés à appliquer ou compléter les mesures d'ordre juridique, il se peut qu'une analyse détaillée des lacunes doive traiter la nécessité éventuelle de prendre à l'échelle internationale des mesures pour coordonner et exécuter dans la pratique ces mesures concrètes et de renforcement des capacités. Des mesures possibles d'ordre pratique et de renforcement des capacités pourraient être envisagées dans les catégories suivantes :

Renforcement des capacités et documents de fond pour les initiatives d'ordre juridique et politique

141. Le comité a œuvré à l'élaboration d'outils destinés à aider les décideurs, négociateurs et législateurs qui cherchent à remédier aux lacunes qui ont été recensées; ils ont notamment :

- octroyé des ressources pour l'élaboration de lois et politiques, y compris des dispositions types, bases de données de lois et instruments de mise en œuvre, et analysé des orientations possibles et des mécanismes juridiques pour apporter leur soutien et leur aide à l'élaboration de politiques et aux processus législatifs
- analysé des questions juridiques comme le droit et la pratique en matière de propriété intellectuelle qui influent sur la protection des savoirs traditionnels, et le respect du droit coutumier, afin de donner aux législateurs et décideurs des informations de base
- examiner des approches possibles de la consultation des communautés lors de l'élaboration d'options, de politiques et de lois

Renforcement des capacités pratiques des détenteurs de savoirs traditionnels

142. Conformément à l'observation d'ordre général selon laquelle aucun instrument juridique ni aucun ensemble de normes juridiques, existant ou envisagé, ne réussiront à satisfaire les besoins des détenteurs de savoirs traditionnels à moins que ceux-ci ne disposent des moyens et ressources nécessaires pour veiller à ce que les principes soient appliqués dans la pratique, des travaux ont été menés en vue d'élaborer des outils destinés aux détenteurs de savoirs traditionnels, notamment :

- élaboration de modèles et bases de données de protocoles, licences et accords communautaires relatifs à l'accès aux savoirs traditionnels, en vue de renforcer la capacité qu'ont les détenteurs de savoirs traditionnels d'élaborer des protocoles, licences ou autres accords régissant l'accès à leurs savoirs traditionnels;
- aide aux communautés pour qu'elles puissent identifier et promouvoir leurs intérêts au cours de la fixation des savoirs traditionnels³⁷;
- élaboration de modèles, bases de données et principes directeurs relatifs au partage équitable des avantages en vue de l'accès aux savoirs traditionnels et ressources génétiques associées³⁸;
- sensibilisation aux outils, études de cas et analyses juridiques qui traitent de questions telles que le respect du droit coutumier adapté aux besoins des communautés détenant des savoirs traditionnels.

Renforcement des institutions

143. Il est fréquemment demandé à des instituts scientifiques et établissements d'enseignement nationaux et d'autres autorités comme les offices de brevets de veiller activement à ce qu'il soit remédié dans la pratique aux lacunes dans la protection des savoirs traditionnels dans l'intérêt de leurs détenteurs. Le comité a œuvré à l'élaboration d'outils pratiques pour ces institutions et autorités, ces outils comprennent :

- des protocoles types, des politiques recommandées et des principes directeurs relatifs aux pratiques recommandées à l'intention des institutions chargées de collecter des savoirs traditionnels ou d'en préserver les collections comme les musées, les institutions ethnographiques, les autorités nationales et les instituts de recherche et les établissements d'enseignement;
- des principes directeurs et recommandations pour l'examen des brevets relatifs aux savoirs traditionnels;
- des indications sur les mesures à prendre pour s'assurer que les communautés puissent identifier et promouvoir leurs intérêts au cours de la fixation des savoirs traditionnels, y compris sous la forme du projet d'instrument de gestion dans le cadre de la fixation des savoirs traditionnels;
- des études sur des questions d'ordre juridique et politique comme les mécanismes de divulgation dans les demandes de brevet et les normes de bioéthique ayant une influence sur les savoirs traditionnels au cours de la fixation des savoirs

³⁷ Par exemple voir : OMPI (2017) Documenting Traditional Knowledge — A Toolkit, disponible à l'adresse https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_1049.pdf.

³⁸ Un autre exemple : OMPI (2018) Guide sur les questions de propriété intellectuelle dans les accords d'accès et de partage des avantages, disponible à l'adresse https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/wipo_pub_1048.pdf.

traditionnels, y compris sous la forme du projet d'instrument de gestion dans le cadre de la fixation des savoirs traditionnels.

Coopération et coordination interinstitutions au sein du système des Nations Unies

144. La coordination et la coopération en matière de renforcement des capacités et d'initiatives concrètes au niveau international comprendraient le type de coopération, de coordination et d'échange d'informations techniques et d'autres matériels interinstitutions qu'effectue l'OMPI en coopération avec d'autres organisations internationales comme le Centre Sud, la CNUCED, la CDB, la FAO, l'OMS, le PNUE et l'UNESCO ainsi qu'avec des ONG et d'autres acteurs internationaux qui traitent des savoirs traditionnels et questions connexes.

Sensibilisation et renforcement des capacités du grand public

145. Une lacune évidente est le manque évident de connaissance et de compréhension des savoirs traditionnels, des systèmes de savoirs traditionnels et de leur contexte culturel et intellectuel de la part du grand public et des décideurs internationaux, des représentants d'entreprises et des organisations de la société civile. Pour combler cette lacune, il faudrait que soient prises des initiatives telles que les suivantes :

- Études de cas, analyses et réunions d'information
- Missions d'enquête et consultations
- Activités d'enseignement et de formation
- Études d'expériences nationales
- Aperçus des moyens juridiques et pratiques

B) Options juridiques et autres options au niveau régional

146. Quelques mesures propres à combler les lacunes recensées peuvent convenir en particulier au contexte régional ou sous-régional, témoignant des avantages de l'établissement de règles communes, d'institutions et de mesures pratiques qui prennent en compte les cultures juridiques et les systèmes de savoirs traditionnels communs ou se recoupant. En outre, un certain nombre d'organisations régionales jouent déjà un rôle actif dans l'élaboration d'instruments juridiques ainsi que dans la mise en place de mesures concrètes visant à renforcer les capacités en matière de protection des savoirs traditionnels. Bon nombre des mesures internationales recensées ci-dessus s'appliqueraient également au niveau régional. Plusieurs exemples sont donnés dans l'examen ci-dessus des mesures internationales. Les catégories générales de mesures pouvant être prises comprennent les suivantes :

- Instruments juridiques conclus aux niveaux régional, sous-régional ou bilatéral, y compris des instruments *sui generis* et le droit traditionnel de la propriété intellectuelle
- Déclarations politiques ou de politique générale faites aux niveaux régional, sous-régional ou bilatéral
- Lois types et autres formes d'orientations à l'intention des législateurs adoptées au niveau régional
- Protocoles types, principes directeurs et pratiques recommandées adoptés au niveau régional ou sous-régional

- Initiatives et programmes régionaux, sous-régionaux et bilatéraux visant à renforcer les capacités communautaires liées aux savoirs traditionnels

C) Options juridiques et autres options au niveau national

147. De nombreux États et de nombreuses communautés dans ces États ont pris des initiatives spécifiques pour élaborer et mettre en œuvre des options juridiques et autres options afin de remédier aux lacunes en matière de protection juridique des savoirs traditionnels. La présente analyse des lacunes ne cherche pas à faire une étude détaillée de ces options qui comprennent brièvement les suivantes :

- Des dispositions législatives visant à protéger les savoirs traditionnels, y compris des instruments *sui generis* et des adaptations ou révisions du droit traditionnel de la propriété intellectuelle
- des cadres de politique générale et mécanismes administratifs en vue de promouvoir et protéger les savoirs traditionnels, y compris dans certains domaines comme la médecine et la santé publique, l'environnement et l'agriculture
- des protocoles types, principes directeurs et pratiques recommandées adoptés soit par les autorités nationales soit par d'autres institutions
- des initiatives et programmes nationaux visant à promouvoir le renforcement des capacités communautaires liées aux savoirs traditionnels

[L'annexe II suit]

MATRICE D'ANALYSE DES LACUNES

La présente matrice correspond aux points mentionnés aux alinéas a) à d) de la décision de la douzième session du comité intergouvernemental de l'OMPI, comme prévu dans cette décision, et actualisés si nécessaire. Après un tableau récapitulatif, le tableau détaillé reprend les éléments de l'analyse des lacunes ci-dessus.

CONTENU DE L'ANNEXE

RÉSUMÉ DU TABLEAU

- A. MESURES EXISTANTES
- B. LACUNES EXISTANT AU NIVEAU INTERNATIONAL
- C. ÉLÉMENTS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION POUR DÉTERMINER S'IL EST NÉCESSAIRE DE REMÉDIER À CES LACUNES
- D. OPTIONS EXISTANTES OU SUSCEPTIBLES D'ÊTRE ÉLABORÉES POUR REMÉDIER AUX LACUNES QUI AURONT ÉTÉ RECENSÉES

I. RÉSUMÉ DU TABLEAU

Aspects relatifs à la protection des savoirs traditionnels	a) mesures existantes	b) lacunes recensées	c) et d) éléments à prendre en considération et options
<p>Objectifs et principes de la protection de la propriété intellectuelle appliqués aux savoirs traditionnels</p>	<p>Instruments existants du droit international public (ne relevant pas de la propriété intellectuelle) sur les droits des peuples autochtones, l'environnement (y compris la diversité biologique et les ressources génétiques) et l'agriculture.</p>	<p>Déclaration faisant autorité sur le rôle joué par les lois et la politique de propriété intellectuelle dans la prise en considération des questions de politique publique liées aux savoirs traditionnels. Parmi les objectifs, peuvent figurer : La reconnaissance de la valeur et promotion de la reconnaissance des systèmes de savoirs traditionnels; La prise en considération des besoins effectifs des détenteurs de savoirs traditionnels; La protection contre l'appropriation illicite des savoirs traditionnels et d'autres formes d'utilisation déloyale et inéquitable; la protection de la créativité et l'innovation fondées sur la tradition; Le soutien aux systèmes de savoirs traditionnels et renforcement des moyens</p>	<p>Traité international ou déclaration établissant le cadre de protection des savoirs traditionnels dans – un régime de propriété intellectuelle qui :</p> <ul style="list-style-type: none"> - énonce les objectifs de protection - élabore les principes généraux de protection <p>Considérations</p> <ul style="list-style-type: none"> - rôle des instruments contraignants et non contraignants - aspects politiques par opposition aux aspects juridiques concernant des questions - approche internationale coordonnée par opposition aux initiatives nationales autonomes - avantage découlant d'un cadre de référence plus solide et de principes généraux établis pour les travaux futurs sur la protection juridique - nécessité d'aborder la question de la protection positive et la protection défensive; - examiner la question du consentement préalable donné en connaissance de cause et du partage des avantages,

Aspects relatifs à la protection des savoirs traditionnels	a) mesures existantes	b) lacunes recensées	c) et d) éléments à prendre en considération et options
		<p>d'action des détenteurs de savoirs traditionnels; La promotion d'un partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des savoirs traditionnels; La promotion de l'utilisation des savoirs traditionnels au service du développement; L'appui à la sauvegarde et à la préservation des savoirs traditionnels.</p>	
<p>Définition des savoirs traditionnels pouvant être protégés</p>	<p>Savoirs traditionnels couverts dans les instruments juridiques existants qui ne relèvent pas de la propriété intellectuelle sans définition juridique précise</p> <p>Définition de travail au sein du comité</p>	<p>Définition de travail des savoirs traditionnels :</p> <ul style="list-style-type: none"> - en général - comme un objet précis de la protection juridique <p>Clarification de la base commune des droits</p>	<p>Définition juridique contraignante des savoirs traditionnels</p> <ul style="list-style-type: none"> - elle offre certitude et clarté juridiques mais elle ne restitue pas pleinement la diversité des savoirs traditionnels et des systèmes de savoirs comme des communautés qui détiennent ces savoirs - elle est liée à la question de l'étendue de la protection et du nombre des bénéficiaires <p>Définition internationale convenue des savoirs traditionnels sans force juridique contraignante :</p> <ul style="list-style-type: none"> - degré de clarté plus élevé, base de travail plus solide - sans préjuger de questions juridiques et politiques plus fondamentales

Aspects relatifs à la protection des savoirs traditionnels	a) mesures existantes	b) lacunes recensées	c) et d) éléments à prendre en considération et options
Protection positive par brevet	<p>Système de brevets établi, y compris les normes et procédures définies dans les ADPIC et le PCT</p> <p>Protection des marques, symboles et noms associés aux savoirs traditionnels et aux systèmes de savoirs traditionnels</p>	<p>Aucune protection directe pour :</p> <p>i) l'innovation collective, cumulative et intergénérationnelle à proprement parler;</p> <p>ii) les systèmes de savoirs traditionnels en tant que tels (à la différence de certaines innovations au sein de ces systèmes, et des moyens permettant de certifier l'authenticité et la protection des signes distinctifs et des réputations)</p>	<p>Revoir ou adapter les critères et normes de brevetabilité pour reconnaître les systèmes de savoirs traditionnels et les intérêts collectifs :</p> <ul style="list-style-type: none"> - au niveau international pour promouvoir une approche coordonnée, ou - au niveau national ou régional afin de conserver la marge de manœuvre nécessaire <p>Instaurer une protection <i>sui generis</i> (voir ci-dessous)</p> <p>Reconnaître qu'étant donné qu'un grand nombre de savoirs traditionnels ne relèvent pas du champ d'application du système des brevets, il serait préférable de traiter des systèmes d'innovation des savoirs traditionnels de la manière jugée appropriée</p>
Inventions fondées sur des savoirs traditionnels	<p>Mesures concrètes prises dans le cadre du PCT, de la CIB, du comité intergouvernemental pour reconnaître les savoirs traditionnels</p>	<p>Aucune règle convenue au niveau international relative à un mécanisme de divulgation spécifique des savoirs traditionnels et ressources génétiques associées plusieurs propositions (CDB, OMC, OMPI)</p>	<p>Mettre en place des mécanismes de divulgation des savoirs traditionnels :</p> <ul style="list-style-type: none"> - au niveau international pour promouvoir une approche coordonnée, ou - au niveau national ou régional afin de conserver la marge de manœuvre nécessaire <p>Renforcer le cadre des obligations contractuelles qui régissent l'accès aux savoirs traditionnels conformément à la législation nationale pour ce qui concerne la divulgation et les autres conditions d'accès aux savoirs traditionnels.</p>

Aspects relatifs à la protection des savoirs traditionnels	a) mesures existantes	b) lacunes recensées	c) et d) éléments à prendre en considération et options
Savoirs traditionnels non divulgués	Normes de l'Accord sur les ADPIC relatives à la protection des renseignements non divulgués en général	Aucune norme explicite relative : i) aux savoirs traditionnels divulgués au sein d'une communauté définie; ii) aux savoirs traditionnels auxquels la communauté accorde une valeur culturelle et spirituelle mais pas commerciale; iii) aux contraintes imposées par le droit coutumier à la divulgation des savoirs traditionnels.	Clarifier ou adapter les normes existantes pour veiller à ce que : i) la diffusion restreinte au sein d'une communauté définie ne soit pas synonyme de divulgation totale au public; ii) les savoirs soient protégés même si la valeur que leur accorde la communauté d'origine est motivée par des raisons non commerciales; iii) les contraintes imposées par le droit et les pratiques coutumiers soient jugées suffisantes pour préserver la confidentialité ou la qualité du 'secret'
Signes et symboles liés aux savoirs traditionnels	Droit des marques (y compris les marques collectives et les marques de certification) et indications géographiques	Protection défensive des signes et symboles liés aux savoirs traditionnels contre leur appropriation par des tiers	Registres spéciaux de matériel relatif aux savoirs traditionnels Mesures renforcées contre l'enregistrement de marques contrairement à la morale (voir aussi le projet actualisé d'analyse des lacunes relatives aux expressions culturelles traditionnelles) Applicables uniquement pour protéger les signes et symboles liés à des savoirs traditionnels contre des utilisations commerciales illicites, non les savoirs traditionnels eux-mêmes

Aspects relatifs à la protection des savoirs traditionnels	a) mesures existantes	b) lacunes recensées	c) et d) éléments à prendre en considération et options
<p>Les savoirs traditionnels couverts par le système classique de propriété intellectuelle</p>	<p>Certains savoirs traditionnels ou éléments de savoirs traditionnels sont potentiellement couverts :</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>directement</i> par des brevets, des renseignements non divulgués et la législation sur la concurrence déloyale, et - <i>indirectement</i> par le droit d'auteur et les droits connexes, la protection des expressions culturelles traditionnelles, la protection des marques et des indications géographiques, la protection des dessins et modèles, et la législation sur la concurrence déloyale. 	<p>Les savoirs traditionnels qui ne sont pas couverts par les formes existantes de protection de la propriété intellectuelle, comme les savoirs traditionnels :</p> <ul style="list-style-type: none"> - qui ne sont pas nouveaux; - qui ne sont pas brevetables; - qui ont été divulgués au public ou qui ne peuvent être protégés au titre d'un secret d'affaires ou d'un accord de confidentialité pour une autre raison. <p>Durée de protection prévue mal adaptée à l'aspect intergénérationnel de l'élaboration et de la préservation des systèmes de savoirs traditionnels.</p> <p>Reconnaissance de la contribution directe ou plus indirecte des savoirs traditionnels aux inventions brevetables.</p>	<p>La protection <i>sui generis</i> qui n'est pas déjà couverte :</p> <ul style="list-style-type: none"> - au niveau international pour promouvoir une approche coordonnée - au niveau national ou régional afin de conserver une marge de manœuvre maximale <p>Adaptation de mesures existantes relatives à la propriété intellectuelle, par exemple :</p> <ul style="list-style-type: none"> - l'interprétation ou l'adaptation de normes internationales existantes afin de traiter la question des savoirs traditionnels de façon plus adéquate - les initiatives législatives et administratives nationales (et l'évolution judiciaire du droit) visant à reconnaître différents systèmes de savoirs traditionnels dans le cadre des lois de propriété intellectuelle <p>Éléments de fond pouvant être pris en considération :</p> <p>La nature globale des savoirs traditionnels et les droits collectifs sur ces savoirs</p> <p>Le droit des détenteurs de savoirs traditionnels d'avoir un droit de regard sur leurs ressources naturelles et de gérer leurs savoirs</p> <p>Le droit des détenteurs de savoirs traditionnels à l'autodétermination, qui est un droit de l'homme</p> <p>Le droit des détenteurs de savoirs traditionnels au consentement préalable donné en connaissance de cause</p> <p>La reconnaissance du rôle des lois coutumières et des systèmes de savoirs traditionnels coutumiers dans la protection et la préservation des savoirs traditionnels</p>

Aspects relatifs à la protection des savoirs traditionnels	a) mesures existantes	b) lacunes recensées	c) et d) éléments à prendre en considération et options
<p>Droits et intérêts des communautés relatifs à leurs savoirs traditionnels cumulatifs, détenus collectivement et intergénérationnels, et leurs systèmes intégrés de savoirs traditionnels en tant que tels</p>	<p>Protection limitée, principalement sous la forme de renseignements confidentiels</p>	<p>Reconnaissance directe des droits et intérêts collectifs relatifs à leurs savoirs traditionnels cumulatifs, détenus collectivement et intergénérationnels</p> <p>Protection de l'intégrité des systèmes de savoirs traditionnels en tant que tels</p> <p>Titularité éventuelle des droits reconnue à plusieurs communautés.</p>	<p>Protection spécifique des droits et intérêts collectifs relatifs aux savoirs traditionnels en tant que tels (plutôt que des éléments susceptibles d'être protégés séparément au titre de la propriété intellectuelle)</p> <ul style="list-style-type: none"> - au niveau international pour promouvoir une approche coordonnée - au niveau national ou régional pour assurer une marge de manœuvre maximale <p>Protection spécifique des droits et intérêts des communautés relatifs aux systèmes de savoirs traditionnels en tant que tels :</p> <ul style="list-style-type: none"> - au niveau international pour promouvoir une approche coordonnée - au niveau national ou régional pour assurer une marge de manœuvre maximale
<p>Mécanismes spécifiques de protection des savoirs traditionnels contre certains actes dommageables et actes d'appropriation illicite</p>	<p>Aucune dans le droit conventionnel de la propriété intellectuelle</p> <p>Les savoirs traditionnels peuvent être protégés en partie dans le cadre de dispositifs contractuels et de la théorie plus générale de la concurrence déloyale et de l'enrichissement injuste</p>	<p>Voir les éléments détaillés ci-dessous</p>	

Aspects relatifs à la protection des savoirs traditionnels	a) mesures existantes	b) lacunes recensées	c) et d) éléments à prendre en considération et options
		<p>Règle interdisant l'enrichissement injuste, l'appropriation illicite ou les actes contraires au comportement commercial honnête concernant les savoirs traditionnels</p>	<p>Règle spécifique élaborée au niveau international pour promouvoir une approche coordonnée :</p> <ul style="list-style-type: none"> - loi contraignante si dans les délais pour l'élaboration d'une règle internationale précise - déclaration politique si la raison d'être juridique de la règle est toujours en cours d'élaboration <p>Règle spécifique élaborée à l'échelle nationale ou régionale pour assurer marge de manœuvre maximale ainsi qu'une évolution et diversité juridiques</p>
		<p>Déclaration explicite du principe du consentement préalable donné en connaissance de cause pour des savoirs traditionnels détenus par une communauté</p> <p>Reconnaissance extraterritoriale du consentement préalable donné en connaissance de cause et des accords en matière d'accès et de partage des avantages dans les tribunaux des pays tiers.</p>	<p>Règle spécifique élaborée au niveau international pour promouvoir une approche coordonnée :</p> <ul style="list-style-type: none"> - loi contraignante si dans les délais pour l'élaboration d'une règle internationale précise - déclaration politique si la raison d'être juridique de la règle est toujours en cours d'élaboration <p>Règle spécifique élaborée à l'échelle nationale ou régionale pour assurer une marge de manœuvre maximale ainsi qu'une évolution et diversité juridiques</p>

Aspects relatifs à la protection des savoirs traditionnels	a) mesures existantes	b) lacunes recensées	c) et d) éléments à prendre en considération et options
		<p>Règle exigeant la reconnaissance explicite de la communauté d'origine lors de l'utilisation de savoirs traditionnels associés de façon distinctive à une communauté</p>	<p>Règle spécifique élaborée au niveau international pour promouvoir une approche coordonnée :</p> <ul style="list-style-type: none"> - loi contraignante si dans les délais pour l'élaboration d'une règle internationale précise - déclaration politique si la raison d'être juridique de la règle est toujours en cours d'élaboration <p>Règle spécifique élaborée à l'échelle nationale ou régionale pour assurer une marge de manœuvre maximale ainsi qu'une évolution et diversité juridiques</p>
		<p>Règle interdisant une utilisation culturellement ou spirituellement offensante, ou une atteinte à l'intégrité des savoirs traditionnels</p>	<p>Règle spécifique élaborée au niveau international pour promouvoir une approche coordonnée :</p> <ul style="list-style-type: none"> - loi contraignante si dans les délais pour l'élaboration d'une règle internationale précise - déclaration politique si la raison d'être juridique de la règle est toujours en cours d'élaboration <p>Règle spécifique élaborée à l'échelle nationale ou régionale pour assurer une marge de manœuvre maximale ainsi qu'une évolution et diversité juridiques</p>

Aspects relatifs à la protection des savoirs traditionnels	a) mesures existantes	b) lacunes recensées	c) et d) éléments à prendre en considération et options
<p>La délivrance d'un brevet pour les savoirs traditionnels est contraire aux principes établis par la législation en matière de brevets</p>	<p>La législation en matière de brevets en vigueur exige que la demande de brevet soit fondée sur l'inventeur ou les inventeurs véritables et sur une véritable invention.</p> <p>La Convention de Paris exige que soit explicitement mentionné l'inventeur véritable</p>	<p>Ambiguïté possible, dans le système des brevets, en ce qui concerne la détermination de la contribution inventive d'un détenteur de savoirs traditionnels</p> <p>Règle interdisant expressément :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la délivrance d'un brevet pour les savoirs traditionnels en tant que tels sans le consentement et la participation du détenteur des savoirs traditionnels - la délivrance d'un brevet pour l'invention rendue possible par l'appropriation illicite de savoirs traditionnels 	<p>Au niveau international :</p> <ul style="list-style-type: none"> - règle contraignante à l'échelle internationale - interprétation des règles existantes faisant autorité - déclaration politique <p>Au niveau national :</p> <p>Modifications spécifiques de la législation nationale sur les brevets</p>

Aspects relatifs à la protection des savoirs traditionnels	a) mesures existantes	b) lacunes recensées	c) et d) éléments à prendre en considération et options
	<p>Exigences particulières en matière de divulgation concernant les savoirs traditionnels :</p> <ul style="list-style-type: none"> - lois nationales ou régionales - propositions soumises à la CDB, à l'OMC et à l'OMPI 	<p>Consentement préalable donné en connaissance de cause pour les savoirs traditionnels</p>	<p>Au niveau international :</p> <ul style="list-style-type: none"> - règle contraignante à l'échelle internationale - interprétation des règles existantes faisant autorité - déclaration politique <p>Au niveau national :</p> <p>Modifications spécifiques de la législation nationale sur les brevets</p>

A. MESURES EXISTANTES

Obligations, dispositions et possibilités existant déjà au niveau international en vue de protéger les savoirs traditionnels

Forme de protection	Étendue de la couverture	Facteurs pris en considération
<p>Protection positive des savoirs traditionnels par brevet</p>	<p>Certains éléments des savoirs traditionnels potentiellement protégés en vertu des principes applicables aux brevets mais pas les systèmes de savoirs traditionnels en tant que tels</p> <p>Le titre doit être obtenu de l'inventeur ou des inventeurs véritables, y compris le ou les détenteurs de savoirs traditionnels.</p> <p>Pour que la protection soit valide, il faut que les véritables détenteurs de savoirs traditionnels brevetables se décident à agir.</p>	<p>Il existe une marge de manœuvre considérable dans les normes internationales qui régissent la brevetabilité des savoirs traditionnels, notamment :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la définition du terme "invention" - l'interprétation des critères de protection (nouveau, inventivité, utilité) lorsqu'ils s'appliquent aux savoirs traditionnels - l'exclusion d'objets brevetables des politiques publiques

Forme de protection	Étendue de la couverture	Facteurs pris en considération
<p>Protection défensive des savoirs traditionnels dans le cadre du système des brevets</p>	<p>La plupart des savoirs traditionnels sont protégés en principe de la revendication illégitime de brevets, par exemple lorsque le déposant d'une demande de brevet revendique des droits sur des savoirs traditionnels élaborés par des tiers.</p> <p>Les mesures adoptées à cette fin visent notamment à :</p> <ul style="list-style-type: none"> - améliorer l'accès aux savoirs traditionnels en tant qu'état de la technique au cours des procédures en matière de brevets sans faciliter l'appropriation illicite de ces savoirs (par exemple en incluant les savoirs traditionnels dans la documentation minimale du PCT, les normes relatives à la fixation des savoirs traditionnels, les éléments de la CIB pris en considération pour les savoirs traditionnels) - élaborer des lignes directrices pour l'examen des demandes de brevet portant sur les savoirs traditionnels - mettre en place des portails, des passerelles et des bases de données appropriées de savoirs traditionnels et de ressources génétiques connexes en vue de leur utilisation dans les procédures en matière de brevets 	<p>Les préoccupations suscitées par la mise à disposition de savoirs traditionnels pour les procédures en matière de brevets peuvent entraîner une appropriation illicite par des tiers.</p>

Forme de protection	Étendue de la couverture	Facteurs pris en considération
	<p>Certains mécanismes de divulgation, dans les demandes de brevet, d'informations relatives aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques connexes, prévus dans la législation nationale, notamment :</p> <ul style="list-style-type: none"> - la divulgation de la source ou de l'origine des savoirs traditionnels - la divulgation du consentement préalable donné en connaissance de cause - la divulgation du partage équitable des bénéfices <p>Systèmes nationaux d'accès et de partage des avantages</p>	<p>Nombreuses discussions au niveau international et analyse des exigences particulières relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les savoirs traditionnels, y compris en ce qui concerne leur efficacité pour ce qui est de la prévention de l'appropriation illicite des savoirs traditionnels</p> <ul style="list-style-type: none"> - Lignes directrices de Bonn (CDB) - Propositions portant sur de nouvelles exigences soumises à l'OMC et à l'OMPI
Savoirs traditionnels non divulgués	<p>Il existe une protection pour les savoirs traditionnels qui sont secrets, qui ont une valeur commerciale car ils sont secrets et pour lesquels des mesures raisonnables ont été prises pour en préserver la confidentialité.</p>	<p>Questions spécifiques :</p> <ul style="list-style-type: none"> - lorsque la divulgation au sein d'une communauté est considérée 'secrète' - le rôle du droit ou des pratiques coutumiers - la protection des savoirs qui ont une valeur culturelle et spirituelle pour la communauté, mais pas de valeur commerciale
Protection contre la concurrence déloyale	<p>Protection contre</p> <ul style="list-style-type: none"> - les actes qui prêtent à confusion - les fausses allégations à des fins commerciales - les indications ou les allégations susceptibles d'induire le public en erreur. 	<p>Marge de manœuvre dans l'interprétation des mesures visant à lutter contre la concurrence déloyale en vue d'inclure une règle plus générale interdisant un enrichissement injuste et une appropriation illicite</p>

Forme de protection	Étendue de la couverture	Facteurs pris en considération
Protection des signes distinctifs	<p>Elle s'applique non pas aux savoirs traditionnels en tant que tels mais aux signes et symboles distinctifs associés à des produits faisant appel aux savoirs traditionnels, en particulier :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les marques de biens et services comportant un élément de savoir traditionnel - les marques collectives ou les marques de certification - les indications géographiques 	
Législation sur les dessins et modèles industriels	Dessins et modèles industriels qui sont nouveaux ou originaux	Possibilité d'exclure la protection pour les dessins et modèles essentiellement motivée par des considérations d'ordre technique ou fonctionnel
Droit d'auteur et droits connexes (y compris la protection des bases de données et les interprétations et exécutions d'expressions du folklore).	Aucune protection des savoirs en tant que tels mais protection des moyens d'enregistrement et de transmission des savoirs traditionnels, en particulier les expressions culturelles traditionnelles pouvant faire l'objet d'une protection.	Voir le projet actualisé d'analyse des lacunes relatives aux expressions culturelles traditionnelles (WIPO/GRTKF/IC/37/7)
Droit international public	<p>CDB : savoirs traditionnels liés à la diversité biologique et présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique</p> <p>Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture : savoirs traditionnels liés aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture</p>	

Forme de protection	Étendue de la couverture	Facteurs pris en considération
Autres textes internationaux	Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : déclaration non contraignante exposant les droits des peuples autochtones relatifs aux savoirs traditionnels Lignes directrices de Bonn : savoirs traditionnels liés à la diversité biologique et présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique	

B. LACUNES EXISTANT AU NIVEAU INTERNATIONAL

Aspect relatif à la protection	Recensement de la lacune en matière de protection	Considérations particulières
Recensement ou définition des savoirs traditionnels susceptibles d'être protégés	<p>Pas de définition formelle des savoirs traditionnels qui devraient être protégés même si ces savoirs sont mentionnés dans plusieurs instruments internationaux (dans des domaines particuliers des savoirs traditionnels)</p> <p>Éléments d'une définition élaborée dans le cadre des travaux du comité</p>	
Lacunes dans les objectifs explicites de protection	<p>Valeur intrinsèque de systèmes de savoirs traditionnels</p> <p>Systèmes de savoirs traditionnels en tant que formes d'innovation utiles</p> <p>Reconnaissance des systèmes de savoirs traditionnels et des valeurs culturelles et spirituelles des détenteurs de ces savoirs</p> <p>Reconnaissance des droits des détenteurs et dépositaires des savoirs traditionnels</p> <p>Conservation des savoirs traditionnels et renforcement des systèmes de savoirs traditionnels</p> <p>Préservation des modes de vie traditionnels</p> <p>Favoriser l'innovation dans les systèmes de savoirs traditionnels</p> <p>Encourager la sauvegarde et la préservation des savoirs traditionnels</p> <p>Réprimer l'appropriation illicite et les utilisations injustes et inéquitables des savoirs traditionnels et promouvoir le partage équitable des avantages découlant des savoirs traditionnels</p>	

Aspect relatif à la protection	Recensement de la lacune en matière de protection	Considérations particulières
	<p>L'accès aux savoirs traditionnels et l'utilisation de ces savoirs impliquent le consentement préalable donné en connaissance de cause</p> <p>Promouvoir le développement communautaire durable et les activités commerciales légitimes fondées des systèmes de savoirs traditionnels</p> <p>Réduire l'octroi ou l'exercice de droits de propriété intellectuelle indus sur les savoirs traditionnels</p>	
<i>Lacunes dans les mécanismes juridiques existants</i>		
Savoirs traditionnels qui ne sont pas couverts	<p>Savoirs traditionnels qui ne sont pas couverts par les formes existantes de protection de la propriété intellectuelle comme :</p> <ul style="list-style-type: none"> - les savoirs traditionnels qui ne sont pas nouveaux; - les savoirs traditionnels qui ne sont pas inventifs; - les savoirs traditionnels qui sont divulgués en public ou qui ne peuvent pas bénéficier d'une protection en tant que renseignements non divulgués. 	Voir le point A ci-dessus
	Savoirs traditionnels cumulatifs, détenus collectivement et intergénérationnels qui ne satisfont pas aux critères régissant les renseignements non divulgués ou confidentiels.	
	Système intégré de savoirs traditionnels en tant que tel	

Aspect relatif à la protection	Recensement de la lacune en matière de protection	Considérations particulières
Bénéficiaires ou détenteurs de droits pas reconnus	Droits et intérêts collectifs dans un système de savoirs traditionnels	
Formes d'utilisation et autres actions que la législation en vigueur ne peut pas empêcher	Règle explicite interdisant l'obtention illicite de brevets sur les savoirs traditionnels	
	Exigence particulière relative à la divulgation, dans les demandes de brevet, d'informations en rapport avec les savoirs traditionnels	
	Protection contre l'enrichissement injuste ou l'appropriation illicite de savoirs traditionnels	
Un droit à la reconnaissance et à l'intégrité	Prévention contre l'utilisation de savoirs traditionnels sans la reconnaissance explicite de la communauté d'origine	
	Prévention contre l'utilisation culturellement ou spirituellement offensante, ou qui porte atteinte à l'intégrité des savoirs traditionnels	

Aspect relatif à la protection	Recensement de la lacune en matière de protection	Considérations particulières
Consentement préalable donné en connaissance de cause pour les savoirs traditionnels	<p>Pas de reconnaissance explicite du fait que les détenteurs de savoirs traditionnels ont obtenu le consentement préalable donné en connaissance de cause relatif à l'accès à certaines formes de savoirs</p> <p>Clarification de la protection des renseignements non divulgués en vue d'appliquer le droit au consentement préalable donné en connaissance de cause</p>	Nécessité de clarifier le principe du consentement préalable donné en connaissance de cause pour les savoirs qui sont partagés avec d'autres détenteurs de savoirs traditionnels et qui ont déjà été divulgués à l'extérieur de la communauté avec le consentement (tacite ou explicite) de la communauté ou sans son consentement.
Consentement préalable donné en connaissance de cause pour les savoirs traditionnels et le système des brevets	<p>Aucun lien juridique explicite entre les systèmes de consentement préalable donné en connaissance de cause pour les savoirs traditionnels et la brevetabilité :</p> <ul style="list-style-type: none"> – des savoirs traditionnels en tant que tels – des inventions basées sur des savoirs traditionnels 	Obligation existante d'identifier le véritable inventeur et de délivrer un brevet sur la base du titre de l'inventeur
Droit au partage équitable des avantages	Absence du droit à une rémunération équitable ou d'autres avantages (y compris des avantages culturellement appropriés et autres avantages non financiers).	Rôle potentiel du droit coutumier dans la détermination des avantages qui sont équitables et appropriés

C. ÉLÉMENTS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION POUR DÉTERMINER S'IL EST NÉCESSAIRE DE REMÉDIER À CES LACUNES

	Nature de l'élément à prendre en considération	Éléments détaillés
<i>Éléments de fond</i>	Législation et politique internationales	Y compris les obligations juridiques et le cadre stratégique relatifs : <ul style="list-style-type: none"> - à la préservation de la diversité biologique et à la lutte contre la désertification - aux droits des peuples autochtones - à une politique de santé durable et à l'accès aux médicaments
	Éléments à prendre en considération aux niveaux social, culturel, politique et économique	<ul style="list-style-type: none"> - Accent mis sur les accusations d'iniquité découlant de l'appropriation illicite et de l'usage abusif des savoirs traditionnels - Rôle des savoirs traditionnels dans le développement durable à l'échelon local - Lien entre la protection des savoirs traditionnels et l'identité culturelle et sociale des communautés - Utilisation industrielle et commerciale des savoirs traditionnels - Valeur des savoirs traditionnels dans la lutte contre les changements environnementaux et climatiques - Référence aux savoirs traditionnels dans divers cadres réglementaires
	Rôle de la protection des savoirs traditionnels dans des contextes plus larges d'élaboration des politiques	<ul style="list-style-type: none"> - Protection de la diversité biologique et utilisation équitable de ses avantages; - Reconnaissance des droits de peuples autochtones; - Promotion de la sécurité alimentaire et de la diversité des cultures vivrières; - Accès à la santé adapté aux caractéristiques culturelles; - Développement durable à l'échelon local; - Réduction et atténuation des changements climatiques;

	Nature de l'élément à prendre en considération	Éléments détaillés
		<ul style="list-style-type: none"> - Chevauchements croissants entre les savoirs traditionnels comme tels et les disciplines formelles de la biotechnologie; - Contribution des systèmes de savoirs traditionnels à l'innovation et à la diversité culturelle.
	<p>Éléments particuliers à prendre en considération aux niveaux juridique et politique</p>	<p>Le fait que de nombreux processus nationaux ou régionaux renforcent déjà la protection des savoirs traditionnels, ce qui donne à penser que, si rien n'est fait à l'échelle internationale pour que différents systèmes nationaux ou régionaux de protection des savoirs traditionnels puissent bénéficier d'une plateforme commune, des difficultés, empêchements ou autres obstacles risquent de surgir;</p> <ul style="list-style-type: none"> - les conséquences systémiques possibles du manque de clarté des lois de propriété intellectuelle au niveau international dans des domaines où il s'applique aux savoirs traditionnels et systèmes d'innovation; - les avantages possibles d'une réduction des incertitudes juridiques associées aux questions concernant la propriété possible ou les responsabilités de dépositaire des savoirs traditionnels; - les coûts et avantages découlant d'une approche commune internationale des questions relatives aux savoirs traditionnels.
	<p>Éléments particuliers pouvant mettre en balance le fait de remédier aux lacunes</p>	<ul style="list-style-type: none"> - La possibilité qu'il soit prématuré de combler certaines lacunes au niveau international même lorsqu'elles ont été clairement recensées, compte tenu de la nécessité pour les pays d'acquérir une plus grande expérience et de la partager, ce qui est une condition préalable pour parvenir à des résultats plus clairs au niveau international.

	Nature de l'élément à prendre en considération	Éléments détaillés
		<ul style="list-style-type: none"> - La diversité des savoirs traditionnels et des communautés les détenant, ce qui peut limiter l'établissement de normes à l'échelle internationale. - L'incertitude qui plane sur les droits des détenteurs étrangers de droits comme les communautés détentrices de savoirs traditionnels dans des contextes culturels et sociaux très différents. - La nécessité éventuelle de mettre en place des processus de consultation plus solides et plus diversifiés avant de pouvoir parvenir à résultats politiques et juridiques de premier plan qu'il serait difficile et onéreux de réexaminer après coup.

D. OPTIONS EXISTANTES OU SUSCEPTIBLES D'ÊTRE ÉLABORÉES POUR REMÉDIER AUX LACUNES QUI AURONT ÉTÉ RECENSÉES :

Options à différents niveaux	Considérations particulières qui s'appliquent
Niveau international	
i) un ou plusieurs instruments internationaux contraignants;	<p>Quelles règles spécifiques font suffisamment foi pour être considérées comme une législation internationale contraignante?</p> <ul style="list-style-type: none"> - concernant la protection des savoirs traditionnels directement; - concernant la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets et dans d'autres domaines du droit de la propriété intellectuelle
ii) interprétations ou définitions d'instruments juridiques existants faisant autorité ou dépourvues de force obligatoire;	<p>Quels sont les dispositions et principes juridiques existants qui peuvent se prêter à des interprétations faisant autorité dans le cas des savoirs traditionnels? Par exemple : concurrence déloyale;</p> <ul style="list-style-type: none"> - normes du droit des brevets et autres domaines du droit de la propriété intellectuelle; - renseignements non divulgués ou loi sur la confidentialité.

iii) un ou plusieurs instruments normatifs non contraignants;	Quelles sont les règles, normes et priorités politiques qui peuvent faire l'objet d'un accord sous la forme d'un instrument non contraignant au niveau international?
iv) résolution, déclaration ou décision politique de haut niveau;	Quelles sont les règles, normes et priorités politiques qui peuvent faire l'objet d'un accord sous la forme d'une résolution politique au niveau international?
v) coordination internationale renforcée grâce à l'adoption de principes directeurs ou de lois types;	
vi) coordination de l'évolution de la législation au niveau national;	
vii) coopération internationale dans le cadre de mesures concrètes.	<p>Existence de programmes, de documents et d'initiatives visant à :</p> <ul style="list-style-type: none"> - renforcer les capacités et établir des documents de fond pour les processus juridique et politique - améliorer les connaissances pratiques des détenteurs de savoirs traditionnels - renforcer les institutions - promouvoir la coopération et la coordination interinstitutions au sein du système des Nations Unies - sensibiliser le grand public et renforcer ses capacités
Niveau régional	
<ul style="list-style-type: none"> - Instruments juridiques adoptés aux niveaux régional, sous-régional ou bilatéral, y compris des instruments <i>sui generis</i> et le droit traditionnel de la propriété intellectuelle - Déclarations politiques ou de politique générale faites au niveau régional, sous-régional ou bilatéral - Lois types et autres formes d'orientations à l'intention du législateur adoptées au niveau régional 	

- Protocoles types, principes directeurs et recommandations portant sur des pratiques recommandées adoptés aux niveaux régional ou sous-régional
- Initiatives et programmes régionaux, sous-régionaux et bilatéraux visant à renforcer les capacités communautaires liées aux savoirs traditionnels

Niveau national

- Législation relative à la protection des savoirs traditionnels, y compris les instruments *sui generis* et le droit traditionnel de la propriété intellectuelle
- Cadres de politique générale et mécanismes administratifs en vue de promouvoir et protéger les savoirs traditionnels, y compris dans certains domaines comme la médecine et la santé publique, l'environnement et l'agriculture
- Protocoles types, principes directeurs et pratiques recommandées adoptées soit par les autorités nationales soit par d'autres institutions
- Initiatives et programmes nationaux visant à appuyer le renforcement des capacités communautaires liées aux savoirs traditionnels

[Fin de l'annexe II et du document]