

Chronique du CIG de la propriété intellectuelle relatives aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore- Genève, OMP, 26ème session, février 2014.

France libertés a été accréditée pour assister au 26ème CIG de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore qui s'est déroulé à Genève du 3 au 7 février dernier.

Cette session était consacrée à l'élaboration d'un projet d'instrument international destiné à régler les rapports entre propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques.

Rappelons dans quel contexte interviennent ces discussions au CIG de Genève.

Le sort des ressources génétiques de la planète est au centre des débats internationaux depuis l'adoption de la Convention sur la diversité biologique en 1992 et plus récemment le protocole de Nagoya 2010.

Ces traités environnementaux ont vocation à réglementer l'accès aux ressources génétiques et garantir un partage des avantages qui découle de leurs utilisations. L'objectif poursuivi par la communauté internationale étant la lutte contre la biopiraterie et la préservation de la biodiversité mondiale.

Ces accords internationaux font la part belle aux Etats qui demeurent souverains sur les ressources génétiques de leur territoire. Si la contribution essentielle des peuples et communauté autochtones au maintien de la diversité biologique y est reconnue à travers la valorisation des savoirs traditionnels autochtones, leurs droits sur ces savoirs sont encore largement conditionnés par la mise en œuvre que les Etats voudront bien faire de ces textes.

Or, nous le savons, la convoitise autour des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés préoccupent les autochtones du monde entier car celle-ci opère librement en violation de leurs droits fondamentaux. Ils veulent, à l'instar des Etats fournisseurs, bénéficier eux-aussi du mécanisme de l'APA mis en place par le protocole de Nagoya.

Les autochtones invoquent à juste titre la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones de 2007 qui a proclamé les droits et libertés fondamentaux des peuples autochtones. Plusieurs dispositions de ce texte visent la protection des patrimoines immatériels et culturels des peuples autochtones dont les savoirs traditionnels font partie.

Le brevet d'invention figure sans conteste parmi les avantages qui peuvent être retirés de l'accès aux ressources génétiques.

En effet, aujourd'hui dans la plupart des pays, un procédé ou un produit tiré de la propriété cosmétique ou curative d'une plante ou d'une graine peut faire l'objet d'un droit de propriété intellectuelle. L'enregistrement d'un brevet pour une innovation de ce type est tout à fait légal, permettant ainsi au propriétaire du brevet de s'octroyer un monopole d'exploitation exclusif de son produit ou de son procédé pendant 20 ans. Un savoir traditionnel a pu être à la

base de cette innovation. La communauté autochtone dont il est issu peut ne pas en avoir été informée et elle n'en retirera aucun avantage.

Si le protocole de Nagoya contient un mécanisme permettant la mise en place de l'APA¹ sur les ressources génétiques, il n'a pas vocation à réglementer le dépôt de brevet à partir de ressources génétiques en tant que telle. Car Nagoya relève du droit d'environnement et du développement durable, et le droit des brevets relève historiquement du droit de la propriété intellectuelle. Le droit de la propriété intellectuelle est donc droit autonome avec ses propres traditions et mécanismes. Au plan international, le droit de la propriété intellectuelle est régi par un organisme dépendant des Nations unies l'Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI). C'est cet organisme qui a vocation à élaborer des projets d'instruments internationaux traitant des problèmes de propriété intellectuelle.

Les bénéfices liés à l'exploitation d'un brevet d'invention à partir d'une ressource génétique sont sans conteste un avantage tiré de la biodiversité. Dans ce cas, faut-il assurer un partage équitable de cet avantage avec ceux qui par leurs connaissances ont permis l'accès à la ressource et à sa valorisation, les peuples et les communautés autochtones ? Et comment ?

C'est la mission que l'assemblée générale de l'OMPI a confiée au CIG qui tente depuis plusieurs années maintenant à travers l'élaboration d'un mécanisme de type propriété intellectuelle de garantir à la fois le droit du propriétaire de la ressource, les droits du breveté sur son innovation et les droits des détenteurs des savoirs traditionnels qui l'ont rendu possible.

Au cours de cette 26^e session du CIG de l'OMPI consacrée donc à la propriété intellectuelle sur les ressources génétiques, les débats devaient principalement porter sur l'épineuse question de « l'obligation de divulgation » de l'origine de la ressource génétique, de manière à en établir une traçabilité.

En effet, le CIG s'est fixé ici comme objectif d'élaborer un instrument qui serait l'interface entre la propriété intellectuelle, l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent.

La poursuite de cet objectif implique pour les participants le respect des lois internationales relatives à l'accès et au partage des avantages comme la Convention sur la diversité biologique, le Protocole de Nagoya et le Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

Cela implique également que les offices de propriété intellectuelle qui délivrent les brevets d'invention puissent prendre des décisions en connaissance de cause en disposant de suffisamment d'informations sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels éventuellement associés.

Lors des précédents travaux du CIG plusieurs options avaient été retenues:

¹ Accès et Partage des Avantages qui en découlent.

- **La création de bases de données sur les ressources génétiques** afin d'aider les examinateurs de brevets à déterminer l'état de la technique pertinent et éviter ainsi la délivrance de brevets par erreur.
- **L'exigence de divulgation**, c'est-à-dire une disposition qui rendrait obligatoire dans les demandes de brevets l'indication de la source ou de l'origine des ressources génétiques, pouvant aller jusqu'à la preuve du consentement préalable en connaissance de cause, et du partage des avantages.
- Certains Etats estiment au contraire que ces questions peuvent être réglées au moyen de **contrats contenant des clauses appropriées en matière de propriété intellectuelle**.
- D'autres, estiment que des **directives ou des recommandations en matière de protection défensive**, destinées à orienter les administrations chargés des brevets permettraient de réduire la probabilité que soient délivrés des brevets sur les inventions qui ne remplissent pas de brevetabilité, la nouveauté et activité inventive essentiellement.
- Enfin, il est également préconisé **l'amélioration du classement de la recherche** d'examen pour aider les examinateurs de brevets à déterminer l'état de la technique et éviter ainsi la délivrance de brevets par erreur. C'est ainsi que de nouvelles sous-classes ont été introduites il y a quelques années dans la classification internationale des brevets afin de faciliter la détermination de l'état de la technique lors du traitement de demandes portant sur les savoirs traditionnels.

Parmi toutes ces options, le CIG a considéré que **l'exigence de divulgation** était le point central de la discussion car selon lui seule l'exigence de divulgation revêt une dimension normative, et que les autres options venaient en complément ou pour la mise en œuvre de l'exigence de divulgation.

Cela signifie que le projet de texte international consacré à la propriété intellectuelle sur les ressources génétiques devra s'articuler autour de la notion centrale d'exigence de divulgation.

De quoi s'agit-il exactement ?

Il s'agit ni plus ni moins que de la possibilité de modifier le droit actuel de la propriété intellectuelle pour y introduire durant la phase d'obtention d'un brevet, une obligation d'indication de la source ou de l'origine des ressources génétiques, cette obligation pouvant aller jusqu'à réclamer la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause et du partage des avantages.

A partir de là, les participants au 26^{ème} CIG en ont rapidement conclu qu'il existe un lien indissociable et évident entre leurs travaux sur la question de la propriété intellectuelle sur les ressources génétiques et le système d'APA mis en place par le protocole de Nagoya.

En effet, de manière à le rendre conformes aux obligations en matière d'accès et de partage des avantages, notamment en ce qui concerne le consentement préalable en connaissance de cause, les conditions convenues d'un commun accord, le partage juste et équitable des avantages et la divulgation de l'origine, le protocole de Nagoya une fois entré en vigueur pourrait impliquer une modification substantielle et inédite du droit des brevets dès lors qu'une ressource génétique sera le point de départ de l'invention.

On peut se demander si l'accélération du calendrier international² va pousser les débatteurs du CIG à accélérer eux aussi leur travail de manière à présenter un projet d'instrument dans un délai raisonnable au vote de l'assemblée générale de l'OMPI.

Au cours de cette 26^{ème} session, le niveau des débats s'est élevé par rapport aux précédentes, preuve de l'intérêt porté cette question de la propriété intellectuelle et les ressources génétiques. En effet, non seulement les hauts fonctionnaires de chaque État membre de l'OMPI –les ambassadeurs- se sont réunis en marge des débats pour évoquer cette question et ses conséquences en matière de politique internationale.

Mais surtout, dans un souci de célérité, l'essentiel des discussions autour du projet de texte lui-même sont désormais livrées aux experts du CIG qui se réunissent en comité restreint. Ces experts sont des spécialistes de la propriété intellectuelle désignés par les États les plus impliqués sur ces questions ressources génétiques. Nouveauté notable au CIG, des experts sont également désignés parmi les autochtones, ce qui contribue à enrichir le débat et à éviter que celui-ci tourne autour d'une vision européen centrée de la propriété intellectuelle. De même, une entité appelée Forum autochtone rassemble l'ensemble des délégations présentes au CIG. Cette entité au départ informelle, bénéficie désormais d'un statut propre qui lui permet de s'exprimer au nom des peuples autochtones. C'est une spécificité procédurale relativement inédite dans les enceintes internationales, qui dans une certaine mesure, permet aux revendications des peuples autochtones sur le sort de leurs savoirs traditionnels de s'exprimer dans une certaine unité. Se pose tout de même la question de la représentativité du forum autochtone, compte tenu du faible nombre de délégations autochtone accréditées par l'OMPI.

A l'issue des réunions d'experts, le CIG se réunit en assemblée plénière pour valider ou amender les avancées apportées au projet de texte initial.

Sur le fond,

De nombreuses questions restent en suspens s'agissant de l'exigence de divulgation tant les intérêts de certains États divergents, et toutes les options demeurent encore possible ce qui fait de ce texte un projet encore inabouti et qui à n'en pas douter subira encore de nombreux amendements lors des prochains CIG.

Voici un florilège des questions en jeu au CIG autour de l'exigence de divulgation en lien avec les ressources génétiques :

- L'exigence de divulgation doit-elle porter sur la ressource génétique elle-même et/ou sur les savoirs traditionnels associés ?
- Cette exigence de divulgation doit-elle être obligatoire ou volontaire ?
- Quelle est l'étendue de l'information à divulguer ? Origine ou sources, preuve de l'accès légal, consentement préalable en connaissance de cause et partage des avantages ?
- Quel serait le facteur déclenchant la divulgation ? À quel niveau de relation entre la ressource génétique, le savoir traditionnel associé et l'invention revendiquée serait déclenchée l'obligation de divulgation ?

² Sachant tout de même que le protocole de Nagoya n'entrera en vigueur que lorsque 50 États l'auront ratifié.

- Quels seraient les conséquences du non-respect de cette exigence de divulgation ? Le rejet de la demande de brevet, la nullité, la non opposabilité ?
- Qui contrôlerait ou vérifieriez l'application de cette exigence ? Par exemple dans le cadre du PCT ou des ADPIC ?
- Qui serait habilité à confirmer une revendication ou à engager une action en justice pour non-respect négligence de divulgation ?
- Quelle charge ou quel coût cette exigence représente-t-elle pour les parties prenantes ?

Les délégations autochtones au CIG ont le statut d'observateurs. La prise en compte des de leur point de vue sur le texte en discussion dépend donc largement du bon vouloir des Etats. De ce point de vue, les positions au sein du CIG sont des loins d'être uniforme. Si l'union européenne, les États-Unis, Japon ont une position restrictive qui privilégie la notion de pays d'origine de la ressources génétiques plutôt que celle de sources qui renverrait implicitement aux droits des communautés et des peuples autochtones, la France elle se distingue car en accord avec sa tradition juridique d'unité et d'indivisibilité, elle ne peut admettre officiellement l'existence d'autres peuples que le peuple français sur son territoire. Elle demande donc régulièrement, par l'intermédiaire de ses représentants que soit supprimée du projet de texte toute référence à la notion de 'peuples autochtones', lui préférant celle de 'population autochtone'. Cette posture du gouvernement français qui fait que la France apparaît au CIG comme inflexible est vécue à chaque fois comme une provocation pour les représentants autochtones au CIG, dans la mesure où issus pour la plupart de pays où les traditions constitutionnelles sont pluralistes et multiculturelles, ils assimilent la position française à une négation pure et simple du droit international des peuples autochtones.

Heureusement, le forum autochtone réussit parfois à s'appuyer sur des gouvernements qui soutiennent les droits des peuples autochtones sur leurs savoirs traditionnels. Il s'agit essentiellement de la Norvège, de la Bolivie et dans une certaine mesure du Brésil, du Pérou et de l'Inde.

Il n'a de cesse de rappeler au CIG que les Nations unies ont proclamé en 2007 les droits des peuples autochtones sur leurs savoirs traditionnels et que ceux-ci devraient être intégrés dans tout projet d'instruments internationaux consacré aux ressources génétiques et la propriété intellectuelle.

Ainsi, le forum autochtone au CIG invite les Etats membres de l'OMPI à faire figurer dans leur texte les objectifs de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones ainsi que le principe-clé du consentement préalable et éclairé donné en connaissance de cause pour toute utilisation de leurs savoirs traditionnels. Cependant, les revendications des autochtones au CIG ne seront intégrées au texte final que s'ils sont repris à leur compte par un État. La marge de manœuvre du forum autochtone est donc étroite, et le soutien plein et entier du gouvernement bolivien ne suffira peut-être pas à lui seul à infléchir la logique du droit des brevets à l'œuvre à l'OMPI. Ce sera tout l'enjeu des prochaines réunions du CIG mois d'avril et au mois de juillet 2014.

Alors que les cinq jours de débats du CIG devaient être entièrement consacrés à la question de l'exigence de divulgation, les participants n'en ont pas moins profité pour évoquer des sujets connexes mais non moins pertinents. Cela commence souvent par une discussion informelle que le CIG reprend à son compte.

C'est ainsi qu'à mi-débat, les participants au CIG ont souhaité intégrer dans le projet de texte une disposition relative à la création base de données universelle sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels associés. Sur le modèle de la base de données créée par le gouvernement indien à la fin des années 2000, l'OMPI envisage la création d'un portail d'accès à une base de données mondiale contenant des informations sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels associés non secrets. Cette gigantesque source d'information serait issue du recoupement de bases de données nationales et pourquoi pas de bases de données appartenant aux peuples et communautés autochtones eux-mêmes comme c'est le cas pour certaines tribus aborigènes d'Australie.

Cette idée de portail d'accès à une base de données mondiale sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels a reçu un écho favorable de la part des participants au CIG. Sa création irait dans le sens d'une protection défensive des savoirs traditionnels autochtones et permettrait ainsi d'empêcher la délivrance de brevets d'invention par erreur mais également de détecter l'existence de brevets frauduleux.

En effet, en élargissant considérablement l'état de la technique en matière d'innovation à partir des ressources génétiques, cette base de données mondiale empêcherait pour l'avenir l'enregistrement de brevets dépourvus de nouveauté ou d'activité inventive, principaux critères de la brevetabilité d'une invention. Mais ne permettrait-elle pas également de remettre en cause la validité de certains brevets d'invention déjà délivrés ?

Si dans son principe l'idée de la base de données a reçu les faveurs du CIG, nos amis autochtones doivent se poser certaines interrogations cruciales pour que soit préservés leurs droits sur les savoirs traditionnels.

Qui pourra avoir accès à ces bases de données ? Les examinateurs des offices de propriété intellectuelle exclusivement, ou le grand public ? Les ressources génétiques et les savoirs traditionnels associés qui seront retranscrits dans cette base de données auront-ils été divulgués en connaissance de cause par les peuples autochtones qui en sont détenteurs ? Cette base ne pourra en aucun cas contenir de ressources génétiques ou de savoirs traditionnels secrets et sacrés pour les autochtones. Enfin, n'y aura-t-il pas un risque important de piratage de ces bases dans l'hypothèse où l'accès en serait restreint ?

De surcroît, si l'idée semble bonne, il n'est pas du tout certain qu'elle trouve sa place au sein du projet d'instrument international actuellement en discussion. En effet, d'aucuns au CIG estiment que ce portail peut être mis en place indépendamment de tout nouvel instrument normatif.

Au final, les travaux du 26^e CIG de l'OMPI se sont conclus par l'adoption d'un nouveau projet de texte consacré à la propriété intellectuelle et aux ressources génétiques, intégrant l'ensemble des amendements et révisions intervenu au cours de cette semaine de débats intenses et passionnants. (Projet Rev.2)

Cependant, la pertinence des échanges, les avancées réelles sur projet de texte en lui-même, ne doivent pas nous laisser bercer et nous faire sombrer dans un optimisme béat.

En effet, de sérieuses incertitudes demeurent quant à l'aboutissement des travaux du CIG eux-mêmes. Cela fait maintenant plus de 10 ans que l'OMPI travaille sur ces questions de

propriété intellectuelle liées aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions du folklore. Le sujet est si vaste et si complexe à appréhender pour l'OMPI que l'organisation a préféré scinder le travail en trois sous-groupes : les ressources génétiques, les savoirs traditionnels, les expressions du folklore. Si le 26^e CIG était consacré aux ressources génétiques, le 27^e sera consacré aux savoirs traditionnels et aux expressions du folklore qui font l'objet d'un projet d'instrument international à part. Deux projets instrument. Est-ce cohérent ? N'y aurait-il pas un instrument de trop ? Pour les autochtones, les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions du folklore font partie d'un seul et même ensemble, leur patrimoine immatériel et culturel. La division du travail opérée par l'OMPI revêt donc pour eux un caractère artificiel, et on peut se demander si la méthodologie adoptée par le CIG n'est pas a priori défavorable aux intérêts des peuples autochtones.

Ceci étant, Malgré d'inévitables lacunes, on doit admettre que les délégations autochtones ont acquis au fil des années un statut jusque là inédit au sein d'une organisation intergouvernementale. Les conceptions alternatives que celles-ci ont apportées aux débats, ont sans conteste contribué à faire bouger les lignes chez les représentants des Etats, habituellement garants de l'orthodoxie en matière de propriété intellectuelle.

C'est comme cela qu'il faut comprendre l'intervention du Président du CIG, le jamaïcain Wayne McCock, qui devant la résistance au changement affichée par certains gouvernements, a exhorté les délégués gouvernementaux : « *....sur ces questions de ressources génétiques et de savoirs traditionnelles, à voir au-delà du droit de la propriété intellectuelle strictement entendu...* ».

En 2013, l'assemblée générale de l'OMPI a reconduit le mandat du CIG pour deux ans supplémentaires estimant que le travail devait être approfondi avant de soumettre tout projet de texte d'instrument international au vote. Elle examinera les progrès effectués à mi mandat, c'est-à-dire mois de septembre 2014.

D'ici là, bien que la mission dévolue au CIG s'apparente à une gageure, le rôle de France-libertés est de venir au soutien des peuples autochtones dans leur combat pour faire reconnaître leurs droits au sein de la propriété intellectuelle. Cela peut passer par l'assistance d'une ou de plusieurs délégations autochtones sur place. Cela passe par des interventions qui viennent demander l'application du droit des peuples autochtones tels que reconnu dans les instruments internationaux pertinents comme la Déclaration des Nations unies de 2007, la convention 169 de l'OIT ainsi que la Convention sur la diversité biologique et le protocole de Nagoya de 2010. Cela passe aussi par les interventions ponctuelles ou des suggestions sur les points débattus à l'ordre du jour comme le permet le statut d'observateur. La règle étant que si une suggestion émise par un observateur est appuyée par un État membre du CIG, celle-ci est intégrée au projet de texte. C'est donc une occasion unique pour France libertés d'exercer son plaidoyer en faveur des droits des peuples autochtones sur leurs savoirs traditionnels, et apporter sa contribution à la lutte contre la bio piraterie.

Cyril COSTES