

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

Quarante-sixième session
Genève, 27 février – 3 mars 2023

ACTUALISATION DE L'ETUDE TECHNIQUE DES PRINCIPALES QUESTIONS RELATIVES A LA PROPRIETE INTELLECTUELLE SOULEVEES DANS LES PROJETS D'INSTRUMENTS DE L'OMPI SUR LES RESSOURCES GENETIQUES, LES SAVOIRS TRADITIONNELS ET LES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES DU POINT DE VUE DES DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES

Document établi par le Secrétariat

1. Reconnaissant la contribution apportée aux travaux du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ci-après dénommé "comité") par l'*Étude technique des principales questions relatives à la propriété intellectuelle dans les projets d'instruments de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles* (WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10) (ci-après dénommée "étude technique"), qui a été établie par un expert autochtone, à savoir M. James Anaya, et se référant à la recommandation formulée par l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones (ci-après dénommée "UNPFII") à sa dix-huitième session en 2019, le comité, à sa quarantième session, a prié le Secrétariat de demander la mise à jour de l'étude technique par un expert autochtone pour examen par le comité au cours de l'exercice biennal 2020-2021, dans la limite des ressources disponibles¹.
2. Conformément à la décision susmentionnée, Mme Neva Collings, directrice du conseil d'administration du NSW Aboriginal Housing Office, Department of Family and Community Services (Australie) et M. Elifuraha Laltaika, maître de conférences et directeur de la recherche à l'Université Tumaini de Makumira (République-Unie de Tanzanie) ont été chargés de mettre à

¹ Voir les Décisions de la quarantième session du comité, page 3.

jour l'étude technique, qui a été examinée par deux experts autochtones. L'annexe du présent document contient l'étude technique actualisée fournie par les experts autochtones mandatés.

3. Le comité est invité à prendre note de l'annexe du présent document.

[L'annexe suit]

Actualisation de l'étude technique des principales questions relatives à la propriété intellectuelle soulevées dans les projets d'instruments de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles du point de vue des droits des peuples autochtones

Par M. Elifuraha Laltaika et Mme Neva Collings

RAPPEL ET INTRODUCTION

1. Durant la dix-huitième session de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones (UNPFII), qui s'est déroulée du 22 avril au 3 mai 2019, l'UNPFII a recommandé que l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)
2. ¹ mandate et finance un expert autochtone pour entreprendre une mise à jour de l'étude technique des principales questions relatives à la propriété intellectuelle soulevées par le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) dans les projets d'instruments de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles du point de vue des droits des peuples autochtones (ci-après dénommée "étude technique"), qui a été entreprise en 2014 par M. James Anaya².
3. L'UNPFII a recommandé de mettre à jour l'étude technique "pour tenir compte des questions actuelles, en mettant l'accent sur les notions d'équilibre et de domaine public, et pour examiner la façon dont elles peuvent entrer en conflit avec les droits fondamentaux et les coutumes des peuples autochtones, ainsi que de l'obligation d'intégrer et de respecter ces droits dans les travaux s'y rapportant"³. Le présent rapport contient la mise à jour demandée de l'étude technique.
4. L'étude technique de M. Anaya représente un travail d'une pertinence conceptuelle et pratique durable pour établir un lien entre la protection de la propriété intellectuelle et les droits fondamentaux des peuples autochtones. Il définit le caractère central de l'obtention du consentement des peuples autochtones comme condition préalable à l'accès aux savoirs traditionnels, aux expressions culturelles traditionnelles et aux ressources génétiques autochtones⁴.
5. Cette étude technique actualisée s'appuie donc sur le travail de M. Anaya, conformément à la demande de l'UNPFII. Elle examine les projets de textes actuels de l'IGC sur les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles et les ressources génétiques du point de vue des droits des peuples autochtones, notamment la façon dont les notions telles que l'"équilibre" et le "domaine public", ainsi que les "bases de données", l'"approche progressive" et les "exigences de divulgation", pourraient entrer en conflit avec les droits des peuples autochtones traités dans l'étude technique de M. James Anaya.

¹ Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, Rapport sur les travaux de la dix-huitième session, E/2019/43-E/C.19/2019/10. Voir le paragraphe 10 du document, disponible à l'adresse <https://www.un.org/development/desa/indigenouspeoples/news/2019/06/18-session-report/>.

² Document WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10, disponible à l'adresse https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf.

³ E/2019/43-E/C.19/2019/10, paragraphe 10.

⁴ WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10, paragraphe 11.

6. En termes d'organisation, cette mise à jour est divisée en trois parties. La première partie contient une étude actualisée des projets d'articles de l'IGC sur les savoirs traditionnels⁵ et les expressions culturelles traditionnelles⁶. La deuxième partie contient une étude actualisée du document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques (ci-après dénommé "document de synthèse") et du projet d'instrument juridique international sur la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, établi par le président de l'IGC (ci-après dénommé "texte du président")⁷. La troisième partie contient les considérations finales.

7. Cette mise à jour n'engage que les auteurs. Elle ne reflète en aucun cas les vues du Secrétariat de l'OMPI, des États membres de l'OMPI ou de ses observateurs.

PREMIÈRE PARTIE : PROJETS DE TEXTES DE L'IGC SUR LES SAVOIRS TRADITIONNELS ET LES EXPRESSIONS CULTURELLES TRADITIONNELLES

Équilibre

8. La notion d'"équilibre" telle qu'elle est appliquée dans le système de protection des droits de propriété intellectuelle génère des avantages mutuels pour les détenteurs de l'objet de la protection et les utilisateurs, en vue notamment de stimuler l'innovation et la créativité. L'article 7 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce constitue un exemple concret de l'application de cette notion dans les instruments juridiques internationaux. Il stipule ceci : "La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations"⁸.

9. Un problème majeur se pose lorsque la propriété intellectuelle tend à se concentrer sur les particuliers ou les entreprises innovatrices, alors que les peuples autochtones détiennent les connaissances dans un cadre collectif. Sur le plan conceptuel, l'"équilibre" implique donc une tentative de protection des droits de propriété intellectuelle des peuples autochtones en tant que groupe, tout en préservant les droits dont jouit le reste de la société. Cependant, cette notion est problématique pour les peuples autochtones, car les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles font partie intégrante de leur identité en tant que groupe, et sont intergénérationnels. Qui plus est, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles autochtones contiennent des histoires, des lois et des protocoles coutumiers, des

⁵ Cinquante et unième session (24^e session ordinaire) de l'Assemblée générale de l'OMPI : Rapport sur le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) (WO/GA/51/12), Annexe I : La protection des savoirs traditionnels : projet d'articles, Version révisée des facilitateurs (19 juin 2019), disponible à l'adresse https://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=443934.

⁶ Cinquante et unième session (24^e session ordinaire) de l'Assemblée générale de l'OMPI : Rapport sur le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) (WO/GA/51/12), Annexe II : La protection des expressions culturelles traditionnelles : projet d'articles, Version révisée des facilitateurs (19 juin 2019), disponible à l'adresse https://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=443934.

⁷ Cinquante et unième session (24^e session ordinaire) de l'Assemblée générale de l'OMPI : Rapport sur le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) (WO/GA/51/12), Annexe III : Deuxième version révisée du document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques (datée du 23 mars 2018), disponible à l'adresse https://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=443934, et annexe IV : Projet d'instrument juridique international concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels qui y sont associés, établi par M. Ian Goss, disponible à l'adresse https://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=443934.

⁸ Voir l'annexe C1, disponible à l'adresse https://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.pdf.

cérémonies, des modes de vie et des visions du monde qui ne sont pas destinés à être commercialisés.

10. Si la notion d'«équilibre» est justifiable dans un contexte impliquant des personnes physiques et morales, elle peut porter atteinte aux peuples autochtones qui sont collectivement propriétaires de leurs savoirs traditionnels et de leurs expressions culturelles traditionnelles et ont le droit à l'autodétermination en vertu du droit international⁹. Ce droit englobe le désir de nombreux peuples autochtones d'adopter des lois concernant leur langue, leur culture et, sans doute, leur propriété intellectuelle. La question est de savoir comment le régime de propriété intellectuelle peut reconnaître le droit coutumier des peuples autochtones, offrir une protection et favoriser le transfert des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles sur la base de mécanismes d'accès et de partage des avantages à des conditions convenues d'un commun accord, conformément au principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause¹⁰.

11. Alors que le système de propriété intellectuelle vise à garantir que toutes les connaissances profitent à la société dans son ensemble, les peuples autochtones possèdent des droits fondamentaux et d'autres droits sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles qui font partie intégrante du droit coutumier, de la culture, de la langue et de la religion. En conséquence, puisque les droits fondamentaux ont une longue durée de vie, les lois sur la propriété intellectuelle ne peuvent les contourner. Il ne devrait donc y avoir aucune loi ou interdiction qui limite l'utilisation par les peuples autochtones de leurs savoirs traditionnels et de leurs expressions culturelles traditionnelles.

12. Une solution potentielle à cette problématique réside en partie dans l'élaboration d'un système *sui generis*¹¹ de protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, qui tienne compte des droits fondamentaux et des coutumes des peuples autochtones, plutôt que de l'intégrer dans le système de la propriété intellectuelle, comme indiqué aux paragraphes 12 et 13 de la présente mise à jour. Le système *sui generis* envisagé devrait respecter les droits des peuples autochtones à contrôler et protéger leurs savoirs traditionnels et leurs expressions culturelles traditionnelles.

13. En effet, la prévention de l'appropriation illicite des savoirs traditionnels peut nécessiter des mesures positives, notamment la création de régimes de propriété intellectuelle *sui generis* sous forme de législation autonome pour la protection des savoirs traditionnels contre l'accès et l'utilisation non autorisés, les droits liés aux bases de données et l'indemnisation ou la restitution¹². La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones affirme le droit des peuples autochtones à la restitution ou à une indemnisation juste, correcte et équitable pour les ressources prises ou exploitées sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause¹³.

14. Parmi les éléments clés des régimes *sui generis* devraient figurer des exigences d'attribution des savoirs traditionnels des peuples autochtones, l'élaboration de bases de données par les peuples autochtones et l'obtention du consentement préalable, donné

⁹ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, article 4, disponible à l'adresse <https://undocs.org/fr/A/RES/61/295>.

¹⁰ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, article 19.

¹¹ *Sui Generis*, selon le Black's Law Dictionary, signifie de sa propre espèce ou classe, unique ou particulier.

¹² Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, article 28.1); Natalie P Stoianoff et Alpana Roy, Indigenous Knowledge and Culture in Australia – The Case for Sui Generis Legislation (SSRN Scholarly Paper No ID 2765827, Social Science Research Network, 31 décembre 2015), 748.

<<https://papers.ssrn.com/abstract=2765827>>; Graham Dutfield, 'Legal and Economic Aspects of Traditional Knowledge' in Keith E Maskus and Jerome H Reichman (eds), International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime (Cambridge University Press, 1st ed, 2005), 506.

¹³ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, article 28.12).

librement et en connaissance de cause, avant que des tiers puissent accéder aux savoirs traditionnels des peuples autochtones et les exploiter¹⁴. L'élaboration de bases de données et de registres des savoirs traditionnels par les peuples autochtones avec leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, pourrait nécessiter une assistance financière et technique de la part des États membres et être fondée sur le respect fondamental des lois coutumières et de l'intégrité culturelle des peuples autochtones et des communautés locales¹⁵.

Réparation

15. Le droit des peuples autochtones à la réparation pour l'utilisation et l'exploitation non autorisées de leurs savoirs traditionnels, expressions culturelles traditionnelles, ressources génétiques et savoirs traditionnels qui y sont associés est affirmé par l'UNDRIP, qui exige des États qu'ils accordent réparation par le biais de mécanismes efficaces, y compris la restitution des biens culturels et intellectuels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, ce qui peut impliquer l'adoption de mesures concrètes spéciales¹⁶. Les États parties sont donc tenus d'adopter des mesures concrètes pour garantir la pleine jouissance des droits fondamentaux par les peuples autochtones, par le biais de mécanismes efficaces permettant la restitution du patrimoine culturel et de la propriété intellectuelle qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause¹⁷.

16. Le groupe de travail autochtone de l'IGC de l'OMPI a mis en avant, comme élément essentiel de réparation, le droit des peuples autochtones à continuer d'utiliser leurs savoirs traditionnels, leurs expressions culturelles traditionnelles et les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques sans interdictions. En outre, si une entreprise est titulaire d'un brevet, ce fait ne devrait pas empêcher les peuples autochtones, à savoir les détenteurs originaux des savoirs traditionnels considérés, d'utiliser l'invention brevetée. Un autre élément de réparation est le rapatriement. Comme l'a déjà déclaré le groupe de travail autochtone, l'instrument juridique devrait inclure le rapatriement, parce que "les négociations ne sauraient se contenter de traiter des futures pratiques relatives aux questions de brevets. Il [cet instrument] devait également régler les problèmes d'appropriation illicite historiques et les actes répréhensibles"¹⁸.

17. Parmi les éléments présentant un intérêt pour la restitution figurent les *Lignes directrices facultatives Rutzolijirisaxik de la Convention sur la diversité biologique (CDB) pour le rapatriement des connaissances traditionnelles présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique*, qui donnent des orientations sur les efforts de rapatriement, y compris sur le partage des avantages¹⁹.

18. Les Lignes directrices facultatives Rutzolijirisaxik stipulent que "[l]e rapatriement peut inclure des efforts visant à restaurer la gouvernance par les peuples autochtones et les communautés locales de leurs connaissances traditionnelles" et peut impliquer le consentement préalable donné en connaissance de cause, le consentement préalable, donné librement et en

¹⁴ Natalie P Stoianoff et Alpana Roy, *Indigenous Knowledge and Culture in Australia – The Case for Sui Generis Legislation* (SSRN Scholarly Paper No ID 2765827, Social Science Research Network, 31 décembre 2015), 748. <<https://papers.ssrn.com/abstract=2765827>>.

¹⁵ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, articles 32.2), 18 et 34; The Report on Traditional Knowledge Registers and Related Traditional Knowledge Databases – UNEP/CBD/WG8J/4/INF/9.

¹⁶ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, articles 11.2) et 28; Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, article 2.2).

¹⁷ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, article 11.2).

¹⁸ Rapport de la trente-cinquième session de l'IGC, 12 – 23 mars 2018, Déclaration de la Fondation Tebteba au nom du groupe de travail autochtone, paragraphe 23, document WIPO/GRTKF/IC/35/10.

¹⁹ Voir <https://www.cbd.int/doc/guidelines/cbd-RutzolijirisaxikGuidelines-fr.pdf>.

connaissance de cause, ou l'approbation et la participation, selon qu'il convient, des conditions convenues d'un commun accord et des arrangements sur le partage des avantages concernant l'accès aux ressources génétiques et savoirs traditionnels connexes qui sont utilisés²⁰.

Domaine public

19. Communément utilisée dans le droit d'auteur, la notion de "domaine public" fait référence, par exemple, à "l'expiration des droits exclusifs", y compris à la fin de l'obligation pour les utilisateurs d'une œuvre littéraire de fournir des avantages aux titulaires de droits ou d'obtenir leur consentement avant d'utiliser l'objet de la protection²¹. Cela signifie qu'après l'expiration des droits patrimoniaux exclusifs, les œuvres de création sont librement accessibles au public. L'objectif est de faciliter l'accès aux informations et au matériel nécessaires aux futurs travaux de création²².

20. Compte tenu de ce qui précède, il existe des justifications pour une protection de la propriété intellectuelle limitée dans le temps. Toutefois, cette pratique peut potentiellement aggraver le décalage évident existant entre les systèmes de propriété intellectuelle plus généralement avec les valeurs des peuples autochtones et les droits des peuples autochtones tels qu'ils sont définis dans diverses normes internationales en matière de droits fondamentaux²³.

21. Contrairement aux chansons, aux pièces de théâtre ou aux films où l'on cherche à divertir des individus dans un but lucratif, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles peuvent contenir les lois coutumières, les coutumes, les cérémonies et les visions du monde des peuples autochtones, qui font partie intégrante de leur culture collective. Il est difficile pour ce type d'innovations d'entrer dans le domaine public lorsque les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles sont si étroitement liés à une identité nationale, collective ou communautaire.

22. Compte tenu de ce qui précède, le "domaine public" suscite des opinions divergentes en ce qui concerne la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles. Certains estiment que les savoirs traditionnels sont des "informations précieuses dont l'utilisation doit être soumise à autorisation, indépendamment de l'ancienneté ou de la disponibilité publique des savoirs traditionnels", tandis que d'autres affirment que "les savoirs traditionnels disponibles publiquement sont dans le domaine public et donc disponibles dans le cadre de l'état de la technique, et peuvent ainsi être utilisés sans contrepartie"²⁴.

23. Du point de vue des peuples autochtones, le domaine public est en contradiction avec les droits fondamentaux des peuples autochtones consacrés par les instruments internationaux faisant autorité, tels que la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Il est également en décalage avec le droit coutumier des peuples autochtones. Bien que cette notion soit fondée sur des droits limités dans le temps, les peuples autochtones considèrent que les savoirs traditionnels, les expressions culturelles traditionnelles et les droits fondamentaux qui leur sont associés, tels que le droit à l'autodétermination, le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause²⁵ et les droits associés aux terres, territoires et ressources, sont intemporels. En conséquence, soumettre les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles des peuples autochtones à une

²⁰ Lignes directrices facultatives Rutzolijirisaxik, paragraphe 11.k).

²¹ Voir Patricia L. Judd, *The Difficulties in Harmonizing Legal Protections for Traditional Knowledge and Intellectual Property*. *The Washburn Law Journal*. vol. 58, 2019. p. 249-270.

²² Ruth L. Okediji, *Traditional Knowledge and the Public Domain*. CIGI Paper n° 176 June 2018, p. 8, disponible à l'adresse <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20no.176Web.pdf>.

²³ Voir les paragraphes 4 à 6 de l'étude technique disponible à l'adresse https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf.

²⁴ Bagley, *ibid*.

²⁵ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, article 19.

limitation dans le temps revient à nier la nature illimitée et transgénérationnelle des droits associés aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles des peuples autochtones.

24. En plus du décalage mentionné ci-dessus, il n'existe pas réellement de définition à l'échelle internationale de la relation entre le domaine public et la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles. Il pourrait donc être utile de définir les contours de cette notion en fonction des lois ou des pratiques nationales applicables dans les différentes juridictions. Mais les lois nationales de certaines juridictions sont en opposition avec les lois, institutions et valeurs coutumières des peuples autochtones, raison pour laquelle cette manière de procéder n'est pas forcément la solution préférée. Le défi pour l'IGC est de créer un espace pour qu'un cadre alternatif pour la protection, l'utilisation et le partage des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles puisse être élaboré de manière réfléchie par les peuples autochtones, et en concertation avec ces derniers.

25. En outre, les bibliothèques numériques et les progrès techniques récents ont augmenté considérablement le potentiel de diffusion des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles que les peuples autochtones cherchent à protéger. Pour faire face à ce problème, certains représentants autochtones au sein de l'IGC sont d'avis que certains savoirs devraient être retirés de la circulation et restitués aux groupes autochtones qui ont créé les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles.

Exceptions et limitations

26. Dans le domaine de la protection de la propriété intellectuelle, dans certaines conditions, les utilisateurs peuvent être exemptés de leurs obligations de respecter les conditions attachées à un objet protégé par des droits de propriété intellectuelle. C'est ce que l'on nomme communément les "exceptions et limitations"²⁶. Les exceptions et limitations s'appliquent par exemple dans le cas de la mise à disposition de savoirs à des fins d'enseignement, d'apprentissage, à des fins non commerciales, dans les musées ou les bibliothèques²⁷.

27. La notion de "limitations et exceptions" ne renvoie pas à des limitations relatives à l'utilisation par les peuples autochtones des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles. Il s'agit plutôt des conditions dans lesquelles les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles sont exclus de la protection par le système de propriété intellectuelle. Cependant, il existe un risque potentiel que cette exclusion aille à l'encontre du droit à l'autodétermination des peuples autochtones et du principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

28. En ce qui concerne l'autodétermination, comme indiqué ci-dessus, les peuples autochtones ont droit à l'autonomie et à l'autogouvernance pour les questions relatives à leurs affaires intérieures. Par conséquent, la décision d'appliquer des exceptions et des limitations à leurs savoirs traditionnels et à leurs expressions culturelles traditionnelles sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, comme expliqué ci-dessus, peut contrevenir à leur droit à l'autonomie et à l'autogouvernance.

29. Le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, en ce qui concerne la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, interdit d'acquérir ou d'utiliser les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles des peuples autochtones en violation de leurs lois, traditions et

²⁶ Voir l'Étude de l'OMPI sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique. Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, Genève, 23 – 27 juin 2003, disponible à l'adresse https://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_9/sccr_9_7.pdf.

²⁷ Voir le document WO/GA/51/12, Annexe I, page 19 sur les exceptions et limitations.

coutumes, et sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause²⁸. Par conséquent, le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause doit être obtenu avant de rédiger des exceptions et des limitations concernant les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles des peuples autochtones.

30. En outre, il devrait y avoir une exception générale pour que les peuples autochtones puissent continuer à préserver et recréer les diverses formes d'expressions culturelles traditionnelles et de savoirs traditionnels, comme le reconnaissent la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et d'autres instruments relatifs aux droits fondamentaux. Cela permettrait aux peuples autochtones de protéger leur culture par le biais des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles et démontrerait que des réformes du régime de propriété intellectuelle peuvent être réalisées tout en permettant aux peuples autochtones de conserver leur identité et leur souveraineté culturelle. On trouve ce type d'exception dans certains accords commerciaux, notamment l'*Accord Canada-États-Unis d'Amérique-Mexique* de libre-échange²⁹.

Étendue de la protection : L'approche progressive

31. L'approche progressive est une idée novatrice qui consiste à diviser les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles en catégories et qui veut que l'étendue de la protection soit proportionnelle à l'importance que les peuples autochtones accordent à la catégorie de savoirs traditionnels ou d'expressions culturelles traditionnelles en question.

32. D'un point de vue conceptuel, cette approche progressive s'aligne davantage sur le cadre des droits des peuples autochtones. Elle n'empêche pas les peuples autochtones de conserver les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles qu'ils considèrent comme étant davantage liés à des objectifs spirituels et qu'ils ne souhaiteraient donc pas rendre publics. En outre, cette approche est fondée sur la reconnaissance du fait que les peuples autochtones considèrent que les différents types de savoirs traditionnels et d'expressions culturelles traditionnelles n'ont pas tous la même valeur et qu'ils ne nécessitent donc pas forcément le même traitement.

33. Par conséquent, si elle est formulée en tandem avec l'obligation d'obtenir le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, des peuples autochtones, cette approche est la bienvenue. L'inclusion d'une exigence de réparation des injustices historiques moyennant le rapatriement des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles exploités de façon inappropriée, peut contribuer à renforcer davantage l'approche progressive.

34. En dépit de ce qui précède, quatre éléments rendent l'approche progressive particulièrement problématique. Premièrement, elle soulève la question de savoir si l'éventail de droits disponibles qui sont liés aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles, à tous les niveaux, seraient soumis au droit des contrats ou aux traditions juridiques des peuples autochtones. Bien que les ruptures de contrats soient coûteuses en termes de litiges, les juges ne sont pas nécessairement en mesure de comprendre ou d'apprécier pleinement les traditions juridiques autochtones, notamment en ce qui concerne les liens spirituels. Deuxièmement, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles sacrés et secrets ne sont pas concernés par la question de savoir s'ils peuvent être peu ou largement diffusés. Le fait qu'ils aient été diffusés ne devrait pas être déterminant. Lorsque ces savoirs traditionnels et expressions culturelles traditionnelles ont été pris aux peuples autochtones illégalement ou sans leur consentement préalable, donné librement et en

²⁸ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, articles 11.2) et 19.

²⁹ Voir l'article 32.5, disponible à

l'adresse https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/32_Exceptions_and_General_Provisions.pdf.

connaissance de cause, ceux qui se sont approprié les savoirs traditionnels ou les expressions culturelles traditionnelles ne devraient pas en plus être récompensés par le fait que l'on demande aux propriétaires originaux de renoncer à leurs droits. Troisièmement, les discussions se poursuivent sur la question de savoir si un test objectif (courant dominant) ou subjectif (opinions des peuples autochtones) régit la diffusion des savoirs. Enfin, certains représentants des peuples autochtones au sein de l'IGC s'opposent à l'alignement des droits dans le cadre de l'approche progressive sur ceux des systèmes conventionnels de propriété intellectuelle³⁰.

Bases de données et registres des savoirs

35. Dans le domaine de la protection par brevet, l'utilisation des bases de données vise à prévenir l'octroi indu de la protection de droits de propriété intellectuelle. Pour pouvoir prétendre à la protection par brevet en vertu de la législation de nombreux pays, une invention doit être nouvelle, impliquer une activité inventive et être susceptible d'application industrielle. En outre, il doit s'agir d'un objet brevetable et suffisamment divulgué pour permettre à un homme du métier moyen de l'exécuter³¹.

36. L'utilisation de bases de données fonctionne donc en signalant l'existence d'un élément compris dans l'"état de la technique", ce qui implique une certaine preuve que l'invention en question ne remplit pas les conditions mentionnées ci-dessus parce qu'elle est déjà accessible au public. De cette façon, cela empêche la délivrance de brevets indus.

37. Bien que les registres et les bases de données jouent le rôle crucial susmentionné, ils ne peuvent être contrôlés uniquement par les gouvernements nationaux. En outre, les peuples autochtones ont émis des réserves quant à l'utilisation des bases de données, invoquant la probabilité d'une libre diffusion des informations à des tiers. Les peuples autochtones insistent donc sur le fait que la fixation ou l'enregistrement des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles doivent bénéficier en premier lieu aux peuples autochtones, et que la participation de ces derniers à de tels projets doit se faire sur une base volontaire et non être une condition préalable à la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles³².

38. Une autre préoccupation exprimée par le groupe de travail autochtone devant l'ICG de l'OMPI vient du fait qu'en donnant accès au public aux bases de données sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles, il y a un risque accru que ces informations soient exploitées sans l'autorisation des peuples autochtones détenteurs des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles³³.

39. Concrètement, cela signifie, par exemple, que lorsqu'une demande de brevet est rejetée, les motifs du rejet sont généralement communiqués au demandeur par écrit. Le grand public pourrait également prendre connaissance de ces éléments, notamment dans les juridictions où les rejets de demandes de brevet sont contestés devant les tribunaux. De même, les bases de données ne sont pas entièrement sûres en ce qui concerne les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles des peuples autochtones.

³⁰ Rapport sur les travaux de la trente-huitième session de l'IGC, 10 – 14 décembre 2018, déclaration de CEM-Aymara au nom du groupe de travail autochtone, paragraphes 197 et 215, document WIPO/GRTKF/IC/38/16.

³¹ Voir Anupam Chander and Madhavi Sunder, *The Romance of Public Domain*, California Law Review [vol. 92:2004].

³² Décision VIII/5 B adoptée par la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique à sa huitième réunion, paragraphe 5; Décision IX/13 B adoptée par la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique à sa neuvième réunion.

³³ Rapport sur les travaux de la trente-septième session de l'IGC, 27 – 31 août 2018, déclaration de l'Arts Law Center au nom du groupe de travail autochtone, document WIPO/GRTKF/IC/37/17, paragraphe 253.

DEUXIÈME PARTIE : PROJETS DE TEXTES SUR LES RESSOURCES GÉNÉTIQUES

Droits des peuples autochtones aux ressources génétiques

40. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones affirme le droit des peuples autochtones “de posséder, d'utiliser, de mettre en valeur et de contrôler” les ressources qu'ils possèdent parce qu'elles leur appartiennent ou qu'ils les occupent traditionnellement, et de préserver, contrôler et développer leur patrimoine culturel, y compris les ressources génétiques³⁴.

41. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, qui présente un intérêt particulier pour la propriété intellectuelle et la négociation d'un instrument juridique, affirme le droit des peuples autochtones à l'autodétermination et le caractère central du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, en ce qui concerne l'utilisation et l'exploitation de leurs ressources et des savoirs traditionnels qui y sont associés. Le principe du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, est fondé sur le droit à l'autodétermination³⁵. Les projets d'instruments de l'OMPI proposent un soutien mutuel avec les accords internationaux relatifs aux droits fondamentaux, comme l'ont préconisé les peuples autochtones. Les peuples autochtones insistent sur le soutien mutuel afin de favoriser une interprétation et une application cohérentes des droits.

42. Selon l'étude technique de M. Anaya, les droits des peuples autochtones sur leurs ressources sont considérés comme englobant toutes les formes de “ressources naturelles”, y compris les ressources génétiques, utilisées de façon coutumière par les peuples autochtones selon des modèles bien définis³⁶. Les droits des peuples autochtones sur les ressources génétiques sont également affirmés par le *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique (Protocole de Nagoya)*³⁷. De même, les *Rapports intérimaires nationaux sur la mise en œuvre du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation* confirment les droits des peuples autochtones à accorder l'accès aux ressources génétiques³⁸.

43. Depuis que l'étude technique a été commandée, des progrès importants ont été accomplis dans le domaine de la recherche en biotechnologie, grâce auxquels il est désormais possible de séquencer numériquement les ressources génétiques, de les dissocier du matériel génétique physique et de contourner potentiellement les exigences en ce qui concerne l'obtention du consentement préalable en connaissance de cause et les conditions convenues

³⁴ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, article 31.

³⁵ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, articles 4 et 32;

Document WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10, disponible à

l'adresse https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf.

³⁶ Document WIPO/GRTKF/IC/29/INF/10, disponible à

l'adresse https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_29/wipo_grtkf_ic_29_inf_10.pdf.

³⁷ Protocole de Nagoya, article 6.3); Rapport intérimaire national sur la mise en œuvre du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique. Analyse : Ventilation par région. Question 38 : “Les peuples autochtones et les communautés locales ont-ils le droit d'accorder l'accès aux ressources génétiques dans votre législation nationale?” – <https://absch.cbd.int/reports/analyze>, 11 mai 2020.

³⁸ Rapports intérimaires nationaux sur la mise en œuvre du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique. Analyse : Ventilation par région. Question 38 : “Les peuples autochtones et les communautés locales ont-ils le droit d'accorder l'accès aux ressources génétiques dans votre législation nationale?” – <https://absch.cbd.int/reports/analyze>, 11 mai 2020.

Statistiquement, les peuples autochtones ont le droit d'accorder l'accès aux ressources génétiques dans 52% des Parties contractantes. Sur ces 52%, 80% des parties contractantes exigent le consentement préalable, en connaissance de cause et selon des conditions convenues d'un commun accord des peuples autochtones.

d'un commun accord³⁹. Cela pourrait avoir des incidences sur les droits des peuples autochtones à posséder et contrôler les ressources et à protéger, maintenir et contrôler les savoirs traditionnels qui y sont associés⁴⁰. Les droits de propriété des peuples autochtones en ce qui concerne la possession et le contrôle des ressources génétiques peuvent être affectés par ces éléments et ces avancées technologiques, notamment en termes de portée de la protection des accords internationaux. En effet, le fait de ne pas contrôler les ressources génétiques et les savoirs traditionnels associés pourrait compromettre davantage la sécurité et la souveraineté alimentaires, ainsi que les systèmes de santé traditionnels.

44. L'impact des technologies émergentes sur la mise en œuvre des mesures nationales permettant l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels qui y sont associés, ainsi que sur la mise en œuvre des mécanismes de partage des avantages, est examiné par d'autres instances, notamment le *Groupe d'experts techniques ad hoc sur les données relatives aux séquences numériques dans le domaine des ressources génétiques* de la CDB. Cet impact est reconnu dans le texte du président, qui mentionne un "mécanisme intégré" pour traiter ces questions au fur et à mesure qu'elles se présentent⁴¹. Les technologies émergentes qui permettent de séquencer numériquement les ressources génétiques pourraient avoir une incidence sur les droits des peuples autochtones à posséder et contrôler leurs ressources génétiques et les savoirs traditionnels qui y sont associés, c'est pourquoi leur impact devrait probablement être examiné dans le cadre des projets de textes de l'IGC, en temps voulu⁴².

Divulgence obligatoire

45. Les projets de textes sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels qui y sont associés, à la fois le document de synthèse et le texte du président, proposent une obligation de divulgation pour les déposants de demandes de brevet afin qu'ils divulguent la source des ressources génétiques qui sont utilisées dans leurs demandes. La principale question liée aux ressources génétiques est de savoir si le droit des brevets doit inclure une nouvelle exigence de divulgation obligatoire de l'origine.

46. La divulgation obligatoire est une mesure défensive destinée à empêcher l'appropriation illicite des ressources génétiques et des savoirs traditionnels qui y sont associés⁴³. Une telle exigence obligerait à divulguer les informations pertinentes dans les demandes dont l'objet utilise ou est fondé sur des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels qui y sont associés. L'exigence de divulgation obligatoire proposée exige des déposants de demandes de brevet de divulguer le "pays d'origine" des ressources génétiques si les inventions sont sensiblement/directement fondées sur des ressources génétiques⁴⁴. Comme le propose le

³⁹ Groupe d'experts techniques ad hoc sur l'information sur les séquences numériques des ressources génétiques (DSI-AHTEG); Manuel Ruiz Muller, *Access to Genetic Resources and Benefit Sharing 25 Years on: Progress and Challenges* (International Centre for Trade and Development, Issue Paper No. 44, 2018), vii. <<https://www.voices4biojustice.org/wp-content/uploads/2018/12/Access-to-Genetic-Resources-and-Benefit-Sharing-25-Years-On-Progress-and-Challenges.pdf>> au 25 mai 2020; un exemple récent de données sur les séquences numériques est le code source du virus de la COVID-19 partagé par le cadre de préparation en cas de grippe pandémique qui permet l'accès aux agents pathogènes pour la mise au point de vaccins et de traitements sans accès au matériel génétique; Organisation mondiale de la Santé, soixante-quatrième session de l'Assemblée mondiale de la santé, Cadre de préparation en cas de grippe pandémique, WHA64.5.

⁴⁰ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, articles 31 et 23.

⁴¹ CBD/COP/DEC/XIII/16 Décision adoptée par la Conférence des parties à la CDB, 16 décembre 2016; CBD/NP/MOP/DEC/2/14 Décision adoptée par les parties au Protocole de Nagoya, 16 décembre 2016; texte du président, article 9.

⁴² Texte du président, notes sur l'article 9; Groupe d'experts techniques ad hoc de la CDB sur les données relatives aux séquences numériques dans le domaine des ressources génétiques (DSI-AHTEG), Montréal (Canada), 13-16 février 2018, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4.

⁴³ Texte du président, observations liminaires; Texte de synthèse, article 10.4.

⁴⁴ Texte du président, articles 3.1 et 3.2; Texte de synthèse, article 10.4.

projet de document de synthèse, les informations à divulguer comprendraient le pays d'origine ou la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels qui y sont associés et/ou la preuve que des accords en matière d'accès et de partage des avantages ont été conclus. Le texte du président propose également de divulguer le nom des peuples autochtones qui ont fourni les savoirs traditionnels qui y sont associés⁴⁵.

47. Le groupe de travail autochtone de l'IGC a largement appuyé la proposition de divulgation obligatoire, à condition que cette divulgation comprenne des preuves du consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, des peuples autochtones, sur la base de conditions convenues d'un commun accord et d'un partage juste et équitable des avantages⁴⁶.

48. Reste à savoir si le déclencheur que constitue la divulgation obligatoire pour l'accès physique aux ressources génétiques s'applique également à l'accès aux ressources génétiques séquencées numériquement. Cette question pourrait nécessiter un examen plus approfondi de la part de l'IGC de l'OMPI. Le texte du président et le document de synthèse font la distinction entre les ressources génétiques provenant d'une source physique et celles provenant de bases de données et de dépôts, mais ne précisent pas si l'élément déclencheur que constitue la divulgation obligatoire pour l'accès physique aux ressources génétiques s'applique également aux ressources génétiques séquencées numériquement et aux savoirs traditionnels qui y sont associés. La traçabilité des droits des peuples autochtones à l'information sur les ressources génétiques séquencées numériquement et les savoirs traditionnels qui y sont associés présente des défis uniques⁴⁷.

Règlement des litiges

49. Les projets de textes proposent des solutions pour le règlement des litiges concernant la divulgation de la source des ressources génétiques. Le texte du président propose un mécanisme obligatoire de règlement des différends au niveau national pour permettre aux parties de parvenir à des solutions mutuellement satisfaisantes et pouvant inclure des accords de redevances⁴⁸, alors que le document de synthèse propose des mécanismes appropriés de règlement des litiges⁴⁹.

50. Du point de vue des peuples autochtones, l'accessibilité est essentielle, compte tenu des plaintes déposées contre des sociétés et institutions internationales non nationales basées dans d'autres pays. Les peuples autochtones devraient être habilités à engager des litiges relatifs à la divulgation obligatoire, et l'équité procédurale pourrait nécessiter des mesures de soutien pour permettre l'accès à ces modes de règlement. La Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones établit que les États doivent s'assurer que les peuples autochtones ont accès à une assistance financière et technique pour la jouissance de leurs droits et doivent mettre en place un processus équitable, indépendant, impartial, ouvert et transparent afin de reconnaître les droits des peuples autochtones et de statuer sur ces droits⁵⁰.

⁴⁵ Texte du président, article 3, notes relatives à l'article 3; Graham Dutfield, 'Legal and Economic Aspects of Traditional Knowledge' in Keith E Maskus and Jerome H Reichman (eds), *International Public Goods and Transfer of Technology Under a Globalized Intellectual Property Regime* (Cambridge University Press, 1st ed, 2005), 506.

⁴⁶ Rapport sur les travaux du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, déclaration de la fondation Tebtebba Foundation au nom du groupe de travail autochtone, trente-cinquième session, Genève, 12 – 23 mars 2018. Document WIPO/GRTKF/IC/35/10, paragraphe 23.

⁴⁷ DSI-AHTEG, 13-16 février 2018, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4, paragraphe 29.

⁴⁸ Texte du président, article 6.5.

⁴⁹ Texte de synthèse, article 6.4

⁵⁰ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, articles 27, 39 et 40; Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), Observation générale n° 23.

Traçabilité

51. La traçabilité des droits des peuples autochtones à posséder, contrôler et bénéficier des inventions qui utilisent des ressources génétiques habituellement utilisées par les peuples autochtones peut être difficile lorsque les informations sur les ressources génétiques sont séquencées numériquement. Cela peut être un élément important pour les peuples autochtones à prendre en considération dans les futures négociations de l'IGC. La traçabilité peut être facilitée par des technologies telles que la chaîne de blocs⁵¹. Ces mesures innovantes nécessitent la participation en connaissance de cause des peuples autochtones pour déterminer les risques et les avantages.

TROISIÈME PARTIE : CONSIDÉRATIONS FINALES

52. Les instruments juridiques internationaux relatifs aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels qui y sont associés, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles, devraient se soutenir mutuellement avec d'autres instruments internationaux, notamment ceux relatifs aux droits fondamentaux. Le ou les instruments juridiques ne devraient pas amoindrir les droits et obligations découlant des accords internationaux en vigueur et ne devraient pas créer de hiérarchie.

53. Les projets de textes encouragent le soutien mutuel et mentionnent explicitement la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. L'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones et les pays qui s'y opposaient initialement sont depuis revenus sur leur position. En conséquence, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones bénéficie d'une acceptation universelle. Elle devrait donc être intégrée dans l'élaboration des textes juridiques relatifs aux savoirs traditionnels, aux expressions culturelles traditionnelles et aux ressources génétiques des peuples autochtones. En outre, compte tenu de son acceptation universelle, il faut s'attendre, en toute logique, à une mise en œuvre universelle de ses dispositions.

54. Les États peuvent concilier les différents intérêts des groupes au sein de leur pays, et les droits des peuples autochtones restent valables et doivent être respectés. Les droits de propriété intellectuelle d'un groupe ne peuvent primer sur les droits consacrés des peuples autochtones⁵².

[Fin de l'annexe et du document]

⁵¹ DSI-AHTEG, 13-16 février 2018, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4, paragraphe 29. Frederic Perron-Welch, Blockchain Technology and Access and Benefit Sharing, 7 août 2018.

⁵² L'OMPI (ainsi que d'autres institutions, fonds et programmes des Nations Unies) rend compte chaque année des faits nouveaux pertinents obtenus dans la mise en œuvre du Plan d'action à l'échelle du système (SWAP). Le Secrétaire général des Nations Unies a publié le SWAP afin de promouvoir une mise en œuvre cohérente de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.