

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :  
L'interface avec les systèmes actuels de propriété intellectuelle  
et les limites et possibilités pour les droits de propriété intellectuelle existants

## La divulgation de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet

Martin A. Girsberger. Co-chef, Service juridique, Brevets et designs, Institut fédéral de la propriété intellectuelle, Suisse  
Courriel : martin.girsberger@ipi.ch

### Introduction

Les attributions du Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages (Groupe de travail sur l'APA), adoptées par la septième Conférence des Parties (COP 7) à la Convention sur la diversité biologique (CDB), définissent les éléments que ce groupe de travail doit examiner en vue de leur intégration dans le régime international, dont la « divulgation de l'origine/source/provenance légale des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles pour les applications relatives aux droits de propriété »<sup>1</sup>. Outre la CDB, d'autres institutions internationales examinent actuellement de telles exigences en matière de divulgation; c'est le cas notamment de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Les mesures de divulgation sont considérées comme un moyen d'accroître la transparence dans le contexte de l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels et du partage des avantages résultant de leur utilisation, en particulier au regard des obligations des utilisateurs de ces ressources et savoirs<sup>2</sup>.

L'introduction d'une exigence de divulgation dans le droit des brevets soulève un certain nombre de questions, notamment : Quelle terminologie doit-on utiliser? Doit-on parler de « ressources génétiques », de « ressources biologiques » ou de « matériel biologique » et, de même, doit-on parler de « savoirs traditionnels » ou de « connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales »? Quelle information doit être divulguée dans la demande de brevet? Est-ce la « source », le « pays d'origine » ou l'« origine géographique »? Quand la divulgation devient-elle nécessaire, c'est-à-dire, quel mécanisme déclenche l'exigence? L'exigence comporte-t-elle des exceptions? Dans quel instrument

---

<sup>1</sup> Voir la décision VII/19, *Accès aux ressources génétiques et partage des avantages (article 15)*, section D, annexe, sous-alinéa (d)(xiv).

<sup>2</sup> Avec cet objectif de politique générale, les exigences de divulgation peuvent être envisagées comme des mesures servant aux fins suivantes (au moins indirectement) :

- « en faveur de la promotion et de l'assurance du partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques » (*id.*, sous-alinéa [d][v]);
- « assurant la conformité avec les lois nationales sur l'accès et le partage des avantages, le consentement préalable en toute connaissance et les conditions convenues mutuellement, en accord avec la Convention sur la diversité biologique » (*id.*, alinéa [d][ix]);
- « assurant le respect du principe de consentement préalable en toute connaissance de cause pour les communautés autochtones et locales détenant des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, en accord avec l'article 8 j) » (*id.*, alinéa [d][x]).

Dans sa définition des attributions du Groupe de travail, la Conférence des Parties précise que ces mesures doivent être examinées par le Groupe de travail sur l'APA en vue de leur intégration dans le régime international.

- III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :  
L'interface avec les systèmes actuels de propriété intellectuelle  
et les limites et possibilités pour les droits de propriété intellectuelle existants

international l'exigence devrait-elle être inscrite? S'agit-il d'une exigence de forme ou de fond? Les États devraient-ils avoir le choix ou être tenus d'appliquer l'exigence à l'échelon national? La divulgation mensongère ou le défaut de divulgation devraient-ils donner lieu à une sanction et, si oui, à quel type de sanction? Enfin, quels sont les instruments du droit international<sup>3</sup> dont il faut tenir compte?

Dans la présente communication, nous analysons brièvement ces questions et soumettons des propositions pour la voie à suivre au sujet de la déclaration de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet<sup>4</sup>.

### Les ressources génétiques et les savoirs traditionnels

L'exigence de divulgation devrait être conforme à la terminologie utilisée dans les tribunes et accords internationaux qui traitent de l'accès aux ressources génétiques et du partage des avantages :

- *Les ressources génétiques* : La CDB et les Lignes directrices de Bonn emploient l'expression « ressources génétiques », tandis que le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (FAO-IT) emploie « ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture » (PGRFA)<sup>5</sup>. Les définitions respectives de ces expressions sont largement synonymes<sup>6</sup>.
- *Les savoirs traditionnels* : La terminologie utilisée dans les tribunes internationales pertinentes n'est pas uniforme<sup>7</sup>; néanmoins, toutes les expressions employées peuvent être considérées comme synonymes de l'expression « savoirs traditionnels »<sup>8</sup>. L'exigence de

---

<sup>3</sup> Nommément le Traité de coopération en matière de brevets et le Traité sur le droit des brevets de l'OMPI, l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, la CDB et le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO.

<sup>4</sup> Pour une analyse plus approfondie de ces questions, voir : Girsberger, M.A., 2004. « Transparency Measures Under Patent Law Regarding Genetic Resources and Traditional Knowledge: Disclosure of Source and Evidence of Prior Informed Consent and Benefit Sharing », *Journal of World Intellectual Property*, 7(4):451-489.

<sup>5</sup> Voir l'article 15 de la CDB, les paragraphes 22 à 50 des Lignes directrices de Bonn et les articles 10 à 13 du FAO-IT.

<sup>6</sup> Voir l'article 2 de la CDB et l'article 2 du FAO-IT.

<sup>7</sup> Le FAO-IT, l'OMC et l'OMPI emploient tous l'expression « savoirs traditionnels ». En revanche, la CDB, les diverses institutions liées à la CDB et les Lignes directrices de Bonn utilisent indifféremment diverses expressions telles que : « 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 »; « connaissances traditionnelles »; « connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées »; « connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales »; « connaissances, innovations et pratiques associées aux ressources génétiques ».

<sup>8</sup> Le Secrétariat de l'OMPI définit les « savoirs traditionnels » comme des « savoirs se caractérisant comme suit :

- « engendrés, préservés et transmis dans un contexte traditionnel;

- III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :  
L'interface avec les systèmes actuels de propriété intellectuelle  
et les limites et possibilités pour les droits de propriété intellectuelle existants

divulgaration étant une mesure relevant du droit des brevets, elle vise avant tout les savoirs traditionnels qui donnent lieu à une invention technique. En outre, les savoirs traditionnels en question doivent être liés ou associés aux ressources génétiques. Il semble donc préférable d'utiliser soit l'expression « savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques » ou « savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques ».

### La notion de « source »

Selon la CDB (articles 15.4 et 15.7) et les Lignes directrices de Bonn (paragrapes 17, 18, 28, 31, 32 et 48), une multitude d'entités peuvent être parties prenantes dans l'accès aux ressources génétiques et dans le partage des avantages qui en découlent. Il en est de même au regard des PGRFA en vertu du FAO-IT [articles 9.2(b), 12.2, 12.3(e)-(h), 13.2(d)(ii) et 13.3]. Parallèlement aux ressources génétiques, la CDB [article 8 j)] et les Lignes directrices de Bonn (paragrapes 31 et 48) prévoient qu'une multitude d'entités peuvent être parties prenantes dans l'accès aux savoirs traditionnels et dans le partage des avantages qui en découlent, y compris les communautés autochtones et locales.

L'exigence de divulgation devrait tenir compte de la multitude de parties prenantes dans l'accès et le partage des avantages. Des termes généraux, en l'occurrence « source » et « origine », sont donc à préconiser lorsqu'il est question d'exigence de divulgation. Toutefois, le mot « origine » est employé dans d'autres expressions applicables aux ressources génétiques, notamment dans « pays d'origine » et « origine géographique », ce qui peut entraîner une confusion. Par ailleurs, il n'existe pas de définition internationale de l'expression « origine géographique ». En outre, il peut être difficile, voire impossible, concrètement de déterminer le « pays d'origine » ou l'« origine géographique ». Enfin, les deux notions sont beaucoup trop restrictives pour prendre en compte la multitude d'entités qui, selon la CDB, les Lignes directrices de Bonn et le FAO-IT, peuvent être parties prenantes dans l'accès et le partage des avantages. En conséquence, le mot « source » semble être le terme à privilégier dans le contexte de l'exigence de divulgation.

Le terme « source », qui doit être compris au sens large, recouvre toutes les « sources » potentielles de ressources génétiques et de savoirs traditionnels envisagés dans la CDB, dans

- 
- « associés à la culture ou à une communauté traditionnelle ou autochtone et, à ce titre, préservés et transmis d'une génération à l'autre;
  - « liés à une communauté locale ou autochtone ou à un autre groupe de personnes s'identifiant à une culture traditionnelle en tant que dépositaires ou gardiens de ces savoirs ou personnes se sentant investies d'une responsabilité culturelle en la matière (obligation de préserver les savoirs, ou prise de conscience du fait que toute appropriation illicite ou utilisation avilissante de ces savoirs serait préjudiciable ou offensante), ce lien pouvant être établi officiellement ou de manière informelle par le droit coutumier;
  - « issus d'une activité intellectuelle dans divers domaines : social, culturel, environnemental et technologique;
  - « reconnus par la communauté ou tout autre groupe comme étant des savoirs traditionnels ».

[OMPI-IGC, 2003 : *Synthèse et résultats des activités du Comité intergouvernemental*, document de l'OMPI WIPO/GRTKF/IC/5/12 (3 avril 2003), paragraphe 45. Voir [http://www.wipo.int/documents/fr/meetings/2003/igc/pdf/grtkf\\_ic\\_5\\_12.pdf](http://www.wipo.int/documents/fr/meetings/2003/igc/pdf/grtkf_ic_5_12.pdf)].

- III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :  
L'interface avec les systèmes actuels de propriété intellectuelle  
et les limites et possibilités pour les droits de propriété intellectuelle existants

les Lignes directrices de Bonn et dans le FAO-IT. En vertu de ces instruments internationaux, l'entité qui a le pouvoir 1) d'accorder l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels et/ou 2) de participer au partage des avantages découlant de leur utilisation est l'entité privilégiée à déclarer comme étant la source. Selon la ressource génétique ou le savoir traditionnel en question, on fera la distinction entre sources « primaires » et sources « secondaires » : les sources primaires sont la Partie contractante qui fournit les ressources génétiques (articles 15, 16 et 19 de la CDB), les communautés autochtones et locales [article 8 j)] de la CDB) et le Système multilatéral établi par le FAO-IT (article 10 à 13); les sources secondaires sont les collections *ex situ* telles que les banques de gènes et les jardins botaniques, les bases de données sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels, la documentation scientifique.

Dès lors, il existe ce que l'on peut appeler une « cascade » de sources primaires et secondaires possibles : les déposants de demandes de brevet doivent divulguer la source primaire pour s'acquitter de l'obligation de divulgation, s'ils disposent d'information au sujet de cette source primaire. C'est seulement lorsque les déposants de demandes de brevet ne disposent pas d'information au sujet de la source primaire qu'ils peuvent divulguer une source secondaire. Enfin, si le déposant d'une demande de brevet (ou l'inventeur) ne possède pas d'information ni sur la source primaire ni sur la source secondaire, il déclarera que la source est inconnue.

Compte tenu du sens large donné au terme « source », les cas où aucune source primaire ou secondaire n'est connue seront probablement rares. Pour autant, il est possible que des déposants de demandes de brevet, pour des raisons indépendantes de leur volonté, ne disposent pas de l'information nécessaire pour s'acquitter de l'obligation de divulgation. Ce sera le cas, par exemple, d'une plante conservée dans une banque de gènes, qui a été recueillie il y a plusieurs décennies et pour laquelle il n'existe aucune information au sujet de sa source. Pour des raisons de certitude juridique et d'équité, dans de telles circonstances, les déposants de demandes de brevet devraient pouvoir déclarer qu'ils ne possèdent pas l'information nécessaire (la source est inconnue pour l'inventeur ou pour le déposant) et s'acquitter ainsi de l'obligation de divulgation. Sinon, ils se verraient forcés soit de faire une déclaration mensongère, soit de renoncer à la protection offerte par le brevet.

### **Le mécanisme déclenchant l'exigence de divulgation**

S'agissant des ressources génétiques, l'invention devrait être directement fondée sur une ressource génétique à laquelle l'inventeur a eu accès pour que l'exigence de divulgation s'applique. Dès lors, l'invention doit faire un usage immédiat de la ressource génétique, c'est-à-dire qu'elle doit dépendre des propriétés particulières de cette ressource, et l'inventeur doit avoir un accès physique à ladite ressource, c'est-à-dire qu'il doit être en mesure de déterminer les propriétés de la ressource génétique qui sont utiles pour l'invention. En ce qui concerne les savoirs traditionnels, l'inventeur devrait savoir que l'invention est directement fondée sur ces savoirs, c'est-à-dire que l'inventeur doit consciemment déduire l'invention de ces savoirs.

- III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :  
L'interface avec les systèmes actuels de propriété intellectuelle  
et les limites et possibilités pour les droits de propriété intellectuelle existants

## Le fondement légal de l'exigence de divulgation

En général, les exigences relatives aux demandes de brevet peuvent être classées comme suit :

- les *exigences de forme*, qui sont examinées afin de déterminer si la demande déposée est complète;
- les *exigences de forme étroitement liées au fond*, concernant les divers éléments de la demande de brevet à des fins de recherche, d'examen et de délivrance, c'est-à-dire les exigences qui pourraient influencer sur la portée de la recherche ou entraîner le rejet des revendications pendant l'examen quant au fond de la demande de brevet;
- les *exigences de fond*, en fonction desquelles les revendications sont évaluées pour déterminer la brevetabilité, à savoir la définition de l'état de la technique, la divulgation de l'invention revendiquée, l'objet brevetable, la nouveauté, l'étape inventive et l'utilité industrielle.

L'objectif de la divulgation de la source est d'accroître la transparence dans le contexte de l'accès et du partage des avantages. En conséquence, cette exigence est examinée dans le but de déterminer si la demande de brevet soumise est complète; elle n'est donc pas liée à la recherche, à l'examen ou à la délivrance du brevet, ni à l'évaluation des revendications de brevetabilité. Dès lors, l'exigence doit être considérée comme une exigence de forme, et non comme une exigence de forme étroitement liée au fond ou comme une exigence de fond.

Puisqu'il s'agit d'une exigence de forme, ce sont l'article 27(1) du Traité de coopération en matière de brevets (PCT) et la règle 4.1 du Règlement d'exécution du PCT ainsi que l'article 6(1) du Traité sur le droit des brevets (PLT) qui s'appliquent. À l'heure actuelle, ni la règle 4 ni la règle 51*bis*.1 du Règlement d'exécution du PCT ne contiennent de dispositions sur l'exigence de divulgation. Dès lors, pour clarifier la situation juridique sur le plan international, il apparaît nécessaire de modifier le Règlement d'exécution et de permettre ainsi explicitement au législateur national d'introduire une telle mesure. On doit également tenir compte de l'article 62.1 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), qui stipule que les membres de l'OMC pourront seulement exiger, comme condition de l'acquisition ou du maintien des brevets, que soient respectées des procédures et formalités « raisonnables ».

## L'introduction facultative ou obligatoire à l'échelon national

Étant donné la situation actuelle sur le plan international et les points de vue exprimés par les divers intervenants, il semble préférable d'opter pour une solution facultative (une « clause d'habilitation » dans l'accord international pertinent) à ce moment-ci, et d'offrir aux États qui souhaitent agir sur le plan national la possibilité d'aller de l'avant, sans toutefois préjuger des résultats des pourparlers internationaux futurs sur cette question. En outre, il est fort probable qu'il soit plus facile de trouver une solution facultative, plutôt qu'une solution obligatoire, et qu'une telle solution puisse être mise en œuvre plus rapidement. Enfin, cela permettrait aux gouvernements et à la communauté internationale d'acquérir de l'expérience en ce qui a trait à l'exigence de divulgation, sans compromettre la poursuite des efforts internationaux.

- III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :  
L'interface avec les systèmes actuels de propriété intellectuelle  
et les limites et possibilités pour les droits de propriété intellectuelle existants

Bien sûr, avec une solution obligatoire, tous les États qui sont Parties contractantes à l'instrument international choisi sont tenus d'appliquer l'exigence sur le plan national. On peut considérer que c'est là un moyen de renforcer la certitude juridique et d'envoyer un signal politique clair montrant que la communauté internationale est disposée à atteindre les objectifs de l'exigence de divulgation. Pour autant, au stade actuel des pourparlers internationaux, une telle solution ne semble pas près d'être trouvée et, partant, il faudra compter beaucoup plus de temps pour l'introduire que ce ne sera le cas avec une solution facultative.

### **Les sanctions en cas de défaut de divulgation ou de divulgation mensongère**

Pour que l'exigence de divulgation atteigne ses objectifs, il convient de prévoir des sanctions juridiques en cas de défaut de divulgation ou de divulgation mensongère. Ces sanctions devraient être les mêmes que celles qui sont imposées au regard d'autres exigences de forme dans le droit des brevets; dès lors, les sanctions prévues actuellement dans le PCT et le PLT s'appliqueraient. En outre, le droit national pourrait prévoir l'imposition de sanctions pénales telles que des amendes, ou stipuler que les juges peuvent ordonner la publication de leurs décisions.

### **Conclusions**

Les conclusions suivantes peuvent être dégagées de l'analyse précédente :

- Les déposants de demandes de brevet devraient être tenus de divulguer la « source » des « ressources génétiques » et des « savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques » dans les demandes de brevet. Cette exigence ne devrait s'appliquer que si les déposants (ou les inventeurs) disposent effectivement d'information sur la source; dans le cas contraire, ils devraient être tenus de déclarer que la source leur est inconnue.
- Compte tenu de son objectif de politique générale – accroître la transparence dans le contexte de l'accès et du partage des avantages – l'exigence de divulgation doit être considérée comme une exigence de forme. Dès lors, les dispositions du PCT et du PLT s'appliquent. En outre, étant donné que les pourparlers internationaux au sujet des exigences de divulgation dans le droit des brevets ne font que commencer, il semble préférable à ce moment-ci de permettre aux États de choisir, s'ils le désirent, d'introduire cette exigence dans leur droit national. De cette manière, on évitera de court-circuiter la poursuite des pourparlers internationaux sur cette question, sans empêcher les États d'agir sur le plan national.
- Le défaut de divulgation et la divulgation mensongère devraient être sanctionnés conformément aux dispositions actuelles du PCT et du PLT. Des sanctions pénales et autres pourraient être imposées.
- Il faut tenir compte du fait que les demandes de brevet sont généralement déposées après plusieurs années d'activités de recherche et de développement, c'est-à-dire très longtemps après l'accès initial aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels. En conséquence, l'exigence de divulgation ne constitue pas un remède avec des effets « immédiats ». De plus, l'exigence de divulgation ne remplira son rôle que si des demandes de brevet sont effectivement déposées. En effet, il est possible de se soustraire à la mesure en renonçant à la protection offerte par le brevet. Il est donc évident que

- III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :  
L'interface avec les systèmes actuels de propriété intellectuelle  
et les limites et possibilités pour les droits de propriété intellectuelle existants

L'introduction d'une exigence de divulgation dans le droit des brevets ne résoudra pas tous les problèmes qui se posent dans le contexte de l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels et du partage des avantages qui en découlent. Dès lors, l'exigence de divulgation doit être assortie d'autres mesures relevant d'autres domaines juridiques – dont la majorité, de toute évidence, n'est pas liée aux droits de propriété intellectuelle – si l'on veut résoudre entièrement ces problèmes. Néanmoins, l'incorporation de l'exigence de divulgation dans le droit des brevets constitue une mesure valable qui contribue à la résolution des problèmes éventuels.

### Les propositions de la Suisse en vue de modifier le PCT

Lors de la quatrième session du Groupe de travail sur la réforme du PCT de l'OMPI, tenue en mai 2003, la Suisse a soumis des propositions concernant les mesures de transparence en vertu du droit des brevets dans le domaine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels. Ces propositions contiennent un libellé précis des modifications à apporter au Règlement d'exécution du PCT pertinent. Plus précisément, la Suisse a proposé que les lois nationales sur les brevets exigent explicitement que la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels soit déclarée dans les demandes de brevet si l'invention est fondée directement sur ces ressources ou savoirs. En mai et octobre 2004, la Suisse a soumis à l'OMPI des observations supplémentaires et des remarques additionnelles, respectivement, au sujet de ces propositions. Ces propositions coïncident dans une large mesure avec les points de vue exprimés dans le présent rapport.

### Références

- Gouvernement de la Suisse, 2003. *Propositions de la Suisse concernant la déclaration de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet*, document de l'OMPI, PCT/R/WG/5/11, 16 octobre 2003.  
Voir <[http://www.wipo.int/pct/fr/meetings/reform\\_wg/pdf/pct\\_r\\_wg\\_5\\_11.pdf](http://www.wipo.int/pct/fr/meetings/reform_wg/pdf/pct_r_wg_5_11.pdf)>.
- Gouvernement de la Suisse, 2004. *Observations supplémentaires de la Suisse au sujet de ses propositions concernant la déclaration de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet*, document de l'OMPI, PCT/R/WG/6/11, 21 avril 2004.  
Voir <[http://www.wipo.int/pct/en/meetings/reform\\_wg/pdf/pct\\_r\\_wg\\_6\\_11.pdf](http://www.wipo.int/pct/en/meetings/reform_wg/pdf/pct_r_wg_6_11.pdf)>.
- Gouvernement de la Suisse, 2004. *Further Observations by Switzerland on Its Proposals Regarding the Declaration of the Source of Genetic Resources and Traditional Knowledge in Patent Applications*, document de l'OMPI, WIPO/GRTKF/IC/7/Inf/5, 18 octobre 2004.
- Girsberger, M.A., 2004. « Transparency Measures Under Patent Law Regarding Genetic Resources and Traditional Knowledge: Disclosure of Source and Evidence of Prior Informed Consent and Benefit Sharing », *Journal of World Intellectual Property*, 7(4):451-489.