

LISTE DES ABREVIATIONS et ACRONYMES UTILISES

| | |
|-------------------|--|
| AADPIC | Accord sur les ADPIC |
| ADPIC | Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce |
| ANB | Autorité Nationale de la Biodiversité indienne |
| ANC | Autorité Nationale Compétente |
| APA | Accès et Partage des Avantages |
| ATM | Accord Type de Transfert de Matériel |
| BVST | Bibliothèque Virtuelle des Savoirs Traditionnels |
| CDB | Convention sur la Diversité Biologique |
| CEDH | Convention Européenne des Droits de l'Homme |
| Charte IDH | Charte Internationale des Droits de l'Homme |
| CIG | Comité Intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore |
| CITES | Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction |
| COP | Conférence des Parties à la Convention sur la Diversité Biologique |
| CPCC | Consentement Préalable donné en Connaissance de Cause |
| CSPCI | Convention pour la Sauvegarde du Patrimoine Culturel Immatériel |
| DNUDPA | Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones |
| FAO | Food Agriculture Organization (Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture) |
| GRULAC | Groupe des Pays en Développement de la région Amérique Latine et Caraïbes |
| ICRA | Commission Internationale pour les Droits des Peuples Indigènes |
| JUSCANNZ | Groupe de pays développés |
| LDB | Lignes Directrices de Bonn |
| OEB | Office Européen des Brevets |
| OIT | Organisation Internationale du Travail |
| OMC | Organisation Mondiale du Commerce |
| OMPI | Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelles |
| ONU | Organisation des Nations Unies |

| | |
|---------------|--|
| PCT | Traité de coopération en matière de brevet (Patent Cooperation Treaty) |
| RG | Ressources Génétiques |
| RI | Régime International sur l'APA |
| ST | Savoirs Traditionnels |
| TIRPAA | Traité International sur les Ressources Phytogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture |
| UE | Union Européenne |
| UNESCO | Organisation des Nations Unies pour la Science, l'Éducation et la Culture |
| UPOV | Union internationale pour la Protection des Obtentions Végétales |

TABLE DES MATIERES

| | |
|---|----|
| TABLE DES MATIERES..... | 2 |
| INTRODUCTION | 5 |
| Partie 1 Les imperfections du droit international de la biopiraterie..... | 10 |
| Chapitre 1 Le foisonnement du droit positif international relatif à la biopiraterie, source de contradictions juridiques | 10 |
| I Les principes de la Convention sur la Diversité Biologique: des obligations parfois difficiles à concilier avec les autres normes internationales | 10 |
| 1. La souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles | 11 |
| 2. L'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels | 13 |
| 3. Le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels | 15 |
| II Les effets de l'introduction des questions de propriété industrielle au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce..... | 17 |
| 1. Un accord passé en force | 17 |
| 2. Conséquences de l'adoption de l'AADPIC concernant la biopiraterie | 19 |
| 2.1. Les AADPIC ou la globalisation des standards occidentaux en matière de propriété intellectuelle..... | 19 |
| 2.2. La polémique autour de l'article 27.3 (b) | 22 |
| 2.3. L'efficacité de la mise en œuvre des obligations de l'AADPIC : la question du bon forum..... | 23 |
| III La biopiraterie ou une « jungle normative » | 26 |
| 1. Le droit de l'agriculture concernant la biopiraterie..... | 26 |
| 2. Les droits humains concernant la biopiraterie | 28 |
| 3. Le droit de la protection du patrimoine culturel immatériel concernant la biopiraterie | 29 |
| 4. Le droit européen concernant la biopiraterie | 30 |
| Chapitre 2 Le projet de régime international sur l'accès et le partage des avantages : une tentative laborieuse de perfectionnement..... | 33 |
| I Les difficultés pratiques de l'accès et du partage des avantages | 33 |
| II Les désaccords sur la nécessité d'un régime international contraignant | 35 |
| III Les désaccords sur le contenu du régime international..... | 36 |
| 1. Le champ d'application du régime international..... | 36 |
| 2. Le partage juste et équitable..... | 38 |

| | |
|--|-----------|
| 3. L'accès aux ressources génétiques | 39 |
| 4. La conformité à la législation et aux conditions convenues d'un commun accord..... | 40 |
| 5. Les savoirs traditionnels | 41 |
| Partie 2 « Les remèdes aux imperfections du droit international de la biopiraterie » | 44 |
| Chapitre 1 L'utilisation du droit national face à la faiblesse du droit international..... | 44 |
| I La constitution de bases de données: la protection défensive | 44 |
| II Les législations nationales d'accès et de partage des avantages: l'exemple du Pérou | 47 |
| III L'utilisation du droit de l'Environnement: le parc Amazonien de Guyane..... | 49 |
| IV La responsabilité sociale et environnementale des entreprises comme outil de lutte contre la biopiraterie | 52 |
| Chapitre 2 Les revendications des peuples autochtones et de la société civile pour une protection efficace des ressources génétiques et savoirs traditionnels associés | 55 |
| I La nécessité d'une obligation de divulgation contraignante d'origine et de conformité..... | 55 |
| 1. Les différentes positions concernant l'obligation de divulgation..... | 55 |
| 2. Un certificat internationalement reconnu | 57 |
| II La nécessité d'un système de protection <i>sui generis</i> des savoirs traditionnels | 59 |
| 1. La protection indirecte des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle: une solution inadaptée..... | 59 |
| 2. Un système de protection <i>sui generis</i> des savoirs traditionnels | 61 |
| III Une reconnaissance des droits des peuples autochtones: la question des droits humains .. | 62 |
| 1. Un respect nécessaire du droit des peuples autochtones et des communautés locales..... | 63 |
| 2. La prise en compte des droits humains dans le projet de Protocole à la Convention sur la Diversité Biologique..... | 65 |
| 3. Le renforcement de la participation des peuples autochtones et des communautés locales aux processus décisionnels les concernant | 67 |
| CONCLUSION | 68 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 71 |
| ANNEXES..... | 75 |
| Annexe n°1 : Résultats de l'étude IPSOS 2010 non publiée pour la réponse à la question : « Avez-vous déjà entendu parler de ces notions ? » | 76 |
| Annexe n°2 : Dispositions principales de la Convention sur la Biodiversité Biologique relatives à la biopiraterie..... | 77 |
| Annexe n°3 : Tableau comparatif des mesures et lois nationales et régionales <i>sui generis</i> | |

relatives à la protection des savoirs traditionnels réalisé par l'OMPI en 2003.81

INTRODUCTION

« La Terre est assez riche pour satisfaire tous les besoins de l'Homme, mais pas assez pour satisfaire son avidité ».¹

Mahatma GANDHI décrivait par cette formule forte, les risques de l'accumulation de biens matériels non nécessaires aux besoins essentiels de l'Homme, aux conséquences sociales et environnementales non négligeables dont nous commençons à mesurer l'ampleur.

Ainsi, dans un système cherchant sans cesse l'ouverture de nouveaux marchés pour se maintenir, le monde du Vivant s'est vu peu à peu transformé en un nouvel espace dont les composants : animaux, plantes et micro-organismes seraient des marchandises comme les autres. Le même mouvement s'est observé pour le patrimoine culturel immatériel dont font partie les savoirs traditionnels, ouvrant ainsi un réel « marché de la connaissance ».

Le phénomène de « biopiraterie » est symptomatique de cette mécanique. Celui-ci est communément décrit par ses détracteurs comme étant le phénomène de privatisation du Vivant et des savoirs traditionnels sur la biodiversité, par le biais des droits de propriété intellectuelle exclusifs et, par extension, l'appropriation des savoirs ancestraux par des sociétés commerciales sans rétribution ni autorisation des communautés autochtones détentrices. La biodiversité, concentrée à 90% dans les pays du Sud, est devenue l'objet de la convoitise des industries pharmaceutiques, agrochimiques, biotechnologiques, cosmétiques et semencières du « Nord ». À eux seuls, les Etats-Unis, l'Europe et le Japon cumulent 90% des droits de propriété intellectuelle.²

Le cas le plus emblématique de biopiraterie est celui de l'arbre « Neem », connu sous le nom de Margousier indien qui fleurit en Afrique, en Amérique centrale et du Sud, dans les Caraïbes et en Asie. Il est surtout utilisé en Inde où son usage est mentionné dans des textes écrits il y a plus de 2.000 ans. Le Neem produit par ses fruits, ses feuilles, ses fleurs et son écorce plus d'une

¹ "Earth provides enough to satisfy every man's need, but not every man's greed.". Mahatma Gandhi

² Informations tirées du dossier de présentation interne du Collectif Biopiraterie.

centaine de substances chimiques, dont l'une d'elles est l'un des bio-insecticide les plus performants. En médecine, les extraits de Neem sont utilisés pour un grand nombre de pathologies : soins dermatologiques, respiratoires, digestif, et a des propriétés antiseptiques. L'huile de Neem est également incorporée dans des produits cosmétiques et sert dans l'hygiène et les soins vétérinaires. Le Neem est aussi vénéré comme « l'arbre libre » dans la religion et la littérature de nombreuses cultures locales.

Au début des années 1990, les propriétés du Neem ont fait l'objet d'une série de 64 brevets déposés par plusieurs entreprises privées, dont un brevet sur ses vertus fongicides, par le géant américain de l'agrochimie W.R. Grace. Après dix ans de bataille juridique, emmenée par la célèbre physicienne indienne et prix Nobel alternatif Vandana Shiva, l'Office européen des brevets a confirmé, en 2005, l'annulation du brevet pour cause de « biopiraterie », en reconnaissant l'antériorité des savoirs traditionnels indiens sur le Neem.

D'autres cas historiques peuvent être cités comme ceux du riz Basmati (Inde) et du Haricot jaune (Mexique). Plus récemment, l'Office européen des brevets, dans une décision du 26 janvier 2010, a abrogé le brevet détenu par la firme allemande Schwabe sur le Pélargonium du Cap, suite à la demande du Centre Africain sur la Biosécurité (African center for Biosafety) et l'association suisse Déclaration de Berne. Grâce à son médicament Umckaloabo®, élaboré à base de cette variété de géranium possédant des vertus médicales contre la bronchite issues d'un savoir ancestral sud-africain, la firme Schwabe avait engrangé des profits sans partager les dividendes avec les communautés locales en Afrique du Sud.³

Une enquête conjointe menée par deux Organisation Non Gouvernementales, la Déclaration de Berne (Suisse), et Natural Justice (Afrique du Sud), a révélé en mai 2010 les soupçons pesant sur une filiale de Nestlé, nommée Nestec S.A., pour avoir déposé cinq demandes de brevets illégitimes concernant l'utilisation du Rooibos (*Aspalathus linearis*) et du Honeybush (*Cyclopia spp.*), plantes endémiques d'Afrique du Sud aux vertus médicinales et cosmétiques connues et exploitées de longue date par les communautés locales.⁴

³ Source : <http://www.biopiraterie.org/spip.php?article39>, accédé le 16 août 2010.

⁴Source : <http://natural-justice.blogspot.com/2010/05/rooibos-robbery-nestle-accused-of.html>; accédé le 17 juin 2010.

Malgré ces exemples, il est cependant courant d'entendre dans les réunions ou conférences rassemblant les acteurs de l'industrie pharmaceutique et de la cosmétique, que la prétendue « ruée vers l'or vert » serait un mythe, et la biopiraterie un phénomène isolé, porté à outrance par quelques Organisations Non Gouvernementales en mal d'une nouvelle cause à défendre et de fonds à récolter. Le terme même de biopiraterie serait un abus, la notion de piraterie renvoyant à une qualification juridique de « crime ».

Arrêtons-nous alors quelques instants sur le mot « piraterie ». Celui-ci n'apparaît pas littéralement dans le Code Pénal français. Seul l'article L172-16 du Code des Assurances avertit en ces termes le navigateur malchanceux : « L'assureur ne couvre pas les risques : de guerre civile ou étrangère, de mines et tous engins de guerre, de piraterie... ». Cependant, lorsque l'on recherche ce terme sur le service public de diffusion du droit en ligne « Légifrance », on se trouve renvoyé à l'article 224-6 du Code Pénal qui donne la définition suivante : « Le fait de s'emparer ou de prendre le contrôle par violence ou menace de violence d'un aéronef, d'un navire ou de tout autre moyen de transport à bord desquels des personnes ont pris place, ainsi que d'une plate-forme fixe située sur le plateau continental, est puni de vingt ans de réclusion criminelle. ».

Les éléments constitutifs de l'infraction de « piraterie » ne semblent donc pas correspondre à ce que l'on appelle couramment « biopiraterie ». On retrouve néanmoins la notion « d'emparement » et de « prise de contrôle » qui peut s'apparenter à l'appropriation illégitime des ressources naturelles et des savoirs traditionnels. La violence en revanche, au sens de cet article, est exclue du processus de biopiraterie, sauf à considérer que l'exploitation de la faiblesse ou de l'ignorance d'une partie constitue une forme de violence. Ce type d'appréciation reste évidemment hors du champ du domaine juridique et il faut alors admettre que la notion de piraterie ne s'applique pas strictement aux actes en cause. Notons en parallèle que la qualification de piraterie ou piratage est utilisée de la même manière par les pays dits du Nord à l'encontre des pays dits du Sud en matière de contrefaçon.

Ces controverses autour de l'existence et de la définition de biopiraterie s'expliquent d'abord par de profondes différences culturelles et par la diversité des comportements que cette appellation commune recouvre.

En effet, un sondage IPSOS de 2010 non encore publié⁵ et présenté lors d'une conférence de l'« Union Ethical for Bio Trade » rassemblant représentants de l'industrie cosmétique et spécialistes de la biodiversité, révèle des différences criantes de sensibilité au problème et de connaissance de la notion de biopiraterie entre le groupe Europe du Nord/États-Unis et un pays en développement riche en biodiversité comme le Brésil. Ce sondage interroge les consommateurs afin de savoir s'ils ont déjà entendu parler de telle ou telle notion. On note alors que les notions directement liées à la biodiversité et l'approvisionnement éthique sont encore beaucoup moins bien connues que des notions telles que le commerce équitable ou le développement durable. 93% des consommateurs au Brésil ont entendu parler de la conservation de la biodiversité, surpassant le développement durable ou le commerce équitable. En outre, 73% des consommateurs brésiliens ont entendu parler de la biopiraterie, par rapport à un simple 23% en Europe et aux États-Unis. Le même écart est à noter concernant la notion de partage des avantages issus de l'utilisation de la biodiversité entre les pays développés et les pays en développement ainsi que celle de respect et de protection des savoirs traditionnels.

Il n'est donc pas étonnant au vu de ce constat sociologique que la question de la biopiraterie et sa définition cristallisent un conflit quelque peu manichéen « Nord/Sud ».

Il s'agit alors de donner la définition que nous retiendrons pour cette étude, c'est-à-dire celle retenue par le Collectif Biopiraterie. La définition de base est l'appropriation illégitime des ressources génétiques et/ou des savoirs traditionnels qui y sont associés. Elle peut alors prendre plusieurs formes.⁶

On distingue tout d'abord les situations où l'accès aux ressources ou aux savoirs traditionnels est légal, c'est-à-dire lorsque les principes du droit international voire national ont été respectés. Nous y reviendrons largement, mais ces principes préconisent l'obtention du consentement préalable du fournisseur des ressources et des savoirs, ainsi que le partage des avantages découlant de l'utilisation de ces derniers, défini par des conditions mutuellement convenues. Ces règles d'accès peuvent être respectées, mais si le brevet déposé est dépourvu de nouveauté ou si l'accord a été violé, on parlera d'acte de biopiraterie.

⁵ Voir Annexe n°1.

⁶ Dossier spécial biopiraterie, Solidaire 209; édité par Pro Natura et Déclaration de Berne ; Avril 2010 ; p 6.

En revanche, si les règles d'accès ne sont pas respectées, tout dépôt de brevet sur la matière accédée illégalement (avec ou sans nouveauté), toutes autres utilisations commerciales ou tout acte de recherche seront considérés comme relevant de la biopiraterie.

Partant de cette définition générale adoptée par le Collectif Biopiraterie, à l'instar des associations étrangères de lutte contre ce phénomène et également de la plupart des pays riches en biodiversité, la présente étude doit lui permettre au Collectif Biopiraterie de formuler des propositions concrètes pour son plaidoyer de lutte contre la biopiraterie.

Il s'agit alors d'identifier quels sont les leviers utilisables et les revendications juridiques que la société civile peut porter pour lutter contre la biopiraterie. Pour ce faire, il convient de décrypter le droit positif international et national en la matière, afin d'identifier les outils que la société civile peut utiliser, mais également les éventuelles lacunes auxquelles elle devra opposer sa force de proposition.

La question est donc de comprendre l'état du droit positif international relatif à la problématique de la biopiraterie (Partie 1), et en cas d'insuffisance de ce dernier, de déterminer quelles sont les solutions juridiques existantes et envisageables pour lutter contre le phénomène de la biopiraterie. (Partie 2)

Partie 1 Les imperfections du droit international de la biopiraterie

Nous l'avons vu dans l'introduction, la biopiraterie au sens large concerne diverses situations comprenant de nombreux acteurs issus de secteurs différents. La transversalité de ce problème se retrouve donc dans le droit positif international, puisqu'il touche des domaines tels que l'industrie agro-alimentaire, pharmaceutique, cosmétique, de semence et se trouve alors à la croisée de multiples domaines juridiques. Ce foisonnement entraîne indéniablement des contradictions que l'instauration d'un régime international harmonisé tente de résoudre.

Chapitre 1 Le foisonnement du droit positif international relatif à la biopiraterie, source de contradictions juridiques

Des difficultés apparaissent dans l'articulation de différents accords multilatéraux dont le champ d'application se recouvre en partie en matière d'accès aux ressources génétiques et savoirs traditionnels associés et partage des bénéfices de leur utilisation, mais dont les objectifs et dispositions sont parfois contradictoires.

I Les principes de la Convention sur la Diversité Biologique: des obligations parfois difficiles à concilier avec les autres normes internationales

Parmi la multitude de textes liés au phénomène d'appropriation illégitime des ressources et des savoirs, la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) mérite une étude approfondie. En effet, cet accord multilatéral environnemental apporte des changements certes controversés mais tout à fait intéressants.

Les trois objectifs énoncés dans son article 1 sont: «la conservation de la biodiversité, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques. ». Le dernier objectif concerne ainsi directement la régulation des comportements dits de biopiraterie et se trouve mis en œuvre dans le corps de la

Convention, principalement dans ses articles 15, 16, 19 et 8(j).⁷

1. La souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles

Auparavant, les ressources naturelles étaient généralement considérées comme héritage commun de l'humanité. Seul un accord non obligatoire, le Traité International sur les Ressources Phytogénétiques pour l'Agriculture et l'Alimentation (TIRPAA) de 1983, sur lequel nous reviendrons, traitait explicitement les ressources de cette façon. Notons cependant que cela ne constituait pas une renonciation explicite des Etats à leurs droits souverains sur les ressources naturelles.⁸

A présent, la CDB reconnaît dans son article 3 que « les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources » et dans son article 15 que « les Etats ont droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles ». Ce principe fut affirmé à l'époque dans la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée Générale des Nations Unies du 14 décembre 1962⁹, énonçant « le droit de souveraineté permanent des peuples et des nations sur leurs richesses et leurs ressources naturelles ».

Les Etats ont dès lors la possibilité, et même l'obligation, de réguler l'accès aux ressources génétiques et savoirs traditionnels associés sur leur territoire. Cette obligation reste toutefois très large et quasiment inviolable au vu du vocabulaire non contraignant employé à l'article 15 2 de la CDB : « Chaque partie *s'efforce* de créer *les conditions propres à faciliter* l'accès aux ressources génétiques... ». La CDB reste en effet une Convention-cadre qui, comme nous le verrons, doit être précisée pour voir ses principes devenir contraignants.

Une première contradiction entre la CDB et un autre accord multilatéral international peut alors être soulevée. Il s'agit de l'Accord sur les Aspects des Droits de la Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (AADPIC), que nous détaillerons plus en avant dans l'étude, qui met en place un système de propriété intellectuelle permettant la délivrance de droits privatifs sur les

⁷ Voir Annexe n°2.

⁸ TALVARD Dora « L'exploitation des ressources génétiques des plantes et du savoir-faire traditionnel associé : l'émergence d'un conflit entre les dispositions de l'accord ADPIC et de la Convention sur la Diversité Biologique » Mémoire dirigé par Nebila MEZGHANI et Yves REBOUL ; 2009.

⁹ Texte disponible sur : [http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803\(XVII\)&Lang=F](http://www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/1803(XVII)&Lang=F); accédé le 2 août 2010 à 9H43.

êtres vivants et ressources naturelles. Ce type de droits de propriété intellectuelle priverait alors les détenteurs originels de ces droits ; et limiterait ainsi la souveraineté des Etats sur leurs ressources.

De plus, les représentants des peuples autochtones, dans un document commun¹⁰ constitué en vue du dernier groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages avant la Conférence des Parties de la CDB (COP 10) et ayant eu lieu à Montréal en juillet 2010¹¹, ont fait remarqué que la souveraineté des États n'est pas absolue et est surtout limitée par leurs obligations acceptées dans la Charte des Nations Unies et dans des traités spécifiques. La CDB affirme d'ailleurs dans son article 3 que: « Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources... ».

Selon eux, le terme «principes du droit international» comprend, entre autres, divers principes de la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones (DNUDPA) de 2007, qui sous-tendent les droits des peuples autochtones et les obligations des États envers ces derniers. Ils citent alors un jugement de la Cour Suprême du Belize du 18 octobre 2007, qui énonce dans son paragraphe 131 que «lorsque ces résolutions ou des déclarations contiennent des principes du droit international général, les États ne devraient pas les négliger.»¹².

La DNUDPA affirme en effet dans son article 26 que «les peuples autochtones ont le droit aux terres, territoires et ressources qu'ils possèdent et occupent traditionnellement ou qu'ils ont utilisés ou acquis» et dans son article 31 que «les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer...leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore...».

¹⁰ Représentants des peuples autochtones et associations de défense des droits des peuples autochtones; «Concerns relating to CBD Process, Revised Draft Protocol and Indigenous Peoples' Human Rights :Joint Statement on Indigenous Peoples and Human Rights in the draft ABS Protocol»; juillet 2010; <http://www.cbdalliance.org/abs-9-montreal/>.

¹¹ Les organes de la CDB comptent 4 groupes de travail *ad-hoc* sur l'examen de l'application de la Convention, sur l'accès et le partage des avantages, sur l'article 8 (j) et sur les aires protégées. Ces groupes composés d'experts sont chargés d'étudier en profondeur leurs questions respectives afin de proposer des textes et de faciliter en amont le travail de la COP.

¹² Décision de la Cour Suprême du Belize« Aurelio Cal, et al. v. Attorney General of Belize»; Claim 121/2007 ; du 18 octobre 2007 ; paragraphe 131; <http://www.elaw.org/node/1620>.

Bien que la DNUDPA, de par son appartenance à la résolution 61/295 de l'Assemblée Générale, ne soit pas contraignante, elle fut adoptée par 143 Etats membres en faveur avec seulement 4 Etats contre et 11 absentions. Elle reflète ainsi selon la Cour Suprême du Belize et les représentants des peuples autochtones, un consensus croissant sur les principes du droit international relatif aux peuples autochtones, leurs terres et leurs ressources.

L'exercice de la souveraineté étatique sur les ressources naturelles affirmée par la CDB doit donc être compatible avec les droits humains énoncés dans ces différents instruments.

2. L'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels

L'article 15.2 de la CDB énonce que « chaque Partie contractante s'efforce de créer les conditions propres à faciliter l'accès aux ressources génétiques aux fins d'utilisation écologiquement rationnelle par d'autres Parties contractantes... ».

La logique de la CDB concernant la régulation de l'accès aux ressources génétiques s'articule donc autour de la symétrie suivante : les pays « riches en ressources » devraient faciliter l'accès à ces dernières, tandis que les « pays riches en technologie », devraient partager les bénéfices résultant de l'utilisation des ressources génétiques et faciliter l'accès pour les pays en développement aux technologies ayant une importance pour la conservation et l'utilisation de la biodiversité.

Les Etats doivent alors désigner une autorité nationale compétente (ANC) dont la mission est de représenter les fournisseurs au niveau local ou national et de permettre aux utilisateurs d'accéder aux ressources génétiques. Le fonctionnement des autorités nationales compétentes doit être défini par la loi. Les lois du pays fournisseur peuvent permettre à d'autres personnes ou entités, telles que des communautés autochtones et locales, de négocier également les dispositions régissant l'accès et le partage des avantages.

L'article 15.5 de la CDB précise que cet accès est soumis à consentement préalable donné en connaissance de cause (CPCC). Il s'agit de l'autorisation donnée à un utilisateur par les autorités nationales compétentes d'un pays fournisseur, avant d'accéder à des ressources génétiques,

conformément à un cadre juridique et institutionnel adapté.

Selon l'article 15.4 de la CDB, « l'accès, lorsqu'il est accordé, est régi par des conditions convenues d'un commun accord » (CCCA). Conclu entre les fournisseurs de ressources génétiques et les utilisateurs, il régit les conditions d'accès et d'utilisation des ressources, ainsi que le partage des avantages entre les deux parties.

Concernant l'accès aux savoirs traditionnels, la CDB est moins claire. Son article 8 (j)¹³ demande certes aux Etats, « dans la mesure du possible », de respecter, préserver et maintenir les connaissances pratiques et innovations des communautés autochtones et locales mais il n'est pas explicitement indiqué aux Etats qu'ils doivent réguler l'accès aux savoirs traditionnels. Il est indéniable que la protection de ces derniers se joue à ce niveau.

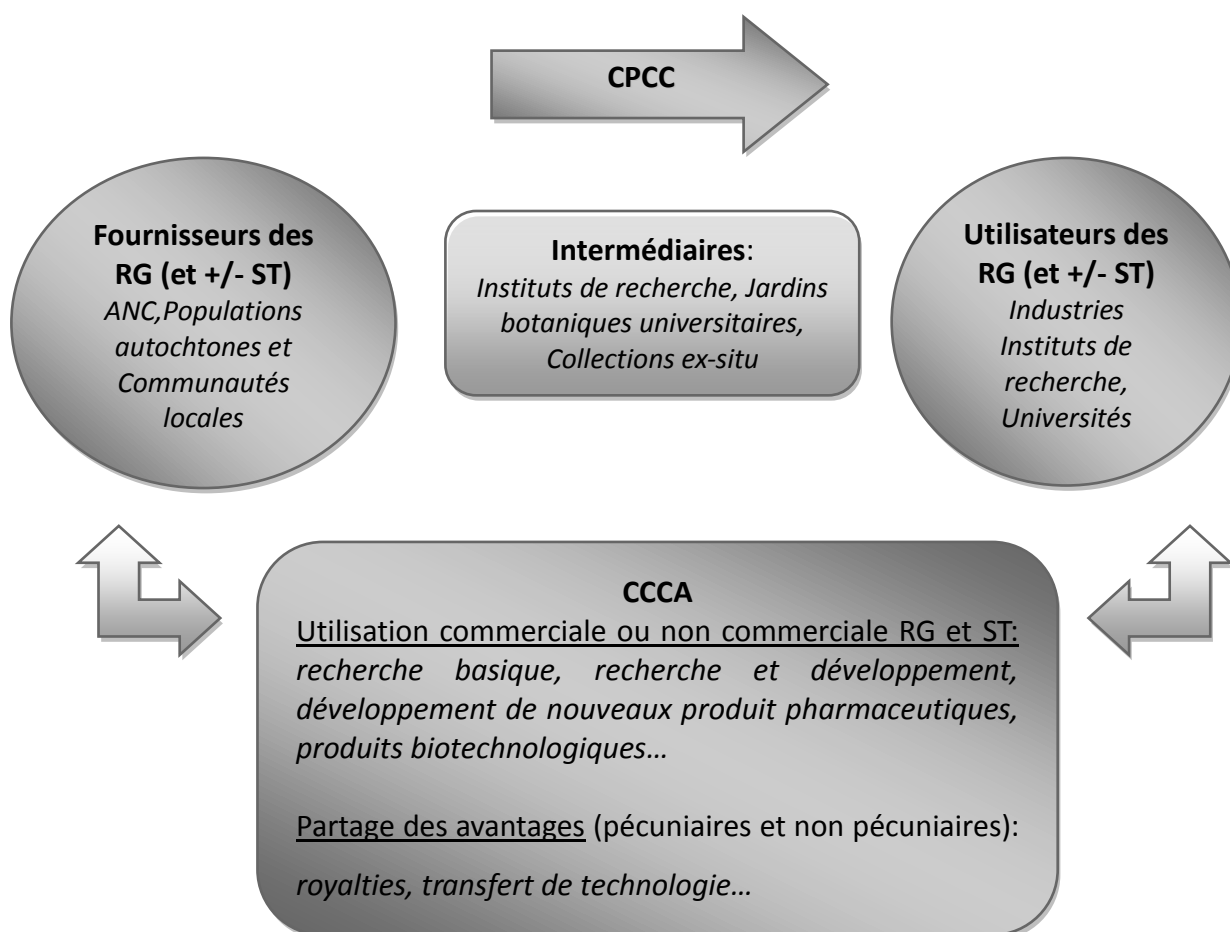


Figure 1 : Représentation simplifiée du principe d'accès aux ressources génétiques et savoirs traditionnels préconisé par la CDB

Source: Traduit et adapté de la présentation de Valérie Normand (secrétariat de la CDB) lors du Comité Inter-

¹³ Voir Annexe n°2 du présent rapport.

3. Le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels

Le partage des avantages est la participation aux bénéfices économiques, environnementaux, scientifiques, sociaux ou culturels résultant de l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés. Les avantages doivent être partagés de manière juste et équitable entre tous ceux qui ont contribué à la gestion des ressources, au processus scientifique ou commercial.

Ce partage peut inclure les gouvernements à différents niveaux, les populations autochtones et communautés locales et de nombreuses autres parties prenantes. Le partage des avantages peut concerner des bénéfices à court et à long terme, monétaires et non monétaires. Un instrument juridique international volontaire : les Lignes Directrices de Bonn (LDB), a été adopté en 2002 afin de donner des indications aux Etats parties sur la mise en place d'une législation APA. Ces lignes établissent alors une liste des différents types de bénéfices amenés à être partagés.

La CDB prévoit six obligations fondamentales en matière de partage des bénéfices. Tout d'abord, l'article 15.7 préconise le partage juste et équitable des résultats de la recherche et développement ainsi que le partage des bénéfices commerciaux et autres dérivés de la recherche.

Cependant, cette obligation peut se voir limitée en pratique, par l'engagement des parties à la CDB aux obligations de l'AADPIC. En effet, ce dernier permet la délivrance de brevets sur des ressources génétiques. Une fois délivré, le brevet confère un droit exclusif sur l'invention qui permet d'interdire tout acte d'exploitation de celle-ci sans le consentement de l'auteur.

Sont ainsi interdits: la fabrication, l'utilisation, la vente ou la détention d'un produit ou d'un procédé breveté; l'importation d'objets en violation d'un brevet; la mise dans le commerce sous une autre forme que la vente ou la mise en vente (notamment sous forme de location ou de prêt) d'un objet fabriqué par le breveté, la livraison à un contrefacteur de moyens permettant la mise en œuvre d'une invention brevetée. La violation de ces interdictions est sanctionnée par l'action en

contrefaçon.¹⁴ L'AADPIC ne prévoit en revanche rien concernant le partage des avantages découlant de l'exploitation de ces ressources génétiques, et nous le verrons, sa mise en œuvre est assurée bien plus efficacement grâce à l'organe de règlement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) que la mise en œuvre de la CDB.

L'article 16.3 de la CDB oblige les Etats ayant accédé aux ressources génétiques, à assurer aux pays en développement fournisseurs, l'accès à la technologie utilisant les ressources génétiques et le transfert de cette technologie par des conditions mutuellement convenues.

Il est alors à noter que l'article 16.2 de la CDB prévoit que les droits de propriété intellectuelle doivent soutenir la mise en œuvre de la Convention et que l'accès et le transfert de technologie doivent être compatibles avec les dispositions de l'accord ADPIC: «... Lorsque les technologies font l'objet de brevets et autres droits de propriété intellectuelle, l'accès et le transfert sont assurés selon des modalités qui reconnaissent les droits de propriété intellectuelle et sont compatibles avec leur protection adéquate et effective... »

Or, l'accord sur les ADPIC qui consacre le concept de brevetabilité des microorganismes et des procédés non biologiques et micro biologiques de production de végétaux et animaux, augmente les coûts et les difficultés de développement technologique dans les pays dits en développement et enraye donc le transfert de technologies promu par la CDB. Il faut d'ailleurs souligner que cet effet est contraire à l'objectif propre de l'AADPIC, qui dispose dans son article 7, que :

« 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 ».

Selon Ana Rachel TEIXEIRA-MAZAUDOUX : « L'objectif principal de l'Organisation Mondiale du Commerce est la libre circulation des biens. Mais la production des biens dépend des

¹⁴ Véronique Stérin, juriste en propriété intellectuelle, avec la participation de Catherine Druetz-Marie ; « Le Guide de la Propriété Intellectuelle: exploiter ses brevets » © IRPI ; 2010 ; www.irpi.ccip.fr 1.

technologies, et celles-ci sont détenues par les pays développés, et font, à grande échelle, objet de brevets. ». ¹⁵

Cet effet est d'ailleurs reconnu par le texte même de la CDB dans son article 16.5 qui énonce que « les Parties contractantes, reconnaissant que les brevets et autres droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur l'application de la Convention, coopèrent à cet égard sans préjudice des législations nationales et du droit international pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à l'encontre de ces objectifs. »

L'influence, le plus souvent négative, sur l'application des principes de la CDB tels que le partage des avantages ou le transfert des technologies est donc admise, mais une simple coopération volontaire entre les Parties est préconisée pour y remédier et ce dans le respect du droit de la propriété intellectuelle.

Le 3^e objectif de la CDB se voit également mis en œuvre à travers les dispositions 19.1 et 19.2 de la Convention qui prévoient une participation effective des Parties aux activités de recherche biotechnologique et un accès prioritaire pour les Parties fournisseuses aux résultats et aux avantages découlant des biotechnologies.

Enfin, tandis que la CDB reste au flou au niveau de l'accès aux savoirs traditionnels, elle énonce clairement dans son article 8 (j) que les Etats sont « encouragés » au partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces savoirs. ¹⁶

II Les effets de l'introduction des questions de propriété industrielle au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce

1. Un accord passé en force

¹⁵ Mémoire préparé et soutenu par Ana Rachel TEIXEIRA-MAZAUDOUX : « Protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques : cadre juridique ». Sous la direction de : Michel PRIEUR Année universitaire : 2002/2003 Actualisé début 2007 p.58

¹⁶ Article 8 (j) de la CDB: « Chaque Partie...encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques».

La chercheuse américaine Chakrabarty découvrit en 1980 une bactérie possédant des propriétés d'absorption des hydrocarbures. Il fit donc une demande à L'Office Américain des Brevets afin de protéger son invention, qui refusa dans un premier temps d'accorder un brevet sur un microorganisme. Puis, la Cour Suprême des Etats-Unis adopta à 5 juges contre 4, une décision du 16 juin 1980 qui autorise la brevetabilité du vivant, par cette formule tristement célèbre : «toute chose sous le soleil, faite par l'homme, est brevetable ». ¹⁷

Quatorze ans seulement après cette décision controversée, l'accord sur les ADPIC voit le jour au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) et va généraliser ce principe.

L'introduction des droits de propriété intellectuelle dans le régime international du commerce introduit un grand changement, puisqu'elle globalise de facto les règles de propriété intellectuelle et étend leur portée à de nouveaux pays et de nouveaux secteurs. En effet, leur entrée coïncide avec celle de l'agriculture, des plantes et de la santé animale dans le régime commercial.

Avant cela, la propriété intellectuelle n'avait aucun lien légal avec le système commercial et son incorporation formelle durant le cycle d'Uruguay en 1986 fut une question Nord-Sud controversée.

Les pays en voie de développement ont d'abord résisté à l'incorporation des questions de propriété intellectuelle dans les négociations commerciales et soutenaient que l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) était l'agence spécialisée de l'Organisation des Nations Unies (ONU) responsable en la matière. Cependant, la plupart des points sur lesquels les pays en voie de développement étaient réticents furent finalement acceptés lors des négociations de l'accord sur les ADPIC. ¹⁸

Selon Ahmed Abdel LATIF¹⁹, peu de pays en voie de développement avaient idée de la portée de ces dispositions, excepté l'Inde et le Brésil. Cette résistance initiale fut dépassée par la combinaison de concessions de la part des pays développés dans des domaines tels que l'agriculture et le textile et de menaces de sanctions commerciales. De plus, le Cycle d'Uruguay qui

¹⁷ *Diamond v. Chakrabarty* 447 US 33, 16 juin 1980: "Anything under the sun that is made by man is patentable".

¹⁸ Pedro Roffe, « The Future Control of Food: A Guide to International Negotiations and Rules on Intellectual Property, Biodiversity and Food Security »; édité par Geoff Tansey and Tasmin Rajotte; 2008; p 68 à 89.

¹⁹ Diplomate pour la délégation gouvernementale de l'Egypte.

traite de nombreux secteurs a été conduit sur la base d'un accord final unique que les Etats devaient accepter en bloc. L'accord sur les ADPIC a donc finalement été adopté malgré les désaccords et fait partie de l'acte final de Marrakech de 1994, entré en vigueur en 1995.

2. Conséquences de l'adoption de l'AADPIC concernant la biopiraterie

Il s'agit alors de comprendre les conséquences de l'adoption de l'AADPIC par les 153 membres de l'OMC sur le droit des brevets et par extension sur la biopiraterie.

2.1. Les AADPIC ou la globalisation des standards occidentaux en matière de propriété intellectuelle

Avec les règles classiques de la propriété intellectuelle, principalement régies par la Convention de Paris du 20 mars 1883 et la Convention de Washington du 13 juin 1970 toutes deux administrées par l'OMPI, les pays pouvaient exclure des secteurs industriels ou technologiques de la brevetabilité et faire la différence entre la brevetabilité du produit et du procédé.

Par exemple, au moment des négociations du Cycle d'Uruguay, presque la moitié des lois connues sur les brevets excluaient les produits pharmaceutiques de la protection. Dans certains cas, au Brésil, par exemple, l'exclusion de la brevetabilité portait sur l'ensemble du secteur. Un tiers de ces lois excluaient les inventions sur les produits alimentaires.²⁰

Avec la disposition suivante de l'AADPIC, les Etats n'ont plus cette liberté :

²⁰ Pedro Roffe, « The Future Control of Food: A Guide to International Negotiations and Rules on Intellectual Property, Biodiversity and Food Security»; édité par Geoff Tansey and Tasmin Rajotte; 2008; p 68 à 92.

Article 27.1 de l'AADPIC : « Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 et 3, un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle... des brevets pourront être obtenus et il sera possible de jouir de droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale. »

D'autres affirment que cette disposition sur les ADPIC n'exige pas de protection par les brevets pour tous les secteurs. Cependant, si on lit a contrario les paragraphes 2 et 3 de l'article 27 de l'accord sur les ADPIC, on en déduit qu'on ne peut pas exclure du domaine de brevetabilité les inventions autres que celles citées dans ces dispositions :

Article 27.2 de l'AADPIC : « Les membres peuvent seulement exclure certaines inventions, dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation.

Article 27.3 de l'AADPIC : « Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité:

- a) les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux;
- b) les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. Les dispositions du présent alinéa seront réexaminées quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC. »

Ces dispositions, dont l'ambiguïté des termes reste l'une des sources de conflits dans la négociation de leur révision, signifient ainsi que les Etats membres doivent fournir une protection

par les brevets aux micro-organismes, procédés non-biologiques, procédés microbiologiques et aux variétés végétales (par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens) et qu'ils ont la possibilité d'exclure de la protection par les brevets les plantes, les animaux, les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux et les variétés végétales (s'ils décident de les protéger par un système *sui generis*).

Il n'est donc plus possible pour un Etat d'enrayer l'appropriation illégitime des ressources génétiques au moyen de droits de propriété intellectuelle, en interdisant tout simplement l'utilisation de ces derniers sur ce type de biens.

| Les membres doivent fournir une protection par les brevets aux | Les membres peuvent exclure de la protection par les brevets |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> -micro-organismes -procédés non biologiques -procédés microbiologiques -variétés végétales (par des brevets, par un système <i>sui generis</i> efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens) | <ul style="list-style-type: none"> -les plantes -les animaux -les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux -les variétés végétales |

Figure 2 Tableau récapitulatif des dispositions de l'article 27.3 b de l'AADPIC

Source : Pedro ROFFE, « *The Future Control of Food: A Guide to International Negotiations and Rules on Intellectual Property, Biodiversity and Food Security* »; édité par Geoff Tansey and Tasmin Rajotte; 2008; p 82.

L'approche classique de la propriété intellectuelle laissait également la liberté à chaque pays de déterminer les critères de brevetabilité et la durée de protection des brevets. Ceux-ci sont maintenant standardisés et reflètent majoritairement les paramètres de brevetabilité appliqués dans les pays développés. Les critères sont donc la nouveauté, l'activité inventive et la possibilité d'application industrielle. La période de validité est harmonisée à 20 ans minimum²¹ alors qu'avant

²¹ Article 33 de l'AADPIC : « La durée de la protection offerte ne prendra pas fin avant l'expiration d'une période de 20 ans à compter de la date du dépôt. »

cet accord, certains pays différenciaient selon les secteurs. En Inde, par exemple, la règle générale était d'une durée de brevet de 14 ans, tandis que pour les produits pharmaceutiques et alimentaires, la durée n'était que de 7 ans.²²

2.2. La polémique autour de l'article 27.3 (b)

Nous l'avons vu, les actes de biopiraterie peuvent comprendre le dépôt d'un brevet sans nouveauté sur une ressource accédée dans le respect des principes de CPCC et selon des CCCA ou encore le dépôt d'un brevet sur une ressource accédée illégalement. La question de la possibilité de breveter ce type de ressources est donc primordiale, et bien que les AADPIC entérinent cette possibilité, de profonds désaccords subsistent. L'article 27.3 (b) de l'AADPIC prévoyait d'ailleurs sa propre révision « dans les 4 ans après l'entrée en vigueur de l'accord sur l'OMC » soit en 1999. Elle est cependant toujours en cours de négociations en 2010, pour lesquelles on retrouve quatre approches différentes.

Tout d'abord selon les Etats-Unis et Singapour, les exceptions à l'article 27.3 (b) sont inutiles et la protection des brevets devrait être étendue à toutes les inventions concernant les plantes et les animaux .

Pour l'Australie, le Canada, la Chine, la Corée, l'Union Européenne (UE), le Japon et la Suisse, l'article 27.3 (b) devrait être maintenu car il permet aux pays d'exclure les plantes et les animaux de la brevetabilité.

Selon le Brésil, l'Inde, le Pérou, la Thaïlande et le Zimbabwe, les exceptions à l'article 27.3 (b) doivent être conservées mais sous réserve de clarification ou de définition de certains termes, y compris les différences entre les plantes, les animaux et les micro-organismes.

En effet, la notion de « micro-organismes » n'est pas définie dans le texte et donne ainsi une relative flexibilité à l'accord sur les ADPIC. Les Etats souhaitant réduire le domaine de brevetabilité sur le vivant ne peuvent exclure les micro-organismes en vertu de l'accord sur les ADPIC, mais pourraient donner une définition restrictive à ces derniers afin d'atténuer les

²² Pedro Roffe, « The Future Control of Food: A Guide to International Negotiations and Rules on Intellectual Property, Biodiversity and Food Security»; édité par Geoff Tansey and Tasmin Rajotte; 2008; p 48 à 69

obligations de l'accord.

Enfin le Bangladesh, l'Inde et le Groupe des pays africains soutiennent que l'article 27.3 (b) devrait être modifié ou clarifié afin d'interdire le brevetage de toutes les formes de vie.²³

Dans le papier de positionnement élaboré en vue des négociations de la COP 10 ayant lieu à Nagoya en octobre 2010²⁴, le Collectif Biopiraterie demande ainsi la prohibition du brevetage de tout ou partie des êtres vivants (plantes, animaux, micro-organismes...) et des brevets sur les procédés utilisant les ressources biologiques et savoirs traditionnels qui y sont associés.

De même, dans sa déclaration écrite au Comité Inter-Gouvernemental (CIG) de mai 2010 ayant eu lieu à l'OMPI, ICRA a demandé que « vu l'urgence liée à l'érosion de la biodiversité mondiale, vu l'absence de statut protecteur pour les savoirs traditionnels, vu les aléas liés à l'adoption d'un instrument international ... soit établi un moratoire sur les demandes de brevets portant sur les ressources génétiques associées à des savoirs traditionnels».²⁵

2.3. L'efficacité de la mise en œuvre des obligations de l'AADPIC : la question du bon forum

Une autre conséquence majeure de l'adoption de l'AADPIC est l'application des principes de l'OMC dans la mise en œuvre de l'accord. Ceci inclut alors des procédures expéditives et efficaces de prévention multilatérale et de règlement des conflits entre les gouvernements à travers l'Organe de Règlement des Différends de l'OMC.

L'application de ces procédures pourrait justifier l'exécution de représailles commerciales, incluant des représailles croisées (dans d'autres secteurs comme les biens et les services) dans le cas d'une non-conformité de la législation de certains Etats Membres avec les obligations découlant de l'accord sur les ADPIC.²⁶

²³Pedro Roffe, « The Future Control of Food: A Guide to International Negotiations and Rules on Intellectual Property, Biodiversity and Food Security»; édité par Geoff Tansey and Tasmin Rajotte; 2008; p 48 à 69 p 48 à 69.

²⁴ Voir Annexe n°2 du présent rapport.

²⁵ Déclaration d'ICRA au CIG de l'OMPI du 7 au 10 mai 201 : <http://www.biopiraterie.org/spip.php?article45>.

²⁶ Ainsi le préambule de l'AADPIC prône « l'élaboration de procédures efficaces et rapides pour la prévention et le règlement, au plan multilatéral, des différends entre gouvernements », et son article 64 prévoit l'utilisation « des dispositions des articles XXII et XXIII du GATT de 1994 » qui régissent le règlement des différends.

2.3.1 Les éléments fondant le caractère obligatoire d'un instrument juridique

Nous nous permettrons alors de rappeler ici quelques éléments qui fondent le caractère obligatoire d'un instrument juridique.

L'efficacité d'un instrument va tout d'abord dépendre de sa nature juridique. Certains instruments déclaratoires, comme la DNUDPA, ne sont pas contraignants par nature contrairement à une convention ou un traité multilatéral. Cependant, certains textes ont beau être contraignants par nature, leur effectivité, et donc la réalité de leur caractère obligatoire, peut se voir limitée par l'imprécision et l'étendue plus ou moins large des obligations énoncées dans leurs dispositions. C'est le cas, comme nous l'avons indiqué, de la CDB qui constitue ainsi une Convention-cadre très peu contraignante dans les faits.

Le nombre et le poids politique sur la scène internationale des Parties à un texte juridique sont également primordiaux. Il convient à nouveau de donner l'exemple de la CDB que les Etats-Unis ont signée mais non ratifiée.²⁷ L'absence de ce géant politique et économique limite incontestablement la portée de la CDB face à d'autres instruments pouvant être contraires à ses objectifs et dont les Etats-Unis sont membres, tels que l'AADPIC ou le Traité sur le droit des brevets de l'OMPI.

Enfin, un instrument devient réellement obligatoire si le non-respect de ses obligations est sanctionné de manière efficace, ce qui est le cas des instruments adoptés sous l'égide de l'OMC.

Tous ces paramètres, et principalement le dernier, expliquent ainsi la bataille diplomatique autour du choix du forum adéquat pour régler la question de la protection des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés ainsi que l'accès et le partage des avantages.

2.3.2 Les tensions sur la question du forum international adéquat en matière de protection des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés

²⁷ Les Etats-Unis bénéficient cependant d'un statut d'observateur à la CDB. Bien que n'étant pas Partie, ils participent à hauteur de 20% au budget pour la mise en œuvre des principes de la Convention, ce qui leur confère une grande influence politique.

En effet, l'une des difficultés dans l'identification des outils de protection contre la biopiraterie réside dans la multiplication des forums et des enceintes de négociations ayant trait plus ou moins directement à la problématique. Rien qu'actuellement, la question est abordée dans le cadre de la révision de l'article 27.3 (b) de l'OMC, dans la négociation d'un ou plusieurs instruments au sein du CIG de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI et enfin dans le cadre de la CDB qui devrait donner naissance à un instrument lors de la COP 10 en octobre 2010.

Ce ne sont cependant pas les mêmes négociateurs au sein de chaque instance, ne travaillant pas avec les mêmes définitions pour les mêmes notions (savoirs traditionnels, peuples autochtones...). Une difficulté de coordination se fait cruellement sentir et ralentit l'adoption d'un régime international protégeant les ressources génétiques et savoirs traditionnels associés. Une articulation cohérente entre les différents forums et donc entre les textes qu'ils adopteront est ainsi plus que souhaitable. La demande de la CDB pour obtenir le statut d'observateur au Conseil de l'AADPIC s'inscrit effectivement dans cette démarche mais n'a malheureusement toujours pas abouti.²⁸

Le conflit fait rage autour du forum adéquat qui règlera toutes ces questions liées aux savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, et ce dans une classique dichotomie « Nord/Sud ». Les pays développés préfèrent voir ces problèmes réglés au sein de l'OMPI, qu'ils jugent seule compétente en matière de propriété intellectuelle et donc détentrice de l'expertise nécessaire à la complexité de ces questions. Il est à noter cependant que cette instance est financée par le système des brevets. La France d'ailleurs a réaffirmé cette position dans une réponse ministérielle du 3 août 2010 : « La France insiste pour que la question des connaissances traditionnelles tombées dans le domaine public et celle relative à l'acquisition frauduleuse des connaissances traditionnelles soient traitées en priorité au sein de l'Organisation mondiale pour la propriété intellectuelle (OMPI).²⁹ ».

Les pays en développement souhaitent au contraire que la protection des ressources

²⁸ Décision VII/4/D Point 4 de la COP 8 de la CDB: «Requests the Executive Secretary to renew the application for accreditation of the Convention on Biological Diversity as an observer at the Council on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights of the World Trade Organization. »; <http://www.cbd.int/decision/cop/?id=11016>.

²⁹ Réponse à la question écrite N° 62289 de Mme Christiane Taubira, député de la Guyane, au Ministère de l'Écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer; 3 août 2010; <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-62289QE.htm>.

génétiques et savoirs traditionnels associée soit négociée sous l'égide de l'OMC. Selon eux, les autres forums n'apportent pas les garanties suffisantes à la mise en œuvre des mesures adoptées. C'est ironiquement le même argument qu'utilisaient les pays développés au moment de l'introduction des questions de propriété intellectuelle au sein de l'OMC.

III La biopiraterie ou une « jungle normative »

Nous venons de le voir lors de l'examen des différents forums, la question de la biopiraterie peut se voir régie à travers des dispositions du droit de l'environnement (CDB), du commerce (OMC) et de la propriété intellectuelle (OMPI).

Ce ne sont malheureusement pas les seules instances et textes à intervenir. En effet, les actes de biopiraterie portent le plus souvent sur des composants issus de plantes et peuvent alors relever du droit de l'agriculture et des semences. Les populations autochtones étant fortement concernées, la question des droits humains est inévitable et les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques font appel au droit du patrimoine culturel.

1. Le droit de l'agriculture concernant la biopiraterie

Ainsi, la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (Convention UPOV) adoptée par l'Union internationale pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV) à Paris en 1961, et révisée en 1972, 1978 et 1991, organise la protection des nouvelles variétés végétales. L'obtenteur bénéficie d'un droit de propriété intellectuelle lui conférant un monopole temporaire de commercialisation de sa nouvelle variété.

Ce régime constitue typiquement « un régime de protection sui generis » au sens de l'article 27.3 (b) de l'AADPIC et se pose en alternative à la protection par les brevets. Deux principes assouplissent le monopole : « l'exemption de recherche » pour laquelle l'accès aux ressources génétiques est libre et gratuit, et « le privilège de l'agriculteur » qui peut réensemencer son champ avec une variété protégée sans payer de redevance à l'obtenteur³⁰. Notons qu'au cours des

³⁰ Hélène ILBERT, « Biodiversité : savoirs protégés, savoirs partagés, 6 fiches pour comprendre, anticiper, débattre », Solagral, octobre.2002, Fiche 2.b.

révisions successives, ces droits de l'agriculteur se sont progressivement amenuisés.

Cette convention a généré quasiment tous les systèmes nationaux de protection des obtentions végétales ainsi que le Règlement européen n° 2100/94 du 27 juillet 1994, instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales.

Le Traité International sur les ressources Phytogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture 2004 (TIRPAA) de l'Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture (FAO) vient alors contrebalancer le droit des obtenteurs (qui sont principalement les industries de semences) en instaurant un régime innovant directement inspiré de la CDB.

En effet, ses objectifs sont selon son article premier : « la conservation et l'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation en harmonie avec la Convention sur la diversité biologique, pour une agriculture durable et pour la sécurité alimentaire. ». Le traité compte 123 Parties ne comprenant ni la France ni les Etats-Unis qui l'ont signé mais ne l'ont pas ratifié.

Il met en place un système multilatéral d'accès à des ressources phytogénétiques prévues dans une liste préétablie par les Parties. Les espèces inscrites sont des espèces cultivées et plantes fourragères indispensables à la sécurité alimentaire et donc considérées comme communes (il est intéressant de noter que le soja et la tomate ne font pas partie de cette liste³¹). L'accès sera facilité par un Accord Type de Transfert de Matériel (ATM), dont les conditions ont été préalablement et multilatéralement établies par les Parties.

Le traité met également en œuvre un partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources phytogénétiques et des droits pour les agriculteurs visant la protection des savoirs traditionnels liés aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

Se dessinent ainsi les contradictions entre ces différents instruments, puisque les AADPIC imposent la protection des variétés végétales par brevet ou système «*sui generis*» tel que le système UPOV, sans prévoir ni de partage des avantages, ni de droits solides pour les agriculteurs

³¹ Source : <http://www.evb.ch/fr/p25014472.html>, accédé le 22 juillet 2010.

ou les populations autochtones et communautés locales comme le préconisent la CDB et le TIRPAA.

Selon Ana Rachel TEIXEIRA-MAZAUDOUX, les conséquences sociales et environnementales de ce foisonnement de textes et de leurs rapports inégaux sont lourdes. «Tout d’abord, il y a le problème du monopole des semences par les entreprises étrangères, établissant un rapport de dépendance des agriculteurs avec les entreprises, mettant en cause la sécurité alimentaire des pays en développement. A partir de cet état de dépendance, d’autres conséquences apparaissent : l’appauvrissement des agriculteurs et des communautés locales et autochtones, par la montée des prix, ainsi que l’abandon des pratiques agricoles traditionnelles, qui, comme nous le savons, sont essentielles à la conservation de l’environnement.»³²

On se retrouve ainsi dans une situation contraire aux objectifs de la CDB. Ajoutons que la ratification par la France du TIRPAA constituerait un pas vers le respect des objectifs de la CDB. Elle devrait alors faire des concessions sur le plan des droits exclusifs concernant ces ressources alimentaires et agricoles.

2. Les droits humains concernant la biopiraterie

Nous y reviendrons largement, mais il est important d’ajouter à cet entrelacs plus ou moins cohérent des textes, l’ensemble des instruments concernant les droits humains des peuples autochtones et communautés locales, puisque ces derniers sont les principaux détenteurs de savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques. On peut alors compter dans cette « liste » la Charte Internationale des Droits de l’Homme (Charte IDH) qui comprend la Déclaration universelle des droits de l’homme³³(1948), dont découlent le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels³⁴(1976) non ratifié par les Etats-Unis.

³² Mémoire préparé et soutenu par Ana Rachel TEIXEIRA-MAZAUDOUX « Protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques : cadre juridique » Sous la direction de :Michel PRIEUR Année universitaire : 2002/2003 Actualisé début 2007 p 62.

³³ Article 27.2 : «Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l’auteur ».

³⁴ Article premier : « Pour atteindre leurs fins, tous les peuples peuvent disposer librement de leurs richesses et de leurs ressources naturelles, sans préjudice des obligations qui découlent de la coopération économique internationale, fondée sur le principe de l’intérêt mutuel, et du droit international. En aucun cas, un peuple ne pourra être privé de

S'y ajoute la Convention (n° 169) de l'Organisation internationale du travail concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants (1989) que la France refuse toujours de ratifier en opposant la forme unitaire de son Etat selon l'article 1 de sa Constitution.

Enfin, le plus récent est la tant attendue Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (2007) qui bien qu'elle affirme (ou parce qu'elle affirme) des principes primordiaux pour les peuples autochtones reste une déclaration non contraignante.

Tous ces textes reconnaissent des droits aux peuples autochtones et communautés locales sur leurs ressources naturelles et savoirs traditionnels qui se voient ignorés et diminués par les instruments des autres domaines précités.

3. Le droit de la protection du patrimoine culturel immatériel concernant la biopiraterie

Ne portant pas sur les ressources génétiques directement mais pouvant inclure la protection des méthodes de médecine traditionnelle des communautés par exemple, la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de l'Organisation des Nations Unies pour la Science, l'Education et la Culture (UNESCO) de 2003 peut également constituer un instrument de lutte contre la biopiraterie.

Cet instrument contraignant a pour objectif « le respect du patrimoine culturel immatériel des communautés, des groupes et des individus concernés » et son article 13 garantit « l'accès au patrimoine culturel immatériel tout en respectant les pratiques coutumières ». Il est cependant limité dans son rôle de protection par son article 3 qui énonce que « Rien dans la présente Convention ne peut être interprété comme : ...(b) affectant les droits et obligations des Etats parties découlant de tout instrument international relatif aux droits de la propriété intellectuelle ou à l'usage des ressources biologiques et écologiques auquel ils sont parties. ».

4. Le droit européen concernant la biopiraterie

On ne peut achever cette revue des textes destinée à éclaircir les leviers disponibles pour un collectif luttant contre la biopiraterie française, sans examiner les dispositions contenues dans le droit européen.

L'Union Européenne est Partie à la CDB et tous ses membres sont également Parties aux AADPIC. Dans l'esprit de ce dernier accord, la directive 98/44 relative à la protection des inventions biotechnologiques transposée en droit français par la loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004 énonce alors dans son article 3-2 « qu'une matière biologique isolée de son environnement naturel ou produite à l'aide d'un procédé technique peut être l'objet d'une invention, même lorsqu'elle préexistait à l'état naturel. » Cette disposition communautaire donne donc une base légale au brevetage du vivant pour l'UE.

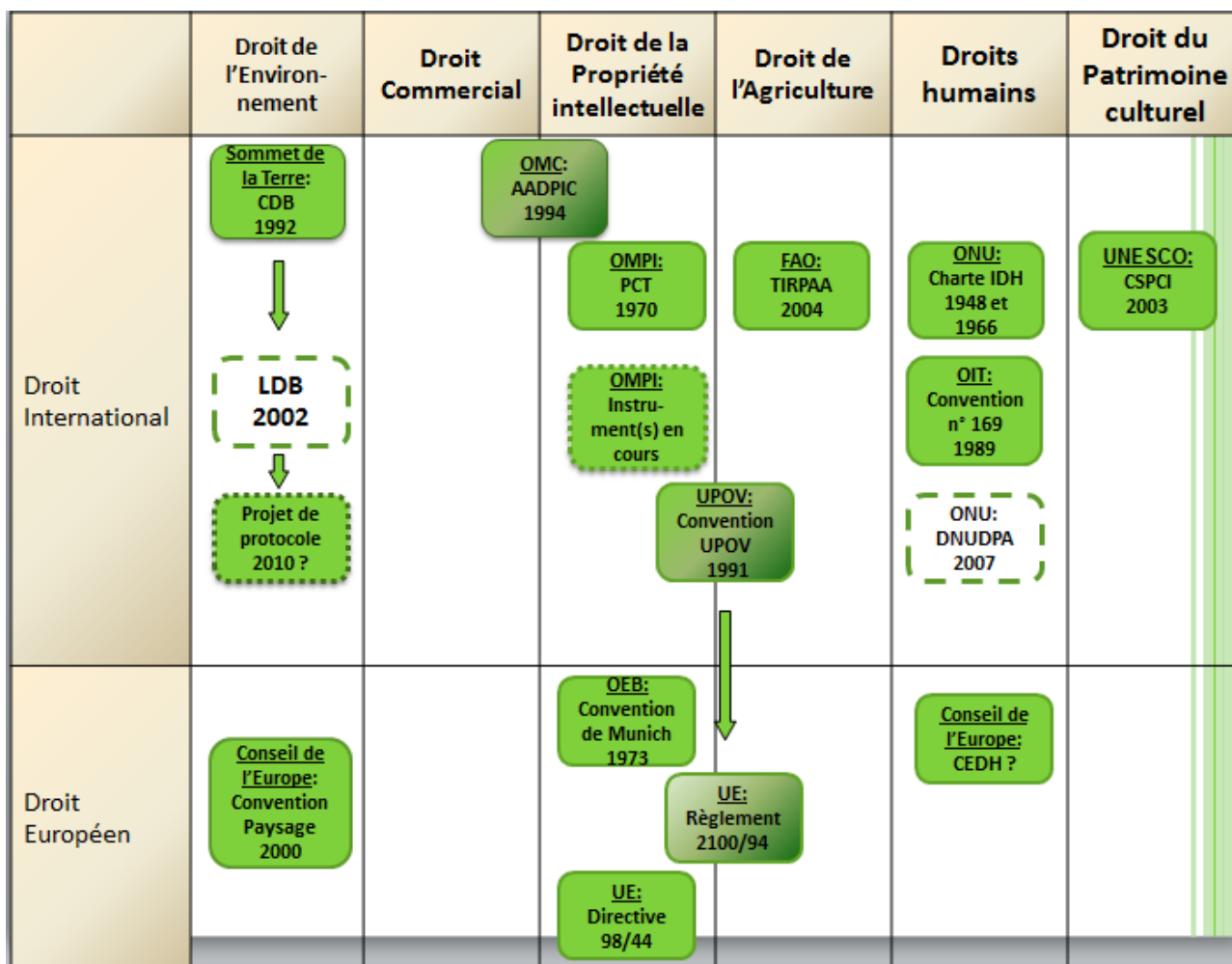
La Convention de Munich du 5 octobre 1973 sur la délivrance de brevets européens crée une procédure unique (non-communautaire) de délivrance des brevets devant l'Office Européen des Brevets à Munich. « Le brevet européen » consiste en un ensemble de brevets délivrés pour chacun des Etats membres de la Convention de Munich désignés dans la demande.³⁵

Le droit européen de l'Environnement amène à travers sa Convention européenne sur le paysage 2000 adoptée sous l'égide du Conseil de l'Europe un lien intéressant entre la protection du paysage, ses habitants et leur patrimoine. Son article 5 énonce en effet que « Chaque Partie s'engage à reconnaître juridiquement le paysage en tant que composante essentielle du cadre de vie des populations, expression de la diversité de leur patrimoine commun culturel et naturel, et fondement de leur identité. ».

La relation étroite entre droit de l'Environnement et droits de l'Homme s'exprime tout particulièrement dans une problématique aussi transversale que la biopiraterie. Il est permis de s'interroger sur l'éventuelle utilité d'un instrument tel que la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) dont le respect est garanti par la Cour européenne des Droits de l'Homme. En effet, cette dernière garantit des droits fondamentaux de l'Homme et sa jurisprudence extensive

³⁵ Johanna Schmidt-Szalewski; «Droit de la propriété industrielle», éditions Dalloz 2009 ; p 48.

lui confère une compétence en matière environnementale. Cet aspect mériterait un examen plus approfondi que nous n'exécuterons pas au cours de cette étude. Il est cependant indispensable d'en mentionner l'existence à la société civile qui n'est sujet d'aucun droit dans ce foisonnement de normes internationales s'adressant aux Etats.



Instrument volontaire



Instrument en cours de négociation

Figure 3 Schéma récapitulatif et non exhaustif des textes internationaux et européens relatifs à la biopiraterie

Cette jungle normative et la multiplication des forums, combinés aux fortes tensions inhérentes aux nombreux et puissants conflits d'intérêts en jeu, brouillent la lecture des moyens de protéger les ressources et savoirs traditionnels associés et amoindrit ainsi les chances de protection. Une harmonisation des règles en la matière tente de se dessiner dans l'adoption d'un régime international d'accès et de partage des avantages issus de l'utilisation des ressources génétiques et savoirs traditionnels associés au sein de la CDB.

Chapitre 2 Le projet de régime international sur l'accès et le partage des avantages : une tentative laborieuse de perfectionnement

Face aux difficultés posées par ce foisonnement de textes et de forums, la communauté internationale tente d'aboutir à l'adoption d'un Régime International (RI) relatif à l'accès et au partage des avantages issus de l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels. Le régime devrait voir le jour lors de la COP 10 de la CDB qui aura lieu du 18 au 29 octobre 2010 au Japon. Il convient d'analyser les enjeux et les conflits relatifs à l'adoption de ce régime afin d'éclairer le Collectif Biopiraterie, sur les positions et propositions qu'il pourrait adopter.

I Les difficultés pratiques de l'accès et du partage des avantages

Durant les 15 dernières années, la mise en œuvre des principes de la CDB relatifs au partage des avantages a été freinée par différents facteurs.

Le premier d'entre eux réside dans le fait que les dispositions de la CBD ne sont pas pleinement mises en application: seulement 60 pays ont mis en place des législations spécifiques sur les 192 Etats ayant ratifié la Convention. A ce jour, la France n'a toujours pas adopté de législation APA.

Il y a de plus rarement un seul fournisseur et un seul utilisateur. En effet, il peut s'agir de l'accès à différents types de ressources génétiques (animales, végétales ou micro organiques), *in-situ* ou *ex-situ*, en vue de différentes utilisations (pour la recherche à des fins non commerciales, à des fins commerciales ou encore le plus souvent dans un but premier de recherche débouchant sur une commercialisation) et ce par des usagers issus de différents secteurs tels que la pharmaceutique, l'industrie semencière, la cosmétique ou la botanique et l'horticulture. Cette multiplicité d'acteurs rend le système plus opaque à travers ces différents intermédiaires et entraîne des difficultés de contrôle et de mise en œuvre des principes de la CDB.

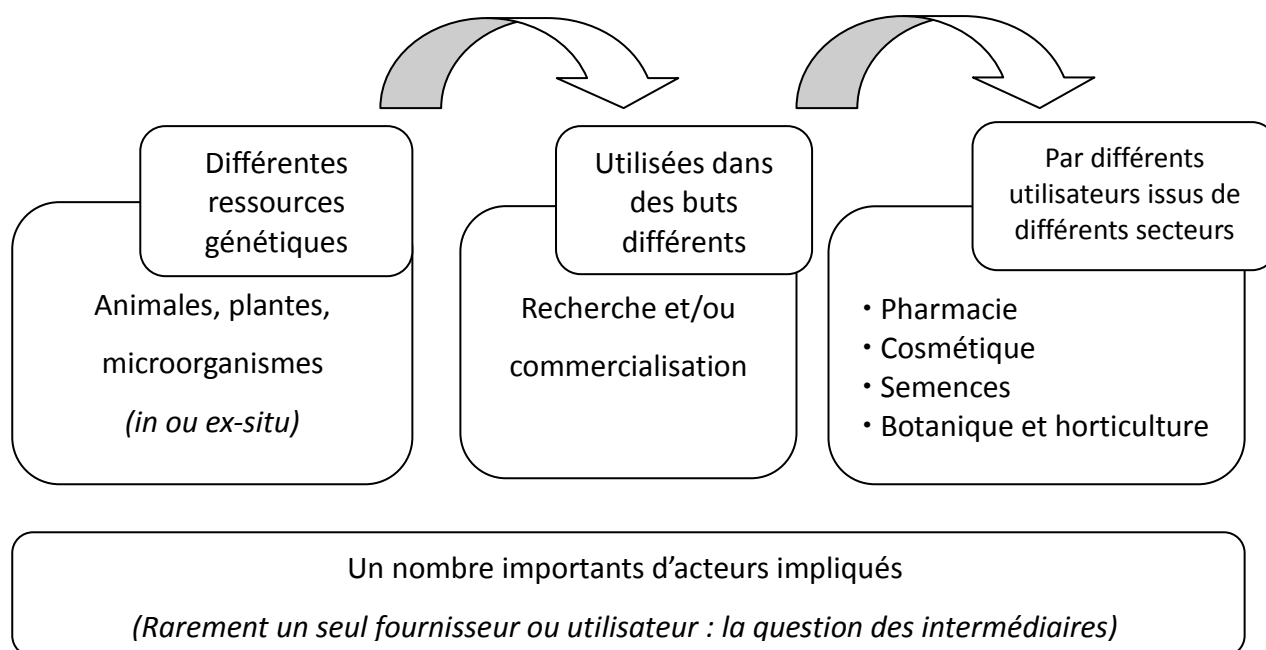


Figure 4 Représentation simplifiée des pratiques de bioprospection³⁶

On note également de fortes inégalités entre les utilisateurs et fournisseurs, que ce soit en matière d'accès à l'information, de connaissances, d'aptitudes à négocier et de capacités en général.

Une fois les ressources génétiques accédées et exportées, il est difficile de suivre leur piste et de surveiller leur utilisation dans le respect des législations et des conditions convenues d'un commun accord.

Certaines ressources génétiques se trouvent dans des situations transfrontières ou encore dans des espaces hors de la compétence nationale. C'est le cas lorsque les connaissances traditionnelles associées sont partagées entre des communautés autochtones et locales, propagées au-delà des frontières. Il faut de même prendre en compte les situations dans lesquelles des ressources génétiques sont trouvées dans un pays et les savoirs traditionnels qui y sont associés dans un autre. Il reste également à régler la question des savoirs traditionnels et des ressources génétiques auxquelles on a accès *ex situ*, c'est-à-dire dans des bases de données ou des bibliothèques.

³⁶La bioprospection consiste en l'inventaire et l'évaluation des éléments constitutifs de la diversité biologique.

II Les désaccords sur la nécessité d'un régime international contraignant

Selon le Japon, la Corée, les Etats-Unis et les représentants des industries, un régime international n'est pas nécessaire car des mécanismes pertinents existent déjà en droit international et dans les droits nationaux. Ces parties souhaitent ainsi seulement améliorer l'application volontaire des Lignes Directrices de Bonn.

D'autres Etats comme le Canada, la Nouvelle-Zélande et l'Australie acceptent l'idée d'un régime international, mais ne sont pas déterminés sur sa nature contraignante ou non. Ils demandent d'étudier plus en avant les expériences nationales afin d'en mesurer l'impact.

L'Union Européenne, la Suisse, la Thaïlande et quelques autres soutiennent l'idée d'un protocole de nature mixte, c'est-à-dire partiellement contraignant. Le ministère français a d'ailleurs confirmé ce point le 3 août 2010 dans sa réponse à une question écrite de la députée de la Guyane Mme TAUBIRA.³⁷

En revanche, les pays en développement se prononcent plutôt en faveur d'un régime plus ou moins contraignant. En effet, l'Inde, le Groupe des Pays en Développement de la région Amérique Latine et Caraïbes (GRULAC), la Malaisie, le Groupe Africain, la Mongolie et l'Indonésie sont partisans d'un régime international contraignant qui comprendrait tous les mécanismes propres à assurer la divulgation de la source, le consentement préalable et le partage des avantages.³⁸

Selon eux, sans un régime global, les Etats qui prennent des mesures de protection sont démunis face aux législations d'autres Etats qui ne prennent pas en compte ces considérations lors des demandes de brevet faites sur d'autres territoires.³⁹

Des pays en développement en voie d'industrialisation comme la Chine et le Mexique

³⁷ Réponse à la question écrite N° 62289 de Mme Christiane Taubira député de la Guyane, au Ministère de l'Écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer ; 3 août 2010 ; <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-62289QE.htm>.

³⁸ Yann Le Goater , « CDB, protection des savoirs traditionnels et accès aux ressources génétiques, Développements récents et bilan » ; Revue Européenne du Droit de l'Environnement, 2/2007 ; p 162.

³⁹ *Ibid* p 163.

pensent que le régime international ne doit pas être contraignant en tout point et ne doit pas dépasser le seuil d'obligation des Lignes Directrices de Bonn.

Les représentants des peuples autochtones de leur côté font valoir le fait qu'ils ont des droits humains inhérents et inaliénables qui requièrent leur affirmation dans le projet de Protocole⁴⁰ L'expérience a selon eux démontré à maintes reprises que la législation nationale seule ne peut pas être invoquée pour protéger les droits et les intérêts autochtones. Même lorsque ces législations ou d'autres mesures spéciales peuvent exister, leur mise en œuvre est généralement pauvre et inefficace. Les populations autochtones ne croient donc pas vraiment en l'efficacité d'un régime international, même contraignant, qui ne serait pas directement relié au respect des droits fondamentaux de l'Homme. Nous y reviendrons dans la seconde partie.

Après 10 ans de négociations et suite à la dernière réunion du groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages ayant eu lieu à Montréal du 10 au 16 juillet 2010, la question du caractère juridiquement contraignant ou non de l'instrument négocié, ainsi que du nombre d'instruments à adopter restent toujours en suspens. Le projet de texte proposé par les groupes de travail s'intitule certes « Projet de Protocole » et constitue ainsi un indice sur la nature de l'instrument futur, mais n'affirme pas pour autant le consentement des parties à l'adoption d'un texte contraignant lors de la 10e conférence des parties qui se tiendra à Nagoya en octobre 2010.

III Les désaccords sur le contenu du régime international

Il convient alors d'examiner en détail les points les plus controversés du projet de Protocole.

1. Le champ d'application du régime international

Outre la nature du régime international, son champ d'application reste au cœur des discussions. Le Protocole doit-il s'appliquer aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés ou ces deux objets doivent-ils être traités dans deux instruments séparés? Le projet de Protocole semble retenir la première solution dans son article 3: «Le présent Protocole s'applique

⁴⁰ Représentants des peuples autochtones et associations de défense des droits des peuples autochtones; «Concerns relating to CBD Process, Revised Draft Protocol and Indigenous Peoples' Human Rights :Joint Statement on Indigenous Peoples and Human Rights in the draft ABS Protocol»; juillet 2010; <http://www.cbdalliance.org/abs-9-montreal/>.

aux ressources génétiques qui relèvent de la compétence de la Convention sur la diversité biologique ainsi qu'aux avantages découlant de l'utilisation de ces ressources. Le Protocole s'applique également aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques et aux avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances».

Ce même article semble donc répondre négativement à la question de l'extension du champ d'application aux ressources biologiques en général ainsi qu'aux produits dérivés.

Les pays en développement défendent l'élargissement de la portée du régime, notamment aux dérivés, aux produits et aux ressources biologiques. Les pays développés plaident pour un champ limité aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées.⁴¹ Les dernières négociations ayant eu lieu à Montréal en juillet 2010 ont laissé entre crochets les différentes hypothèses.⁴²

L'Union Européenne maintient que les dérivés et produits doivent rester en dehors du champ du régime. Elle reconnaît cependant que les fournisseurs et utilisateurs, en négociant leur contrat, devront déterminer si les dérivés ou produits développés sur la base des ressources génétiques seront couverts par l'obligation de partage des avantages.⁴³ L'Union Européenne, et donc la France, s'en remettent à la liberté contractuelle des parties concernant l'étendue de leurs obligations, bien que les parties contractantes en question ne soient pas toujours en situation d'égalité concernant la capacité à négocier et la connaissance du système de propriété intellectuelle.

Un champ d'application étendu permettrait cependant une meilleure protection des ressources et des savoirs traditionnels associés, dans le respect de l'esprit de la CDB.

Toujours à propos du champ d'application, certains Etats souhaitent y intégrer les matériaux « pré-protocole » voire même « pré-CDB », ce qui pose évidemment des problèmes de

⁴¹ Réponse à la question écrite N° 62289 de Mme Christiane Taubira député de la Guyane, au Ministère de l'Écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer ; 3 août 2010 ; <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-62289QE.htm>.

⁴² Suivi de la 2ème partie de la 9ème session du groupe *ad-hoc* sur les APA de Montréal du 10 au 16 juillet 2010, publié par l'Institut International pour le Développement Durable, « Earth Negotiations Bulletin » ; <http://www.iisd.ca/biodiv/rabs9/compilation.pdf>.

⁴³ Réponse à la question écrite N° 62289 de Mme Christiane Taubira député de la Guyane, au Ministère de l'Écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer ; 3 août 2010 ; <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-62289QE.htm>.

rétroactivité et de traçabilité.

La question de la relation avec les autres instruments internationaux existants demande également à être réglée. Il est pour l'instant seulement fait mention de l'exclusion des ressources couvertes par le TIRPAA, soit les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture qui sont listées de façon exhaustive.

2. Le partage juste et équitable

Les principales questions au sujet du partage juste et équitable sont la mise en œuvre effective de l'obligation de partager les bénéfices de chaque utilisation des ressources génétiques et la définition des conditions convenues d'un commun accord dans le régime international.

Il s'agit d'identifier les différents types de bénéfices possibles comme l'ont fait les Lignes Directrices de Bonn. Ils peuvent être pécuniaires comme des redevances d'accès, des paiements échelonnés, des redevances de licence, des royalties ou encore non pécuniaires comme le transfert de technologie, le partage des résultats de la recherche et la participation effective à la recherche.

Le régime international doit favoriser les activités supportant le partage des bénéfices en permettant l'augmentation de l'information et des mécanismes de promotion de l'égalité entre les parties dans les négociations.

Des outils pourraient ainsi être mis en place pour favoriser le partage des bénéfices comme la mise en place de fonds spécifiques pour gérer les situations transfrontières, la rédaction de codes de conduite et de bonnes pratiques et le développement de clauses modèles pour les conditions mutuellement convenues.⁴⁴

Alors que les pays en développement insistent sur les conditions contraignantes qui doivent régir le partage des avantages, les pays développés considèrent quant à eux, que le partage des avantages doit être négocié au sien d'outils contractuels. Conformément à la position de l'UE, la

⁴⁴ Informations tirées et traduites de la présentation de Valérie NORMAND, membre du Secrétariat de la CDB, lors d'un « side-event » du CIG de l'OMPI du 7 au 10 mai 2010.

France appuie la mise en place de clauses modèles sectorielles. Il s'agirait de clauses optionnelles mises à disposition des parties à un contrat, dans le respect du principe de liberté contractuelle. La France n'est cependant pas favorable à des contrats standardisés.⁴⁵

Selon les représentants des peuples autochtones, il n'y a aucune garantie de partage juste et équitable des bénéfices dans le projet de protocole qui sera présenté à Nagoya. En effet, le vocabulaire utilisé dans le projet de Protocole reste délibérément large et non contraignant et ne rend pas plus effectif le principe énoncé dans la Convention-cadre.⁴⁶

3. L'accès aux ressources génétiques

Comme nous l'avons vu, les principes régissant l'accès sont la reconnaissance des droits souverains et de l'autorité de l'Etat dans la détermination des conditions d'accès aux ressources génétiques ainsi que l'obligation de faciliter l'accès aux ressources génétiques.

Pour ce faire, les négociateurs discutent de l'établissement de conditions d'accès au niveau national. Ceci pourrait passer par des conditions d'accès standards minimum dans le régime international. Beaucoup d'Etats insistent sur la question de la sécurité juridique, de la clarté et de la transparence des règles d'accès établies au niveau national, qui ne devront pas être arbitraires.

Ces règles devraient en outre faciliter l'accès à la recherche non-commerciale et prendre en compte les situations d'urgence notamment en matière de sécurité alimentaire et de santé publique.

Conformément à la position européenne, la France soutient la mise en place de conditions minimales d'accès agréées au niveau international. Elle soutient également des procédures d'accès simplifiées et standardisées pour la recherche non commerciale.⁴⁷

⁴⁵ Réponse à la question écrite N° 62289 de Mme Christiane Taubira député de la Guyane, au Ministère de l'Écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer ; 3 août 2010 ; <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-62289QE.htm>.

⁴⁶ . Article 4.4 du projet de Protocole : « Les Parties prennent les mesures ... nécessaires afin d'assurer le partage ».

⁴⁷ Réponse à la question écrite N° 62289 de Mme Christiane Taubira député de la Guyane, au Ministère de l'Écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer ; 3 août 2010 ; <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-62289QE.htm>.

4. La conformité à la législation et aux conditions convenues d'un commun accord

Il s'agit de déterminer comment le régime international va pouvoir assurer l'effectivité du partage des bénéfices une fois que les ressources génétiques et les savoirs traditionnels associés ont quitté l'Etat fournisseur. Il faut ainsi assurer la conformité avec la législation APA nationale en place et la conformité avec les conditions mutuellement convenues entre les parties.

Les négociateurs s'attèlent donc à l'adoption d'outils pour encourager la conformité à travers l'augmentation de la prise de conscience de la problématique, la rédaction de clauses modèles pour les conditions mutuellement convenues ou encore des codes de bonne conduite et d'identification des meilleures pratiques.

Des outils pour surveiller, pister et faire des rapports sur l'utilisation des ressources génétiques seront également nécessaires. On envisage ainsi la création d'une obligation de divulgation de l'origine des ressources et des savoirs, ainsi que de conformité à la CDB et à la législation nationale, notamment à l'aide de certificats de conformité internationalement reconnus sur laquelle nous reviendrons au cours de cette étude. La France considère qu'un certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale pourrait constituer un outil pertinent pour mettre en œuvre le régime APA, sous réserve qu'il soit simple et non bureaucratique.⁴⁸ La mise en place de points de contrôle et d'une obligation de rapport est également en discussion.

Faire respecter la conformité implique la mise en place de mesures pour assurer l'accès à la justice des détenteurs des ressources génétiques et savoirs traditionnels associés, ainsi que la reconnaissance mutuelle et l'application des jugements étrangers. Seraient également nécessaires la mise en place de mécanismes de résolution de conflits dans les conditions mutuellement convenues et une assistance juridique pour les parties les plus faibles.⁴⁹

L'UE préconise de conditionner des engagements juridiquement contraignants sur

⁴⁸ Réponse à la question écrite N° 62289 de Mme Christiane Taubira député de la Guyane, au Ministère de l'Écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer ; 3 août 2010 ; <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-62289QE.htm>.

⁴⁹ Présentation de Valérie NORMAND, membre du Secrétariat de la CDB, lors d'un side-event du CIG de l'OMPI du 7 au 10 mai 2010.

l'acquisition frauduleuse des ressources génétiques au respect de normes minimales d'accès par le pays fournisseur. Pour cette raison, il a été proposé qu'une partie puisse décider de ne pas mettre en œuvre des sanctions lorsque le cadre national sur l'APA d'un pays fournisseur ne garantit pas les principes de sécurité juridique, de clarté et de transparence.⁵⁰ Cette proposition dénote une méfiance de l'Union Européenne envers les législations étrangères.

5. Les savoirs traditionnels

L'article 8 (j) de la CDB préconise la protection des savoirs traditionnels et le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques.

L'une des questions principales tourne alors autour de la définition même de savoir traditionnel associé aux ressources. L'OMPI a élaboré sur plusieurs années une définition élargie des connaissances traditionnelles. À ce jour, aucun consensus ne s'est dégagé mais une définition de travail figure dans les projets de dispositions de l'OMPI.

Au nombre des caractéristiques communes des savoirs traditionnels figure le lien avec une culture ou un peuple en particulier, c'est-à-dire le fait que les connaissances soient créées dans un contexte culturel. Ils sont également caractérisés par une longue période de développement, au moyen souvent d'une tradition orale, par des créateurs indéterminés, avec une nature dynamique et en évolution constante. Ils existent dans des formes codifiées ou non (orales), transmises de génération en génération. Enfin, ils ont un caractère local de nature et sont donc souvent incorporés dans des langues locales. Ils incarnent une méthode de création unique en son genre.⁵¹

Les parties cherchent à se mettre d'accord sur la manière d'assurer le consentement préalable en connaissance de cause des communautés locales, d'augmenter leur capacité à négocier les conditions mutuellement convenues et à faire respecter les contrats conclus. La difficulté réside évidemment dans l'émergence d'une interface entre le droit positif, les pratiques, les procédures coutumières et le droit interne et international.

⁵⁰ Réponse à la question écrite N° 62289 de Mme Christiane Taubira député de la Guyane, au Ministère de l'Écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer ; 3 août 2010 ; <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-62289QE.htm>.

⁵¹ Rapport de la réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages UNEP/CBD/WG-ABS/8/2 7 juillet 2009 ; p11.

La France reconnaît le lien entre ressources génétiques et savoirs traditionnels. Concernant l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, la France a indiqué dans une réponse à une question écrite de la député de la Guyane : «qu'elle pourrait accepter de se référer au consentement préalable donné en connaissance de cause des communautés. ».⁵² L'utilisation du conditionnel montrant le caractère hypothétique de la proposition française est regrettable pour l'avancée de la protection des savoirs traditionnels.

Selon les représentants des peuples autochtones, le principe du consentement préalable, libre et éclairé n'est pas respecté dans le texte actuel du projet de Protocole. En effet, et ce même après la réunion du groupe de travail à Montréal en juillet 2010, l'article 5 bis du projet de Protocole garde entre crochets les expressions « consentement » ou « approbation ». Retenir ce dernier terme, proposé par le Canada et la Nouvelle-Zélande, affaiblirait considérablement le principe majeur de consentement préalable.

Enfin certains sont d'avis que les connaissances traditionnelles soient prises en compte d'un bout à l'autre du régime international, d'autres estimant plutôt qu'un chapitre spécial devrait être consacré à ces connaissances. Des observateurs ont souligné que l'élaboration d'un chapitre sur les connaissances traditionnelles qui ne tiendrait pas compte du rapport entre les communautés autochtones et locales et les ressources génétiques ne serait pas souhaitable.⁵³

⁵² Réponse à la question écrite N° 62289 de Mme Christiane Taubira député de la Guyane, au Ministère de l'Écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer ; 3 août 2010 ; <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-62289QE.htm>.

⁵³ Rapport de la réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages UNEP/CBD/WG-ABS/8/2 7 juillet 2009 ; p9.

| POINT DE NEGOCIATION | GRUPE AFRICAIN | G77 | UE | JUSCANNZ | GRULAC |
|--|------------------|---------------------------|--|---|---------------------------|
| Inclure le pré-matériel | + | + | - | - | + modéré |
| Inclure les ressources biologiques | + (a proposé) | + | - | - | ? |
| Étendre aux champs dépassant la juridiction nationale | + | + | - | - | + |
| Exclure des secteurs (pas le TIRPAA) | - | - | + | + | - |
| Conformité: art 12, 13 et 14 | Inadéquat | Inadéquat | Plus de flexibilité | Plus de flexibilité | Inadéquat |
| Divulgarion dans les demandes de brevet | + | « Frustration de l'OMPI » | - | -- | « Frustration de l'OMPI » |
| ST et ST associés aux RG dans toutes les parties du RI | + | + | - | Flexibilité pour respecter la variété de leurs communautés | + |
| Points de contrôle: surveillance et pistage | ++ | ++ | Préoccupations Nature/forme/ utilité | Préoccupations Nature/forme/ utilité/ flexibilité nécessaire | ++ |

Figure 5 : La position des différents groupes d'Etats sur les points de conflits concernant le projet de Protocole à la CDB ⁵⁴

Légende:

JUSCANNZ : Groupe de pays développés, qui n'appartiennent pas à l'Union Européenne, composé du Japon, des États-Unis, du Canada, de l'Australie, de la Norvège, et de la Nouvelle Zélande. L'Islande, le Mexique et la République de Corée peuvent participer à ces réunions.

GRULAC Groupe des Pays en Développement de la région Amérique Latine et Caraïbes.

LE GROUPE DES 77 (G77): crée en 1967 sous les auspices de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement. Il cherche à harmoniser les positions de ses 133 pays en développement membres, lors des négociations. Il connaît une présidence tournante : après le Soudan en 2009, c'est le Yémen qui en assure la présidence en 2010.

⁵⁴ Tableau traduit et adapté de la présentation de M. Al Janabi lors de la conférence à Paris de l'Union Ethical Bio Trade du 26 avril 2010.

Partie 2 « Les remèdes aux imperfections du droit international de la biopiraterie »

Les Etats n'ont pas attendu le droit international pour réguler l'accès et le partage des ressources génétiques et savoirs traditionnels associés. On a donc vu émerger, et ce principalement dans les pays dits du Sud, différentes législations nationales sur la question.

De même, les populations autochtones ont développé leur propre système de protection et de transmission des ressources génétiques et savoirs traditionnels associés qu'il conviendrait de mettre en valeur.

Il s'agit donc ici d'étudier les différentes branches du droit national qu'il est déjà possible d'utiliser pour lutter contre les phénomènes de biopiraterie, et de dégager les principales propositions à mettre en œuvre pour une meilleure protection des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés.

Chapitre 1 L'utilisation du droit national face à la faiblesse du droit international

I La constitution de bases de données: la protection défensive

On peut appeler protection défensive l'utilisation de systèmes de protection déjà en place, soit notamment le système de propriété intellectuelle et plus particulièrement celui des brevets dans le cas de l'appropriation illégitime des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés. Cette méthode ne bouleverse pas l'équilibre existant et les intérêts en présence.⁵⁵

Ainsi, plusieurs Etats ont opté pour la constitution de bases de données recensant les ressources génétiques et savoirs traditionnels associés de leur pays, afin d'éviter leur intégration dans des brevets sans nouveauté.

⁵⁵ Définition donnée par Cyril COSTES dans un entretien du 26 juillet 2010.

L'exemple le plus avancé et fructueux semble être celui de l'Inde. En effet, sa Loi sur la diversité biologique de 2002 instaure une Autorité Nationale de la Biodiversité (ANB), chargée non seulement de veiller à l'application de la loi prévoyant une régulation de l'accès et du partage des avantages, mais également selon l'article 18.4 de la loi sur la diversité biologique de 2002 de «prendre toutes mesures nécessaires pour s'opposer dans tout pays autre que l'Inde à la reconnaissance de droits de propriété intellectuelle sur toute ressource biologique obtenue en Inde ou tout savoir associé à cette ressource et provenant de l'Inde. » De plus, selon l'article 6 de cette même loi : « Aucune invention fondée sur toute information relative à une ressource biologique obtenue en Inde ne peut faire l'objet d'une demande de reconnaissance de droits de propriété intellectuelle sans l'approbation préalable de l'ANB. »⁵⁶

Pour accomplir cette tâche, l'ANB va alors s'appuyer sur la « Traditional Knowledge Digital Library », c'est-à-dire « la Bibliothèque Virtuelle des Savoirs Traditionnels » (BVST) qui collecte toutes les informations sur les connaissances traditionnelles de la littérature existante dans les langues locales comme le sanscrit, l'ourdou, arabe, perse et le tamoul en format numérisé, et les rendra disponibles en cinq langues internationales qui sont l'anglais, l'allemand, espagnol, français et japonais. Elle permet ainsi à l'ANB de prouver le manque de nouveauté de certains brevets déposés sur des substances connues en Inde, et aux examinateurs des offices de brevets du monde entier de refuser des demandes de brevets dépourvue de nouveauté. Un accord entre la BVST et l'Office Européen des Brevets a d'ailleurs été conclu en 2009 afin qu'il puisse consulter la banque de données. Ce type d'accord doit évidemment être encouragé afin de renforcer le système de protection défensive.

Il est à noter que le Conseil de recherche scientifique et industrielle dirigé par Vandana Shiva et membre du projet de BVST, constitue en ce moment même une banque de données sur les plantes ayant des propriétés de résistances aux changements climatiques, afin d'éviter toute appropriation future de ces dernières.

La Chine a une approche très différente de celle de l'Inde et a protégé 32000 formulations traditionnelles de la médecine chinoise ancestrale par des demandes de brevets comme s'il

⁵⁶ OMPI ; « Synthèse comparative des mesures et lois nationales *sui generis* existantes pour la protection des savoirs traditionnels » ; WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4 ; 2003 ; Annexe p 18.

s'agissait de nouvelles technologies⁵⁷ en s'appuyant sur sa Loi sur les brevets de 2000. Elle utilise néanmoins, à l'instar de l'Inde, des instruments de recherche avancée pour la documentation lors de l'examen de fond des demandes de brevet liées à des savoirs traditionnels, par exemple la base de données relative aux brevets portant sur la médecine traditionnelle chinoise (TCM Patent Database).⁵⁸

L'intérêt pour les savoirs traditionnels a également été exprimé par les Nations Unies à travers la Convention des Nations Unies sur la Lutte contre la Désertification. L'Italie a reçu le mandat d'organiser le Centre Italien pour les Connaissances Locales et Traditionnelles qui est chargé, entre autres, de faire un inventaire des savoirs traditionnels et de leurs utilisations novatrices (cela constituera la Banque Mondiale des Savoirs Traditionnels), d'étudier les possibilités de leur diffusion, et de dégager des méthodes pour la protection des droits de savoirs traditionnels. Le ministère italien de l'Environnement, la Convention, l'UNESCO et la région de Toscane ont organisé un accord pour la création de ce centre qui sera situé dans une villa de prestige de la Renaissance à Florence.⁵⁹

Pour finir, il est important de mentionner que de nombreuses communautés autochtones et locales s'opposent, notamment en Amérique latine, à la documentation obligatoire des savoirs traditionnels associés dans des bases de données ou de registres. Certaines communautés en effet souhaitent garder le secret sur leurs connaissances sacrées, et d'autres craignent la diffusion non contrôlée de leurs savoirs. Cette méfiance des communautés envers leurs propres gouvernements d'abord, et la communauté internationale ensuite, résulte du comportement parfois ambigu de ces derniers vis-à-vis des populations autochtones et communautés locales et du manque de respect et de clarification de leurs droits. Des sauvegardes adéquates et des mécanismes de protection sont donc nécessaires pour l'utilisation de savoirs traditionnels associés faisant l'objet d'un accès au moyen de ces bases de données ou registres.

⁵⁷ Karine Vilotta, Ingénieur Brevets « Un nouvel outil contre le bio-pillage » ; <http://www.legalbiznext.com/droit/Un-nouvel-outil-contre-le-bio> ; 7 avril 2009 ; accédé le 29 juillet 2010.

⁵⁸ OMPI ; « Synthèse comparative des mesures et lois nationales *sui generis* existantes pour la protection des savoirs traditionnels » ; WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4 ; 2003 ; Annexe p 18.

⁵⁹ Site de la Banque Mondiale des savoirs Traditionnels: http://www.tkwb.org/web/?page_id=4&language=it., accédé le 29 juillet 2010.

II Les législations nationales d'accès et de partage des avantages: l'exemple du Pérou

Environ 60 pays sur les 192 Etats parties à la CDB ont adopté une législation en matière d'accès et de partage des avantages issus de l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés.

L'exemple du Pérou est intéressant, car il est le seul Etat à avoir défini juridiquement la notion de biopiraterie. Ainsi, la loi 28216 sur la protection de l'accès à la diversité biologique péruvienne et aux savoirs collectifs des peuples autochtones énonce dans sa troisième disposition complémentaire qu'il faut entendre par biopiraterie : «l'accès et l'utilisation non autorisée et non rémunérée des ressources biologiques ou des savoirs traditionnels des peuples autochtones par des tiers, sans l'autorisation appropriée et de manière contraire aux principes consacrés dans la Convention sur la diversité biologique et aux lois existantes en la matière⁶⁰. Cette appropriation des produits qui incorporent ces éléments obtenus illégalement, peut être physique ou dans certains cas, effectuée par le biais de l'invocation de droits de propriété sur ces mêmes produits. ».⁶¹

Il est intéressant de noter que la qualification juridique de la notion de biopiraterie par le Pérou constitue un exemple concret des divergences et du conflit « Nord-Sud » caractérisant ce sujet: la plupart des pays du « Nord » et des représentants de leur industrie nient totalement l'existence du phénomène de biopiraterie tandis que des pays du Sud intègrent carrément le vocable à leur législation.

Le Pérou a ainsi mis en place une « Commission Nationale contre la Biopiraterie », chargée entres autres⁶² selon l'article 4 de la loi 28216 de « créer et maintenir un registre des ressources

⁶⁰ En l'occurrence, lesdites lois sont la décision 391 de la Communauté Andine, le décret suprême 003-20009-MINAM et la loi 27811 relative aux savoirs traditionnels.

⁶¹ Loi péruvienne 28216, Tercera : «Biopiratería, el acceso y uso no autorizado y no compensado de recursos biológicos o conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas por parte de terceros, sin la autorización correspondiente y en contravención de los principios establecidos en el Convenio sobre Diversidad Biológica y las normas vigentes sobre la materia. Esta apropiación puede darse a través del control físico, mediante derechos de propiedad sobre productos que incorporan estos elementos obtenidos ilegalmente o en algunos casos mediante la invocación de los mismos.».

⁶² Elle est également chargée : «...d'identifier et suivre les demandes de brevet déposées ou délivrées à l'étranger ayant trait aux ressources biologiques ou savoirs collectifs des peuples autochtones du Pérou, d'élaborer des évaluations techniques des demandes déposées et des brevets délivrés, d'élaborer des rapports sur les cas, faire

biologiques et savoirs collectifs des peuples autochtones du Pérou et de protéger ces éléments contre les actes de biopiraterie». Ceci constitue donc le volet défensif de la législation péruvienne.

Il est à noter que lors de la conférence au Parlement péruvien sur la biopiraterie en juillet 2010, le gouvernement équatorien a demandé l'aide du Pérou dans la création de leur propre commission de lutte contre la biopiraterie. Cette annonce constitue une avancée majeure dans la construction d'un front uni sur le sujet au niveau régional.⁶³

La loi n°27 811 de 2002 établissant un régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques prévoit alors des mesures relatives au consentement préalable en connaissance de cause et énonce dans son article 6 que: « Quiconque souhaite avoir accès à des savoirs collectifs aux fins d'une application scientifique, commerciale ou industrielle doit demander le consentement préalable, donné en connaissance de cause, des organisations représentatives des peuples autochtones possédant des savoirs collectifs». ⁶⁴

Concernant les modalités fixées d'un commun accord, la loi énonce dans son article 7 qu' « en cas d'accès aux fins d'une application commerciale ou industrielle, un accord de licence garantissant un partage équitable des avantages découlant de celui-ci doit être conclu. ». Ce contrat de licence est défini comme « un accord expressément conclu entre l'organisation représentative des peuples autochtones possédant des savoirs collectifs et un tiers fixant les conditions de l'exploitation dudit savoir collectif ». ⁶⁵

La loi propose d'effectuer le partage des avantages de manière directe par un paiement prévu dans le contrat de licence, ou indirecte à travers l'utilisation du « Fonds de développement des peuples autochtones ». Ce dernier vise à contribuer au développement global des peuples autochtones au moyen du financement de projets et d'autres activités. Il a été créé pour permettre

des recommandations à suivre dans l'état des organes compétents, d'intenter des actions en opposition ou de révocation contre les demandes ou les brevets délivrés à l'étranger illicites qui se rapportent à du matériel biologique ou génétique du Pérou ou à la connaissance collective des peuples autochtones et indigènes, d'établir des canaux permanents d'information et de dialogue avec les offices de propriété industrielle des autres pays, de favoriser les liens avec les organismes régionaux de participation de l'État et la société civile, d'élaborer des propositions dans le but de protéger dans les divers forums internationaux la position de l'État et des peuples autochtones et indigènes du Pérou, afin de prévenir et d'éviter les actes de biopiraterie. ».

⁶³ Information rapportée par Daniel JOUTARD, membre du Collectif Biopiraterie et présent à la conférence

⁶⁴ OMPI ; « Synthèse comparative des mesures et lois nationales *sui generis* existantes pour la protection des savoirs traditionnels » ; WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4 ; 2003 ; Annexe page 28.

⁶⁵ *Ibid.* Annexe p. 40.

à tous les peuples autochtones, qu'ils aient ou non conclu des contrats de licence, de bénéficier des avantages découlant de l'exploitation de leurs savoirs collectifs. L'article 8 de la loi 27811 indique alors qu'un pourcentage d'au moins 10% du chiffre d'affaires brut avant impôt réalisé grâce à la commercialisation des produits obtenus à partir d'un savoir collectif sera versé au Fonds.⁶⁶

Des sanctions sont prévues dans le « Décret Suprême N°003-2009-» du Ministère de l'Environnement, en cas de contravention à ces dispositions législatives. Cependant, selon Manuel RUIZ, membre de la Commission Nationale Contre la Biopiraterie, la plupart des cas qu'il a pu observer relèvent pour l'instant d'un manque de nouveauté dans la demande de brevet plutôt que d'un non-respect des conditions d'accès et de partage des avantages préconisés par la loi.⁶⁷

De nombreux pays ont donc ainsi commencé à mettre en place leurs systèmes de législation d'accès et de partage des avantages, dans l'attente d'une harmonisation internationale ou du moins d'une standardisation *a minima* qui devrait se réaliser dans l'adoption d'un Protocole à la CDB en octobre 2010.

La comparaison de ces législations mériterait une étude entière afin d'identifier les différents mécanismes envisageables et leur applicabilité. C'est ce que tentent de faire l'OMPI et la CDB depuis des années afin de retenir les meilleures solutions dans un régime international.⁶⁸

Si les Parties parviennent à surmonter les profonds conflits encore largement présents lors de la dernière réunion de travail de juillet 2010 à Montréal, l'adoption d'un cadre international contraignant en matière d'accès et de partage des avantages obligera les Etats membres qui ne l'ont pas encore fait, soit la majorité des pays dits développés, à adopter une législation en la matière.

III L'utilisation du droit de l'Environnement: le parc Amazonien de Guyane

Parmi les pays n'ayant adopté aucune législation nationale sur l'accès et le partage des avantages figure la France. Il existe cependant des dispositifs mis en place outre mer, soit des zones

⁶⁶ *Ibid.* Annexe p.43.

⁶⁷ Mail de Manuel RUIZ du 13 juillet 2010.

⁶⁸ Voir Annexe n°4 du présent rapport.

riches en biodiversité et donc concernées par le phénomène de biopiraterie.

La Nouvelle-Calédonie est une collectivité territoriale française *sui generis* régie par le titre XIII de la Constitution française du 4 octobre 1958 et la compétence dans ce domaine relève alors des provinces à l'exception de la zone économique exclusive⁶⁹. La Province Sud a ainsi adopté un dispositif d'APA codifié dans les articles L311-1 et suivants du Code de l'Environnement de la Province Sud, qui ne fait cependant aucune référence aux savoirs traditionnels et à leurs utilisations.

La Guyane en revanche est un département d'outre-mer régi par l'article 73 de la Constitution qui dispose que « dans les départements et les régions d'outre-mer, les lois et règlements sont applicables de plein droit. Ils peuvent faire l'objet d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités ». C'est donc le principe de l'identité législative qui s'applique, pour lequel des adaptations et dérogations sont prévues.⁷⁰

En effet, le Code de l'Environnement français reconnaît la spécificité du Parc Amazonien de Guyane et lui consacre une sous-section particulière. Un commentaire du code indique d'ailleurs que : «La forêt guyanaise se caractérise par la multiculturalité des populations détentrices de savoirs traditionnels (peuples amérindiens, bushinengue, créoles, hmong, métropolitains) ».

Ainsi, l'article L331-15-3 du Code de l'Environnement énonce que « la réglementation mentionnée à l'article L. 331-4-1 et la Charte peuvent prévoir des dispositions plus favorables au bénéfice :1° Des communautés d'habitants qui tirent traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt, pour lesquelles des droits d'usage collectif sont reconnus pour la pratique de la chasse, de la pêche et de toute activité nécessaire à leur subsistance ; ... » Par « dispositions plus favorables » il faut évidemment comprendre moins protectrices de l'environnement. Cependant l'intérêt ici est tout de même la prise en compte des spécificités des communautés et la mention de l'existence de « droits d'usages collectifs » par la loi.

L'article L331-15-6 du Code de l'Environnement prévoit alors que « l'accès aux ressources

⁶⁹ Fondation pour la Recherche sur la Biodiversité ; « Rapport d'étape 1 : Pertinence et faisabilité d'un dispositif d'accès et de partage des avantages en outre-mer, portant sur les ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées »; 2010 ; p 12.

⁷⁰ *Ibid.*

génétiques des espèces prélevées dans le parc national ainsi que leur utilisation sont soumis à autorisation.... La charte du parc national définit les orientations relatives aux conditions d'accès et d'utilisation de ces ressources, notamment en ce qui concerne les modalités du partage des bénéfices pouvant en résulter, dans le respect des principes de la convention sur la diversité biologique du 5 juin 1992, en particulier du j de son article 8 et de son article 15. »

Il s'agit donc des seules dispositions françaises appliquant expressément les principes de la CDB. Leur mise en œuvre reste à être définie dans la Charte du Parc Amazonien qui, conformément à la loi de 2006 sur les parcs nationaux, devra être élaborée avant fin 2012.

Ce même article ajoute que les autorisations seront délivrées par le président du conseil régional, après avis conforme du président du conseil général et consultation de l'établissement public du parc national. L'article L331-15-4 du Code de l'Environnement précise de plus à propos du conseil d'administration de l'établissement public du parc national que «les autorités coutumières sont représentées au sein de ce conseil» .

Du fait de leur représentation dans le Conseil d'administration qui élabore la Charte et possède le maigre pouvoir de donner son avis consultatif sur les autorisations d'accès, les communautés ont donc en théorie ,par le biais du droit de l'environnement, la possibilité de gérer un minimum l'accès et le partage des avantages issus de l'utilisation de leurs ressources et des savoirs traditionnels associés.

Des limites à ce pouvoir apparaissent cependant très rapidement. Tout d'abord l'article L331-15-6 du Code de l'Environnement ajoute *in fine* « sans préjudice de l'application des dispositions du Code de la propriété intellectuelle. ». En cas de contradiction probable entre des droits de propriété intellectuelle et les règles de partage des avantages mises en place par la Charte, il ne sera donc pas possible d'écarter l'application du droit des brevets.

De plus, la publication de la liste des 43 membres du Conseil d'Administration du parc amazonien de Guyane a suscité l'indignation des Amérindiens et des associations de soutien. En effet, sur 43 membres, seuls 3 sont Amérindiens⁷¹. Aucun représentant des organisations

⁷¹ Khumalé Pleike, l'un des 3 amérindiens qui représentait les instances coutumières, à la demande du Gran Man

politiques amérindiennes comme Villages de Guyane ou la Fédération des Organisations Autochtones de Guyane ne figure dans cette liste composée de représentants de l'Etat français, des collectivités territoriales et de personnalités qualifiées, dont quelques représentants d'association de défense de la nature.⁷²

Une forte polémique a de plus entouré les bienfaits de la création du parc puis son tracé. Au cours des dernières années, les représentants des communautés amérindiennes, notamment Wayana et Emerillon, ont demandé, en vain, que l'ensemble des territoires amérindiens soit rattaché à la zone coeur du parc afin de protéger leurs villages des activités détruisant leur espace de vie.⁷³ Les limites de l'utilisation des lois de protection de la Nature dans la lutte contre le phénomène de biopiraterie sont ici visibles puisque leurs effets se cantonnent aux frontières de la zone protégée. Il devient alors impossible de prendre en compte le caractère transfrontière de certaines ressources ou leur protection *ex-situ*.

IV La responsabilité sociale et environnementale des entreprises comme outil de lutte contre la biopiraterie

Afin d'assurer la transparence environnementale des entreprises, le Code de Commerce français prévoit une obligation légale d'information sur la prise en compte des conséquences sociales et environnementales de leurs activités. Le phénomène de biopiraterie ayant indéniablement de lourds impacts sociaux et environnementaux, il pourrait se trouver sanctionné à travers ce dispositif de transparence environnementale.

La loi sur les Nouvelles Régulations Economiques de 2001, codifiée à l'article L225-102-1 du Code de Commerce, impose aux sociétés cotées d'inclure dans leur rapport de gestion présenté aux actionnaires, des informations sur la manière dont sont prises en compte les conséquences sociales et environnementales de leur activité⁷⁴.

Amaïpoti Twenke et des chefs coutumiers du Maroni, s'est suicidé en 2008.

⁷² Source: <http://www.icrainternational.org/urgence/346>; « Guyane : Un parc contre les Amérindiens. », accédé le 19 juin 2010.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Article L225-102-1 du Code de Commerce «...[le rapport] comprend également des informations, dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat, sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et

L'article R225-104 du Code de Commerce précise alors que doivent figurer « dans le rapport du conseil d'administration ou du directoire, en application du quatrième alinéa de l'article L. 225-102-1, les informations sociales suivantes : « ...les relations entretenues par la société avec... les populations riveraines. Il [le rapport] indique l'importance de la sous-traitance et la manière dont la société promeut auprès de ses sous-traitants et s'assure du respect par ses filiales des dispositions des conventions fondamentales de l'Organisation Internationale du Travail. ». Notons que la Convention 169 de l'OIT reconnaît un ensemble de droits fondamentaux essentiels à la survie des peuples indigènes, notamment leurs droits à la terre et à disposer d'eux-mêmes. Les entreprises ne respectant pas les procédures de participation et de consentement des populations autochtones concernant l'accès et le partage des avantages à leurs savoirs traditionnels et ressources génétiques associées pourraient être sujettes aux sanctions que nous évoquerons en cas d'image trompeuse donnée par leur rapport de gestion.

Le rapport doit en outre indiquer « la manière dont les filiales étrangères de l'entreprise prennent en compte l'impact de leurs activités sur le développement régional et les populations locales ». L'appropriation des ressources ou des savoirs par le biais de droits de propriétés exclusifs ont inexorablement un impact sur les populations locales qui doit être mentionné.

De même, l'article R225-105 du Code de Commerce indique les informations relatives aux conséquences des activités sur l'environnement que le rapport doit contenir. Il s'agit d'indiquer: «les démarches d'évaluation ou de certification entreprises en matière d'environnement ». Ainsi, et nous y reviendrons, puisqu'il semble se profiler l'adoption d'une obligation de divulgation de l'origine et de conformité sous la forme d'un certificat international, cette démarche pourrait devoir y figurer.

Enfin le rapport doit mentionner «les mesures prises, le cas échéant, pour assurer la conformité de l'activité de la société aux dispositions législatives et réglementaires applicables en cette matière ». Les entreprises accédant à des ressources couvertes par le futur régime international et les législations nationales adoptées en conséquence devront donc afficher leurs mesures de conformité.

environnementales de son activité. Le présent alinéa ne s'applique pas aux sociétés dont les titres ne sont pas admis aux négociations sur un marché réglementé. ».

Les destinataires principaux de ces informations sont les actionnaires. Le public est en mesure de les consulter sur internet. Les entreprises sont d'ailleurs notées selon ces rapports : la Commission des Opérations de Bourse souligne ainsi leur incidence significative sur la situation financière de l'émetteur ce qui, en cas de non-respect de l'obligation d'information, pourrait entraîner des sanctions dans ce domaine.

En effet, il n'existe pour l'instant pas de sanctions spécifiques en cas d'absence de ces informations dans le rapport de gestion. Cependant, plusieurs moyens indirects existent et permettent d'inciter les entreprises à les respecter.

Si le rapport de gestion est incomplet, on pourrait assister à l'annulation des délibérations adoptées par l'assemblée générale des actionnaires. Cela n'a cependant encore jamais été prononcé par le juge.⁷⁵

L'absence de ces informations pourraient également constituer le délit de publication ou de présentation de comptes sociaux inexacts ou infidèles sanctionné par les articles L241-4 et L241-3 du Code de Commerce par 5 ans d'emprisonnement et 375 000 euros d'amende en cas d'image infidèle ou par une amende de 9000 euros en cas d'absence totale de rapport de gestion.⁷⁶

Il existe de même le délit de diffusion d'informations fausses ou trompeuses énoncé à l'article 393 du Code de Procédure Pénale et L465-1 du Code Monétaire et Financier qui « punit le fait de présenter ou publier des comptes consolidés avec des infos comptables erronées. ».

Ces sanctions, certes indirectes, permettraient de réguler le comportement des entreprises en matière de biopiraterie et de les inciter à respecter les législations (lorsqu'elles existent). Elles favoriseraient également la vigilance de la société civile dans la détection de mauvaises pratiques

⁷⁵ D'après le séminaire de Master II Droit de l'Environnement, des territoires et des risques de Strasbourg, « Droit commercial et environnement » d'Alexia CURZYDLO.

⁷⁶ Article L241-3 du Code de Commerce : « Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros :...3° Le fait, pour les gérants, même en l'absence de toute distribution de dividendes, de présenter aux associés des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine à l'expiration de cette période en vue de dissimuler la véritable situation de la société ».

Article L241-4 : « Est puni d'une amende de 9000 euros : ...le fait, pour les gérants, de ne pas, pour chaque exercice, dresser l'inventaire, établir les comptes annuels et un rapport de gestion ».

et la dénonciation de comportements dits de «greenwashing»⁷⁷, qui se multiplient à travers l'utilisation de labels et de certification sans réelle valeur et contrôle. A titre d'exemple, l'entreprise française Greentech, qui avait déposé et obtenu un brevet sur l'utilisation d'huile et de protéines extraites des graines de Sacha Inchi, une plante amazonienne, a finalement retiré son brevet suite à l'action de la Commission Nationale contre la Biopiraterie péruvienne et la forte médiatisation du cas par le Collectif Biopiraterie français.

Le cas du Sacha Inchi a prouvé l'efficacité de ce mode de pression sur l'image des entreprises prétendument respectueuses de l'environnement et des savoirs traditionnels, et qui, on peut le regretter, sont souvent plus efficaces qu'une procédure contentieuse.

Chapitre 2 Les revendications des peuples autochtones et de la société civile pour une protection efficace des ressources génétiques et savoirs traditionnels associés

Une fois les difficultés et les moyens déjà à disposition identifiés, il s'agit de proposer des solutions afin d'enrayer les phénomènes d'appropriation illégitimes des ressources génétiques et savoirs traditionnels associés.

I La nécessité d'une obligation de divulgation contraignante d'origine et de conformité

Les pays refusant un régime international contraignant en matière d'APA le font surtout pour éviter de devoir inclure une obligation de divulgation de l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés ainsi que de la conformité de leur démarche aux règles de l'APA.

1. Les différentes positions concernant l'obligation de divulgation

Pour l'industrie, la divulgation de l'origine de la ressource dilue la valeur de celle-ci. En effet

⁷⁷ Ce terme, qu'on pourrait traduire par «écoblanchiment», se rapporte aux procédés de marketing utilisés par une organisation dans le but de donner à l'opinion publique une image écologique responsable parfois trompeuse.

il n'est pas certain que le produit soit développé avant la fin de la protection par brevet.

Certains pays s'opposent par crainte d'inefficacité de la protection ou en raison des conséquences sur le système des brevets. C'est le cas des Etats-Unis qui considèrent que l'origine des ressources génétiques constitue dans certains cas un secret commercial. Ils craignent également qu'une telle exigence rende les titulaires de brevets vulnérables aux recours judiciaires et que les coûts éventuellement élevés de la mesure pénalisent les inventeurs individuels et les petites et moyennes entreprises. Il est ainsi à noter que dans des traités de libre-échange de 2004 avec l'Australie, le Maroc et des pays d'Amérique Centrale, les Etats-Unis ont inclus une disposition interdisant l'obligation de divulguer l'origine des ressources ou des savoirs.⁷⁸

Plus d'un tiers des membres de l'OMC soutiennent l'introduction d'une exigence juridiquement contraignante de divulgation proposée par les pays en développement, les pays les moins avancés et la Norvège qui a fait une proposition similaire.

On assiste ainsi à une convergence grandissante sur le contenu, le champ d'application, la pertinence et l'efficacité d'une telle obligation; cependant, des divergences persistent sur le fond et les fonctions procédurales de cette exigence, notamment concernant les conséquences juridiques de ces éléments sur le traitement, l'octroi et la validité des brevets.⁷⁹

L'Union Européenne semble pencher pour une approche minimale avec une exigence facultative de divulgation comme l'indique le considérant 27 du préambule de la directive 98/44 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques que nous avons évoquée dans notre première partie : «considérant que, si une invention porte sur une matière biologique d'origine végétale ou animale ou utilise une telle matière, la demande de brevet devrait, le cas échéant, comporter une information concernant le lieu géographique d'origine de cette matière, si celui-ci est connu; que ceci est sans préjudice de l'examen des demandes de brevet et de la validité des droits résultant des brevets délivrés ».

⁷⁸ TALVARD Dora « L'exploitation des ressources génétiques des plantes et du savoir-faire traditionnel associé : l'émergence d'un conflit entre les dispositions de l'accord ADPIC et de la Convention sur la Diversité Biologique » Mémoire dirigé par Nebila MEZGHANI et Yves REBOUL 2009.

⁷⁹ South Center; « Exigence juridiquement contraignante de divulgation de l'origine et de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés dans l'Accord sur les ADPIC »; No. 11; Octobre 2007; <http://www.southcentre.org>, accédé le 21 juin 2010.

Cette divulgation volontaire se limiterait donc au lieu géographique et son absence ne pourrait porter atteinte à la validité du brevet. Il est intéressant de noter qu'il s'agit ici des inventions portant sur tout matière biologique et non seulement génétique.

La Norvège demande une exigence obligatoire avec des sanctions tirées hors du droit des brevets tandis que l'Inde préconise une exigence directement liée à délivrance ou validité du brevet, qui pourrait entraîner révocation en cas de non-respect.⁸⁰. Cette dernière proposition est celle retenue par le Collectif Biopiraterie.

2. Un certificat internationalement reconnu

Il semble de plus en plus accepté que cette obligation de divulgation prenne la forme d'un certificat internationalement reconnu, à l'image de celui utilisé par la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES). Il pourrait constituer une preuve que le consentement préalable donné en connaissance de cause par les peuples autochtones et les communautés locales a été obtenu dans le cas de savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques.

Il serait en quelque sorte la garantie qu'une appropriation illégitime n'a pas eu lieu, la bonne foi étant un attribut fondamental de l'octroi d'un consentement préalable donné en connaissance de cause.

Il est vrai qu'une réticence à l'égard de la complexité administrative possible de la délivrance d'un tel certificat a été exprimée durant les débats. Il devra être simple, efficace et viable.

Certains proposent cependant de distinguer différents types de certificats pour différents usages (c'est-à-dire les usages universitaires, la recherche scientifique et les usages commerciaux). L'exhaustivité ou la complexité du certificat pourrait dépendre de l'usage qui en serait fait.

⁸⁰ TALVARD Dora « L'exploitation des ressources génétiques des plantes et du savoir-faire traditionnel associé : l'émergence d'un conflit entre les dispositions de l'accord ADPIC et de la Convention sur la Diversité Biologique » Mémoire dirigé par Nebila MEZGHANI et Yves REBOUL 2009.

L'autorité nationale compétente, que nous avons évoquée dans notre première partie concernant l'accès aux ressources et aux savoirs pourrait être chargée de la délivrance de ce certificat. La loi instituant le cadre d'accès et de partage des avantages d'un pays identifierait celui qui agit en tant que l'autorité nationale compétente. Celle-ci aurait une responsabilité en matière de vérification pour s'assurer que le consentement préalable donné en connaissance de cause a été obtenu des peuples autochtones ou des communautés locale et serait chargée de vérifier la conformité avec les dispositions du droit national, du droit autochtone ou coutumier ainsi que du régime international.

Ce certificat pourrait alors inclure des informations sur la question de savoir s'il y a eu accès ou non aux savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques ou si le consentement préalable donné en connaissance de cause et les modalités convenues d'un commun accord ont été appliqués. Certains proposent qu'il contienne une déclaration affirmative par l'éventuel utilisateur qu'il a obtenu d'un peuple autochtone ou d'une communauté locale leur consentement préalable alors qu'il cherchait à accéder à leurs savoirs traditionnels. En cas de fausse déclaration le certificat pourrait être annulé.⁸¹

La création et la mise en œuvre de ce certificat n'est certes pas sans compter de nombreuses difficultés d'ordre pratique et des problèmes d'exécution. Il s'agira par exemple d'identifier qui peut légitimement donner le consentement lorsqu'il y a différents détenteurs de savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, et de surmonter les difficultés posées par les situations transfrontières ou *ex-situ*.

De nombreux points pratiques de cet ordre restent donc à être réglés, mais l'exigence d'une divulgation obligatoire d'origine et conformité semble être une solution souhaitable afin d'empêcher les phénomènes d'appropriation illégitimes des ressources génétiques et savoirs traditionnels associés.

⁸¹ Groupe de travail ad-hoc sur l'accès et le partage des avantages de la CDB ; « Rapport de la réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages » ; UNEP/CBD/WG-ABS/8/2; 7 juillet 2009 ; p 22.

II La nécessité d'un système de protection *sui generis* des savoirs traditionnels

La solution pour la conservation de la diversité biologique, comme le reconnaît la CDB dans son considérant 10⁸² et surtout dans l'article 8 (j), se trouve principalement *in situ* : il s'agit de promouvoir le respect de ce que font ces peuples sur place, et donc de reconnaître ces savoirs locaux là où ils existent.

1. La protection indirecte des savoirs traditionnels par la propriété intellectuelle: une solution inadaptée

La propriété intellectuelle est largement reconnue par la législation nationale et internationale. Ces droits sont sanctionnés efficacement, puisque les propriétés intellectuelles sont protégées contre toute atteinte illicite par des actions en justice, dont l'action en contrefaçon notamment. Une solution pour protéger les savoirs traditionnels pourrait consister dans un premier temps à se servir des outils offerts par la propriété intellectuelle : brevets, droits d'auteur, et marques⁸³.

Le droit des brevets constitue cependant une protection inadaptée considérant les profondes différences culturelles et juridiques entre le système dominant et la culture indigène. En effet, comme l'explique Roger RUMRILL⁸⁴, pour « l'Occident », la Nature constitue un bien que l'on peut utiliser, sur lequel on peut investir, une matière première que l'on va pouvoir extraire ou exploiter. Chez les indigènes en revanche et pour nombre des habitants des pays dits du « Sud », la Nature est mère⁸⁵ et sacrée. Il convient ainsi de coexister avec elle et non de la détruire. La Nature est selon les mots de M.RUMRILL «à l'intérieur d'eux et ils sont dans cette Nature ». Cette « cosmovision » et conception holistique de la Nature, explique alors de profondes différences

⁸² Considérant 10 du Préambule de la CDB: « Notant en outre que la conservation de la diversité biologique exige essentiellement la conservation *in situ* des écosystèmes et des habitats naturels ainsi que le maintien et la reconstitution de populations viables d'espèces dans leur milieu naturel ».

⁸³ Entretien avec Cyril COSTES 26 juillet 2010.

⁸⁴ Roger RUMRILL est chaman, journaliste et spécialiste de l'Amazonie, conseiller de la principale organisation indigène du Pérou (AIDSESEP). Ces propos ont été recueillis lors d'une conférence-débat le 25 mai 2010 « Droits et luttes des peuples autochtones en Amazonie péruvienne ».

⁸⁵ Voir ainsi la « Déclaration finale de la Conférence Mondiale des Peuples sur le Changement Climatique et les Droits de la Mère-Terre », qui s'est achevée le 22 Avril 2010, à Cochabamba, en Bolivie. <http://reporterre.net/spip.php?article1104>., accédé le 3 juin 2010.

juridiques.

Le système de propriété intellectuelle, comme l'expression l'indique, repose sur la notion de propriété, qui n'existe parfois tout simplement pas dans certaines communautés, ou dont le caractère collectif est incompatible avec la désignation d'un « auteur » individuel d'une invention et donc l'attribution de droits exclusifs à ce dernier.

L'un des trois critères d'attribution d'un brevet est la nouveauté. Selon l'article L611-11 alinéa 1 du Code de la Propriété Intellectuelle français (qui est l'expression, comme nous l'avons vu précédemment, des standards globalisés de l'accord sur les ADPIC) «une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique». L'état de la technique contient toutes les informations accessibles au public avant la date de dépôt de la demande de brevet dont la nouveauté est discutée. Une telle information constitue une antériorité qui détruit la nouveauté de l'invention brevetée.⁸⁶

Le droit français exige de plus la nouveauté absolue: la forme, la date, le lieu, l'auteur et le moyen de preuve de la divulgation n'importent pas. Ce n'est cependant pas le cas de toutes les législations nationales en matière de dépôt de brevet. Ainsi le système des brevets est incompatible avec le caractère secret, oral voire sacré des savoirs traditionnels des populations autochtones transmis depuis des millénaires.

Certaines législations utilisent de leur côté le droit des marques collectives pour protéger l'artisanat local autochtone par exemple. La possibilité d'étendre les appellations d'origine contrôlée et autre indication géographique à la réservation de savoirs traditionnels a également été évoquée. Ce type de protection liée uniquement à un territoire et à une zone géographique n'est cependant pas adapté à toutes les situations, notamment transfrontières et dans le cas de détention de savoirs par plusieurs « communautés ».

Toutes ces solutions ne constituent donc que des protections indirectes des savoirs traditionnels, plus ou moins adaptées contre leurs exploitations abusives et illicites.

⁸⁶ Johanna Schmidt-Szalewski ; «Droit de la propriété industrielle», éditions Dalloz 2009 ; p 8.

2. Un système de protection *sui generis* des savoirs traditionnels

Comme l'indique l'article 31 de la DNUDPA, les peuples autochtones ont « 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. ».

Une véritable protection active et directe des savoirs traditionnels autochtones devrait dès lors résider en la création d'un système de protection *sui generis* intégrant la spécificité des savoirs traditionnels et leur accordant une reconnaissance et statut qui permettrait une véritable protection, telle qu'elle existe actuellement pour les autres objets de propriété intellectuelle.

Un tel système devrait tout d'abord reconnaître le caractère collectif des savoirs traditionnels. Les droits sur ces savoirs devraient ainsi être confiés à des communautés plutôt qu'à des individus, bien que les « gardiens » de ces connaissances traditionnelles pour le compte de la collectivité soient le plus souvent des personnes physiques. Il conviendrait donc de déroger au droit commun et moderne de la propriété intellectuelle en favorisant la création de droits collectifs.

Ce système devra évidemment comprendre les trois obligations dégagées des principes de la CDB et en cours de négociation dans le régime international, soit le consentement préalable en connaissance de cause, l'obligation de divulgation et le partage des avantages résultant de l'exploitation de ces savoirs traditionnels. Le consentement doit être libre et donc donné hors de toute coercition, intimidation ou manipulation⁸⁷. Il doit être préalable, c'est-à-dire demandé avant toute autorisation d'accès et début d'activité, dans des délais permettant le respect des procédures coutumières de consultation et de décision. Enfin, il doit être donné par les communautés selon des informations sur la nature et la portée du projet, fournies dans leur propre langue.

Le consentement doit être donné par des représentants des communautés librement choisis et dans le respect de leurs institutions coutumières. Lorsque les communautés autochtones et locales ont des structures bien définies et des autorités autochtones en place, les règlements

⁸⁷ Yann Le Goater, « CDB, protection des savoirs traditionnels et accès aux ressources génétiques, Développements récents et bilan » ; Revue Européenne du Droit de l'Environnement, 2/2007p 157.

nationaux peuvent directement s'y appuyer. La législation norvégienne par exemple prévoit la participation du Parlement Saami aux cas d'accès et de partage des avantages. Si l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques est sollicité, c'est à ce parlement qu'incombe le pouvoir de déterminer l'accès aux connaissances traditionnelles. Dans les cas où de telles structures n'existent pas, leur création serait en général souhaitable.⁸⁸

Il s'agira de déterminer la nature des droits conférés aux détenteurs des savoirs traditionnels. Yann LE GOATER⁸⁹ propose ainsi qu'ils consistent en des droits inaliénables détenus à perpétuité. Ils comprendraient « le droit d'attribuer ou de transférer les savoirs traditionnels aux générations futures, de respecter l'échange libre et équitable des savoirs entre les individus ou les communautés lorsque cela est permis par la loi coutumière; ainsi que de les protéger contre toute reproduction ou exploitation à des fins commerciales ». Les droits conférés pourraient être semblables aux droits de propriété intellectuelle dans la mesure où ces derniers sont en accord avec le droit coutumier. Si les communautés le souhaitent, il devrait selon lui être possible de pouvoir enregistrer collectivement des droits auprès d'offices de propriété intellectuelle.

Des mécanismes de sanction, en accord avec le droit coutumier, doivent également être prévus en cas de non-respect des dispositions de ce régime *sui generis*.

III Une reconnaissance des droits des peuples autochtones: la question des droits humains

L'écologie historique a démontré que ce que nous considérons comme « la nature sauvage » par excellence, l'Amazonie par exemple, est pour une grande part la création des peuples qui l'ont parcourue pendant des millénaires.

Or, comme l'a très justement déclaré la directrice générale de l'UNESCO lors de la Journée Internationale des Peuples Autochtones ce 9 août 2010: «les peuples autochtones représentent 350 millions de personnes dans le monde. Détenteurs de systèmes de savoirs traditionnels et de

⁸⁸ Groupe de travail ad-hoc sur l'accès et le partage des avantages de la CDB; «Rapport de la réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages» ; 7 juillet 2009;p 11.

⁸⁹ Yann Le Goater , « CDB, protection des savoirs traditionnels et accès aux ressources génétiques, Développements récents et bilan » ; Revue Européenne du Droit de l'Environnement, 2/2007 p 157.

modes de vie forgés au fil des siècles en coexistence avec la nature, ce sont des gardiens irremplaçables de la diversité biologique et culturelle de notre planète. La situation des collectivités autochtones demeure cependant incertaine.⁹⁰»

Face à ce qu'on pourrait qualifier de « verrouillage du système international », dû à la prédominance d'un modèle basé sur la propriété intellectuelle, la protection des ressources et des savoirs traditionnels associés ne peut se faire sans le respect voire le renforcement des droits humains des peuples autochtones, de leur participation aux décisions les concernant tant au niveau international que local, ainsi qu'une clarification de leur statut juridique.

1. Un respect nécessaire du droit des peuples autochtones et des communautés locales

Selon certains, l'accord sur les ADPIC doit prévaloir sur les droits des communautés autochtones. Les Etats pourraient donc refuser certains droits aux peuples concernés pour respecter les obligations posées par cet accord. En effet, l'article 30 (3) de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969⁹¹, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, énonce que « lorsque toutes les parties au traité antérieur sont également parties au traité postérieur, sans que le traité antérieur ait pris fin ou que son application ait été suspendue en vertu de l'article 59, le traité antérieur ne s'applique que dans la mesure où ses dispositions sont compatibles avec celles du traité postérieur. ». Il est vrai que l'ADPIC (1994) est plus récent que la plupart des conventions sur les droits humains protectrices des peuples autochtones, évoquées dans notre première partie.

Il est de plus à noter que les Conventions sur le patrimoine immatériel de l'UNESCO sont plus récentes que les accords sur les ADPIC, mais contiennent des clauses de compatibilité telles que l'article 3 (b) de la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel qui indique que l'interprétation de la Convention doit se faire dans le respect notamment des instruments du droit de la propriété intellectuelle.⁹²

⁹⁰ Message de Mme Irina Bokova, Directrice générale de l'UNESCO, à l'occasion de la Journée internationale des peuples autochtones, le 9 août 2010: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001888/188820f.pdf>, accédé le 10 août 2010.

⁹¹ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1155, p. 331.

⁹² Article 3 (b) de la CSPCI : « Rien dans la présente Convention ne peut être interprété comme... affectant les droits et obligations des Etats parties découlant de tout instrument international relatif aux droits de la propriété intellectuelle ou à l'usage des ressources biologiques et écologiques auquel ils sont parties. ».

De la même manière, l'article 22 (1) de la CDB prévoit que ses dispositions «ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une Partie contractante d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations causait de sérieux dommages à la diversité biologique ou constituait pour elle une menace.» Le dépôt de brevet sur le vivant entraîne effectivement un risque de réduction de la diversité biologique et culturelle, mais il semble difficile d'envisager, au vu de la tendance politique et économique actuelle, qu'un Etat choisisse d'écarter l'application de l'accord sur les ADPIC pour ce motif.

Selon certains auteurs et les représentants des peuples autochtones⁹³, la violation des droits des peuples autochtones conduit alors à violation de certains principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies. Or, au regard de l'article 103 de cette dernière: «En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront».

La violation de ces droits reviendrait à la violation de principes généraux du droit international voire du *jus cogens*⁹⁴ tels que le droit à l'autodétermination, le droit de profiter de sa culture, le droit d'exister comme peuples distincts ou encore l'interdiction de la discrimination raciale.⁹⁵

Ainsi, si l'opposition entre les droits de propriété intellectuelle et les droits fondamentaux des communautés autochtones devait être résolue en termes de conflits de normes internationales, les Etats parties devraient déroger à l'accord sur les ADPIC lorsque l'application de cet accord aurait pour conséquence la diminution des droits des communautés concernées.⁹⁶

⁹³ Représentants des peuples autochtones et associations de défense des droits des peuples autochtones; «Concerns relating to CBD Process, Revised Draft Protocol and Indigenous Peoples' Human Rights :Joint Statement on Indigenous Peoples and Human Rights in the draft ABS Protocol»; juillet 2010; <http://www.cbdalliance.org/abs-9-montreal/>, accédé le 17 juillet 2010.

⁹⁴ Le jus cogens est défini par la convention de Vienne de 1969 dans son article 53 comme « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ».

⁹⁵ TALVARD Dora « L'exploitation des ressources génétiques des plantes et du savoir-faire traditionnel associé : l'émergence d'un conflit entre les dispositions de l'accord ADPIC et de la Convention sur la Diversité Biologique » Mémoire dirigé par Nebila MEZGHANI et Yves REBOUL 2009.

⁹⁶ *Ibid.*

De même bien que la CDB et son projet de protocole soient vus comme des instruments de droit de l'environnement, ils sont inextricablement liés à des considérations relatives aux droits humains pour les peuples autochtones. Ainsi, toute dépossession ou diminution des droits des peuples autochtones seraient incompatibles avec l'un des objectifs clés de la CDB qui est « le partage juste et équitable des bénéfices découlant de l'utilisation des ressources génétiques ». Le non-respect des droits humains des peuples autochtones mettrait selon eux en péril la validité même du protocole: en effet, un accord qui réduit ou ignore les droits humains pourrait être interprété comme étant discriminatoire et la prohibition contre la discrimination raciale est une norme péremptoire du droit international. »⁹⁷

Cette discrimination envers les peuples autochtones entraîne alors celle existant entre la protection de leurs savoirs traditionnels et celle consentie aux inventions technologiques. En effet, selon Cyril COSTES, il existe un important déséquilibre entre la très forte protection juridique accordée à certaines créations et innovations et l'absence totale de protection juridique en faveur des savoirs traditionnels et leurs détenteurs. Il est permis de considérer selon lui, comme d'ailleurs l'avait fait la Commission des droits de l'Homme des Nations unies, que les détenteurs de savoirs traditionnels se trouvent dans une situation de discrimination par rapport aux propriétaires de brevets d'invention. La biopiraterie est donc finalement la conséquence de cette discrimination.⁹⁸

2. La prise en compte des droits humains dans le projet de Protocole à la Convention sur la Diversité Biologique

Les représentants des peuples autochtones et des communautés locales ont exprimé beaucoup d'inquiétudes au sujet du projet de Protocole à la CDB concernant le respect de leurs droits.

Ils ont tout d'abord évoqué la nécessité de l'introduction d'une clause de sauvegarde des droits des peuples autochtones pour éviter les éventuels problèmes d'interprétation évoqués plus haut. Ils proposent d'intégrer la disposition suivante : « Considérant que ce Protocole ne pourrait

⁹⁷ Représentants des peuples autochtones et associations de défense des droits des peuples autochtones; «Concerns relating to CBD Process, Revised Draft Protocol and Indigenous Peoples' Human Rights :Joint Statement on Indigenous Peoples and Human Rights in the draft ABS Protocol»; juillet 2010; <http://www.cbdalliance.org/abs-9-montreal/>, accédé le 17 juillet 2010.

⁹⁸ Cyril COSTES ; « Biopiraterie et droit international » ; Revue IKEWAN n°76 ; avril - mai - juin 2010 p 6.

être interprété comme diminuant ou éteignant les droits que les peuples indigènes et les communautés locales ont ou pourraient acquérir dans le futur ».

Leur attention s'est également portée sur l'article 5.2 (e) du projet de Protocole, qui énonce que: «*S'il y a lieu, le droit national reconnaît et affirme les droits existants des communautés autochtones et locales aux ressources génétiques...* »⁹⁹. Les représentants des peuples autochtones ont alors déploré le fait que le projet de Protocole ne prenne en compte que les «droits existants» des communautés. En effet, il est reconnu que certains de ces droits ont été éteints de manière illégitime, notamment par des actes de dépossession, et ne doivent pas être exclus du champ du Protocole.¹⁰⁰

De plus, selon cette disposition, le droit des peuples autochtones à leurs ressources génétiques reste soumis au droit national. Son existence dépendrait alors de ce dernier et ne leur serait donc pas inhérent.

Selon eux, la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones (DNUDPA) ne crée pas de nouveaux droits, mais entérine des droits inhérents aux peuples autochtones qui n'ont pas été respectés au fil de l'Histoire. La Déclaration constitue alors un cadre et un contexte primordial pour interpréter la CDB et élaborer un projet de protocole. Cependant, le projet de Protocole révisé n'en fait jamais mention. Les peuples autochtones ont ainsi demandé aux Etats d'inclure le paragraphe suivant dans le préambule : « Vu l'importance de la DNUDPA en ce qui concerne ce Protocole». Cette proposition est restée entre crochets suite à la dernière réunion du groupe de travail à Montréal.

Il est à noter que durant les débats au CIG de l'OMPI en mai 2010, les représentants des peuples autochtones ont plusieurs fois interpellé le secrétariat du CIG afin qu'il transmette une copie de la Déclaration des Nations Unies sur les Droits des Peuples Autochtones de 2007 aux délégations gouvernementales, pour que les Etats prennent en compte les principes de cette

⁹⁹ Texte disponible à la fin du «Rapport de la première partie de la 9ème réunion du groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages » ; UNEP/CBD/WG-ABS/9/3 du 26 avril 2010 ; p 47 à 69 : <http://www.cbd.int/wgabs9/doc/>, accédé le 18 juillet 2010.

¹⁰⁰ Représentants des peuples autochtones et associations de défense des droits des peuples autochtones; «Concerns relating to CBD Process, Revised Draft Protocol and Indigenous Peoples' Human Rights :Joint Statement on Indigenous Peoples and Human Rights in the draft ABS Protocol»; juillet 2010; <http://www.cbdalliance.org/abs-9-montreal/>, accédé le 18 juillet 2010.

déclaration non obligatoire dans la rédaction du texte du CIG. Leur demande est restée vaine.

Ils regrettent enfin que le terme « peuples autochtones » ne soit pas utilisé : le projet de protocole utilise seulement l'expression « communautés locales et indigènes ». Le terme « peuple » procure évidemment un statut légal particulier et inclus le droit à l'autodétermination, statut qui n'est pas reconnu aux « minorités » ou « communautés ».

3. Le renforcement de la participation des peuples autochtones et des communautés locales aux processus décisionnels les concernant

Pour finir, il ne faut pas seulement retenir de la CDB et notamment de son article 8(j), la nécessité de protéger les savoirs traditionnels et de respecter ceux qui les détiennent, mais également le fait que ces sociétés détiennent ces savoirs autour d'une certaine culture au sein de laquelle les détenteurs ont un rôle et un statut.

Nous ne parlons donc pas seulement ici de « savoirs locaux » ou « produits locaux » susceptibles de faire l'objet de brevets ou non, mais bien de sociétés vivantes dont les individus qui détiennent ces savoirs devraient avoir la possibilité de protéger.¹⁰¹

Le respect de ces sociétés passe donc par leur participation aux processus décisionnels les concernant. Il est en effet surprenant de constater lorsque l'on assiste à des négociations internationales telles que le CIG de l'OMPI, que le texte dont chaque mot voire chaque ponctuation est ardemment négocié par les délégations gouvernementales, concerne en majeure partie des populations représentées par des personnes assises au fond de la salle et qui ne possèdent qu'un droit de parole. Les populations autochtones ne possèdent pas un statut leur permettant d'être « Parties » et n'ont donc pas voix au chapitre. A travers le processus décisionnel de consensus¹⁰², auquel les populations autochtones ne prennent pas part, le projet de Protocole à la CDB et les autres textes en négociations reflètent donc souvent le plus petit dénominateur commun des positions gouvernementales, conduisant à des résultats jugés injustes concernant les droits humains des peuples autochtones.

¹⁰¹ Tiré du propos de Marie Roué « Retranscription écrite des actes des premières rencontres internationales contre la biopiraterie », 15 juin 2009 à l'Assemblée Nationale, Première table ronde: « La biopiraterie, une menace pour la diversité culturelle et biologique »

¹⁰² Le terme de consensus s'entend de l'approbation d'une décision lorsqu'aucune objection n'est soulevée.

Une clarification de leur statut et de leurs droits permettrait donc leur participation effective aux forums internationaux mais également à tous les autres processus de décisions qu'ils soient régionaux, nationaux ou locaux. Notons par exemple que bien que le Pérou ait mis en place une Commission péruvienne de lutte contre la biopiraterie, celle-ci reste un organe gouvernemental et ne défend donc toujours les intérêts des populations autochtones. Ce problème a ainsi été évoqué lors de la conférence au Parlement péruvien sur la biopiraterie en juillet 2010. La volonté affichée par le gouvernement péruvien est de permettre à des autochtones de faire partie de cette Commission protégeant leurs ressources et leurs savoirs. Des observateurs bien renseignés ont cependant fait part de leur scepticisme sur la réalisation de cette avancée.

CONCLUSION

En somme, le cadre juridique international de la biopiraterie est largement perfectible. Sont en cause la prolifération normative, la complexité des notions en jeu et un déséquilibre certain dans les rapports de force, entre les Etats d'abord, et entre les populations autochtones et les Etats ensuite.

Beaucoup d'espoirs reposent donc sur la 10e Conférence des Parties de la Convention sur la Diversité Biologique qui se tiendra à Nagoya en octobre 2010. De nombreux observateurs font part, à mon sens à raison, de leur scepticisme concernant les réelles avancées que le « Protocole » apporterait en matière de partage des avantages juste et équitable ainsi que dans la considération des droits humains. Quand bien même un instrument contraignant serait adopté, la faiblesse des accords multilatéraux environnementaux face à la mécanique bien huilée de l'OMC sanctionnant efficacement ses accords reste une question récurrente. Il est permis ici d'avancer l'idée, déjà proposée par une partie de la doctrine, d'une « Cour Internationale de Justice Environnementale » qui garantirait une effectivité de la mise en œuvre des instruments internationaux environnementaux. La solution ne réside donc pas seulement dans les textes internationaux sur l'APA à venir. Le droit est certes souvent en retard sur l'évolution des pratiques et des sociétés, mais il ne s'agit pas pour autant de laisser se poursuivre les conséquences négatives des contradictions mises en lumière dans cette étude. La société civile a ici un rôle de proposition primordial à jouer.

Un autre axe indispensable est, comme nous l'avons vu, l'intégration des principes de la DNUDPA garantissant des droits fondamentaux aux populations autochtones dans les règles régissant l'accès et le partage des bénéfices découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés. La question est certes complexe, notamment à cause de la difficile conciliation d'un statut juridique réel des peuples autochtones avec la forme unitaire de la plupart des Etats. Beaucoup, dont la France, opposent le fait qu'il n'existe qu'un seul peuple et qu'on ne peut ainsi faire de distinction de statut. L'Histoire a effectivement montré les risques de telles différenciations, à travers le statut de l'Indigénat durant la période coloniale, mais aussi plus récemment avec des projets de lois pénales distinguant des « français d'origine étrangère ». L'une des questions ouverte est donc la résolution du problème du statut juridique des peuples autochtones dans un Etat unitaire. De nombreux Etats d'Amérique du Sud ont réglé la question sur le papier en intégrant dans leurs constitutions la nature multiculturelle de leur nation et en accordant donc des droits spécifiques aux indigènes .Il reste évidemment des problèmes d'application, mais la volonté affichée est d'augmenter la participation des populations autochtones pour les décisions les concernant. Notons de même que la Constitution équatorienne, en sus des droits aux peuples indigènes, accorde des droits à la Nature en tant que telle, permettant une forme innovante de protection juridique de cette dernière. Ces démarches juridiques, certes audacieuses pour nos systèmes, pourraient cependant servir de modèles d'inspiration.

Puisque la France n'a pas adopté de législation APA, ni ratifié des instruments majeurs tels que le TIRPAA ou la Convention 169 de l'OIT, l'attention du Collectif Biopiraterie doit se porter sur ces points en faisant pression pour encourager des avancées dans ces domaines. Il est cependant évident, au vu des importants enjeux économiques que comporte un problème tel que la biopiraterie, que la France se risquera difficilement seule à la prise de mesures en la matière qui risqueraient de la pénaliser au niveau de la concurrence. Le recul récent de la France concernant « la taxe carbone » résultait de cette même logique : elle ne prendra des mesures de ce type que dans le cadre harmonisé de l'Union Européenne. Il ressort d'ailleurs des négociations internationales que la France se range automatiquement derrière les positions européennes, ce qui explique son silence total et symptomatique lors du CIG de l'OMPI en mai 2010.

Enfin, les principes d'information et de participation aux processus décisionnels des citoyens sont en effet primordiaux et garantis par la Convention d'Aarhus sur l'accès à

l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement de 1998. Il est clair que l'un des moyens de lutter contre la biopiraterie repose sur ces deux piliers. La tendance est malheureusement à s'entendre appelé plus souvent « consommateur » que citoyen. Le glissement de vocabulaire est regrettable. Néanmoins, l'information et la participation du consommateur conduisant à des achats de produits « responsables », soit respectueux des principes de partage des avantages et de consentement des détenteurs de ressources et de savoirs, peut tout de même devenir un moyen indirect d'enrayer les comportements de biopiraterie. Il s'agit donc d'informer les citoyens et consommateurs des pays du « Nord » sur l'existence et les conséquences du phénomène de biopiraterie, mais également les populations autochtones et communautés locales sur des mécanismes parfois totalement étrangers à leur système coutumier, afin qu'ils puissent protéger en connaissance de cause et localement leurs ressources génétiques et savoirs traditionnels associés.

BIBLIOGRAPHIE

SITES CONSULTÉS

- Site de la Banque Mondiale des Savoirs Traditionnels :
http://www.tkwb.org/web/?page_id=4&language=it
- Site du Collectif Biopiraterie : <http://www.biopiraterie.org/>
- Site de la CDB : <http://www.cbd.int/>
- Site de l'OMC : <http://www.wto.org/indexfr.htm>
- Site de l'OMPI : <http://www.wipo.int/portal/index.html.fr>

PUBLICATIONS

- Irina BOKOVA ; Directrice générale de l'UNESCO ; « Message à l'occasion de la Journée internationale des peuples autochtones » ; 9 août 2009 ;
<http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001888/188820f.pdf>
- Cyril COSTES ; « Biopiraterie et droit international » ; Revue IKEWAN n°76 ; avril - mai - juin 2010
- Cyril COSTES ; « Déclaration d'ICRA au CIG » : <http://www.biopiraterie.org/spip.php?article45>
- Cour Suprême du Belize, décision du 18 octobre 2007 ; « Aurelio Cal, et al. v. Attorney General of Belize » ; Claim 121/2007 ; paragraphe 131 ; <http://www.elaw.org/node/1620>

- Dossier spécial biopiraterie, Solidaire 209; édité par Pro Natura et Déclaration de Berne ; Avril 2010
- Fondation pour la Recherche sur la Biodiversité ; « Rapport d'étape 1 : Pertinence et faisabilité d'un dispositif d'accès et de partage des avantages en outre-mer, portant sur les ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées »; 2010
- Groupe de travail ad-hoc sur l'accès et le partage des avantages de la CDB ; « Rapport de la réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages » ; UNEP/CBD/WG-ABS/8/2; 7 juillet 2009
- Hélène ILBERT, « Biodiversité : savoirs protégés, savoirs partagés, 6 fiches pour comprendre, anticiper, débattre », Solagral, octobre 2002
- ICRA : « Guyane : Un parc contre les Amérindiens » : <http://www.icrainternational.org/urgence/346>
- Institut International du Développement Durable ; Suivi de la 2ème partie de la 9ème session du groupe *ad-hoc* sur les APA de Montréal du 10 au 16 juillet 2010, « Earth Negotiations Bulletin » ; <http://www.iisd.ca/biodiv/rabs9/compilation.pdf>
- Yann LE GOATER ; « CDB, protection des savoirs traditionnels et accès aux ressources génétiques, Développements récents et bilan » ; Revue Européenne du Droit de l'Environnement, 2/2007
- OMPI ; « Synthèse comparative des mesures et lois nationales *sui generis* existantes pour la protection des savoirs traditionnels » ; WIPO/GRTKF/IC/5/INF/4 ; 2003
- Réponse à la question écrite N° 62289 de Mme Christiane Taubira député de la Guyane, au Ministère de l'Écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer ; 3 août 2010 ; <http://questions.assemblee-nationale.fr/q13/13-62289QE.htm>

- Représentants des peuples autochtones et associations de défense des droits des peuples autochtones; «Concerns relating to CBD Process, Revised Draft Protocol and Indigenous Peoples' Human Rights :Joint Statement on Indigenous Peoples and Human Rights in the draft ABS Protocol»; juillet 2010; <http://www.cbdalliance.org/abs-9-montreal/>
- Retranscription écrite des actes des premières rencontres internationales contre la biopiraterie à l'Assemblée Nationale, 15 juin 2009
- South Center; « Exigence juridiquement contraignante de divulgation de l'origine et de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés dans l'Accord sur les ADPIC »; No. 11 ; Octobre 2007; <http://www.southcentre.org>
- Dora TALVARD ; « L'exploitation des ressources génétiques des plantes et du savoir-faire traditionnel associé : l'émergence d'un conflit entre les dispositions de l'accord ADPIC et de la Convention sur la Diversité Biologique » ; Mémoire dirigé par Nebila MEZGHANI et Yves REBOUL ; 2009
- Ana Rachel TEIXEIRA-MAZAUDOUX ; « Protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques : cadre juridique international » ; Sous la direction de Michel PRIEUR ; Année universitaire 2002/2003 Actualisé début 2007
- Karine VILOTTA, Ingénieur Brevets « Un nouvel outil contre le bio-pillage » ; 7 avril 2009; <http://www.legalbiznext.com/droit/Un-nouvel-outil-contre-le-bio>

OUVRAGES

- Pedro ROFFE; « The Future Control of Food: A Guide to International Negotiations and Rules on Intellectual Property, Biodiversity and Food Security»; édité par Geoff Tansey and Tasmin Rajotte; 2008
- Johanna SCHMIDT-SZALEWSKI; «Droit de la propriété industrielle», éditions Dalloz ; 2009

PRESENTATIONS

- Ahmed Abdel Latif ; « Biodiversité et droits de propriété intellectuelle », cycle de conférence de l'IDDRI, Fondation d'Entreprise Hermès ; 17 juin 2010
- Présentation de Suhel al Janabi lors de la conférence de l' « Union Ethical for Bio Trade » du 16 avril 2010.
- Présentation de Valérie NORMAND, membre du Secrétariat de la CDB, lors du CIG de l'OMPI du 7 au 10 mai 2010
- Roger RUMRILL; Conférence-débat à la mairie du 2e arrondissement de Paris ; « Droits et luttes des peuples autochtones en Amazonie péruvienne » ; 25 mai 2010

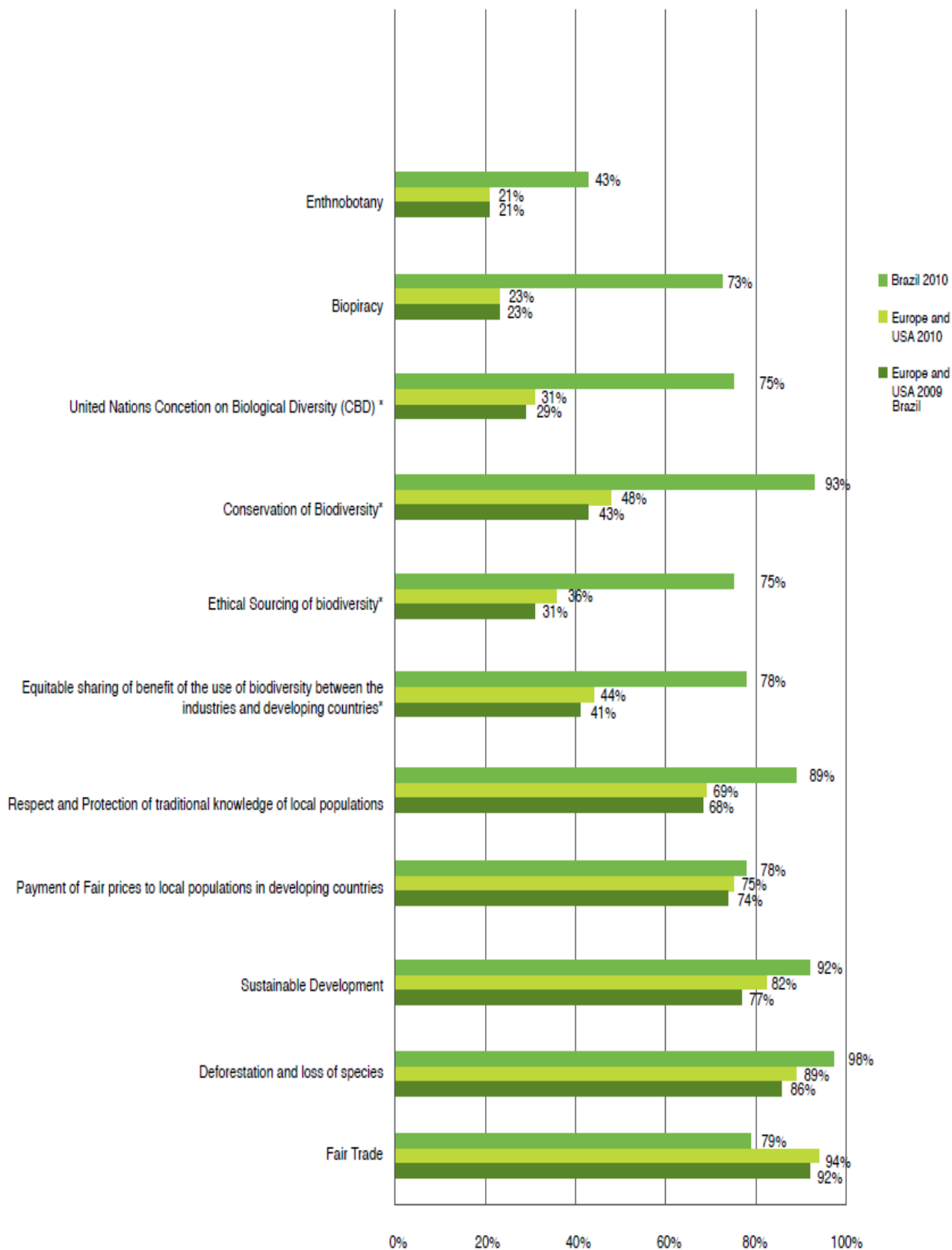
ANNEXES

Annexe n°1 : Résultats de l'étude IPSOS 2010 non publiée pour la réponse à la question : « Avez-vous déjà entendu parler de ces notions ? ».

Annexe n°2 : Dispositions principales de la Convention sur la Biodiversité Biologique relatives à la biopiraterie.

Annexe n°3 : Tableau comparatif des mesures et lois nationales et régionales *sui generis* relatives à la protection des savoirs traditionnels réalisé par l'OMPI en 2003.

Annexe n°1 : Résultats de l'étude IPSOS 2010 non publiée pour la réponse à la question : « Avez-vous déjà entendu parler de ces notions ? »



Annexe n°2 : Dispositions principales de la Convention sur la Biodiversité Biologique relatives à la biopiraterie.

Article 8 Conservation *in situ*

«Chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra:...

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

Article 15. Accès aux ressources génétiques

1. Etant donné que les Etats ont droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles, le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements et est régi par la législation nationale.

2. Chaque Partie contractante s'efforce de créer les conditions propres à faciliter l'accès aux ressources génétiques aux fins d'utilisation écologiquement rationnelle par d'autres Parties contractantes et de ne pas imposer de restrictions allant à l'encontre des objectifs de la présente Convention.

3. Aux fins de la présente Convention, on entend par ressources génétiques fournies par une Partie contractante, et dont il est fait mention dans le présent article et aux articles 16 et 19 ci-après, exclusivement les ressources qui sont fournies par des Parties contractantes qui sont des pays d'origine de ces ressources ou par des Parties qui les ont acquises conformément à la présente Convention.

4. L'accès, lorsqu'il est accordé, est régi par des conditions convenues d'un commun accord et est soumis aux dispositions du présent article.

5. L'accès aux ressources génétiques est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources, sauf décision contraire de cette Partie.

6. Chaque Partie contractante s'efforce de développer et d'effectuer des recherches scientifiques fondées sur les ressources génétiques fournies par d'autres Parties contractantes avec la pleine

participation de ces Parties et, dans la mesure du possible, sur leur territoire.

7. Chaque Partie contractante prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées, conformément aux articles 16 et 19 et, le cas échéant, par le biais du mécanisme de financement créé en vertu des articles 20 et 21, pour assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie contractante qui fournit ces ressources. Ce partage s'effectue selon des modalités mutuellement convenues.

Article 16. Accès à la technologie et transfert de technologie

1. Chaque Partie contractante, reconnaissant que la technologie inclut la biotechnologie, et que l'accès à la technologie et le transfert de celle-ci entre Parties contractantes sont des éléments essentiels à la réalisation des objectifs de la présente Convention, s'engage, sous réserve des dispositions du présent article, à assurer et/ou à faciliter à d'autres Parties contractantes l'accès aux technologies nécessaires à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique, ou utilisant les ressources génétiques sans causer de dommages sensibles à l'environnement, et le transfert desdites technologies.

2. L'accès à la technologie et le transfert de celle-ci, tels que visés au paragraphe 1 ci-dessus, sont assurés et/ou facilités pour ce qui concerne les pays en développement à des conditions justes et les plus favorables, y compris à des conditions de faveur et préférentielles s'il en est ainsi mutuellement convenu, et selon que de besoin conformément aux mécanismes financiers établis aux termes des articles 20 et 21. Lorsque les technologies font l'objet de brevets et autres droits de propriété intellectuelle, l'accès et le transfert sont assurés selon des modalités qui reconnaissent les droits de propriété intellectuelle et sont compatibles avec leur protection adéquate et effective. L'application du présent paragraphe sera conforme aux dispositions des paragraphes 3, 4 et 5 ci-après.

3. Chaque Partie contractante prend, comme il convient, les mesures législatives, administratives ou de politique générale voulues pour que soit assuré aux Parties contractantes qui fournissent des ressources génétiques, en particulier celles qui sont des pays en développement, l'accès à la technologie utilisant ces ressources et le transfert de ladite technologie selon des modalités mutuellement convenues, y compris à la technologie protégée par des brevets et autres droits de propriété intellectuelle, le cas échéant par le biais des dispositions des articles 20 et 21, dans le respect du droit international et conformément aux paragraphes 4 et 5 ci-après.

4. Chaque Partie contractante prend, comme il convient, les mesures législatives, administratives, ou de politique générale, voulues pour que le secteur privé facilite l'accès à la technologie visée au paragraphe 1 ci-dessus, sa mise au point conjointe et son transfert au bénéfice tant des institutions gouvernementales que du secteur privé des pays en développement et, à cet égard, se conforme aux obligations énoncées aux paragraphes 1, 2 et 3

ci-dessus.

5. Les Parties contractantes, reconnaissant que les brevets et autres droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur l'application de la Convention, coopèrent à cet égard sans préjudice des législations nationales et du droit international pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à l'encontre de ses objectifs.

Article 19 Gestion de la biotechnologie et répartition de ses avantages

1. Chaque Partie contractante prend les mesures législatives, administratives ou de politique voulues pour assurer la participation effective aux activités de recherche biotechnologique des Parties contractantes, en particulier les pays en développement, qui fournissent les ressources génétiques pour ces activités de recherche, si possible dans ces Parties contractantes.

2. Chaque Partie contractante prend toutes les mesures possibles pour encourager et favoriser l'accès prioritaire, sur une base juste et équitable, des Parties contractantes, en particulier des pays en développement, aux résultats et aux avantages découlant des biotechnologies fondées sur les ressources génétiques fournies par ces Parties. Cet accès se fait à des conditions convenues d'un commun accord.

3. Les Parties examinent s'il convient de prendre des mesures et d'en fixer les modalités, éventuellement sous forme d'un protocole, comprenant notamment un accord préalable donné en connaissance de cause définissant les procédures appropriées dans le domaine du transfert, de la manutention et de l'utilisation en toute sécurité de tout organisme vivant modifié résultant de la biotechnologie qui risquerait d'avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique.

4. Chaque Partie contractante communique directement ou exige que soit communiquée par toute personne physique ou morale relevant de sa juridiction et fournissant des organismes visés au paragraphe 3 ci-dessus toute information disponible relative à l'utilisation et aux règlements de sécurité exigés par ladite Partie contractante en matière de manipulation de tels organismes, ainsi que tout renseignement disponible sur l'impact défavorable potentiel des organismes spécifiques

en cause, à la Partie contractante sur le territoire de laquelle ces organismes doivent être introduits.

Annexe n°3 : Tableau comparatif des mesures et lois nationales et régionales *sui generis* relatives à la protection des savoirs traditionnels réalisé par l'OMPI en 2003.

| | | Brésil | Chine | Costa Rica | États-Unis d'Amérique | Inde | Législation modèle africaine | Pérou | Philippines | Portugal | Thaïlande |
|---|--|---------------------------------|-------------------------|------------------------------|-------------------------------|--------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|--|----------------------------|-------------------------|
| <i>Cadre juridique et d'orientation</i> | <i>Législation relative à la propriété intellectuelle</i> | | √ | | √ | | | √ | | | √ |
| | <i>Cadres d'accès et de partage des avantages</i> | √ | | √ | | √ | √ | √ | | √ | |
| | <i>Droits indigènes</i> | | | | | | | √ | √ | | |
| | <i>Lutte contre la concurrence déloyale</i> | | | | √ | | | √ | | | |
| <i>Instruments d'orientation utilisés</i> | <i>Réglementation de l'accès</i> | √ | | √ | | √ | √ | √ | √ | √ | |
| | <i>Droits exclusifs</i> | √ | √ | √ | √ | | √ | | √ | √ | √ |
| | <i>Lutte contre la concurrence déloyale</i> | | | √ | √ | | | √ | | √ | |
| | <i>Droit coutumier</i> | | | | | | √ | √ | √ | | |
| <i>Portée de l'objet</i> | <i>– Savoirs traditionnels relatifs à...</i> | patrimoine génétique | | diversité biologique | | ressources biologiques | ressources biologiques | biodiversité | | variétés de pays | |
| | <i>– Savoirs traditionnels sectoriels</i> | | médecine traditionnelle | | | | agriculture traditionnelle | | | agriculture traditionnelle | médecine traditionnelle |
| | <i>– Savoirs traditionnels détenus par...</i> | communauté autochtone et locale | | | tribus indiennes (membres de) | population locale | communauté autochtone et locale | communauté autochtone et locale | communautés culturelles autochtones et peuples autochtones | | |
| <i>Objectifs d'orientation</i> | <i>Conservation des savoirs traditionnels (et autres éléments)</i> | √ (+patrimoine génétique) | | √ (+diversité biologique) | √ (patrimoine culturel) | √ (+ressources biologiques) | √ | √ | | √ (+variétés de pays) | |
| | <i>Innovation Promotion</i> | | √ | | √ | | | √ | | √ | |
| | <i>Partage juste et équitable des avantages</i> | √ (+patrimoine génétique) | | √ (+diversité biologique) | | √ (+ressources biologiques) | √ (+ressources biologiques) | √ | √ (+ressources biologiques) | √ (+variétés de pays) | |
| | <i>Développement (durable)</i> | | | | √ | | √ | √ | √ | | |
| <i>Forme de protection</i> | <i>Positive</i> | √ | √ | √ | √ | √ | √ | √ | √ | √ | √ |
| | <i>Défensive</i> | √ | | √ | √ | √ | √ | √ | | | |
| | <i>Réglementation de l'accès</i> | √ | | √ | | √ | √ | √ | √ | √ | |
| <i>Réglementation de l'objet tangible associé</i> | | √ | √ | √ | √ | | | √ | √ | √ | √ |
| <i>Exceptions et limitations</i> | | utilisation coutumière | | utilisation coutumière | | utilisation coutumière | utilisation coutumière | utilisation coutumière | | utilisation coutumière | utilisation coutumière |

