

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

Quarante-troisième session
Genève, 30 mai – 3 juin 2022

GLOSSAIRE DES PRINCIPAUX TERMES RELATIFS A LA PROPRIETE INTELLECTUELLE ET AUX RESSOURCES GENETIQUES, AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET AUX EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES

Document établi par le Secrétariat

INTRODUCTION

1. À ses seizième et dix-septième sessions, tenues du 3 au 7 mai 2010 et du 6 au 10 décembre 2010 respectivement, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé "IGC") a demandé au Secrétariat d'élaborer, en tant que documents d'information, trois glossaires des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles¹ et de les mettre à la disposition de l'IGC.
2. À sa dix-neuvième session, tenue du 18 au 22 juillet 2011, l'IGC a invité le Secrétariat à mettre à jour les glossaires disponibles dans les documents WIPO/GRTKF/IC/19/INF/7 (intitulé "Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux expressions culturelles traditionnelles"), WIPO/GRTKF/IC/19/INF/8 (intitulé "Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels") et WIPO/GRTKF/IC/19/INF/9 (intitulé "Glossaire des principaux termes relatifs à la propriété intellectuelle et aux ressources

¹ Rapport de la seizième session du comité (document WIPO/GRTKF/IC/16/8) et rapport de la dix-septième session du comité (document WIPO/GRTKF/IC/17/12).

génétiques”), à les regrouper dans un seul document et à publier ce glossaire sous la forme d’un document d’information à la prochaine session du comité)².

3. À la suite de cette décision, et compte tenu du fait que certains termes contenus dans ces glossaires se rapportaient aux trois thèmes, le Secrétariat a regroupé les trois glossaires en un seul et a mis à jour certaines des définitions qui y figuraient. Le glossaire unifié a été mis à disposition en tant que document d’information aux précédentes sessions de l’IGC. Il fait l’objet de l’annexe du présent document. Un index est inclus pour plus de commodité.

4. Le glossaire s’inspire autant que possible des précédents glossaires établis par l’IGC et des instruments existants des Nations Unies et d’autres instruments internationaux. Il tient également compte des définitions et des glossaires que l’on peut trouver dans les lois et projets de lois nationales et régionales, les instruments multilatéraux, dans les autres organisations et processus ainsi que dans les dictionnaires. Par ailleurs, les définitions sont fondées sur les documents de travail de l’IGC, sur d’autres documents de l’OMPI et sur les documents établis au titre d’autres programmes de travail de l’OMPI. Cela étant, les définitions proposées ne sont pas exhaustives. D’autres termes peuvent aussi se rapporter à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles, et les termes retenus peuvent également être définis d’autres manières.

5. Les termes retenus dans ce glossaire sont ceux qui sont le plus fréquemment utilisés dans les projets de textes de l’IGC et d’autres documents connexes. Le choix et la définition des termes indiqués dans l’annexe sont sans préjudice de tout autre glossaire ou définition figurant dans de précédents documents de l’IGC ou provenant de tout autre instrument ou organisme international, régional ou national. Ils ne doivent pas être interprétés comme étant nécessairement approuvés par les participants de l’IGC. Il s’agit d’un document d’information et l’IGC n’est invité ni à approuver ni à adopter le choix des termes ni les définitions proposées.

6. L’IGC est invité à prendre note du présent document et de son annexe.

[L’annexe suit]

² Rapport de la dix-neuvième session du comité (document WIPO/GRTKF/IC/19/12).

GLOSSAIRE DES PRINCIPAUX TERMES RELATIFS À LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
ET AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES, AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET AUX
EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES

Accès et partage des avantages	5
Accord de transfert de matériel.....	5
Accord et participation	6
Activité inventive.....	6
Adaptation	6
Appropriation illicite	7
Atteinte (“derogatory action” en anglais).....	7
Atteinte (“infringement” en anglais).....	7
Base de données des accords d'accès et de partage des avantages en matière de biodiversité	8
Bénéficiaires.....	8
Bibliothèque numérique des savoirs traditionnels	9
Biotechnologie.....	9
Bons usages	10
Brevet.....	10
Classification des ressources en savoirs traditionnels	11
Classification internationale des brevets.....	11
Communauté culturelle.....	11
Communautés autochtones et locales	12
Concurrence déloyale	13
Conditions convenues d'un commun accord	13
Conditions <i>in situ</i>	14
Connaissances écologiques traditionnelles/connaissances environnementales traditionnelles	14
Consentement préalable en connaissance de cause.....	14
Conservation <i>ex situ</i>	16
Consultation	16
Contexte coutumier	16
Contexte traditionnel	16
Contrats de licence.....	17
Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels	17
Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel	18
Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles	18
Convention sur la diversité biologique	18
Créations et innovations fondées sur les traditions.....	18
Cultures traditionnelles	19

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones	19
Déclaration universelle des droits de l'homme.....	20
Dépositaire	20
Dérivé.....	20
Détenteur	20
Diligence requise.....	21
Dispositions types OMPI-UNESCO de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables	21
Diversité biologique	21
Diversité culturelle	21
Divulgence	22
Documentation minimale du PCT	22
Domaine public	23
Droit et protocoles coutumiers.....	23
Droits des agriculteurs.....	24
État de la technique.....	25
Exception	26
Exigences de divulgation.....	26
Expression par l'action	27
Expressions culturelles.....	27
Expressions culturelles traditionnelles	27
Expressions du folklore	28
Expressions tangibles	28
Fixation ("documentation" en anglais).....	29
Fixation ("fixation" en anglais).....	29
Folklore	29
Formalité	30
Fournisseurs et destinataires de ressources génétiques	31
Identité culturelle	31
Instrument de l'OMPI sur la fixation des savoirs traditionnels (Instrument d'aide à la fixation des savoirs traditionnels)	31
Intégrité	32
Inventions biotechnologiques	32
Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation.....	32
Limitations	32
Matériel génétique.....	33
Mécanisme d'échange d'information	33
Médecine traditionnelle.....	33
Minorité	34

Modification	34
Mutilation.....	34
Nation.....	35
Nouveauté.....	35
Œuvre dérivée.....	36
Offensant.....	36
Patrimoine (des peuples autochtones)	37
Patrimoine culturel.....	37
Patrimoine culturel immatériel	38
Pays d'origine des ressources génétiques.....	38
Pays fournisseur de ressources génétiques	38
Peuples autochtones	39
Pratiques coutumières.....	42
Préservation	42
Principes directeurs de propriété intellectuelle applicables aux contrats concernant l'accès et le partage des avantages	42
Propriété culturelle	43
Protection	44
Protocole	44
Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique (2010)	45
Protocole de Swakopmund relatif à la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore.....	45
Publiquement disponible	45
Registres de savoirs traditionnels	46
Règlement extrajudiciaire des litiges	47
Rémunération équitable	48
Réputation.....	48
Respect mutuel	48
Ressources biologiques	48
Ressources génétiques	49
Sacré.....	50
Sauvegarde.....	51
Savoirs autochtones	51
Savoirs traditionnels	51
Savoirs traditionnels codifiés	52
Savoirs traditionnels divulgués	53
Secret.....	53
Source de ressources génétiques	53

<i>Sui generis</i>	53
Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.....	54
Utilisation.....	54
Utilisation des expressions culturelles traditionnelles/savoirs traditionnels	54
Utilisation illicite	56

Accès et partage des avantages

L'article premier de la *Convention sur la diversité biologique* (1992) prévoit "le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des techniques pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux techniques, et grâce à un financement adéquat".

L'objectif du *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation* (2010) est "le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des technologies pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux technologies et grâce à un financement adéquat, contribuant ainsi à la conservation de la diversité biologique et à l'utilisation durable de ses éléments constitutifs". Selon l'article 3, le protocole "s'applique également aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques relevant de la compétence de la Convention et aux avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances".

En ce qui concerne les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, le *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) exige en son article premier "le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation en harmonie avec la Convention sur la diversité biologique, pour une agriculture durable et pour la sécurité alimentaire".

L'article premier de la *Décision n° 391 sur l'accès aux ressources génétiques de la Communauté andine* (1996) définit l'"accès" comme "l'obtention de ressources génétiques conservées dans des conditions *ex situ* et *in situ*, de leurs dérivés et, le cas échéant, de leurs éléments intangibles, et leur utilisation, notamment à des fins de recherche, de prospection biologique, de conservation ou d'application industrielle et commerciale".

Les avantages peuvent inclure mais ne sont pas limités aux avantages monétaires et non monétaires énumérés à l'annexe du *Protocole de Nagoya*¹. Les étapes du processus d'obtention de l'accès aux ressources génétiques et du partage des avantages peuvent comprendre des activités antérieures à l'accès, des travaux de recherche et de mise en valeur sur les ressources génétiques ainsi que la commercialisation et d'autres utilisations de celles-ci, y compris le partage des avantages².

Accord de transfert de matériel

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

¹ Article 5.4) du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique.

² Paragraphe 23 des Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation.

³ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12.

et de partage des avantages en matière de biodiversité contenant les clauses contractuelles relatives au transfert et à l'utilisation des ressources génétiques⁴. L'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) a élaboré et adopté en 2006 un Accord type de transfert de matériel dans le cadre de la mise en œuvre du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (2001)⁵. L'appendice I des *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation* contient des éléments suggérés pour les accords de transfert de matériel.

Accord et participation

Il n'existe pas de définition universellement acceptée de cette expression. Il a été suggéré dans un contexte que, bien que l'article 8.j) de la *Convention sur la diversité biologique* (1992) contienne l'expression "accord et participation", plusieurs décisions fondées sur l'article 8.j) ont systématiquement interprété cette expression comme signifiant "consentement préalable donné en connaissance de cause"⁶.

Activité inventive

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

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

L'article 56 de la *Convention sur le brevet européen* et l'article 103 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique contiennent des définitions similaires. L'article 103 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique utilise le terme équivalent de "non-évidence"⁸.

Adaptation

L'adaptation est l'action de modifier une œuvre préexistante (protégée ou tombée dans le domaine public) ou une expression culturelle traditionnelle pour qu'elle serve à des fins autres que celles qu'elle avait à l'origine et de manière à réaliser une œuvre nouvelle fusionnant les éléments de l'œuvre première et les nouveaux – ceux qui sont ajoutés du fait de la modification⁹. L'article 12 de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1971) dispose que les auteurs d'œuvres littéraires ou artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser les adaptations, arrangements et autres transformations de leurs œuvres. Le *Black's Law Dictionary*¹⁰ prévoit que les titulaires du droit d'auteur ont des droits exclusifs sur les œuvres dérivées ou les adaptations de l'œuvre protégée.

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

⁵ Disponible à l'adresse <http://www.fao.org/3/a-be623e.pdf>.

⁶ Recommandations aux négociateurs du Groupe africain de la deuxième Réunion panafricaine des communautés autochtones et locales (document UNEP/CBD/COP/10/INF/37) (16 octobre 2010).

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

⁸ Voir l'article 103 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique, disponible à l'adresse <https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2158.html>.

⁹ Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes, page 264.

¹⁰ L'édition utilisée aux fins du présent document est la dixième édition, de Bryan A. Garner.

Appropriation illicite

Dans le domaine de la propriété intellectuelle, le Black's Law Dictionary définit le terme "appropriation illicite" de la manière suivante : "un délit en *common law* consistant à utiliser des informations ou des idées ne pouvant être couvertes par le droit d'auteur, qu'une organisation collecte ou diffuse pour en tirer un avantage, pour concurrencer cette organisation de manière déloyale, ou à copier une œuvre sur laquelle le créateur n'a pas encore revendiqué de droits ou des droits exclusifs n'ont pas encore été octroyés. [...] Les éléments de l'appropriation illicite sont les suivants : 1) le demandeur doit avoir investi du temps, de l'argent ou des efforts pour extraire les informations, 2) le défendeur doit s'être procuré les informations sans aucun investissement similaire, et 3) le plaignant doit avoir subi un préjudice concurrentiel en raison de cette appropriation".

Le délit d'appropriation illicite est inscrit dans la loi sur la concurrence déloyale dans le système de *common law*. L'appropriation illicite comprend ainsi l'utilisation ou l'appropriation illicite ou abusive de la propriété d'une personne, et est souvent utilisée pour fonder une action dans des cas où aucune atteinte n'a été portée à un droit de propriété à proprement parler.

L'appropriation illicite peut renvoyer à un emprunt illicite ou à l'appropriation frauduleuse de fonds ou de propriété confiés à la garde d'une personne mais détenus dans les faits par une autre personne.

L'article 3 du projet de loi intitulé "*Un cadre juridique de la protection des savoirs traditionnels à Sri Lanka*", de 2009, définit le terme "appropriation illicite" de la manière suivante :

"i) l'acquisition, l'appropriation ou l'utilisation de savoirs traditionnels en violation des dispositions du présent acte, ii) le fait de tirer des avantages de l'acquisition, de l'appropriation ou de l'utilisation de savoirs traditionnels lorsque la personne qui acquiert, qui s'approprie ou qui utilise les savoirs traditionnels a conscience ou ne pourrait pas avoir conscience ou a fait preuve de négligence pour avoir conscience du fait que les savoirs traditionnels avaient été acquis, appropriés ou utilisés par des moyens déloyaux et iii) toute activité commerciale contraire aux pratiques honnêtes ayant permis de tirer des avantages déloyaux ou inéquitables des savoirs traditionnels"¹¹.

Atteinte ("derogatory action" en anglais)

Le terme "atteinte" renvoie à une atteinte à l'honneur ou à la réputation conformément à l'article 6bis de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1971). Une atteinte se distingue d'une modification effective ou d'une interférence avec l'œuvre elle-même. Il s'agit d'un acte "en rapport avec" l'œuvre. Ce terme a été incorporé dans la Convention de Berne à la suite de la révision ayant eu lieu à Bruxelles afin d'englober les utilisations de l'œuvre préjudiciables à l'auteur. Il renvoie à des situations où la communication d'une œuvre s'effectue de manière à porter préjudice à l'auteur¹².

Atteinte ("infringement" en anglais)

Selon le Black's Law Dictionary, une atteinte est un acte accompli à l'égard d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou d'un objet de droits connexes sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur ou des droits connexes sur l'œuvre ou l'objet en question, lorsque cette

¹¹ "Cadre juridique de la protection des savoirs traditionnels à Sri Lanka", première version du document de travail (janvier 2009).

¹² Sam Ricketson et Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighboring Rights—The Berne Convention and Beyond*, Oxford, vol. I, page 603.

autorisation est requise. L'auteur de l'atteinte peut voir sa responsabilité engagée non seulement de façon directe (en raison de l'accomplissement de l'acte illicite lui-même), mais aussi au titre de la "responsabilité indirecte" ou de la "responsabilité du fait d'autrui"¹³.

Base de données des accords d'accès et de partage des avantages en matière de biodiversité

La Base de données des accords d'accès et de partage des avantages en matière de biodiversité de l'OMPI est un recueil électronique en ligne "des pratiques contractuelles recommandées, des principes directeurs et des clauses types de propriété intellectuelle pour les arrangements contractuels concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent, en prenant en considération la nature spécifique et les besoins des différentes parties prenantes, les différentes ressources génétiques et les différents modes de transfert dans les différents secteurs couverts par la politique en matière de ressources génétiques"¹⁴. En tant qu'outil de renforcement des capacités, elle vise à mettre ces sources d'information à la disposition de personnes qui cherchent des renseignements sur les pratiques actuelles en matière de propriété intellectuelle, d'accès, de partage des avantages et de ressources génétiques et, sur une base empirique, elle vise à contribuer à l'élaboration par l'OMPI de principes directeurs sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages¹⁵.

Bénéficiaires

Il n'existe pas de définition universellement acceptée de cette expression. Toutefois, il a été soutenu par de nombreuses parties prenantes que les expressions culturelles traditionnelles sont généralement considérées comme une émanation et une propriété collectives, de sorte que tout droit ou intérêt sur ce site devrait être conféré aux communautés plutôt qu'aux individus. Dans certains cas, cependant, certains individus, tels que les guérisseurs traditionnels, peuvent être considérés comme les détenteurs de savoirs traditionnels ou d'expressions culturelles traditionnelles et comme les bénéficiaires de la protection¹⁶.

Certaines législations nationales ou régionales de protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles confèrent des droits directement aux peuples et communautés concernés. En revanche, de nombreuses autres confèrent plutôt ces droits à une autorité gouvernementale et prévoient souvent que les bénéfices de l'octroi des droits d'utilisation des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles doivent être versés à des programmes nationaux d'éducation, de développement durable, de préservation du patrimoine et autres programmes sociaux et culturels.

Il est ressorti des discussions à cet égard que ce terme devrait englober les peuples autochtones, les communautés autochtones, les communautés locales, les communautés traditionnelles, les communautés culturelles, les nations, les particuliers, les groupes, les familles et les minorités.

¹³ Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes, page 293.

¹⁴ Voir le paragraphe 2 du document OMPI/GRTKF/IC/2/3; la base de données en ligne figure à l'adresse <https://www.wipo.int/tk/en/databases/contracts/index.html>.

¹⁵ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/11.

¹⁶ Rapport sur la dix-septième session du comité (document WIPO/GRTKF/IC/17/12).

Bibliothèque numérique des savoirs traditionnels

La Bibliothèque numérique des savoirs traditionnels est une initiative novatrice de l'Inde visant à empêcher l'appropriation illicite des connaissances du pays en matière de médecine traditionnelle. Une équipe interdisciplinaire d'experts en médecine traditionnelle (Ayurveda, Unani, Siddha et Yoga), d'examineurs de brevets, d'experts en informatique, de scientifiques et de techniciens ont participé à la mise en place de la Bibliothèque numérique sur les savoirs traditionnels pour les systèmes indiens de médecine. Ce projet vise à réunir les documents relatifs aux savoirs traditionnels disponibles dans le domaine public sous forme de littérature existante en rapport avec l'Ayurveda, l'Unani, le Siddha et le Yoga, au format numérique et dans cinq langues internationales qui sont l'anglais, l'allemand, le français, le japonais et l'espagnol.

La bibliothèque fournit des informations sur les savoirs traditionnels existant dans le pays, dans des langues et dans un format compréhensibles par les examinateurs de brevets travaillant dans les offices de brevets internationaux, afin d'éviter que des brevets soient délivrés par erreur¹⁷.

La bibliothèque numérique sur les savoirs traditionnels a un double objectif. Dans un premier temps, elle vise à éviter que ne soient délivrés des brevets sur des produits élaborés à partir de savoirs traditionnels avec une activité inventive moindre, voire nulle. Ensuite, elle vise à rapprocher la science moderne et les savoirs traditionnels et peut être utilisée pour lancer des recherches poussées qui s'appuient sur des informations fondées sur des savoirs traditionnels pour développer de nouveaux médicaments. Elle vise également à rapprocher les Slokas sanskrits anciens et les examinateurs de brevets à l'échelle mondiale, car cette base de données fournira des informations sur des noms modernes et également locaux dans une langue et dans un format compréhensibles par les examinateurs de brevets. Cette base de données devrait permettre de réduire le fossé en ce qui concerne le manque de connaissances sur l'état de la technique. Elle contiendra suffisamment de précisions sur des définitions, des principes et des notions pour réduire au minimum la possibilité que ne soient brevetées des "inventions" concernant des modifications mineures ou insignifiantes¹⁸.

Biotechnologie

L'article 2 de la *Convention sur la diversité biologique* (1992) définit ce terme comme "toute application technologique qui utilise des systèmes biologiques, des organismes vivants, ou des dérivés de ceux-ci, pour réaliser ou modifier des produits ou des procédés à usage spécifique". L'article 2 du *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la diversité biologique* (2010) reprend cette définition.

Selon la Déclaration de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) sur les biotechnologies de 2000, "Interprétée lato sensu, la définition des biotechnologies englobe de nombreux outils et techniques qui sont d'usage courant dans le secteur agroalimentaire. Interprétée stricto sensu, comprenant les nouvelles techniques de l'ADN, la biologie moléculaire et les applications génétiques, la définition couvre diverses technologies

¹⁷ Pour plus d'informations, on peut consulter le site <http://www.wipo.int/publications/fr/details.jsp?id=283&plang=EN>.

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

telles que la manipulation et le transfert de gènes, le typage de l'ADN et le clonage de végétaux et d'animaux"¹⁹.

Aux termes de l'article 3 du *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, adopté en 2000, la "biotechnologie moderne" s'entend : "a) de l'application de techniques in vitro aux acides nucléiques, y compris la recombinaison de l'acide désoxyribonucléique (ADN) et l'introduction directe d'acides nucléiques dans des cellules ou organites; et b) de la fusion cellulaire d'organismes n'appartenant pas à une même famille taxonomique, qui surmontent les barrières naturelles de la physiologie de la reproduction ou de la recombinaison et qui ne sont pas des techniques utilisées pour la reproduction et la sélection de type classique".

L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) utilise une définition délibérément large, couvrant toute la biotechnologie moderne mais également de nombreuses activités traditionnelles ou intermédiaires. La biotechnologie désigne "l'application des sciences et des techniques à des organismes vivants ainsi qu'à des parties, à des produits ou à des types d'organismes vivants en vue de modifier le matériel vivant ou non aux fins de la production d'un savoir, de produits et de services" en association avec une liste de techniques biotechniques comprenant notamment les termes "génie génétique", "bioréacteur à fermentation", "thérapie génique", "**bio-informatique**" et "**nanobiotechnologie**"²⁰.

Bons usages

La *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1971) comprend l'expression "bons usages" dans certaines dispositions sur les exceptions à la protection du droit d'auteur (voir l'article 10.1) sur les citations et l'article 10.2) sur la libre utilisation des œuvres – dans la mesure justifiée par le but à atteindre – à titre d'illustration de l'enseignement). Les conditions du "triple critère" doivent être prises en considération dans l'appréciation du type de pratique constituant des "bons usages"²¹.

Brevet

Un brevet se définit comme "un document décrivant une invention qui peut être fabriquée, utilisée et vendue avec l'autorisation du titulaire du brevet. Une invention est une solution apportée à un problème technique précis. En règle générale, un document de brevet contient au moins une revendication, le texte intégral de la description de l'invention, ainsi que des renseignements bibliographiques tels que le nom du déposant. La protection conférée par un brevet est limitée dans le temps (en règle générale, sa durée est de 15 à 20 ans à compter de la date du dépôt de la demande ou de la délivrance du titre). Elle est aussi limitée au territoire du ou des pays intéressés. Un brevet est un accord conclu entre un inventeur et un pays. L'accord permet au titulaire du brevet d'empêcher des tiers de fabriquer, d'utiliser ou de vendre l'invention revendiquée"²².

L'article 27.1 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (Accord sur les ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) stipule que "[...] un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous

¹⁹ Déclaration de la FAO sur les biotechnologies, disponible à l'adresse <http://www.fao.org/biotech/fao-statement-on-biotechnology/fr/>.

²⁰ Voir la définition et la définition sous forme de liste à l'adresse <http://www.oecd.org/fr/sti/biotech/definitionstatistiquedelabiotechnologiemiseajouren2005.htm>.

²¹ Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes, OMPI, p. 289.

²² Glossaire PATENTSCOPE de l'OMPI.

les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle. [...] des brevets pourront être obtenus et il sera possible de jouir de droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale”.

Classification des ressources en savoirs traditionnels

La classification des ressources en savoirs traditionnels est un système structuré de classement novateur permettant la disposition systématique, la diffusion et l'extraction des données, comprenant quelque 5000 sous-groupes, contre un seul groupe dans la classification internationale des brevets (CIB)²³. Cette classification a été créée pour les systèmes indiens de médecine (Ayurveda, Unani, Siddha et Yoga). Ayant acquis une renommée internationale et étant liée à la CIB, elle devrait contribuer à faire connaître davantage les systèmes de savoirs traditionnels en s'appuyant sur les systèmes modernes de diffusion, c'est-à-dire les moyens informatiques, en particulier l'Internet et les technologies fondées sur le Web. On prévoit que la classification des ressources en savoirs traditionnels, de par sa structure et son contenu, suscitera l'intérêt des pays qui sont concernés par le problème des brevets délivrés par erreur sur des découvertes qui ne sont pas originales concernant des systèmes de savoirs traditionnels²⁴.

Classification internationale des brevets

La classification internationale des brevets (CIB) est un “système hiérarchique dans lequel l'ensemble de la technologie est subdivisé en une série de sections, classes, sous-classes et groupes. La classification est un instrument indépendant des langues indispensable pour retrouver les documents de brevet dans le cadre de la recherche sur ‘l'état de la technique’”²⁵.

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

Communauté culturelle

La communauté culturelle a été définie comme un groupe social fortement soudé dont les membres éprouvent un sentiment d'unité et de solidarité, qui se distingue des autres communautés par sa propre culture ou sa propre conception culturelle ou par une variante de la culture générique²⁶.

²³ The Role of Registers & Databases in the Protection of Traditional Knowledge : Rapport de l'UNU IAS, janvier 2004, p. 18.

²⁴ Pour de plus d'informations, on peut consulter le site <http://www.tkdI.res.in/tkdI/langdefault/common/TKRC.asp?GL=Eng>.

²⁵ Glossaire PATENTSCOPE de l'OMPI.

²⁶ Projet de glossaire proposé par un groupe d'experts néerlandais réuni par le bureau de la Commission nationale des Pays-Bas pour l'UNESCO (document TER/CH/2002/WD/4), 2002.

Communautés autochtones et locales

L'expression "communautés autochtones et locales" a fait l'objet d'un nombre considérable de discussions et d'études et il n'existe pour l'heure aucune définition universelle standard pour celle-ci. L'expression "communautés autochtones et locales" est utilisée dans la *Convention sur la diversité biologique* (1992). Par exemple, l'article 8.j) indique que "[c]haque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra : j) Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques; ...". La même expression est utilisée dans le *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique* (2010).

La *Convention sur la diversité biologique* (1992) utilise l'expression "communautés autochtones et locales" eu égard aux communautés ayant un lien ancestral avec les terres et les eaux sur lesquelles elles ont traditionnellement vécu ou qu'elles ont traditionnellement utilisées²⁷. Une "communauté locale" peut être définie comme "la population humaine d'une zone écologique distincte qui dépend directement de sa biodiversité et de ses produits et services de l'écosystème pour l'intégralité ou une partie de ses moyens de subsistance et qui a mis au point ou acquis des savoirs traditionnels à la suite de cette dépendance, dont des agriculteurs, des pêcheurs, des pasteurs, des habitants des forêts et d'autres"²⁸.

Cette expression est également utilisée dans le *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO). L'article 5.1) indique que "[c]haque Partie contractante ... s'emploie en particulier, selon qu'il convient, à : ... d) Promouvoir la conservation *in situ* des espèces sauvages apparentées à des plantes cultivées et des espèces sauvages pour la production alimentaire, y compris dans les zones protégées, en appuyant, notamment, les efforts des communautés locales et autochtones ...". L'expression "communautés locales et autochtones" est utilisée à l'article 9.1 : "[I]es Parties contractantes reconnaissent l'énorme contribution que les communautés locales et autochtones, ainsi que les agriculteurs de toutes les régions du monde ...". L'expression "communautés locales" est utilisée à l'article 5.1 : "[c]haque Partie contractante ... s'emploie en particulier, selon qu'il convient, à : ... c) [e]ncourager ou soutenir, selon qu'il convient, les efforts des agriculteurs et des communautés locales pour gérer et conserver à la ferme leurs ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture ...".

D'autres instruments juridiques utilisent des expressions différentes : l'expression "communauté locale ou autochtone" est utilisée dans le *Protocole de Swakopmund relatif à la protection des savoirs traditionnels et des expressions du folklore* (2010) de l'Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO). L'article 2.1) indique que "le terme 'communauté', lorsque le contexte le permet, renvoie à une communauté locale ou autochtone".

L'article premier de la *Décision n° 391 sur l'accès aux ressources génétiques de la Communauté andine* (1996) définit l'expression "communauté autochtone, afro-américaine ou

²⁷ "The Concept of Local Communities", document d'information établi par le Secrétariat de l'Instance permanente sur les questions autochtones des Nations Unies en vue de l'atelier d'experts sur la désagrégation de données (document PFII/2004/WS.1/3/Add.1). Voir aussi le document UNEP/CBD/WS-CB/LAC/1/INF/5.

²⁸ Voir la CDB, *Development of Elements of Sui Generis Systems for the Protection of Traditional Knowledge, Innovations and Practices*, UNEP/CBD/WG8J/4/INF/18, page 5.

locale” de la manière suivante : “un groupe humain dont les conditions sociales, culturelles et économiques le distinguent des autres secteurs de la collectivité nationale, qui est régi, entièrement ou partiellement, par ses propres coutumes ou traditions ou par une législation spéciale et qui conserve, indépendamment de sa situation juridique, ses propres institutions sociales, économiques, culturelles et politiques ou une partie de celles-ci”.

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

Concurrence déloyale

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

L'alinéa 2 de l'article 10bis de la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* (1883) indique ce qui suit : “Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale”. L'alinéa 3 de l'article 10bis précise que “[n]otamment devront être interdits : i) tous faits quelconques de nature à créer une confusion par n'importe quel moyen avec l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; ii) les allégations fausses, dans l'exercice du commerce, de nature à discréditer l'établissement, les produits ou l'activité industrielle ou commerciale d'un concurrent; iii) les indications ou allégations dont l'usage, dans l'exercice du commerce, est susceptible d'induire le public en erreur sur la nature, le mode de fabrication, les caractéristiques, l'aptitude à l'emploi ou la quantité des marchandises”.

Conditions convenues d'un commun accord

Tout en reconnaissant le pouvoir des gouvernements nationaux de régir l'accès aux ressources génétiques, l'article 15.4) de la *Convention sur la diversité biologique* (1992) prévoit que “l'accès, lorsqu'il est accordé, est régi par des conditions convenues d'un commun accord et est soumis aux dispositions du présent article”. Le secrétaire exécutif de la convention a relevé que les contrats constituent le moyen le plus courant de coucher sur le papier la teneur des conditions convenues d'un commun accord²⁹. Les ***Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation*** indiquent, en leurs paragraphes 41 à 44, certaines exigences fondamentales applicables aux conditions convenues d'un commun accord.

L'article 18 du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique (2010) traite spécifiquement de la conformité aux conditions convenues d'un commun accord et indique à cet égard : “1. En appliquant le paragraphe 3.g)i) de l'article 6 et l'article 7, chaque Partie encourage les fournisseurs et les utilisateurs de ressources génétiques et/ou de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques à inclure dans les conditions convenues d'un commun accord des dispositions pour couvrir, le cas échéant, le règlement des différends, notamment : a) la juridiction à laquelle elles soumettront les procédures de règlement des différends; b) la loi applicable; et/ou c) les possibilités de

²⁹ Voir le paragraphe 32 du document UNEP/CBD/COP/4/22.

règlement extrajudiciaire des différends, telles que la médiation et l'arbitrage. 2. Chaque Partie veille à garantir la possibilité de recours dans leurs systèmes juridiques, conformément aux conditions juridictionnelles applicables, en cas de différend concernant les conditions convenues d'un commun accord. 3. Chaque Partie prend les mesures efficaces nécessaires concernant : a) l'accès à la justice; et b) l'utilisation de mécanismes de reconnaissance mutuelle et d'application des décisions arbitrales et des jugements étrangers. 4. La Conférence des Parties siégeant en tant que réunion des Parties au Protocole évalue l'efficacité de cet article, conformément à l'article 31 du présent Protocole".

Conditions *in situ*

Aux termes de l'article 2 de la *Convention sur la diversité biologique* (1992), les "conditions *in situ*" désignent des "conditions caractérisées par l'existence de ressources génétiques au sein d'écosystèmes et d'habitats naturels et, dans le cas des espèces domestiquées et cultivées, dans le milieu où se sont développés leurs caractères distinctifs".

Connaissances écologiques traditionnelles/connaissances environnementales traditionnelles

Le Dene Cultural Institute définit les "connaissances environnementales" comme "un ensemble de connaissances et de croyances transmises par tradition orale et par expérience personnelle. Elles comprennent un système de classification, un ensemble d'observations empiriques sur l'environnement local et un système d'autogestion qui régit l'utilisation des ressources. Les aspects écologiques sont étroitement liés aux aspects sociaux et spirituels du système de connaissances. Leur quantité et leur qualité varient d'un membre de la communauté à l'autre, en fonction du sexe, de l'âge, du statut social, des capacités intellectuelles et de la profession (chasseur, guide spirituel, guérisseur, etc.). Alors que les origines de ces connaissances sont solidement ancrées dans le passé, ces connaissances sont à la fois cumulatives et dynamiques en ce sens qu'elles s'appuient sur l'expérience des générations précédentes et s'adaptent aux nouvelles évolutions techniques et socioéconomiques actuelles"³⁰.

Les connaissances écologiques traditionnelles sont également définies comme "une accumulation de connaissances et de croyances, passant d'une génération à l'autre par transmission culturelle, concernant la relation entre les êtres vivants (y compris les êtres humains) et entre les êtres vivants et leur environnement. En outre, ces connaissances sont un attribut des sociétés qui jouissent d'une continuité historique en ce qui concerne les pratiques d'utilisation des ressources; dans l'ensemble, ces sociétés ne sont pas industrialisées ou sont moins avancées sur le plan technique, la plupart d'entre elles étant autochtones ou tribales"³¹.

Consentement préalable en connaissance de cause

Un droit ou principe de "consentement préalable en connaissance de cause", parfois dénommé "consentement préalable, libre et éclairé", est mentionné ou sous-entendu dans plusieurs instruments internationaux, notamment dans le domaine environnemental, par exemple à l'article 6.4) de la *Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux* et dans la *Convention sur la diversité biologique* (1992).

³⁰ Voir également Marc G. Stevenson, "Indigenous Knowledge in Environmental Assessments", 49 ARCTIC 278 (1996), page 281.

³¹ Fikret Berkes, *Traditional Ecological Knowledge in Perspective*. *Traditional Ecological Knowledge : Concepts and Cases*. International Program on Traditional Ecological Knowledge and International Development Research Centre, Ottawa.

En ce qui concerne l'accès aux ressources génétiques, la *Convention sur la diversité biologique* (1992) prévoit en son article 15.5) qu'il est "soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources, sauf décision contraire de cette Partie".

L'article 16.1) du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique (2010) prévoit que "[c]haque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique nécessaires pour assurer que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques exploitées dans leur juridiction a été soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation des communautés autochtones et locales et que des conditions convenues d'un commun accord ont été établies, conformément à la législation ou aux exigences internes relatives à l'accès et au partage des avantages de l'autre Partie où ces communautés autochtones et locales sont situées".

Cette notion est tirée à l'origine de la déontologie médicale, qui reconnaît au patient le droit de décider de suivre ou non un traitement médical après avoir été pleinement informé des risques et des avantages de ce traitement. Ainsi, la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme* de 1997 prévoit en son article 5 que, dans tous les cas, une recherche, un traitement ou un diagnostic portant sur le génome d'un individu ne peut être effectué qu'après une évaluation des risques et avantages potentiels fondée sur "le consentement préalable, libre et éclairé de l'intéressé". L'article 6 de la *Déclaration sur la bioéthique et les droits de l'homme* de 2005 de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) exige "le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée" pour toute "intervention médicale de caractère préventif, diagnostique ou thérapeutique" ou pour les "recherches scientifiques".

Ce terme est tiré de l'application du principe général de la participation des peuples autochtones à la prise de décision, à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation des programmes qui les intéressent³².

L'utilisation de l'adjectif "libre" vise à garantir qu'aucune contrainte ni aucune manipulation n'est exercée dans le cadre des négociations, tandis que le terme "préalable" marque la prise en considération de l'importance qu'il y a à accorder du temps aux peuples autochtones pour leur permettre d'examiner pleinement les propositions dans les délais fixés pour parvenir à un consensus. Il anticipe aussi sur le fait que les décisions, en particulier celles qui concernent des investissements importants en matière de développement, sont souvent prises à l'avance avec les peuples autochtones. La notion de consentement "éclairé" illustre le fait qu'il est de plus en plus largement admis que l'évaluation de l'impact social et environnemental constitue une condition préalable à tout processus de négociation et permet à toutes les parties de prendre des décisions équilibrées.

Le "consentement" est un processus d'autorisation fondé sur la relation entre les parties ou la confiance. Le consentement éclairé signifie que des explications claires sont fournies, accompagnées d'informations détaillées sur le contrat, les avantages éventuels, les incidences

³² Article 32.2) de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones; voir aussi Groupe des Nations Unies pour le développement, Lignes directrices sur les questions relatives aux peuples autochtones.

et les utilisations futures. Le processus doit être transparent et le texte pleinement compris par les peuples autochtones³³.

Conservation *ex situ*

Il peut être déduit de la définition de l'expression "conservation *ex situ*" figurant à l'article 2 de la *Convention sur la diversité biologique* (1992) que le terme "*ex situ*" se rapporte à "des éléments constitutifs de la diversité biologique en dehors de leur milieu naturel".

Consultation

Selon le *Black's Law Dictionary*, la consultation est l'acte consistant à demander l'avis ou l'opinion de quelqu'un (par exemple, un juriste).

Une source indique que la consultation renvoie au processus selon lequel les gens échangent des vues et des informations. Il ne s'agit pas d'un processus à sens unique mais d'un processus de partage des savoirs et des opinions. La consultation signifie travailler ensemble, écouter ce que l'autre partie a à dire et réagir en fonction de ce qui a été dit. Selon certains, la consultation et le consentement des communautés autochtones sont liés. Par la consultation, un utilisateur tiers peut arriver à comprendre ce qui appelle un consentement et le peuple adéquat auquel le donner, et le peuple qui donne le consentement peut mieux comprendre ce à quoi il consent³⁴.

La *Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants* (1989) du Bureau international du Travail (BIT) prévoit que les consultations doivent être menées "de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées" (article 6.2)).

Contexte coutumier

Par "contexte coutumier", il faut entendre la façon d'utiliser une expression culturelle traditionnelle selon les pratiques de la vie quotidienne de la communauté, par exemple la façon dont les artisans locaux vendent habituellement des exemplaires d'expressions tangibles du folklore³⁵.

Contexte traditionnel

Le terme "traditionnel" signifie que les savoirs traditionnels ou expressions culturelles traditionnelles sont créés conformément aux règles, aux protocoles et aux coutumes d'une certaine communauté, et non pas qu'ils sont anciens. En d'autres termes, l'adjectif "traditionnel" qualifie la méthode de création des savoirs traditionnels ou expressions culturelles traditionnelles et non pas les savoirs ou expressions à proprement parler³⁶. Le terme

³³ Stephen Allen et Alexandra Xanthaki, "Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", Oxford and Portland, Oregon, page 49. Voir aussi "Instance permanente sur les questions autochtones du Conseil économique et social des Nations Unies", quatrième session, et "Rapport sur les travaux de l'Atelier international sur le consentement préalable, libre et éclairé et les peuples autochtones", E/C.19/2005/3, page 8.

³⁴ Terri Janke, *Pathways & Protocols – A Filmmaker's guide to Working with Indigenous People, Culture and Concepts*, page 51.

³⁵ Paragraphe 42 (partie III) des Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1982).

³⁶ Nino Pires de Carvalho, *From the Shaman's Hut to the Patent Office : A Road Under Construction*. Chapitre 18 de *Biodiversity and the Law*, page 244.

“traditionnel” signifie que les savoirs traditionnels ou expressions culturelles découlent de la tradition ou sont fondés sur la tradition, définissent une population autochtone ou traditionnelle ou sont associés à cette population et peuvent être pratiqués de façon traditionnelle³⁷. Le “contexte traditionnel” vise la façon d’utiliser des savoirs traditionnels ou expressions culturelles traditionnelles dans leur cadre artistique normal, conformément à l’usage constant de la communauté. On pourrait donner comme exemple l’exécution d’une danse rituelle dans son contexte traditionnel, c’est-à-dire son exécution dans le cadre réel de l’accomplissement du rite³⁸.

Comme il est indiqué dans le document intitulé “Éléments constitutifs d’un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels” (WIPO/GRTKF/IC/4/8), les savoirs traditionnels sont “traditionnels” car ils sont l’expression des traditions des communautés. Par conséquent, le terme “traditionnel” ne se rapporte pas nécessairement à la nature des savoirs, mais à la façon dont les savoirs sont créés, préservés et transmis³⁹.

Contrats de licence

Les contrats de licence sont décrits comme des accords définissant l’utilisation qui peut être faite du matériel ou les droits que le fournisseur peut concéder concernant par exemple l’utilisation des ressources génétiques en tant qu’outils de recherche, l’utilisation des savoirs traditionnels associés ou d’autres droits de propriété intellectuelle⁴⁰.

Convention de l’UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l’importation, l’exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels

La convention a été adoptée par l’Organisation des Nations Unies pour l’éducation, la science et la culture (UNESCO) en 1970 pour protéger les biens culturels sur les territoires des États contre les risques de vol, de fouilles clandestines et d’exportation illicite. Elle est entrée en vigueur en 1972.

La convention exige des États parties qu’ils prennent des mesures dans les trois principaux domaines d’action ci-après.

1– Mesures préventives : inventaires, certificats d’exportation, contrôle des échanges commerciaux, application de sanctions pénales ou administratives, campagnes d’éducation, etc.

2– Dispositions relatives à la restitution : en vertu de l’article 7.b).ii) de la convention, les États parties s’engagent à prendre des mesures appropriées pour saisir et restituer à la requête de l’État d’origine partie à la convention tout bien culturel ainsi volé et importé après l’entrée en vigueur de la convention à l’égard des deux États concernés, à condition que l’État le requérant verse une indemnité équitable à la personne qui est acquéreur de bonne foi ou qui détient légalement la propriété de ce bien. L’article 13 de la convention contient aussi des dispositions sur la restitution et la coopération.

³⁷ Paragraphe 53 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3 intitulé “Analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles”.

³⁸ Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1982), troisième partie, paragraphe 42.

³⁹ Paragraphe 27 du document WIPO/GRTKF/IC/4/8 intitulé “Éléments constitutifs d’un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels”.

⁴⁰ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12.

3– Cadre de coopération internationale : l'idée de renforcer la coopération entre les États parties est présente tout au long de la convention. Lorsque le patrimoine culturel est mis en danger par des pillages, l'article 9 ouvre la voie à des mesures plus spécifiques telles que l'appel au contrôle de l'importation et de l'exportation.

Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel

La convention a été adoptée par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) en 2003 et elle est entrée en vigueur le 20 avril 2006. Elle vise à sauvegarder le patrimoine culturel immatériel, à faire respecter le patrimoine culturel immatériel des communautés, des groupes et des individus, à sensibiliser à l'importance du patrimoine culturel immatériel et à son appréciation mutuelle, et à fournir une coopération et une assistance internationales.

Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles

La *Convention sur la diversité culturelle* de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) est une convention internationale qui a été adoptée par l'UNESCO en 2005. Elle est entrée en vigueur le 18 mars 2007.

La Convention établit plusieurs objectifs, qui sont définis dans son article premier, à savoir a) de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles; b) de créer les conditions permettant aux cultures de s'épanouir et interagir librement de manière à s'enrichir mutuellement; c) d'encourager le dialogue entre les cultures afin d'assurer des échanges culturels plus intenses et équilibrés dans le monde en faveur du respect interculturel et d'une culture de la paix; d) de stimuler l'interculturalité afin de développer l'interaction culturelle dans l'esprit de bâtir des passerelles entre les peuples; e) de promouvoir le respect de la diversité des expressions culturelles et la prise de conscience de sa valeur aux niveaux local, national et international; f) de réaffirmer l'importance du lien entre culture et développement pour tous les pays, en particulier les pays en développement, et d'encourager les actions menées aux plans national et international pour que soit reconnue la véritable valeur de ce lien; g) de reconnaître la nature spécifique des activités, biens et services culturels en tant que porteurs d'identité, de valeurs et de sens; h) de réaffirmer le droit souverain des États de conserver, d'adopter et de mettre en œuvre les politiques et mesures qu'ils jugent appropriées pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles sur leur territoire; i) de renforcer la coopération et la solidarité internationales dans un esprit de partenariat afin, notamment, d'accroître les capacités des pays en développement de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles.

Convention sur la diversité biologique

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

Créations et innovations fondées sur les traditions

Les traditions sont constituées d'une série de pratiques culturelles et d'idées, qui sont considérées comme appartenant au passé et qui se voient reconnaître un certain statut. Les créations et innovations fondées sur les traditions désignent les innovations et les créations fondées sur les savoirs traditionnels *en tant que tels*, conçues et créées en dehors d'un contexte traditionnel⁴¹. Les savoirs traditionnels *en tant que tels* concernent "les systèmes de savoirs, les créations, les innovations et les expressions culturelles qui se transmettent généralement de génération en génération, sont généralement considérés comme appartenant à un peuple particulier ou à son territoire, ont généralement été mis au point de manière non systématique et sont en mutation constante dans un environnement en évolution"⁴².

L'innovation fondée sur les traditions vise le cas où les traditions constituent une source d'innovation pour les membres d'une communauté culturelle donnée ou pour des personnes étrangères à cette communauté, et peut également mettre en évidence d'autres utilisations des traditions qui sont pertinentes dans le cadre d'une analyse relative à la propriété intellectuelle⁴³. La "Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter" (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) examine plus en détail les savoirs traditionnels "en tant que tels" et les innovations et créations fondées sur des savoirs traditionnels⁴⁴.

Cultures traditionnelles

Selon le Black's Law Dictionary, les traditions font référence aux coutumes et usages anciens qui influencent ou régissent les actes ou pratiques actuels. La législation sur la propriété intellectuelle établit une distinction entre la culture traditionnelle (qui peut être désignée par les termes "culture traditionnelle" ou "folklore" au sens strict) et les expressions culturelles modernes en évolution, créées par les générations actuelles d'une société donnée et fondées sur la culture ou le folklore traditionnels préexistants ou encore inspirées de cette culture ou de ce folklore⁴⁵.

Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration *des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* en 2007. Cette déclaration reconnaît les droits humains égaux des peuples autochtones contre la discrimination culturelle et vise à promouvoir le respect mutuel et les relations harmonieuses entre les peuples autochtones et les États. En ce qui concerne les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles et les ressources génétiques, l'article 31.1) indique que "[l]es peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles". L'article 31.2) ajoute que "[e]n concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice". En ce qui concerne la médecine traditionnelle,

⁴¹ Voir les articles 10 à 13 du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

⁴² Voir le document WIPO/GRTKF/IC/3/9.

⁴³ Paragraphe 57 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3 intitulé "Analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles".

⁴⁴ Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement. Drafting and Analysis*, 3^e éd., Sweet & Maxwell, page 132.

⁴⁵ Paragraphe 54 du document WIPO/GRTKF/IC/5/3 intitulé "Analyse globale de la protection juridique des expressions culturelles traditionnelles".

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

Déclaration universelle des droits de l'homme

La Déclaration universelle des droits de l'homme est un document majeur dans l'histoire des droits de l'homme. Rédigée par des représentants ayant une formation juridique et une culture différentes, de toutes les régions du monde, la déclaration a été proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies à Paris le 10 décembre 1948 comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations. Elle énonce pour la première fois les droits fondamentaux de l'homme à protéger universellement⁴⁶.

Dépositaire

Le Black's Law Dictionary définit le terme “dépositaire” de la manière suivante : “[toute] personne ou institution qui a à sa charge une chose ou une personne ou qui en est responsable (un enfant, une propriété, des documents ou tout autre objet de valeur)”. Selon la même source, la “garde” fait référence à la protection et à la surveillance d'une chose ou d'une personne à des fins d'inspection, de préservation ou de sécurité. Le Oxford English Dictionary définit le terme “dépositaire” de la manière suivante : “toute personne ou organisation ayant la garde ou la responsabilité d'une chose ou d'une personne; un gardien”. Le Merriam-Webster Dictionary indique ce qui suit : “celui qui garde et protège ou maintient”. Le terme “dépositaire” dans le contexte des savoirs traditionnels renvoie aux communautés, aux peuples, aux individus et autres entités qui, selon les lois coutumières et autres pratiques, préservent, utilisent ou développent les savoirs traditionnels. Il renvoie à une notion différente de celle de “détenteur” à proprement parler, car il est porteur du sens de responsabilité pour garantir que les savoirs traditionnels sont utilisés dans le respect des valeurs communautaires et du droit coutumier.

Dérivé

L'article 2.e) du *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation* (2010) donne la définition suivante : “tout composé biochimique qui existe à l'état naturel résultant de l'expression génétique ou du métabolisme de ressources biologiques ou génétiques, même s'il ne contient pas d'unités fonctionnelles d'hérédité”.

Détenteur

Le Black's Law Dictionary définit le terme “détenteur” de la manière suivante : “toute personne qui, en vertu de la loi, a en sa possession un instrument négociable et a le droit d'être rémunérée en échange de son utilisation”. L'OMPI utilise cette expression pour désigner toutes les personnes qui créent, engendrent, élaborent ou pratiquent des savoirs traditionnels dans un cadre et un environnement traditionnels. Les communautés, peuples et nations autochtones sont des détenteurs de savoirs traditionnels mais tous les détenteurs de savoirs traditionnels ne sont pas des autochtones⁴⁷. Dans ce contexte, l'expression “savoirs traditionnels” renvoie à la fois aux savoirs traditionnels au sens strict du terme et aux expressions culturelles traditionnelles.

⁴⁶ Voir <http://www.un.org/fr/universal-declaration-human-rights/>.

⁴⁷ Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), “Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle”, p. 26.

Comme cela est indiqué dans le document intitulé “Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter” (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), “[e]n règle générale, les savoirs traditionnels sont conçus collectivement ou considérés comme appartenant collectivement à une communauté autochtone ou locale, ou à des groupes de personnes au sein de cette communauté. [...] Cela étant, un membre donné d’une communauté, tel qu’un guérisseur traditionnel ou un agriculteur, peut détenir un savoir particulier”⁴⁸.

Diligence requise

Le Black’s Law Dictionary définit la “diligence requise” comme la diligence raisonnablement attendue d’une personne souhaitant respecter une exigence légale ou s’acquitter d’une obligation, ou la diligence habituellement exercée par une telle personne.

Dispositions types OMPI-UNESCO de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables

Les *dispositions types* ont été adoptées en 1982 par un comité d’experts gouvernementaux, réuni à l’initiative commune de l’OMPI et de l’Organisation des Nations Unies pour l’éducation, la science et la culture (UNESCO). Les dispositions prévoient un modèle de protection *sui generis* apparenté aux droits de propriété intellectuelle pour les expressions culturelles traditionnelles/expressions du folklore qui a été assez largement utilisé par les États membres de l’OMPI.

Les *dispositions types* ont pour objet de maintenir un équilibre entre la protection contre les utilisations abusives des expressions du folklore, d’une part, et la liberté de développer et de diffuser les expressions du folklore et les incitations en la matière, d’autre part. Ces dispositions tiennent compte du fait que les expressions du folklore constituent un élément vivant de la culture humaine qu’il ne faut pas étouffer par une protection trop rigide.

Selon les *dispositions types*, les expressions culturelles traditionnelles/expressions du folklore sont protégées contre “l’exploitation illicite et autres actions dommageables”. En 2000 et 2001, l’OMPI a mené une enquête sur l’expérience acquise par les États concernant l’utilisation et la mise en œuvre des dispositions types. Un rapport figure dans le document WIPO/GRTKF/IC/3/10.

Diversité biologique

L’article 2 de la *Convention sur la diversité biologique* (1992) définit le terme “diversité biologique”, souvent abrégé en “biodiversité”, de la manière suivante : “Variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes”.

Diversité culturelle

⁴⁸ Paragraphes 43 et 44 de l’annexe du document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9 intitulé “Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter”.

Selon la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* (2005) de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), la diversité culturelle renvoie à la multiplicité des formes par lesquelles les cultures des groupes et des sociétés trouvent leur expression. Ces expressions se transmettent au sein des groupes et des sociétés et d'un groupe ou d'une société à l'autre⁴⁹.

Divulgaration

Selon le *Black's Law Dictionary*, une "divulgaration" est une révélation de faits ou un acte ou un processus permettant de faire connaître quelque chose auparavant inconnu. Dans le domaine du droit d'auteur, la "divulgaration" peut s'entendre du fait de mettre une œuvre à la disposition du public pour la première fois. La première publication d'une œuvre est l'une – mais pas la seule – forme possible de divulgation puisque les œuvres peuvent aussi être divulguées par l'intermédiaire d'actes non en rapport avec la copie, tels que les interprétations et exécutions publiques ou la radiodiffusion au public par le câble⁵⁰. La reconnaissance d'un tel droit ne constitue pas une obligation en vertu des normes internationales sur le droit d'auteur. La *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1971) renvoie à l'utilisation d'œuvres publiquement divulguées dans le cadre d'exceptions. L'auteur a le droit de divulguer son œuvre au monde⁵¹. Dans certaines législations nationales, le "droit de divulgation" est un droit moral.

Documentation minimale du PCT

Selon le glossaire du PCT établi par l'OMPI, la documentation minimale du PCT désigne les "[d]ocuments dans lesquels l'administration chargée de la recherche internationale doit effectuer des recherches en vue de découvrir l'état de la technique pertinent". Cette documentation s'applique également aux administrations chargées de l'examen préliminaire international aux fins de l'examen. Elle comprend certains documents de brevet publiés et la littérature autre que celle des brevets contenue dans une liste publiée par le Bureau international. La documentation minimale est déterminée par la règle 34 du règlement d'exécution du PCT⁵².

Dans les Directives concernant la recherche internationale selon le PCT, la documentation minimale aux fins de la recherche internationale est définie comme "une collection de documents classés de manière systématique (ou systématiquement accessibles d'une autre manière) aux fins de la recherche selon leur contenu. Ces documents sont, pour l'essentiel, des documents de brevet de différents pays, complétés par des articles extraits de revues et d'autres éléments de la littérature non-brevet"⁵³.

Lors de la septième Réunion des administrations internationales du PCT tenue en février 2003, il a été convenu en principe que la documentation en matière de savoirs traditionnels devrait figurer dans la partie littérature non-brevet de la documentation minimale du PCT⁵⁴.

⁴⁹ Article 4.1) de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO (2005).

⁵⁰ Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes, OMPI, page 282.

⁵¹ Articles 10*bis* et 11. Voir aussi Sam Ricketson et Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighboring Rights—The Berne Convention and Beyond*, Oxford, vol. I, page 614.

⁵² Disponible à l'adresse <https://www.wipo.int/pct/fr/texts/glossary.html#D>.

⁵³ Paragraphe IX 2.1 des Directives concernant la recherche internationale selon le PCT (dans leur version du 18 septembre 1998).

⁵⁴ Documentation minimale du PCT, document PCT/MIA/9/4 (en anglais seulement).

Par exemple, l'*Indian Journal of Traditional Knowledge* et le *Korean Journal of Traditional Knowledge* sont indiqués comme de la littérature non-brevet dans la liste de périodiques à utiliser pour la recherche et l'examen de la documentation minimale du PCT.

Domaine public

En règle générale, une œuvre est considérée comme faisant partie du domaine public s'il n'y a aucune restriction légale à son utilisation par le public⁵⁵.

Le Black's Law Dictionary définit le domaine public comme "[l]'ensemble des inventions et des œuvres de création qui ne sont pas protégées par des droits de propriété intellectuelle et qui peuvent donc être utilisées gratuitement par quiconque. À l'expiration ou à la déchéance du droit d'auteur, du droit sur les marques, du droit de brevet ou du secret commercial, les objets de propriété intellectuelle qu'ils protégeaient tombent dans le domaine public et chacun peut se les approprier sans être accusé de contrefaçon".

Dans la sphère du droit d'auteur et des droits connexes, le domaine public a été défini comme englobant "les œuvres et objets de droits connexes qui – généralement parce que leur délai de protection est venu à expiration ou parce que leur protection dans le pays dont il s'agit n'est pas assurée par un traité international – peuvent être utilisés et exploités par quiconque sans le consentement des titulaires du droit d'auteur et des droits connexes concernés et sans qu'il soit nécessaire de verser à ces derniers une rémunération"⁵⁶.

D'une manière générale, le domaine public sur le plan du droit des brevets recouvre les connaissances, les idées et les innovations sur lesquelles personne (individu ou organisation) n'a de droit de propriété. Les connaissances, les idées et les innovations sont dans le domaine public dès lors qu'elles ne font l'objet d'aucune restriction d'utilisation légale (à cet égard, les législations varient, donnant naissance à des domaines publics différents), à l'expiration des brevets (généralement, après une période de 20 ans), par suite d'un non-renouvellement, d'une révocation ou d'une invalidation⁵⁷.

Le rôle, le cadre et les limites du "domaine public" font l'objet de discussions intensives au sein de plusieurs instances, en particulier à l'OMPI dans le cadre de l'IGC. Le document intitulé "Note sur les significations du terme 'domaine public' dans le système de la propriété intellectuelle, traitant en particulier de la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore" (document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/8) analyse de manière plus approfondie ce que signifie le "domaine public" eu égard aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles.

Droit et protocoles coutumiers

Le Black's Law Dictionary définit le "droit coutumier" de la manière suivante : "[e]nsemble d'usages acceptés comme des obligations légales ou des règles de conduite obligatoires; pratiques et croyances qui sont vitales et font partie intégrante du système social et économique à tel point qu'elles sont traitées comme des lois". Le droit coutumier a également été défini comme "des principes reconnus localement, et des normes ou des règles plus spécifiques, qui sont maintenus et transmis par voie orale, et appliqués par des institutions

⁵⁵ Voir le document SCP/13/5.

⁵⁶ Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes.

⁵⁷ Voir le document SCP/13/5.

communautaires pour régir ou orienter au niveau interne tous les aspects de la vie”⁵⁸. Ces lois coutumières se présentent sous différentes formes. Par exemple, ces lois peuvent être codifiées, écrites ou orales, énoncées expressément dans des pratiques traditionnelles. Il est également important de déterminer si ces lois sont reconnues “formellement” dans le cadre des systèmes juridiques nationaux du pays dans lequel réside une communauté ou si elles sont liées à ces systèmes. Un facteur essentiel pour déterminer si certains usages ont un statut de loi consiste à vérifier s’ils sont considérés par la communauté comme ayant un effet contraignant, ou s’ils décrivent simplement des pratiques concrètes.

Les lois coutumières peuvent définir les droits et les responsabilités des membres sur des aspects importants de leur vie, de leur culture et de leur conception du monde : utilisation des ressources naturelles et accès à celles-ci; droits et obligations en matière foncière, d’héritage et de propriété; conduite de la vie spirituelle; entretien du patrimoine culturel et des systèmes de connaissances; et bien d’autres questions⁵⁹. Il a été avancé que le droit coutumier comprend des coutumes autochtones pratiquées par des communautés traditionnelles, assorties de sanctions locales en cas de violation. La plupart des règles de droit coutumier ne sont pas écrites et ne sont pas homogènes entre groupes ethniques. Les différences de droit coutumier constatées d’un groupe ethnique à l’autre s’expliquent par différents facteurs tels que la langue, la proximité, l’origine, l’histoire, la structure sociale et l’économie. Le droit coutumier n’est pas statique mais dynamique; ses règles changent de temps à autre pour tenir compte de l’évolution des conditions sociales et économiques⁶⁰.

Certains des documents de travail de l’IGC renvoient au droit et aux protocoles coutumiers et certains indiquent que ceux-ci devraient être pris en considération dans l’élaboration d’un nouveau système pour la protection des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles.

Droits des agriculteurs

L’article 9.1 du *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture* de l’Organisation des Nations Unies pour l’alimentation et l’agriculture (FAO) indique que les Parties contractantes reconnaissent “l’énorme contribution que les communautés locales et autochtones ainsi que les agriculteurs de toutes les régions du monde, et spécialement ceux des centres d’origine et de diversité des plantes cultivées, ont apportée et continueront d’apporter à la conservation et à la mise en valeur des ressources phytogénétiques qui constituent la base de la production alimentaire et agricole dans le monde entier”. L’article 9.2 définit les “droits des agriculteurs” de la manière suivante : “a) la protection des connaissances traditionnelles présentant un intérêt pour les ressources phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture; b) le droit de participer équitablement au partage des avantages découlant de l’utilisation des ressources phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture; c) le droit de participer à la prise de décisions, au niveau national, sur les questions relatives à la conservation et à l’utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture”. L’article 2 du *Code international de conduite pour la collecte et le transfert de matériel phytogénétique* de l’Organisation des Nations Unies pour l’alimentation et l’agriculture (FAO) définit ce terme de la manière suivante : “droits que confèrent aux agriculteurs, et particulièrement à ceux des centres d’origine et de diversité des

⁵⁸ Protection Rights over Traditional Knowledge : Implications of Customary Laws and Practices, Research Planning Workshop, Cuzco (Pérou), 20 – 25 mai 2005.

⁵⁹ Customary Law, Traditional Knowledge and Intellectual Property : An Outline of the Issues (2013) https://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/overview_customary_law.pdf.

⁶⁰ Paul Kuruk, “African Customary Law and the Protection of Folklore”, Copyright Bulletin, XXXVI, No.2, 2002, page 6, Paris, 15 juin 1982, Gazette du Palais, 1982.2, résumé, page 378, ou Paris, 25 avril 1978, Gazette du Palais, 1978.2, page 448.

ressources génétiques, leurs contributions passées, présentes et futures à la conservation, à l'amélioration et à la disponibilité de ces ressources. Ces droits sont dévolus à la communauté internationale qui, en tant que dépositaire pour les générations présentes et futures d'agriculteurs, doit assurer à ces derniers tous les bénéfices qui leur reviennent, les aider à poursuivre leur action et appuyer la réalisation des objectifs globaux de l'Engagement international”.

État de la technique

L'état de la technique désigne, en général, toutes les connaissances qui existaient avant la date de dépôt ou de priorité pertinente d'une demande de brevet, qu'elles aient fait l'objet d'une divulgation écrite ou orale. Certains instruments juridiques établissent une distinction entre publications imprimées, divulgations orales et utilisation antérieure et en fonction de l'endroit où ces publications ou divulgations ont eu lieu⁶¹.

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

En Europe, l'article 54.2) de la *Convention sur le brevet européen* (CBE) définit l'état de la technique comme comprenant “tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen”. En ce qui concerne cette disposition de la CBE, les *Directives concernant l'examen à l'Office européen des brevets* (OEB) soulignent qu’“il convient de noter combien cette définition est large”. On notera qu'aucune restriction n'a été prévue en ce qui concerne le lieu géographique où l'état de la technique a été rendu accessible au public, la façon dont il l'a été et la langue dans laquelle il l'a été; par ailleurs, aucune limite d'ancienneté n'a été fixée en ce qui concerne les documents constituant l'état de la technique. Il existe toutefois certaines restrictions particulières (cf. G – V).

L'article 102 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique définit l'état de la technique indirectement par l'intermédiaire de la notion de nouveauté comme désignant toute chose “brevetée ou décrite dans une publication imprimée ou faisant l'objet d'un usage public, en vente ou mise à la disposition du public d'une autre manière avant la date de dépôt effective de l'invention revendiquée; ou comme 2) l'invention revendiquée décrite dans un brevet délivré en vertu de l'article 151 ou dans une demande de brevet publiée ou réputée publiée en vertu de l'article 122.b), lorsque le brevet ou la demande, selon le cas, désigne un autre inventeur et a effectivement été déposé avant la date de dépôt effective de l'invention revendiquée”⁶².

L'article 29 de la loi japonaise sur les brevets définit indirectement l'état de la technique comme englobant “i) les inventions qui étaient publiquement connues au Japon ou à l'étranger avant la

⁶¹ WIPO Intellectual Property Handbook, Publication OMPI n° 489(E), 2008, page 19.

⁶² Voir l'article 102 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique, disponible à l'adresse https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/mpep-9015-appx-l.html#al_d1fbe1_19797_b0. Il est également fait référence à l'article 151 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique – Délivrance du brevet, disponible à l'adresse <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title35/pdf/USCODE-2011-title35-partII-chap14-sec151.pdf> et à l'article 122.b) du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique – Caractère confidentiel des demandes; publication des demandes de brevet, disponible à l'adresse <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title35/pdf/USCODE-2011-title35-partII-chap11-sec122.pdf>.

date de dépôt de la demande de brevet; ii) les inventions qui étaient publiquement utilisées au Japon ou à l'étranger avant la date de dépôt de la demande de brevet; ou iii) les inventions qui étaient décrites dans une publication diffusée, ou les inventions qui étaient mises à la disposition du public au moyen d'une ligne de télécommunication électrique au Japon ou à l'étranger avant la date de dépôt de la demande de brevet"⁶³.

Exception

Le terme "exception" fixe les limites de l'utilisation d'une œuvre protégée par le droit d'auteur. Les exceptions sont étroitement liées aux actes en rapport avec les éléments protégés. Parfois, le terme "exception" englobe des décisions législatives supprimant certaines créations originales du monopole du titulaire ou propriétaire (textes de lois ou décisions judiciaires, par exemple) mais, dans l'ensemble, il s'agit de déterminer quelles utilisations d'éléments protégés ne sont soumises à aucune autorisation ni rémunération⁶⁴. La *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1971) prévoit l'application d'un triple critère pour déterminer la possibilité d'exception : i) l'exception peut s'appliquer uniquement à certains cas spéciaux; ii) l'exception ne doit pas porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni iii) causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur⁶⁵.

Exigences de divulgation

La divulgation fait partie des principes fondamentaux du droit des brevets⁶⁶. Comme l'indique l'article 5 du *Traité de coopération en matière de brevets (PCT)*, le droit des brevets impose aux déposants de demandes de brevet l'obligation générale "d'exposer l'invention d'une manière suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter". Cela étant, le terme "exigences de divulgation" est utilisé récemment d'une manière générale pour les modifications apportées au droit des brevets à l'échelle régionale ou nationale et pour les propositions de réforme du droit international des brevets visant à obliger expressément les déposants de demandes de brevet à révéler plusieurs éléments d'information concernant les savoirs traditionnels ou les ressources génétiques utilisés dans la mise au point de l'invention revendiquée dans un brevet ou une demande de brevet⁶⁷.

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

- divulguer toute ressource génétique ou savoir traditionnel effectivement utilisé au cours de la mise au point de l'invention (fonction descriptive ou relative à la transparence, liée à la ressource génétique ou au savoir traditionnel lui-même et à son rapport avec l'invention);
- divulguer la source effective de la ressource génétique ou du savoir traditionnel (fonction de divulgation relative au lieu où la ressource génétique ou le savoir traditionnel a été obtenu), ce qui peut concerner le pays d'origine (afin de préciser la juridiction dans laquelle le matériel d'origine a été obtenu), ou une localisation plus précise (par exemple, afin d'assurer que les ressources génétiques soient accessibles aux fins de la duplication ou de la reproduction de l'invention); et

⁶³ Voir la loi japonaise sur les brevets à l'adresse <https://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=16061>.

⁶⁴ Exceptions et limites aux droits d'auteur et droits voisins, étude présentée par M. Pierre Sirinelli (page 2 du document WCT-WPPT/IMP/1) (1999).

⁶⁵ Article 9.2).

⁶⁶ Voir la page 37 de l'annexe du document WO/GA/32/8.

⁶⁷ Pour de plus amples informations, voir les pages 7 à 11 de l'annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/16/6.

- fournir un engagement ou une preuve du consentement préalable en connaissance de cause (fonction de respect de l'obligation, relative à la légalité des actes régissant l'accès au matériel d'origine de la ressource génétique ou du savoir traditionnel), ce qui peut entraîner l'obligation de démontrer que la ressource génétique ou le savoir traditionnel utilisé dans l'invention a été obtenu et utilisé conformément aux lois applicables dans le pays d'origine ou conformément aux termes de tout accord particulier consignant le consentement préalable en connaissance de cause; ou de démontrer que l'acte de demander un brevet est accompli conformément à un consentement préalable en connaissance de cause⁶⁸.

D'autres mécanismes ont également été proposés⁶⁹. L'initiative internationale relative au projet d'article 29bis de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (1994) (Accord sur les ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) mise en avant par un certain nombre de pays en est un exemple⁷⁰.

Expression par l'action

"Expression par l'action" renvoie à des expressions du corps humain⁷¹. Elles peuvent comprendre des danses folkloriques, des pièces de théâtre et des formes artistiques de rituels, et ne doivent pas nécessairement être réduites à une forme matérielle, par exemple être écrites dans une notation chorégraphique⁷².

Expressions culturelles

La *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* (2005) de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) définit les expressions culturelles comme "les expressions qui résultent de la créativité des individus, des groupes et des sociétés, et qui ont un contenu culturel"⁷³.

Expressions culturelles traditionnelles

L'OMPI utilise les termes "expressions culturelles traditionnelles" et "expressions du folklore" pour désigner les formes tangibles et intangibles dans lesquelles les savoirs traditionnels et les cultures traditionnelles sont exprimés, communiqués ou présentés. On peut donner comme exemples la musique, les interprétations et exécutions, les récits, les noms et les symboles, les dessins et les ouvrages d'architecture traditionnels. Les termes "expressions culturelles traditionnelles" et "expressions du folklore" sont utilisés comme des synonymes interchangeable et peuvent être désignés par le seul terme "expressions culturelles traditionnelles". L'utilisation de ces termes ne tend pas à suggérer l'existence d'un quelconque consensus entre les États membres de l'OMPI quant à la validité ou à l'opportunité de ces

⁶⁸ Voir WIPO Technical Study on Patent Disclosure Requirements related to Genetic Resources and Traditional Knowledge, Publication OMPI n° 786(E), page 65. Une nouvelle étude de l'OMPI sur les exigences de divulgation en matière de brevets intitulée "Key Questions on Developing Patent Disclosure Requirements for Genetic Resources and Traditional Knowledge" (Questions essentielles sur les exigences de divulgation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet) a été publiée en juin 2017 et peut être consultée à l'adresse <https://www.wipo.int/publications/fr/details.jsp?id=4194>.

⁶⁹ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/9/13 (Autre proposition).

⁷⁰ Voir le document TN/C/W/52.

⁷¹ Paragraphe 37 des Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1982).

⁷² Paragraphe 37 des Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1982).

⁷³ Article 4.3) de la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de l'UNESCO (2005).

termes ou d'autres termes; par ailleurs, elle n'affecte en rien ni ne limite l'utilisation d'autres termes dans les législations nationales ou régionales.

Expressions du folklore

Dans les *dispositions types OMPI-UNESCO* (1982), on entend par "expressions du folklore", les productions se composant d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et perpétué par une communauté d'un pays ou par des individus reconnus comme répondant aux aspirations artistiques traditionnelles de cette communauté, en particulier :

- i) les expressions verbales telles que les contes populaires, la poésie populaire et les énigmes;
- ii) les expressions musicales telles que les chansons et la musique instrumentale populaire;
- iii) les expressions corporelles; telles que les danses folkloriques, les pièces de théâtre et les formes artistiques de rituels; qu'elles soient ou non réduites à une forme matérielle; et
- iv) les expressions tangibles⁷⁴.

Aux fins des travaux de l'IGC, les expressions "expressions culturelles traditionnelles" et "expressions du folklore" sont synonymes et utilisées alternativement.

Expressions tangibles

Le terme "tangible" caractérise ce qui peut être touché et vu; est perceptible au toucher, peut être possédé ou obtenu. Le terme "tangible" s'oppose au terme "intangibile" qui se rapporte à quelque chose qui n'a pas de forme matérielle, ne peut pas être touché, est impalpable (Black's Law Dictionary).

Les expressions tangibles sont des objets concrets⁷⁵. Il n'est pas nécessaire qu'elles soient fixées sur un support mais elles doivent être fixées sur un matériau durable comme la pierre, le bois, le textile, l'or, etc. Les expressions tangibles peuvent prétendre à la protection au titre des expressions du folklore. On peut donner les exemples ci-après d'éléments constitutifs d'expressions tangibles :

- a) les ouvrages d'art populaire, notamment les dessins, peintures, ciselures, sculptures, poteries, terres cuites, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, travaux d'aiguille, textiles, tapis, costumes;
- b) les instruments de musique;
- c) les ouvrages d'architecture⁷⁶.

⁷⁴ Deuxième partie des Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1982).

⁷⁵ Troisième partie des Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1982).

⁷⁶ Article 2.iv) des Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1982).

Fixation (“documentation” en anglais)

L’Oxford English Dictionary définit la fixation comme l’accumulation, le classement et la diffusion de l’information; le matériel ainsi recueilli. Fixer des expressions culturelles traditionnelles peut inclure de les enregistrer, de les écrire, de les photographier ou de les filmer, soit tout ce qui suppose de les enregistrer d’une manière qui les préserve et qui peut les mettre à la disposition d’autres. C’est différent des façons traditionnelles de préserver et de transmettre les expressions culturelles traditionnelles au sein de la communauté.

La fixation est particulièrement importante parce que, souvent, elle offre aux personnes en dehors des milieux traditionnels un accès aux savoirs traditionnels⁷⁷. La “Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter” (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) examine plus en détail les savoirs traditionnels fixés et les savoirs traditionnels non fixés.

Fixation (“fixation” en anglais)

La fixation est le processus ou le résultat de l’enregistrement d’une œuvre originale sous forme tangible (Black’s Law Dictionary). La fixation d’une œuvre ou d’un objet de droits connexes sur un support matériel (y compris par stockage dans une mémoire électronique) (d’ordinateur), doit être effectuée d’une manière suffisamment durable pour permettre la perception, la reproduction ou la communication au public de ladite œuvre ou dudit objet de droits connexes⁷⁸. La fixation sur support numérique n’est pas toujours une condition préalable nécessaire à l’octroi d’une protection mais la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1971) réserve toutefois aux législations nationales sur le droit d’auteur la faculté de faire de cette fixation une condition⁷⁹. La fixation d’expressions culturelles traditionnelles sur un support matériel fait naître de nouveaux droits de propriété intellectuelle sur la fixation et ces droits peuvent être utilisés indirectement pour protéger les expressions culturelles traditionnelles en soi – une telle stratégie a été utilisée pour protéger des peintures rupestres antiques⁸⁰. Il a été fait valoir que l’utilisation du terme “expression” pouvait donner l’impression que l’une des conditions à remplir pour que les expressions culturelles traditionnelles bénéficient d’une protection était qu’elles satisfassent le critère de fixation⁸¹.

Folklore

La *recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire* du 15 novembre 1989 de l’Organisation des Nations Unies pour l’éducation, la science et la culture (UNESCO) définit le folklore (ou la culture traditionnelle et populaire) en ces termes : “ensemble des créations émanant d’une communauté culturelle fondées sur la tradition, exprimées par un groupe ou par des individus et reconnues comme répondant aux attentes de la communauté en tant qu’expression de l’identité culturelle et sociale de celle-ci, les normes et les valeurs se transmettant oralement, par imitation ou par d’autres manières. Ses formes comprennent, entre autres, la langue, la littérature, la musique, la danse, les jeux, la mythologie, les rites, les coutumes, l’artisanat, l’architecture et d’autres arts”.

⁷⁷ Rapport sur l’instrument de gestion de propriété intellectuelle dans le cadre de la fixation des savoirs traditionnels et des ressources génétiques (WIPO/GRTKF/IC/5/5), page 4 de l’annexe.

⁷⁸ Guide des traités sur le droit d’auteur et les droits connexes administrés par l’OMPI et Glossaire du droit d’auteur et des droits connexes, OMPI, page 290.

⁷⁹ Article 2.2).

⁸⁰ Voir Terry Janke, “Unauthorized Reproduction of Rock Art”, in *Minding Culture : Case Studies on Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions*, OMPI (2003).

⁸¹ Paragraphe 50 du rapport sur la dix-septième session du comité (document WIPO/GRTKF/IC/17/12).

Les premières tentatives de réglementation explicite de l'utilisation des créations du folklore ont eu lieu dans le cadre de plusieurs législations sur le droit d'auteur (Tunisie : 1967; Bolivie : 1968 (uniquement pour le folklore musical); Chili : 1970; Maroc : 1970; Algérie : 1973; Sénégal : 1973; Kenya : 1975; Mali : 1977; Burundi : 1978; Côte d'Ivoire : 1978; Guinée : 1980; loi type de Tunis sur le droit d'auteur à l'usage des pays en développement 1976) et un traité international (texte de Bangui de 1977 de la Convention concernant l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle, ci-après dénommée "Convention OAPI"). Dans tous ces textes, les œuvres du folklore sont considérées comme faisant partie du patrimoine culturel de la nation ("patrimoine traditionnel", "patrimoine culturel"; au Chili : "domaine public culturel" dont l'utilisation est soumise à paiement). Le sens du mot folklore, dans les textes susmentionnés, se comprend toutefois de différentes manières. Un élément commun important relevant du droit d'auteur dans la définition de ces lois (à l'exception de la *loi type de Tunis* qui ne contient pas de définition) est que le folklore doit avoir été créé par des auteurs dont l'identité est inconnue mais qui sont vraisemblablement ou qui ont été des ressortissants du pays. La *Convention de l'OAPI* mentionne la création par des "communautés" plutôt que par des auteurs, ce qui permet de délimiter les créations du folklore par rapport aux œuvres protégées par le droit d'auteur traditionnel. La *loi type de Tunis* définit le folklore à l'aide de ces deux variantes, et estime que cela signifie des créations "par des auteurs présumés être originaires du pays concerné ou par des communautés ethniques". Selon la législation marocaine, le folklore comprend "toutes les œuvres non publiées de ce type" alors que les législations algérienne et tunisienne ne limitent pas la portée du folklore aux œuvres non publiées. La législation sénégalaise part explicitement du principe que la notion de folklore comprend à la fois des œuvres littéraires et des œuvres artistiques. La *Convention de l'OAPI* et la *loi type de Tunis* prévoient que le folklore comprend aussi des œuvres scientifiques. La plupart des règles en question reconnaissent les "œuvres inspirées par le folklore" comme une catégorie distincte d'œuvres dont l'utilisation à des fins commerciales exige l'approbation d'un organe compétent⁸².

Formalité

Le Black's Law Dictionary définit une formalité comme un acte qui doit être effectué, selon une forme définie ou une procédure établie, pour donner un caractère légal à quelque chose. Dans le contexte du droit d'auteur, le terme "formalités" renvoie à une condition de procédure ou une condition administrative, telle que l'insertion d'une mention de réserve du droit d'auteur, le dépôt d'exemplaires ou l'enregistrement, auxquels sont subordonnés l'acquisition, la jouissance et l'exercice (notamment l'opposabilité) du droit d'auteur ou des droits connexes⁸³. Selon la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1971), l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (Accord sur les ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), le *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (WCT) et le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (WPPT), la jouissance et l'exercice de ces droits peuvent n'être subordonnés à aucune formalité⁸⁴.

⁸² Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1982), première partie, paragraphes 5 à 7.

⁸³ Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes, OMPI, page 290.

⁸⁴ Article 5.2) de la Convention de Berne, article 9.1) de l'Accord sur les ADPIC, article 25.10) du Traité sur le droit d'auteur de l'OMPI et article 20 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Voir le Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et le Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes, OMPI, page 291.

Fournisseurs et destinataires de ressources génétiques

Parmi les fournisseurs et destinataires de ressources génétiques, on peut citer le secteur public (par exemple les ministères, les organismes publics (nationaux, régionaux ou locaux), y compris les responsables de l'administration des parcs nationaux et des terrains publics); les établissements commerciaux ou industriels (par exemple, des entreprises pharmaceutiques, agroalimentaires, horticoles ou cosmétiques); les instituts de recherche (par exemple, des universités, des banques de gènes, des jardins botaniques, des collections microbiennes); les dépositaires de ressources génétiques et les détenteurs de savoirs traditionnels (par exemple, des associations de guérisseurs, des peuples autochtones ou des communautés locales, des organisations populaires, des communautés agricoles traditionnelles); et d'autres (par exemple, un ou plusieurs propriétaires fonciers privés, un ou plusieurs groupes de conservation, etc.)⁸⁵.

Identité culturelle

L'identité culturelle révèle la correspondance qui existe entre une communauté – nationale, ethnique, linguistique, etc. – et sa vie culturelle, ainsi que le droit de chaque communauté à sa propre culture⁸⁶. La *Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants* (1989) du Bureau international du travail (BIT) prévoit que les gouvernements doivent "promouvoir la pleine réalisation des droits sociaux, économiques et culturels de ces peuples, dans le respect de leur identité sociale et culturelle, de leurs coutumes et traditions et de leurs institutions"⁸⁷.

Instrument de l'OMPI sur la fixation des savoirs traditionnels (Instrument d'aide à la fixation des savoirs traditionnels)

Les programmes de fixation peuvent poser des problèmes en matière de propriété intellectuelle aux détenteurs de savoirs traditionnels. Il convient de prêter particulièrement attention aux incidences en matière de propriété intellectuelle au cours du processus de fixation. L'instrument de l'OMPI sur la fixation des savoirs traditionnels est axé sur la gestion des questions de propriété intellectuelle au cours du processus de fixation, qui est considéré comme le point de départ d'une gestion plus avantageuse des savoirs traditionnels en tant qu'actifs intellectuels et culturels d'une communauté⁸⁸.

L'instrument de l'OMPI sur la fixation des savoirs traditionnels qui est soumis à consultation est destiné en particulier à être utilisé par les peuples autochtones et les communautés locales. Il peut aussi être utile à ceux qui appartiennent à l'une des catégories suivantes : les fonctionnaires des offices de propriété intellectuelle, les décideurs en général, les instituts de recherche et les institutions culturelles engagés dans des projets de fixation, etc.

Les droits de propriété intellectuelle et d'autres instruments juridiques peuvent permettre de protéger les savoirs lorsqu'ils sont fixés, mais uniquement si des mesures adéquates ont été prises au cours du processus de fixation. L'instrument de l'OMPI sur la fixation des savoirs traditionnels qui est soumis à consultation aidera à évaluer les options en matière de propriété

⁸⁵ Voir le document WIPO/GRTKF/17/INF/12.

⁸⁶ Thesaurus de l'UNESCO, disponible à l'adresse <http://www.vocabularyserver.com/unesco/en/index.php?tema=2526&/cultural-identity>.

⁸⁷ Article 2.2)b) de la Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants du BIT (1989).

⁸⁸ L'instrument d'aide à la fixation des savoirs traditionnels de l'OMPI est accessible à l'adresse <https://www.wipo.int/publications/fr/details.jsp?id=4235>.

intellectuelle, ainsi qu'à planifier et à mettre en œuvre les choix et stratégies lors de la fixation des savoirs traditionnels.

Intégrité

Le droit à l'intégrité est le droit de s'opposer à des modifications et des changements non autorisés des œuvres⁸⁹. Après la révision à Bruxelles en 1949 de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1971), l'interdiction d'autres atteintes à l'œuvre préjudiciables à l'honneur ou à la réputation de l'auteur a été ajoutée (article 6bis).

Inventions biotechnologiques

Ce terme est défini dans la *Directive de l'Union européenne relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques* comme désignant les inventions qui "portent sur un produit composé de matière biologique ou en contenant, ou sur un procédé permettant de produire, de traiter ou d'utiliser de la matière biologique"⁹⁰. Les inventions biotechnologiques se répartissent en trois catégories : elles représentent à la fois les procédés de création ou de modification d'organismes vivants et de matériel biologique, les résultats de ces procédés et l'utilisation qui est faite de ces résultats⁹¹.

Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation

Les *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation* ont été adoptées en 2002 par la Conférence des Parties à la *Convention sur la diversité biologique* pour fournir des précisions sur l'application des dispositions des articles 8 j), 10 c), 15, 16 et 19 de la *Convention* relatives à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages. Ces lignes directrices sont d'application volontaire et s'adressent à un large éventail de parties prenantes⁹². Elles portent sur des questions de procédure et de réglementation, concernant notamment le consentement préalable en connaissance de cause, et recensent des mécanismes monétaires et non monétaires de partage des avantages⁹³.

Limitations

"Limitation", selon le Black's Law Dictionary, renvoie à l'acte de limiter, à la qualité, l'état ou la condition conféré par le fait d'être limité, à une restriction. Le mot "limites", en sus du mot "exceptions", renvoie à des "frontières" ou des "restrictions"⁹⁴. Afin de maintenir un équilibre approprié entre les intérêts des titulaires de droits et les utilisateurs d'œuvres protégées, les législations sur le droit d'auteur autorisent certaines limitations aux droits patrimoniaux, c'est-à-dire qu'il existe des cas où les œuvres protégées peuvent être utilisées sans l'autorisation du titulaire du droit et avec ou sans paiement d'une compensation⁹⁵.

⁸⁹ Sam Ricketson et Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighboring Rights—The Berne Convention and Beyond*, Oxford, vol. I, page 602.

⁹⁰ Article 3.1 de la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques.

⁹¹ Voir le paragraphe 16 du document OMPI/GRTKF/IC/1/3.

⁹² Voir les articles 1, 7.a) et 17 à 21 des Lignes directrices de Bonn.

⁹³ Voir les paragraphes 24 à 50 et l'appendice II des Lignes directrices de Bonn.

⁹⁴ "Limitations et exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes" (page 2 du document WCT-WPPT/IMP/1).

⁹⁵ Partie du site Web de l'OMPI consacrée au droit d'auteur et aux droits connexes :

<https://www.wipo.int/copyright/fr/limitations/index.html>.

La *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1971) fixe les conditions auxquelles le droit d'auteur peut être limité, et les libres utilisations par conséquent permises⁹⁶. Un triple critère a été mis au point pour déterminer les conditions auxquelles un acte de limitation peut être réalisé⁹⁷. Ce critère a été étendu à l'article 13 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (Accord sur les ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), à l'article 10 du *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur* (WCT), à titre d'essai pour les exceptions à tous les droits patrimoniaux prévus au titre du droit d'auteur et des limitations de ces droits. L'article 16 du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (WPPT) l'étend aux droits des artistes interprètes et exécutants et des producteurs de phonogrammes visés par ce traité⁹⁸.

Matériel génétique

Aux termes de l'article 2 de la *Convention sur la diversité biologique* (1992), le "matériel génétique" s'entend de tout "matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité". Il a également été suggéré que le terme "matériel génétique" pouvait être interprété comme désignant "du matériel de toute origine biologique où les unités de l'hérédité sont à l'œuvre ou ont une fonction"⁹⁹.

Mécanisme d'échange d'information

Selon le glossaire utilisé par le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), le Mécanisme d'échange d'information désignait initialement un établissement financier chargé de procéder à la compensation des chèques et lettres de change entre banques membres, de façon à ce que seuls les soldes nets soient réglés en espèces. Aujourd'hui, ce sens a été étendu pour inclure toute institution mettant en relation des demandeurs et des fournisseurs de produits, de services ou d'information, rapprochant ainsi l'offre et la demande. La CDB a créé un Centre d'échange pour faire en sorte que tous les gouvernements aient accès à l'information et aux technologies dont ils ont besoin pour leurs travaux sur la biodiversité¹⁰⁰.

Médecine traditionnelle

L'OMS définit ce terme comme "la somme totale des connaissances, compétences et pratiques qui reposent, rationnellement ou non, sur les théories, croyances et expériences propres à une culture et qui sont utilisées pour maintenir les êtres humains en santé ainsi que pour prévenir, diagnostiquer, traiter et guérir des maladies physiques et mentales"¹⁰¹. L'OMS définit également la "médecine traditionnelle" comme "comprenant diverses pratiques, approches, connaissances et croyances sanitaires intégrant des médicaments à base de plantes, d'animaux et/ou de minéraux, des traitements spirituels, des techniques manuelles et exercices,

⁹⁶ Article 10.1).

⁹⁷ Article 9.2).

⁹⁸ Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes, page 313.

⁹⁹ Voir le document UNEP/CBD/WG-ABS/9/INF/1 (The Concept of "Genetic Resources" in the Convention on Biological Diversity and how it relates to a functional international regime on access and benefit-sharing"), page 8.

¹⁰⁰ Glossaire du PNUE (Glossary of Terms for Negotiators of Multilateral Environmental Agreements), page 22, disponible à l'adresse <https://www.unenvironment.org/resources/report/glossary-terms-negotiators-multilateral-environmental-agreements>.

¹⁰¹ Principes méthodologiques généraux de l'OMS pour la recherche et l'évaluation relatives à la médecine traditionnelle (WHO/EDM/TRM/2000.1), page 1.

appliqués seuls ou en association afin de maintenir le bien-être et traiter, diagnostiquer ou prévenir la maladie”¹⁰².

Minorité

Selon le Black’s Law Dictionary, “minorité” renvoie à un groupe différent à certains égards de la majorité, en conséquence parfois traité différemment.

Une minorité est un groupe numériquement inférieur au restant de la population d’un État, dans une position non dominante, dont les membres possèdent des caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques qui diffèrent de celles du restant de la population et qui, même si ce n’est que tacitement, maintiennent un esprit de solidarité visant à préserver leurs culture, traditions, religion ou langue¹⁰³.

Selon la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques* (1992), les minorités ont le droit de jouir de leur propre culture, librement et sans ingérence ni discrimination quelconque¹⁰⁴. Les États protègent l’existence et l’identité nationale ou ethnique, culturelle, religieuse ou linguistique des minorités, sur leurs territoires respectifs, et favorisent l’instauration des conditions propres à promouvoir cette identité¹⁰⁵.

Dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (1966), dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d’avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d’employer leur propre langue¹⁰⁶.

Modification

Une modification est un changement apporté à quelque chose (Black’s Law Dictionary). Elle est synonyme de changement. L’article 6bis de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1971) reconnaît entre autres à l’auteur le droit de s’opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de son œuvre, susceptible de porter atteinte à son honneur ou à sa réputation.

Mutilation

On entend par “mutilation” l’acte de couper ou de supprimer une partie d’une chose, en particulier d’un livre ou de tout autre document, de modifier ou de détruire une partie du contenu ou du sens, selon l’Oxford English Dictionary. La protection contre la mutilation est l’une des caractéristiques du droit moral de l’auteur, selon l’article 6bis de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1971).

¹⁰² Stratégie de l’OMS pour la médecine traditionnelle pour 2002-2005, page 7.

¹⁰³ Francesco Capotorti, ancien rapporteur spécial des Nations Unies, 1979, cité par Diter Kugelmann, *The Protection of Minorities and Indigenous Peoples Respective Cultural Diversity*, A. Von Bogdandy and R. Wolfrum, (éd.), Max Planck Year Book of United Nations Law, vol. 11, 2007, page 237.

¹⁰⁴ Article 2.1) de la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, adoptée par l’Assemblée générale dans sa Résolution 47/135 du 18 décembre 1992.

¹⁰⁵ Article 1.1) de la Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses et linguistiques, adoptée par l’Assemblée générale dans sa résolution 47/135 du 18 décembre 1992.

¹⁰⁶ Article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l’adhésion par l’Assemblée générale dans sa résolution 2200A (XXI) du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976.

Nation

Le Black's Law Dictionary définit le terme "nation" de la manière suivante : grand groupe de personnes ayant une origine, une langue et une tradition communes et constituant généralement une entité politique. Les "ressortissants" sont les personnes, physiques ou morales, qui sont domiciliées ou ont un établissement industriel ou commercial réel et effectif sur un territoire douanier¹⁰⁷. Le terme "nation" renvoie à l'idée d'une communauté fondée sur une origine, une culture et une histoire communes ainsi que, souvent, une langue commune¹⁰⁸. Le terme "communautés culturelles" est censé avoir une portée suffisamment large pour englober les ressortissants d'un pays entier, une "nation", dans les cas où les expressions culturelles traditionnelles sont considérées comme l'expression d'un "folklore national" appartenant à l'ensemble de la population d'un pays donné. Cette disposition est conforme à la pratique dans d'autres domaines d'action et s'inscrit en complément de celle-ci¹⁰⁹.

Nouveauté

La nouveauté est l'un des critères de brevetabilité pris en considération dans l'examen quant au fond. Une invention est nouvelle s'il n'y a pas d'antériorité dans l'état de la technique¹¹⁰.

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

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

L'article 102 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique [Conditions de brevetabilité; nouveauté] définit la notion de nouveauté de la manière suivante : "[u]ne personne a droit à un brevet – 1) sauf si l'invention revendiquée était brevetée ou décrite dans une publication imprimée ou faisait l'objet d'un usage public, était en vente ou mise à la disposition du public d'une autre manière avant la date de dépôt effective de l'invention revendiquée; ou 2) sauf si l'invention revendiquée était décrite dans un brevet délivré en vertu de l'article 151, ou dans une demande de brevet publiée ou réputée publiée en vertu de l'article 122.b), et que le brevet ou la

¹⁰⁷ Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement. Drafting and Analysis*, 3^e édition, Sweet & Maxwell, page 161.

¹⁰⁸ Dieter Kugelman, *The Protection of Minorities and Indigenous Peoples Respective Cultural Diversity*, A. Von Bogdandy et R. Wolfrum, (éd.), *Max Planck Year Book of United Nations Law*, vol. 11, 2007, page 235.

¹⁰⁹ Glossaire sur le patrimoine culturel immatériel de la Commission des Pays-Bas pour l'UNESCO, 2002 ("... une nation peut être une communauté culturelle"), cité dans le document WIPO/GRTKF/IC/17/4 intitulé "La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : objectifs et principes révisés".

¹¹⁰ WIPO Intellectual Property Handbook, Publication OMPI n° 489(E), 2008, page 19.

demande, selon le cas, désigne un autre inventeur et a effectivement été déposé avant la date de dépôt effective de l'invention revendiquée"¹¹¹.

Œuvre dérivée

En droit d'auteur, l'expression "œuvres dérivées" s'entend, en général, des traductions, adaptations, arrangements et autres transformations d'œuvres préexistantes protégées comme telles en vertu de l'article 2.3) de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1971), sans préjudice du droit d'auteur sur les œuvres préexistantes¹¹². Il est parfois utilisé aussi dans un sens plus large, pour englober les compilations et les recueils d'œuvres protégés en vertu de l'article 2.5) de la Convention de Berne (ainsi que de l'article 10.2) de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (1994) (Accord sur les ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et de l'article 5 du *Traité sur le droit d'auteur de l'OMPI* (1996) (WCT)¹¹³. À cet égard, une "œuvre dérivée" comprend des compilations de données ou d'autres éléments, sur support déchiffrable par machine ou sur tout autre support, qui, par le choix ou la disposition des matières, constituent des créations intellectuelles¹¹⁴. Des œuvres de compilation et des recueils ont été protégés dans le cadre de la *Convention de Berne*, en même temps que d'autres œuvres dérivées¹¹⁵.

Le droit moral de l'auteur peut restreindre le droit des tiers à réaliser une œuvre dérivée. Par conséquent, même lorsqu'une personne est, à titre contractuel ou statutaire, habilitée à modifier l'œuvre ou à utiliser celle-ci pour créer une œuvre dérivée, l'auteur peut s'opposer à toute déformation de l'œuvre, qui serait préjudiciable à sa réputation.

Certains pays ont adapté la définition des œuvres dérivées aux expressions culturelles traditionnelles. D'après le *Cadre juridique régional du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture* (2002), cette expression renvoie à toute création ou innovation intellectuelle fondée sur des savoirs traditionnels ou des expressions de la culture ou en découlant¹¹⁶.

Offensant

L'adjectif "offensant" vise ce qui provoque mécontentement, colère ou ressentiment; contraire à ce que l'on considère habituellement comme décent ou moral (Black's Law Dictionary).

¹¹¹ Voir l'article 102 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique, disponible à l'adresse https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/mpep-9015-appx-l.html#al_d1fbe1_19797_b0. Il est également fait référence à l'article 151 du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique – Délivrance du brevet, disponible à l'adresse <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title35/pdf/USCODE-2011-title35-partII-chap14-sec151.pdf> et à l'article 122.b) du titre 35 du Code des États-Unis d'Amérique – Caractère confidentiel des demandes; publication des demandes de brevet, disponible à l'adresse <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2011-title35/pdf/USCODE-2011-title35-partII-chap11-sec122.pdf>.

¹¹² Article 2.3) de la Convention de Berne : "Sont protégés comme des œuvres originales, sans préjudice des droits de l'auteur de l'œuvre originale, les traductions, adaptations, arrangements de musique et autres transformations d'une œuvre littéraire ou artistique".

¹¹³ Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes, OMPI.

¹¹⁴ Article 2.5) de la Convention de Berne, article 10.2) de l'Accord sur les ADPIC et article 6 du Traité sur le droit d'auteur.

¹¹⁵ Sam Ricketson et Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighboring Rights—The Berne Convention and Beyond*, Oxford, vol. I, page 485.

¹¹⁶ Partie I.4 du Cadre juridique régional du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture (2002).

Patrimoine (des peuples autochtones)

Le “patrimoine des peuples autochtones” (et d’autres peuples) ou le “patrimoine culturel autochtone” renvoie pour l’essentiel aux éléments décrits dans le *projet de principes et directives pour la protection du patrimoine de peuples autochtones* (2000), mis au point par la présidente-rapporteuse de la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l’homme, Mme Erica-Irene Daes. On trouvera des définitions dans les paragraphes 12, 13 et 14 des Principes directeurs.

Le paragraphe 12 prévoit ce qui suit : “Le patrimoine des peuples autochtones [est collectif et] se compose de tous les objets, sites et connaissances dont la nature ou l’utilisation a été transmise de génération en génération et qui sont considérés comme appartenant à un peuple, à un clan ou à un territoire particulier. Le patrimoine d’un peuple autochtone comprend aussi les objets, les connaissances et les œuvres littéraires ou artistiques de ce peuple susceptibles d’être créés ou redécouverts à l’avenir à partir de son patrimoine.” Le paragraphe 13 dispose ce qui suit : “Le patrimoine des peuples autochtones comprend tous les biens culturels meubles tels que définis par les conventions pertinentes de l’UNESCO; toutes les formes de création littéraire et artistique telles que la musique, la danse, les chants, les cérémonies, ainsi que les symboles et graphismes, les narrations et la poésie et toutes les formes de documentation appartenant aux peuples autochtones ou générées par eux; toutes les formes de connaissances scientifiques, agricoles, techniques, médicinales, liées à la diversité biologique et écologique, y compris les innovations fondées sur ces connaissances, les cultigènes, les remèdes, les médicaments et l’utilisation de la flore et de la faune; les restes humains; les biens culturels immeubles tels que les sites sacrés revêtant une importance culturelle, liée à la nature et historique, et les lieux de sépulture.” Le paragraphe 14 prévoit ce qui suit : “Chaque élément du patrimoine des peuples autochtones a des propriétaires : soit l’ensemble du peuple, soit une famille ou un clan donné, soit une association ou une communauté, soit des individus spécialement formés ou initiés pour en être les gardiens. Les propriétaires du patrimoine doivent être déterminés conformément aux coutumes, lois et pratiques des peuples autochtones.” Aux fins de ces directives, on entend par “patrimoine culturel autochtone” les créations, manifestations et productions tangibles ou intangibles consistant en éléments caractéristiques [de la culture d’un peuple autochtone, mis au point et maintenus par ce peuple] ou par des particuliers autochtones si la création reflète les aspirations littéraires, artistiques ou scientifiques traditionnelles du peuple en question. Ces créations, manifestations et productions comprennent les pratiques, représentations, expressions – ainsi que les instruments, objets, œuvres artisanales, sites et espaces culturels qui leur sont associés – que les peuples et les particuliers autochtones reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Elles comprennent en outre la connaissance qui résulte de l’activité intellectuelle et de la compréhension intuitive dans un contexte traditionnel, et recouvrent les savoir-faire, compétences, innovations, pratiques et enseignements qui font partie des systèmes traditionnels de connaissances, ainsi que le savoir qui s’incarne dans le style de vie traditionnel d’un peuple autochtone ou qui est contenu dans des systèmes de connaissances codifiés transmis à travers les générations. Le patrimoine culturel, transmis de génération en génération, est constamment recréé par les peuples autochtones en fonction des modifications de leur environnement, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur donne un sentiment d’identité et de continuité¹¹⁷.

Patrimoine culturel

¹¹⁷ Activités normatives : priorités futures pour les activités normatives – examen du projet de principes et lignes directrices pour la protection du patrimoine des peuples autochtones – document de travail présenté par M. Yozo Yokota et le Conseil saami (document E/CN.4/Sub.2/AC.4/2006/5) (16 juin 2006).

Aux fins de la *Convention concernant la protection du patrimoine mondial culturel et naturel* (1972) de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), sont considérés comme patrimoine culturel, ainsi qu'il est indiqué dans l'article premier,

- a) *les monuments : œuvres architecturales, de sculpture ou de peinture monumentales, éléments ou structures de caractère archéologique, inscriptions, grottes et groupes d'éléments, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science;*
- b) *les ensembles : groupes de constructions isolées ou réunies, qui, en raison de leur architecture, de leur unité, ou de leur intégration dans le paysage, ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de l'histoire, de l'art ou de la science;*
- c) *les sites : œuvres de l'homme ou œuvres conjuguées de l'homme et de la nature, ainsi que les zones y compris les sites archéologiques qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue historique, esthétique, ethnologique ou anthropologique.*

Patrimoine culturel immatériel

Selon le Black's Law Dictionary, "immatériel" renvoie à quelque chose dépourvu de forme physique. "Matériel", à l'inverse, est défini comme "ayant ou possédant une forme physique, capable d'être touché et vu, perceptible au toucher".

"Patrimoine culturel immatériel" est défini dans la *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* (2003) de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) comme "les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire – ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés – que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. Aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communautés, groupes et individus, et d'un développement durable".

La Convention prévoit aussi que le "patrimoine culturel immatériel" se manifeste notamment dans les domaines suivants : a) les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel; b) les arts du spectacle; c) les pratiques sociales, rituels et événements festifs; d) les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers; et e) les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel.

Pays d'origine des ressources génétiques

Aux termes de l'article 2 de la *Convention sur la diversité biologique* (1992), le "pays d'origine des ressources génétiques" désigne "le pays qui possède ces ressources génétiques dans des conditions *in situ*". D'autres définitions englobent également les ressources génétiques dans des conditions *ex situ*. Ainsi, le pays d'origine est défini à l'article premier de la *Décision n° 391 sur l'accès aux ressources génétiques de la Communauté andine* (1996) comme "un pays qui possède une ressource génétique dans des conditions *in situ* ou conservée *ex situ* après avoir été dans des conditions *in situ*".

Pays fournisseur de ressources génétiques

Aux termes de l'article 2 de la *Convention sur la diversité biologique* (1992), le "pays fournisseur de ressources génétiques" désigne "tout pays qui fournit des ressources génétiques récoltées auprès de sources *in situ*, y compris les populations d'espèces sauvages ou domestiquées, ou prélevées auprès de sources *ex situ*, qu'elles soient ou non originaires de ce pays".

Peuples autochtones

L'expression "peuples autochtones" a fait l'objet d'un nombre considérable de discussions et d'études, mais il n'existe aucune définition universelle standard pour cette expression.

La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (2007) reconnaît les droits de l'homme égaux des peuples autochtones contre la discrimination culturelle et vise à promouvoir le respect mutuel et les relations harmonieuses entre les États et les peuples autochtones. Cependant, la déclaration ne fournit aucune définition pour l'expression "peuples autochtones".

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

L'article premier de la Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants de l'Organisation internationale du Travail (OIT) stipule que la Convention s'applique :

"a) aux peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale;

"b) aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'État, et qui, quel que soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles"¹¹⁸.

Le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) donne dans sa liste d'acronymes et son glossaire la définition ci-après pour l'expression "peuples autochtones" : "Aucune définition universelle standard. S'entend généralement des groupes culturels et de leurs descendances qui témoignent d'une continuité ou d'un lien historique avec une région

¹¹⁸ Article premier de la Convention n° 169 concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants.

donnée ou avec des parties d'une région et qui habitent actuellement ou qui ont habité auparavant dans cette région soit avant qu'elle ne soit colonisée ou annexée, soit aux côtés d'autres groupes culturels durant la formation d'une nation-État, ou indépendamment ou de manière très isolée de l'influence de l'instance dirigeante officielle d'une nation-État, et qui ont en outre maintenu, du moins en partie, des particularités linguistiques, culturelles, sociales et organisationnelles distinctes et qui, ce faisant, se distinguent dans une certaine mesure des populations environnantes et de la culture dominante de la nation-État. S'entend également des peuples qui se définissent en tant que tels, et de ceux reconnus comme tels par d'autres groupes"¹¹⁹.

La Banque mondiale utilise l'expression "peuples autochtones" au sens générique pour désigner des groupes distincts ayant les caractéristiques ci-après à divers degrés :

- i) auto-identification en tant que membres d'un groupe culturel autochtone distinct et reconnaissance de cette identité par des tiers;
- ii) attachement collectif à des habitats géographiquement distincts ou à des territoires ancestraux dans la zone du projet et à des ressources naturelles dans ces habitats et sur ces territoires;
- iii) institutions culturelles, économiques, sociales ou politiques coutumières distinctes de celles de la société et de la culture dominantes; et
- iv) langue autochtone, souvent différente de la langue officielle du pays ou de la région¹²⁰.

La politique d'engagement aux côtés des peuples autochtones, élaborée par le Fonds international de développement agricole (FIDA) prévoit ce qui suit : "En accord avec la pratique internationale¹²¹ et aux fins de la présente politique, le FIDA utilisera une définition de travail des peuples autochtones reposant sur les critères ci-après :

- l'antériorité s'agissant de l'occupation et de l'utilisation d'un territoire donné;
- le maintien volontaire d'un particularisme culturel qui peut se manifester par certains aspects de la langue, une organisation sociale, des valeurs religieuses ou spirituelles, des modes de production, des lois ou des institutions;
- le sentiment d'appartenance à un groupe, ainsi que la reconnaissance par d'autres groupes ou par les autorités nationales en tant que collectivité distincte; et
- le fait d'avoir été soumis, marginalisé, dépossédé, exclus ou victime de discrimination"¹²².

¹¹⁹ Glossaire du PNUE (Glossary of Terms for Negotiators of Multilateral Environmental Agreements), page 49, disponible à l'adresse <http://wedocs.unep.org/handle/20.500.11822/7569>.

¹²⁰ Voir Operational Policy 4.10 on Indigenous Peoples, Banque mondiale, 2005; John Henriksen : Key Principles in Implementing ILO Convention n° 169 (2008).

¹²¹ [Cette note fait partie de la définition] La Convention n° 169 de l'Organisation internationale du Travail concernant les peuples indigènes et tribaux (1989), la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007), les Directives du Groupe des Nations Unies pour le développement sur les questions autochtones (2008), l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones (qui relève du Département des affaires économiques et sociales), le Groupe d'appui interorganisations sur les questions autochtones et le Plan d'action de la deuxième Décennie internationale des peuples autochtones déclarée par les Nations Unies (voir annexe I). Les mêmes critères sont utilisés par la FAO dans sa politique concernant les peuples autochtones et tribaux (disponible à l'adresse <http://www.fao.org/docrep/013/i1857f/i1857f00.pdf>).

¹²² Disponible à l'adresse http://www.ifad.org/english/indigenous/documents/ip_policy_f.pdf.

Il est indiqué dans le document intitulé “Le PNUD et les peuples autochtones : une politique d’engagement”¹²³, que : “...a) les peuples autochtones vivent ordinairement dans les limites de territoires ancestraux géographiquement distincts (ou maintiennent des liens avec ceux-ci); b) ils tendent à conserver des institutions sociales, économiques et politiques distinctes à l’intérieur de leurs territoires; c) ils aspirent généralement à demeurer distincts sur les plans culturel, géographique et institutionnel plutôt qu’à s’assimiler pleinement à la société nationale; et d) ils s’identifient eux-mêmes comme autochtones ou tribaux.”

En dépit de caractères communs, il n’existe pas une seule définition admise des peuples autochtones qui saisisse leur diversité en tant que peuples. L’auto-identification comme autochtones ou tribaux est généralement considérée comme un critère fondamental pour déterminer si des groupes sont autochtones ou tribaux, parfois en conjonction avec d’autres variables telles qu’un ‘langage parlé’, et une ‘situation ou concentration géographique’.

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

Le terme “peuples aborigènes” est un terme apparenté. L’Oxford Dictionary définit le terme “aborigène” de la manière suivante : 1) “[...] *peuples, plantes et animaux vivant ou présents dans un pays depuis des temps ancestraux; strictement natifs, autochtones*”; 2) “[...] *habitant ou occupant un pays avant l’arrivée de colons européens ou de ceux qu’ils ont introduits*”; 3) *aborigènes ou premiers habitants connus d’une terre, ou leur appartenant*; et 4) “[...] *aborigènes d’Australie ou leurs langues, ou apparenté ou propre aux aborigènes d’Australie ou à leurs langues*”.

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

Les communautés, peuples et nations autochtones se définissent comme les entités qui, s’inscrivant dans la continuité historique des sociétés “préinvasion” et précoloniales apparues sur leur territoire, s’estiment différentes d’autres secteurs des sociétés qui prédominent aujourd’hui dans ces pays, ou certaines parties de ces derniers. Elles représentent aujourd’hui des secteurs non dominants de la société et sont résolues à préserver, développer et transmettre aux générations futures leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique,

¹²³ Disponible à l’adresse http://www.undp.org/content/undp/en/home/librarypage/environment-energy/local_development/undp-and-indigenous-peoples-a-policy-of-engagement.html.

fondements de leur pérennité en tant que peuples, conformément au schéma culturel, aux institutions sociales et aux systèmes juridiques qui leur sont propres¹²⁴.

Pratiques coutumières

Les pratiques coutumières peuvent être décrites comme les actes et les utilisations régissant et guidant des aspects de la vie communautaire. Les pratiques coutumières sont ancrées dans la communauté et enracinées dans la façon dont celle-ci vit et travaille. Elles ne peuvent pas être considérées comme des “lois” codifiées autonomes en tant que telles¹²⁵.

Préservation

La préservation présente deux aspects principaux – en premier lieu, la préservation du contexte culturel et social des savoirs traditionnels et des expressions de la culture traditionnelle, tel qu’il existe, de façon à préserver le cadre habituel de l’élaboration et de la transmission de ces savoirs et expressions, ainsi que de la mise en place des modalités qui régissent l’accès à ces savoirs et expressions; et en second lieu, la préservation de ces éléments sous une forme fixe, comme lorsqu’un savoir-faire technique ou des connaissances médicales traditionnels font l’objet d’une fixation, ou encore lorsque les expressions de la culture traditionnelle sont enregistrées. La préservation a pour objet de contribuer à la survie de ces savoirs ou expressions, dans l’intérêt des générations futures de la communauté d’origine et de les perpétuer dans un cadre essentiellement traditionnel ou coutumier, ou de faire en sorte que ces savoirs traditionnels et ces expressions de la culture traditionnelle soient à la portée d’un public plus vaste (y compris des universitaires et des chercheurs), en reconnaissance de leur importance en tant qu’éléments du patrimoine culturel collectif de l’humanité¹²⁶.

Les lois et programmes sans lien avec la propriété intellectuelle, qui traitent de la sauvegarde et de la promotion du patrimoine vivant, peuvent jouer un rôle utile en complétant les législations en matière de protection de la propriété intellectuelle. D’autres systèmes juridiques internationaux, tels que la *Convention sur la diversité biologique* (1992) et l’Organisation des Nations Unies pour l’éducation, la science et la culture (UNESCO), traitent des aspects relatifs à la conservation, la préservation et la sauvegarde des savoirs traditionnels dans leurs cadres d’action respectifs¹²⁷.

Principes directeurs de propriété intellectuelle applicables aux contrats concernant l’accès et le partage des avantages

Dès sa première session, l’IGC s’est prononcé en faveur de travaux qui conduiraient à l’élaboration par l’OMPI de principes directeurs de propriété intellectuelle en matière d’accès et de partage des avantages. Il a été proposé d’asseoir ces principes directeurs sur une étude systématique des arrangements contractuels types et effectifs figurant dans la base de données des accords d’accès et de partage des avantages en matière de biodiversité de l’OMPI¹²⁸.

¹²⁴ Sous-commission des Nations Unies pour la prévention de la discrimination à l’égard des minorités et protection des minorités et son Étude du problème de la discrimination à l’égard des populations autochtones, document E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, paragraphe 379 (1986).

¹²⁵ Customary Law, Traditional Knowledge and Intellectual Property : An Outline of the Issues (2013) https://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/overview_customary_law.pdf.

¹²⁶ Synthèse et résultats des activités du comité intergouvernemental (WIPO/GRTKF/IC/5/12), paragraphe 37.

¹²⁷ Page 7 de l’annexe I du document WIPO/GRTKF/IC/38/6. intitulé “Protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d’analyse des lacunes y relatives : version révisée”.

¹²⁸ Voir le paragraphe 133 du document OMPI/GRTKF/IC/2/3.

Un premier projet¹²⁹ a été établi compte tenu des principes indiqués par l'IGC pour l'élaboration de ces principes directeurs¹³⁰. Ce projet a ensuite été actualisé pour la dix-septième session de l'IGC¹³¹.

Les Principes directeurs de propriété intellectuelle en matière d'accès et de partage des avantages visent à servir les intérêts des fournisseurs et des destinataires des ressources génétiques lorsque ceux-ci négocient, définissent et rédigent les éléments de propriété intellectuelle des modalités fixées d'un commun accord en ce qui concerne l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages. Ils donnent des exemples des questions concrètes de propriété intellectuelle auxquelles les fournisseurs et les destinataires des ressources peuvent être confrontés lorsqu'ils négocient un accord, un contrat ou une licence. La diversité des législations nationales et des intérêts concrets des fournisseurs et des destinataires peut déboucher sur une multitude de choix possibles lors de la négociation et de l'élaboration des clauses contractuelles. Ces principes directeurs peuvent donc aider les fournisseurs et les destinataires à déterminer les conditions d'accès et de partage des avantages de façon équitable et d'un commun accord, sans prétendre toutefois imposer un modèle ou telles ou telles solutions.

En outre, aucun élément de ces principes directeurs ne doit être interprété comme portant atteinte aux droits souverains des États sur leurs ressources naturelles, y compris leur droit de fixer les conditions et les modalités d'accès et de partage des avantages. Les principes directeurs seraient de nature purement facultative et indicative. Ils ne sont pas destinés à remplacer la législation internationale, régionale ou nationale applicable¹³².

Des savoirs traditionnels sont souvent associés aux ressources génétiques et peuvent donner des indications utiles sur la façon dont celles-ci peuvent être préservées, conservées et utilisées dans l'intérêt de l'humanité¹³³. Ces principes directeurs s'appliquent également aux savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques¹³⁴.

Propriété culturelle

La propriété culturelle est définie dans l'article premier de la *Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels* (1970) de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) comme suit : "biens qui, à titre religieux ou profane, sont désignés par chaque État comme étant d'importance pour l'archéologie, la préhistoire, l'histoire, la littérature, l'art ou la science, et qui appartiennent aux catégories ci-après : a) collections et spécimens rares de zoologie, de botanique, de minéralogie et d'anatomie; objets présentant un intérêt paléontologique; b) les biens concernant l'histoire, y compris l'histoire des sciences et des techniques, l'histoire militaire et sociale ainsi que la vie des dirigeants, penseurs, savants et artistes nationaux, et les événements d'importance nationale; c) le produit des fouilles archéologiques (régulières et clandestines) et des découvertes archéologiques; d) les éléments provenant du démembrement de monuments artistiques ou historiques et de sites archéologiques; e) objets d'antiquité ayant plus de cent ans d'âge, tels qu'inscriptions, monnaies et sceaux gravés; f) le matériel ethnologique; g) les biens d'intérêt artistique tels que : i) tableaux, peintures et dessins faits entièrement à la

¹²⁹ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/7/9 (Ressources génétiques : projet de Principes directeurs de propriété intellectuelle applicables à l'accès et au partage équitable des avantages).

¹³⁰ Voir la section V.B du document OMPI/GRTKF/IC/2/3, page 58.

¹³¹ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12 (Ressources génétiques : projet de principes directeurs de propriété intellectuelle applicables à l'accès et au partage équitable des avantages : version actualisée).

¹³² Id.

¹³³ Id., page 5 de l'annexe.

¹³⁴ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/12.

main sur tout support et en toutes matières (à l'exclusion des dessins industriels et des articles manufacturés décorés à la main); ii) productions originales de l'art statuaire et de la sculpture, en toutes matières; iii) gravures, estampes et lithographies originales; iv) assemblages et montages artistiques originaux, en toutes matières; h) manuscrits rares et incunables, livres, documents et publications anciens d'intérêt spécial (historique, artistique, scientifique, littéraire, etc.) isolés ou en collections; i) timbres-poste, timbres fiscaux et analogues, isolés ou en collections; j) archives, y compris les archives phonographiques, photographiques et cinématographiques; k) objets d'ameublement ayant plus de cent ans d'âge et instruments de musique anciens”.

Protection

La “protection” dans le cadre des travaux de l'IGC fait généralement référence à la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles contre certaines formes d'utilisation non autorisée par des tiers¹³⁵. Deux formes de protection ont été élaborées et mises en application.

Protection positive

L'IGC a exploré deux aspects de la protection positive des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles par les droits de propriété intellectuelle, l'un ayant trait à la prévention d'une utilisation non autorisée et l'autre ayant trait à l'exploitation active des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles par la communauté à l'origine de ces savoirs et expressions. L'IGC a également examiné des méthodes de protection positive des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles ne relevant pas du droit de la propriété intellectuelle, qui sont complémentaires et peuvent être utilisées parallèlement aux droits de propriété intellectuelle¹³⁶. De même, la protection positive des savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles peut empêcher autrui d'avoir accès de façon illicite à ces savoirs et expressions ou de les utiliser à des fins lucratives sans en partager équitablement les avantages, mais ils peuvent également être utilisés par des détenteurs de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles pour mettre en place leur propre entreprise sur la base de ces savoirs et expressions¹³⁷.

Protection défensive

La protection défensive a été définie comme un ensemble de stratégies visant à empêcher l'obtention de droits illégitimes ou infondés en matière de propriété intellectuelle sur les expressions culturelles traditionnelles, les savoirs traditionnels et les ressources génétiques qui s'y rapportent¹³⁸. La protection défensive des savoirs traditionnels comprend des mesures visant à prévenir ou à invalider des brevets qui revendiquent de manière illégitime des savoirs traditionnels préexistants comme des inventions.

Protocole

Les protocoles sont des accords juridiques, des codes de conduite, des directives ou des ensembles de mœurs qui expliquent comment les gens devraient se comporter dans certaines

¹³⁵ Paragraphe 20 du document WIPO/GRTKF/IC/5/12 intitulé “Synthèse et résultats des activités du comité intergouvernemental”.

¹³⁶ Id., paragraphes 21 et 22.

¹³⁷ Id., paragraphe 21.

¹³⁸ Id., paragraphe 28.

circonstances. Ils peuvent être utilisés pour établir des normes communautaires sur la circulation et l'usage des connaissances pour les étrangers ainsi que pour aider à changer la manière de procéder et définir de nouvelles normes. Généralement, les protocoles sont flexibles et peuvent changer au fil du temps. Ils peuvent être utilisés comme des outils pour aider à atteindre certains objectifs que les autres domaines du droit ont été incapables d'atteindre. En tant que les lignes directrices formelles ou informelles en matière de conduite, les protocoles peuvent aider à bâtir des relations et à en créer de nouvelles¹³⁹.

Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique (2010)

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

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

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

Un protocole a été adopté par les États membres de l'Organisation régionale africaine de la propriété intellectuelle (ARIPO) en août 2010 durant la Conférence diplomatique qui s'est tenue à Swakopmund (Namibie). Selon l'article 1.1, l'objectif de ce protocole est : "*a) de protéger les détenteurs de savoirs traditionnels contre toute atteinte aux droits qui leur sont reconnus par le présent Protocole; et b) de protéger les expressions du folklore contre leur appropriation illicite, leur utilisation illicite et leur exploitation illégitime en dehors de leur contexte traditionnel*". Ce Protocole est entré en vigueur le 11 mai 2015 lorsque six États membres de l'ARIPO ont déposé leurs instruments de ratification ou d'adhésion.

Publiquement disponible

Les experts de la Réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages ont opéré une distinction entre "domaine public" et "publiquement disponible" spécifiquement pour les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques : "Il a été indiqué que l'expression 'domaine public', qui est utilisée pour indiquer la libre disponibilité, a été prise hors contexte et appliquée aux connaissances

¹³⁹ Jane Anderson, "Indigenous Knowledge/Traditional Knowledge and Intellectual Property", Issues Paper, Centre for the Public Domain, Duke University, 2011, disponible à l'adresse <http://www.law.duke.edu/cspd/itkpaper>.

traditionnelles associées aux ressources génétiques qui sont publiquement disponibles. 'Publiquement disponible' ne signifie pas normalement disponible gratuitement. Cette expression pourrait signifier qu'il y a une condition pour imposer des modalités convenues d'un commun accord comme le paiement d'un droit d'accès. Les connaissances traditionnelles ont souvent été considérées comme étant du domaine public et, par conséquent, librement disponibles dès qu'on y a eu accès et qu'on les a enlevées du contexte culturel particulier pour les diffuser. Mais on ne peut pas supposer que les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui ont été rendues publiquement disponibles n'appartiennent pas à quelqu'un. Dans le cadre du concept de la disponibilité publique, le consentement préalable donné en connaissance de cause d'un détenteur de connaissances traditionnelles qui est identifiable pourrait encore être requis et les dispositions du partage des avantages rendues applicables même lorsqu'un changement d'utilisation est discernable d'un consentement préalable donné en connaissance de cause précédemment. Lorsqu'un détenteur n'est pas identifiable, l'État par exemple pourrait décider qui en sont les bénéficiaires"¹⁴⁰.

Registres de savoirs traditionnels

Les registres peuvent être analysés depuis plusieurs perspectives différentes. Selon leur nature juridique, les registres sont dits déclaratifs ou constitutifs, compte tenu du système en vertu duquel ils sont créés¹⁴¹.

Un régime déclaratoire relatif aux savoirs traditionnels reconnaît que les droits sur des savoirs traditionnels ne découlent pas d'un acte quelconque du gouvernement mais se fondent plutôt sur des droits préexistants, y compris les droits ancestraux, coutumiers, moraux et des droits humains. Dans le cas des registres déclaratifs, bien que l'enregistrement n'ait pas d'incidence sur l'existence de ces droits, il peut être utilisé pour aider les examinateurs de brevets à analyser l'état de la technique, et pour appuyer des réclamations relatives à des brevets délivrés dans lesquels il pourrait être fait usage directement ou indirectement de savoirs traditionnels. Lorsque ces registres se présentent sous forme électronique et sont disponibles via l'Internet, il est important de mettre en place un mécanisme qui permette d'assurer que les dates d'entrée des savoirs traditionnels sont valides lorsque des recherches relatives à la nouveauté et à l'inventivité sont effectuées. Ces registres peuvent également avoir une troisième fonction qui est de faciliter le partage des avantages entre utilisateurs et fournisseurs¹⁴².

Les registres constitutifs s'inscrivent dans un régime juridique qui cherche à octroyer des droits sur des savoirs traditionnels. Les registres constitutifs visent à enregistrer l'octroi de droits (c'est-à-dire des droits de propriété exclusifs) au détenteur des savoirs traditionnels afin d'assurer que les intérêts moraux, économiques et juridiques de ce dernier sont protégés et reconnus. La plupart des registres constitutifs types sont de nature publique, sont gérés par une entité nationale et en vertu d'une loi ou d'un règlement qui définit clairement de quelle manière se déroule l'enregistrement valide de savoirs traditionnels et comment il est formellement reconnu et accepté. À cet égard, ces registres peuvent davantage être sujets à

¹⁴⁰ Voir le document UNEP/CBD/WG ABS/8/2 intitulé "Rapport de la Réunion du Groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages".

¹⁴¹ The Role of Registers & Databases in the Protection of Traditional Knowledge : Rapport de l'UNU IAS, janvier 2004, page 32.

¹⁴² Id.

controverse et difficiles à concevoir et doivent faire face à des enjeux et à des questions essentielles lors du passage de la théorie à la pratique¹⁴³.

On peut citer comme exemple de loi nationale, l'article 16 de la *loi péruvienne n° 27811 du 24 juillet 2002 établissant le Régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques* qui indique que "[l]es registres des savoirs collectifs des peuples autochtones ont pour objet, suivant le cas a) de préserver et sauvegarder les savoirs collectifs des peuples autochtones et les droits afférents de ces peuples; b) de fournir à l'Indecopi des informations qui lui permettront de défendre les intérêts des peuples autochtones concernant leurs savoirs collectifs"¹⁴⁴. L'article 15 prévoit également que "[l]es savoirs collectifs des peuples autochtones peuvent être inscrits dans trois types de registre : a) le Registre national public des savoirs collectifs des peuples autochtones; b) le Registre national confidentiel des savoirs collectifs des peuples autochtones; c) les registres locaux des savoirs collectifs des peuples autochtones".

Règlement extrajudiciaire des litiges

Le règlement extrajudiciaire des litiges offre une solution alternative aux procédures judiciaires formelles pour régler les litiges de propriété intellectuelle qui peuvent surgir en relation avec les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles et les ressources génétiques. Il s'attache à résoudre les litiges de manière non conflictuelle afin d'obtenir des résultats mutuellement avantageux pour toutes les parties. Grâce aux modes extrajudiciaires de règlement des litiges, les parties assument elles-mêmes la responsabilité de régler le différend et peuvent prendre en considération des questions qui dépassent les seules normes juridiques. Le règlement extrajudiciaire des litiges se caractérise par des procédures formelles et informelles, un éventail de possibilités en dehors de l'action en justice et l'octroi d'un plus grand contrôle aux parties concernant les paramètres du litige et la meilleure manière de le régler. Les quatre principaux modes de règlement extrajudiciaire des litiges sont la négociation, la médiation, l'arbitrage et le droit collaboratif. Les questions relatives aux savoirs traditionnels sont souvent étroitement liées aux valeurs culturelles et de nombreux désaccords portent sur une utilisation appropriée sur le plan culturel, le partage des savoirs et leur attribution correcte. Le règlement extrajudiciaire des litiges est une option importante parmi celles dont disposent les peuples autochtones et les tiers pour régler les litiges¹⁴⁵.

¹⁴³ Id.

¹⁴⁴ Article 16 de la loi n° 27811 établissant le Régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques. Cette loi est disponible à l'adresse <https://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=3420>.

¹⁴⁵ Dossier d'information n° 8 de l'OMPI : Le règlement extrajudiciaire des litiges portant sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles et les ressources génétiques, consultable à l'adresse <https://www.wipo.int/publications/fr/details.jsp?id=3877>.

Rémunération équitable

Ce terme renvoie à la rémunération d'un acte accompli à l'égard d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou d'un objet de droits connexes, dont le mode et le montant sont conformes à ce qui serait considéré comme normal dans le commerce pour un acte de même nature accompli avec l'autorisation du titulaire de droit d'auteur ou de droits connexes. Ce critère est généralement appliqué lorsque les droits patrimoniaux se limitent à un droit à rémunération (et dans le cadre d'une licence non volontaire)¹⁴⁶. Le *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (1996) (WPPT) prévoit que les artistes interprètes et exécutants et les producteurs de phonogrammes ont droit à une rémunération équitable unique lorsque des phonogrammes publiés à des fins de commerce sont utilisés directement ou indirectement pour la radiodiffusion ou pour une communication quelconque au public (article 15.1)). Toutefois, toute partie contractante peut limiter l'application de ce droit ou, pour autant qu'elle ait fait une réserve au Traité, ne pas appliquer ce droit (article 15.3)).

Réputation

Selon le *Black's Law Dictionary*, le terme "réputation" renvoie à l'estime dont une personne bénéficie auprès des tiers. La réputation entre dans le champ de la protection des droits moraux de l'auteur¹⁴⁷. À la Conférence de Bruxelles sur la révision de la *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques* (1971), la préférence a été donnée aux termes "honneur" et "réputation", considérés comme traduisant le plus objectivement les intérêts personnels de l'auteur, par opposition à "intérêts moraux" ou "intérêts spirituels", qui visent des notions plus larges. En cas de dommage, il y a une différence entre le dommage porté à la réputation et le dommage porté aux intérêts moraux ou spirituels de l'auteur. Il ne suffit pas que l'auteur n'apprécie pas ce qui a été fait à son œuvre, l'acte doit aussi ternir sa réputation aux yeux du public¹⁴⁸.

Respect mutuel

Dans son préambule, la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (2007) fait du respect mutuel un idéal à atteindre dans un esprit de partenariat. L'adjectif "mutuel" vise au moins deux personnes qui se trouvent dans les mêmes dispositions l'une vis-à-vis de l'autre et qui agissent dans le cadre d'une relation de réciprocité (*Oxford English Dictionary*).

Ressources biologiques

Selon la définition figurant à l'article 2 de la *Convention sur la diversité biologique* (1992), ce terme recouvre "les ressources génétiques, les organismes ou éléments de ceux-ci, les populations, ou tout autre élément biotique des écosystèmes ayant une utilisation ou une valeur effective ou potentielle pour l'humanité". Les ressources génétiques forment une catégorie de ressources biologiques.

L'article premier de la *Décision n° 391 sur l'accès aux ressources génétiques de la Communauté andine* (1996) définit ce terme comme "les individus, organismes ou éléments de ceux-ci, populations ou éléments biotiques quelconques ayant une valeur ou une utilité réelle ou potentielle, qui renferment une ressource génétique ou ses dérivés".

¹⁴⁶ Guide des traités sur le droit d'auteur et les droits connexes administrés par l'OMPI et Glossaire du droit d'auteur et des droits connexes.

¹⁴⁷ Article 6*bis* de la Convention de Berne.

¹⁴⁸ Sam Ricketson et Jane C. Ginsburg, *International Copyright and Neighboring Rights – The Berne Convention and Beyond*, Oxford, vol. 1, page 606.

D'autres instruments juridiques de propriété intellectuelle n'emploient pas ce terme mais utilisent celui de "matériel biologique". La *Directive relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques* (1998) de l'Union européenne le définit comme "une matière contenant des informations génétiques et qui est autoreproductible ou reproductible dans un système biologique".

Selon le *Code de réglementation fédérale* des États-Unis d'Amérique, le matériel biologique désigne notamment "du matériel directement ou indirectement autoreproductible".

Aux termes de l'article 2 de la *Convention sur la diversité biologique* (1992), les ressources biologiques englobent "les ressources génétiques, les organismes ou éléments de ceux-ci, les populations, ou tout autre élément biotique des écosystèmes ayant une utilisation ou une valeur effective ou potentielle pour l'humanité".

Ressources génétiques

Aux termes de l'article 2 de la *Convention sur la diversité biologique* (1992), les "ressources génétiques" désignent le "matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle".

L'article premier de la *Décision n° 391 sur l'accès aux ressources génétiques de la Communauté andine* (1996) définit les "ressources génétiques" d'une manière générale comme "tout matériel de nature biologique qui renferme une information génétique ayant une valeur ou une utilité réelle ou potentielle".

Le Glossaire de la pêche de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) définit ce terme comme le "germoplasme de végétaux, d'animaux ou d'autres organismes contenant des caractères utiles de valeur réelle ou potentielle. Dans les espèces d'élevage, il s'agit de la somme des combinaisons génétiques produites au cours du processus d'évolution".

D'autres instruments juridiques font référence aux ressources génétiques dans des termes différents :

L'article 2 du *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* (2001) de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) définit les "ressources phytogénétiques" comme "le matériel d'origine végétale, y compris le matériel de reproduction et de multiplication végétative, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité".

L'article 2 du *Code international de conduite pour la collecte et le transfert de matériel phytogénétique* (1993) de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) définit les ressources phytogénétiques comme "le matériel de reproduction ou de multiplication végétative des plantes".

L'article 2.1)a) de l'*Engagement international sur les ressources phytogénétiques* (1983) de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) définit ce terme comme "le matériel de reproduction ou de multiplication végétative des catégories suivantes de plantes : i) variétés cultivées (cultivars) actuellement utilisées et récemment créées; ii) cultivars obsolètes; iii) cultivars primitifs (races de pays); iv) espèces sauvages et adventices proches parentes de variétés cultivées; v) souches génétiques spéciales (lignées de sélection avancée, lignées d'élite et mutants)". L'Engagement international ne mentionne pas les "unités fonctionnelles de l'hérédité".

Sacré

Le mot “sacré” désigne “toute expression des savoirs traditionnels qui symbolise des croyances, des pratiques ou des coutumes religieuses et spirituelles ou qui relève de ces dernières. Il est l’opposé de profane, dont les formes extrêmes sont des formes commercialement exploitées de savoirs traditionnels”¹⁴⁹.

Le mot “savoirs traditionnels sacrés” désigne les savoirs traditionnels qui comportent des éléments religieux et spirituels, tels que les totems, les cérémonies spéciales, les objets sacrés, les savoirs sacrés, les prières, les chants et les interprétations et exécutions ainsi que les symboles sacrés, et il désigne également les savoirs traditionnels sacrés associés aux espèces sacrées de végétaux, d’animaux, de minéraux et de micro-organismes ainsi que les sites sacrés. Le caractère sacré des savoirs traditionnels dépend de la question de savoir s’ils revêtent une dimension sacrée pour la communauté concernée. De nombreux savoirs sacrés, par définition, ne sont pas commercialisés mais certains objets et sites sacrés sont commercialisés à des fins différentes par les communautés religieuses et spirituelles elles-mêmes ou par des personnes qui y sont étrangères.

Dans le *Rapport de l’OMPI sur les missions d’enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels* (cité plus haut), il est indiqué que plusieurs domaines, dont les modes traditionnels de résolution des problèmes ou les connaissances médicinales, sont interdépendants d’un point de vue spirituel. Les aspects spirituels de la guérison qui précèdent l’administration de certains médicaments traditionnels sont considérés comme très importants, par exemple, dans tous les pays d’Afrique occidentale bien qu’il soit admis qu’ils ne puissent pas faire l’objet d’un examen scientifique approfondi. Dans certains systèmes de savoirs traditionnels, les croyances immatérielles et les codes culturels sont censés expliquer ou guider les conséquences des transactions matérielles¹⁵⁰. Au Pérou, certains “savoirs se transmettaient de génération en génération, sous forme d’un ‘livre’ sacré mais non écrit”¹⁵¹. Au sein des communautés autochtones et locales, les éléments essentiels des savoirs traditionnels sacrés et secrets sont considérés de différentes manières et sont stockés, transmis et enregistrés de diverses manières.

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

- Une délégation a demandé si les savoirs traditionnels sacrés seraient considérés lorsque les savoirs traditionnels seront définis¹⁵². À cet égard, une autre délégation a posé les questions sous trois angles : que faut-il entendre par traditionnel, que faut-il entendre par savoirs et que faut-il protéger? C’est ainsi, par exemple, que d’aucuns pensaient qu’il fallait inclure la spiritualité ou les religions dans les savoirs traditionnels

¹⁴⁹ Daniel J. Gervais, *Spiritual but not Intellectual : the Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge*, 11 *Cardozo J. Int’l & Comp. L.* 467, 469 490 (2003).

¹⁵⁰ Gupta, A., “Rewarding Traditional Knowledge and Contemporary Grassroots Creativity : The Role of Intellectual Property Protection”, conservé dans les archives du Secrétariat.

¹⁵¹ Voir le *Rapport de l’OMPI sur les missions d’enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)* intitulé “Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle”, page 171, disponible à l’adresse https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/tk/768/wipo_pub_768.pdf.

¹⁵² Intervention de la délégation de la Nouvelle-Zélande durant la onzième session du comité. Voir le paragraphe 220 du rapport adopté durant la onzième session (WIPO/GRTKF/IC/11/15).

alors que d'autres étaient eux d'avis qu'il fallait limiter les savoirs traditionnels aux savoirs techniques¹⁵³;

– En règle générale, les savoirs traditionnels sacrés ne sont pas divulgués ou le sont dans des contextes et des conditions particuliers à des membres des communautés autochtones et locales, bien que certains savoirs puissent être divulgués aux personnes extérieures aux communautés autochtones et locales dans des conditions particulières. Ainsi qu'il est indiqué ci-dessus et dans le document "Projet d'analyse des lacunes y relatives : version révisée" (WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.), les savoirs traditionnels non divulgués peuvent être protégés en tant qu'éléments non divulgués par la législation internationale en matière de propriété intellectuelle. Néanmoins, des considérations particulières peuvent s'appliquer aux savoirs qui ont une valeur spirituelle et culturelle, et non commerciale, pour la communauté¹⁵⁴.

Sauvegarde

La *Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel* (2003) de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO) décrit les mesures de sauvegarde de la manière suivante : "mesures visant à assurer la viabilité du patrimoine culturel immatériel, y compris l'identification, la documentation, la recherche, la préservation, la protection, la promotion, la mise en valeur, la transmission, essentiellement par l'éducation formelle et non formelle, ainsi que la revitalisation des différents aspects de ce patrimoine". La sauvegarde se rapporte à l'adoption de mesures conservatoires visant à protéger certaines pratiques et idées culturelles considérées comme précieuses.

Savoirs autochtones

Les "savoirs autochtones" sont les savoirs détenus et utilisés par des communautés, des peuples et des nations qui sont "autochtones". Dans ce sens, les "savoirs autochtones" seraient les savoirs traditionnels des peuples autochtones. Les savoirs autochtones font donc partie de la catégorie des savoirs traditionnels mais les savoirs traditionnels ne sont pas nécessairement autochtones. Néanmoins, cette expression est aussi utilisée pour décrire les savoirs qui sont eux-mêmes "autochtones". Dans ce contexte, les expressions "savoirs traditionnels" et "savoirs autochtones" peuvent être interchangeables¹⁵⁵.

Savoirs traditionnels

Actuellement il n'existe aucune définition internationalement acceptée de l'expression "savoirs traditionnels".

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

¹⁵³ Intervention de la délégation du Japon durant la onzième session du comité. Voir le paragraphe 296 du rapport adopté durant la onzième session (WIPO/GRTKF/IC/11/15).

¹⁵⁴ La protection des savoirs traditionnels : projet d'analyse des lacunes y relatives : version révisée (WIPO/GRTKF/IC/13/5(b) Rev.), page 23 de l'annexe I, pages 11 et 16 de l'annexe II.

¹⁵⁵ Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), intitulé "Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle", page 23. Voir aussi le paragraphe 41 de l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9 intitulé "Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter".

ainsi que les expressions culturelles traditionnelles, y compris les signes distinctifs et symboles associés aux savoirs traditionnels.

Dans le débat au niveau international, l'expression "savoirs traditionnels" est utilisée au sens strict et s'entend des savoirs résultant d'une activité intellectuelle dans un contexte traditionnel, et comprend le savoir-faire, les pratiques, les techniques et les innovations.

Les savoirs traditionnels peuvent se présenter dans les contextes les plus variés, y compris : savoirs agricoles; les savoirs scientifiques; les savoirs techniques; les savoirs écologiques; les savoirs médicaux, y compris les médecines et remèdes connexes; et les savoirs liés à la biodiversité¹⁵⁶.

Savoirs traditionnels codifiés

On entend par "savoirs traditionnels codifiés" les savoirs traditionnels qui "se présentent sous une forme systématique et structurée, sont ordonnés, organisés, classés et catégorisés d'une certaine manière"¹⁵⁷.

Dans le domaine de la médecine traditionnelle, par exemple, l'Équipe Médecine traditionnelle de l'Organisation mondiale de la Santé (OMS) établit une distinction entre a) les systèmes *codifiés* de médecine traditionnelle, qui ont été divulgués par écrit dans des écritures anciennes et sont entièrement tombés dans le domaine public, tels que la médecine ayurvédique, divulguée dans des écritures sanskrites anciennes¹⁵⁸ ou la médecine traditionnelle chinoise, divulguée dans les textes médicaux chinois anciens¹⁵⁹; et b) les savoirs médicaux traditionnels *non codifiés*, qui n'ont pas été mis par écrit, ne sont en général pas divulgués par leurs détenteurs et sont transmis oralement de génération en génération. Ainsi, en Asie du Sud, les systèmes de savoirs codifiés comprennent la médecine ayurvédique, codifiée dans 54 livres faisant autorité, le système Siddha, codifié dans 29 livres faisant autorité, et le système Unani Tibb, codifié dans 13 livres faisant autorité¹⁶⁰.

Une autre distinction a été faite, à savoir que les savoirs traditionnels se répartissaient en deux catégories principales : i) les savoirs traditionnels codifiés, c'est-à-dire les savoirs traditionnels qui se présentent sous une forme écrite et qui relèvent du domaine public; et ii) les savoirs traditionnels non codifiés, qui font partie des traditions orales des communautés autochtones¹⁶¹. La "Liste et explication technique succincte des différentes formes sous

¹⁵⁶ Voir le Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999) intitulé "Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle", page 25, disponible à l'adresse <https://www.wipo.int/publications/fr/details.jsp?id=283&plang=EN>.

¹⁵⁷ Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9), paragraphe 16 de l'annexe.

¹⁵⁸ La médecine ayurvédique constitue un système codifié de médecine traditionnelle qui a été divulgué par écrit durant la période védique lorsque les Aryens ont réuni les quatre Veda (1500-1800 av. J.-C.), mentionnés de très nombreuses fois dans le Rigveda et l'Atharvaveda.

¹⁵⁹ La médecine traditionnelle chinoise a été pour la première fois codifiée et divulguée par écrit dans le Traité de médecine interne de l'Empereur Jaune, premier grand classique en la matière. Ce traité, dont l'élaboration a pris plusieurs siècles, a été publié entre 300 et 100 av. J.-C.

¹⁶⁰ En Inde, la première annexe de la loi n° 23 de 1940 sur les médicaments et les produits cosmétiques, telle que modifiée par la loi n° 71 de 1986 sur les médicaments et les produits cosmétiques, énumère expressément les livres faisant autorité pour les systèmes ayurvédiques, Siddha et Unani Tibb. Inventaire des bases de données existantes en ligne contenant des documents sur les savoirs traditionnels (WIPO/GRTKF/IC/3/6), paragraphe 8. Voir également l'ouvrage de Karin Timmermans et Togi Hutadjulu intitulé "The TRIPs Agreement and Pharmaceuticals : Report of an ASEAN Workshop on the TRIPs Agreement and its Impact on Pharmaceuticals", page 45.

¹⁶¹ Intervention de la délégation du Canada. Voir le rapport de la deuxième session (OMPI/GRTKF/IC/2/16), paragraphe 131.

lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter” (WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9) examine plus en détail les savoirs traditionnels codifiés et les savoirs traditionnels non codifiés.

Savoirs traditionnels divulgués

Le terme “savoirs traditionnels divulgués” désigne des “savoirs traditionnels qui sont accessibles aux personnes n’appartenant pas à la communauté autochtone ou locale considérée comme le ‘détenteur’ du savoir traditionnel; ces savoirs traditionnels peuvent être largement accessibles au public sur un support physique, l’Internet ou d’autres types de télécommunications ou d’enregistrements; ces savoirs peuvent être divulgués à des tiers ou à des personnes n’appartenant pas aux communautés autochtones et locales dont sont issus ces savoirs, avec ou sans l’autorisation des communautés autochtones et locales”¹⁶².

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

Secret

Ce qui est “secret” n’est pas porté à la connaissance de tiers ou n’est partagé qu’avec les personnes concernées (Black’s Law Dictionary). Les savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles “sacrés-secrets” ont un caractère secret ou sacré selon les lois et pratiques coutumières de leurs propriétaires traditionnels¹⁶³.

Source de ressources génétiques

Dans sa proposition intitulée “Déclaration de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet”, la délégation de la Suisse a proposé d’obliger les déposants de demandes de brevet à déclarer la “source” des ressources génétiques et des savoirs traditionnels. Elle a indiqué que “le terme “source” doit s’entendre au sens le plus large possible”, étant donné qu’une “multitude d’entités peuvent intervenir dans l’accès et le partage des avantages. Doit être déclarée en tant que source l’entité compétente pour 1) octroyer l’accès aux ressources génétiques ou aux savoirs traditionnels ou 2) participer au partage des avantages découlant de leur utilisation. Selon les ressources génétiques ou les savoirs traditionnels en cause, on peut distinguer, d’une part, des sources primaires, notamment les Parties contractantes donnant accès aux ressources génétiques¹⁶⁴, le système multilatéral du Traité international de l’Organisation des Nations Unies pour l’alimentation et l’agriculture (FAO)¹⁶⁵, les communautés autochtones et locales¹⁶⁶ et, d’autre part, des sources secondaires, notamment les collections *ex situ* et la littérature scientifique”¹⁶⁷.

Sui generis

Le Black’s Law Dictionary définit le terme “*sui generis*” de la manière suivante : “[*Du latin ‘de son espèce’*] De son espèce ou classe; unique ou particulier. Ce terme est utilisé en droit de propriété intellectuelle pour décrire un régime conçu pour protéger des droits qui ne relèvent

¹⁶² Paragraphe 4 de l’annexe de la Liste et explication technique succincte des différentes formes sous lesquelles les savoirs traditionnels peuvent se présenter (document WIPO/GRTKF/IC/17/INF/9).

¹⁶³ Partie I.4 du Cadre juridique régional du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture (2002).

¹⁶⁴ Voir les articles 15, 16 et 19 de la CDB.

¹⁶⁵ Voir les articles 10 à 13 du Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture.

¹⁶⁶ Voir l’article 8 j) de la CDB.

¹⁶⁷ Voir le document WIPO/GRTKF/IC/11/10.

pas de la doctrine relative aux brevets et aux marques, au droit d'auteur et aux secrets des affaires. Par exemple, une base de données peut ne pas être protégée par le droit d'auteur si son contenu n'est pas original, mais pourrait être protégée par une loi *sui generis* conçue à cet effet". Un système *sui generis* est un système conçu spécialement pour répondre à des besoins et à des difficultés sur une question précise. Il existe déjà plusieurs exemples de droits de propriété intellectuelle *sui generis*, tels que les droits d'obtenteur qui font l'objet de la *Convention internationale pour la protection des obtentions végétales* de 1991 ("Convention UPOV") et la protection des droits de propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés faisant l'objet du *Traité sur la propriété intellectuelle en matière de circuits intégrés* de 1989 ("Traité de Washington"), entre autres. La *loi panaméenne n° 20 du 26 juin 2000 sur le régime spécial de propriété intellectuelle régissant les droits collectifs des peuples autochtones pour la protection et la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels* est un régime *sui generis*.

Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture

Le Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (Traité international) a été adopté à la trente et unième session de la Conférence de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture le 3 novembre 2001 et il est entré en vigueur en 2004. Ce traité a pour objet : 1) de reconnaître l'énorme contribution des agriculteurs à la diversité des plantes qui nourrissent le monde; 2) de mettre en place un système mondial permettant aux agriculteurs, aux obtenteurs et aux chercheurs d'avoir accès au matériel phylogénétique; et 3) de faire en sorte que les destinataires partagent les avantages qu'ils tirent de l'utilisation de ces ressources génétiques avec les pays d'où elles proviennent¹⁶⁸.

Utilisation

Le *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation* (2010) définit le terme "utilisation des ressources génétiques" à l'article 2.c) comme suit : "les activités de recherche et de développement sur la composition génétique et/ou biochimique de ressources génétiques, notamment par l'application de la biotechnologie, conformément à la définition fournie à l'article 2 de la Convention".

Utilisation des expressions culturelles traditionnelles/savoirs traditionnels

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

Utilisation commerciale

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

¹⁶⁸ Article premier du Traité international.

Usage coutumier

Le *Cadre juridique régional du Pacifique pour la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la culture* (2002) définit l'usage coutumier comme "l'utilisation qui est faite de savoirs traditionnels ou d'expressions de la culture conformément aux lois et pratiques coutumières des propriétaires traditionnels".

L'expression "utilisation coutumière continue" renvoie à la persistance et à la nature vivante de l'utilisation des savoirs traditionnels ou des expressions culturelles traditionnelles par les communautés autochtones, conformément à leurs propres lois et pratiques coutumières.

Usage loyal

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

Usage ménager et usage à des fins de santé publique

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

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

Utilisation à des fins de recherche et d'enseignement

Dans le domaine des brevets, le Black's Law Dictionary définit l'expression "défense au titre de l'usage expérimental" de la manière suivante : "[tout] moyen de défense contre une action en atteinte au brevet intentée lorsque la création et l'utilisation de l'invention brevetée visent uniquement un but scientifique. Bien qu'il soit encore reconnu, ce moyen de défense est très limité et ne s'applique aujourd'hui plus qu'au domaine de la recherche visant à tester les revendications de l'inventeur". Il convient de noter que, bien que les droits de propriété intellectuelle soient des droits exclusifs, certaines exceptions et limitations relatives aux droits exclusifs existent. Par exemple, dans le domaine des brevets, un certain nombre de pays prévoient dans leur législation nationale des exceptions et limitations relatives aux droits exclusifs, par exemple, pour

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

Utilisation illicite¹⁶⁹

Dans le domaine des brevets, le Black's Law Dictionary définit le terme "utilisation illicite" de la manière suivante : "utilisation d'un brevet soit pour étendre indûment le monopole conféré à des biens non brevetés, soit pour violer les lois antitrust". D'une manière générale, il la définit comme une utilisation impropre, d'une manière non intentionnelle ou non prévisible.

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

[Fin de l'annexe et du document]

¹⁶⁹ Il a été proposé d'ajouter le terme "utilisation illicite" dans le texte du document intitulé "La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés" (WIPO/GRTKF/IC/18/5) par certaines délégations, telles que la délégation de l'Indonésie et la délégation du Mexique. Cependant, la délégation de l'Australie a noté que l'utilisation illicite était une expression utilisée dans le cadre de la CDB dans le projet du texte à négociateur relatif à un régime international d'accès et de partage des avantages en matière de ressources génétiques et de savoirs traditionnels associés. Elle était utilisée pour renvoyer aux actes qui étaient contraires aux conditions convenues d'un commun accord, alors que l'appropriation illicite renvoyait elle essentiellement aux actes d'acquisition sans consentement préalable en connaissance de cause. Elle a appelé à approfondir le débat sur le sens de ces expressions dans le cadre du présent comité et en ce qui concerne la propriété intellectuelle plutôt que l'accès aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques.