

Affranchissement des savoirs traditionnels des droits de propriété intellectuelle : une route pavée d'embuches.

Contribution à l'analyse des savoirs traditionnels à l'aune des dernières réflexions.

Mémoire réalisé par
VANESSA ADJAH

Promoteur
BERNARD MOUFFE

Année académique 2014-2015
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Table des matières

Introduction	p. 5
Chapitre I. Notions liminaires	p. 8
Section 1. Définitions et utilisation des termes	p. 8
§1- Détenteurs de savoirs traditionnels	p. 8
§2 - Savoirs traditionnels	p. 9
A. <i>Savoirs traditionnels stricto et lato sensu</i>	p. 9
B. <i>Dimension traditionnelle des savoirs traditionnels</i>	p. 13
C. <i>Mode de transmission des savoirs traditionnels</i>	p. 13
§3 - Expressions du folklore	p. 14
Section 2. Exemples de savoirs traditionnels	p. 16
§1 – Peuple Maori	p. 16
A. <i>Contexte historique</i>	p. 16
B. <i>Inadéquation du système de protection</i>	p. 17
C. <i>Adaptation du droit des marques aux besoins du peuple Maori</i>	p. 18
§2 - Affaire Hoodia	p. 21
Chapitre II. Inégalités que subissent les communautés en raison de la conjoncture sociale et de leur histoire coloniale	p. 25
Section 1. Contexte commercial entre les pays du Nord et du Sud	p. 25
Section 2. Réception de la propriété intellectuelle et consécration tardive des droits des autochtones	p. 27
Chapitre III. Quelle protection juridique pour les savoirs traditionnels ?	p. 31
Section 1. Intérêt d'une protection	p. 31
Section 2. Cadre international de politique générale	p. 33
§1 - Convention sur la Diversité Biologique	p. 34
§2 - Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle	p. 36
§3 - Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones	p. 38
§4 - Accords sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce	p. 41
Section 3. Protection positive : reconnaissance des droits de propriété intellectuelle sur les savoirs traditionnels	p. 43
§1 - Recours aux droits de propriété existants	p. 44
A. <i>Brevet</i>	p. 44
B. <i>Droit d'auteur</i>	p. 47
C. <i>Marque</i>	p. 49
D. <i>Indications géographiques et de provenance</i>	p. 50

E. <i>Secrets d'affaires</i>	p. 51
§2 – Adaptations des systèmes de propriété intellectuelle existants par le biais de mesures <i>sui generis</i>	p. 52
§3- Autres concepts juridiques pour la protection des savoirs traditionnels	p. 54
A. <i>Consentement éclairé préalable (Prior Informed Consent)</i>	p. 54
B. <i>Répartition équitable des bénéfices découlant de l'exploitation des savoirs traditionnels</i>	p. 55
§4- Utilisation des droits <i>sui generis</i> exclusifs	p. 56
Section 4. Protection défensive : garanties contre l'acquisition de droits de propriété intellectuelle illicites sur les savoirs traditionnels	p. 61
Conclusion	p. 63
Annexe	p. 66
I. Liste des différents termes utilisés pour les savoirs traditionnels	p. 66
II. Le koru du peuple Maori	p. 66
III. Le Ta moko	p. 67
IV. Hoodia gordonii	p. 68
Bibliographie	p. 69
Législation	p. 69
- Instruments internationaux	p. 69
- Dispositions nationales	p. 70
Doctrines	p. 70
- Ouvrages	p. 70
- Organisation mondiale de la propriété intellectuelle	p. 74
- Liens électroniques	p. 75
- Vidéos	p. 75

INTRODUCTION

Depuis quelques années, la communauté internationale, en particulier les entreprises des pays développés, connaît un regain d'intérêt pour les communautés traditionnelles et leurs ressources. Ces ressources sont aujourd'hui considérées pour le potentiel de développement qu'elles offrent.

Dans le même temps, les communautés traditionnelles sont préoccupées par une exploitation illégitime de leurs savoirs traditionnels. Le cas typique est celui d'un peuple traditionnel qui détient des savoirs ou des ressources importantes. Un autre groupe, généralement une entreprise issue d'un pays industrialisé¹, va s'emparer de ces savoirs et de ces ressources pour les commercialiser².

Ces communautés sont dépourvues d'outils pour se prémunir contre l'appropriation illégitime de leurs ressources³. Elles ne perçoivent généralement aucune reconnaissance et par conséquent aucune rémunération liée à l'exploitation de leurs ressources.

Indépendamment de la question financière, ces communautés veulent conserver leur héritage. Nous le verrons, la définition des savoirs traditionnels est à ce point large, qu'elle englobe toute une dimension théologique, presque de l'ordre du sacré⁴. Pareille appropriation viole donc la culture et les croyances de ces peuples.

C'est logiquement que les revendications se sont faites plus pressantes et plus nombreuses.

Dans cette optique, l'étude qui nous occupe va décrire les obstacles actuels à une protection des savoirs traditionnels et dans quelle mesure la propriété intellectuelle a contribué à la situation que nous connaissons.

La protection du patrimoine culturel traditionnel a toujours eu une grande importance, mais elle a acquis de nos jours une nouvelle résonance, notamment face au défi soulevé par la globalisation de l'économie mondiale.

¹ Généralement mais pas nécessairement.

² D. CASTLE et E.R. GOLD, «Traditional knowledge and benefit sharing: from compensation to transaction », *Paper presented at ICBR 8th International production*, Ravello, Italy, July 2004, p. 7, disponible sur [http://fepi.ipaam.br/biodiversidade/Artigos%20Cient%20C3%ADficos/Ingl%20C3%AAs/Traditional%20Knoeledge%20and%20Benefit%20Sharing_\(David%20Castle%20and%20E.%20Richard%20Gold\).pdf](http://fepi.ipaam.br/biodiversidade/Artigos%20Cient%20C3%ADficos/Ingl%20C3%AAs/Traditional%20Knoeledge%20and%20Benefit%20Sharing_(David%20Castle%20and%20E.%20Richard%20Gold).pdf).

³ G. DUTFIELD, « Protecting traditional knowledge and folklore », *Intellectual property: articles on cultural expressions and indigenous knowledge*, Antwerpen, Insertia, 2002, xx, p. 63.

⁴ G. DUTFIELD, «Protecting traditional knowledge and folklore», *ibidem*, p. 64.

Attendu que l'idée générale qui préside au droit économique international est celle du libre-échange, un des enjeux que les économistes demandent aux juristes de résoudre tient dans la tension entre la souveraineté des États et le libre échange.

Le libre échange d'après la majorité des économistes est un facteur qui augmente les richesses globales, mais ce libre échange ne dit rien sur les finalités et les redistributions que l'augmentation des richesses globales promet.

L'économie internationale et le droit économique international sont donc entièrement dominés par la croyance en la valeur supérieure d'une économie de marché où les frontières douanières entre les États sont aussi estompées que possible afin d'assurer au mieux la fluidité des échanges, notamment grâce au mécanisme des avantages comparatifs.

Toutefois, cela ne signifie pas encore que ces richesses globales créées par le libre-échange sont bien réparties entre les Nations et qu'elles profitent à tous. Et c'est une des raisons principales pour laquelle le libre-échange suscite tant d'hostilités⁵ de la part d'autant de personnes que de diverses associations.

Soulignons également que nous vivons dans un monde en constante interactions. L'échange marchand est à l'origine des interactions culturelles entre des communautés parfois très étrangères les unes aux autres. Le marché des biens a donc été traditionnellement la plateforme géographique variable, d'échanges d'informations et de diffusions d'innovations⁶.

Aujourd'hui, la compétitivité du marché contraint les entreprises⁷ à se lancer dans une concurrence acharnée. Elles sont sans cesse à la recherche de produits qui vont leur permettre de s'implanter sur un marché et de gagner des parts de marché.

Dans cette course effrénée à la réussite, les savoirs traditionnels, généralement à l'insu des communautés locales, contribuent une source abondante de nouveautés⁸.

⁵ Moteur du capitalisme mondialisé et institutionnalisé par l'Organisation Mondiale du Commerce.

⁶ Mais il faut cependant noter que ce n'est que très tardivement que ces informations et ces innovations ont été envisagées comme des choses, certes incorporelles, mais susceptibles néanmoins de faire l'objet d'une protection juridique par la reconnaissance d'un droit de propriété intellectuelle. Ces choses, devenues des biens juridiques et économiques par les droits qui les enveloppaient désormais, ont alors pu faire l'objet d'un marché spécifique qui s'est développé considérablement dans la seconde partie du XXe siècle, le marché des droits des brevets et des droits d'auteur.

⁷ Les savoirs traditionnels intéressent surtout l'industrie pharmaceutique, pour laquelle ils servent de catalogue de ressources et lui permettent d'économiser énormément d'argent. L'industrie cosmétique, également, utilise ces connaissances comme point de départ à l'identification de nouvelles recherches.

⁸ Les savoirs traditionnels sont une source abondante de produits pour les entreprises qui les exploitent, mais ce n'est pas une source intarissable. Cet élément est souvent omis par les entreprises qui exploitent alors les ressources jusqu'à épuisement ; R. DESAI, *Bushman's secret : one cactus stands between hope and hunger*, 2006.

L'importance prise par les savoirs traditionnels alimente les débats internationaux consacrés à des questions fort diverses : l'alimentation et l'agriculture, la diversité biologique, la désertification et l'environnement ; les droits de l'homme, la diversité culturelle et le commerce. Ces savoirs ont le potentiel de participer au développement économique des communautés traditionnelles ainsi que de leurs pays, et à ce titre, ils méritent une protection.

En outre, les savoirs traditionnels se situent à présent au cœur d'un débat de politique générale sur la propriété intellectuelle, ce qui amène à se poser un certain nombre de questions difficiles.

Le système de propriété intellectuelle est-il compatible avec les valeurs et les intérêts des communautés traditionnelles ou privilégie-t-il les droits individuels par rapports aux intérêts collectifs de la communauté ? Comment peut-on veiller – sur les plans juridique et pratique - à ce que les systèmes de propriété intellectuelle servent mieux les intérêts des communautés traditionnelles ⁹?

La présente étude vise à donner un aperçu des contributions de la scène internationale dans ce domaine complexe, analyse certains concepts fondamentaux et explique les stratégies nationales de protection des savoirs traditionnels contre leur utilisation abusive et leur appropriation illicite¹⁰.

En premier lieu, nous allons décrire les éléments caractéristiques qui entourent la notion des "savoirs traditionnels" (Chapitre 1).

Nous allons ensuite dépeindre le contexte commercial dans lequel nous vivons. Celui-ci sert de toile de fond à ce spectacle qu'offrent les savoirs traditionnels. La difficulté aujourd'hui éprouvée dans la recherche d'une protection, découle d'une longue histoire dont les États échouent à se défaire, notamment la politisation des forums nationaux (Chapitre 2).

Enfin, nous analyserons les efforts qui ont été consentis à l'échelle nationale pour garantir les savoirs traditionnels. Ensuite, nous passerons à l'examen des droits de propriété intellectuelle pour épinglez leurs limites. Ce constat nous mènera vers l'examen de mécanismes alternatifs qui offrent une base solide à la réflexion (Chapitre 3).

⁹ OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, Publication de l'OMPI n° 920, p. 5, disponible sur <http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/tk/920/wipo_pub_920.pdf>.

¹⁰ OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, Publication de l'OMPI n° 920, *ibidem*, p. 5.

Chapitre I. Notions liminaires

Section 1. Définitions et utilisation des termes

§1- Détenteurs de savoirs traditionnels

L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)¹¹, forum le plus actif dans la protection des savoirs traditionnels, utilise l'expression "détenteurs de savoirs traditionnels" 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 autochtones* »¹².

La notion de peuples autochtones a donné lieu à d'innombrables délibérations et études. La définition de la notion d'autochtone dans l'Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones¹³, est considérée comme une définition de travail acceptable par de nombreux peuples autochtones et les organismes qui les représentent.

Selon cette Étude, les communautés, peuples et nations autochtones sont « *ceux qui, ayant un lien historique avec des sociétés qui se sont développées sur leur territoire et qui existaient avant les invasions et la colonisation, se considèrent différents des autres secteurs des sociétés actuellement en place dans ces pays, ou parties de ces sociétés. Ils constituent actuellement des secteurs non dominants de la société et sont déterminés à conserver, développer et transmettre aux générations futures leurs territoires ancestraux et leur identité ethnique, qui constituent le fondement de leur existence continue en tant que peuples, dans le respect de leur modèle culturel, de leurs institutions sociales et de leur système juridique* »¹⁴.

Dans ce sens, on entendrait par savoirs autochtones, les savoirs traditionnels des peuples autochtones. Les savoirs autochtones font donc partie des savoirs traditionnels mais les savoirs traditionnels ne sont pas nécessairement autochtones¹⁵.

¹¹ L'OMPI sera mieux décrite dans la suite de l'étude.

¹² OMPI, *Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, Genève, 2001, p. 27, disponible sur www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/tk/768/wipo_pub_768.pdf.

¹³ La définition est établie par le rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de l'Organisation des Nations Unies, M. J. Martínez Cobo.

¹⁴ OMPI, *Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, op.cit., p. 23.

¹⁵ OMPI, *Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, ibidem, pp. 23-24.

Dans le cadre de notre étude, nous utiliserons la notion plus large de "communautés traditionnelles ou locales" qui englobe toutes les réalités possibles. Le terme de communautés autochtones sera aussi employé en conformité avec certaines dispositions dont le champ d'application se limite à ces dernières.

§2 - Savoirs traditionnels

A. *Savoirs traditionnels stricto et lato sensu*

Les auteurs, les associations et les personnes concernées, s'entendent sur le fait que les savoirs traditionnels sont une notion difficile à définir¹⁶. Aucune définition ne saurait rendre compte à elle seule de toute la diversité des savoirs dont les communautés traditionnelles sont les dépositaires¹⁷. Surtout, l'OMPI soutient qu'il n'est pas nécessaire d'offrir une définition complète et faisant autorité, des savoirs traditionnels pour développer un système juridique pour sa protection¹⁸. L'OMPI a toujours suggéré que la notion reste large pour offrir une plus grande sécurité¹⁹.

Une définition opérationnelle des savoirs traditionnels nécessite d'en déterminer les éléments essentiels²⁰, et non une description exhaustive de la notion. Une définition exhaustive, en dépit de la sécurité juridique qu'elle peut offrir²¹, pourrait se révéler impossible et insaisissable²².

Toutefois, l'OMPI dans le cadre de son travail a fait une ébauche de définition. Ce n'est qu'une expression de travail.

¹⁶ La définition est complexe parce que les peuples autochtones, les communautés et les nations peuvent être détenteurs de savoirs traditionnels, mais tous les détenteurs de savoirs traditionnels ne sont pas nécessairement des communautés indigènes. En outre, puisque les détenteurs de savoirs traditionnels sont à ce point diversifiés, il a été suggéré qu'il était impossible d'avoir une définition unique de la notion, Voy. J.J. OSEITUTU, "A *sui generis* regime for traditional knowledge : the cultural divide in intellectual property law", *Marquette intellectual property law review*, vol. 15, University of Pittsburg School of law, 2011, pp.158-159, <http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=iplr>

¹⁷ OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, *ibidem*, p. 4.

¹⁸ Pour une liste des différents termes qui sont utilisés pour désigner les savoirs traditionnels, WIPO, *Traditional knowledge – Operational terms and definitions*, 3rd report, WIPO/GRTKF/IC/3/9, p. 18. Liste disponible en Annexe (I).

¹⁹ N.P. DE CARVALHO, "From the Shaman's hut to the patent office: a road under construction. Biodiversity, biotechnology and traditional knowledge protection: law, science and practice", *Biodiversity and the law intellectual property: biotechnology and traditional knowledge*, London, Earthscan, 2007, xxxvi, p. 242-243.

²⁰ N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 242.

²¹ G. DUTFIELD, "Protecting traditional knowledge and folklore", *op. cit.*, p. 65.

²² N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 242; S. FRANKEL (sous la coordination de), «"Ka mate ka mate" and the protection of traditional knowledge», *Intellectual property at the edge: the contested contours of IP*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, xxxv, p. 196.

Tout d'abord, l'OMPI reconnaît aux communautés locales et autres détenteurs de savoirs traditionnels le droit de décider de ce qui constitue leurs propres savoirs, innovations, cultures et pratiques et de la façon dont ils doivent être définis²³.

Dans un second temps, le Secrétariat de l'OMPI a élaboré une définition de ces savoirs, à savoir « *les connaissances, le savoir-faire, les techniques et les pratiques qui sont élaborées, préservées et transmises d'une génération à l'autre au sein d'une communauté et qui font souvent partie intégrante de son identité culturelle ou spirituelle* »²⁴.

Le terme de savoirs traditionnels se réfère à « *des œuvres fondées sur la tradition littéraire, artistiques ou scientifiques, des performances, des inventions, des découvertes scientifiques, des dessins, des marques, des noms et symboles, des renseignements non divulgués et toutes autres innovations fondées sur les traditions et les créations résultant de l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire ou artistique* »²⁵.

Le Secrétariat ajoute que l'expression "fondée sur les traditions"²⁶ vise « *les systèmes de savoirs, les créations, les innovations et les expressions culturelles qui se transmettent généralement de génération en génération, qui sont généralement considérés comme appartenant à un peuple particulier ou à son territoire et qui sont en constante évolution en réponse à un environnement changeant* »²⁷.

²³ OMPI, *Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, p. 26.

²⁴ OMPI, *Savoirs traditionnels*, disponible sur <<http://www.wipo.int/tk/fr/tk/>>.

²⁵ En raison de la définition large qui s'impose, on peut distinguer différentes formes de savoirs traditionnels. On pense notamment aux savoirs traditionnels sur l'environnement (traditional ecological knowledge), les savoirs traditionnels qui se rapportent aux ressources génétiques et les savoirs traditionnels qui se rapportent à la culture et aux expressions de folklore ; Voy. WIPO, « Intellectual property needs and expectations of traditional knowledge holders » WIPO Report on fact-finding missions from 1998-1999, Geneva (Publication Number 768E) ; Voy. C. MC MANNIS et Y. TERAN (sous la direction de), « Trends and scenarios in the legal protection of traditional knowledge », *Intellectual property and human development. Current trends and future scenarios*, New York, Cambridge University Press, 2010, p. 144.

²⁶ Selon le rapport de l'OMPI, *les savoirs traditionnels peuvent comprendre les savoirs agricoles, scientifiques, techniques, écologiques, médicaux, y compris les médecines et remèdes connexes, les savoirs liés à la biodiversité, les "expressions du folklore" sous la forme de musiques, danses, chansons, produits de l'artisanat, dessins et modèles, histoires et objets d'art; les éléments linguistiques tels que des noms, des indications géographiques et des symboles, et les biens culturels meubles. Ne sont pas incorporés dans cette description des savoirs traditionnels les éléments ne résultant pas de l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique, tels que les restes humains, les langues en général et d'autres éléments sensibles du "patrimoine" au sens large* ; Voy. OMPI, *Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, p. 25.

²⁷ N. BRAHY et G. VAN OVERWALLE, *The property regime of biodiversity and traditional knowledge: institutions for conservation and innovation*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 289. L'idée selon laquelle les savoirs traditionnels sont en constante évolution est primordiale. Les détracteurs des savoirs traditionnels prétendent que les savoirs traditionnels sont archaïques et que les connaissances ne sont pas renouvelées.

En définitive, les savoirs traditionnels se distinguent en deux principales catégories. D'une part, les savoirs traditionnels font référence au savoir à proprement parler, aux idées développées par les communautés traditionnelles et les peuples autochtones, d'une manière traditionnelle et informelle, comme une réponse aux besoins imposés par leurs environnements physiques et culturels et qui servent de moyen d'identification culturelle.

D'autre part, les savoirs traditionnels font référence aux larges "expressions de folklore" ou "expressions de la culture traditionnelle", *tels que les expressions verbales (les contes, de la poésie, les devinettes, etc.), les expressions musicales (chansons et musique instrumentale), les spectacles (danses, pièces de théâtre et formes artistiques ou les rituels), qu'ils soient ou non sur un support matériel et les expressions tangibles (productions de l'art, tels que les dessins peintures, sculptures), les instruments de musique et les formes architecturales.*

Les deux catégories ensemble forment les savoirs traditionnels *lato sensu*²⁸.

Selon la définition suggérée ci-dessus, les principaux éléments de savoirs traditionnels *stricto sensu* sont les suivants. Premièrement, la création des savoirs traditionnels est un processus progressif et collectif, mais cela ne signifie pas que les savoirs traditionnels ne sont pas le produit d'individus. L'exigence générale est que les communautés traditionnelles doivent être identifiées comme un groupe distinct (sur base de critères linguistiques, ethniques ou religieux, ou une combinaison de ceux-ci) et doivent maintenir une relation étroite avec leur environnement géographique²⁹.

B. Dimension traditionnelle des savoirs traditionnels

Seulement les idées qui sont créées d'une manière traditionnelle et informelle constituent les savoirs traditionnels. Sont traditionnels les savoirs développés selon les règles, les protocoles et les coutumes d'une communauté, et non pas des objets anciens. En d'autres termes, l'adjectif

²⁸ N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 243 ; L'OMPI Définit les savoirs traditionnels au sens large comme les connaissances proprement dites ainsi que les expressions culturelles traditionnelles, y compris les signes distinctifs et les symboles associés aux savoirs traditionnels. Les savoirs traditionnels au sens strict désignent les connaissances en tant que telles, en particulier celles qui résultant de l'activité intellectuelle exercée dans un contexte traditionnel et comprennent le savoir-faire, les pratiques, les techniques et les innovations ; Voy. OMPI, *Savoirs traditionnels*, disponible sur <<http://www.wipo.int/tk/fr/tk/>> ; En raison de questions juridiques et politiques spécifiques soulevées par les expressions culturelles traditionnelles dans le contexte de la propriété intellectuelle, l'OMPI a séparé les deux notions. Les programmes de travail restent parallèles ; Voy. OMPI, *Expressions culturelles traditionnelles (Folklore)*, disponible sur <<http://www.wipo.int/tk/fr/folklore/>>.

²⁹ N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p 243.

traditionnel³⁰ qualifie la méthode de création des savoirs traditionnels et non la connaissance elle-même³¹.

Nombreux sont les auteurs qui défendent le fait que la notion de "traditionnel" ne vise pas un objet ancestral et anciens³². En effet, il appert que les antagonistes d'une protection accrue des savoirs traditionnels affirment à tort, que les savoirs traditionnels sont anciens et par conséquent ne sont pas innovateurs. Dans cette perspective ils ne mériteraient pas une protection.

Il s'agit d'une connaissance qui est élaborée, préservée et transmise au sein d'une communauté traditionnelle, et de génération en génération, parfois par le biais de systèmes coutumiers spécifiques de transmission de la connaissance. Une communauté peut considérer ses savoirs traditionnels comme faisant partie intégrante de son identité culturelle ou spirituelle. C'est donc le lien avec la communauté qui rend ces savoirs traditionnels³³.

Remarquons, les savoirs traditionnels font l'objet d'une évolution constante. Les communautés s'adaptent à leur environnement changeant et dans cette mesure, elles adaptent aussi leurs connaissances. Cet aspect contemporain est une raison de plus de mettre en place une protection juridique. Non seulement il est souhaitable d'élaborer une politique de protection qui fixe et préserve les savoirs traditionnels créés dans le passé, qui peuvent être sur le point de disparaître, mais il importe tout autant de réfléchir à la façon de respecter et de maintenir le développement et la diffusion de nouveaux savoirs traditionnels qui trouvent leur origine dans l'utilisation permanente des systèmes de savoirs traditionnels³⁴.

³⁰ G. DUTFIELD, *op. cit.*, p. 65; Voy. N.P. DE CARVALHO, *ibidem*, p. 244; Voy. N. BRAHY et G. VAN OVERWALLE, *op. cit.*, pp. 289-290, etc.

³¹ «Characteristically, traditional knowledge is thus knowledge that: is traditional only to the extent that its creation and use are part of the cultural traditions of a community—'traditional,' therefore, does not necessarily mean that the knowledge is ancient or static; is representative of the cultural values of a people and thus is generally held collectively; is not limited to any specific field of technology or the arts; is 'owned' by a community... », D. GERVAIS, *Traditional Knowledge et Intellectual Property: A TRIPS compatible approach*, Michigan State Law Review, 137, 2005, pp. 140–141, disponible sur http://www.academia.edu/7101177/Traditional_Knowledge_and_Intellectual_Property_A_TRIPS-Compatible_Approach.

³² OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, *ibidem*, p. 6.

³³ OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, *ibidem*, p. 6.

³⁴ OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, *ibidem*, p. 6.

C. Mode de transmission des savoirs traditionnels

Quant à l'informalité des savoirs traditionnels, il est entendu que la création ne comprend pas des processus formels d'invention et d'innovation. Les savoirs sont créés à travers des essais et des expériences³⁵. De ce fait, au sein d'une communauté, les savoirs sont transmis oralement.

Les savoirs traditionnels relèvent d'une conception du monde holistique qui les rend indissociables des modes de vie et des valeurs culturelles, des convictions spirituelles et des systèmes juridiques coutumiers d'un grand nombre de communautés³⁶.

Ils se composent consécutivement d'une dimension pratique (la réalisation) et d'une dimension spirituelle. Ces deux éléments spirituel et pratique ont pour même but de connecter la communauté avec son environnement. Souvent, la communauté traditionnelle tire son savoir des divinités ou dans la nature. La découverte de ces savoirs pour ces peuples, est la résultante d'une véritable union avec la nature et leur environnement. En d'autres termes, ce ne sont pas seulement les savoirs traditionnels qu'il est vital de pérenniser, mais aussi le milieu social et matériel dont ils font partie³⁷.

Par ailleurs, les savoirs traditionnels sont un moyen d'identification culturelle. En d'autres termes, même les éléments techniques des savoirs traditionnels, en raison de leur insertion particulière dans un contexte culturel, sont associés d'une manière indissociable avec l'identité de la communauté. Il doit y avoir un lien indissoluble qui relie les savoirs traditionnels à ses créateurs, une sorte de lien subtile mais spirituellement significatif³⁸.

Dans le cas par exemple des savoirs développés dans le domaine médical, ils sont administrés dans le respect de rituels. Ils seront administrés par une personne spécifique, qui au sein de la communauté a été choisie et gratifiée du don de guérison. Seule cette personne, en implorant ses Dieux, pourra pratiquer le rituel pour la guérison du malade³⁹.

Dans la perspective de développer un système de protection, il faut que cette dimension holistique des savoirs traditionnels soit comprise. Néanmoins, pour des raisons techniques, certaines législations nationales ont limité la portée de la protection. Ces législations ont

³⁵ N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 244 ; Voy. N. BRAHY et G. VAN OVERWALLE, *op. cit.*, p. 244.

³⁶ N.P. DE CARVALHO, *ibidem*, p. 244.

³⁷ OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, *ibidem*, p. 7.

³⁸ N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 244.

³⁹ Dans l'exemple des tatouages maoris, nous observons un respect de rites et de croyances. Dans la culture des Maoris, les tatouages Ta mako ne peuvent être faits que par une personne habilitée à le faire.

désigné d'autres éléments en plus de tout ou partie de ceux ci-dessus énoncés que les savoirs traditionnels doivent contenir afin d'obtenir une protection juridique^{40*41}.

§3 - Expressions du folklore

Comme nous l'avons souligné, la notion large des savoirs traditionnels comprend les "expressions de folklore". Selon la définition qu'en fait le Larousse, le folklore se décrit comme « *un ensemble de pratiques culturelles (croyances, rites, contes, légendes, fêtes, cultes, etc.) des sociétés traditionnelles* »^{42*43}.

Dans le cadre qui nous occupe, les expressions du folklore⁴⁴ désignent « *des productions se composant d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel développé et perpétué par une communauté ou par des individus reconnus comme répondant aux aspirations artistiques traditionnelles de cette communauté* »⁴⁵.

C'est un domaine de politique générale de l'ordre culturel et artistique⁴⁶.

Cependant, le patrimoine artistique s'entend au sens le plus large du terme et couvre tout patrimoine traditionnel faisant appel à notre sens esthétique. Les expressions verbales, les expressions musicales, les expressions corporelles et les expressions tangibles peuvent toutes se composer d'éléments caractéristiques du patrimoine artistique traditionnel et constituer des expressions du folklore protégées.

Dans le cadre de son travail, l'OMPI a adopté des modèles de protections : les "Dispositions types". Les dispositions types énumèrent à titre d'illustration les formes d'expressions du folklore les plus typiques. Celles-ci sont réparties en quatre groupes, à savoir les expressions verbales, les expressions musicales, les expressions corporelles et les expressions tangibles.

Les trois premiers types d'expressions ne doivent pas nécessairement être fixés sur un support. Concrètement, les mots n'ont pas besoin d'être écrits, la musique n'a pas besoin de faire l'objet d'une notation musicale et les danses n'ont pas besoin d'être mises sous forme de chorégraphie.

⁴⁰ On pense souvent à l'identification des communautés qui ont droit à la protection, la limitation de la portée de la protection et la sensibilité de l'utilisation commerciale d'éléments protégeables.

⁴¹ N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 244.

⁴² Larousse, définition disponible sur <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/folklore/34414>>.

⁴³ "Folklore", *Wikipedia*, disponible sur <<https://fr.wikipedia.org/wiki/Folklore>>.

⁴⁴ L'OMPI utilise le terme "expressions du folklore" au sens où il est utilisé dans les Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres actions dommageables (1982), élaborées par l'OMPI et l'UNESCO..

⁴⁵ Article 2 des Dispositions types.

⁴⁶ OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, *op. cit.*, p. 5.

Par contre, les expressions tangibles sont par définition incorporées dans un support permanent tel que la pierre, le bois, le tissu ou autre matériel.

À titre d'exemples, les Dispositions identifient, dans le premier cas, les contes populaires, la poésie populaire et les énigmes. Dans le deuxième cas, les chansons et la musique instrumentale populaires. Dans le troisième cas, les danses et spectacles populaires ainsi que les expressions artistiques des rituels. Dans le quatrième cas, en définitive, nous comptons les dessins, peintures, ciselures, sculptures, poteries, terres cuites, mosaïques, travaux sur bois, objets métalliques, bijoux, vanneries, travaux d'aiguille, textiles, tapis, costumes, les instruments de musique et les ouvrages d'architecture⁴⁷.

⁴⁷ OMPI, *Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, op. cit., p. 27.

Section 2. Exemples de savoirs traditionnels

Ce type d'enjeu se fait autour de toutes sortes de cas concrets dont nous citons deux exemples⁴⁸.

§1 – Peuple Maori

A. Contexte historique

Certaines cultures sont parvenues à mettre en place une protection de certaines composantes de leurs cultures, notamment le peuple Maori qui a trouvé dans le droit des marques, un outil pour protéger et garantir le respect de sa culture et son identité.

Les Maoris sont des populations polynésiennes autochtones de la Nouvelle-Zélande. Ils s'y seraient installés par vagues successives à partir du VIII^e siècle⁴⁹. On situe approximativement la découverte de la Nouvelle-Zélande au XVII^e siècle⁵⁰. En 1769, l'explorateur anglais James Cook vient s'installer en Nouvelle-Zélande. Il sera suivi d'explorateurs espagnols, français et anglais⁵¹.

À partir de cette période, la Nouvelle-Zélande va connaître un essor du commerce externe. Mais dès les années 1800, au sein du peuple Maori régnait un sentiment d'exploitation et le besoin d'un cadre juridique pour encadrer leur développement.

Un groupe de chefs Maoris (ne représentant toutefois pas l'ensemble des tribus) et un représentant de la Couronne, William Hobson, se réunissent dans la Bay of Islands, le 6

⁴⁸ En vertu d'un accord, les guérisseurs traditionnels du Samoa ont reçu une partie des bénéfices tirés d'un nouveau médicament contre le sida dont la mise en point s'inspire de leur connaissance de l'arbre Mamala. La tribu des Kani, en Inde du Sud a reçu une partie des bénéfices tirés d'un nouveau médicament pour sportifs appelé Jeevanu, qui est un agent de lutte contre le stress et la fatigue dont la mise au point s'appuie sur sa connaissance de la plante médicinale Arogyapaacha. Les chercheurs indiens du Tropical Botanic Garden and Research Institute (TBGRI) se sont appuyés sur le savoir-faire de ces tribus pour mettre au point le médicament, cité par OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, *ibidem*, p. 7.

⁴⁹ C. HEATH et A. KAMPERMAN SANDERS, *New frontiers of intellectual property law: IP and cultural heritage, geographical indications, enforcement and protection*, Oxford, Hart, 2005, XX, p. 72 ; Voy. « Maoris Nouvelle-Zélande », *Wikipedia*, disponible sur http://fr.wikipedia.org/wiki/Maoris_%28Nouvelle-Z%C3%A9lande%29.

⁵⁰ C. HEATH et A. KAMPERMAN SANDERS, *op. cit.*, p.72.

⁵¹ « Alors que la colonisation de l'Australie est bien avancée et que les différents conflits se sont apaisés en Europe, la Couronne britannique, sous la pression d'un certain nombre de ses hommes politiques, estime qu'il est temps d'annexer la Nouvelle-Zélande. En effet, la France menace de bientôt s'ancrer dans l'île du Sud près de Christchurch et plusieurs riches communautés commencent à se comporter en républiques autonomes. Le gouvernement colonial ayant poussé, pour une gestion coloniale simplifiée, au regroupement des Maoris en une Confédération des Tribus Unies de Nouvelle-Zélande, n'a plus qu'à demander à celle-ci, en échange de garanties de protection, de consentir formellement à un transfert de souveraineté - de fait l'annexion du pays », cité par « Le traité de Waitangi, document fondateur de la Nouvelle-Zélande », *Frogs*, disponible sur <http://www.frogs-in-nz.com/Infos-voyageurs/Histoire-de-Nouvelle-Zelande/Le-traite-de-Waitangi-document-fondateur-de-la-Nouvelle-Zelande>.

Février 1840, pour conclure le Traité de Waitangi^{52*}⁵³. Le traité va recevoir ensuite des signatures d'autres chefs. Par ce traité, les chefs confèrent à la Couronne d'Angleterre pleine souveraineté sur la Nouvelle-Zélande, en échange de laquelle les Maoris se voient reconnaître certaines garanties relatives aux conditions de cession de leurs terres et à leur participation aux décisions politiques à l'échelle de la colonie⁵⁴.

B. Inadéquation du système de protection

Suite à la signature de ce traité, les Maoris ont été démunis de leurs droits. Il a fallu que la communauté lutte pour que ses intérêts soient reconnus et respectés.

Le réflexe a été de recourir au régime de propriété intellectuelle pour protéger les savoirs traditionnels du peuple Maori. Il s'agit bel et bien d'un réflexe dans la mesure où les droits de propriété intellectuelle sont les uniques droits qui semblent être compatibles avec la forme des savoirs traditionnels. Le fait est que⁵⁵, le système de propriété intellectuelle tel qu'il existe, n'est pas adapté aux revendications des peuples indigènes.

Les outils de protection de la propriété intellectuelle en Nouvelle-Zélande couvrent notamment les droits de brevet, le droit d'auteur, le droit des marques, le secret et le droit des dessins et modèles. A l'époque où les auteurs analysaient la situation des Maoris, la Nouvelle-Zélande comptait six législations sur la propriété intellectuelle⁵⁶.

Les différentes formes de droit ont été envisagées. C'est dans le droit des marques que le peuple Maori a trouvé une solution.

En premier lieu, le droit d'auteur⁵⁷ a été examiné. En Belgique, le droit d'auteur est réglementé par la loi sur le droit d'auteur de 1994. En droit néo-zélandais, le droit d'auteur est réglementé par le Copyright Act de 1994.

⁵² E. GRAY, « Maori culture and trade mark law in New Zealand », *New frontiers of intellectual property law: IP and cultural heritage, geographical indications, enforcement and protection*, Oxford, Hart, 2005, pp. 72-73.

⁵³ S. FRANKEL, *op. cit.*, pp. 201-202.

⁵⁴ « Le traité de Waitangi, document fondateur de la Nouvelle-Zélande », *Frogs*, disponible sur <<http://www.frogs-in-nz.com/Infos-voyageurs/Histoire-de-Nouvelle-Zelande/Le-traite-de-Waitangi-document-fondateur-de-la-Nouvelle-Zelande>>.

⁵⁵ Nombreux sont les auteurs qui en toute objectivité, observent que les mécanismes existants de la propriété intellectuelle ne correspondent pas aux dits savoirs. En l'occurrence pour le peuple Maori, il est dit que leur objectif est d'assurer une utilisation respectueuse et juste de leurs savoirs. Dans cette optique, le régime occidental de propriété intellectuelle, en ce qu'il confère un droit exclusif ne répond pas à cet objectif ; Voy. E. GRAY., *op. cit.*, p. 79 ; S. FRANKEL, *op. cit.*, pp. 193-209.

⁵⁶ Pour un catalogue actuel des législations sur la propriété intellectuelle en Nouvelle-Zélande, consulter : <<http://www.wipo.int/wipolex/fr/profile.jsp?code=NZ>>.

⁵⁷ Les caractéristiques du droit d'auteur seront amplement détaillées *supra*.

Comme la plupart des pays⁵⁸, le régime néo-zélandais de la propriété intellectuelle est inspiré du système mis en place en Occident. Par conséquent la protection qui est offerte par le droit d'auteur n'est pas adéquate aux caractéristiques et aux besoins du peuple Maori⁵⁹.

En second lieu, le droit de brevet⁶⁰ a été envisagé. Le brevet est surtout utilisé dans le domaine de la médecine. En droit néo-zélandais, le droit de brevet est régi par le Patents Act de 1953. La reconnaissance des savoirs traditionnels par le droit de brevet présente les mêmes difficultés que le droit d'auteur. L'incompatibilité tient à la protection limitée dans le temps, aux conditions complexes de brevetabilité⁶¹, aux coûts de la procédure⁶² et en définitive, à la nature même du brevet qui, est un droit individuel⁶³.

C. Adaptation du droit des marques aux besoins du peuple Maori

En définitive, les Maoris ont trouvé une forme de protection à travers le droit des marques.

La réflexion s'est mise en marche en raison de nombreux cas d'appropriation⁶⁴. Le premier exemple emblématique est celui du *koru*⁶⁵, identifié comme l'emblème de la compagnie aérienne Air New-Zealand depuis 1973⁶⁶.

Le signe a fait l'objet d'un enregistrement en 1998 sans la permission du peuple Maori⁶⁷. L'objectif des communautés traditionnelles n'est pas que financier, cet exemple l'illustre à la perfection. En l'espèce, face aux revendications des Maoris, la compagnie a retiré son symbole des lieux qui pouvaient constituer une offense à leur culture⁶⁸. Le *koru* a été retiré de tout endroit où il pouvait être piétiné et où toute personne pouvait seoir.

⁵⁸ La Convention de Berne de 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques.

⁵⁹ E. GRAY., *op. cit.*, pp. 76-77.

⁶⁰ Les caractéristiques du droit des brevets seront amplement décrites *supra*.


⁶¹ Pour être breveté, l'invention ou le procédé doit être nouveau ou inventif. Parce que la plupart des savoirs traditionnels maoris sont connus depuis des générations, ils ne peuvent être considérés comme nouveaux ou inventifs.

⁶² T. SIMEONE, « Connaissances traditionnelles autochtones et droits de propriété intellectuelle », *Division des affaires politiques et sociales*, p. 5, disponible sur <http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0338-f.htm> ; Voy. N. BRAHY et G. VAN OVERWALLE, *op. cit.*, p.307.

⁶³ E. GRAY., *op. cit.*, p. 77.

⁶⁴ WIPO, *Report of the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Fourth Session, Geneva, 9-17, December 2002, Annex II, pp. 5-6.

⁶⁵ Le *koru* est souvent utilisé comme le symbole de la renaissance, la croissance, la force et la paix.

⁶⁶  AIR NEW ZEALAND, disponible sur <http://www.airnewzealand.co.uk/home>.

⁶⁷ J. WEIR, *Culturally sensitive Air NZ removes koru symbol*, The dominion INL, 28 March 1998, cité par E. GRAY., *op. cit.*, p. 79.

⁶⁸ E. GRAY., *ibidem*, p. 79.

Autre exemple d'appropriation notoire est celui des tatouages *tā moko*⁶⁹. Avant l'influence européenne, beaucoup, sinon la plupart des personnes de haut rang ont reçu le *tā moko*. Le *tā moko* constitue aussi un jalon important entre l'enfance et l'âge adulte, et a été accompagné par de nombreux rites et rituels.

Au cours des dernières années, le monde s'est intéressé aux tatouages maoris. C'est l'utilisation faite par des célébrités, telles que Robbie Williams, Ben Harper et Jean Paul Gaultier, lors d'un défilé en 2007 qui a animé le débat.

Le *tā moko* n'est pas à prendre à la légère et est considéré comme étant sacré, voilà pourquoi son détournement par les non-Maoris est considéré comme une faute grave⁷⁰. Même la pratique du tatouage doit être normalement faite par une personne habilitée à le faire, c'est-à-dire, une personne qui dans leur communauté a été initiée à ce savoir.

Pour répondre à la problématique culturellement sensible des tatouages Maoris, le Te Uhi, un groupe Mataora favorise l'utilisation de la *kirituhi*, terme qui a maintenant gagné une large acceptation. Le *Kirituhi* traduit littéralement signifie "la peau tirée." Par opposition au *tā moko* qui nécessite un processus de consentement, la généalogie et de l'information historique, le *Kirituhi* est simplement un design avec une influence Maoris qui peut être appliqué sans réserve⁷¹.

Aux termes de longues consultations, inspirées de ces cas et sur initiative du Maori Trade Marks Focus Group, la loi sur le droit des marques, Trade marks Act 2002 a été adoptée, faisant suite au Trade marks Act de 1953.

Il existe dorénavant une procédure spécifique pour les marques sur base de mots ou d'images Maoris. Dans le préambule, de cette loi, l'objectif de répondre aux revendications des Maoris⁷² est fixé parmi les différentes finalités.



69

Le *tā moko* se distingue des tatouages en ce que la peau est sculptée plutôt que perforée, laissant la peau avec des rainures, plutôt qu'une surface lisse ; Voy. « *Tā Moko* », *Wikipedia*, disponible sur <https://en.wikipedia.org/wiki/T%C4%81_moko>.

⁷⁰ E. GRAY., *op. cit.*, p. 80.

⁷¹ « *Tā Moko* », *Wikipedia*, disponible sur <https://en.wikipedia.org/wiki/T%C4%81_moko>.

⁷² Trade Marks Act 2002, s3(c) de la loi néo-zélandais stipule: « *address Māori concerns relating to the registration of trade marks that contain a Māori sign, including imagery and text; and* ». Le texte est disponible sur <<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0049/latest/whole.html#DLM164459>>.

En particulier, la section 17 de la loi interdit « *l'enregistrement d'une marque susceptible de constituer une offense à un nombre significatif de la communauté, y compris les Maoris* »⁷³. Dans cette optique, un Advisory Committee a été mis sur pied pour conseiller l'office qui enregistre les marques. L'intervention de ce comité vise à garantir que les marques soient respectueuses de la culture Maori⁷⁴.

En résumé, la loi de 2002 a élargi les motifs sur lesquels une marque peut être refusée à l'enregistrement. En outre, elle offre aujourd'hui une prise de décision plus objective à travers l'intervention du Advisory Committee⁷⁵.

Cette loi offre un modèle de législation que les gouvernements peuvent mettre en place au niveau national. Il faut faire intervenir les peuples dans le processus législatif et que leurs intérêts soient formellement inscrits dans une loi. C'est ce qui a permis en l'espèce de rencontrer au mieux les besoins des Maoris.

Néanmoins, la critique principale que nous pouvons avancer tient au fait que la loi ne prend pas en compte les usurpations des savoirs Maori. Un élément important que la loi ne vise pas est l'utilisation non enregistrée de mots et d'images Maoris. La protection qu'offre la loi se limite à la demande d'une marque.

En outre, une fois qu'une marque est enregistrée, il n'y a pas de contrôle sur les utilisations futures qui peuvent être choquantes pour les Maoris⁷⁶. De ce fait, la loi de 2002 est une belle amorce, qui mérite toutefois quelques réflexions.

Dans le domaine de l'art, une initiative remarquable doit être mentionnée. Le Creative NZ, un organe du gouvernement néo-zélandais a déposé la marque Toi Iho⁷⁷. Toi Iho est la marque mondialement reconnue, qui atteste de la qualité et de l'authenticité de l'art maori et des artistes. C'est une initiative culturelle exceptionnelle par et pour les peuples autochtones de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à Genève.

⁷³ Trade Marks Act 2002, s17 (1)(c), disponible sur <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0049/latest/DLM164459.html>.

⁷⁴ Trade Marks Act 2002, s178 dispose: « *The function of the advisory committee is to advise the Commissioner whether the proposed use or registration of a trade mark that is, or appears to be, derivative of a Māori sign, including text and imagery, is, or is likely to be, offensive to Māori* ».

⁷⁵ E. GRAY., *op. cit.*, p. 88.

⁷⁶ E. GRAY., *ibidem*, p. 90.



⁷⁷ , Pour plus d'informations, consulter <<http://www.toiio.co.nz/>>.

§2 - Affaire Hoodia⁷⁸

La relation entre les droits de propriété intellectuelle, le partage des bénéfices et la protection des savoirs traditionnels est une question internationale qui implique de nombreuses parties. L'affaire Hoodia est un cas illustre d'usurpation des savoirs et des ressources traditionnelles d'un peuple au bénéfice d'une entreprise.

Le *Hoodia gordonii* est une espèce de plante appartenant au genre Hoodia de la famille des Apocynacées⁷⁹, originaire du désert du Kalahari⁸⁰. Le Hoodia est connu pour être un coupe-faim naturel⁸¹ consommé en particulier par les Sans de Namibie et d'Afrique du Sud.

L'utilisation du Hoodia par les populations indigènes d'Afrique du Sud est connue depuis longtemps⁸². Le Hoodia y est principalement utilisé comme médicament pour éviter les indigestions et les infections mineures⁸³.

C'est une plante rare et aujourd'hui protégée, étant inscrite depuis janvier 2005 à l'Annexe II de la Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (CITES) comme toutes les espèces du genre Hoodia⁸⁴.

C'est dans l'ignorance du peuple San, le Conseil pour la Recherche Scientifique et Industrielle (CSIR) Sud-Africain en 1960, a commencé les études sur la plante. Le CSIR sous l'Apartheid avait considéré que les ressources de l'Afrique du Sud leur revenaient, ignorant les droits des peuples autochtones⁸⁵. Après 30 ans de recherches, la molécule active (P57) a été isolée, et, en 2001, le CSIR a finalement concédé les droits de développement de la

⁷⁸ WIPO, *Case study : Hoodia Plant*, January 2008, disponible sur http://www.wipo.int/export/sites/www/academy/en/about/global_network/educational_materials/cs1_hoodia.pdf.

⁷⁹ « Hoodia Gordonii », CITES, disponible sur https://cites.org/eng/gallery/species/other_plant/Hoodia_gordonii.html.

⁸⁰ Le Désert du Kalahari est situé entre les bassins des fleuves Zambèze et Orange, couvre une large partie du Botswana et s'étend vers la Namibie et l'Afrique du Sud sur une superficie d'environ 900 000 km² ; « Désert du Kalahari », *Wikipedia*, disponible sur https://fr.wikipedia.org/wiki/D%C3%A9sert_du_Kalahari ;

⁸¹ Quand on mange, la glycémie augmente et le cerveau en est averti et émet un signal de satiété. Selon les scientifiques, le Hoodia contient une molécule 10 000 fois plus active que le glucose. Le signal arrive donc immédiatement au cerveau et coupe l'envie de manger. Le Hoodia agit comme un leurre sans effet secondaire et sans mettre l'organisme en situation de surchauffe.

⁸² C. MC MANNIS et Y. TERAN, *op. cit.*, p. 152.

⁸³ Les chasseurs qui partent en chasse pour de longs voyages, les utilisent également comme coupe-faim depuis des milliers d'années. En outre, elle leur permet de rester hydratés pendant ces longs voyages loin du village.

⁸⁴ Annexes I II et III du CITES, disponible sur <https://www.cites.org/fr/app/appendices.php>.

⁸⁵ R. DESAI, *Bushman's secret: one cactus stands between hope and hunger*, 2006, disponible sur <http://www.brooklynfilmfestival.org/films/detail.asp?fid=715>.

molécule et la mise en route d'un système de production durable à la société britannique Phytopharm⁸⁶.

Les San, avec l'aide d'associations, ont menacé de poursuivre le CSIR pour bio piraterie mais ce dernier a allégué n'avoir pu contacter ce peuple nomade et qu'il était prévu de régler la question du partage équitable des profits, après s'être assuré de l'efficacité du médicament⁸⁷. Le Conseil San a fait valoir que le CSIR n'a pas consulté le peuple San, ni reconnu leur rôle en tant que premiers détenteurs des connaissances sur les propriétés du Hoodia, en dépit des principes énoncés par la CDB et les lignes directrices de Bonn.

Dès lors, le CSIR a conclu avec les San un accord, qui prévoit le versement sur quatre années au Conseil San qui représente la tribu des chasseurs Bushmans, de la somme de 1,5 millions de dollars en cas de réussite commerciale⁸⁸.

En dépit du fait que l'accord ait essuyé des critiques, il sert de modèle pour de futurs accords de partage des bénéfices. Il sert aussi de modèle pour tout autre mécanisme susceptible d'atteindre cet objectif.

Mais revenons un instant sur les critiques ; cet accord est un succès en demi-teinte. Le fait est que le CSIR a présenté cette plante au monde menant à une surexploitation de celle-ci⁸⁹. Il faut souligner également l'attention sur le fait que l'accord n'offre qu'une rémunération sur une période limitée ; quant à notre humble avis, elle devrait s'étendre sur une période plus longue d'exploitation (10 ans)⁹⁰.

⁸⁶ Le CSIR a breveté la molécule du hoodia dans l'ignorance totale du peuple San. L'affaire a eu un tel écho médiatique que le CSIR a dû réagir. Sans l'attention médiatique et l'aide d'un groupement, Survival, le CSIR ne serait probablement pas entré en négociation avec les représentants du peuple San. En mars 2003 un accord est enfin signé entre le CSIR et le représentant des Bushman. Les images de ce moment sont disponibles dans le documentaire de R. DESAI, *Bushman's secret: one cactus stands between hope and hunger*, 2006 ; Voy. « Bushmen win royalties for their desert expertise », *Survival*, June 2003, disponible sur <http://www.survivalinternational.org/news/83>.

⁸⁷ Dans le documentaire de R. DESAI, nous apprenons que le peuple San n'a pas souhaité contester le brevet par faute de moyens. Le gouvernement de Namibie avait considéré cette hypothèse et s'était rétracté pour les mêmes raisons.

L'objectif principal une fois que le brevet avait été accordé était de veiller à ce que le peuple San jouisse d'une part aux bénéfices découlant de la commercialisation du hoodia. Surtout, l'objectif était d'offrir une reconnaissance adéquate dans le cadre juridique sud-africain, des droits du peuple San. Cela démontre que les intérêts des communautés traditionnelles ne se résument pas à des prétentions financières.

⁸⁸ Le peuple San d'Afrique Sud s'est vu octroyé du CSIR une redevance de 6% de tous les revenus tirés du hoodia. De même, la communauté a reçu 8% des revenus perçus par le CSIR en vertu de son contrat de licence avec la société Phytopharm. On estime ces revenus à EUR 5 millions. Bien qu'importante, cette somme ne représente qu'une infime partie des recettes liées à l'exploitation de la plante.

⁸⁹ R. DESAI, *Bushman's secret: one cactus stands between hope and hunger*, 2006.

⁹⁰ C'est un constat récurrent, à savoir que dans le processus contractuel, les négociations se font au détriment des communautés locales.

En outre, les revenus que perçoit le peuple San se limitent à l'accord passé avec le CSIR, alors qu'à l'international le produit a été commercialisé par de nombreux investisseurs. Ceux-là agissent non seulement en violation des principes de la CDB, mais aussi en violation des droits de propriété intellectuelle.

Indépendamment de l'accord conclu entre le CSIR et le Conseil San, le gouvernement sud-africain a été proactif. La législation sur la biodiversité en Afrique du Sud est faible en termes de reconnaissance des droits coutumiers des communautés.

De manière générale, l'utilisation des ressources biologiques en Afrique du Sud est soumise à un système de permis. Le gouvernement Sud-africain émet des permis aux chercheurs pour faire de la recherche sur les plantes.

Toutefois, les communautés autochtones ne sont normalement pas impliquées dans la prise de décision par laquelle les permis sont délivrés ou refusés aux candidats potentiels. Dès lors, les communautés ne sont pas légalement habilitées à contrôler l'accès à leurs ressources et éviter le détournement et la surexploitation des ressources sur leur territoire⁹¹.

Le gouvernement a tout de même pris l'initiative de présenter le Hoodia à la CITES en octobre 2004⁹². La CITES a renforcé la protection du Hoodia en ajoutant qu'il ne pouvait être exporté en tant que produit amaigrissant et que seuls restaient autorisés les échanges scientifiques vers les collections ou pour constituer des herbiers⁹³.

Enfin, l'affaire du Hoodia atteste de la nécessité d'avoir un consentement préalable et éclairé des détenteurs de savoirs traditionnels et, dans l'hypothèse où le consentement a été octroyé, de veiller à ce que les communautés participent aux avantages qui découlent de l'exploitation commerciale de leurs savoirs⁹⁴. Enfin, elle démontre de l'importance pour les

⁹¹ T. MAHOP MARCELIN, « Biodiversity Regulatory Options: Involvement of Rural Communities in Decision-Making Processes in South Africa », *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 8(6), pp. 809-824, cité par V. MUNOZ TELLEZ, *Recognising the traditional knowledge of the San people : The Hoodia case of benefit-sharing*, p. 1, disponible sur <http://www.ipngos.org/NGO%20Briefings/Hoodia%20case%20of%20benefit%20sharing.pdf>.

⁹² Voir en Annexe.

⁹³ Le CITES ou Convention de Washington, est un accord international entre États. La Convention a pour but de veiller à ce que le commerce international des spécimens d'animaux et de plantes sauvages ne menace pas la survie des espèces auxquelles ils appartiennent. On estime que le commerce international des espèces sauvages représente des milliards de dollars par an et qu'il porte sur des centaines de millions de spécimens de plantes et d'animaux. De nombreuses espèces sauvages faisant l'objet d'un commerce ne sont pas en danger d'extinction mais l'existence d'un accord garantissant un commerce durable est importante pour préserver ces ressources pour l'avenir. Les espèces couvertes par la CITES sont inscrites à l'une des trois annexes de la Convention selon le degré de protection dont elles ont besoin. Un spécimen d'une espèce CITES ne peut être importé dans un État Partie à la Convention ou en être exporté. Pour plus d'informations, consulter https://cites.org/fra/disc/AC_PC.php.

⁹⁴ V. MUNOZ TELLEZ, *op. cit.*, p. 3.

Etats d'adopter un cadre réglementaire capable de protéger correctement les savoirs traditionnels. Il faut souligner également l'importance de recourir à des mécanismes juridiques alternatifs comme la CITES.

Chapitre II. Inégalités que subissent les communautés en raison de la conjoncture sociale et de leur histoire coloniale

Section 1. Contexte commercial entre les pays du Nord et du Sud^{95*96}

La problématique des savoirs traditionnels s'inscrit dans un contexte plus large que celui de la propriété intellectuelle. Ce contexte résulte notamment de facteurs historiques et politiques qui amenuisent les perspectives de protection.

Depuis des siècles, les inégalités dans le monde sont de plus en plus intenses entre le Nord et le Sud. La notion des pays du Nord et du Sud n'est plus aussi homogène qu'auparavant.

On compte parmi les pays du Sud, des pays émergents⁹⁷, des pays de revenus intermédiaires et des pays en voie de développement⁹⁸ ; cette dernière catégorie comprend essentiellement les pays africains⁹⁹. Les relations entre les pays du Nord et du Sud ne peuvent donc pas être homogénéisées car il y a des inégalités au sein même de ces groupes de pays.

Nous nous appesantirons sur la position des pays en voie de développement.

Au cours de la période qui marquera la fin du système colonial, qui se situe entre 1945 et 1960 pour la plupart des pays colonisés, les États en Asie et en Afrique proclament solennellement leur volonté d'indépendance, de neutralité et de non alignement lors de la conférence de Bandoeng en Indonésie en 1955, qui constituera pour de nombreux historiens, l'acte de naissance du Sud en tant qu'entité¹⁰⁰.

En 1960, la rupture entre l'Union soviétique et la Chine est définitive, et dix-sept pays africains obtiennent leur indépendance. Cette période est d'abord faite de rivalités entre les deux pôles. Les années qui suivent vont être plus axées sur la croissance économique des États nouvellement indépendants. Les pays occidentaux qui, sous la pression des mouvements

⁹⁵S. DI MAIO, D. EPELBAUM, C. GUEYDAN, M. HANCHERLI et T. HOPPE, *Les relations entre pays du Nord et du Sud*, pp. 2-6, disponible sur <<http://www.emse.fr/site/publications/relations-nord-sud.pdf>>.

⁹⁶R. BLEIN, « Des conventions de Yaoundé à l'Accord de Cotonou : 40 ans de "je t'aime moi non plus" ! », disponible sur <<http://www.inter-reseaux.org/IMG/pdf/2intro.pdf>>.

⁹⁷ On parle de pays émergents pour désigner les pays qui offrent des opportunités pour les investisseurs. Il n'existe pas de liste officielle des pays émergents car elle varie selon les époques. L'année passée on comptait au nombre des pays émergents, la Chine, la Corée du Sud et la Malaisie, pour ne citer que ces trois États. Pour plus d'informations, consulter <<http://www.bloomberg.com/visual-data/best-and-worst/best-emerging-markets-2014-countries>>.

⁹⁸ On peut aussi retrouver la notion de Pays Moins Avancés (PMA) pour désigner les pays en voie de développement.

⁹⁹Pour la définition du Sud, se reporter à OGM et relations Nord-SUD, INA-PG, disponible sur <http://www.inapg.inra.fr/ens_rech/bio/biotech/textes/societe/economie/ogm/ogm-rel-ns.html>.

¹⁰⁰ S. DI MAIO, D. EPELBAUM, C. GUEYDAN, M. HANCHERLI et T. HOPPE, *op. cit.*, pp. 6-7.

d'indépendance, ont décolonisé de nombreux territoires, vont alors développer des relations bilatérales avec leurs anciennes colonies¹⁰¹. Le but du développement pour ces nouveaux États, est d'élargir à l'ensemble de la population visée, les biens tout d'abord primordiaux, puis secondaires. Ceci passe par une augmentation du pouvoir d'achat.

Depuis 1990, les rapports entre les pays du Nord et du Sud, peuvent de moins en moins être compris indépendamment du contexte actuel de mondialisation. La mondialisation implique l'unification du monde à partir d'un système économique qui s'étend à tous les continents. La mondialisation est aussi source de revenus pour les pays qui accueillent la délocalisation et les investisseurs étrangers.

Toutefois, la mondialisation est dénoncée pour ses effets pervers. L'un des effets pervers de la mondialisation est par exemple la montée de l'appropriation des territoires étrangers par les multinationales. En effet, les multinationales lorsqu'elles s'implantent dans certains pays étrangers, n'hésitent pas à user des ressources disponibles¹⁰², jusqu'à s'en approprier.

En outre, les impacts environnementaux ne sont pas négligeables dans la mesure où les multinationales participent à une exploitation excessive des ressources de ces pays¹⁰³. Les populations de ces pays, témoins de ce triste spectacle, sont dépourvues des outils nécessaires pour préserver leurs ressources.

Sur le plan financier, le déséquilibre dans la répartition des moyens d'existence est en constante croissance. Les multinationales disposent d'un grand pouvoir, elles détiennent la plus grande part des richesses¹⁰⁴. Contrairement à ces dernières, les pays du Sud ont une économie précaire. Les pays africains se sont extrêmement endettés à la suite de prêts contractés pour les aider à leur développement et restent aujourd'hui en défaut face à leurs engagements.

¹⁰¹ Différents accords ont été signés à cette époque. On cite notamment la Convention de Yaoundé signée le 20 Juillet 1963, entre la Communauté européenne des six et 18 pays africains, l'Alliance pour le progrès de la Conférence des Nations Unies pour le Commerce Et le Développement. On arrive enfin à l'Accord de Cotonou signé le 23 Juin 2000 qui marque un changement important dans la coopération entre l'Union Européenne et les Etas d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP).

¹⁰² Si on considère par exemple la situation de la Côte d'Ivoire dans les vingt dernières années, on peut établir que sa couverture forestière a été amoindrie à cause de l'exploitation excessive des multinationales. Il s'ensuit des problèmes écologiques sévères comme l'augmentation de l'effet de serre, la diminution des terres arables et des réserves d'eau. Mais de nombreuses associations et mouvements écologistes s'emploient à sensibiliser les pays du Nord à cette situation environnementale en vue d'adopter de nouveaux comportements sociétaux.

¹⁰³ N. BRAHY et G. VAN OVERWALLE, *op. cit.*, pp. 309-310.

¹⁰⁴ Pour plus d'informations sur les plus grandes multinationales, consulter <<http://www.bloomberg.com/europe>>.

À l'issue de leurs études, les chercheurs sont arrivés à la conclusion que les pays du Nord ne parviennent pas réellement à lutter contre les inégalités à la fois économiques, politiques et environnementales qui existent entre eux et les pays du Sud¹⁰⁵. Cette situation peu équitable est aggravée par la dette si encombrante des pays du Sud qui ont un niveau de développement très inférieur à ceux du Nord.

Il revient aux gouvernements des États détenteurs, de défendre avec ardeur les intérêts de leurs communautés. Dans une problématique comme celle du commerce des savoirs traditionnels, il faut adopter une réflexion large et sur le long terme. Les revenus qui découlent des savoirs traditionnels sont colossaux et peuvent aisément participer au développement économique des États.

Mais seuls, ils n'y parviendront pas. Il faut aussi que les pays consommateurs, sensibilisés par l'objectif général, mettent les moyens en œuvre pour une protection effective des savoirs traditionnels.

Section 2. Réception de la propriété intellectuelle et consécration tardive des droits des autochtones

En Afrique, en Asie et dans le Pacifique, l'introduction formelle des lois de propriété intellectuelle a commencé au 19^e siècle^{106*107}, et a été menée par les puissances coloniales européennes.

Stimulés par le Congrès de Berlin de 1884, les colonisateurs ont rapidement décidé d'imposer de nouvelles lois, des autorités et des institutions sur l'ensemble de leurs territoires respectifs dans le but de réglementer les relations des populations locales d'avec celles de leurs propres citoyens. Ce faisant, les grandes puissances coloniales, notamment la France et la Grande-Bretagne, ont mis sur pied les fondements pour une influence durable sur le développement

¹⁰⁵ S. DI MAIO, D. EPELBAUM, C. GUEYDAN, M. HANCHERLI et T. HOPPE, *op. cit.*, pp. 9-11.

¹⁰⁶ C. DEERE, *The implementing game: the TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries*, New York, Oxford University Press, 2011, p. 36.

¹⁰⁷ Le premier contact des pays en développement avec le droit international de propriété intellectuelle a commencé à la fin du 19^e siècle avec l'adoption des premiers instruments de protection de la propriété intellectuelle, à savoir la Convention internationale de 1883 pour la Protection de la propriété industrielle (Convention de Paris) et en 1886, la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques. Ensemble, ces deux traités ont été conçus pour améliorer le degré de protection que les détenteurs de propriété intellectuelle avaient auprès des juridictions étrangères et de remplacer les rapports souples des arrangements réciproques que les puissances européennes avaient déjà inclus dans certains de leurs traités commerciaux bilatéraux, C. DEERE, *op. cit.*, p. 36.

juridique dans les pays en voie de développement et sur la façon dont la loi a été perçue et comprise¹⁰⁸.

Le savoir traditionnel et les ressources génétiques des communautés traditionnelles n'ont pas été consacrés dans les traités sur la propriété intellectuelle du XIX^e siècle et de la majeure partie du XX^e siècle. Cette omission s'explique au moins par deux facteurs.

Le premier est lié au fait que les droits autochtones ont été plus généralement ignorés par les instruments des droits de la personne pendant la majeure partie du XX^e siècle.

Ce n'est que tardivement que le droit international a remédié à cette omission. Tout d'abord, l'Organisation Internationale du Travail (OIT) a adopté en 1989 la Convention 169 relative aux peuples indigènes et tribaux qui garantit notamment « *la protection effective de leurs droits de propriété et de possession* »^{109*110}.

Dans la mesure où les droits de la personne des autochtones ont été omis, leur savoir traditionnel également a été nié de toute protection, alors que ce savoir contribue au développement de la science moderne¹¹¹.

Le second facteur de l'omission des droits des autochtones dans les traités répond plus particulièrement de la nature de la propriété intellectuelle qui ne correspond pas à la réalité des communautés traditionnelles. La propriété intellectuelle offre, moyennant un coût, un droit exclusif à son titulaire pour une période limitée.

Depuis lors, les communautés locales et les peuples autochtones ont acquis une reconnaissance plus large de leurs richesses culturelles et intellectuelles. Les communautés traditionnelles ont aussi acquis une meilleure expertise dans la gestion de leurs ressources naturelles, dans l'agriculture et dans les connaissances médicinales.

Les savoirs traditionnels sont considérés comme une source prometteuse de technologies pour le développement durable¹¹². Paradoxalement, en raison d'un intérêt grandissant à leur égard, les savoirs traditionnels ont rapidement évolué¹¹³. Face à cet attrait accru, des préoccupations de deux ordres ont été soulevées¹¹⁴.

¹⁰⁸ C. DEERE, *op. cit.*, p. 35.

¹⁰⁹ Article 14.2 de la Convention n°169 de l'OIT.

¹¹⁰ Ce n'est que plus tard que les droits des groupes d'individus et des communautés ont été intégrés dans l'interprétation des instruments onusiens des droits de la personne.

¹¹¹ P. N. DESAI, «Traditional knowledge and intellectual property protection: past and future», *Science and Public Policy*, 2007, 34, pp. 188-190.

¹¹² G. DUTFIELD, *op. cit.*, p. 63.

¹¹³ N. BRAHY et G. VAN OVERWALLE, *op. cit.*, p. 287.

¹¹⁴ N. PIRES DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 244.

La première est que la plupart des connaissances de ces peuples fait l'objet de détournements par les entreprises, en particulier celles des pays développés, et sont utilisés pour mettre au point de nouveaux produits tels que des produits pharmaceutiques, des produits cosmétiques ou encore dans le domaine de l'agriculture. Souvent, ces peuples sont privés de la liberté de prévenir ou de contrôler l'utilisation commerciale que font ces entreprises de leurs connaissances, de leurs œuvres folkloriques et expressions, et de bénéficier financièrement de cette commercialisation.

Souvent, ces peuples ne reçoivent même pas la moindre reconnaissance¹¹⁵ pour leur contribution à la conservation des savoirs traditionnels. Non seulement les peuples autochtones se sentent exploités par cette situation, mais ils craignent également que les entreprises puissent utiliser la protection de la propriété intellectuelle pour les empêcher d'échanger, de faire du commerce et développer de nouvelles connaissances ainsi que des technologies et des produits basés sur ces connaissances¹¹⁶.

La deuxième préoccupation est que nombre des savoirs traditionnels, œuvres folkloriques et expressions, sont sacrés, ou ils ont une grande signification culturelle¹¹⁷. Les peuples concernés ne veulent pas que ces savoirs soient utilisés par d'autres à d'autres fins¹¹⁸. Néanmoins, ces savoirs sont souvent adoptés ou adaptés en dehors de leur contexte culturel authentique¹¹⁹. Dans le chef des communautés locales, cela peut être vécu comme une violation de leurs croyances et de leurs intérêts. Ils se sentent démunis face à un système qui les rend muets et qui pourrait être une véritable menace pour la diversité culturelle.

Par conséquent, ces peuples, les gouvernements de leurs pays et leurs partisans, en appellent à une protection juridique des savoirs traditionnels et du folklore, soit par des droits de propriété intellectuelle, soit par des alternatives^{120*}¹²¹.

Pour de nombreux pays, c'est une préoccupation importante. Mais nous soulignons que le droit n'est que le reflet des rapports de force existants à une époque donnée dans un milieu donné et par conséquent, ce rapport de force s'étend au village planétaire qui est celui du

¹¹⁵ R. DESAI, *Bushman's secret: one cactus stands between hope and hunger*, 2006.

¹¹⁶ G. DUTFIELD, *op. cit.*, pp. 63-64.

¹¹⁷ C'est la dimension holistique propre aux savoirs traditionnels.

¹¹⁸ L'exemple du peuple Maori; Voy. E. GRAY, *op. cit.*, p. 75 ; Voy. J. C. LAI, *Indigenous cultural heritage and intellectual property rights. Learning from the New Zealand experience?*, Switzerland, Springer, 2014, p. 21.

¹¹⁹ Dans l'actualité récente, nombreuses sont les communautés qui se sont plaintes de "réappropriation culturelle", notamment en Inde. Les Indiens sont offensés par l'utilisation à l'étranger du Bindi.

¹²⁰ G. DUTFIELD, *op. cit.*, p. 64.

¹²¹ Nombreux sont les auteurs qui préconisent comme alternative (ou en complément) aux droits de propriété intellectuelle, d'utiliser le droit des contrats pour encadrer l'utilisation des savoirs traditionnels.

monde actuel. Les pays du Nord développés ont un avantage face aux pays du Sud dont les économies sont précaires.

L'arsenal juridique jusqu'ici mis en place pour la reconnaissance et la défense des savoirs traditionnels traîne à prendre en compte véritablement la protection de ces savoirs en tant que propriétés intrinsèques de ces peuples, d'autant plus qu'il a été inspiré par les pays développés.

Chapitre III. Quelle protection juridique pour les savoirs traditionnels ?

Section 1. Intérêt d'une protection

Les communautés traditionnelles sont préoccupées par l'exploitation illégitime de leurs savoirs traditionnels. Le cas typique est celui d'un peuple traditionnel qui détient des savoirs ou des ressources importantes. Un autre groupe, généralement une entreprise issue d'un pays industrialisé¹²², va s'emparer de ces savoirs et de ces ressources pour les commercialiser¹²³.

La problématique met deux réalités en tension. D'une part, il est entendu que les savoirs dans la nature doivent rester en l'état, et par conséquent sont accessibles au public sans la moindre contrainte. D'autre part, les savoirs traditionnels sont la connaissance d'un sujet détenu par certains. En raison de leur nature, ils nécessitent des mécanismes efficaces de protection qui vont les maintenir en état¹²⁴.

En effet, les savoirs traditionnels peuvent comprendre des connaissances factuelles, mais la définition opérationnelle proposée ci-dessus est principalement en lien avec des idées créatives et des expressions. Le parallèle avec des savoirs traditionnels factuels, qui sont généralement purement des biens du domaine public¹²⁵, est que les savoirs traditionnels sont d'un point de vue technique, faciles à copier¹²⁶. Toutefois, sans l'intervention des communautés traditionnelles, les vertus des plantes, les œuvres littéraires et les œuvres artisanales n'auraient pas été découvertes¹²⁷. Nous ne pouvons donc pas déceimment considérer que les savoirs se trouvent dans le domaine public.

Dans cette mesure, la protection des savoirs traditionnels s'explique pour plusieurs raisons.

La protection des savoirs traditionnels aura peut-être l'avantage de générer une incitation à documenter et préserver ces savoirs, les protégeant ainsi de leur perte complète. Bien sûr, cet avantage dépendra de la configuration qui est accordée aux mécanismes juridiques adoptés. Mais les différents régimes juridiques de protection *sui generis* adoptés jusqu'ici ont insisté sur la nécessité de la documentation, soit comme une condition indispensable pour la

¹²² Généralement mais pas nécessairement!

¹²³ E.R. GOLD et CASTLE, *op. cit.*, p. 7.

¹²⁴ N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 244.

¹²⁵ J. J. OSEITUTU, *op. cit.*, pp. 190-192. Au sein des différents forums de réflexion, la notion de domaine public, a été considérée comme une construction euro-centrée. Dans cette mesure, les lois qui sont adoptées seront toujours incompatibles parce que le cadre de réflexion n'est pas le plus compatible.

¹²⁶ N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 244.

¹²⁷ Dans l'affaire Hoodia qui sera amplement explicitée supra, le CSIR avait conduit quelques recherches auprès du peuple San sur les vertus de la plante. L'intérêt pour la plante croit à la suite de ces études.

protection de ces savoirs traditionnels (mécanisme constitutif), soit comme un élément de preuve de la propriété (instrument déclaratoire)¹²⁸.

La protection des savoirs traditionnels se justifie également en raison de la valeur économique de ces derniers¹²⁹. Généralement, les savoirs traditionnels sont exploités notamment, dans le domaine pharmaceutique, comme un outil pour l'étude et l'expérimentation. Ils représentent pour les laboratoires une source abondante de ressources avec une probabilité de rendement élevé.

Pourtant, certains émettent des doutes sur la valeur économique des savoirs traditionnels, à cause de la conception erronée que les savoirs traditionnels sont anciens et inertes, et donc, tombent dans le domaine public¹³⁰. Comme évoqué précédemment, les savoirs traditionnels ne sont pas nécessairement vieux car ils continuent d'évoluer par l'action des communautés traditionnelles. Un système qui protège les détenteurs de savoirs traditionnels contre le détournement et l'appropriation illicite qu'ils subissent, peut en effet favoriser la contribution des communautés traditionnelles dans les activités créatives¹³¹, plutôt que de les réduire au secret.

De surcroît, nombre de documentations ont révélé que les savoirs traditionnels sont chef de file pour l'identification des plantes qui peuvent être utilisées comme matières premières pour la parfumerie.

Les savoirs traditionnels sont également utilisés par les communautés traditionnelles et les populations pauvres comme une alternative aux systèmes de santé publique inexistants ou inaccessibles dans les pays en développement¹³².

Le Secrétariat de l'OMPI a identifié une autre raison économique pour protéger les savoirs traditionnels des communautés traditionnelles qui vivent dans la pauvreté, et qui pourtant sont potentiellement riches en actifs incorporels. L'idée consiste à capitaliser les actifs incorporels pour qu'ils deviennent des outils de développement économique.

Par ailleurs, l'efficacité de la protection des savoirs traditionnels doit aussi être évaluée en termes de réduction des coûts de transaction dans les opérations commerciales impliquant le transfert et l'utilisation des savoirs traditionnels ainsi que leur appropriation. L'absence d'un

¹²⁸ N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 245.

¹²⁹ Il y a 30 ans, on estimait les revenus du marché sur les médicaments à base de plantes, à 43 milliards EUR ; cité par G. DUTFIELD, p. 68.

¹³⁰ J. J. OSEITUTU, *op. cit.*, pp. 190-192

¹³¹ N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 246.

¹³² N.P. DE CARVALHO, *ibidem*, p. 246.

cadre juridique clair pour les savoirs traditionnels a donné lieu à une perception généralisée que toute tentative par une entreprise d'approcher une communauté traditionnelle pour évaluer l'utilité technique et commerciale d'une ressource traditionnelle¹³³, est une usurpation¹³⁴ potentielle^{135*}¹³⁶. Les entreprises bien qu'elles soient réticentes à l'élaboration d'un régime juridique plus protecteur des détenteurs de savoirs traditionnels, seront les premières à bénéficier d'une telle protection, eu égard à la sécurité juridique qui va en découler.

Sur le plan interne, la reconnaissance des savoirs traditionnels pourrait contribuer à promouvoir le développement des entreprises autonomes fondées sur l'artisanat relatif aux savoirs traditionnels.

Les instruments de propriété intellectuelle sont encore envisagés pour protéger les savoirs traditionnels contre toute déformation ou autres atteintes, même pour leurs détenteurs, qui ne souhaitent pas les mettre dans le commerce. La protection des savoirs traditionnels visent un partage équitable des bénéfices tirés de l'exploitation des savoirs traditionnels, mais surtout un respect des croyances des détenteurs de ces savoirs^{137*}¹³⁸.

Cette liste, non exhaustive, démontre de l'importance des savoirs traditionnels. Pour répondre à ces demandes, les États ont eu recours d'abord, aux régimes formels de la propriété intellectuelle. Dans un second temps, les communautés traditionnelles ont développés leurs propres mécanismes pour éviter le parasitisme et l'appropriation illicite de leurs savoirs traditionnels par des concurrents internes ou étrangers¹³⁹.

Section 2. Cadre international de politique générale

La protection des savoirs traditionnels met en jeu d'importantes questions de politique générale qui dépassent le champ d'application de la propriété intellectuelle.

Les pays en voie de développement et les différentes associations utilisent de plus en plus les forums comme l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), la Convention sur la Diversité Biologique (CDB), l'Organisation Mondiale sur la Propriété Intellectuelle et la Déclaration

¹³³ La notion de bio piraterie à proprement parler, vise la « *subtilisation des ressources animales ou végétales* ».

¹³⁴ Dans le texte original, c'est le terme anglais « Rip off », qui renvoie plus à l'idée d'une relation inégale où l'une des parties, la plus faible est abusée. Le terme est certes sévère mais il exprime bien ce qui se joue sur la scène internationale.

¹³⁵ N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 246.

¹³⁶ N.P. DE CARVALHO, *ibidem*, p. 247.

¹³⁷ N.P. DE CARVALHO, *ibidem*, p. 247.

¹³⁸ S. FRANKEL, *op. cit.*, p. 206.

¹³⁹ N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 246.

des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones pour exprimer leurs préoccupations au sujet de l'usurpation des savoirs traditionnels. Ils interviennent véritablement pour proposer des mesures visant à protéger les savoirs traditionnels légalement et empêcher leur détournement par l'industrie à travers l'abus des droits de propriété intellectuelle.

D'autres mécanismes internationaux, que nous ne décrivons pas dans ce cadre sont également utilisés, à savoir : le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE)¹⁴⁰, la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification¹⁴¹, la Déclaration d'Alma-Ata¹⁴², la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED)¹⁴³, l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO)¹⁴⁴ et la Convention de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV)¹⁴⁵. Au sein des Nations Unies, d'autres organismes mènent également des activités dans le domaine de la protection des savoirs traditionnels.

§1 - Convention sur la Diversité Biologique

D'ordinaire, la Convention sur la diversité biologique est utilisée comme un cadre nécessaire et utile à l'établissement d'un système juridique efficace pour les ressources biologiques. C'est un des principaux malentendus actuels dans le débat sur la protection des savoirs traditionnels¹⁴⁶.

¹⁴⁰ Dans le cadre de son initiative, le PNUE s'emploie à observer, suivre et analyser l'état de l'environnement mondial, et à faire avancer la connaissance scientifique. Elle étudie également les modalités de changement de l'environnement et des modes de gestion fondés sur des politiques nationales et des accords internationaux orientés vers l'action. Pour plus d'informations, voir <www.unep.org>.

¹⁴¹ Conclu en 1994, la Convention a prévu la protection des savoirs traditionnels dans l'environnement écologique ainsi que le partage des avantages découlant de toute exploitation commerciale de ces savoirs traditionnels. Pour plus d'informations, voir <www.unccd.int>.

¹⁴² En 1978, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a mesuré pour la première fois l'importance de la médecine traditionnelle en tant que source de soins de santé primaires au travers de la Déclaration. Pour avoir plus d'informations, voir <www.who.int>.

¹⁴³ En 2000, la CNUCED a, dans son plan d'action, souligné qu'il importait d'étudier les moyens de protéger les savoirs traditionnels, les innovations et les pratiques des communautés locales et autochtones et de renforcer la coopération en matière de recherche-développement dans le domaine des technologies associées à l'utilisation durable des ressources biologiques. Pour plus d'informations, voir <www.unctad.org>.

¹⁴⁴ La Conférence de la FAO a adopté le Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, qui prévoit, la reconnaissance des droits des agriculteurs, notamment la protection des savoirs traditionnels concernant les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Pour plus d'informations, voir <www.fao.org>.

¹⁴⁵ L'UPOV prévoit une forme *sui generis* de protection par la propriété intellectuelle spécifiquement adaptée à la sélection végétale, afin d'encourager le développement de nouvelles obtentions végétales. Pour plus d'informations, voir <www.upov.int>.

¹⁴⁶ N.P. DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 262.

La CDB qui a été ouverte à la signature au Sommet de la Terre à Rio de Janeiro en 1992^{147*148*149}, vise à promouvoir la conservation, l'utilisation durable, l'accès facile et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques.

La CDB a créé un cadre légal afin que l'utilisation des savoirs et ressources soit toujours conforme à son objectif. Elle prévoit la forme de l'exploitation commerciale dans son article 8j) qui dispose que :

« Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques ».

Cette disposition telle qu'elle est formulée ne concourt pas à la protection des savoirs traditionnels à proprement parler. Son champ d'application se limite aux ressources génétiques. Tout de même, la CDB reconnaît que les communautés autochtones et locales sont au cœur de la promotion de la conservation *in situ* de la biodiversité et de son développement durable.

L'approche utilisée par la Convention est celle de l'utilisation rationnelle ou durable des ressources et des savoirs traditionnels. Le principe du partage juste et équitable des bénéfices¹⁵⁰, de l'accès aux ressources¹⁵¹, ainsi que la nécessité du consentement préalable en

¹⁴⁷ La Convention a été ouverte à la signature le 5 juin 1992 lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (le « Sommet de la Terre » de Rio). Elle est restée ouverte à la signature jusqu'au 4 juin 1993, période au cours de laquelle elle a reçu 168 signatures. La Convention est entrée en vigueur le 29 décembre 1993, 90 jours après la 30^e ratification. La première session de la Conférence des Parties a eu lieu du 28 novembre au 9 décembre 1994 dans les Bahamas, Pour plus d'informations, <<https://www.cbd.int/history/>>.

¹⁴⁸ En 2015, la Convention sur la diversité biologique comptait 196 Parties (168 signatures) avec l'absence notoire des États-Unis. Les États-Unis n'ont pas ratifié la CDB pour satisfaire le lobby des laboratoires pharmaceutiques et autres industries. Les entreprises américaines et particulièrement les laboratoires pharmaceutiques craignaient, que pareille ratification n'emporte une protection excessive de la propriété intellectuelle associée à l'utilisation de leurs produits de matériel génétique provenant de plantes ou d'animaux.

¹⁴⁹ G. DOSI et J.E. STIGLITZ, «The role of intellectual property rights in the development process, with some lessons from developed countries : an introduction », *Intellectual property rights, legal and economic challenges for development*, Oxford University Press, Great Clarendon Street, Oxford, 2014, p. 2; C.R. MC MANIS, *op. cit.*, p. 1 ; Liste des Parties accessible sur <<https://www.cbd.int/information/parties.shtml>>/

¹⁵⁰ Article 15.5 de la CDB.

¹⁵¹ Article 15.2 de la CDB.

connaissance de cause¹⁵², sont consacrés à l'article 15 de la CDB. Le partage juste et équitable des bénéfices représente l'objectif de la politique économique de la Convention, puisqu'elle a également comme but le développement socio-économique des pays du Sud, outre la conservation de la biodiversité mondiale. Le partage des avantages apparaît donc comme un moyen pour diminuer les différences économiques, scientifiques et technologiques entre les parties contractantes.

Le fait est que la CDB encourage les Etats membres à développer un arsenal juridique pour garantir la protection des savoirs mais ne fournit pas les instruments pour le faire¹⁵³. Par conséquent, les pays sont encouragés à élaborer des politiques et de la législation nationale afin de partager de manière équitable les résultats de la recherche.

Dans cette optique, les États détenteurs de savoirs traditionnels peuvent largement s'inspirer des modèles voisins ou des instruments qui sont adoptés à l'échelle internationale. Mais, il est nécessaire que les organismes internationaux participent au processus en offrant leur expertise de la réglementation.

§2 - Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle

L'OMPI est une institution des Nations Unies, comprenant 188 Parties. Sa mission consiste à promouvoir l'élaboration d'un système international de la propriété intellectuelle équilibré et efficace.

Depuis les années 1970, l'OMPI, en collaboration avec l'United Nations Economic, Social Cultural Organization (UNESCO)¹⁵⁴ a organisé une série de réunions sur le folklore qui a culminé sur l'adoption du Model Provisions en 1982. En 1984, sur base du Model Provisions, ils ont poursuivi la réflexion pour établir un traité international de protection des savoirs

¹⁵² Article 15.5 de la CDB.

¹⁵³ Un Groupe de travail a été créé en 1998 par la 4^e Conférence des parties de la CDB sur la mise en œuvre de l'article 8j). À la 5^e Conférence des parties, en 2000 ce Groupe a établi un programme de travail pour rendre effectives les dispositions de cet article. Le programme de travail a énormément évolué. Il est d'abord parti d'une piste de réflexions sur les droits de propriété intellectuelle pour, en 2006, aboutir à une réflexion sur des systèmes *sui generis*. Le CDB et l'OMPI ont joint leurs ressources pour, en 2008, présenter leurs résultats à la 9^e Conférence des parties à Bonn. Ils ont adopté les Considérations relatives aux lignes directrices pour la documentation des connaissances traditionnelles, ainsi que des éléments d'un Code de conduite éthique pour les parties. Bonn Guidelines on access to genetic resources and fair and equitable sharing of the benefits arising out of their utilization, disponible sur <<https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-en.pdf>>.

¹⁵⁴ L'intérêt de l'UNESCO dans les savoirs traditionnels et le folklore découle de ses études sur l'Homme et la Biosphère et sur le patrimoine culturel immatériel. Depuis lors, c'est essentiellement à travers sa collaboration avec l'OMPI que l'UNESCO marque la réflexion sur les savoirs traditionnels. Seule, l'UNESCO a adopté le 15 novembre 1989, la Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire, disponible sur <http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13141etURL_DO=DO_TOPICetURL_SECTION=201.html>.

traditionnels et du folklore. En somme, l'OMPI s'intéresse tant à la dimension internationale des savoirs traditionnels, qu'à la coopération avec d'autres organisations internationales, et au renforcement des capacités et à la mise en commun des données d'expérience accumulées dans ce domaine complexe¹⁵⁵.

Le groupe le plus actif dans la quête d'une protection pour les savoirs traditionnels est le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore^{156*}¹⁵⁷ (Comité), créé par l'OMPI en 2001. C'est au cours de la 26^e réunion de l'OMPI, tenue du 5 septembre au 3 octobre 2000 que, le Secrétariat de l'OMPI a invité les États à créer le Comité.

L'objectif du Comité a été d'identifier et de répondre aux nouveaux défis que présentaient le système de propriété intellectuelle eu égard à la mondialisation¹⁵⁸. Le Comité effectue un travail technique de droit comparé. Son travail vise à mettre en évidence les différences entre les pays qui tentent de développer de nouvelles normes juridiques et celles qui s'opposent à la création de nouvelles normes¹⁵⁹.

Après 28 réunions, les discussions sont toujours en cours au sein du Comité en vue de l'élaboration d'un ou plusieurs instruments juridiques internationaux pour assurer la protection effective des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels¹⁶⁰. Le Comité suggère l'adaptation des régimes existants de la propriété intellectuelle à l'aide d'un système *sui generis* international de protection des savoirs traditionnels¹⁶¹.

¹⁵⁵ OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, p. 10.

¹⁵⁶ Le Comité intergouvernemental a tenu sa première réunion du 30 avril au 3 mai 2001, WIPO/GRTKF/IC/1, disponible sur <http://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting_id=4295>. Depuis lors, le Comité s'est rencontré 27 fois, la dernière réunion datant du 7 juillet 2014, WIPO/GRTKF/IC/28, disponible sur <http://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting_id=32091>.

¹⁵⁷ En 1998, l'OMPI a abordé la problématique des savoirs traditionnels à proprement parler. L'Inde et le Pérou venaient de faire des demandes au sein de l'OMPI et de l'OMC afin que ces deux organisations portent leur attention sur la question de l'appropriation illégitime de leurs ressources.

¹⁵⁸ G. DUTFIELD, *op. cit.*, p. 88.

¹⁵⁹ G. DUTFIELD, *ibidem*, pp.88-89.

¹⁶⁰ OMPI, *Savoirs traditionnels*, disponible sur <<http://www.wipo.int/tk/fr/tk/>>.

¹⁶¹ Le Comité a rencontré une impasse dans la discussion sur les adaptations des droits de propriété intellectuelle. Lors de la réunion du 29 juin au 3 juillet 2009, le groupe des pays africains a argumenté que le Comité devait élaborer un document légal contraignant et le soumettre aux négociations, ce à quoi les pays du Nord se sont opposés. Les pays du Nord sous la houpe du Canada, l'Union Européenne, la Suisse et les États-Unis objectent qu'un document contraignant n'est pas souhaitable.

Face à cette impasse (**politique**), l'OMPI a proposé une approche de bottom-up, selon laquelle les pays du Sud évaluent, d'abord, comment les mécanismes de droit de propriété intellectuelle nationaux existants peuvent être utilisés de façon plus effective dans la protection de savoirs traditionnels avant d'envisager une protection au niveau international.

Le Comité prône aussi l'établissement de registres et de bases de données¹⁶² des savoirs traditionnels qui serviront deux rôles : une protection défensive d'une part et une protection positive¹⁶³ d'autre part. La première vise tout mécanisme qui empêche les tiers de revendiquer des droits de propriété intellectuelle sur les ressources. La seconde quant à elle vise une reconnaissance positive des savoirs traditionnels et de leurs détenteurs comme titulaires.

En somme, le travail de l'OMPI, n'est pas abouti, mais son existence est une reconnaissance explicite des savoirs traditionnels et qui encourage les dirigeants à ne pas se soustraire à l'enjeu qui est celui de la protection des savoirs traditionnels¹⁶⁴.

§3 - Déclaration des Nations Unies sur le droit des peuples autochtones

Il faut également considérer que les savoirs traditionnels, régulièrement considérés comme couverts par des droits fonciers, doivent être placés dans le contexte plus large du droit à l'autodétermination des peuples autochtones¹⁶⁵ et du respect des droits de l'homme^{166*}¹⁶⁷.

Adoptée en 2007 par l'Assemblée générale des Nations Unies, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (Déclaration) constitue un cadre mondial pour les efforts visant à faire progresser les droits des peuples autochtones¹⁶⁸.

Longtemps ignorée dans le cadre des droits de l'homme, la protection des savoirs traditionnels et des ressources génétiques fait aujourd'hui partie des objectifs de la

¹⁶² L'Inde et la Chine ont instaurés des bibliothèques numériques en respectant les critères de la Classification internationale des brevets publiés par l'OMPI. La Classification Internationale des Brevets (CIB), créée par l'Arrangement de Strasbourg de 1971, est un système hiérarchique de symboles indépendants de la langue pour le classement des brevets et des modèles d'utilité selon les différents domaines technologiques auxquels ils appartiennent ; Voy. OMPI, *Classification internationale des brevets*, disponible sur:

<<http://www.wipo.int/classifications/ipc/fr/>>.

¹⁶³ Nous ignorons quel forum, le premier est à l'origine de cette subdivision, mais elle est aujourd'hui acceptée par tous ; Voy. OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, Publication de l'OMPI n° 920, *ibidem*, pp. 11-30 ; Voy. N. PIRES DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 257-268 ; Voy. G. VAN OVERWALLE, *op. cit.*, pp. 357-367, etc.

¹⁶⁴ S. FRANKEL, *op. cit.*, p. 214.

¹⁶⁵ S.VON LEWINSKI, « Comments on Susy Frankel: "Ka Mate Ka Mate" and the protection of traditional knowledge. An international perspective », *Intellectual property at the edge. The contested contours of IP*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2014, p. 216 ; B. TOBIN, « Setting protection of TK to rights – Placing Human rights and customary law at the heart of TK governance », *Traditional knowledge from new perspectives*, p. 105.

¹⁶⁶ B. TOBIN, *op. cit.*, p. 105.

¹⁶⁷ J. J. OSEITUTU, *op. cit.*, pp. 206-209. La première raison qui justifie la réflexion en la matière est un souci d'équité. Il n'est pas concevable qu'à l'ère où nous vivons, certains soient impunément pillés de leurs ressources. Ce n'est peut être pas une raison juridique mais c'est de loin la plus importante.

¹⁶⁸ La Déclaration a été adoptée par la résolution 61/295 de l'Assemblée générale. Pour plus d'informations, consulter <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRIs_fr.pdf>.

Déclaration¹⁶⁹. La protection de cet héritage indigène est jugée capitale pour la « *survie, la dignité et le bien-être des peuples autochtones* »¹⁷⁰.

L'article 31.1 de la Déclaration dispose :

« Les 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 ».

Le paragraphe 2 poursuit :

*« En concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice »*¹⁷¹.

Cette disposition démontre bien de la reconnaissance qui est faite des savoirs traditionnels^{172*173}.

La Déclaration a été adoptée par la Résolution 61/295 de l'Assemblée générale. Contrairement aux traités ou aux conventions, les résolutions ne créent pas en tant que telles des obligations juridiques pour les États¹⁷⁴. Mais parce qu'elle a été adoptée à la majorité des

¹⁶⁹ A.-C. GAYET, « La protection du savoir traditionnel comme partie intégrante d'une nouvelle approche de la propriété intellectuelle », *Lex Electronica*, vol. 14 n°2, 2009, pp. 3-4.

¹⁷⁰ Article 43 de la Déclaration.

¹⁷¹ La Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones, disponible sur http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf.

¹⁷² B. TOBIN, *op. cit.*, pp. 106-107.

¹⁷³ Plusieurs articles concernent directement la protection de la propriété intellectuelle des autochtones : leur sont reconnus les droits d'« *observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes* » (article 11.1), ceux ayant trait aux « *terres, territoires et ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement* » en concertation avec les états concernés (article 27), et leur « *droit à réparation, par le biais (...) de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement (...) et qui ont été confisqués, (...) exploités ou dégradés sans leur consentement préalable (...)* » (article 28). Ces articles mettent en exergue le caractère unique de l'héritage autochtone.

¹⁷⁴ La légitimité juridique de la Déclaration est moindre que celle des traités internationaux tels que l'Accord sur les ADPIC et la CBD. Elle a été néanmoins négociée dans le cadre des Nations Unies et a reçu la signature de 143 états, ce qui témoigne un niveau de consensus considérable à l'échelle internationale.

Etats Membres, la Déclaration engage l'Organisation des Nations Unies et ses membres, eu égard aux obligations définies par la Charte des Nations Unies¹⁷⁵.

La Déclaration ne crée pas de droits nouveaux ou spéciaux pour les peuples autochtones. En revanche, elle s'inspire des normes existantes en matière de droits de l'homme et cherche à les appliquer à la situation particulière des peuples autochtones¹⁷⁶.

La Déclaration est le reflet d'une approche qui impose aux États des engagements et des responsabilités. En conséquence, le système de l'Organisation des Nations Unies recommande de plus en plus fréquemment aux États de prendre des mesures concrètes et ciblées à cet égard¹⁷⁷.

La Déclaration reconnaît aux peuples autochtones le pouvoir de négocier leur place en particulier au niveau de la propriété intellectuelle dans le droit international et dans les droits nationaux des États où ils se trouvent.

¹⁷⁵ A/64/338, par. 48.

¹⁷⁶ La Déclaration illustre la nature interdépendante et indivisible des normes et engagements internationaux en matière de droits de l'homme : La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones traduit une conception commune autorisée, au niveau mondial, du contenu minimum des droits des peuples autochtones, fondée sur diverses sources tirées du droit international des droits de l'homme. Aboutissement d'un très long processus au cours duquel les peuples autochtones eux-mêmes ont pu faire valoir leurs revendications, la Déclaration reflète et développe des normes en matière de droits de l'homme d'application générale, telles qu'elles sont interprétées et appliquées par les organes conventionnels des Nations Unies et les organes conventionnels régionaux, ainsi que les normes énoncées dans la Convention n° 169 de l'OIT et d'autres instruments et processus applicables.

De ce fait, la Déclaration ne vise pas à conférer aux peuples autochtones des droits fondamentaux spéciaux ou nouveaux ; elle développe plutôt des principes et des droits généraux dans le domaine des droits de l'homme en les situant dans le contexte historique, culturel et social propre aux peuples autochtones. Les normes énoncées dans la Déclaration tendent essentiellement à remédier aux obstacles et discriminations structurels auxquels les peuples autochtones se sont heurtés dans l'exercice de leurs droits de l'homme fondamentaux. Dans ce sens, elles sont rattachées aux obligations incombant aux États en vertu d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme, A/HRC/9/9, par. 85-86.

L'élaboration de la Déclaration a duré 20 ans. Pendant cette période, les peuples autochtones et les États ont activement participé à ce que les États ont appelé les « négociations ».159 En conséquence, la Déclaration est la preuve du terrain d'entente auquel ont pu parvenir les peuples autochtones du monde et les États membres de l'Organisation des Nations Unies.160 Comme l'a noté le Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, la défense et la participation des peuples autochtones entreprises depuis des décennies confèrent une très haute légitimité à la Déclaration et les normes qu'elle contient « reflètent, pour l'essentiel, les propres aspirations des peuples autochtones » ; A/65/264.

¹⁷⁷ Dans un communiqué commun célébrant en 2008 la Journée internationale des peuples autochtones du monde, le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme par intérim, Mme Kyungwha Kang, et le Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des populations autochtones, M. James Anaya, ont appelé de leurs vœux un engagement politique en faveur de la Déclaration : *Cependant, l'adoption de la Déclaration sur les droits des populations autochtones, aussi importante soit-elle, ne changera pas en elle-même la vie quotidienne des hommes, des femmes et des enfants dont elle défend les droits. [Nous jugeons donc] nécessaire l'engagement politique des Etats, la coopération internationale ainsi que le soutien et la bonne volonté de l'opinion publique pour créer et mettre en œuvre une série de programmes intensément politiques, conçus et entrepris en consultation avec les populations autochtones elles-mêmes* ; Communiqué commun du Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme par intérim et du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'homme et des libertés fondamentales des peuples autochtones (9 août 2008), disponible en anglais sur <www.un.org/events/indigenous/2008/hcmmessage.shtml>.

Au niveau national, la Déclaration a inspiré de nouvelles législations ainsi que des mécanismes permettant de dialoguer avec les peuples autochtones.

En dépit de ces signes positifs, la promesse de la Déclaration est loin d'avoir été universellement tenue¹⁷⁸.

Comme le démontrent les mécanismes des droits de l'homme, dans de nombreuses régions du monde, les peuples autochtones continuent d'être systématiquement discriminés et réduits au silence. Les droits des peuples autochtones sont fréquemment les premières victimes des activités de développement exercées sur des terres autochtones, souvent menées sans appliquer le principe du consentement préalable, libre et éclairé et les autres garanties de la Déclaration¹⁷⁹.

§4 - Accords sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce

L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) a été conclu en 1994 dans le cadre du traité de Marrakech qui a donné naissance à l'Organisation mondiale du commerce (OMC)¹⁸⁰.

L'OMC est la seule organisation internationale qui s'occupe des règles régissant le commerce entre les pays. Sa principale fonction est de favoriser autant que possible la bonne marche, la prévisibilité et la liberté des échanges. L'objectif premier de l'OMC est d'améliorer le bien-être des populations, en réduisant les obstacles qui se dressent entre les pays.

L'Accord sur les ADPIC finit de lier le commerce international aux droits de propriété intellectuelle. Il vise à stimuler le commerce international et le développement économique en établissant des normes minimales internationales pour la protection et l'application des droits de propriété intellectuelle¹⁸¹.

¹⁷⁸ Le forum de négociation ne créant pas d'obligations pour les États, certains ignorent la Déclaration. C'est notamment la position actuelle du Canada, qui pourtant connaît une population autochtone.

¹⁷⁹ La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones : Un manuel à l'intention des institutions nationales des droits de l'homme, p. 4, disponible sur http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRIs_fr.pdf.

¹⁸⁰ L'Accord sur les ADPIC est entré en vigueur le 1^{er} Janvier 1995. Depuis le 26 Avril 2015, l'Organisation mondiale du commerce compte à présent 161 membres. Liste des Parties accessible sur : https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm.

¹⁸¹ Il renferme des dispositions normatives concernant l'existence, la portée et l'exercice des droits de propriété intellectuelle, les moyens de les faire respecter, l'acquisition et le maintien des droits de propriété intellectuelle et procédures y relatives, les arrangements de prévention et de règlement des différends ainsi que des dispositions transitoires et institutionnelles ; Voy. OMPI, *Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, op. cit., p. 33, disponible sur www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/tk/768/wipo_pub_768.pdf.

Depuis le 1^{er} Janvier 2005, tous les membres de l'OMC, y compris les moins développés, sont obligés d'être en pleine conformité avec les ADPIC, ainsi qu'avec les exigences controversées sur les brevets et protection des obtentions végétales¹⁸². Pourtant, l'Accord ne fait pas mention des savoirs traditionnels. Pour de nombreux pays en voie de développement, cette omission traduit une idéologie occidentale qui privilégie les droits de propriété intellectuelle au détriment des savoirs traditionnels.

Tant que leurs préoccupations sur les savoirs traditionnels ne sont pas traitées, ces pays remettront en question la crédibilité et l'efficacité des Accords sur les ADPIC comme un outil visant à protéger ses membres les plus faibles.

Pour rappel l'OMC est une institution très politisée où règne des rapports de force entre les États forts et les États faibles. Les derniers détiennent un pouvoir limité et subissent plutôt les décisions des premiers.

Pour développer tous ces instruments, les décideurs ont réfléchi à différentes formes de protection qui répondent à l'objectif général du débat. Au titre de la propriété intellectuelle, deux formes de protection ont été élaborées : une protection positive qui « *vise à donner aux détenteurs de savoirs traditionnels le droit d'intenter d'une action en justice ou de former un recours contre certaines formes d'utilisation abusive de ces savoirs* » ; une protection défensive qui prémunit les détenteurs de savoirs traditionnels contre « *acquisition illicite de droits de propriété intellectuelle sur un objet relevant d'un savoir traditionnel* »¹⁸³.

Les deux approches ne sont pas exclusives l'une de l'autre.

¹⁸² C.R. MC MANIS, *op. cit.*, p. 2.

¹⁸³ OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, Publication de l'OMPI n° 920, *op. cit.*, p.12.

Section 3. Protection positive¹⁸⁴ : reconnaissance des droits de propriété intellectuelle sur les savoirs traditionnels

La diversité est l'essence même des systèmes de savoirs traditionnels, précisément parce qu'ils sont étroitement liés à l'identité culturelle de communautés aussi nombreuses que diverses. Il ressort de l'expérience qu'aucun modèle unique ne peut s'adapter à toutes les priorités nationales et cadres juridiques, à plus forte raison, répondre aux besoins des communautés traditionnelles de tous les pays¹⁸⁵.

L'objectif est de définir un système de protection solide sur base duquel les communautés diverses pourront développer un régime qui réponde à leurs besoins.

La protection positive concerne l'octroi de droits aux communautés afin de leur donner les moyens de promouvoir leurs savoirs traditionnels, d'en réglementer l'utilisation et de tirer parti de leur exploitation commerciale¹⁸⁶.

Les formules de protection positive sont les suivantes : les lois de propriété intellectuelle en vigueur et les systèmes juridiques existants, les droits de propriété intellectuelle étendus ou adaptés, axés spécifiquement sur les savoirs traditionnels et de nouveaux systèmes *sui generis* autonomes qui confèrent en eux-mêmes des droits sur les savoirs traditionnels.

Les détenteurs de savoirs traditionnels mettent d'ores et déjà en œuvre toute une série d'instruments juridiques pour protéger leurs intérêts, en s'appuyant sur des lois de propriété intellectuelle. À cette fin, ils ont besoin d'avoir accès aux compétences et aux ressources. Un certain nombre d'ONG s'entremettent en prêtant leur concours aux communautés aux fins des négociations contractuelles et de l'application des stratégies de propriété intellectuelle¹⁸⁷.

¹⁸⁴ La subdivision suivante a été inspirée par N. PIRES DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 241-247.

¹⁸⁵ Pour cette raison, les communautés traditionnelles et autochtones et de gouvernements insistent pour que soit élaboré un instrument juridique international.

¹⁸⁶ OMPI, *Guide de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur la fixation des savoirs traditionnels*, 1^{er} Novembre 2012, p. 19.

¹⁸⁷ C'est ainsi que le Centre de recherche-information-action en Afrique-Développement et consultation en Afrique australe (CRIAA SADC) aide les communautés locales de Namibie à exploiter durablement les ressources botaniques naturelles et à appliquer des stratégies de propriété intellectuelle appropriés.

§1 - Recours aux droits de propriété existants

Le débat de politique générale sur les savoirs traditionnels et le système de la propriété intellectuelle a montré que les lois de propriété intellectuelle ne permettent pas de répondre pleinement aux besoins et aux attentes des détenteurs de savoirs traditionnels¹⁸⁸.

Cela étant, par le biais des régimes sur les brevets, le droit d'auteur, les marques, les indications géographiques et les secrets commerciaux, une certaine protection a été trouvée contre certaines formes d'utilisation abusive et d'appropriation illicite des savoirs traditionnels¹⁸⁹.

Toutefois, il peut y avoir lieu d'adapter ou de modifier les régimes de propriété intellectuelle.

A. Brevet

Les praticiens qui innoveront dans le cadre traditionnel ont pu utiliser le système des brevets pour protéger leurs innovations¹⁹⁰.

Délivrés par l'autorité compétente¹⁹¹, le brevet est un « *titre officiel et exclusif qui protège une invention, une solution technique à un problème technique* ». Le brevet constitue une véritable récompense et une incitation pour la recherche et le développement dans tous les domaines techniques, les brevets stimulent l'innovation et contribuent à la multiplication et à la diffusion des connaissances¹⁹².

Le brevet confère à son titulaire le droit d'interdire à tout tiers l'utilisation professionnelle de son invention. En contrepartie de son droit, le titulaire est soumis à une obligation de diffusion

¹⁸⁸ J. K. GITHAE (sous la direction de), « Potential of TK for Conventional Therapy - Prospects and limits », *Genetic Resources, Traditional knowledge, and the law Solutions for access and benefit sharing*, London, Earthscan, 2009, p. 99 ; Voy. T. SIMEONE, *op. cit.*, p. 5, disponible sur <<http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0338-f.htm>> ; Voy. N. PIRES DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 241-258 ; Voy. N. BRAHY et G. VAN OVERWALLE, *op. cit.*, pp. 296-340 ; G. VAN OVERWALLE, *op. cit.*, pp. 357-367 ; Voy. E. GRAY., *op. cit.*, pp. 77-90 ; Voy. G. DUTFIELD, *op. cit.*, pp. 63-6, etc.

¹⁸⁹ Le droit d'auteur et les droits voisins ont été mobilisés notamment en Indonésie, en Nouvelle-Zélande, au Qatar, etc. En Australie, nous recensons de la jurisprudence qui sur base du droit d'auteur, protège les droits des autochtones. Pour ce qui concerne le droit de brevet, le Costa Rica, l'Inde et le Kenya (pour ne citer que ces pays), a Hongrie ; cité par N. PIRES DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 257-258.

¹⁹⁰ C'est ainsi qu'en 2001, la Chine a délivré 3300 brevets pour des innovations dans le domaine de la médecine chinoise traditionnelle.

¹⁹¹ Lorsqu'il s'agit d'un brevet national, il est délivré par l'autorité nationale compétente. Il existe aussi l'office européen des brevets qui offre aux inventeurs une procédure uniforme de demande de brevet, leur permettant d'obtenir une protection par brevet dans un maximum de 40 pays européens, http://www.epo.org/about-us/office_fr.html.

¹⁹² Le droit des brevets contribue à la diffusion des connaissances précisément, en raison de l'obligation de divulgation qui l'accompagne.

de son invention¹⁹³. Dans cette mesure, il doit décrire son invention de façon à ce que l'homme de métier puisse l'utiliser¹⁹⁴.

Toutefois, le brevet répond à un principe de territorialité, c'est-à-dire que le brevet n'a d'effet que dans le pays dans lequel il est enregistré et en vigueur. En dehors du territoire de protection, quiconque peut légalement faire une utilisation professionnelle de l'invention¹⁹⁵.

En outre, le brevet offre une protection limitée dans le temps. En Belgique et dans la plupart des pays occidentaux¹⁹⁶, la durée maximale d'un brevet est de 20 ans à compter de la date de dépôt de la demande¹⁹⁷. Au terme de cette période de protection, l'invention tombe dans le domaine public et peut être exploitée librement¹⁹⁸.

En l'occurrence, le brevet s'appliquerait plus aux ressources génétiques et aux procédés développés. Ainsi, une invention peut être réalisée grâce à du matériel biologique et des savoirs traditionnels et la question s'est posée à propos de l'obligation d'indiquer dans les documents de brevet cette source et d'assurer un partage équitable des avantages découlant du profit tiré de cette invention¹⁹⁹.

¹⁹³ S. DUSSOLIER et A. DE FRANCQUEN, *Manuel de droits intellectuels*, Bruxelles, Anthemis, 2015, p. 198-206.

¹⁹⁴ S. DUSSOLIER et A. DE FRANCQUEN, *ibidem*, p. 161.

¹⁹⁵ S. DUSSOLIER et A. DE FRANCQUEN, *ibidem*, pp. 153-156.

¹⁹⁶ Exemples : Suisse : article 14 de la loi fédérale sur les brevets d'invention du 25 juin 1954 ; Belgique : article 39 de la loi sur les brevets d'invention du 28 mars 1984 ; Nouvelle-Zélande : section 30 (3) du Patents Act 1953, etc.

¹⁹⁷ S. DUSSOLIER et A. DE FRANCQUEN, *ibidem*, p. 216.

Exceptions faites pour les certificats complémentaires de protection pour les médicaments et pour les produits phytosanitaires.

¹⁹⁸ Pour certains, les détracteurs d'une protection des savoirs traditionnels, ces derniers se trouvent déjà dans le domaine public.

¹⁹⁹ Les cas impliquant le droit de brevet sont multiples. Dans **l'affaire du brevet sur le curcuma**, le 28 mars 1995, l'University of Mississippi Medical Center obtient un brevet sur le curcuma comme agent de cicatrisation. Ce brevet est contesté en 1997 par l'India's Council of Scientific and Industrial Research au motif que ces propriétés sont connues de temps immémorial en Inde, notamment dans l'Ayurveda. L'Office américain des brevets annule ce brevet en 1997, cité par G. DUTFIELD, *op. cit.*, p. 71.

Nous citons aussi **le cas du margousier (*Azadirachta indica*)** qui est un cas illustre de bio piraterie. Dans les années 1990, environ 64 brevets sur le margousier furent déposés, principalement à l'Office européen des brevets (OEB). Un certain Larson avait observé l'usage du margousier dans les champs et, après avoir fait le tour des universités, déposa une demande de brevet à l'OEB. Brevet qu'il obtint puis vendit à la société Grace, géant de l'agrochimie. La vaste campagne pour faire annuler ces brevets fut une des premières campagnes contre un cas de bio piraterie. Après dix ans de campagne, dans laquelle la scientifique indienne Vandana Shiva fit alliance avec Linda Bullart d'IFOAM et des députés verts européens (Magda Aelvoet), reconnaissant l'antériorité des savoirs traditionnels indiens sur le margousier, le brevet déposé par Grace fut annulé par l'Office européen des brevets, cité par G. DUTFIELD, *op. cit.*, pp. 71-72 ; Voy. « Margousier », *Wikipedia*, disponible sur <https://fr.wikipedia.org/wiki/Margousier>.

L'affaire Brazzeine illustre la notion de bio piraterie. En 1995, l'Université du Wisconsin dépose quatre demandes de brevets pour une molécule désignée sous le nom de Brazzeine. Cette protéine est un puissant édulcorant qui provient de la *Pentadiplandra brazzeana*, plante qui a été découverte suite à un projet de bio-prospection dans les forêts gabonaises. Il faut dire que plusieurs villages gabonais cultivaient déjà cette plante depuis maintes générations et en connaissaient les propriétés bien avant que l'équipe de recherche américaine ne s'y intéresse. Les brevets ont été octroyés pour « l'invention » de la molécule et ceux-ci ont rapporté des sommes

C'est pourquoi la nécessité de rechercher une protection défensive des savoirs traditionnels et des ressources biologiques ou génétiques s'est imposée afin de préserver les droits des communautés détentrices de ces ressources.

Dans le souci de préserver le patrimoine culturel traditionnel de nombreuses communautés et de réduire le risque de voir approuvées des revendications portant sur l'utilisation de savoirs traditionnels existants, le Comité a élaboré des mesures permettant aux examinateurs un accès plus facile aux informations relatives aux savoirs traditionnels²⁰⁰.

Une documentation sur les savoirs traditionnels est en effet utile pour empêcher la délivrance de brevets injustifiés (pour absence de nouveauté) mais aussi pour la sauvegarde des savoirs traditionnels. Des projets de création de bibliothèques numériques de savoirs traditionnels sont à l'étude dans de nombreux pays.

Toutefois, il a été soutenu que le régime des brevets n'est pas adapté à la protection des savoirs traditionnels²⁰¹, leurs spécificités étant difficilement compatibles avec le régime des brevets.

Par exemple, le fait que les propriétés d'une plante soient connues depuis des générations, constitue une entorse aux principes qui commandent le droit des brevets. Par ailleurs, les éléments à protéger ne répondent souvent pas aux critères de l'invention. Ce sont plutôt des informations ou découvertes. Sans compter sur le fait qu'une demande de brevet comporte des coûts importants et nécessite une grande expertise.

Cependant, il existe des domaines où le système de protection par brevet pourrait être utilisé pour répondre à l'attente des détenteurs de savoirs traditionnels. Ces derniers auraient la

colossales à leur détenteur. La population gabonaise n'a malheureusement pas pu toucher le moindre revenu de tous les bénéfices qui ont été générés à partir de leur savoir traditionnel. Le problème c'est que tout le système des brevets a été bâti pour s'appliquer dans des sociétés foncièrement individualistes et non dans les sociétés communautaristes ; Voy. M. DES NEIGES, « Choc de culture : brevet et savoirs traditionnels », *Ainy*, disponible sur <http://ainy.fr/blog/index/billet/553_choc-de-culture-brevet-et-savoirs-traditionnels> ; Voy. « Earth summit : focus on bio-piracy in Africa », *IRIN*, disponible sur <<http://www.irinnews.org/report/34065/earth-summit-focus-on-bio-piracy-in-africa>>.

²⁰⁰ OMPI, Rapport n° 5, Genève, septembre-octobre 2003, p.18.

²⁰¹ Voy. D. HUNTINGTON, « Redressing the wrongs: patent system not the venue to address Indigenous rights », *Patent world*, 154, Juillet-Août 2003, pp. 22-25, cité par N. MEZGHANI, *La protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel*, p. 25, disponible sur <https://www.google.be/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCIQFjAAAhUKEwi5ucXj1pvHAhXIwxQKHYNzBI0&url=http%3A%2F%2Fwww.atrip.org%2FContent%2FActivities%2FMezghani%2520ATRIP%2520PARMA%25202006.doc&ei=GBzHVbnNEMiHU4nnm-gF&usg=AFQjCNG8SJst6N_2JO_Vmfx5nL4O5xsEWA>.

possibilité de déposer une demande collective de brevet pour des produits fondés sur des savoirs traditionnels mais ayant bénéficié d'une recherche développement.

B. Droit d'auteur

Le droit d'auteur protège « *les œuvres de l'esprit du domaine littéraire et artistique ayant un caractère individuel* »²⁰². Parmi celles-ci nous comptons les œuvres littéraires et musicales, les peintures et les sculptures, les œuvres cinématographiques, les opéras, les ballets et les pantomimes. Le droit d'auteur protège également les programmes d'ordinateur.

La protection vaut pour des œuvres originelles²⁰³. Le droit d'auteur accorde à son titulaire le droit exclusif de décider de l'utilisation de son œuvre et la manière dont elle sera utilisée. Le droit ne protège que la forme sous laquelle une idée est exprimée et non l'idée en tant que telle, ce qui permet de ne pas entraver la mise en circulation et l'échange d'idées²⁰⁴.

Ce droit s'étend à la reproduction, à la traduction, à l'adaptation, à la mise en circulation, à la vente, à l'exécution, à la diffusion et à la retransmission de l'œuvre²⁰⁵. La loi sur le droit d'auteur prévoit certaines exceptions en faveur des utilisateurs et des consommateurs qui permettent d'utiliser sans autorisation les œuvres divulguées à des fins privées²⁰⁶.

Par ailleurs, le droit d'auteur est un droit individuel, qui revient à la personne physique qui a créé l'œuvre. Lorsque plusieurs personnes ont participé à la création, le droit d'auteur leur appartient en commun.

En comparaison avec d'autres droits de propriété intellectuelle, le droit d'auteur n'est pas soumis à des formalités de constitution. Le droit d'auteur prend effet automatiquement dès la création de l'œuvre. Il n'est pas nécessaire de demander un enregistrement ou de déposer une œuvre. Il ne faut pas non plus apposer un sceau²⁰⁷ sur les exemplaires d'une œuvre. À l'étranger, le signe © suivi du nom du titulaire des droits et de l'année de la première publication peut se révéler important pour la protection du droit d'auteur.

²⁰² S. DUSSOLIER et A. DE FRANQUEN, *op. cit.*, p. 55. En Belgique, le droit d'auteur est réglementé par la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins.

²⁰³ Copyright Act 1994, s14, disponible sur <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/latest/DLM345634.html>.

²⁰⁴ S. DUSSOLIER et A. DE FRANQUEN, *op. cit.*, pp. 59-75.

²⁰⁵ S. DUSSOLIER et A. DE FRANQUEN, *ibidem*, pp. 75-100.

²⁰⁶ Cette exception ne s'applique pas à la protection offerte aux programmes d'ordinateur. Pour ces derniers, chaque utilisation nécessite une autorisation du titulaire du droit.

²⁰⁷ Les mentions «Copyright», «Tous droits réservés» ou encore ©.

Chaque système étant national, le droit d'auteur ne protège l'auteur de l'œuvre que sur le territoire national. Des traités internationaux ont cependant été conclus pour garantir une protection à l'échelle internationale, notamment la Convention de Berne²⁰⁸.

L'idée d'appliquer le droit d'auteur pour protéger les expressions culturelles immatérielles, y compris ceux des peuples et des communautés traditionnelles remonte à la Conférence diplomatique en 1967 de Stockholm pour la révision de la Convention de Berne. À cette occasion, la disposition suivante a été ajoutée :

« Pour les œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue, mais pour lesquelles il y a tout lieu de présumer que cet auteur est ressortissant d'un pays de l'Union, il est réservé à la législation de ce pays la faculté de désigner l'autorité compétente représentant cet auteur et fondée à sauvegarder et à faire valoir les droits de celui-ci dans les pays de l'Union »²⁰⁹.

En revanche, le droit d'auteur comporte certaines limites fondamentales dans le contexte du folklore.

En premier lieu, le droit d'auteur par définition, ne protège pas les idées mais l'expression physique de ces idées. L'incompatibilité tient à la nature des savoirs traditionnels qui eux sont souvent oraux et transmis de la sorte²¹⁰. C'est une incompatibilité qui peut être ôtée, encore faudrait-il que les détenteurs de savoirs traditionnels acceptent de matérialiser leurs savoirs. En effet toute fixation permet une diffusion et les savoirs sont plus enclins à être usurpés et détournés.

En second lieu, le droit d'auteur est un droit limité dans le temps. Une fois que la période de protection expire, l'œuvre est considérée comme faisant partie du domaine public. Elle est dès lors ouverte à une exploitation libre. C'est un des éléments caractéristiques de l'incompatibilité du régime occidental de protection de propriété intellectuelle avec les savoirs traditionnels.

En effet, les expressions folkloriques requièrent plutôt une protection permanente. Pour de nombreux peuples et groupes traditionnels, certaines expressions et les œuvres sont au cœur de leur identité culturelle et ne doivent donc jamais être entièrement libérés par d'autres dans

²⁰⁸ La Convention de Berne est un traité international qui établit les fondements de la protection internationale des œuvres. La Convention a été signée le 9 septembre 1886. Ce traité est actuellement géré par l'OMPI.

²⁰⁹ Article 15.4, a) de la Convention de Berne.

²¹⁰ G. DUTFIELD, *op. cit.*, pp. 78-79.

le domaine public, du moins pas dans la mesure où d'autres seraient libres d'en faire ce qu'ils veulent²¹¹.

En troisième lieu, le droit d'auteur est un droit qui confère un droit exclusif à un auteur identifié. La notion de propriété ou à tout le moins de paternité, n'est pas compatible avec celle de savoirs traditionnels. Les savoirs traditionnels sont généralement d'origine inconnue. On peut éventuellement les rattacher à un pays ou un peuple en particulier, mais il est difficile de déterminer qui en est l'auteur. En raison de la nature holistique des savoirs, les peuples n'ont pas la prétention de les attribuer aux hommes. Ils vivent dans la croyance que ces connaissances descendent des Dieux²¹².

C. Marque

Une marque se définit comme un « *signe distinctif protégé permettant à une entreprise de différencier ses produits ou ses services de ceux d'autres entreprises* »²¹³. Peuvent être des marques au sens de la loi tous les signes susceptibles de représentation graphique : des mots, de combinaisons de lettres ou de chiffres, de représentations figuratives, de formes tridimensionnelles et d'autres signes encore.

Le titulaire d'une marque a le droit exclusif d'utiliser la marque pour désigner des produits et des services et de disposer librement de son droit. Son droit lui confère aussi la possibilité d'interdire à tout tiers d'utiliser un signe identique ou similaire au sien pour désigner des produits ou des services identiques ou similaires. L'enregistrement de la marque offre à son titulaire une protection de 10 ans renouvelable indéfiniment et pour la même période.

L'artisanat et les œuvres traditionnelles sont des produits extrêmement commercialisables qui peuvent être une source lucrative de revenus pour les communautés traditionnelles. Le droit de marque peut s'appliquer à certaines expressions du folklore et les savoirs traditionnels au sens strict. Dans cette optique les marques pourraient avoir un rôle à jouer, en particulier, pour les groupes et les communautés qui sont préoccupés par les contrefaçons.

Les marques collectives sont une forme propice aux produits traditionnels²¹⁴. Les marques collectives sont utilisées par les petits producteurs pour garantir aux clients que les

²¹¹ G. DUTFIELD, *ibidem*, p. 78.

²¹² G. DUTFIELD, *ibidem*, p. 78.

²¹³ S. DUSSOLIER et A. DE FRANCQUEN, *ibidem*, p. 250.

²¹⁴ C'est ainsi que, par exemple, les Seri, qui devaient au Mexique, faire face à la concurrence de la fabrication en série, ont déposé la marque de commerce *Arte Seri* afin de protéger les objets qui sont fabriqués selon des méthodes traditionnelles à partir de l'arbre *Olneya tesota*, cité par OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, Publication de l'OMPI n° 920, *op. cit.*, p. 19.

marchandises sont authentiques d'une manière ou une autre, et peut-être pour soutenir la production qui est menée d'une manière écologiquement durable²¹⁵.

Les marques de certification sont légèrement différentes en ce qu'elles sont détenues par un organisme indépendant de l'individu ou de la communauté qui fabrique le produit²¹⁶. Concrètement, il peut s'agir d'une association régionale qui enregistre une marque au nom et pour le compte de la communauté. C'est une solution conciliable avec les difficultés financières et de représentation que rencontrent ces communautés.

D. Indications géographiques et de provenance

Les indications géographiques sont des noms de lieux ou dans certains pays des mots associés à un lieu, utilisés pour identifier l'origine et la qualité, la réputation ou d'autres caractéristiques des produits²¹⁷. Les exemples les plus notoires sont ceux du Champagne, la Tequila²¹⁸ et le Roquefort²¹⁹.

Les indications géographiques peuvent être une forme appropriée de protection pour certains produits dérivés de savoirs traditionnels, d'autant plus que, ni le savoir-faire, ni la technique de fabrication ne doivent être nouvelles. La nature traditionnelle du produit offre évidemment une plus-value au produit. Mais l'intérêt de la protection réside vraiment dans le lien qui est fait entre le produit et son origine.

Il existe des traités sur les indications de provenance accordant à certaines indications géographiques une protection contre toute utilisation abusive dans les échanges commerciaux.

Jusqu'à présent, l'utilisation des indications géographiques a été confinée principalement aux aliments et boissons²²⁰. Mais, de tels préceptes peuvent inspirer les pays en voie de développement et leur bénéficier.

Au niveau international, il existe l'Organisation pour un réseau international d'indications géographiques (oriGIIn), une organisation non gouvernementale sans but lucratif²²¹. L'oriGIIn a été créée en 2003 et est aujourd'hui une véritable alliance d'indications géographiques. Son

²¹⁵ G. DUTFIELD, *op. cit.*, p. 82.

²¹⁶ G. DUTFIELD, *ibidem*, p. 82.

²¹⁷ G. DUTFIELD, *ibidem*, p. 83.

²¹⁸ Au Mexique, l'appellation d'origine "Tequila" sert à protéger l'eau-de-vie traditionnelle tirée de l'agave bleu.

²¹⁹ « Indications géographiques », WTO, disponible sur <https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/gi_f.htm>.

²²⁰ L'article 23 des Accords ADPIC offre une protection additionnelle pour les boissons alcoolisées et les vins ; G. DUTFIELD, *op. cit.*, p. 84.

²²¹ T. WONG ET C. FERNANDINI, « Traditional cultural expressions: Preservation and innovation », *Intellectual property and human development. Current trends and future scenarios*, A publication of public interest intellectual, Property Advisors, p. 195.

rôle est de promouvoir les indications géographiques, qui sont des instruments potentiels pour le développement durable en offrant des avantages pour les producteurs, les consommateurs et les communautés locales²²².

Toutefois, il convient de garder à l'esprit, que le potentiel des indications géographiques pour les pays en développement est de nature spéculative car ce type de régime n'est efficace que s'il est accompagné d'un système de renseignements sur les marchés nationaux et étrangers et d'un contrôle de qualité²²³.

De même, il faut noter que la protection des savoirs traditionnels par les appellations d'origine contrôlée ne constitue qu'une protection indirecte. Elle est accordée à un territoire plutôt qu'à une personne et elle ne confère pas de droit exclusif eu égard aux biens et aux personnes.

E. Secrets d'affaires

Le secret d'affaire est une notion nébuleuse. Ce n'est pas un droit de propriété intellectuelle à proprement parler, mais en l'état il bénéficie d'une protection à ce titre.

Certains se sont donc interrogés sur l'application du secret des affaires aux ressources tenues secrètes par les communautés traditionnelles. Ils se sont notamment référés à la section 7 de la Partie II de l'Accord sur les ADPIC qui traite de la protection des renseignements non divulgués. Le texte dispose que :

« Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserves que ces renseignements,...) »²²⁴.

²²² Pour plus d'informations sur oriGIIn, consulter

<<http://www.origin-gi.com/fr/a-propos-d-origin/presentation.html>>. oriGIIn met à la disposition de ses membres des informations concernant les lois et les procédures d'enregistrement des IG dans certaines juridictions étrangères. De même, oriGIIn soutient ses membres auprès des autorités nationales, régionales et internationales quand des usurpations des droits découlant d'une IG se vérifient. Afin d'aider davantage ses membres dans l'enregistrement des IG dans les juridictions étrangères et / ou dans la lutte contre les usurpations, oriGIIn a établi une liste de cabinets d'avocats qui se sont distingués pour leur connaissance des lois et pratiques en matière d'IG. Les cabinets d'avocats de cette liste offrent une réduction de 8% par rapport à leurs tarifs aux membres d'oriGIIn qui demandent leurs services. Pour faire partie de cette liste, un membre d'oriGIIn (à savoir une association de producteurs qui a bénéficié des services du cabinet en question) doit confirmer l'expertise du cabinet dans le domaine des IG ; disponible sur < <http://www.origin-gi.com/fr/activites/cabinets-d-avocats-specialises-dans-le-domaine-des-ig.html>>.

²²³ T. WONG et C. FERNANDINI, *op. cit.*, p. 196 ; Voy. G. DUTFIELD, *op. cit.*, p. 84.

²²⁴ Article 39, 2 de l'Accord sur les ADPIC.

L'information non divulguée est par définition secrète, a une valeur commerciale et fait l'objet de mesures raisonnables pour la maintenir secrète.

Cette disposition oblige les États à protéger les renseignements confidentiels contre les usages malhonnêtes²²⁵. Les savoirs traditionnels qui ont une application commerciale peuvent être protégés par ce mécanisme. Toutefois, seul le secret bénéficie de la protection, et non le savoir auquel il se rapporte. C'est un mécanisme qui n'assure donc pas l'exclusivité de la communauté sur son savoir.

En conclusion, les régimes de propriété intellectuelle en l'état, n'offrent pas une protection optimale. Il y a lieu de les adapter pour rencontrer au mieux les caractéristiques des savoirs traditionnels. Ainsi, les savoirs traditionnels sont-ils souvent détenus collectivement par des communautés et non par des propriétaires individuels. Cependant, il est possible de créer des associations, des sociétés communautaires ou d'autres entités juridiques similaires susceptibles d'agir pour le compte des communautés concernées. Aussi, les savoirs traditionnels s'étendent dans le temps, quand les régimes de propriété intellectuelle n'offrent qu'une protection limitée²²⁶.

§2 – Adaptations des systèmes de propriété intellectuelle existants par le biais de mesures *sui generis*

Un certain nombre de pays ont adapté les systèmes existants de propriété intellectuelle aux besoins des détenteurs de savoirs traditionnels par le biais de mesures *sui generis*. *Sui generis* est un terme latin qui désigne quelque chose « de son propre genre » et qualifie une situation juridique dont la singularité prévient toute classification dans une catégorie déjà existante²²⁷.

Ces adaptations prennent différentes formes. Citons quelques exemples de cette approche sur le plan international.

Une base de données des insignes des tribus amérindiennes empêche autrui d'enregistrer ces insignes comme des marques déposées aux États-Unis.

²²⁵ L'article 39 de l'Accord sur les ADPIC n'oblige pas les États à octroyer des droits exclusifs sur les renseignements confidentiels. Les États n'étaient donc pas tenus d'adopter dans leur arsenal juridique, une disposition qui consacre le principe.

²²⁶ Nous soulignons que certains droits de propriété intellectuelle, notamment ceux qui s'appuient sur une réputation spécifique, peuvent durer indéfiniment.

²²⁷ O. MJ KASILO et E. K.A. SACKKEY, «Intellectual property approaches to the protection of traditional knowledge in the African region», *The African Health Monitor*, p. 97, disponible sur <http://ahm.afro.who.int/issue13/HTML/article12.html>.

La loi néo-zélandaise sur les marques déposées a été modifiée pour exclure les marques déposées offensantes, ce qui s'applique particulièrement aux symboles des Maoris.

L'Inde a modifié sa loi sur les brevets pour préciser le statut des savoirs traditionnels au regard du droit des brevets. L'Office chinois de la propriété intellectuelle dispose d'une équipe d'examineurs de brevets spécialisés dans la médecine chinoise traditionnelle.

Pour résumer, nous offrons un tableau récapitulatif des caractéristiques des droits de propriété intellectuelle :

DPI en Europe	Objet	Conditions de protection	Durée	Étendue et atteinte	Écueils liés aux savoirs traditionnels
Brevet National	Invention	Nouveauté Activité inventive Applicabilité industrielle Dépôt + octroi	20 ans	Fabrication, vente du produit / procédé revendiqué Exploitation du produit/ procédé revendiqué	La titularité ne peut pas être individuelle Conditions de brevetabilité (en particulier la nouveauté) Règlementation de l'accès Consentement préalable éclairé des communautés Possibilité de traçabilité des ressources traditionnelles utilisées dans le produit/procédé revendiqué Coût de la procédure

Marque UE + National	Signe	Distinctivité Disponibilité Dépôt + enregistrement	10 ans + renouvellements à l'infini	Usage = fabrication, vente, etc.	Consentement préalable éclairé des communautés Protection des expressions uniquement aussi
Droit d'auteur National	Œuvre	Forme d'expression Pas de formalités	Vie de l'auteur + 70 ans après sa mort	Reproduction (par tous et distribution) Communication au public (exécution, radiodiffusion, mise à disposition) Droits moraux	La durée définie La protection ne couvre que les expressions et non les idées

§3- Autres concepts juridiques pour la protection des savoirs traditionnels

Lorsqu'ils étudient des mécanismes juridiques pouvant permettre de protéger les savoirs traditionnels contre l'appropriation illicite, les décideurs font appel à des concepts juridiques qui ne se limitent pas à ce type de droits exclusifs sur lesquels s'appuient la plupart des formes de protection par la propriété intellectuelle.

A. Consentement éclairé préalable (Prior Informed Consent)

En vertu du principe du consentement préalable éclairé, les détenteurs de savoirs traditionnels doivent être pleinement consultés avant que des tiers n'aient accès à ces derniers ou ne les utilisent.

La notion de consentement préalable en connaissance de cause n'est pas reconnue unanimement comme une condition absolue. Elle l'est par le droit international et notamment dans la Convention n°169 de l'OIT, la CDB et la Déclaration.

Dans le domaine des brevets, il conviendrait de fixer une condition relative au consentement préalable donné en connaissance de cause. La proposition faite par l'OMPI, a été que les déposants de brevets soient tenus de divulguer tout savoir traditionnel ou ressources génétiques et biologiques associées utilisés pour la réalisation de l'invention concernée et, en pareil cas, de prouver qu'ils avaient obtenu le consentement informé préalable de la communauté ou de la personne qui était la source première de l'objet en cause.

Il conviendrait aussi de trouver le moyen de vérifier l'authenticité de ces divulgations et affirmations et certaines personnes ont fait valoir qu'une demande de brevet devait être rejetée lorsqu'il était prouvé qu'une divulgation était fautive ou incomplète ou que le consentement préalable n'avait pas été obtenu²²⁸.

B. Répartition équitable des bénéfices découlant de l'exploitation des savoirs traditionnels

Le Protocole de Nagoya²²⁹ 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 est le point de départ²³⁰.

L'article 10 du Protocole dispose :

« Les Parties examinent la nécessité et les modalités d'un mécanisme multilatéral mondial de partage des avantages pour traiter le partage juste et équitable des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui se trouvent dans des situations transfrontières ou pour lesquelles il n'est pas possible d'accorder ou d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause. Les avantages partagés au moyen de ce mécanisme par les utilisateurs de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques sont utilisés pour favoriser la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments constitutifs à l'échelle mondiale »²³¹.

L'article 8j) de la CDB consacre également cet objectif.

En vertu de ce principe, les détenteurs de savoirs traditionnels reçoivent une part équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces savoirs. Ce partage équitable peut se faire sous la

²²⁸ N. PIRES DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 248.

²²⁹ Le Protocole de Nagoya a été adopté le 29 Octobre 2010.

²³⁰ M. RUIZ MULLER, « Protecting Shared Traditional Knowledge. Issues, Challenges and Options », *ICTSD Program on Innovation, Technology and Intellectual Property*, October 2013, N°39, p. 11, disponible sur <http://www.ictsd.org/downloads/2013/11/protecting-shared-traditional-knowledge.pdf>.

²³¹ Article 10 du Protocole de Nagoya sur le mécanisme multilatéral mondial de partage des avantages.

forme d'un paiement compensatoire ou dans une intervention autre que monétaire²³². Le fait d'avoir un partage équitable est particulièrement indiqué dans les situations où les droits de propriété exclusifs sont considérés comme inappropriés.

Pour cette raison, le principe du partage équitable se retrouve dans un certain nombre de législations nationales régissant l'accessibilité et l'utilisation des savoirs traditionnels²³³.

§4- Utilisation des droits *sui generis* exclusifs

Dans certains pays et communautés, les adaptations des systèmes de droits de propriété n'ont pas satisfait²³⁴. En dépit des modifications, les régimes de propriété intellectuelle ne prennent pas suffisamment compte de la nature holistique et spécifique de l'objet des savoirs traditionnels. Il a donc été décidé de protéger ces savoirs par le biais de droits *sui generis*²³⁵ qui semblent plus justes et équitables²³⁶.

²³² L'hypothèse d'une aide autre que monétaire a été proposée à l'OMPI par les communautés traditionnelles. Nous citons par exemple le cas de l'*Oryza Longistaminata*, un riz sauvage qui pousse au Mali, et qui a été découvert pour sa résistance aux maladies du riz. Le gène a été isolé et breveté par l'Université de Californie à Davis. À la suite, un accord a été conclu au sujet du partage des avantages avec le Mali. Le Fonds de valorisation des ressources génétiques a été créé précisément pour organiser le partage des bénéfices. L'utilisateur de la technologie est tenu de verser au Fonds de valorisation un certain pourcentage du produit de la vente des produits pendant un nombre d'années spécifié. Le Fonds doit octroyer des bourses à des étudiants en agronomie et à des spécialités de la recherche agronomique du Mali et d'autres pays où pousse le riz sauvage ; cité par OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, Publication de l'OMPI n° 920, *op. cit.*, p. 24.

²³³ Dans l'affaire de Hoodia, le Conseil San a obtenu du CSIR qu'ils offrent un certain pourcentage des revenus découlant de la licence avec Phytopharm.

²³⁴ Part of the logic underlying the argument in favor of an intellectual property type protection for traditional knowledge is that if the developed countries can protect their intangible goods, commercialize them and benefit economically, developing countries should be entitled to the same treatment for their intangible goods; Voy. J.J. OSEITUTU, *op. cit.*, p. 185.

²³⁵ Quelques exemples de pays qui ont mis en place un régime de propriété intellectuelle *sui generis* :

- Au Pérou, le régime *sui generis* a été mis en place par la loi n°27,811 de 2002, dont les objectifs sont de protéger les savoirs traditionnels, promouvoir une distribution loyale et équitable des avantages découlant de leur exploitation et faire en sorte que les dits-savoirs ne soient utilisés qu'avec le consentement préalable éclairé des peuples autochtones. Une protection est accordée aux savoirs collectifs des peuples autochtones liés aux ressources biologiques. La loi accorde à ces peuples le droit de consentir à l'utilisation des savoirs traditionnels. Par ailleurs, elle prévoit le versement d'indemnités équitables au titre de l'utilisation de certains types de savoirs traditionnels à un Fonds national de développement des peuples autochtones ou directement aux détenteurs des savoirs traditionnels.
- Au Costa Rica, la loi sur la diversité biologique n° 7788 est destinée à réglementer l'accès aux savoirs traditionnels. Elle prévoit la distribution équitable aux détenteurs de savoirs traditionnels des avantages découlant de l'utilisation de ces derniers. C'est un objet à deux dimensions que la loi définit : il s'agit tout d'abord des savoirs traditionnels dont l'accès est réglementé par la loi et, ensuite, des savoirs traditionnels pour lesquels celle-ci prévoit des droits exclusifs. Il appartient à la Commission nationale de gestion de la diversité biologique d'engager un processus participatif en collaboration avec les communautés autochtones et les communautés de petits exploitants agricoles, processus qui vise à déterminer la durée et le champ d'application des droits intellectuels communautaires *sui generis*.
- Au Portugal, le décret-loi *sui generis* n°118, en date du 20 avril 2003, a pour objectif d'enregistrer et de préserver les ressources génétiques et les savoirs traditionnels et d'en organiser la garde. La loi institue une protection contre la reproduction et/ou l'utilisation commerciale ou industrielle des savoirs traditionnels élaborés par des communautés locales, aux plans collectif ou individuel.

Un système de propriété intellectuelle devient *sui generis* une fois que certains de ses éléments ont été modifiés de façon à s'adapter comme il convient aux spécificités de son objet et aux besoins de la politique particulière qui ont débouché sur la mise en place d'un système distinct²³⁷.

Lorsqu'ils cherchent à élaborer un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, les représentants politiques doivent généralement prendre en considération des questions fondamentales. Le plus important est d'identifier l'objectif général de la protection. S'ensuit une réflexion sur les critères qui y concourent et les moyens d'y parvenir.

Imaginons un cadre normatif solide qui peut être implémenté au niveau national. Un tel régime doit répondre à différentes préoccupations et doit contenir différentes caractéristiques. C'est un régime orienté sur l'accès limité aux savoirs traditionnels et au partage équitable des bénéfices qui en découlent.

La première disposition doit attester de la propriété des communautés sur leurs savoirs et de leur droit de préserver et garantir leurs savoirs²³⁸. Une consécration dans l'arsenal juridique vise à rétablir les inégalités qui existent entre les communautés traditionnelles et les entreprises.

Même une entreprise locale qui souhaite exploiter un savoir, devra se conformer au régime qui sera développé. L'objectif n'est pas de protéger l'artisanat local mais surtout les communautés qui ne disposent pas de moyens pour le faire. Dans une politique plus large, l'objectif du dispositif explicité ci-après, est de participer au développement économique des Etats tout en garantissant les droits de chacun.

Nous avons analysé le rôle des droits de la propriété intellectuelle dans la problématique et ces derniers ont souvent eu un rôle contreproductif. En effet, dans les cas où les savoirs traditionnels peuvent faire l'objet d'une protection par un droit de propriété, le coût et la technicité de la procédure sont des obstacles certains pour les communautés²³⁹. La plupart

Ces exemples sont tirés dans OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, Publication de l'OMPI n° 920, *op. cit.*, pp. 21-22.

²³⁶ J.J. OSEITUTU, *op. cit.*, p. 186.

²³⁷ OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, Publication de l'OMPI n° 920, *op. cit.*, p. 24.

²³⁸ N. BRAHY et G. VAN OVERWALLE, *op. cit.*, pp. 340-344. Il est fait égard à la dimension tacite des savoirs traditionnels, qui confère à leurs détenteurs une exclusivité dans leur gestion.

²³⁹ G. VAN OVERWALLE, « Holder and user perspectives in the traditional knowledge debate: a European view », *Biodiversity and the intellectual property, biotechnology and traditional knowledge*, London, Sterling, 2007, p. 360.

sont dépourvues de moyens techniques et ignorent même l'existence d'un régime de propriété intellectuelle²⁴⁰.

Pour les pays qui ont entamé un effort de protection, certaines communautés sont représentées par une association ou des ONG consacrées à la cause. Ce sont alors ces organismes qui vont effectuer les démarches pour rétablir une situation équitable. Souvent, deux alternatives se présentent à ces organisations, soit elles utilisent les mécanismes de propriété intellectuelle existants (lorsque c'est possible) pour empêcher l'appropriation des savoirs par des tiers, soit elles dénoncent des cas d'appropriation et s'attèlent à annuler les droits octroyés ou/et à recevoir une rémunération équitable.

En l'espèce le dispositif qui est pensé requiert de nombreux efforts de la part des États. Pour mettre en place un système comme celui-là, il faut en amont identifier les communautés qui bénéficient de la protection. Pour ce faire, chaque gouvernement doit allouer des fonds à un organisme²⁴¹ consacré aux savoirs traditionnels, toute forme comprise²⁴². Ce centre sera chargé de l'identification et du recensement des communautés traditionnelles à l'échelle nationale²⁴³.

Concrètement, une communauté ou son représentant officiel²⁴⁴, se présente au centre et communique les savoirs qu'elle détient. Il faut que le travail d'identification soit sérieux et recherché.

Nous entrons alors dans la deuxième phase, à savoir l'identification des savoirs traditionnels. Le centre va tenir un registre des communautés et des savoirs traditionnels correspondants. Les savoirs et l'utilisation qui en est faite seront décrits²⁴⁵. Par ce fait, une base de données des communautés et des savoirs traditionnels est créée.

²⁴⁰ G. VAN OERWALLE, *op. cit.*, pp. 360-361.

²⁴¹ Dans l'affaire sur le riz au Mali, c'est le Fonds de valorisation créé par le gouvernement qui est intervenu.

²⁴² Cela se justifie par l'intérêt financier.

²⁴³ Nous n'ignorons pas que certaines communautés, les plus reculées, risquent malencontreusement de ne pas être reprises dans le recensement, faute de publicité et de moyens d'informations. Dans le cadre notamment de l'affaire Hoodia, ce sont les associations, qui les premières ont dénoncé l'usurpation de la plante au détriment du peuple San. Le CRIS avait interrogé quelques personnes sur les vertus de la plante et sur l'utilisation qu'ils en faisaient. Mais sans l'intervention des associations, le peuple San n'aurait certainement pas eu connaissance de l'exploitation de la plante – sauf en cas de dissémination de la plante.

²⁴⁴ Comme le Conseil San, toujours dans l'affaire Hoodia.

²⁴⁵ De façon pragmatique, nous remarquons le besoin d'un représentant pour des questions techniques, à savoir des besoins de traduction, l'expertise technique relative au régime de propriété intellectuelle et de la bureaucratie.

Cependant, par sa nature, la base de données met les savoirs traditionnels sur papier²⁴⁶. Ce recensement a l'inconvénient de divulguer les savoirs et dès lors ces derniers sont plus enclins à être usurpés.

Toutefois, il existe une protection pour les bases de données, sous la forme du droit d'auteur. Les bases de données peuvent bénéficier de la protection, à condition, qu'elles répondent d'une sélection et d'une combinaison originales²⁴⁷. Dans la plupart des États, une base de données qui n'est pas originale, ne sera pas protégée formellement²⁴⁸ mais (éventuellement) par le secret²⁴⁹. Nous le comprenons, les détenteurs de savoirs traditionnels sont réticents à l'idée de révéler les informations relatives à leurs savoirs, parce qu'ils craignent, et à raison, de faciliter l'usurpation de ceux-ci²⁵⁰. Mais l'assurance de la confidentialité inhérente à un document d'État devrait les rassurer.

En définitive, l'établissement d'un cadre normatif protecteur a pour objectif que l'exploitation commerciale d'un produit incluant des savoirs traditionnels ne soit possible qu'à condition d'obtenir l'autorisation du centre. Pour rappel, l'objectif des communautés traditionnelles n'est pas uniquement de détenir des droits exclusifs sur leurs savoirs, mais de voir leurs croyances et leur culture respectées, et de percevoir une contribution équitable pour le rôle qu'elles ont joué dans la découverte et la préservation de ces connaissances.

Pour implémenter au mieux ce régime, il faut qu'à l'échelle internationale, toute délivrance d'un droit de propriété intellectuelle, soit soumise à une exigence de traçabilité. Entendu que chaque régime de propriété intellectuelle est territorial, il est nécessaire de se prémunir de toute appropriation illégitime à l'étranger.

L'introduction d'une exigence de divulgation de l'origine ne peut pas être appliquée dans tous les droits de propriété intellectuelle, notamment au droit d'auteur. Elle pourra, par contre, s'appliquer en particulier aux droits des brevets. Concrètement toute demande de brevet

²⁴⁶ N. PIRES DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 248.

²⁴⁷ N. PIRES DE CARVALHO, *ibidem*, p. 248.

²⁴⁸ En Belgique, les bases de données sont susceptibles de recevoir une double protection. D'une part un droit *sui generis* qui protège l'ensemble des données qu'elle contient. L'objectif de la protection par ce droit, est de protéger les investissements réalisés dans le secteur des bases de données et d'empêcher la reprise des bases de données par des concurrents. Ce droit *sui generis* est consacré dans la loi du 31 Août 1998 sur la protection des bases de données (LBD).

D'autre part, le droit d'auteur protège la structure de la base de données, si elle est originale. La protection est consacrée donc dans la loi du 30 Juin 1994 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins (LDA) ; Voy. <http://economie.fgov.be/fr/entreprises/propriete_intellectuelle/droit_bases_de_donnees/protection_bases_de_donnees/#.Vch5uPntmko>.

²⁴⁹ G. VAN OWERWALLE, *op. cit.*, p. 363.

²⁵⁰ N. PIRES DE CARVALHO, *op. cit.*, p. 248.

devra, au préalable, être soumise à la production d'éléments de preuve relatifs à l'accès et les règles de partage des bénéfices.

En Europe par exemple la question a été pensée mais seulement comme une condition de forme et non condition de validité. La règle de l'origine a été consacrée dans la Directive du 6 Juillet 1998, relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques. La Belgique et le Danemark ont intégré cette disposition dans leur loi sur les brevets.

Le législateur belge a transposé cette directive européenne dans une loi du 28 avril 2005 modifiant la loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, en ce qui concerne la brevetabilité des inventions biotechnologiques²⁵¹. Dans le projet initial de transposition, le non-respect de la règle d'origine était sévèrement sanctionné.

Le projet stipulait que l'exploitation d'une invention est contraire à l'ordre public de la Belgique, lorsque l'invention est développée sur base d'un matériel biologique recueilli ou exporté en violation des articles 3, 8j, 15 et 16 de la CDB. Par conséquent, une invention qui recourt à un matériel végétal ou animal importé en violation de la loi du pays d'origine, irait à l'encontre de l'ordre public belge et le brevet annulé. Pourtant, ce n'est pas cette interprétation qui a été retenue lors de la transposition²⁵².

C'est dans la première interprétation qu'il serait utile de considérer la règle de l'origine, autrement elle se retrouve vidée de son contenu.

Corrélativement, le régime de propriété intellectuelle doit s'accompagner d'une obligation pour le demandeur, de fournir une preuve de ce qu'il a obtenu le consentement préalable et éclairé de la communauté traditionnelle considérée. Ce principe est déjà consacré dans l'article 15.5 de la CDB²⁵³.

En l'état, la disposition prévoit une protection que pour les ressources biologiques, mais les auteurs s'entendent pour que la protection soit étendue à toutes les formes de savoirs traditionnels et à toute forme de propriété intellectuelle²⁵⁴. En vertu donc de ce qui précède, les Etats pourront intégrer cette exigence dans leur processus de délivrance des droits de propriété intellectuelle.

²⁵¹ La loi a été publiée au Moniteur belge du 13 mai 2005.

²⁵² G. VAN OERWALLE, *op. cit.*, p. 365.

²⁵³ G. VAN OERWALLE, *ibidem*, p. 365.

²⁵⁴ R. ANDRIANTSIFERANA, « Traditional knowledge: what is it and how, if all, should it be protected? », *Conference on biodiversity, biotechnology and the protection of traditional knowledge*, Saint-Louis, April 4-6 2003, p. 8., disponible sur <https://law.wustl.edu/centeris/Papers/Biodiversity/PDFWrdDoc/ANDRIANTSIFERANA.pdf>.

Section 4. Protection défensive²⁵⁵ : garanties contre l'acquisition de droits de propriété intellectuelle illicites sur les savoirs traditionnels

La protection défensive des savoirs traditionnels consiste en mesures prises pour empêcher des tiers à la communauté d'obtenir ou d'exercer des droits de propriété intellectuelle abusifs sur les savoirs traditionnels²⁵⁶.

Ces mesures ont principalement visé le système des brevets. La protection défensive entend veiller à ce que les savoirs traditionnels existants ne soient pas brevetés par des tiers, de préférence en faisant en sorte que les savoirs en question en soient pleinement pris en considération au moment d'examiner la nouveauté et la créativité revendiquées par un brevet.

Une invention revendiquée dans une demande de brevet est systématiquement évaluée au regard de l'état de la technique. Concrètement l'état de la technique se compose de l'ensemble des savoirs considérés comme présentant un intérêt s'agissant de déterminer la validité d'un brevet. Ainsi, si un savoir traditionnel a fait l'objet d'une publication dans un média et ce, avant la date de demande de brevet, il est compris dans l'état de la technique et la demande ne peut pas valablement affirmer que ce savoir traditionnel est une invention, pour défaut de nouveauté.

Dans cette mesure, il faut prendre en compte les savoirs traditionnels dans l'examen de l'état technique d'une demande de brevet. Sans cette inclusion, on court le risque de voir des brevets se rapporter à des savoirs traditionnels existants ayant fait l'objet d'une divulgation publique.

Concrètement la mise en œuvre d'un régime défensif de protection devra répondre à deux aspects. D'une part, d'un point de vue juridique, il faut mettre sur pied un système des brevets qui intègre dans la définition de l'état de la technique, les savoirs traditionnels. Par ce fait, ces derniers seraient systématiquement pris en compte

D'un point de vue pratique, il faut que les responsables de la recherche et les examinateurs de brevets puissent avoir effectivement et facilement accès aux savoirs traditionnels, de façon à pouvoir être retrouvés aisément dans le cadre d'une recherche sur l'état de la technique²⁵⁷.

²⁵⁵ La subdivision suivante a été inspirée par N. PIRES DE CARVALHO, *op. cit.*, pp. 257-261.

²⁵⁶ D. DOWNES, « Using intellectual property as a tool to protect traditional knowledge: recommendations for next steps », *Center for international environmental law*, Madrid, November, 1997, disponible sur <<http://www.ciel.org/Publications/UsingIPtoProtectTraditionalKnowledge.pdf>> ; OMPI, *Guide de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur la fixation des savoirs traditionnels*, 1^{er} Novembre 2012, *op. cit.*, p. 18.

²⁵⁷ OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, Publication de l'OMPI n° 920, *op. cit.*, p. 27.

Une autre démarche relevant de la protection défensive dont on parle beaucoup consiste à avancer l'idée selon laquelle les demandeurs de brevets devraient d'une manière ou d'une autre avoir à divulguer les savoirs traditionnels (et les ressources génétiques) utilisées dans l'invention revendiquée ou s'y rapportant à un autre titre. Le droit des brevets fait déjà obligation au déposant de divulguer une partie de l'information correspondante, mais on a fait plusieurs propositions tendant à étendre et à cibler cette obligation, et à créer des obligations spécifiques de divulgation concernant les savoirs traditionnels et les ressources génétiques.

CONCLUSION

La protection juridique des savoirs traditionnels et la répartition des bénéfices qui découlent de leur exploitation, a acquis une résonance accrue dans la société civile. Le besoin de protection des savoirs traditionnels contre l'utilisation abusive ou l'appropriation illicite soulève des questions complexes.

Alors que l'intérêt technologique des savoirs traditionnels est de mieux en mieux perçu et leur potentiel de mieux en mieux exploité, il s'agit de valoriser la contribution intellectuelle et culturelle des communautés traditionnelles. Il s'impose de mieux prendre en considération les besoins et attentes des communautés détentrices de savoirs traditionnels en ce qui concerne le système de la propriété intellectuelle.

De par leurs qualités traditionnelles et le fait qu'ils sont souvent en symbiose étroite avec leur cadre naturel, les savoirs traditionnels peuvent être un instrument durable et approprié de développement axé sur les réalités locales. Ils peuvent également donner aux pays en développement, et en particulier aux moins avancés d'entre eux, la possibilité de tirer parti de l'économie du savoir.

Les droits de propriété intellectuelle ont joué un rôle crucial dans la dure tâche qui est d'établir un régime protecteur des savoirs traditionnels. Comme nous l'avons souligné, il est des cas où, les systèmes classiques de la propriété intellectuelle ont soustrait certains savoirs de la sphère publique.

De toute évidence, les droits de propriété intellectuelle doivent rendre compte des tensions qui sont contenues dans les savoirs traditionnels, à savoir qu'ils doivent reconnaître et respecter les intérêts en présence. Ils doivent surtout défendre un objectif plus large d'équité, en principe incompatible avec la nature même des droits de propriété intellectuelle.

Toutefois, la tendance générale va vers une plus grande intégration de ces concepts. La sphère internationale a compris que le recours à des régimes *sui generis*, se justifie précisément, par le fait que les systèmes de propriété intellectuelle sont le fruit d'une réflexion des États Occidentaux et que, de sorte, ils ne peuvent pas être imposés aux autres États. Le bénéfice d'une telle approche n'est que minime²⁵⁸.

²⁵⁸ Les cas où les savoirs traditionnels ont pu être protégés par des régimes de propriété intellectuelle.

Dans le même temps, une approche distributive de la propriété intellectuelle nécessiterait de repenser tout le régime. Nombreux sont les auteurs qui dans cette perspective ont avancé l'idée d'un système de propriété intellectuelle plus équilibré, qui garantirait les droits individuels et un objectif plus général de justice. Cette vision bien que souhaitable, nous paraît impraticable en l'espèce. La nature même des droits de propriété intellectuelle est de garantir des droits exclusifs à leurs titulaires. Ce droit ne contient pas de dimension distributive, mais vise plutôt à récompenser l'innovation. Il serait difficile sinon impossible de le réinventer alors que dans le Monde Occidental, il s'applique parfaitement à la création humaine²⁵⁹.

Dans cette perspective, la création d'un système *sui generis* semble-t-il est la meilleure approche possible. En effet, un régime *sui generis* a comme caractéristique primordiale qu'il garantit la diversité culturelle. Chaque Etat, chaque communauté locale et chaque peuple et tribu a ses propres besoins et intérêts à défendre. Dans cette mesure, on ne peut décemment pas créer un système à l'échelle internationale et l'imposer à tous.

Pour cette raison, nous défendons l'idée selon laquelle une protection effective des savoirs traditionnels doit se faire en premier à un niveau national. Le gouvernement en collaboration avec ses communautés, élaborent une protection qui garantit leurs droits et les prémunit d'une appropriation illicite de leurs savoirs. C'est uniquement quand cette phase sera établie qu'une protection pourra être envisagée à l'échelle internationale.

Une protection à l'échelle internationale va supposer une volonté des pays développés à faire prévaloir les intérêts collectifs contre ceux de leurs industries qui exploitent les ressources des pays du Sud.

L'intérêt d'une telle protection n'est plus à défendre. Toutefois, nous empruntons ses mots à Amartya Sen, Prix Nobel d'économie²⁶⁰, qui écrivait dans son article « Mondialisation et justice sociale » le 20 mai 2006 : « *D'un autre côté, les partisans de la globalisation contemporaine se disent convaincus que, en règle générale, elle enrichit les pauvres plutôt qu'elle ne les appauvrit (comme cela est souvent avancé). Elle ne peut donc être injuste. Puisque les pauvres en bénéficient également, où est le problème ? Si cet enjeu était reconnu comme pertinent, le débat dans son ensemble consisterait alors à déterminer quel camp*

²⁵⁹ Certains avancent à tort que les droits de propriété intellectuelle sont l'anecdote à un problème qu'ils ont eux-mêmes créés. Dans la logique de ces académiques, la bio-piraterie, l'appropriation illégitime des savoirs traditionnels et l'utilisation abusive des droits sont un mal du capitalisme occidental, et de sorte, ils doivent être combattus par les mêmes armes.

²⁶⁰ Prix Nobel d'économie en 1998.

détient la bonne réponse à une question principalement empirique : les pauvres s'appauvrissent-ils ou s'enrichissent-ils ?

Mais est-ce la bonne question à poser ? Selon moi, absolument pas. Même si les pauvres devaient devenir un peu plus riches, cela n'impliquerait pas qu'ils reçoivent une part juste des bénéfices de la globalisation. Il n'est guère plus pertinent de se demander si l'inégalité internationale diminue ou augmente avec chaque avancée de la globalisation ».

Pour les pays consommateurs des savoirs traditionnels, l'établissement de mécanismes de protection et de partage des bénéfices, leur offre une unique chance de rééquilibrer les relations Nord-Sud dans un esprit de responsabilité sociétale.

Annexe

I. Liste des différents termes utilisés pour les savoirs traditionnels

- Savoirs traditionnels
- Savoirs indigènes
- Savoirs communautaires
- Savoirs traditionnels écologiques
- Savoirs locaux
- Savoirs traditionnels de l'environnement
- Traditions aborigènes
- Patrimoine culturelle
- Folklore
- Héritage culture
- Tradition médicinal
- Propriété culturelle
- Culture populaire
- Savoirs traditionnels, innovations et pratiques
- Propriété intellectuelle indigène²⁶¹.

II. Le Koru du peuple Maori

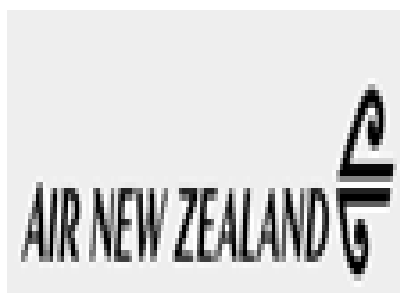


262

²⁶¹ WIPO, *Traditional knowledge – Operational terms and definitions*, 3rd report, WIPO/GRTKF/IC/3/9, p. 18.

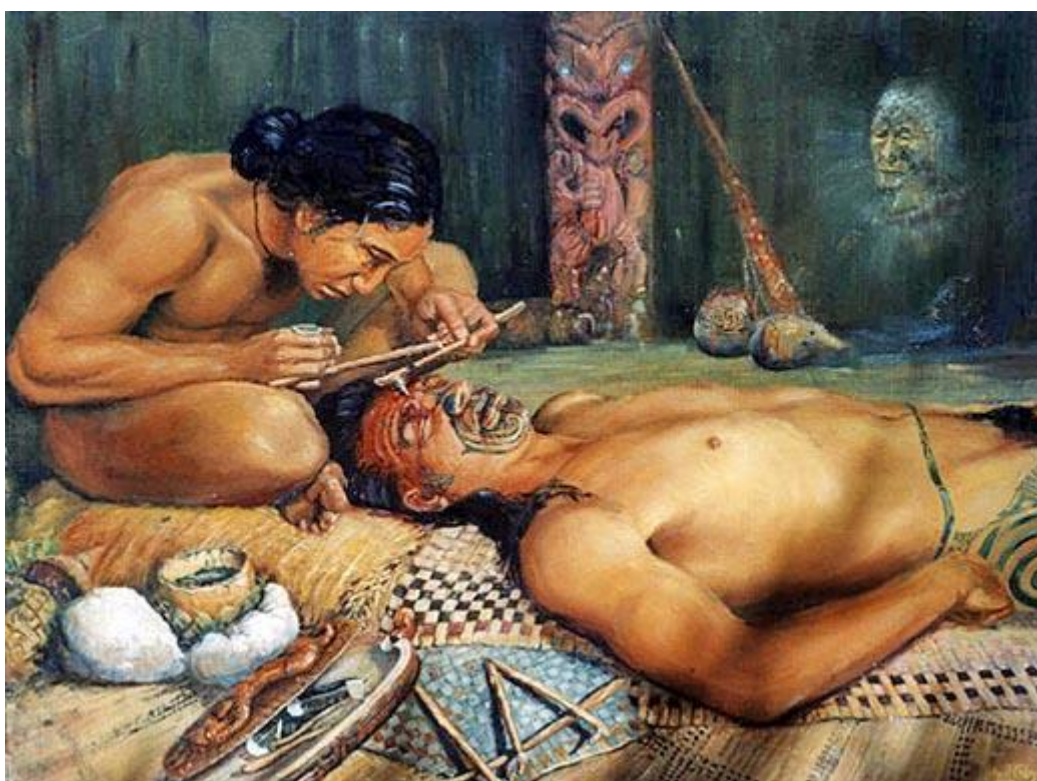
²⁶² Image disponible sur

<https://play.google.com/store/apps/details?id=nz.co.airnz.mpass>



Marque déposée par Air New Zealand²⁶³.

III. Le Ta Moko



Le Ta moko réalisé par un initié²⁶⁴.


²⁶³ Image disponible sur <<http://www.airnewzealand.co.uk/home>>.

²⁶⁴ Plus d'informations sur la procédure du Ta moko et l'image est disponible sur <<http://www.themaori.com/maori-tattoo/ta-moko-procedure>>.



Un guerrier Maori²⁶⁵

IV. Hoodia Gordonii

<ul style="list-style-type: none"> Stangeriaceae ▶ Bowenia serrulata Welwitschiaceae Zamiaceae Liliaceae Euphorbiaceae Cupressaceae Cycadaceae Apocynaceae 	<p>Hoodia gordonii</p>  <p>Scientific name: <i>Hoodia gordonii</i> Synonyms: <i>Hoodia albispina</i>, <i>Hoodia barklyi</i>, <i>Hoodia pillansii</i> Distribution: South Africa CITES listing: Appendix II Photo: © Nico Laubscher</p>
--	--

Fiche du Hoodia Gordonii dans la CITES²⁶⁶

²⁶⁵ Image disponible sur <<http://www.wonderful-art.fr/les-maoris-l-art-du-tatouage-facial-ta-moko/>>.

²⁶⁶ Lien disponible <https://www.cites.org/eng/gallery/species/other_plant/Hoodia_gordonii.html>.

Bibliographie

Législation

Instruments internationaux

- Accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 12 avril 1994, disponible sur
<http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips_01_f.htm>.
- Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, du 24 juillet 1971, disponible sur
- Convention sur la diversité biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, disponible sur
<<http://www.cbd.int/>>.
- Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, 17 octobre 2003, UNTS 2368, disponible sur
<<http://www.unesco.org/culture/ich/fr/convention>>.
- Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, disponible sur
<www.who.int>.
- Convention de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales, disponible sur <www.upov.int>.
- Déclaration d'Alma-Ata de 1994, disponible sur <www.unccd.int>.
- Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, A.G., Rés. 61/295, 13 septembre 2007, A/ RES/61/295, disponible sur
<http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_fr.pdf>.
- Organisation des nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, disponible sur
<www.fao.org>.
- Programme des Nations Unies pour l'Environnement, disponible sur
<www.unep.org>.
- New Zealand, Copyright Act 1994, disponible sur
<<http://www.legislation.govt.nz/act/public/1994/0143/latest/DLM345634.html>>.
- New Zealand, Trade Marks Act 2002, disponible sur
<<http://www.legislation.govt.nz/act/public/2002/0049/latest/whole.html#DLM164459>>.

Dispositions nationales

- Convention Benelux du 25 février 2005 en matière de propriété intellectuelle (marques et dessins ou modèles), *M.B.*, 26 avril 2006.
- Loi du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention, *M.B.*, 9 mars 1985.
- Loi du 30 Juin 1994 relative aux droits d'auteur et aux droits voisins, *M.B.*, 27 juillet 1994.
- Loi du 31 Août 1998 sur la protection des bases de données, *M.B.*, 14 novembre 1998.

Doctrine

Ouvrages

- BINCTIN (N.), *Droit de la propriété intellectuelle*, Librairie générale de droit, Paris, 2010, 790p.
- BLEIN (R.), « Des conventions de Yaoundé à l'Accord de Cotonou : 40 ans de "je t'aime moi non plus" ! », disponible sur <http://www.inter-reseaux.org/IMG/pdf/2intro.pdf>.
- BRAHY (N.) et VAN OVERWALLE (G.), *The property regime of biodiversity and traditional knowledge: institutions for conservation and innovation*, Bruxelles, Larcier, 2008, 435p.
- BUBELA (T.) et RICHARD GOLD (E.), *Genetic resources and traditional knowledge: case studies and conflicting interests*, Cheltenham, Elgar, 2012, XIV, 373p.
- BURELLI (T.), « Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels en Nouvelle-Calédonie. Pertinence et potentialités du projet de loi du pays relatif à la sauvegarde du patrimoine immatériel autochtone », *Academia.edu*, pp. 115-128, disponible sur http://www.academia.edu/3537406/Propri%C3%A9t%C3%A9_intellectuelle_et_savoirs_traditionnels_en_Nouvelle-Cal%C3%A9donie.
- CASTLE (D.) et GOLD (E. R.), « Traditional knowledge and benefit sharing: from compensation to transaction », *Paper presented at ICBR 8th International production*, Ravello, Italy, July 2004, 28p., disponible sur [http://fepi.ipaam.br/biodiversidade/Artigos%20Cient%C3%ADficos/Ingl%C3%AAs/Traditional%20Knoeledge%20and%20Benefit%20Sharing_\(David%20Castle%20and%20E.%20Richard%20Gold\).pdf](http://fepi.ipaam.br/biodiversidade/Artigos%20Cient%C3%ADficos/Ingl%C3%AAs/Traditional%20Knoeledge%20and%20Benefit%20Sharing_(David%20Castle%20and%20E.%20Richard%20Gold).pdf).

- CIMOLI (M.), DOSI (G.), MASKUS (K. E.), OKEDIJI (R. L.), REICHMAN (J. H.) et STIGLITZ (J. E.), *Intellectual property rights: legal and economic challenges for development*, Oxford, Oxford University Press, 2014, x, 529p.
- CORREA (C.), *Protection and promotion of traditional medicine, implications for public health in developing countries*, University of Buenos Aires, August 2002, 131p, disponible sur <http://apps.who.int/medicinedocs/pdf/s4917e/s4917e.pdf>.
- DAGNE (T.), « Protecting traditional knowledge in international intellectual property law: imperatives for protection and choice of modalities », *J. MARSHALL REV. INTELL. PROP. L.*, 25, 2014, pp. 24-49, <http://repository.jmls.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1343&context=ripl>
- DEERE (C.), *The implementation game: the TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries*, New York, Oxford University Press, 2011, 409p.
- DOWNES (D.), *Using intellectual property as a tool to protect traditional knowledge: recommendations for next steps*, Center for international environmental law, Madrid, November 1997, 24p, disponible sur <http://www.ciel.org/Publications/UsingIPtoProtectTraditionalKnowledge.pdf>.
- DRAHOS (P.), *Intellectual property, indigenous people and their knowledge*, Cambridge, Cambridge university press, 2014, xii, 247p.
- DREYFUS (R.C.), & GINSBURG (J.C.), *Intellectual property at the edge: the contested contours of IP*, Cambridge, Cambridge university press, 2014, xxxv, 452p.
- S. DUSSOLIER et A. DE FRANCQUEN, *Manuel de droits intellectuels*, Bruxelles, Anthemis, 2015, 381p.
- DUTFIELD (G.), « Protecting traditional knowledge and folklore », *Intellectual property: articles on cultural expressions and indigenous knowledge*, Antwerpen, Intersentia, 2002, xx, 268p.
- DUTFIELD (G.), & WONG (T.), *Intellectual property and human development: current trends and future scenarios*, New York, Cambridge university press, 2010, I, 397p.
- FILOCHE (G.) (sous la coordination de), « Les savoirs traditionnels en Guyane. Façade juridique et vices cachés d'un régime de partage équitable de la biodiversité », *Équité et environnement: quel(s) modèle(s) de justice environnementale ?*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 435 à 457.

- GAUDERAULT-DESBIENS (J.-F.), *La critique autochtone de l'appropriation culturelle comme défi à la conception occidentale de la propriété intellectuelle. Le cas de l'appropriation asiatique*, 1998, disponible sur <http://cpi.robic.ca/Cahiers/11-2/03GaudreaultW97.html>.
- GAYET (A.-C.), « La protection du savoir traditionnel comme partie intégrante d'une nouvelle approche de la propriété intellectuelle », *Lex Electronica*, vol. 14, n°2, 2009, 17p, disponible sur http://www.lex-electronica.org/fr/resumes_complets/243.html.
- GERVAIS (D.), *Traditional knowledge & intellectual property: A TRIPS compatible approach*, *State Law Review*, 137, Spring 2005, pp. 137 à 166, disponible sur http://www.academia.edu/7101177/Traditional_Knowledge_and_Intellectual_Property_A_TRIPS-Compatible_Approach.
- GHOSH (S.), *The quest for effective traditional knowledge protection: some reflections on WIPO's recent IGC discussions*, *Biores*, vol. 6, n°2, 18 June 2012, disponible sur <http://www.ictsd.org/bridges-news/biores/news/the-quest-for-effective-traditional-knowledge-protection-some-reflections>.
- GRAY (E.), « Maori culture and trade mark law in New Zealand », *New frontiers of intellectual property law: IP and cultural heritage, geographical indications, enforcement and protection*, Oxford, Hart, 2005, pp. 71-96.
- GOVAERE (I.) et HANNS (U.), *Intellectual property, public policy and international trade*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, College of Europe studies, n° 6, 2007, 232p.
- HEALTH (C.) et KAMPERMAN SANDERS (A.), *New frontiers of intellectual property law: IP and cultural heritage, geographical indications, enforcement and protection*, Oxford, Hart, 2005, XX, 356p.
- KAMAU (C.) et WINTER (G.), *Genetic resources, traditional knowledge and the law: solutions for access and benefit sharing*, London, Earthscan, xxxiii, 2009, 494p.
- KONO (T.), *Intangible cultural heritage and intellectual property: communities, cultural diversity and sustainable development*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 415p.
- KUPRECHT (K.), *Indigenous peoples' cultural property claims. Repatriation and beyond*, Cham, Springer, 2014, 246p.
- LAI (J. C.), *Indigenous cultural heritage and intellectual property rights. Learning from the New Zealand experience?*, Cham, Springer, 2014, 342p.
- VON LEWINSKI (S.), « Comments on Susy Frankel: "Ka Mate Ka Mate" and the protection of traditional knowledge. An international perspective », *Intellectual*

property at the edge. The contested contours of IP, Cambridge University Press, United Kingdom, 2014, pp. 215-224.

- MCMANIS (C. R.), *Biodiversity and the law intellectual property: biotechnology and traditional knowledge*, London, Earthscan, 2007, xxxvi, 484p.
- MEZGHANI (N.), *La protection du folklore, des créations populaires et du savoir traditionnel*, 27p., disponible sur
[<https://www.google.be/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCIQFjAAahUKEwi5ucXj1pvHAhXIwxQKHYNzBI0&url=http%3A%2F%2Fwww.atrip.org%2FContent%2FActivities%2FMezghani%2520ATRIP%2520PARMA%25202006.doc&ei=GBzHVbnNEMiHU4nnm-gF&usg=AFQjCNG8SJst6N_2JO_Vmfx5nL4O5xsEWA>](https://www.google.be/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCIQFjAAahUKEwi5ucXj1pvHAhXIwxQKHYNzBI0&url=http%3A%2F%2Fwww.atrip.org%2FContent%2FActivities%2FMezghani%2520ATRIP%2520PARMA%25202006.doc&ei=GBzHVbnNEMiHU4nnm-gF&usg=AFQjCNG8SJst6N_2JO_Vmfx5nL4O5xsEWA) .
- MUNOZ TELLEZ (V.), *Recognising the traditional knowledge of the San people : The Hoodia case of benefit-sharing*, 4p., disponible sur
[<http://www.ipngos.org/NGO%20Briefings/Hoodia%20case%20of%20benefit%20sharing.pdf>](http://www.ipngos.org/NGO%20Briefings/Hoodia%20case%20of%20benefit%20sharing.pdf) .
- NEYRINCK (N.) (sous la coordination de), « Multinationales et droit de la propriété intellectuelle. Le cas des savoirs traditionnels », dans *Les multinationales : statut et réglementations*, Bruxelles, Larcier, Droit des sociétés, 2012, pp. 225-258.
- OSEITUTU (J. J.), « A sui generis regime for traditional knowledge: the cultural divide in intellectual property law », *Marquette intellectual property law review*, vol. 15, University of Pittsburgh school of law, 2011, disponible sur
[<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=iplr>](http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1169&context=iplr) .
- PETITJEAN (P.), « La science doit achever sa décolonisation », *La recherche*, N°402, Novembre 2006, p. 61, disponible sur
[<http://www.larecherche.fr/savoirs/entretien/patrick-petitjean-science-doit-achever-sa-decolonisation-01-11-2006-74333>](http://www.larecherche.fr/savoirs/entretien/patrick-petitjean-science-doit-achever-sa-decolonisation-01-11-2006-74333) .
- RAZZAQUE (J.) et SSENIONJO (M.), « Protection of traditional knowledge and human rights obligations: the status of discussion in international organizations », *Netherlands quarterly of human rights*, vol. 25/3, 2007, pp. 401-436.
- K.A. SACEY (E.), & MJ KASILO (O.), *Intellectual property approaches to the protection of traditional knowledge in the African region*, Reports 13, pp. 89-102, disponible sur
[<https://www.who.int/fr/ahm/issue/13/reports/intellectual-property-approaches-protection-traditional-knowledge-african>](https://www.who.int/fr/ahm/issue/13/reports/intellectual-property-approaches-protection-traditional-knowledge-african) .

- SIMEONE (T.), *Connaissances traditionnelles autochtones et droits de propriété intellectuelle*, 17 Mars 2004, 10p, disponible sur <http://www.parl.gc.ca/content/lop/researchpublications/prb0338-f.htm#protegerlimitestxt>.
- YAMANE (H.), *Interpreting TRIPS: globalization of intellectual property right and access to medicines*, Oxford, Hart, 2011, 535p.

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

- Aider les peuples autochtones et les communautés locales, *Magazine de l'OMPI*, Février 2014, disponible sur http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2014/01/article_0003.html.
- *Case study : Hoodia Plant*, January 2008, disponible sur http://www.wipo.int/export/sites/www/academy/en/about/global_network/educationa1_materials/cs1_hoodia.pdf.
- Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, 5^e session, Genève, 15 Juillet 2003, disponible sur http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_5/wipo_grtkf_ic_5_3.pdf.
- « Désert du Kalahari », *Wikipedia*, disponible sur https://fr.wikipedia.org/wiki/D%C3%A9sert_du_Kalahari.
- *Guide de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle sur la fixation des savoirs traditionnels*, 1^{er} Novembre 2012, disponible sur <http://www.wipo.int/tk/fr/resources/tkdocumentation.html>.
- La guerre du café : l'Ethiopie et l'histoire du Starbucks, disponible sur <http://www.wipo.int/ipadvantage/fr/details.jsp?id=2621>.
- « Numériser la culture traditionnelle », *Magazine de l'OMPI*, Juin 2008, disponible sur http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2008/03/article_0009.html.
- *Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999)*, Genève, 2001, www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/tk/768/wipo_pub_768.pdf ?
- *Publications, études et documents*, disponible sur <http://www.wipo.int/tk/fr/resources/publications.html>.
- *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, Publication de l'OMPI n° 920, disponible sur http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/fr/tk/920/wipo_pub_920.pdf.

- « Quelle place pour le droit coutumier dans la protection des savoirs traditionnels ? », *Magazine de l'OMPI*, Août 2010, disponible sur http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2010/04/article_0007.html.
- *Traditional knowledge – Operational terms and definitions*, WIPO/GRTKF/IC/3/9, 2002, disponible sur http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_3/wipo_grtkf_ic_3_9.pdf.

Liens électroniques

- African regional intellectual property organization, <http://aripo.org/>.
- Organisation africaine de la propriété intellectuelle, <http://www.oapi.int/>.
- Organisation mondiale du commerce, <https://www.wto.org/>.
- https://fr.wikipedia.org/wiki/Amartya_Sen.
- <http://www.leconomiste.com/article/omc-une-grande-manifestation-contre-le-round-de-seattle-se-prepare>.
- https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm7_f.htm.
- https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/trips_issues_f.htm.
- https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/lde_f.htm.
- https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/gi_f.htm.
- https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/trips_f.htm#issues.
- https://en.wikipedia.org/wiki/Cultural_exception.
- <http://africaanswerman.com/biopiracy-in-africa/>.
- <http://www.scienceinafrica.com/biotechnology/entrepreneurship/focus-biopiracy-africa>.
- http://ec.europa.eu/research/science-society/document_library/pdf_06/falusi-bs3_en.pdf.
- <http://www.indilinga.org.za/>.
- « Bushmen win royalties for their desert expertise », *Survival*, June 2003, disponible sur <http://www.survivalinternational.org/news/83>.
- DES NEIGES (M.), « Choc de culture : brevet et savoirs traditionnels », *Ainy*, disponible sur http://ainy.fr/blog/index/billet/553_choc-de-culture-brevet-et-savoirs-traditionnels.
- « Tā Moko », *Wikipedia*, disponible sur https://en.wikipedia.org/wiki/T%C4%81_moko.
- « Indications géographiques », *WTO*, disponible sur

- <https://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/gi_f.htm>.
- <http://www.bloomberg.com/visual-data/best-and-worst/best-emerging-markets-2014-countries>.
- http://www.inapg.inra.fr/ens_rech/bio/biotech/textes/societe/economie/ogm/ogm-rel-ns.html.
- <http://www.toiho.co.nz/>.
- <<http://www.origin-gi.com/fr/a-propos-d-origin/presentation.html>>.

Vidéos

- DESAI (R.), *Bushman's secret : one cactus stands between hope and hunger*, 2006, disponible sur <<http://www.brooklynfilmfestival.org/films/detail.asp?fid=715>>.
- CARREIRO DA CUNHA (M.), *Droits intellectuels et savoirs traditionnels : enjeux et impasses*, disponible sur
<<http://www.college-de-france.fr/site/manuela-carneiro-da-cunha/course-2012-06-07-14h30.htm#|m=inaugural-lecture|q=/site/manuela-carneiro-da-cunha/inaugural-lecture-2011-2012.htm|p=../manuela-carneiro-da-cunha/inaugural-lecture-2012-03-22-18h00.htm>>.

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

