



CBD



CONVENTION SUR LA DIVERSITE BIOLOGIQUE

Distr.
GENERALE

UNEP/CBD/WG8J2/7
27 novembre 2001

FRANÇAIS
ORIGINAL: ANGLAIS

GROUPE AD HOC DE TRAVAIL INTERSESSIONS A COMPOSITION
NON LIMITEE CHARGE D'EXAMINER L'APPLICATION
DE L'ARTICLE 8(j) ET DES DISPOSITIONS CONNEXES
DE LA CONVENTION SUR LA DIVERSITE BIOLOGIQUE

Deuxième réunion

Montréal, 4-8 février 2002

Point 7 de l'ordre du jour provisoire *

**EVALUATION DE L'EFFICACITE DES INSTRUMENTS SOUS-NATIONAUX,
NATIONAUX ET INTERNATIONAUX DEJA EXISTANTS, PARTICULIEREMENT LES
INSTRUMENTS RELATIFS AUX DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE, QUI
PEUVENT AVOIR DES INCIDENCES SUR LA PROTECTION DES CONNAISSANCES,
INNOVATIONS ET PRATIQUES DES COMMUNAUTES AUTOCHTONES ET
LOCALES**

Note du Secrétaire exécutif

Sommaire

En plus des instruments formels de droits de propriété intellectuelle gérés par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et l'organisation mondiale du commerce en vertu de l'Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle (TRIP), il existe aux niveaux national et sous-national divers mécanismes et approches pouvant être utilisés pour protéger les connaissances traditionnelles, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales applicables à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique et qui sont en synergie avec les objectifs de l'article 8(j) de la Convention sur la diversité biologique.

Bien qu'il y ait différentes opinions concernant le caractère adéquat et l'efficacité de la protection fournie par divers mécanismes de droits de propriété intellectuelle à l'égard des connaissances traditionnelles, innovations et pratiques utiles pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, il semble qu'un consensus émerge selon lequel il faudrait avoir toute une gamme d'instruments et de stratégies. Dans certains cas, les droits formels de propriété intellectuelle comme les brevets peuvent être utilisés par les communautés autochtones et locales pour protéger leur propriété intellectuelle et en tirer des avantages (en ce qui concerne leurs innovations ou inventions basées sur leurs connaissances traditionnelles) ou peuvent être utilisés pour défendre leurs connaissances traditionnelles (dans les cas où l'existence de connaissances traditionnelles en tant

*

UNEP/CBD/WG8J2/1

/...

Pour des raisons d'économie, le nombre de copies de ce document est limité. Les délégués sont priés de prendre leur propre copie et de ne pas demander d'autres copies

qu'état antérieur de la technique est révélé pendant l'examen d'une demande de brevet, donnant ainsi des motifs de refus). Les marques de fabrique et les indications géographiques pourraient être utilisées pour protéger des produits découlant de connaissances traditionnelles et peuvent offrir un puissant élément d'identification culturelle. Les secrets commerciaux pourraient protéger les connaissances traditionnelles, tout particulièrement là où de telles connaissances sont détenues exclusivement par un groupe précis au sein d'une communauté. Les accords et les contrats, basés sur des principes de consentement préalable en connaissance de cause, les termes convenus et le partage équitable des avantages produisent également de bons résultats. Dans certains pays, la reconnaissance des systèmes de droit coutumier permet aux communautés autochtones et locales d'utiliser des manières traditionnelles de protéger leurs connaissances traditionnelles. Il existe néanmoins des fluctuations à l'intérieur des pays (à l'égard des lois sous-nationales) et entre pays, et il est donc souvent difficile de fournir une protection complète aux connaissances traditionnelles hors des frontières du pays concerné; il faudrait donc prendre des dispositions régionales et multilatérales. Il existe également des éléments de connaissances traditionnelles pour lesquelles les droits formels de propriété intellectuelle ne fourniront pas de protection adéquate et, par conséquent, on pourrait avoir besoin d'un système *sui generis* pour fournir une telle protection (par exemple pour les connaissances sacrées).

Néanmoins, les détenteurs de connaissances traditionnelles manquent souvent du savoir-faire et des ressources financières voulues pour profiter du système de la propriété intellectuelle, sous sa forme présente ou sous une forme développée, et il faut les aider à cet égard. Bien qu'il y ait certaines difficultés philosophiques, juridiques et conceptuelles (comme les difficultés concernant les définitions de la nouveauté), on ne devrait pas tenir pour un obstacle insurmontable le fait que les normes de propriété intellectuelle existant déjà puissent ne pas être parfaitement adaptées aux éléments des connaissances traditionnelles dignes de protection. La propriété intellectuelle a invariablement évolué pour protéger de nouveaux sujets, comme les logiciels et les schémas de configuration, dont l'apparition était imprévisible même vingt ans auparavant. Etant donné que la propriété intellectuelle évolue et s'adapte, il est concevable que des principes de propriété intellectuelle puissent fournir une protection efficace pour les connaissances traditionnelles. Comme dans le passé, le système peut se développer pour remplir de nouveaux besoins, y compris certains des besoins des détenteurs de connaissances traditionnelles.

Recommandations proposées

Sur la base de cette évaluation, le Groupe de travail pourrait établir des priorités de travaux ultérieurs et recommander que la Conférence des Parties :

1. *Soutienne* le travail du Comité intergouvernemental sur la propriété intellectuelle, les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et le folklore de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle;

2. *Demande* aux Parties et aux gouvernements, ainsi qu'aux organisations non gouvernementales pertinentes d'aider les communautés autochtones et locales à élaborer des stratégies de protection de leurs connaissances traditionnelles, innovations et pratiques basées sur un "mélange" d'approches, y compris l'utilisation de mécanismes de propriété intellectuelle existant déjà, l'application du droit coutumier, les mesures *sui generis*, l'utilisation de dispositions contractuelles, les registres de connaissances traditionnelles, et les principes directeurs et la déontologie, et s'il y a lieu, les capacités nécessaires (particulièrement les conseils juridiques) peuvent être fournies à de telles communautés.

3. *Demande* au Groupe ad hoc de travail intersessions à composition non limitée chargé d'examiner l'application de l'article 8(j) et des dispositions connexes de la Convention sur la diversité biologique d'identifier des normes minimales pour un système *sui generis* de protection des

/...

connaissances traditionnelles, innovations et pratiques applicables à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique qui s'ajouteraient aux approches existant déjà et qui pourraient être appliquées à l'échelle internationale;

4. *Demande* au Secrétaire exécutif d'établir un système de notification des lois et autres mécanismes adoptés par les Parties et les gouvernements pour la protection des connaissances traditionnelles, innovations et pratiques pour permettre aux Parties et aux gouvernements de surveiller l'application de l'article 8(j) en vue d'établir des normes de meilleures pratiques;

5. *Prie instamment* les Parties et les gouvernements, lorsqu'ils ne l'ont pas encore fait, de prendre des mesures pour établir ou améliorer les liens opérationnels entre leurs offices nationaux de propriété intellectuelle et les communautés autochtones et locales afin de mieux coordonner et instituer des mesures de protection de leurs connaissances traditionnelles, innovations et pratiques utiles pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, particulièrement en ce qui concerne les initiatives de documentation des connaissances traditionnelles et les registres de connaissances traditionnelles basés dans la communauté;

6. *Demande* aux Parties et aux gouvernements, avec l'aide des agences internationales de développement et d'autres organisations pertinentes, s'il y a lieu, et avec la participation et l'engagement des communautés autochtones et locales concernées, d'entreprendre des projets pilotes par le biais desquels les détenteurs de connaissances traditionnelles peuvent mettre les moyens de protection des connaissances traditionnelles à l'épreuve en utilisant des méthodes contractuelles et des régimes de droits de propriété intellectuelle existant déjà.

7. *Demande* au Groupe ad hoc de travail sur l'article 8(j), prenant en compte les travaux de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, d'examiner la possibilité d'établir une base de données internationale ou un registre mondial de connaissances traditionnelles, innovations et pratiques utiles pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans le but, entre autres, d'aider les offices nationaux de propriété intellectuelle quand ces derniers prennent en considération des demandes qui soulèvent le problème de l'état antérieur de la technique concernant l'utilisation des connaissances traditionnelles. Lorsque le Groupe de travail examine la possibilité d'établir une telle base de données ou un tel registre, il devrait prendre en considération :

- (a) Son emplacement et ses dispositions administratives;
- (b) Qui devrait avoir accès aux informations rangées dans le registre ou la base de données, et sous quels termes et conditions;
- (c) Des protocoles pour déposer des informations et des données, pour y accéder et pour les récupérer;
- (d) Les meilleures méthodes de classification et de normalisation des données;
- (e) Les besoins en sécurité et les meilleures méthodes pour sécuriser les informations rangées dans le registre ou la base de données;
- (f) La situation juridique des informations rangées dans le registre ou la base de données; et
- (g) Les liens avec les registres de connaissances traditionnelles nationaux et ceux des communautés autochtones et locales.

/...

Dans son examen, le Groupe de travail devrait solliciter les opinions des experts des communautés autochtones et locales dans le maintien de registres de connaissances traditionnelles, celles des offices nationaux de la propriété intellectuelle, et celles des experts juridiques. Le Groupe ad hoc de travail devrait rapporter ses résultats à la Conférence des parties lors de sa septième réunion;

8. *Demande* aux Parties et aux gouvernements, aux communautés autochtones et locales et aux organisations compétentes d'échanger leurs expériences nationales entre pays où des progrès ont été faits dans l'intégration d'éléments de droit coutumier applicables à la protection des connaissances traditionnelles, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales dans la législation nationale;

9. *Invite* les Parties et les gouvernements, les organisations des communautés autochtones et locales et autres organisations compétentes à soumettre des études de cas et autres informations pertinentes au Secrétaire exécutif concernant :

(a) Leurs expériences concernant le respect et l'acceptation des systèmes de droit coutumier qui protègent les connaissances traditionnelles utiles pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique dans les cadres juridiques aux niveaux international, régional, national, sous-national et local;

(b) L'élaboration de stratégies par les communautés autochtones et locales pour protéger leurs connaissances traditionnelles, innovations et pratiques, mettant l'accent sur les approches utilisées, la méthode de mise en œuvre et les problèmes éprouvés; et

(c) L'établissement de liens opérationnels entre les offices nationaux de la propriété intellectuelle et les communautés autochtones et locales afin de faciliter la protection de leurs connaissances traditionnelles, innovations et pratiques utiles pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique;

10. *Demande* au Secrétaire exécutif de diffuser les études de cas et les informations mentionnées dans le paragraphe 9 ci-dessus par le biais du mécanisme des centres d'échange.

I. INTRODUCTION

1. Conformément à la tâche 11 du programme de travail sur l'application de l'article 8(j) et des dispositions connexes approuvée par la Conférence des Parties dans le paragraphe 1 de la décision V/16, le Groupe de travail devra évaluer les instruments sous-nationaux, s'il y a lieu, nationaux et internationaux existant déjà, particulièrement les instruments relatifs aux droits de propriété intellectuelle, qui pourraient avoir des incidences sur la protection des connaissances traditionnelles, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales en vue d'identifier des synergies entre ces instruments et les objectifs de l'article 8(j).

2. Pour aider le Groupe de travail dans cette tâche, le Secrétaire exécutif a préparé une évaluation des instruments pertinents, prenant en compte les études de cas soumises en réponse au paragraphe 13 de la décision V/16, comme le demandent les paragraphes 10(b) et 15 de la décision IV/9. En outre, des informations pertinentes ont été extraites des rapports thématiques et nationaux fournis par les Parties, et d'autres documents pertinents fournis par les communautés autochtones et locales, les agences internationales et les institutions et organisations non gouvernementales pertinentes. A cet égard, les notes générales, les communications des experts et les rapports de la Réunion d'experts sur les systèmes et les expériences nationales de protection des connaissances

/...

traditionnelles, innovations et pratiques, organisée par la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED), qui a eu lieu à Genève du 30 octobre au 1er novembre 2000, et la première et la deuxième session du Comité intergouvernemental sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et le folklore de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), qui ont eu lieu à Genève, respectivement du 30 avril au 3 mai 2001 et du 10 au 14 décembre 2001, ainsi que les *Besoins de propriété intellectuelle et attentes des détenteurs de connaissances traditionnelles ; Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête concernant la propriété intellectuelle et les connaissances traditionnelles (1998-1999)* (Genève, 2001) de l'OMPI ont également été pris en considération. Le document prend également en compte les travaux en cours relatifs à la protection des connaissances traditionnelles, entrepris et par CNUCED et par l'OMPI dans ces deux forums.

3. Ce document met à jour les informations contenues dans la note du Secrétaire exécutif sur les formes juridiques et autres formes appropriées de protection pour les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui sont l'expression de modes de vie traditionnels utiles pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, préparées pour la première réunion du Groupe de travail (UNEP/CBD/WG8J/1/2); et on a fait circuler, lors de la même réunion, la synthèse des études de cas et des informations pertinentes sur l'article 8(j) et les dispositions connexes de la Convention sur la diversité biologique comme document d'information (UNEP/CBD/WG8J/1/INF/2). Ce document n'englobe pas l'évaluation de mécanismes volontaires pour la protection des connaissances traditionnelles, comme les codes éthiques, les directives pour mener la recherche. Ces mécanismes font l'objet d'un document d'information sur la compilation et vue d'ensemble des directives et instruments existant déjà, codes éthiques et autres activités applicables au programme de travail pour l'application de l'article 8(j) et des dispositions connexes (UNEP/CBD/WG8J/2/INF/1) préparé pour la présente réunion du Groupe de travail.

4. Le travail du Groupe d'experts et du Groupe ad hoc de travail sur l'accès et le partage des avantages est également pris en considération, notant le besoin de maintenir des communications et d'échanger des informations avec le Groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages comme le stipule le paragraphe 11 de la décision V/26 A. Cette note aborde des questions d'intérêt tout particulier pour le Groupe d'experts et le Groupe de travail, comme l'indique le rapport de sa première réunion (UNEP/CBD/COP/5/8, paragraphes 130 (a) - (c), et 131 (a) - (d)); et prend en considération le rapport de la deuxième réunion du Groupe d'experts (UNEP/CBD/WG-ABS/1/2). Deux documents qui ont été mis au point pour la première réunion du Groupe ad hoc de travail sur l'accès et le partage des avantages sont également particulièrement pertinents : la note du Secrétaire exécutif sur le rôle des droits de propriété intellectuelle dans l'application des dispositions concernant l'accès et le partage des avantages (UNEP/CBD/WG-ABS/1/4); et la note du Secrétaire exécutif sur les éléments devant être pris en considération pour l'élaboration de directives et d'autres approches pour l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages (UNEP/CBD/WG-ABS/1/3).

5. Les instruments qui peuvent avoir des incidences sur la protection des connaissances traditionnelles sont évalués à partir de deux points de vue, à savoir :

(a) L'efficacité des formes de propriété intellectuelle les plus pertinentes relativement aux exigences de la Convention sur la diversité biologique (brevets, droits des phytogénéticiens, secrets commerciaux, marques de fabrique, indicateurs géographiques et droits d'auteur) dans la mesure où elles peuvent être utilisées pour protéger les détenteurs des connaissances traditionnelles contre le détournement de leurs connaissances traditionnelles (par exemple, en reconnaissant les connaissances traditionnelles comme état antérieur de la technique dans les demandes de brevet); et

(b) La validité et l'opportunité de tels systèmes de droits de propriété intellectuelle pour les

/...

détenteurs de connaissances traditionnelles en tant que moyens de protéger et de profiter de leurs innovations basées sur les connaissances traditionnelles, et de défendre leurs droits de propriété intellectuelle contre tout non-respect.

6. Dans cette note, le terme "connaissances traditionnelles" est utilisé pour faire référence aux connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui sont l'expression de modes de vie traditionnels utiles pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique.

II. INSTRUMENTS INTERNATIONAUX UTILES POUR LA PROTECTION DES CONNAISSANCES TRADITIONNELLES

7. Il existe plusieurs instruments et processus, en vigueur au niveau international qui sont utiles pour la protection des connaissances traditionnelles et qui sont brièvement identifiés dans cette section. En plus des instruments de propriété intellectuelle gérés par l'OMPI, les autres principaux instruments sont l'Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle (TRIP) géré par l'Organisation mondiale du commerce (OMC), la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV), et le Traité international sur les ressources génétiques végétales pour l'alimentation et l'agriculture géré par la Commission sur les ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture. La Convention sur la lutte contre la désertification, qui contient plusieurs dispositions concernant le savoir-faire et les connaissances traditionnelles, et qui reflète les exigences de l'article 8(j) de la Convention sur la diversité biologique, est également mentionnée. Le projet de Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones et les principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones contient également des dispositions pertinentes.

8. Il est également noté que, étant donné que l'on reconnaît de plus en plus l'incidence de la propriété intellectuelle sur le commerce, il devient fréquent pour les accords commerciaux régionaux et multilatéraux d'inclure des chapitres sur la propriété intellectuelle qui établissent des normes minimales et des dispositions devant être mises en vigueur.

A. Instruments de droits de propriété intellectuelle gérés par l'OMPI

9. L'OMPI gère plusieurs instruments utiles pour la protection des connaissances traditionnelles. Ils concernent principalement les brevets; les marques de fabrique; les indications géographiques; les conceptions industrielles; les lois sur la répression de la concurrence déloyale (y compris la protection des secrets commerciaux); et les droits d'auteur et droits connexes. L'OMPI a entrepris une évaluation exhaustive des forces et des faiblesses de ces formes de propriété intellectuelle par rapport à leur opportunité à l'égard de la protection de divers éléments des connaissances traditionnelles.¹

10. Les questions suivantes, actuellement examinées par le Comité Intergouvernemental sur la propriété intellectuelle, les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et le folklore sont directement applicables aux travaux sur la protection des connaissances traditionnelles entrepris en vertu de l'article 8(j) :

(a) L'élaboration de "pratiques contractuelles guides", de directives et de clauses modèles de propriété intellectuelle qui pourront être introduites dans les accords sur l'accès;

¹ OMPI 2001, *Besoins de propriété intellectuelle et attentes des détenteurs de connaissances traditionnelles : Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête concernant la propriété intellectuelle et les connaissances traditionnelles (1998-1999)*, Genève.

- (b) La délimitation du champ d'application du sujet aux fins d'une définition des connaissances traditionnelles en ce qui concerne l'application de la protection de la propriété intellectuelle;
- (c) L'évaluation des informations concernant la validité et le champ d'application de la protection des droits de propriété intellectuelle pour les connaissances traditionnelles dans le champ d'application du sujet délimité dans le sous-paragraphe (b) ci-dessus;
- (d) La révision des critères existant déjà et l'élaboration de nouveaux critères pour une intégration efficace de la documentation sur les connaissances traditionnelles dans un état antérieur de la technique pouvant être recherché; et
- (e) Les rapports entre le droit coutumier concernant les connaissances traditionnelles et les systèmes formels de propriété intellectuelle.²

B. Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle

11. L'Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle contient des dispositions sur les normes concernant la validité, le champ d'application & l'utilisation des droits de propriété intellectuelle, la mise en vigueur des droits de propriété intellectuelle, l'acquisition et le maintien de droits de propriété intellectuelle et les procédures connexes, la prévention et le règlement des disputes, et les dispositions transitionnelles et institutionnelles. En plus des formes de droits de propriété intellectuelle protégées sous les instruments gérés par l'OMPI, l'article 30 de l'Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle prévoit la protection des informations non divulguées, souvent appelées "secrets commerciaux" dans le contexte de l'Accord. L'Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle prévoit que les informations non divulguées pouvant être protégées sont celles qui :

- (a) Ont été tenues secrètes, dans le sens qu'elles ne sont pas, dans leur ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de leurs éléments, généralement connues par des personnes dans les cercles qui, normalement, s'occupent du genre d'information en question, ou qu'elles ne sont pas facilement accessibles à ces personnes;
- (b) Ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes; et
- (c) Ont fait l'objet de démarches raisonnables, dans les circonstances, pour les garder secrètes, par la personne contrôlant ces informations légalement.³

12. Plusieurs analystes ont noté que de telles dispositions peuvent être utilisées pour protéger des connaissances traditionnelles de type particulier qui, d'habitude, sont gardées secrètes par des membres précis (ou un groupe) d'une communauté autochtone ou locale, comme les chamans.⁴ Cette

² Voir WIPO/GRTKF/IC/1/3, 16 mars 2001, annexe 4.

³ Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle, article 39.2.

⁴ Voir, par exemple, Dutfield G 1999, *Communication générale sur les droits de propriété intellectuelle et les ressources génétiques végétales avec référence aux semences et aux obtentions végétales*. Préparé par le Projet IUCN sur la Convention sur la diversité biologique et le Régime commercial international.

/...

question sera étudiée de manière plus approfondie dans une section suivante.

C. Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV)

13. Les droits des phytogénéticiens sont une forme de droit de propriété intellectuelle établi en vertu de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales - généralement appelée la Convention UPOV - qui donne un certificat de phytogénéticien aux obtenteurs de variétés végétales. Deux Conventions UPOV sont opérationnelles, celle de 1978 et celle de 1991. Les droits des phytogénéticiens, qui sont des droits exécutoires, sont utilisés pour protéger les obtentions végétales en conférant au détenteur des droits commerciaux exclusifs relativement à la commercialisation de la nouvelle variété ou de son matériel de reproduction. Le possesseur peut diriger la production la vente et la distribution de la nouvelle variété, recevoir des royalties de la vente de plantes, ou bien peut vendre ses droits ou les vendre sous licence. Le droit ne s'applique néanmoins pas à l'utilisation de la récolte du producteur (c'est-à-dire que le producteur ne paie pas de royalties sur la récolte produite); à la variété dans l'obtention végétale ou au producteur s'il garde des semences pour la production d'une autre récolte sur ses terres. D'habitude, les nouvelles variétés peuvent être vendues pendant 12 mois dans le pays d'origine et quatre ans à l'extérieur et rester soumises aux droits des phytogénéticiens. Les droits des phytogénéticiens s'appliquent généralement (selon le pays) pendant 25 ans en ce qui concerne les arbres et les vignes et 15 à 20 ans pour les autres espèces. Les droits des phytogénéticiens contiennent généralement des exemptions pour la recherche et l'obtention végétale qui permettent une utilisation non commerciale des variétés protégées.⁵

14. Selon la révision de 1991 de la Convention UPOV, les phytogénéticiens sont définis comme ceux qui obtiennent, découvrent ou développent des obtentions végétales. Pour satisfaire aux conditions requises pour obtenir une protection, l'obtention végétale doit être distincte, stable, régulière et nouvelle. Pour gagner ces droits, le demandeur doit pouvoir montrer, par le biais d'un essai comparatif, que son obtention est différente de la plupart des variétés les plus similaires connues. Un demandeur de protection pour une obtention végétale doit fournir une description de la variété par écrit et le dépôt d'échantillons sous la forme de semences, d'une plante sèche ou d'une plante vivante qui sera examinée et devra se révéler stable et homogène dans des essais de multiplication.

15. Avant 1991, la Convention UPOV donnait des droits exclusifs pour empêcher la vente de la partie reproductrice ou de propagation de la plante et la production commerciale afin de commercialiser l'obtention. Mais la révision de 1991 a élargi la protection de la partie de propagation de la plante au matériel récolté & la plante entière. Donc, si quelqu'un utilise des graines protégées de manière non autorisée, l'éleveur a le droit de saisir non seulement le matériel récolté mais également d'autres parties du résultat de la contrefaçon. La révision de 1991 d'UPOV a également tiré au clair les dérogations, ou exemptions, pour les agriculteurs qui permettaient aux agriculteurs de garder des graines d'une variété protégée et de l'utiliser en tant que semence la saison suivante, mais non pas de les vendre, dans la mesure où, dans des limites raisonnables, l'exemption pour les agriculteurs ne constitue pas une infraction à la Convention.

D. Traité international de la FAO sur les ressources génétiques végétales pour

Oxford Centre for the Environment, Ethics and Society, Université d'Oxford, Royaume-Uni, page 70.

⁵ Posey DA et Du field G 1996. *Au-delà de la propriété intellectuelle : vers les droits de ressources traditionnelles pour les peuples autochtones et les communautés locales.* International Development Research Centre, Ottawa, Canada, page 88.

l'alimentation et l'agriculture

16. Le travail de la Commission de la FAO sur les ressources génétiques végétales pour l'alimentation et l'agriculture (CGRFA) est pertinent dans le contexte de l'accès aux ressources génétiques végétales, et tout particulièrement en ce qui concerne la mise en œuvre et la révision de l'Entreprise internationale sur les ressources génétiques végétales. L'Entreprise internationale cherche à "assurer que les ressources génétiques végétales d'intérêt économique et ou social, tout particulièrement pour l'agriculture, seront explorées, préservées et mises à disposition pour l'obtention végétale et les fins scientifiques." L'Entreprise internationale, qui n'est pas un instrument exécutoire a été adoptée par la résolution 8/83 de la Conférence de 1983 de la FAO, et interprétée et complétée par trois résolutions de Conférences (4/89, 5/89 et 3/91) qui ont introduit les concepts des droits des agriculteurs, de la souveraineté nationale sur les ressources génétiques végétales (conformément à la Convention sur la diversité biologique), et un fonds international pour l'application des droits des agriculteurs. Le processus de révision de l'Entreprise internationale a été lancé en 1994.⁶

17. La CGRFA a terminé son travail de révision de l'Entreprise internationale, en harmonie avec la Convention sur la diversité biologique, lors de la sixième séance extraordinaire de la Commission, qui a eu lieu à Rome du 25 au 30 juin 2001. Le texte de l'Entreprise internationale révisée préparé par la Commission a été adopté par la Conférence de la FAO en novembre 2001, sous le nom de Traité international sur les ressources génétiques végétales pour l'alimentation et l'agriculture. Les dispositions qui traitent des droits des agriculteurs sont contenues dans l'article 10 du traité.

E. *Convention des Nations unies sur la lutte contre la désertification dans les pays qui souffrent de sécheresse et/ou de désertification, particulièrement en Afrique*

18. La Convention sur la lutte contre la désertification contient plusieurs articles relatifs aux connaissances traditionnelles, à savoir les articles 16(g), 17(c), 18.2(a) et (b). Collectivement, ces articles reflètent les dispositions des articles 8(j), 17.2 et 18.4 de la Convention sur la diversité biologique. Dans le paragraphe 2(a) de l'article 18 :

Transfert, acquisition, adaptation et développement de la technologie, les Parties devront dresser des inventaires des techniques, connaissances, pratiques et savoir-faire traditionnels et locaux avec la participation des populations locales et elles devront diffuser ces informations. Ceci suggère qu'il faille établir des registres de telles techniques, connaissances, etc. L'établissement de registres en tant que mécanisme favorisant la protection des connaissances traditionnelles est discuté ci-dessous.

19. Les questions relatives aux connaissances traditionnelles, y compris l'établissement d'une compréhension commune du terme "connaissances traditionnelles", ont été abordées par un groupe ad hoc composé de dix experts sur les connaissances traditionnelles designé conformément à la décision

⁶ Des informations pertinentes se trouvent dans les documents suivants, élaborés par le Secrétariat de la CGRFA, en préparation pour sa huitième séance régulière : *Révision de l'Entreprise internationale sur les ressources génétiques végétales : Options juridiques et institutionnelles* (CGRFA/8/9/99), *Rapport du Président de la Commission sur les ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture sur l'état des négociations pour la révision de l'Entreprise internationale sur les ressources génétiques végétales, en harmonie avec la Convention sur la diversité biologique* (CGRFA-8/99/13), *Projet de texte de synthèse de l'Entreprise internationale sur les ressources génétiques végétales - Intégration des éléments du Président* (CGRFA 8/99/13 8/99/13 Annexe), et *Révision de l'Entreprise internationale sur les ressources génétiques végétales - Consolidation du texte pour les négociations résultant des délibérations lors de la cinquième séance extraordinaire de la Commission sur les ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture* (CGRFA/IUND/CNT/Rev. 1). WIPO, 2000, paragraphe 33.

12/COP.3 de la Conférence des Parties à la Convention sur la lutte contre la désertification.⁷

20. En ce qui concerne une compréhension commune du terme "connaissances traditionnelles", la définition suivante a été établie aux fins de la Convention sur la lutte contre la désertification : "Les connaissances traditionnelles sont composées de connaissances pratiques (instrumentales) et normatives (permettant) concernant l'environnement écologique, socio-économique et culturel. Les connaissances traditionnelles sont axées sur les gens (générées et transmises par les gens en tant que participants informés, compétents et ayant droit), systémiques (intersectorielles et intégrées), expérimentales (empiriques et pratiques), transmises d'une génération à l'autre et valorisées par la culture. Les connaissances de ce genre favorisent la diversité; elles valorisent et reproduisent les ressources locales (intérieures)."⁸

F. Instruments pertinents en développement par la Commission sur les Droits de l'homme

I. Projet de déclaration des Nations unies concernant les droits des peuples autochtones

21. Le projet de déclaration des Nations unies concernant les droits des peuples autochtones, que la Commission des Droits de l'homme est en train d'examiner, contient plusieurs articles applicables à la protection des connaissances traditionnelles, dont le principal est l'article 29, qui stipule que :

(a) Les peuples autochtones ont droit à la possession, contrôle et protection entiers de leur propriété culturelle et intellectuelle;

(b) Ils ont droit à des mesures spéciales pour le contrôle, le développement et la protection de leurs sciences, techniques et manifestations culturelles, y compris les ressources humaines et autres ressources génétiques, graines, médicaments, connaissances sur les propriétés de la faune et de la flore, traditions orales, littératures, conceptions, arts visuels et arts du spectacle.

22. D'autres articles contenus dans le projet de texte englobent les droits des peuples autochtones à :

(a) Pratiquer et revitaliser leurs traditions et coutumes (article 12);

(b) Participer pleinement à l'élaboration de mesures législatives ou administratives qui pourraient les affecter (article 20);

(c) Les médecines traditionnelles et les pratiques médicales, y compris la protection de plantes médicinales, animaux et minéraux essentiels (article 24).⁹

2. Projet de principes et directives pour la protection du patrimoine des

⁷

Voir le document ICCD/COP(4)/CST/2, 13 octobre 2000.

⁸

Convention sur la lutte contre la désertification ; *Connaissances traditionnelles : Rapport du Groupe ad hoc*, document ICCP/COP(4)/CST/2, 13 octobre 2000, paragraphe 30. Voir également ICCD/COP(3)/CST/3.

⁹

E/CN.4/Sub.2/1994/30

peuples autochtones

23. Lors de sa cinquante-deuxième séance, en 2000, la Sous-commission sur la promotion et la protection des droits de l'homme a pris en considération le rapport du séminaire sur le projet de principes et directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones,¹⁰ dont les dispositions sont applicables aux questions soulevées par l'article 8(j) de la Convention. Sont particulièrement pertinents les paragraphes concernant :

- (a) La possession et la garde du patrimoine (paragraphe 5);
- (b) Le consentement préalable en connaissance de cause des possesseurs doit constituer une condition préalable essentielle des accords (paragraphe 9);
- (c) Les possesseurs du patrimoine doivent être les principaux bénéficiaires en ce qui concerne toute utilisation ou application (paragraphe 10);
- (d) Le patrimoine englobe les connaissances associées avec la diversité biologique et l'écologie (paragraphe 13);
- (e) Les mesures pour des lois nationales (paragraphe 23);
- (f) Les directives pour les chercheurs (paragraphes 26-34); et
- (g) Les directives pour le commerce et l'industrie (paragraphes 35-40).

II. INSTRUMENTS NATIONAUX UTILES POUR LA PROTECTION DES CONNAISSANCES TRADITIONNELLES

24. La plupart des Parties contractantes et des gouvernements ont un éventail de mécanismes en place qui soit fournissent directement une protection pour les connaissances traditionnelles soit sont capables d'être appliqués pour fournir cette protection. Ces mécanismes englobent les lois nationales sur la propriété intellectuelle; et les lois régissant diverses formes d'accords juridiques, la protection des consommateurs, la concurrence déloyale et la protection des secrets commerciaux. Certains pays ont mis en place des systèmes *sui generis* pour la protection des connaissances traditionnelles. Il existe aussi des lois nationales pour la protection de droits de propriété non intellectuelle qui pourraient fournir une protection pour les connaissances traditionnelles. Certains pays reconnaissent aussi certains aspects du droit coutumier, alors que d'autres ont commencé à établir des registres de connaissances traditionnelles qui favorisent la préservation d'une grande partie des connaissances traditionnelles tout en fournissant aussi un moyen de les protéger.

A. Instruments nationaux de droits de propriété intellectuelle

25. La plupart des Parties ont mis une législation en place sur la propriété intellectuelle qui englobent les lois les plus utiles pour la protection et l'application des connaissances traditionnelles, à savoir : les droits d'auteur, les brevets, les droits des phytogénéticiens, les marques de fabrique, les indicateurs ou appellations d'origine géographiques et les secrets commerciaux. Bien que ces droits de propriété intellectuelle aient des différences fondamentales, certains concepts et certaines dispositions

¹⁰ E/CN/Sub.2/2000/26, 19 juin 2000. Annexe I : Texte révisé du projet de principes et de directives pour la protection du patrimoine des peuples autochtones.

leurs sont communs et sont particulièrement utiles pour la compréhension de la propriété intellectuelle du point de vue de la protection des connaissances traditionnelles. Ces concepts et ces dispositions englobent : la possession, la nature des droits, les critères de protection; la mise sous licence; le champ d'application de la protection, la durée; les frais d'enregistrement; la mise en vigueur; et la protection internationale.¹¹ La plupart des législations nationales sur la propriété intellectuelle sont conformes aux normes minimales établies dans les divers traités sur la propriété intellectuelle gérés par l'OMPI, la Convention UPOV et l'Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle de l'OMC. Néanmoins, le niveau de protection, les procédures d'enregistrement, le niveau de ressources à la disposition des offices de la propriété intellectuelle et les systèmes de tribunaux varient beaucoup. Il faut obtenir des conseils professionnels dans chaque pays où on cherche à protéger la propriété intellectuelle. A cause du coût, la plupart des détenteurs de propriété intellectuelle déposent leurs demandes dans des pays qui sont d'importants marchés, ou dans des pays qui vont probablement produire des produits en infraction afin de les vendre sur des marchés d'exportation.¹²

26. Depuis l'introduction de la Convention sur la diversité biologique, plusieurs pays ont modifié, ou ont élaboré des propositions en vue de modifier, certaines de leurs lois de propriété intellectuelle et certaines procédures administratives, tout particulièrement les lois sur les brevets, pour prendre en compte le besoin de protéger les connaissances traditionnelles, par exemple en demandant des certificats d'origine indiquant la provenance des ressources génétiques et toutes connaissances traditionnelles qui leurs sont associées, et par le biais de dispositions permettant une possession conjointe de droits de propriété intellectuelle. Nombre de ces développements se produisant dans des pays comme les Philippines, le Costa Rica, l'Inde, le Panama, la Nouvelle-Zélande et la Communauté des Andes sont examinés dans les paragraphes 12-14 de la note du Secrétaire exécutif sur le rôle des droits de propriété intellectuelle dans l'application des dispositions concernant l'accès et le partage des avantages préparées pour le Groupe ad hoc de travail sur l'accès et le partage des avantages (UNEP/CB/WG-ABS/1/4).

B. Protections législatives ou contenues dans le droit coutumier régissant les accords juridiques, les licences, les contrats et les secrets commerciaux

27. Il est généralement reconnu que les accords contractuels sont le principal mécanisme juridique pour faciliter les dispositions concernant l'accès et le partage des avantages relativement aux ressources génétiques et que "les clauses sur les droits de propriété intellectuelle jouent un rôle fondamental dans ces accords".¹³ La propriété intellectuelle, y compris les droits d'auteur, les marques commerciales, les brevets, les secrets commerciaux et les droits des phytogénéticiens, est fréquemment mise sous licence dans des contrats entre le détenteur de la propriété intellectuelle et les concessionnaires de la licence. La mise sous licence est une méthode ayant force de loi permettant à un tiers d'utiliser, de fabriquer ou de vendre la propriété intellectuelle d'une société ou d'un individu pendant une période de temps définie, en échange de droits, royalties ou autre rémunération. Quand la propriété intellectuelle est mise sous licence, le détenteur garde toujours la possession. La licence

¹¹ Cassidy M et Langford J (éditeurs), 1999 *Propriété intellectuelle et peuples autochtones : communication provisoire*, Ministère des Affaires Indiennes et du Développement du Nord, Ottawa, Canada. Soumis pour la Réunion des experts sur les systèmes et expériences nationales dans le domaine de la protection des connaissances traditionnelles, innovations et pratiques de CNUCED, Genève, 30 octobre - 1er novembre 2000, pages 9-11.

¹²

Ibid, page 11.

¹³

UNEP/CBD/WGABS/1/4, paragraphe 77(d).

stipule le but et les conditions pour le concessionnaire de l'innovation ou de la création de marque déposée. Néanmoins, le bailleur de licence peut reprendre les droits si le concessionnaire enfreint l'accord.¹⁴

28. Plusieurs Parties & observateurs ont également noté que les communautés autochtones et locales utilisent de plus en plus les accords juridiques et les contrats pour permettre à d'autres d'avoir accès à leurs connaissances traditionnelles tout en gardant le contrôle de leur utilisation. Ces contrats vont du simple au complexe et peuvent être légalement mis en vigueur à travers des poursuites judiciaires. Les accords seront différents en fonction des besoins des communautés. Certaines dispositions contractuelles fréquemment utilisées pour la propriété intellectuelle qui ont été adaptées pour protéger les connaissances traditionnelles englobent : les accords de confidentialité ou de non-divulgation; les accords de transfert de matériel; les accords sur le consentement préalable en connaissance de cause; les lettres d'intention; et les mémorandums de compréhension.¹⁵ Au nombre des exemples de contrats et d'accords juridiques privés se trouvent la licence Aguarana -Searle sur le savoir-faire, la licence TBGRI-Arya Vaidya-Kani.¹⁶

29. Sur le plan international, on a rapporté que les communautés autochtones et locales utilisent probablement davantage les accords de confidentialité avec des commerces extérieurs que tout autre instrument juridique pour protéger leurs connaissances traditionnelles sur les plantes et les médicaments. A travers les contrats entre les détenteurs des connaissances traditionnelles et les institutions et sociétés extérieures, on accepte de plus en plus qu'une "communauté autochtone et locale" puisse être reconnue comme unique entité juridique ayant des connaissances collectives comparables à un secret commercial.¹⁷ Par exemple, les communautés autochtones du Canada signent de plus en plus d'accords de confidentialité avec les gouvernements et les commerces non autochtones quand elles partagent leurs connaissances traditionnelles. Les partenaires commerciaux et les conseillers juridiques sont tenus par ces accords de ne pas divulguer les connaissances traditionnelles et de ne pas profiter de manière inéquitable de leur accès à ces connaissances. Les contrats peuvent également être utilisés pour contrôler l'utilisation des connaissances traditionnelles dans les bases de données et l'accès à leurs données.¹⁸

30. La protection juridique des secrets commerciaux et des informations confidentielles contre la divulgation et l'utilisation non autorisée se fonde généralement sur des jugements en vertu du droit coutumier et des codes civils nationaux et sous -nationaux, comme le code civil du Québec au Canada.

¹⁴ Cassidy et Langford 1999:27.

¹⁵ Voir Cassidy et Langford 1999:6, Posey et Dutfield 1996:67-74, Columbia University School of International and Public Affairs 1999, *Accès aux ressources génétiques : une évaluation du développement et de l'application des règlements sur la recherche et des accords sur l'accès* Rapport préparé pour le Réseau d'action sur la biodiversité par l'Atelier des études sur la politique environnementale 1999, Columbia University, New York.

¹⁶ Dutfield G, 2000, *Elaboration et mise en œuvre de systèmes nationaux pour la protection de connaissances traditionnelles : un bilan des expériences dans des pays en développement sélectionnés*. Préparé pour la Réunion des experts sur les systèmes et les expériences nationales pour la protection des connaissances traditionnelles, innovations et pratiques de CNUCED, Genève, 30 octobre - 1er novembre 2000, page 13

¹⁷ Cassidy et Langford 1999:27.

¹⁸ Ibid, pages 27-28.

Ces jugements concernent les contrats, les rapports fiduciaires et les questions d'équité comme la divulgation d'informations confidentielles et l'enrichissement inéquitable. La protection est limitée aux informations qui sont tenues secrètes et, par conséquent, les connaissances traditionnelles qui sont dans le domaine public ne seront pas protégées par de telles applications du droit coutumier et du droit civil.¹⁹

C. Systèmes nationaux *sui generis* pour la protection des connaissances traditionnelles

31. Dans le paragraphe 14 de la décision V/16, la Conférence des Parties a reconnu "l'importance des systèmes *sui generis* et autres systèmes appropriés pour la protection des connaissances traditionnelles des communautés autochtones et locales et le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation pour respecter les dispositions de la Convention sur la diversité biologique".²⁰

32. Le Panama a adopté une loi *sui generis* pour la protection des connaissances traditionnelles.²¹ L'Inde a établi un système national pour la protection des connaissances traditionnelles qui inclut la Fondation nationale de l'innovation, qui a été établie pour élaborer un registre national d'innovations et un réseau de registres de connaissances traditionnelles basées dans la communauté (voir section G ci-dessous). Toutefois, plusieurs autres pays sont encore en train d'examiner des options de développement de tels systèmes, comme la documentation des connaissances traditionnelles, l'enregistrement et les systèmes novateurs de brevets; ou le développement de cadres juridiques en dehors du système de brevets existant déjà. Au nombre de ces pays se trouvent : les membres de la Communauté des Andes, la Bolivie, l'Equateur et la Colombie;²²

33. Au Panama, l'Assemblée législative de la République de Panama a établi, à travers la législation No 20 du 26 juin 2000, le Règlement spécial de la propriété intellectuelle concernant les droits collectifs des peuples autochtones pour la protection et la défense de leur identité culturelle et de leurs connaissances traditionnelles.²³ Le but de cette législation est de protéger les droits intellectuels collectifs et les connaissances traditionnelles des créations des peuples autochtones.²⁴ En outre, le

¹⁹ Ibid, page 26.

²⁰ Voir également la décision de la Conférence des Parties V/26B, paragraphe 1.

²¹ Loi No 20 (à travers le décret No 12 de 2001). Des formulaires d'enregistrement des connaissances traditionnelles ont été adoptés et le gouvernement de Panama étudie une législation qui engloberait toutes sortes de connaissances traditionnelles, y compris les connaissances traditionnelles associées à la biodiversité.

²² Gouvernement de Namibie, Rapport thématique sur l'accès et le partage des avantages.

²³ Voir le rapport thématique du Panama sur le partage des avantages, référence à la législation dans *Gaceta Oficial*, No 24 083, 27 juin 2000.

²⁴ Par exemple, les inventions, les modèles, les dessins et les conceptions, les innovations contenues dans des images, des figures, des symboles, des graphiques, des pétroglyphes et autres détails, y compris les éléments culturels de leur histoire, de leur musique et de leurs arts et expressions artistiques traditionnelles, qui pourraient être utilisées à des fins commerciales à travers un système spécial d'enregistrement, de promotion et de commercialisation de leurs droits, afin de mettre l'accent sur les valeurs autochtones et socioculturelles.

projet de loi No 36 a été élaboré par la Commission des questions autochtones de l'Assemblée législative pour créer l'Institut de la médecine autochtone traditionnelle. Cette législation doit fournir un cadre juridique pour l'accès aux ressources génétiques qui ont des applications médicales et fournir des mesures pour le partage équitable des avantages.²⁵

D. Instruments nationaux de droits de propriété non intellectuelle qui pourraient fournir une protection aux connaissances traditionnelles

34. En plus des lois nationales sur la diversité biologique et des régimes d'accès et de partage des avantages abordés ci-dessus, nombre de Parties ont passé, ou sont en train de rédiger, d'autres lois qui ont des incidences sur la protection des connaissances traditionnelles, comme les lois spécifiquement conçues pour reconnaître et protéger les droits et les intérêts des communautés autochtones et locales.

35. De nombreux pays ayant des communautés autochtones et locales relevant de leur juridiction ont mis en place soit une loi principale soit une série de lois reconnaissant et protégeant certains droits de ces communautés. Nombre de ces lois reflètent des obligations constitutionnelles et/ou dérivant de traités domestiques ou internationaux, et des jugements. Prises dans leur ensemble, de telles lois englobent généralement des questions comme les droits aux terres, la protection du patrimoine culturel, la liberté d'expression religieuse, l'autonomie de la communauté, les questions administratives et le financement. Des exemples de telles lois englobent American Indian Religious Freedom Act 1981 [Loi sur la liberté religieuses des Indiens d'Amérique] et Indian Arts and Crafts Act 1990 [Loi sur les arts et artisanats des Indiens] des Etats-Unis d'Amérique;²⁶ Indian Act 1985 [Loi sur les Indiens] du Canada;²⁷ Aboriginal and Torres Strait Islander Heritage Protection Act 1984 [Loi sur la protection du patrimoine des aborigènes et des habitants de Torres Island], Aboriginal and Torres Islander Commission Act 1989 [Loi sur les aborigènes et les habitants de Torres Island] et Native Title Act 1993 [Lois sur les droits des autochtones] en Australie;²⁸ Aboriginal Peoples Act 1954 [Loi sur les peuples autochtones] de la Malaisie; et Indigenous Peoples Rights Act 1997 [Loi sur les droits des peuples autochtones] des Philippines.²⁹ Les connaissances traditionnelles, ou certains de ses éléments précis comme les connaissances sacrées, peuvent être protégées par de telles lois. Dans certains cas, des décisions de principe pourraient être nécessaires pour mettre à l'épreuve les limites de l'applicabilité de telles lois à la protection des connaissances traditionnelles.³⁰ Dans certains cas, la protection des connaissances traditionnelles pourrait dépendre de jugements et pourrait n'être octroyée que dans certains circonstances.

²⁵

Voir également Dutfield 2000:15.

²⁶

Battiste M et Henderson JY 2000. *Protecting Indigenous Knowledge and Heritage: A Global Challenge*. Purich Publishing Ltd, Saskatoon, Canada, pages 109 et 158.

²⁷

Ibid, pages 70 et 217-219.

²⁸

Janke T 1998. *Our Culture : Our Future - Report on Australian Indigenous Cultural and Intellectual Cultural Property Rights*. Michael Frankel and Company, Australian Institute of Aboriginal and Torres Strait Islander Studies et Aboriginal and Torres Strait Islander Commission, Canberra, Australie. Pages 85, 283, 286.

²⁹

Duffield 2000:18-19.

³⁰

Janke 1998:168-169.

36. La loi sur les droits des peuples autochtones de 1997 des Philippines donne néanmoins un exemple d'une telle loi qui est conçue, entre autres, pour fournir une protection explicite aux connaissances traditionnelles.³¹

E. Reconnaissance des protections offertes aux connaissances traditionnelles par le droit coutumier

37. Les communautés autochtones et locales qui sont l'expression de modes de vie traditionnels ont généralement leurs propres systèmes de lois et de pratiques pour protéger et réglementer l'utilisation de leurs connaissances traditionnelles.³² Néanmoins, la reconnaissance de ces systèmes coutumiers varie énormément selon les pays. Alors que certains pays leur donnent force de loi, dans d'autres pays, une reconnaissance (limitée) des systèmes traditionnels de droit coutumier, ou de certains éléments, a été octroyée par les tribunaux. Il est probable que la reconnaissance du droit coutumier provienne des constitutions nationales et/ou sous-nationales et qu'elle se trouve dans le code juridique, abrégé que le droit jurisprudentiel éclaircit probablement des principes précis, particulièrement relativement à la reconnaissance de certains droits coutumiers vis-à-vis du système juridique national.

1. Dispositions législatives et réglementaires

38. La reconnaissance du droit coutumier des communautés autochtones et locales dans la législation nationale peut constituer un important aspect de l'application des deux articles 8(j) et 10(c).³³ Les Philippines offrent deux exemples de reconnaissance législative du droit coutumier des communautés autochtones et locales : le Aboriginal Rights Act 1997 et l'Ordre exécutif No 247. En Malaisie orientale, dans les états de Sabah et de Sarawak, le droit coutumier autochtone est géré et mis en vigueur par des tribunaux autochtones établis par la législation pertinente de l'état.³⁴

39. Le gouvernement de la Namibie note que les règles coutumières et les styles de vie traditionnels sont érodés par les forces de la modernisation et de la commercialisation. Les systèmes juridiques formels et les droits de propriété intellectuelle de la Namibie ne reconnaissent pas les systèmes coutumiers et il faudrait intégrer le droit coutumier dans la législation et les politiques modernes. Le champ d'application du projet de loi namibien sur l'accès exclut le droit coutumier afin de ne pas placer de contrôles sur les pratiques coutumières et les connaissances traditionnelles mais plutôt sur l'accès à de telles pratiques et connaissances pour mieux les protéger.³⁵

2. Droit jurisprudentiel

40. Un important droit jurisprudentiel commence à apparaître dans lequel des précédents ont été établis relativement à la reconnaissance de certains éléments du droit coutumier et qui pourrait être

³¹ Dutfield 2000:18-19.

³² Cassidy et Langford 1999:Préface; WIPO 2001a:58-65; Janke1998.

³³ Voir également les paragraphes 58-60 des documents UNEP/CBD/TKBD/1/2, UNEP/CBD/WG8J/1/2, paragraphes 30-34.

³⁴ Voir, par exemple, Empeni Lang 1998. Administration of native courts and enforcement of native customary laws in Sarawak. *Journal of Malaysian and Comparative Law*, Vol.25, pages 89-126.

³⁵ Rapport thématique sur l'accès et le partage des avantages, Namibie.

appliqué par rapport au détournement des connaissances traditionnelles, si de telles actions en justice arrivent devant les tribunaux. En Australie, relativement à la loi sur les droits d'auteurs de 1968 (WTH) où des infractions à cette loi se sont produites par rapport au détournement de conceptions et d'œuvres d'art autochtones, les juges ont tenu compte du droit coutumier dans leurs décisions et dans l'octroi de dommages et intérêts.³⁶ Bien que ces cas soient relatifs aux œuvres d'art autochtones, les principes établis dans de telles décisions pourraient néanmoins être utilisés pour la protection d'autres aspects des connaissances traditionnelles.

41. A Hawaii, le droit coutumier s'appuie sur la constitution et le code, par lesquels la protection des droits coutumiers et traditionnels des autochtones hawaïens exercés pour subvenir à leurs besoins et à des fins religieuses et culturelles fournit un exemple d'équilibre entre les pratiques historiques des peuples autochtones, les droits de propriété modernes et les exigences du développement. Le droit jurisprudentiel de Hawaii démontre que la doctrine coutumière peut être utilisée au sein du droit anglo-américain en tant que base pour la protection des pratiques et coutumes traditionnelles des peuples autochtones.³⁷ Une fois de plus, le degré auquel la doctrine coutumière pourrait s'appliquer à la protection des connaissances traditionnelles, ou de certains éléments de ces connaissances, devrait attendre la décision des tribunaux.

F. Modèles pour des instruments nationaux de protection des connaissances traditionnelles

42. Il existe plusieurs modèles pour la protection des connaissances traditionnelles qui pourraient être des points de départ utiles pour l'élaboration d'une législation nationale. Ils comprennent : la Législation modèle pour la reconnaissance et la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des éleveurs, et pour la réglementation de l'accès aux ressources biologiques rédigée par la Commission scientifique, technique et de recherche de l'Organisation de l'unité africaine (OUA) (Addis Ababa 1998); une Loi modèle sur les droits intellectuels des communautés, proposée par le Third World Network; et les Dispositions modèles pour des lois nationales sur la protection des expressions du folklore contre l'exploitation illicite et autres actions nuisibles d'UNESCO/OMPI. Ces trois modèles ont été analysés et examinés dans des documents précédents, préparés en vertu de la Convention sur la diversité biologique.³⁸

G. Registres de connaissances traditionnelles de la communauté

43. Dans le paragraphe 17 de la décision V/16, la Conférence des Parties a demandé aux "Parties d'appuyer le développement de registres de connaissances traditionnelles, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui sont l'expression de modes de vie traditionnels".

³⁶ Puri K 1998. L'expérience de la région Pacifique. Dans le *Forum mondial de l'UNESCO et de l'OMPI sur la protection du folklore, Phuket, Thaïlande, 8-10 avril 1997*. Publication de l'UNESCO NO CLT/CIC/98/1, 1998, pages 41-59. Voir en particulier les commentaires du Professeur Puri sur le cas *Milpurruru v. Indofurn Pty. Ltd And Others*, au tribunal fédéral d'Australie.

³⁷ Hare CM 1998. The use of customary law to protect the cultural practices of Indigenous Peoples in Hawaii. *Journal Malaysian and Comparative Law*. Volume 25, pages 241-251, page 249.

³⁸ Voir UNEP/CBD/WG8J/1/2, paragraphes 13-1; et aussi CNUCED 2000, *Systèmes et expériences nationales pour la protection des connaissances traditionnelles, innovations et pratiques, Genève 30 octobre - 1er novembre 2000*, document TD/B/COM.1/EM.13, paragraphes 48-50.

44. Un registre a été décrit comme "une collection ordonnée ou un dépôt d'informations. Le terme registre sous -entend que les informations contenues dans le dépôt prennent un statut juridique par le fait d'être incluses dans le registre. En conséquence, un registre n'est pas simplement une compilation, liste ou base de données servant seulement à fournir des données récupérables à des utilisateurs définis. Un registre est une liste ou une base de données dans laquelle des informations précises peuvent être déposées afin de conférer des droits juridiques relatifs à ces informations. Le dépôt d'informations dans un registre fait que ces informations sont "officielles" et enregistre le fait que la personne qui les a déposées revendique ces informations."³⁹

45. Il ne faut toutefois pas oublier que la compilation de connaissances traditionnelles dans des registres (ou compilations ou bases de données) n'a aucune pertinence juridique avant l'adoption d'une protection *sui generis* pour de tels registres. Autrement, les dispositions juridiques existant déjà (comme l'article 2(5) de la Convention de Berne, article 10(2) de l'Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle (TRIP), et l'article 5 du Traité sur les droits d'auteurs de l'OMPI) limitent leur protection à la manière originale ou créative de sélectionner et d'arranger les données. En outre, le support même de la base de données (c'est-à-dire le code logiciel) peut être protégé par un droit d'auteur. Le possesseur de la base de données peut également prendre des mesures techniques pour protéger les données, auquel cas toute tentative de contournement de la protection technique peut aussi être considérée illégale (Traité des droits d'auteurs de l'OMPI, article 11). Le nom de la base de données peut également être protégé (en tant que marque de fabrique ou de service). Mais dans la mesure où les données elles-mêmes sont concernées, lorsqu'elles ne sont pas couvertes par des mécanismes précis de protection de la propriété intellectuelle (comme les brevets, les secrets commerciaux, les droits d'auteur, etc.), les seuls mécanismes existant déjà pour la protection du contenu des bases de données sont ceux de l'article 39.3 de l'Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle (dans un contexte très étroit), et la Directive de la Communauté Européenne 96/9/CE sur les bases de données.

46. Les registres (ou les bureaux de dépôt) des connaissances traditionnelles ont été développés par les communautés autochtones et locales afin de promouvoir et de protéger les connaissances traditionnelles. Ils sont généralement élaborés par des communautés ou des groupes communautaires dans leur propre intérêt. Ils se sont révélés être utiles pour l'organisation des connaissances traditionnelles en vue de permettre la protection et la gestion améliorée des ressources communautaires.⁴⁰

47. Les registres de connaissances traditionnelles peuvent servir à nombre de fins, y compris :

(a) Le maintien et la préservation des connaissances traditionnelles par le fait de les enregistrer et de les documenter;⁴¹

³⁹ OMPI 2001c. *Rapport d'étape sur la situation des connaissances traditionnelles en tant qu'état antérieur de la technique, préparée pour le Comité intergouvernemental sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et le folklore*, Deuxième séance, Genève, 10-14 décembre 2001. Document WIPO/GRTK/IC/2/3, 1er juillet 2001, paragraphe 118.

⁴⁰ Downes et Laird 1999. *Registres communautaires de connaissances associées à la diversité biologique : Le rôle de la propriété intellectuelle dans la gestion de l'accès et des avantages*. Préparé pour l'initiative Biotrade de CNUCED page 4.

⁴¹ Certains pays ont remarqué que le fait de ne pas avoir documenté les connaissances traditionnelles a contribué à l'érosion des systèmes de connaissances traditionnelles (par exemple la Namibie). Voir également Secrétariat de CNUCED, 2000, paragraphes 57-59.

(b) Une protection contre l'octroi inopportun de droits de propriété intellectuelle (parfois appelé "biopiratage" dans le contexte de la Convention sur la diversité biologique) en fournissant des preuves de connaissances traditionnelles en tant qu'état antérieur de la technique;⁴²

(c) Sensibiliser les communautés à l'égard de la valeur des connaissances traditionnelles des communautés autochtones et locales;

(d) Encourager la conservation à long terme et la promotion des ressources naturelles et de leurs connaissances connexes;

(e) Faire partie d'un système législatif pour la revendication des droits de propriété intellectuelle à l'égard des connaissances traditionnelles (par exemple, une loi nationale *sui generis* sur la propriété intellectuelle pour la protection du savoir autochtone et local).

48. Des registres ou bases de données de connaissances traditionnelles unanimement salués ont été élaborés par diverses initiatives en Inde, au Pérou, aux Philippines et par les Inuit de Nunavik et les Dene au Canada. Comme le rapporte l'OMPI, de tels registres peuvent fournir une précieuse source de connaissances traditionnelles dans le domaine public et la possibilité d'échanger des informations sur les connaissances traditionnelles déposées dans ces registres avec les systèmes d'information sur la propriété intellectuelle existant déjà pourrait devenir importante, si une protection juridique est accordée aux connaissances déposées dans le registre.⁴³

49. Plusieurs pays ont rapporté que l'établissement de registres de connaissances traditionnelles fait partie de leurs projets de lois (*sui generis*) pour la protection des connaissances traditionnelles. Par exemple, la Namibie a inclus un mécanisme de registre communautaire dans son projet de législation *sui generis*.⁴⁴ Le gouvernement du Venezuela a mis en place BIOZULA, une base de données qui compile en les ordonnant les connaissances traditionnelles associées à la diversité biologique dans le but de les protéger (les gardant secrètes pour le moment) et de les commercialiser. Cette base de données a attiré l'attention de plusieurs communautés autochtones et gouvernements en Amérique du Sud et en Amérique centrale.

IV. INSTRUMENTS SOUS-NATIONAUX UTILES POUR LA PROTECTION DES CONNAISSANCES TRADITIONNELLES

50. De nombreux pays, et tout particulièrement les pays les plus grands et les plus peuplés, ont un système de gouvernement fédéral par lequel, sous réserve des dispositions constitutionnelles, les gouvernements nationaux assument certaines responsabilités, par exemple les responsabilités relatives au commerce et à la sécurité nationale, alors que les gouvernements sous-nationaux fonctionnant aux niveaux provincial ou de l'état (second niveau) et local (troisième niveau) exercent leurs responsabilités par rapport à, par exemple, la gestion des terres et des ressources naturelles. D'habitude, les

⁴² Le Groupe d'experts sur l'accès et le partage des avantages, lors de sa deuxième réunion, a reconnu que les registres de connaissances traditionnelles pouvaient offrir une protection qui pourrait servir à éviter l'octroi inopportun de droits de propriété intellectuelle. Document UNEP/CBD/WGABS/1/2, paragraphe 77(c).

⁴³ OMPI 2001c, paragraphe 118.

⁴⁴ Rapport thématique sur l'accès et le partage des avantages, Namibie.

gouvernements nationaux sont responsables des lois sur la propriété intellectuelle, mais les gouvernements sous-nationaux peuvent créer et gérer des lois et des politiques susceptibles d'avoir des incidences et directes et indirectes sur la protection des connaissances traditionnelles. Dans cette section, on fait une évaluation de divers instruments qui sont utilisés, ou qui peuvent être utilisés, pour protéger les connaissances traditionnelles des communautés autochtones et locales aux deuxième et troisième niveaux de gouvernement.

A. *Instruments des gouvernements de deuxième niveau*

51. D'habitude, les gouvernements fonctionnant au deuxième niveau disposent de tout un éventail d'instruments et de mécanismes qui ont des incidences sur la protection des connaissances traditionnelles, et qui peuvent s'ajouter à de telles lois fonctionnant au niveau national et aussi en être le complément. Ces instruments et mécanismes peuvent être classés par catégories comme suit :

- (a) Législation régissant l'utilisation des sols et des ressources naturelles;
- (b) Législation régissant les affaires des communautés autochtones et locales;
- (c) Droit commercial et lois de protection des consommateurs; et
- (d) Lois régissant le secteur universitaire et la recherche.

52. Un aspect commun de ces instruments est qu'ils ne sont généralement pas uniformes dans les juridictions sous-nationales au sein d'un même pays et peuvent parfois faire preuve d'importantes variations.

B. *Instruments de troisième niveau, gérés par le gouvernement des communautés locales*

53. Dans certains pays, le niveau local peut être défini comme un troisième niveau de gouvernement, et de nombreuses communautés autochtones et locales sont constituées en communautés autonomes au sein du cadre national et/ou sous-national de gouvernement. D'habitude, les communautés autochtones et locales qui jouissent de leur autonomie sont responsables des terres, des eaux et des ressources naturelles dans les limites de la zone de leur gouvernement local, sous réserve des politiques et lois nationales pertinentes. Les lois nationales et sous-nationales qui prévoient l'autonomie des communautés permettent généralement à ces communautés de prendre diverses mesures comme, promulguer des lois ou des arrêtés locaux pour protéger le patrimoine culturel, établir des plans de développement de la communauté régissant l'utilisation des ressources⁴⁵, et élaborer des stratégies pour la protection de leurs connaissances traditionnelles. De telles mesures ou lois permettent souvent à de telles communautés de contrôler l'accès à leur territoire. L'accès est généralement donné à travers un système de permis basé sur le consentement préalable en connaissance de cause du conseil de la communauté, permettant aux communautés de contrôler les activités des étrangers dans leurs territoires. A l'égard de telles activités, des conditions peuvent être imposées concernant l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées

⁴⁵

Pour une discussion plus approfondie des plans de développement des communautés, voir la note générale du Secrétaire exécutif sur les Directives et recommandations pour mener des évaluations de l'impact culturel, environnemental et social concernant les développements proposés sur des sites sacrés et sur des terres et eaux occupées par des communautés autochtones et locales ou utilisées par elles (UNEP/CBD/WG8J/2/6/Add. 1).

à la diversité biologique, et à leur utilisation.⁴⁶

V. SYNERGIES ENTRE LES INSTRUMENTS DE DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE ET LES OBJECTIFS DE L'ARTICLE 8(j)

54. Sous les lois actuelles, les meilleurs résultats pour la protection des connaissances traditionnelles viendront probablement d'une approche qui combine les lois sur la propriété intellectuelle existant déjà, les systèmes de connaissances traditionnelles, et les autres mécanismes comme les contrats, les accords sur l'accès et les licences. Le gouvernement d'Australie, dans une soumission à la Conférence des Parties lors de sa troisième réunion a listé les divers mécanismes qui ont été suggérés dans divers forums internationaux pour protéger les connaissances traditionnelles. Ces suggestions étaient : (a) utiliser les régimes de propriété intellectuelle existant déjà; (b) la création, à travers une législation ou par d'autres moyens, de nouvelles formes de droits de propriété intellectuelle; (c) des mécanismes de financement; (d) un partage équitable des avantages découlant des contributions, y compris les éléments d'utilisation de connaissances traditionnelles faits par des communautés autochtones et locales; (e) des accords contractuels comme les accords sur le transfert de matériel; (f) des codes déontologiques; (g) des droits relatifs à des expressions et produits culturels, y compris la propriété culturelle; (h) une plus grande confiance dans les lois sur le comportement inadmissible et l'enrichissement injuste.⁴⁷ Les expériences de plusieurs pays, comme la Communauté des Andes, le Costa Rica, le Brésil, l'Inde, le Nigeria, le Panama, la Thaïlande et les Philippines préconisent cette approche.⁴⁸

55. Dans tout examen des lois sur les droits de propriété intellectuelle et les objectifs de l'article 8(j), il convient de prendre en considération les différentes utilisations éventuelles des ressources génétiques. Par exemple, les ressources génétiques végétales sont traitées vraiment différemment des ressources utilisées dans l'industrie pharmaceutique, ce qui, à son tour, a des incidences en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle et les dispositions pour le partage des avantages. Il est probablement plus facile de convenir d'un accord de partage des bénéfices en ce qui concerne les plantes médicinales et les produits pharmaceutiques qu'en ce qui concerne les graines et les obtentions végétales. Alors qu'un nouveau médicament dérive probablement d'un seul principe actif isolé à partir d'une unique espèce ou au moins d'un mélange d'un petit nombre de plantes, une obtention végétale peut descendre de douzaines de variétés provenant de nombreux emplacements éloignés les uns des autres. L'indemnisation de nombreux pays et/ou communautés entraînera des frais de transaction bien plus élevés et la part d'avantages allant à chaque bénéficiaire sera donc plus mince.⁴⁹ Les connaissances traditionnelles qui sont associées aux aspects plus pratiques des styles de vie

⁴⁶ UNEP/CBD/WG8J/1/2, paragraphe 41.

⁴⁷ UNEP/CBD/COP/3/Inf.20, 1996

⁴⁸ CNUCED 2000. Rapport de la Réunion des experts sur les systèmes et les expériences nationales pour la protection des connaissances traditionnelles, innovations et pratiques. Document TD/B/COM.1/33 // TD/B/COM.1EM.13/3, 6 décembre 2000, paragraphe 21.

⁴⁹ Les connaissances traditionnelles qui sont associées aux aspects plus pratiques des styles de vie traditionnels, comme les méthodes et les techniques de préparation des médicaments, le maintien de la diversité des cultures, le contrôle des nuisibles, pourraient s'exprimer en de nombreuses différentes applications des connaissances traditionnelles sous la forme de produits et de services, pourraient favoriser et étayer la continuation de styles de vie traditionnels et l'autarcie économique, et pourraient profiter de l'application des lois sur la propriété intellectuelle. Dutfield G 1999, pages 2 et 38.

traditionnels, comme les méthodes et les techniques de préparation des médicaments, le maintien de la diversité des cultures, le contrôle des nuisibles, pourraient s'exprimer en de nombreuses différentes applications des connaissances traditionnelles sous la forme de produits et de services, pourraient favoriser et étayer la continuation de styles de vie traditionnels et l'autarcie économique, et pourraient profiter de l'application des lois sur la propriété intellectuelle.⁵⁰

56. Les expériences des pays, les opinions des experts⁵¹ et les expériences qui émergent des communautés autochtones et locales, bien que limitées, suggèrent que les diverses formes de propriété intellectuelle peuvent être utilisées pour protéger certains éléments des connaissances traditionnelles. Avec certaines réformes, par exemple celles suggérées par le Groupe d'experts sur l'accès et le partage des avantages lors de sa deuxième réunion, tout particulièrement la réforme du système de brevets, les systèmes formels de propriété intellectuelle peuvent englober la protection des connaissances traditionnelles.⁵² La présente section donne une brève vue d'ensemble sur l'applicabilité des droits formels de propriété intellectuelle à la protection des connaissances traditionnelles.

57. Les réformes du système de brevets ont surtout porté sur la condition exigeant que la demande révèle l'origine des ressources génétiques et/ou des connaissances traditionnelles utilisées pour des produits et procédés qui sont soumis aux droits de propriété intellectuelle. De telles réformes sont discutées de manière approfondie dans les paragraphes 6-16 et 27-34 de la note du Secrétaire exécutif sur le rôle des droits de propriété intellectuelle dans l'application des dispositions sur l'accès et le partage des avantages (UNEP/CBD/WG-ABS/1/4) et sont abordées dans le rapport du Groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages (UNEP/CBD/COP/6/6).

58. En plus des réformes identifiées ci-dessus, les brevets mineurs, qui sont une forme modifiée de brevet, peuvent fournir un moyen approprié de protection de certaines formes de connaissances traditionnelles. Les brevets mineurs couvrent toute sorte quelconque d'inventions, y compris les procédés, et sont octroyés pour des inventions qui ne sont pas soumises à un examen. Lorsqu'un inventeur n'est pas certain si son invention n'a pas qualité pour obtenir un brevet, un brevet mineur pourrait être requis, lequel pourrait néanmoins être révoqué à une date ultérieure pour le motif de manque de nouveauté ou d'esprit d'invention. Les brevets mineurs sont différents des brevets conventionnels en plusieurs points :

- (a) L'exigence de non-évidence est bien moins rigoureuse et peut même être abandonnée en faveur d'une "démarche inventive" moins difficile;
- (b) La période de protection est plus courte;
- (c) L'examen du brevet est soit reporté soit remplacé par un système de dépôt (comme pour les marques de fabrique).

59. Bien que les brevets mineurs ne donnent pas autant de certitude juridique que les brevets normaux, ils peuvent néanmoins être des outils très utiles pour les petites et moyennes entreprises. Les

⁵⁰

Cassidy and Langford 1999:3.

⁵¹

Voir, par exemple, Pires de Carvalho N, pas de date. *De la hutte du chaman à l'office des brevets : la route est-elle longue et tortueuse?* Communication préparée pour la Division de la propriété intellectuelle, Secrétariat de l'Organisation mondiale du commerce, Genève, Suisse.

⁵²

UNEP/CBD/WGABS/1/2, paragraphe 77 (a).

brevets mineurs varient davantage que d'autres types de droits de propriété intellectuelle parce qu'il ne sont pas couverts par des conventions ou accords internationaux.⁵³

60. Il est probable que certaines connaissances traditionnelles ou types de savoir-faire, particulièrement relativement aux préparations médicinales dérivées de plantes, rempliront la condition de démarche inventive. Bien qu'un extrait de plantes et la méthode utilisée pour l'extraction puissent être "évidents", ils pourraient quand même être nouveaux, utiles, et représenter une démarche inventive allant au-delà de ce qui est déjà dans le domaine public.⁵⁴ Ce point est renforcé si les médicaments préparés par des méthodes uniques et à partir de mélanges conçus pour obtenir des effets synergiques ou pour atténuer des effets secondaires nuisibles sont pris en considération. Le Kenya a promulgué une loi, le Industrial Property Act 1989, qui permet les brevets mineurs pour les connaissances traditionnelles médicinales englobant des formules à base de plantes ainsi que nutritionnelles qui donnent de nouveaux effets".⁵⁵

61. Les brevets mineurs pourraient devenir un instrument utile pour la protection des connaissances traditionnelles. Toutefois, à ce jour, quelques pays seulement (comme le Brésil, la Chine, l'Allemagne, le Japon et la Malaisie) les reconnaissent, et il n'existe pas d'accords internationaux, comme le Traité de coopération pour les brevets, simplifiant l'effort de déposer une demande dans plusieurs pays. Les communautés autochtones et locales pourraient profiter des efforts visant à accroître la reconnaissance de ce type de droit de propriété intellectuelle. Il pourrait également être utile de découvrir, de révéler et de rendre publiques les actions de sociétés et institutions qui essaient de déposer des demandes de brevets basés sur les informations divulguées dans les demandes de brevets mineurs étrangers.⁵⁶

B. Indications géographiques

62. Les indications géographiques sont importantes parce qu'elles ajoutent un puissant élément d'identification culturelle aux produits; et, encore plus important, elles sont un mécanisme utile pour une appropriation indirecte des techniques traditionnelles. Elles permettent aux détenteurs de connaissances traditionnelles de s'approprier des éléments de leur propre identification et d'associer ces éléments à leurs produits et services.

63. Bien que, jusqu'à présent, l'utilisation d'indications géographiques se soit limitée à certaines boissons et certains produits alimentaires, les principes des indications géographiques pourraient servir de guides à des lois visant à protéger certains modes de savoir-faire traditionnels et favoriser le maintien de la valeur économique de biens produits localement y compris les formulations à bases de

⁵³ Posey et Dutfield 1996:81-82.

⁵⁴ Gollen M 1993. Un cadre de droits de propriété intellectuelle pour la recherche dans la diversité biologique. Dans Reid WV, *et al.*, (éditeurs), *Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development*. WRI, INBio, Rainforest Alliance, ACTS, Washington DC, pages 159-197, page 173; Cottier T 1997. *La protection des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles dans le droit international : passée, présente et future*. Avant-projet soumis à la Conférence internationale sur la créativité et l'innovation, Centre pour la gestion dans l'agriculture, Indian Institute of Management, Ahmedabad, Inde, 11-14 janvier 1997.

⁵⁵ Cité par Posey et Dutfield 1996:82-3.

⁵⁶ Ibid.

plantes.⁵⁷

C. Secrets commerciaux

64. Les connaissances ou le savoir-faire d'un individu ou d'une communauté entière pourraient être protégés en tant que secrets commerciaux à condition que les informations aient une valeur commerciale et procurent un avantage concurrentiel, que la communauté souhaite en tirer profit ou non. Si une société obtient de telles informations par des moyens illicites, il est possible d'intenter des poursuites pour forcer la société à partager ses bénéfices.⁵⁸ Il est concevable que de grands nombres de connaissances traditionnelles puissent être protégés par les secrets commerciaux. La restriction de l'accès à leur territoire et de l'échange d'informations avec des étrangers à travers des accords qui garantissent la confidentialité ou des avantages économiques pourrait être un bon moyen d'aboutir à ces fins. Il est possible que les connaissances traditionnelles partagées par tous les membres d'une communauté ne remplissent pas les conditions requises pour le secret commercial. Néanmoins, "si un chaman ou autre individu a un accès exclusif à des informations en raison de sa situation dans le groupe, cet individu ou le groupe autochtone dans son ensemble a probablement un secret commercial".⁵⁹ Il existe également des communautés traditionnelles ne comptant pas plus de 20 ou 30 individus vivant dans des lieux reculés du monde et dont les connaissances restent secrètes, soulevant le principe que le concept du secret est fonction de la disponibilité des connaissances pour les étrangers et non pas du nombre de personnes qui le partagent dans une communauté.

D. Marques de fabrique

65. Les marques d'homologation existent dans les lois de certains pays. Elles peuvent être utilisées par des producteurs à petite échelle pour garantir aux clients que les biens sont authentiques d'une manière ou d'une autre, et peut-être pour soutenir une production durable à l'égard de l'environnement. Les marques d'homologation indiquent que les revendications des commerçants ont été authentifiées par une organisation indépendante de l'individu ou de la société fabriquant ou vendant le produit. Il s'agira probablement d'une organisation commerciale régionale qui a déposé sa propre marque collective. En Grande-Bretagne, les producteurs d'un fromage appelé le Stilton ont le droit d'utiliser la marque d'homologation "Stilton".⁶⁰ Aux Etats-Unis, le Conseil agricole inter-tribus permet l'utilisation, sous licence renouvelable tous les ans, de la marque "Fabriqué par les Indiens d'Amérique" pour la promotion de produits agricoles ou autres produits fabriqués par les Indiens qui ont été produits et/ou transformés par des membres ratifiés de tribus reconnues.⁶¹

⁵⁷ Dutfield 1999:67.

⁵⁸ Gollen 1993.

⁵⁹ Axt Jr, Corn MI, Lee M et Ackerman DM 1993. *Biotechnology, Indigenous peoples and Intellectual Property Rights*. Congressional Research Service, Washington DC, Etats-Unis; Dutfield 1999:70.

⁶⁰ Pour remplir les conditions requises, le fromage doit être produit dans le village ou près du village de Stilton, avec les ingrédients traditionnels et conformément aux techniques traditionnelles de fabrication. Les producteurs ne peuvent pas utiliser la marque s'ils ne se conforment pas à ces conditions de production (Dutfield G 1997. *Can the TRIPS Agreement Protect Biological and Cultural Diversity*. Biopolity International Series No 19. African Centre for Technology Studies, Nairobi, Kenya).

⁶¹ Les marques de fabrique, l'étiquetage et aussi l'homologation indépendante sont utilisés en Inde pour la commercialisation du thé Darjeeling. Non seulement le thé Darjeeling authentique porte un logo spécial qui est la propriété intellectuelle du Tea Board of India, mais aussi seuls ces thés peuvent être appeler /...

66. L'étiquetage n'a néanmoins pas été couronné de succès aux Etats-Unis au niveau de la promotion des produits des peuples autochtones. C'est peut-être parce que les consommateurs ne connaissent pas les marques, ou ne se soucient pas de savoir si les produits qu'ils achètent sont authentiques,⁶² ou bien s'embrouillent dans les étiquettes. Ces problèmes illustrent les difficultés que peuvent susciter l'utilisation de marques, d'homologation et d'indications géographiques pour les biens fabriqués et les œuvres d'art. Tout ceci peut néanmoins constituer une fructueuse stratégie de marketing, particulièrement si les commerçants comprennent clairement pourquoi les gens veulent acheter leurs articles.⁶³

E. Accords, contrats et licences

67. L'utilisation de diverses formes de dispositions contractuelles pour assurer les intérêts dans les ressources génétiques et/ou les connaissances traditionnelles associées est abordée dans les paragraphes 60-78 de la note du Secrétaire exécutif sur le rôle des droits de propriété intellectuelle dans l'application des dispositions concernant l'accès et le partage des avantages préparée pour le Groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages (UNEP/CBD/WG-ABS/1/4). Les éléments devant être pris en considération dans l'élaboration des directives pour l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages contenus dans la note du Secrétaire exécutif sur le sujet préparée pour le Groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages (UNEP/CBD/WG-ABS/1/3) fournissent des conseils exhaustifs en ce qui concerne les questions comme la participation des parties prenantes, le consentement préalable en connaissance de cause, les termes convenus, le partage des avantages et la surveillance de la conformité, et sont particulièrement utiles pour la rédaction des contrats.

F. Octroi de droits de propriété intellectuelle sans exclure l'utilisation continue des connaissances traditionnelles

68. Alors que les systèmes formels de propriété intellectuelle peuvent être utilisés pour fournir une protection pour les connaissances traditionnelles, il importe également d'assurer, comme l'a remarqué le Groupe d'experts sur l'accès et le partage des avantages lors de sa première réunion, "que l'octroi de droits de propriété intellectuelle n'exclut pas l'utilisation coutumière continue des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles qui leurs sont associées."⁶⁴ Ceci suggère que les gouvernements nationaux aient besoin d'un cadre pour aborder des situations où il y a accès aux ressources génétiques couvertes par le droit coutumier car il incombera à l'état d'assurer l'utilisation coutumière continue des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles.

69. Certains pays ont indiqué que l'octroi de droits de propriété intellectuelle sous leurs systèmes n'affectent pas les utilisations coutumières des ressources biologiques. Dans le cas de la Nouvelle-Zélande, rien dans le système national n'empêcherait l'utilisation coutumière continue d'une ressource

"Darjeeling" "pur Darjeeling" et "100% Darjeeling" sur l'emballage. Les plantations biologiques de thé Darjeeling sont certifiées par deux organisations : Institut fur Marketecologie, Suisse, et Naturland-Verband, Allemagne, qui font des inspections périodiques. (Dutfield 1999:70-71).

⁶² Axt et al 1993.

⁶³ Dutfield 1999:71.

⁶⁴ UNEP/CBD/COP/5/8, paragraphe 131(c).

précise si cette ressource allait figurer dans une demande de nouveau brevet. Cette question est encore à l'étude dans la révision actuelle de Patents Act de la Nouvelle-Zélande.⁶⁵ En Suisse, l'article 7.5 du projet de directives suisses sur l'accès aux ressources génétiques prévoit que l'accès aux ressources génétiques et aux activités qui leur sont associées ne devrait pas empêcher que continuent les utilisations traditionnelles des ressources génétiques.⁶⁶

70. Il a également été signalé, lors de la Réunion des experts sur les systèmes et les expériences nationales pour la protection des connaissances traditionnelles, innovations et pratiques de CNUCED que, alors que la commercialisation des produits et services basés sur les connaissances traditionnelles donne une puissante incitation aux communautés à l'égard de la conservation de leur base de connaissances traditionnelles, il faut faire extrêmement attention à assurer que la base de ressources des communautés autochtones et locales n'est pas surexploitée ou détruite pour toujours. Pour que la commercialisation des connaissances traditionnelles soit durable, il faut prendre plusieurs mesures à plusieurs niveaux : la conservation (*in situ*); la sensibilisation à l'égard de l'importance de l'utilisation durable des ressources; la surveillance de l'utilisation des ressources; le changement de politique d'accès aux connaissances traditionnelles avec le consentement et la participation des communautés autochtones et locales; la formation en méthodes de récolte durables; et l'assistance pour le simple traitement au premier ou au deuxième degré des produits basés sur les connaissances traditionnelles pour leur donner une valeur ajoutée. Comme l'a remarqué la Réunion des experts, "le régime actuel des droits de propriété intellectuelle ne crée pas une situation juridique équitable pour les communautés autochtones et locales et il est donc d'autant plus important d'évaluer le risque de surexploitation et la perte résultante des connaissances traditionnelles associées à la commercialisation".⁶⁷

VI. CONTRAINTES RELATIVES A L'APPLICATION DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE POUR LA PROTECTION DES CONNAISSANCES TRADITIONNELLES

71. Bien qu'il soit clair que les différentes formes de propriété intellectuelle pourraient être utilisées dans certaines circonstances pour protéger les détenteurs de connaissances traditionnelles contre une utilisation inéquitable de leurs connaissances, et aussi pour leur permettre de profiter de leurs connaissances au niveau commercial à travers leur propre application de droits formels de propriété intellectuelle, nombre de contraintes existent néanmoins au sein du système formel de propriété intellectuelle qui entravent la protection efficace des connaissances traditionnelles. Ces contraintes peuvent être classées soit dans la catégorie "juridique" soit dans la catégorie "opérationnelle",⁶⁸ et sont discutées sous les diverses rubriques ci-dessous.

A. *Contraintes juridiques*

1. *Questions de définition*

⁶⁵ Gouvernement de Nouvelle-Zélande, rapport thématique sur l'accès et le partage des avantages.

⁶⁶ Gouvernement de Nouvelle-Zélande, Rapport thématique sur l'accès et le partage des avantages.

⁶⁷ CNUCED 200, paragraphe 29.

⁶⁸ OMPI 2001a:8.

72. Certaines Parties ont insisté qu'il fallait absolument convenir de définitions avant de se lancer dans d'autres discussions sur la protection des connaissances traditionnelles dans le contexte de la Convention sur la diversité biologique.⁶⁹ La définition de " concepts et termes clés pertinents dans l'article 8(j) et les dispositions connexes" sera abordée dans la tâche 12 du programme de travail sur l'application de l'article 8(j) et des dispositions connexes. Dans leurs rapports thématiques sur l'accès et le partage des avantages, plusieurs pays, y compris la République Centrafricaine, le Panama, l'Inde et la Namibie, ont soumis leurs définitions nationales des termes qui se trouvent dans l'article 8(j). Comme nous l'avons noté ci-dessus, les questions relatives aux connaissances traditionnelles, y compris l'établissement d'une compréhension commune du terme "connaissances traditionnelles" sont également abordées par un groupe ad hoc d'experts sur les connaissances traditionnelles désigné par la Conférence des Parties à la Convention sur la lutte contre la désertification.

73. Toutefois, bien que le manque de définitions soit important, il ne devrait pas empêcher les gouvernements nationaux d'adopter des mesures pour la protection efficace des connaissances traditionnelles. Il convient de noter, par exemple, que de nombreuses lois sur les brevets ne définissent pas les inventions, elles identifient seulement les caractéristiques des inventions brevetables. De même, aucune loi sur les marques de fabrique ne définit les signes, les lois sur les marques exigent seulement que les signes soient bien nets afin de recevoir une protection (certaines lois ajoutent que les signes doivent être visibles, d'autres acceptent de protéger des signes qui ne sont pas visibles).

74. Dans la note générale préparée par le Secrétariat de l'OMPI pour la première réunion du Comité intergouvernemental sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et le folklore, le besoin d'une utilisation plus rigoureuse de la terminologie est reconnu et l'annexe 3 expose l'utilisation courante des termes pertinents dans les discussions internationales concernant les connaissances traditionnelles. Elle contient également une section sur les "questions terminologiques et conceptuelles" dans le texte principal du document.⁷⁰ Le Comité intergouvernemental avait été invité à examiner la question de la définition des connaissances traditionnelles dans les termes suivants : "Sur la base de l'utilisation des termes pertinents présentés dans l'annexe 3, le Comité intergouvernemental pourrait délimiter la portée du sujet au niveau duquel les Etats Membres souhaitent discuter de l'application de la protection de la propriété intellectuelle, dans le but d'avoir une définition du terme "connaissances traditionnelles".⁷¹

2. Marques de fabrique

75. La condition que les marques commerciales soient utilisées commercialement veut dire que les marques de fabrique ne sont pas un mécanisme approprié pour de nombreuses communautés autochtones et locales qui ne veulent pas que les conceptions, symboles et mots soient utilisés ainsi. Bien que de nombreuses communautés de ce genre estiment que l'appropriation et l'utilisation comme marque de noms, mots, symboles et conceptions soit autochtones soit provenant d'une communauté locale est injuste, il serait bien trop coûteux de déposer des marques de fabrique pour tous les mots,

⁶⁹ Rapports thématiques sur l'accès et le partage des avantages par l'Autriche, la Suisse, la Norvège.

⁷⁰ OMPI 2001b, *Questions concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et le folklore - une vue d'ensemble*. Comité intergouvernemental sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et le folklore, Première séance, Genève, 30 avril au 3 mai 2001. Document WIPO/GRTKF/IC/3, 16 mars 2001, paragraphes 67-71.

⁷¹ Ibid, annexe 4, et paragraphes 78-80.

symboles et conceptions existant déjà que les communautés autochtones et locales pourraient vouloir protéger contre une utilisation commerciale par d'autres, ou pour permettre leur utilisation commerciale par des entreprises autochtones ou appartenant à la communauté locale. La confusion semée par l'utilisation de symboles, etc., des communautés autochtones ou locales par une entreprise n'appartenant pas à la communauté autochtone ou locale peut également affecter la mise sous licence potentielle et les possibilités de recommandations publicitaires pour ces communautés (c'est tout particulièrement le cas en Amérique du Nord où, par exemple, des marques de fabrique sur des dessins de têtes indiennes ont été utilisées par des entreprises non autochtones pour commercialiser toutes sortes de choses, des armes à feu et des haches au tabac, à l'essence et aux voitures.⁷² Dans certains cas, les marques de fabrique utilisant des symboles de communautés autochtones ou locales peuvent avoir l'effet de diminuer la valeur de marques de communautés autochtones ou locales futures ou existant déjà. Les entreprises des communautés autochtones et locales peuvent également souffrir d'une certaine confusion ou être évincées si des entreprises n'appartenant pas à la communauté autochtone ou locale vendent des produits concurrentiels, comme des objets artisanaux ou des vêtements, en utilisant des mots ou des images de la communauté autochtone ou locale.⁷³ Des entreprises n'appartenant pas à la communauté autochtone ou locale pourraient réussir à empêcher des communautés autochtones et locales cherchant à déposer des marques de fabrique avec leurs dessins ou symboles frappants si ces entreprises ont déjà déposé des marques de fabrique similaires. Par conséquent, la plupart des communautés autochtones et locales devront probablement se fier principalement à la protection du droit coutumier pour leurs marques plutôt que chercher à les déposer en vertu des lois sur les marques de fabrique.⁷⁴

3. *Brevets*

76. Les brevets sont un moyen bien établi de protéger des inventions dans le monde entier mais, jusqu'à présent, ils n'ont guère été utilisés par les communautés autochtones et locales ou leurs membres. Dans certains pays, certaines communautés autochtones et locales ou leurs membres ont formé des partenariats avec des sociétés et des institutions qui ont les ressources financières et l'expertise voulues pour breveter et commercialiser des substances chimiques et des médicaments provenant des connaissances traditionnelles des plantes.

77. Plusieurs gouvernements (par exemple l'Inde, la Turquie, la Namibie, l'Equateur) ont soutenu que le système des brevets, dans son mode actuel de fonctionnement, ne convient pas à la protection des connaissances traditionnelles, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales. L'application de la loi sur les brevets aux connaissances traditionnelles est très incertaine. Si une communauté autochtone ou locale (ou un individu d'une telle communauté) dépose une demande de brevet pour une invention dérivée des connaissances traditionnelles, on pourrait se demander si les critères de nouveauté, d'ingéniosité inventive et d'utilité ou d'applicabilité industrielle peuvent être remplis. Des questions relatives à la divulgation publique peuvent également être soulevées quand les connaissances traditionnelles ont été largement partagées dans le passé au sein d'une communauté autochtone ou locale mais non pas avec des étrangers.⁷⁵ De même, les bureaux nationaux de brevets

⁷² Cassidy et Langford 1999:22.

⁷³ Ibid, page 23.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Ibid, page 25.

peuvent ne pas utiliser les connaissances traditionnelles habituellement comme mesure de nouveauté et d'ingéniosité inventive lorsqu'ils examinent les demandes de brevets d'entreprises n'appartenant pas aux communautés autochtones ou locales. Les inspecteurs utilisent principalement des bases de données électroniques pour rechercher la nouveauté, et, normalement, on ne fait pas de recherche dans les connaissances traditionnelles parce qu'elles ne sont pas aussi accessibles. Si un brevet est recherché pour une invention basée sur des connaissances traditionnelles, qui sont largement connues au sein d'une communauté autochtone ou locale, les utilisateurs de ces connaissances pourraient alerter le bureau des brevets et leur dire que la technologie brevetée n'est pas nouvelle.⁷⁶

78. On a suggéré que des moyens possibles existent peut-être pour assurer que les brevets protègent les connaissances traditionnelles et pour un partage équitable des avantages découlant des ressources génétiques par :

(a) L'introduction d'une condition dans la demande de droits de propriété intellectuelle selon laquelle les dispositions pertinentes de la Convention sur la diversité biologique ont été suivies à l'égard du consentement préalable en connaissance de cause et des termes convenus;

(b) Une condition dans la demande de droits de propriété intellectuelle selon laquelle doivent être divulgués l'origine des ressources génétiques et/ou les connaissances traditionnelles utilisées pour les produits/procédés qui font l'objet de droits de propriété intellectuelle.⁷⁷

79. En prévoyant la divulgation de l'origine du matériel génétique et de toutes connaissances traditionnelles qui lui sont associées, y compris la preuve du consentement préalable en connaissance de cause entre la communauté autochtone et locale d'origine ainsi que le pays d'origine et le pays récepteur (ou la société privée), les droits de propriété intellectuelle devraient devenir un moyen de mettre en œuvre les obligations applicables de la Convention, y compris les obligations imposées par l'article 8(j).

80. Pour de nombreuses communautés traditionnelles, les brevets donnent généralement lieu à des inquiétudes. Il existe de nombreux cas où des connaissances traditionnelles ont été utilisées par d'autres pour développer un produit qui est ensuite breveté sans avoir le consentement préalable en connaissance de cause des détenteurs des connaissances traditionnelles et sans partage des avantages. Cette inquiétude est exacerbée par le fait que certaines lois nationales sur les brevets, notamment celles des Etats-Unis et du Japon, estiment qu'une "invention" est "nouvelle" même si elle existe dans un autre pays mais n'était pas documentée. Il est donc parfaitement légal dans ces pays de simplement copier et breveter les connaissances traditionnelles qui ont été utilisées depuis des siècles dans d'autres pays mais qui n'ont pas été documentées par écrit. Ceci a mené à des mesures défensives, comme l'établissement de registres de connaissances traditionnelles.⁷⁸

81. Dans ce contexte on pourrait faire deux remarques précises. Premièrement, quelques pays, comme les Etats-Unis et le Japon, ne reconnaissent pas les connaissances traditionnelles non documentées détenues à l'étranger en tant qu'état antérieur de la technique. Il semble donc possible, dans ces pays, de reformuler ces connaissances - dans le sens où elles sont présentées plus scientifiquement - et de déposer une demande de brevet. Deuxièmement, on peut soutenir que le

⁷⁶

Ibid.

⁷⁷

Norvège. Voir également l'apport de l'Espagne - document UNEP/CBD/COP/4/Inf.30, 4 mai 1998.

⁷⁸

CNUCED Secrétariat 2000.

traitement juridique disproportionné des connaissances commercialement utiles détenues par des sociétés et des connaissances tout aussi utiles détenues par les peuples autochtones est fondamentalement injuste. Lorsque de grandes entreprises industrielles dans de nouveaux domaines technologiques découvrent que le système de droits de propriété intellectuelle ne peut pas protéger leurs innovations, il semble que de nouvelles formes de droits de propriété intellectuelle sont créées en réaction. Par contre, les détenteurs de connaissances traditionnelles n'ont pas l'influence politique requise pour changer le système en leur faveur.⁷⁹ Egalement, ils réussissent rarement à assurer que leurs propres systèmes de droits de propriété intellectuelle basés sur les coutumes sont respectés par d'autres. On pourrait également ajouter que les droits modernes de propriété intellectuelle reflètent, mais contribuent également à étayer (à travers les récompenses qu'ils offrent), une éthique commerciale extrêmement compétitive "le vainqueur prend tout", qui est largement étrangère à la plupart des communautés autochtones, sinon à toutes.⁸⁰

4. *Secrets commerciaux*

82. L'avantage des droits de brevets est qu'ils sont reconnus et peuvent être mis en vigueur mais le coût de les obtenir et de les maintenir est élevé. En conséquence, certaines communautés autochtones et locales peuvent préférer utiliser les secrets commerciaux (lois) plutôt que les brevets pour protéger leurs connaissances traditionnelles ou les inventions découlant de ces connaissances.⁸¹ Bien que la loi sur les secrets commerciaux soit complexe, de grands progrès ont été accomplis ces dernières années pour harmoniser les lois sur les secrets commerciaux dans de nombreux pays sous l'Accord sur les aspects commerciaux des droits de propriété intellectuelle. L'opinion des tribunaux sur les pratiques coutumières régissant les connaissances traditionnelles dans les communautés autochtones et locales lorsqu'il s'agit de cas basés sur les lois relatives aux secrets commerciaux n'est toutefois pas claire, parce qu'il n'y a eu que peu de jugements dans le monde concernant cette question.⁸²

83. Il existe généralement peu de motifs juridiques pour empêcher un tiers d'utiliser un secret commercial. Etant donné que la réparation porte normalement sur la personne qui a divulgué les informations confidentielles, les communautés autochtones et locales pourraient avoir du mal à obtenir une réparation équitable. Il pourrait également être difficile d'arrêter l'utilisation de connaissances traditionnelles par des tiers à travers des lois de secrets commerciaux si les connaissances traditionnelles sont exploitées dans un autre pays. Certains pays peuvent n'avoir qu'une faible protection pour les secrets commerciaux, ou peuvent ne pas fournir cette protection aux connaissances traditionnelles.⁸³

5. *Droits des phytogénéticiens*

⁷⁹ Par exemple, comparer la rapidité de l'évolution de la protection pour les puces à semi-conducteur et pour le folklore - Voir Drahos P 1997, Indigenous knowledge and the duties of intellectual property owners. *Intellectual Property Journal*, Volume 11, pages 179-2001.

⁸⁰ Dutfield 2000:9.

⁸¹ Cassidy et Langford 1999:25

⁸² Ibid, page 28.

⁸³ Ibid.

84. D'habitude, le dépôt des droits des phytogénéticiens ne protège de tels droits des communautés autochtones et locales que dans leur pays. Un obtenteur doit déposer une nouvelle variété séparément dans chaque pays dans lequel une protection est recherchée, toutefois UPOV permet aux citoyens des pays membres d'être protégés pour des obtentions végétales dans d'autres pays membres d'UPOV.⁸⁴

6. *Systèmes sui generis*

85. L'un des problèmes au niveau des systèmes *sui generis* est que la protection fournie aux connaissances traditionnelles peut ne pas leur être fournie dans un autre pays. Ceci veut dire que les accords bilatéraux et multilatéraux doivent être forgés entre pays dans lesquels les marchés pour certains biens et services créés par des communautés autochtones et locales existent, ou bien un ensemble de normes minimales auxquelles tous les pays se conformeraient devrait être établi. La Suisse a suggéré que l'élaboration de systèmes *sui generis* puisse ne pas procurer une protection adéquate pour les connaissances traditionnelles dans les cas ou situations où les mêmes connaissances existent dans plus d'un pays, c'est-à-dire dans des situations où certains éléments des connaissances traditionnelles sont basés sur une région. Le système *sui generis* pourrait alors être contourné en utilisant les mêmes connaissances traditionnelles d'un autre pays sans système *sui generis* de protection. Un cadre multilatéral pourrait donc être nécessaire pour assurer la protection des connaissances traditionnelles et pour assurer la protection de toutes les parties prenantes intéressées.⁸⁵

B. *Contraintes opérationnelles*

86. Plusieurs contraintes opérationnelles qui empêchent les systèmes de droits formels de propriété intellectuelle de fournir une protection efficace ont été identifiées. Elles comprennent :

- (a) Le manque de familiarité des détenteurs des connaissances traditionnelles avec le système de propriété intellectuelle;
- (b) Les injustices intrinsèques du système en raison du coût élevé de la demande, de l'obtention, du maintien et de la mise en vigueur de certaines formes des droits de propriété intellectuelle;
- (c) Les difficultés éprouvées par les inspecteurs de brevets au niveau de la découverte de connaissances traditionnelles pertinentes en tant qu'état antérieur de la technique.

87. Ces questions opérationnelles sont peut-être aussi importantes, sinon plus, que les questions juridiques abordées ci-dessus.

1. *Le manque de familiarité avec le système de la propriété intellectuelle parmi les détenteurs de connaissances traditionnelles*

88. Dans son récent rapport, l'OMPI a découvert que l'un des plus importants problèmes confrontant les détenteurs de connaissances traditionnelles était l'inaccessibilité du système formel de propriété intellectuelle.⁸⁶ Cette inaccessibilité est due en grande partie au manque de familiarité de la

⁸⁴

Ibid, page 29.

⁸⁵

La question des connaissances traditionnelles régionales a également été soulevée par l'OMPI dans le document WIPO/GRTK/IC/1/3, paragraphe 70.

⁸⁶

OMPI 2001a:227.

plupart des communautés autochtones et locales avec les diverses formes de propriété intellectuelle qui constituent le système formel. En plus des différences philosophiques et des vues du monde intégrées dans les divers systèmes coutumiers, il y a le problème général d'un système formel qui est basé sur des structures et des procédures remplies de documents, codifiées et gérées par le gouvernement, et dans lesquelles la plupart des débats modernes de propriété intellectuelle et procédures de mise en vigueur supposent l'existence préalable d'un gouvernement formel et de registres écrits, et d'un ensemble de droit jurisprudentiel et de précédents. Ceci fait contraste avec les systèmes coutumiers traditionnels locaux de protection du savoir qui sont largement basés sur des traditions orales et l'autorité de membres précis (ou classes de membres) de la communauté. En outre, de nombreuses communautés autochtones et locales n'ont pas de système de gouvernement qui dépende de documents écrits.⁸⁷

2. *Injustices intrinsèques du système en raison du coût élevé de la demande, de l'obtention, du maintien et de la mise en vigueur de certaines formes de droits de propriété intellectuelle*

89. Il est clair que de nombreuses communautés autochtones et locales ne sont pas dans une position favorisant une utilisation facile d'instruments formels de propriété intellectuelle. Par conséquent, dans l'intérêt de la justice, il faut simplifier les procédures, faire baisser le coût et offrir un appui financier et une aide pour le renforcement des capacités.⁸⁸

90. Pour déposer une marque de fabrique, il faut tout d'abord que la législation nationale et les institutions requises soient en place. Ensuite, il y a des frais juridiques associés au dépôt de la marque et à la surveillance de son utilisation. Les frais de commercialisation et d'étude de marché peuvent également être considérables.⁸⁹ Dans le cas de brevets, alors que le coût de l'obtention, du maintien et de la mise en vigueur des droits de brevets est bas dans certains pays, une conséquence du coût potentiellement très élevé de définition et de mise en vigueur des droits dans les pays où le coût de retenir les services de spécialistes juridiques des brevets peut être considérable est que le système est plus accessible pour les grandes sociétés. Cette situation peut également encourager de telles entreprises à profiter sans payer car elles peuvent découvrir qu'elles pourraient enfreindre les droits de propriété de plus petites entreprises, d'inventeurs indépendants et, par exemple, de communautés autochtones et locales en sachant que ces parties n'ont pas la puissance économique voulue pour les opposer efficacement.⁹⁰

3. *Difficultés éprouvées par les inspecteurs de brevets au niveau de la découverte de connaissances traditionnelles pertinentes en tant qu'état antérieur de la technique*

91. Le terme "état antérieur de la technique" fait généralement référence à :

"toutes les connaissances qui sont à disposition du public avant la date de la demande ou, si

⁸⁷ Ibid, page 57.

⁸⁸ CNUCED Secrétariat 2000.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ Dutfield 2000:9.

l'antériorité est revendiquée, avant la date d'antériorité, d'une demande de certains titres de propriété industrielle, principalement des brevets, des modèles d'utilité et des dessins industriels. L'identification de l'état antérieur de la technique constitue une pierre angulaire de l'examen substantif des demandes de tels titres, car les conditions comme la nouveauté et la démarche inventive sont établies en comparant le sujet revendiqué avec l'état antérieur de la technique pertinent."⁹¹

92. La question pratique est que, lorsqu'on détermine la nouveauté et la démarche inventive d'une invention qui pourrait inclure des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, les inspecteurs des brevets ne peuvent pas localiser de connaissances traditionnelles pertinentes en tant qu'état antérieur de la technique. C'est parce que : (i) ils n'ont pas accès à l'information sur les connaissances traditionnelles dans la documentation classée non-brevet; (ii) de telles informations ne sont pas bien ordonnées; et (iii) il n'y a pas d'instruments efficaces de recherche pour récupérer de telles informations. Cette situation persiste en dépit du fait qu'une considérable documentation sur les connaissances traditionnelles existe dans de nombreuses parties du monde, par exemple dans les musées de sciences naturelles et d'anthropologie, les bibliothèques universitaires et les archives publiques. En outre, faisant partie des initiatives de renouveau et de maintien du patrimoine culturel, les communautés autochtones et locales et autres institutions nationales et régionales ont documenté de grandes quantités de connaissances traditionnelles afin de les conserver et d'éviter leur disparition. De nombreuses initiatives ont élaboré d'importantes compilations et bases de données de connaissances traditionnelles mais n'ont pas élaboré d'options relatives à la propriété intellectuelle ou de stratégies de protection des connaissances traditionnelles elles-mêmes ou de leurs compilations.⁹²

93. Dans ces circonstances, généralement, afin de traiter les connaissances traditionnelles comme état antérieur de la technique, il faudrait créer des liens opérationnels entre les offices de propriété intellectuelle, d'une part, et ces initiatives de documentation des connaissances traditionnelles existant déjà, d'autre part.⁹³ Ceci exigerait que soient prises certaines mesures pratiques et par les offices de propriété intellectuelle et par les initiatives de documentation des connaissances traditionnelles.⁹⁴ Il faut toutefois bien préciser que l'objectif de l'établissement de ces liens et autres mesures pratiques n'est "pas de mettre dans le domaine public ces connaissances traditionnelles qui ne sont pas actuellement dans le domaine public. L'objectif est plutôt d'assurer que les connaissances traditionnelles qui sont déjà dans le domaine public sont pleinement reconnues et identifiables pratiquement comme faisant partie du domaine public et donc non brevetables".⁹⁵

94. Si le développement de tels liens prend en compte les besoins et les priorités de toutes les parties prenantes, il pourrait être possible : (i) d'éviter l'octroi par les offices de propriété intellectuelle de brevets pour les inventions basées sur des connaissances traditionnelles qui ne sont pas nouvelles ou qui sont non évidentes; (ii) d'éviter le coût de contester de tels brevets pour les détenteurs de connaissances traditionnelles et autres tiers intéressés; et (iii) de faciliter la reconnaissance de la valeur technologique des connaissances traditionnelles par tous les utilisateurs de documentation non-brevet, y

⁹¹ OMPI 2001c, paragraphe 2.

⁹² Ibid, paragraphe 5.

⁹³ Ibid, paragraphe 6.

⁹⁴ Ibid, paragraphe 67.

⁹⁵ Ibid, paragraphe 10(iii).

compris les offices de propriété intellectuelle , l'industrie, les chercheurs et le grand public.⁹⁶ Toutefois, le problème de l'accès aux données de la documentation normalisée sur les connaissances traditionnelles en tant que documentation non-brevet ne peut pas être résolu unilatéralement par les autorités qui octroient les brevets. Si le système de la propriété intellectuelle devait englober les détenteurs des connaissances traditionnelles et les initiatives de documentation, il faudrait mettre certaines conditions préalables en place pour les initiatives de documentation des connaissances traditionnelles, assurant que les communautés autochtones et locales fournissent des données documentaires aux bureaux nationaux et régionaux de brevets. Encore plus important, l'application plus large des connaissances traditionnelles devrait inclure l'approbation et la participation des communautés autochtones et locales qui détiennent de telles connaissances, innovations et pratiques, conformément à l'article 8(j).⁹⁷

⁹⁶

Ibid, paragraphe 7.

⁹⁷

Ibid, paragraphe 98.

95. Etant donné que la portée du système de propriété intellectuelle dans la société d'information mondiale s'étend à de nouvelles parties prenantes, comme les communautés autochtones et locales, il faudra également prendre en compte un tableau plus général dans lequel les bases de leurs connaissances, y compris leurs connaissances traditionnelles constituent un ensemble d'état antérieur de la technique dont la pertinence va croissant et dont l'identification efficace est d'importance croissante pour le fonctionnement du système de la propriété intellectuelle. Les données documentaires sur les connaissances traditionnelles constituent une importante forme de documentation non-brevet mais ayant des caractéristiques précises. Certaines de ces caractéristiques pourraient nécessiter des mesures spécialisées pour une bonne intégration des données des connaissances traditionnelles et pour qu'elles soient reconnues en tant que documentation pertinente non-brevet.⁹⁸

⁹⁸

Ibid, paragraphe 4 - voir également les paragraphes 64.