

UNIVERSITE DE LIMOGES
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES DE LIMOGES
C.R.I.D.E.A.U

**PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS
ASSOCIÉS AUX RESSOURCES GENETIQUES :
CADRE JURIDIQUE INTERNATIONAL**

MEMOIRE
Préparé et soutenu par
Ana Rachel TEIXEIRA-MAZAUDOUX

En vue de l'obtention du
DIPLOME d'ETUDES APPROFONDIES
« Droit de l'environnement et de l'urbanisme »

Sous la direction de :
Michel PRIEUR

Année universitaire : 2002/2003
Actualisé début 2007

REMERCIEMENTS

Mes remerciements spéciaux à **Ali MEKOUAR** qui avec sa remarquable sagesse et gentillesse m'a guidée pendant la période de préparation du présent travail.

A **Michel PRIEUR** pour sa confiance en ma recherche et dont la force de travail et de lutte pour la protection de l'environnement m'ont stimulée à croire et à continuer la bataille.

A **Olivier MAZAUDOUX** simplement pour avoir été là, avec dévouement et patience, qualités inhérentes à sa personnalité éclairée. Ma source d'inspiration.

A mes amours: **João Felipe** et **Julia** pour qui tout a commencé et à qui je dédie toute ma joie, mon amour, ma vie

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS :

AADPIC	Accord sur les ADPIC
ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
AOC	Appellation d'Origine Contrôlée
ATM	Accord de transfert de matériel
CCE	Comité du Commerce et de l'environnement
CDB	Convention sur la Diversité Biologique
CEP	Consentement éclairé et préalable
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
DIC	Droits intellectuels collectifs
DPI	Droit de propriété intellectuelle
DRT	Droits sur les ressources traditionnelles
FAO	Food Agriculture Organisation (Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture)
INAO	Institut National des Appellations d'Origine
OMC	Organisation Mondiale du Commerce
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
ONG	Organisation non gouvernementale
OUA	Organisation de l'Unité Africaine
PA	Partage des avantages
RG	Ressources génétiques
RPAA	Ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture
RSG	Régime <i>sui generis</i>
ST	Savoirs Traditionnels
STA	Savoirs Traditionnels Associés
STARG	Savoirs Traditionnels Associés aux Ressources Génétiques
TIRPAA	Traité International sur les Ressources phytogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture
UPOV	Union internationale pour la protection des obtentions végétales

SOMMAIRE

Abréviations	3
Introduction	5

PARTIE 1 : RECONNAISSANCE DES SAVOIRS TRADITIONNELS ASSOCIES AU SEIN DES INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX	27
---	-----------

<u>Chap.1</u> : LA CONVENTION SUR LA DIVERSITE BIOLOGIQUE :	28
Section 1 - L'apport de la CDB une question controversée	29
Section 2 – Les dispositions de la CDB sur les savoirs traditionnels associés: l'article 8 (j)	39

<u>Chap.2</u> – L'ACCORD SUR LES ASPECTS DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE QUI TOUCHENT LE COMMERCE (AADPIC)- OMC	54
Section 1 - L'AADPIC, un accord de règles « minimales » : les jeux d'intérêts et les dispositions concrètes.	55
Section 2 - Les savoirs traditionnels dans le cadre de l'AADPIC et la révision de l'article 27.3(b).	61

<u>Chap.3</u> – TRAITE INTERNATIONAL SUR LES RESSOURCES PHYTOGENETIQUES SUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE (TIRPAA).	67
Section 1 - Les innovations du TIRPAA : reconnaissance des droits des agriculteurs	69
Section 2 - Quels sont les droits des agriculteurs ?	81

PARTIE 2 : MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS ASSOCIES : REGIMES JURIDIQUES ENVISAGEABLES	90
--	-----------

<u>Chap. 4</u> – PROPRIETE INTELLECTUELLE TRADITIONNELLE	91
Section 1 - Les savoirs traditionnels au sein de la propriété intellectuelle	92
Section 2 - La propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels : nature et applicabilité du régime.	102

<u>Chap. 5</u> – REGIME <i>SUI GENERIS</i> DE PROPRIETE INTELLECTUELLE	118
Section 1 - La propriété intellectuelle : un système dynamique de protection.	119
Section 2 – L'évolution du droit de la propriété intellectuelle	124

<u>Chap.6</u> – UN REGIME <i>SUI GENERIS</i> DISTINCT	132
Section 1 - D'une approche sectorielle à une approche intégrée des savoirs traditionnels	134
Section 2 - Droits Intellectuels Collectifs (DIC)	138
Section 3 - Les éléments <i>sui generis</i> envisagés au sein de l'OMPI et de la CDB: état de lieu	142

Annexes	162
Bibliographie	178
Liste des tableaux	184
Table de matière	185

INTRODUCTION

Un des plus grands défis du droit de l'environnement contemporain consiste sans doute en l'adaptation et en la création des instruments juridiques efficaces à la mise en œuvre de la protection de la diversité biologique mondiale, de ses composants, et des savoirs traditionnels des communautés locales et autochtones associées aux ressources génétiques.

Tout d'abord, il faut souligner les différences et les évolutions économiques et géopolitiques de la distribution et de l'utilisation de la biodiversité¹ mondiale, qui montrent la nécessité, mais également les difficultés juridiques pour établir un système de protection et de mise en valeur de la biodiversité, qui soit à la fois accepté et acceptable.

La distribution géopolitique de la biodiversité :

La diversité biologique² mondiale se trouve largement distribuée en proportion inverse à la capacité technologique et scientifique. En conséquence, « plusieurs pays détenteurs d'une grande diversité biologique, avec une économie en développement et des infrastructures scientifiques limitées, ne participent pas activement aux rapides avancées technologiques et scientifiques, qui créent de nouveaux usages pour ces ressources »³.

Mais, si la réalité des pays en développement est loin d'être idéale en termes technologiques, la plupart des pays développés (organismes publics et privés de recherche, entreprises de plusieurs secteurs, universités...), qui sont très avancés à cet égard, nécessitent de matière première, en l'occurrence de ressources biologiques (et génétiques), pour développer des études, des nouveaux usages et des produits de pointe, ce qu'ils font dans la plus part des cas « au-delà de leurs frontières »⁴.

Ainsi, les ressources génétiques qui constituaient déjà un bien d'intérêt écologique pour la communauté internationale entière, actuellement, représentent un intérêt économique croissant, dont la préservation est essentielle⁵.

La biodiversité et ses ressources :

Les définitions de ressources biologiques, de ressources génétiques et de matériel génétique sont essentielles pour la compréhension exacte du présent travail. Ainsi, pour mieux les présenter, elles ont été reproduites dans le tableau ci-dessous.

¹ « Le terme 'biodiversité', contraction de 'diversité biologique', a été adopté pour la première fois en 1985 pour nommer le Forum International sur la Biodiversité qui a eu lieu à Washington, en septembre 1986 », in SANT'ANA, Paulo José Péret de, *Bioprospecção no Brasil, contribuições para uma gestão ética*, Brasília: Paralelo 15, 2002, page 29.

² La diversité biologique est définie par la CDB à l'art. 2 lequel est reproduit dans le « TABLEAU 01 » à la page 5. Les composants de la biodiversité sont : le matériel génétique, les populations, les espèces, les communautés, les écosystèmes et les habitats.

³ D'après 'MACILWAIN, 1998', cité par LAIRD Sarah et KATE Kerry Ten, LAIRD, Sarah Laird, Org., *Biodiversity and traditional knowledge, equitable partnerships in Practice*. London: Earthscan publications Ltd., 2002., page 241.

⁴ LAIRD Sarah, *op.cit.*, page 241.

⁵ Selon le document « Accès aux ressources et rémunération des savoirs » de la SOLAGRAL, ONG française, « dans la perspective de l'industrie pharmaceutique, l'extinction de chaque plante médicinale pourrait entraîner une perte potentielle de plus de 200 millions de dollars. ». Plus informations dans le site : www.solagral.org

TABLEAU 01:
Définitions de l'article 2 de la CDB :

Diversité biologique : variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes.

Ressources biologiques : les organismes ou éléments de ceux-ci, les populations, ou tout autre élément biotique des écosystèmes ayant une utilisation ou une valeur effective ou potentielle pour l'humanité.

Ressources génétiques : le matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle.

Matériel génétique : le matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité.

Condition in situ : conditions caractérisées par l'existence de ressources génétiques au sein d'écosystèmes et d'habitats naturels et, dans le cas des espèces domestiquées et cultivées, dans le milieu où se sont développés leurs caractères distinctifs.

Conservation ex situ : la conservation d'éléments constitutifs de la diversité biologique en dehors de leur milieu naturel.

Conservation in situ : la conservation des écosystèmes et des habitats naturels et le maintien et la reconstitution de populations viables d'espèces dans leur milieu naturel et, dans le cas des espèces domestiquées et cultivées, dans le milieu où se sont développés leurs caractères distinctifs.

Pays d'origine des ressources génétiques : pays qui possède ces ressources génétiques dans des conditions in situ.

Pays fournisseur de ressources génétiques : tout pays qui fournit des ressources génétiques récoltées auprès de sources in situ, y compris les populations d'espèces sauvages ou domestiquées, ou prélevées auprès de sources ex situ, qu'elles soient ou non originaires de ce pays.

Utilisation durable : l'utilisation des éléments constitutifs de la diversité biologique d'une manière et à un rythme qui n'entraînent pas leur appauvrissement à long terme, et sauvegardent ainsi leur potentiel pour satisfaire les besoins et les aspirations des générations présentes et futures.

Biotechnologie : toute application technologique qui utilise des systèmes biologiques, des organismes vivants, ou des dérivés de ceux-ci, pour réaliser ou modifier des produits ou des procédés à usage spécifique.

Technologie : toute technologie y compris la biotechnologie.

A noter le rapport très intime existant entre le concept de biodiversité et les ressources lui étant inhérentes.

La biodiversité correspond à la variété des différentes formes de vie, considérées comme telle du niveau génétique au niveau de l'écosystème. Les ressources, par contre, renvoient à tout ce qui peut être utile à une finalité humaine, notamment sa position dynamique et sa fonction comme moyen de développement⁶.

La valeur économique des ressources génétiques :

Les ressources génétiques représentent une matière première de grande valeur pour certains secteurs industriels (médicaments, biotechnologie, semences, cosmétiques etc.), qui constituent une grosse tranche de l'industrie des pays développés. Ces industries, dominatrices de techniques et de technologies plus avancées, utilisent de telles ressources *in nature*, manipulées et/ou modifiées génétiquement, de manière à atteindre des produits à très forte valeur commerciale et à fort impact économique.

L'importance de ce marché se traduit dans des données vraiment significatives : « selon le Jardin Botanique de Londres, l'industrie pharmaceutique rapporte, dans le monde entier, environ U\$S 75 milliards, l'industrie de semence U\$S 30 milliards et les autres secteurs plus de U\$S 60.00 milliards »⁷. Le flux des ressources génétiques est presque immesurable, étant estimé entre « U\$S 500 et U\$S 800 milliards annuels aux champs de la biotechnologie, agro-industriel, pharmaceutique etc. »⁸.

Après des siècles et des siècles de commerce, d'échanges entre des pays, colonies, continents, il y a eu un inévitable déplacement de plusieurs espèces d'une place à l'autre. Nombreuses espèces et variétés biologiques se trouvent cultivées *ex situ* et *in situ* dans des territoires étrangers à ceux de leur origine, étant la plupart de temps dans les pays développés⁹.

En effet, malgré l'occurrence de cette libre circulation pendant des siècles, et de l'actuelle et incontestée existence d'espèces originaires et endémiques des pays en développement, riches en biodiversité, dans les pays développés, l'extraordinaire quantité d'espèces à découvrir encore et à étudier (leurs qualités chimiques, pharmacologiques, nutritionnelles etc.), représente un créneau à exploiter. Telle activité constitue ainsi une des cibles des secteurs industriels susmentionnés, étant donnée la potentialité de création de nouveaux produits commercialisables.

Les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques : un raccourci précieux :

L'accès aux ressources génétiques, à son tour, peut être, ou non, associé aux savoirs traditionnels d'une communauté autochtone ou non autochtone. Ces communautés, depuis longtemps déjà, ont mis en valeur leurs savoirs traditionnels en consolidant, améliorant,

⁶ Distinction faite par Paulo José Sant'ana, in SANT'ANA, Paulo José Péret de, *op.cit.*, page 30-31.

⁷ LIMA et BENSUSAN, Documentos ISA 8, *Quem cala consente ?*, page 5.

⁸ FEBRES Maria Elisa, in `La regulación del acceso a los recursos genéticos em Venezuela`, Prologo XIII.

⁹ Les jardins botaniques eux-mêmes fonctionnent aujourd'hui comme de riches banques de germoplasme, étant donné que « au 18ème siècle, les jardins botaniques - originaires établis, en tant que jardins médicaux, attachés aux universités européennes aux 16ème et 17ème siècles – faisaient du courtage pour le transfert des éventails d'espèces autour du globe. Ceux-ci ont inclus le café, des oranges, des bananes, le quinquina et l'acajou », in LAIRD Sarah, *Biodiversity and traditional knowledge*,. page 241.

modifiant et en ajoutant leurs savoirs empiriques aux formes d'aménagement, de manipulation, de plantation et d'utilisation de ressources génétiques et biologiques.

Ainsi, les savoirs traditionnels associés représentent un attrait pour les pays riches. Ces savoirs fonctionnent donc comme un raccourci à la découverte de nouveaux produits¹⁰, résultant de la réduction de plusieurs années de recherche et de l'économie de millions en investissements, potentialisant énormément le pouvoir recherche-produit de ces sociétés.

Selon les données de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle Brésilien, « les industries économisent jusqu'à 400% en temps de recherche quand elles sont aidées par les traces fournies par les populations traditionnelles »¹¹. Dans le cas du secteur pharmaceutique, par exemple, « sur 120 produits pharmaceutiques dérivés des plantes en 1985, 75% avait été découverts à travers l'étude de leur usage médical traditionnel »¹².

D'un autre côté, les populations traditionnelles ont toujours eu un rôle très important dans la conservation de la biodiversité. L'application de leurs pratiques traditionnelles a beaucoup aidé, non seulement au développement d'une importante gamme de connaissances sur l'usage de la diversité biologique, mais surtout à sa conservation et à sa préservation.

Donc, ces communautés, de part leurs pratiques et connaissances, ont une double importance relative à la biodiversité. Elles jouent en même temps le rôle d'agent facilitant son usage (important pour les secteurs industriels et pour les institutions de recherche publiques ou privées) et le rôle de gardien de la diversité biologique (étant d'extrême importance à ces derniers et à toute l'humanité).

De la libre circulation à la reconnaissance du principe de souveraineté des pays sur leurs ressources génétiques :

Toutefois, malgré son importance et sa reconnaissance dans les forums internationaux dès les années 1980, pendant longtemps, l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés à ces ressources était libre. Il n'y avait pas d'obligations au niveau international de rétribuer les communautés autochtones ou locales pour l'utilisation de leurs savoirs.

De la même façon, pendant des années la diversité biologique mondiale a eu le statut de fait de patrimoine de l'humanité, dont le libre accès a accentué les différences entre les pays fournisseurs de ressources génétiques, normalement en développement, et les pays utilisateurs de ces ressources, notamment développés.

¹⁰ Une telle utilisation constitue ce que l'on appelle « l'ethnopharmacologie laquelle est définie comme 'l'exploration scientifique interdisciplinaire des agents biologiquement actifs, traditionnellement employés ou observés par l'homme '(Bruhn et Holmstedt, 1982; Holmstedt et Bruhn, 1983). L'ethnopharmacologie constitue un élément méthodologique fondamental dans la recherche de nouvelles substances bioactives. La société anglaise Hutton Molecular Development et la Shaman Pharmaceuticals, des E.U.A., adoptent l'ethnopharmacologie comme une des stratégies pour le développement de médicaments ». Voir : SANDES Alice Rayol Ramos e DI BLASI Gabriel, "Biodiversidade e Diversidade Química e Genética, Aspectos Relacionados com a Propriedade Intelectual no Brasil" in *Revista Biotecnologia Ciência & Desenvolvimento Edição 13 - ano II* março/abril de 2000, page 28.

¹¹ LIMA et BENSUSAN, Documentos ISA 8, *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*, page 5.

¹² D'après Farnsworth *et al*, 1985, in LAIRD Sarah, *Biodiversity and traditional knowledge*, op.cit. Note 3, page 270.

Seulement après l'apparition de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB)¹³, les ressources sont passées au statut de patrimoine national, devant être protégé et contrôlé par les pays selon le principe de souveraineté.

En ce qui concerne les savoirs traditionnels associés, la CDB a reconnu, dans son article 8 (j), l'importance de ces connaissances, en disposant que les pays détenteurs de biodiversité, sous réserve des dispositions de leurs législations nationales, devaient créer des instruments de protection des savoirs traditionnels associés de leurs communautés locales et peuples indigènes, en stimulant leur utilisation avec l'approbation et la participation des détenteurs, ainsi que la répartition équitable des bénéfices originaires de cet usage.

Toutefois, malgré ces dispositions sur l'accès aux savoirs traditionnels et la répartition juste et équitable des bénéfices, mentionnés au sein de l'article 8 (j), mais aussi dans les articles 10 (c), 15,16 et 19 de la CDB, il n'y a pas de définition sur les bases dans lesquelles se fera l'accès et la dite répartition.

Cela n'implique pas de dire que l'absence de ces normes ait empêché que des contrats d'accès soient fixés entre des sociétés, jardins botaniques, communautés traditionnelles et instituts de pays dans le monde entier, absolument pas ! Il s'agit là d'une lacune dans la définition de ces procédures, qui, si elle ne la rend pas impossible, au moins rend difficile son application, étant un obstacle décourageant à l'accès et à l'utilisation des savoirs traditionnels associés à la biodiversité.

Dans le cadre de la CDB, un groupe de travail spécial de composition non limitée a été constitué sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages (APA), avec l'intention d'établir des solutions aux imprécisions relatives à l'accès aux ressources génétiques, mais aussi à l'accès aux savoirs traditionnels, cités ci-dessus.

En effet, bien que le contexte décrit ait évolué, par rapport à la réglementation de l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages (APA) dans certains des pays signataires de CDB, la pratique laisse entrevoir que la forme de répartition des bénéfices adoptée, ainsi que la notion de répartition juste et équitable, varient suivant le secteur industriel, les secteurs de production, les recherches individuelles et les programmes de développement, impliqués dans l'accès. Ainsi, il s'observe que la répartition « juste et équitable » pour être mieux réussie doit prendre en compte les circonstances spécifiques des acteurs et de l'objet en question, les conditions devant être fixées et ajustées aux circonstances spécifiques, de forme casuistique¹⁴. Malgré ce caractère casuistique, il ne faut pas négliger la nécessité d'établir certaines règles basiques, minimales qui devront être suivies par les Parties contractantes, pour éviter les abus découlant du déséquilibre économique, scientifique et juridique, qui peut exister entre les Parties.

Si d'une part la définition des bases de l'accès reste sans réponse pour la communauté juridique, les dispositions relatives à l'article 8 (j) ne sont pas plus claires. Pour cela la 4^{ème} Conférence de Parties (COP-4), a décidé¹⁵ de créer un groupe de travail spécial sur l'art. 8j, dont les objectifs sont ; entre autres, 1) de clarifier à la COP des questions relatives aux systèmes juridiques appropriés pour la protection des savoirs traditionnels, 2) d'établir un programme de travail aux niveaux national et international, 3) en coordonnant les travaux de la CDB avec les autres organisations internationales sur ce sujet, ainsi que les travaux du

¹³ Convention sur la Diversité Biologique, Conférence des Nations Unies pour l'environnement et le développement, Sommet de la Terre, Rio de Janeiro, Juin 1992.

¹⁴ LAIRD Sarah, *Biodiversity and traditional knowledge*, page 272.

¹⁵ Décision IV/9 de la Conférence des Parties de la CDB.

groupe sur l'article 8 (j) avec les autres groupes de travail existant au sein de la CDB, et 4) de suggérer de nouveaux mécanismes pour renforcer la coopération à l'échelle internationale entre les communautés locales et autochtones etc.¹⁶

La nécessité d'un bilan juridique sur la situation actuelle de la mise en œuvre de la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques et du partage des avantages est, ainsi, prééminente.

Un thème multidisciplinaire :

Le thème sous analysé est extrêmement riche, soit par son pluralisme subjectif, soit par son caractère multidisciplinaire. Dans ce domaine, l'approche juridique se restreindra, rarement, aux questions de nature purement juridiques sans rentrer dans d'autres matières, même par simples ricochet, comme la biologie, l'anthropologie, l'économie, les relations internationales.

Il y a plusieurs questions qui sont impossible à confronter à une vision exclusivement juridique. La multiplicité des sujets et la spécificité de leur constitution politique, sociale, culturelle et économique, qui sont dans la plupart du temps, complètement hors du fonctionnement de la société capitaliste, consommatrice et industrialisée actuelle, fait de la formulation d'un régime de protection des savoirs traditionnels un des plus grands challenges des sciences juridiques.

Par conséquent, cet éclectisme thématique amène les juristes à l'intégration ou à la coopération avec des anthropologues, sociologues, biologistes, etc. pour pouvoir comprendre tout d'abord l'objet et le sujet de la protection juridique et, deuxièmement, pour pouvoir adapter les instruments juridiques existants aux nouveaux types de « biens » à protéger.

Les précisions conceptuelles préliminaires :

Le contexte antérieurement décrit, rend la matière très souvent extrêmement difficile, spécialement au moment de la préparation de la loi et de son interprétation. Par conséquent, avant de rentrer sur le terrain de l'accès aux savoirs traditionnels aux ressources génétiques, il vaut mieux aborder quelques définitions pour mieux comprendre et, surtout, pour délimiter le thème.

Les définitions sur la biodiversité et ses ressources ont déjà été citées antérieurement (TABLEAU 01), la prochaine étape sera donc la définition des trois éléments qui constituent la base du présent travail :

- 1) l'objet de la protection : les *savoirs traditionnels* associés aux ressources génétiques ;
- 2) les sujets du droit de protection : les *communautés autochtones et locales* ;
- 3) l'activité (ou le fait juridique) qui doit être réglementé : *l'accès* à ces savoirs.

¹⁶ Pour une analyse plus approfondie sur le groupe de travail sur l'article 8 (j), voir la Section 2, du Chapitre 1.

1. L'objet de la protection : les savoirs traditionnels

A l'égard de l'objet de la protection, trois points méritent d'être soulevés, ils sont relatifs : a) à sa nature juridique, b) à ses catégories et c) à sa définition.

a. Les savoirs traditionnels : un patrimoine immatériel

La nature juridique des *savoirs traditionnels associés* est intrinsèquement liée à celle des *savoirs traditionnels*, classe à laquelle ils font partie. Alors pour arriver à la nature juridique des *savoirs traditionnels associés*, il suffit d'analyser celle des savoirs traditionnels *lato sensu*. Les *savoirs traditionnels*, quant à eux, ont juridiquement la nature de **patrimoine immatériel**.

En fait, les *savoirs traditionnels* constituent un patrimoine culturel immatériel extrêmement diversifié¹⁷ et difficilement encadré, dont les *savoirs traditionnels associés* ne représentent qu'une infime partie.

Le patrimoine culturel immatériel, selon l'UNESCO¹⁸, pourrait être défini comme étant:

Le patrimoine culturel immatériel

«Les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. Aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communautés, groupes et individus, et d'un développement durable».

Ce patrimoine représente pour les populations autochtones la base de leur identité laquelle se trouve liée dans l'histoire : « La philosophie, les valeurs, le code éthique et le mode de pensée véhiculés par les traditions orales, les langues et les différentes manifestations culturelles constituent les fondements de la vie communautaire »¹⁹.

¹⁸ Art. 2° de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel Immatériel de l'UNESCO, approuvé le 17 octobre 2003 et entrée en vigueur le 20 avril 2006. Disponible sur le site : www.unesco.org.

¹⁹ Texte de l'UNESCO sur le rapport des communautés et leur patrimoine culturel immatériel. Site : www.unesco.org.

Si d'un côté ce patrimoine culturel immatériel représente une source identitaire d'importance essentielle pour ses détenteurs, d'un autre, dans le cas de certaines communautés traditionnelles (locales et autochtones), ces pratiques traditionnellement durables constituent aussi une source de conservation de la nature particulièrement efficace.

Les données sont expressives : au Brésil, pays « mégabiodivers », il a été constaté que « plus de 40% des terrains d'extrême importance biologique et 36% des zones de plus haute importance biologique dans l'Amazonie se trouvent dans les terres indigènes »²⁰. Ces pourcentages sont capables de démontrer le rapport intrinsèque entre les communautés autochtones et la préservation de la diversité biologique.

Les communautés autochtones et locales ont également développé à travers le temps une façon empirique d'identifier les composants de la diversité biologique, dont son utilisation. Ainsi, vu « l'état incomplet des taxinomies de la plupart des traits génétiques caractéristiques des espèces et des écosystèmes, et de la pénurie de taxinomistes formés, les systèmes communautaires de classification taxinomique peuvent aussi ajouter de nouvelles dimensions au niveau des informations et de la compréhension aux connaissances que nous avons de la diversité biologique et des nombreux facteurs qui influent sur elle »²¹.

L'importance de sa protection (par la création des droits sur les savoirs traditionnels) ne se limite donc pas à la préservation de l'identité culturelle des populations traditionnelles, mais se montre extrêmement importante pour la préservation de la nature, par la connaissance plus approfondie de ses éléments, qui sont la plupart encore inconnus. Tout ceci se fonde sur la relation symbiotique et inextricable existante entre le caractère culturel et biologique de la biodiversité.

Toutefois, pour protéger les savoirs traditionnels associés, il faut d'abord bien les encadrer, en les distinguant des autres types de savoirs traditionnels existants. Mais la classification ou la typologie des savoirs traditionnels *lato sensu* n'est pas si simple, comme on le verra dans le prochain point. La ligne séparatrice des *savoirs traditionnels* et les *Savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques (STARG)*, est quelquefois vraiment subtile.

b) les types de savoirs traditionnels :

Le champ d'application relatif aux savoirs traditionnels a fait l'objet d'une augmentation notable, avec par exemple « les remèdes et les pratiques médicinales, les connaissances relatives à la diversité biologique et aux ressources phytogénétiques destinées à l'alimentation et à l'agriculture »²².

En conséquence, ils sont objet d'étude dans plusieurs domaines qui vont de l'alimentation et de l'agriculture, de la diversité biologique et de l'environnement, en passant par la réglementation en matière de biotechnologie, par les droits de l'homme, les politiques culturelles, jusqu'aux questions relatives au développement commercial et économique lié à leur utilisation.

²⁰ SANTILLI, Juliana, "Biodiversidade e conhecimento tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção", in LIMA et BENSUSAN, Documentos ISA 8, « *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais* », page 55.

²¹ Idem.

²² Voir le document WIPO/GTRKF/IC/3/9, du 20 mai 2002 : "savoirs traditionnels – terminologie et définitions", sur le site: www.wipo.org

En effet, les savoirs traditionnels ratissent très large. Ils peuvent être associés aux langues, aux rites, aux contes, enfin, à tout l'ensemble du folklore d'une ou de plusieurs communautés autochtones et locales, comme ils peuvent porter sur des éléments de la nature (diversité biologique), leur usage et leur fonctionnement, d'une façon tout aussi large (agriculture, pharmacologie, cosmétique...).

Or, pour délimiter l'objet d'étude, il faut donc établir la distinction entre les divers savoirs traditionnels existants. Malgré l'existence de classifications qui les distinguent en plusieurs catégories²³, la distinction en deux classes différentes est suffisante à la délimitation de l'objet au sein du présent travail. Par conséquent, les savoirs traditionnels peuvent être encadrés ainsi :

1) Savoir (patrimoine) folklorique et culturel traditionnel – ces premiers sont les savoirs traditionnels liés au folklore et à toute expression culturelle qui n'ont pas de liaison directe avec l'identification et l'utilisation des éléments de la biodiversité, parmi ces connaissances, se trouvent : les langues, les rites, les ustensiles, les contes, les sites sacrés, les vêtements, etc. qui appartiennent à une ou plusieurs communautés dite traditionnelles et/ou locales/

2) Savoirs traditionnels associés – les deuxièmes sont les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques²⁴ (**STARG**), ainsi dénommés parce qu'ils sont liés à des éléments de la nature, associés à la biodiversité (usage, taxonomie et les facteurs qui ont une influence sur ses composants). Ces derniers sont désignés comme étant les savoirs traditionnels *stricto sensu*²⁵.

Dans le présent travail, l'objet d'étude se restreindra à la deuxième catégorie, même si pour les détenteurs de ses savoirs, l'ensemble de leurs connaissances paraît être indissociable.

b) La définition des savoirs traditionnels

Vu la diversité des savoirs traditionnels existants, les définitions sont variées. Chaque instance qui aborde la protection de ces savoirs leur donne une signification différente, en les traitant « d'une manière décentralisée et hétérogène, chacune selon son domaine d'action, le contexte culturel et éthique, les méthodes d'analyse et les concepts juridiques qui lui sont propres »²⁶.

Dans le cadre de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), le Comité intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relatif aux ressources génétiques,

²³ Les catégories sont : a) patrimoine culturel b) patrimoine traditionnel et c) savoirs traditionnels. Pour plus de détails sur les distinctions des patrimoines traditionnels, voir Henri-Phillippe SAMBUC, *La Protection Internationale des Savoirs Traditionnels : La nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, Harmattan, Paris, 2003, pages 79 à 85.

²⁴ Il n'y a pas de consensus sur le terme de savoir traditionnel (ou connaissance traditionnelle) associé aux ressources génétiques. Dans plusieurs documents, il est possible de trouver des termes comme savoirs ou connaissances traditionnels associés aux ressources biologiques, ou associés à la biodiversité, ou liés à la biodiversité etc. Enfin, il y a plusieurs formes de référence aux savoirs traditionnels. Dans ce document le terme employé est celui de savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, parce qu'il se réfère toujours à l'accès aux ressources génétique et à son utilisation.

²⁵ SAMBUC Henri-Phillippe, *La Protection Internationale des Savoirs Traditionnels : La nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, Harmattan, Paris, 2003, pages 85.

²⁶ Idem.

aux savoirs traditionnels et au folklore²⁷ dans sa troisième session à Genève, a produit un document sur les terminologies et définitions appliquées aux savoirs traditionnels aux sens large. Voici l'énumération retrouvée dans le document mentionné des termes utilisés pour les nommés : Savoirs traditionnels, Connaissances traditionnelles, Savoirs autochtones, Connaissances autochtones, Savoirs communautaires, Connaissances écologiques traditionnelles, Savoirs locaux, Connaissance traditionnelle de l'environnement, Tradition aborigène, Patrimoine culturel, Folklore, Expressions du folklore, Médecine traditionnelle, Propriété culturelle, Patrimoine autochtone, Propriété culturelle et intellectuelle autochtone, Propriété intellectuelle autochtone, Droits coutumiers en matière de patrimoine, Connaissances, innovations et pratiques traditionnelles, Culture populaire et Élément intangible.

Le pluralisme terminologique et conceptuel que l'on peut observer est étonnant. Les savoirs peuvent avoir des connotations très différenciées. Jusque là, il n'existe pas une définition unique et pacifiquement acceptée par la doctrine comme par les institutions internationales, mais seulement une « notion »²⁸. Donc, la fixation des objectifs et du type de protection recherchée est essentielle à la formulation d'une définition appropriée et précise des "savoirs traditionnels".

A cet égard, le Groupe Crucible II ²⁹ s'est prononcé en démontrant que les connaissances autochtones et locales sont définies de façon beaucoup trop large pour être saisie par une loi spécifique, puisque « l'expression 'connaissances autochtones et locales ' se réfère à une gamme potentiellement infinie de croyances, expertises, informations, pratiques et traditions dans autant de formes et de domaines d'intérêts différents, détenus par un ensemble extraordinairement vaste d'individus, de groupes spécialisés au sein des communautés, des communautés, des peuples et des coalitions de peuples»³⁰.

Parmi les définitions existantes, quelques unes utilisées par les organisations internationales (au sein de forum de discussion et dans des textes légaux), ainsi que par des experts en la matière, méritent d'être reproduites. Un tableau des définitions (des savoirs traditionnels *lato sensu*) a été élaboré en vu de rendre leur ensemble un peu plus clair.

²⁷ Le Comité intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relatif aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore créé en 2000 pour traiter des thèmes suivants : 1) l'accès aux ressources génétiques et du partage des avantages, 2) la protection des savoirs traditionnels, des innovations et créations, ainsi que 3) la protection des expressions du folklore.

²⁸ SAMBUC Henri-Phillippe, *La Protection International des Savoirs Traditionnels : La nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, Harmattan, Paris, 2003, page 60.

²⁹ En 1993, à la suite de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED) et en prévision de la dernière réunion de l'Uruguay Round dans le cadre des négociations commerciales multilatérales du GATT, un groupe de 28 personnes représentant 19 pays (le Nord et le Sud, les secteurs privé et public et la société civile) s'est réuni pour discuter entre eux des points les plus litigieux et pour rédiger un rapport non consensuel. Il devait exposer les meilleurs arguments sur les choix et problèmes relatifs à la propriété intellectuelle, aux organismes vivants, le rôle du GCRAI (Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale) et la future structure d'un système international de conservation et d'échanges des ressources génétiques. Le groupe se composait de scientifiques, de responsables politiques, de leaders d'opinion et de chefs d'entreprise. Ces discussions ont abouti à un ouvrage intitulé *Un Brevet pour la vie* (1994). En 1998, ils se sont rapidement entendus sur la nécessité de convoquer « Crucible II » et de faire avancer le programme international sur les ressources génétiques. Six ans après la publication de l'ouvrage *Un Brevet pour la vie*, le Groupe Crucible a fait paraître *Le Débat des semences. Volume 1. Solutions politiques pour les ressources génétiques : Un Brevet pour la vie revisité*. Un an après, Le Groupe a publié *Le Débat des semences. Volume 2. Options pour les lois nationales régissant le contrôle des ressources génétiques et des innovations biologiques*.

³⁰ The Crucible II Group, *Débat des semences. Volume 2. Options pour les lois nationales régissant le contrôle des ressources génétiques et des innovations biologiques*, International Development Research Center / Dag Hammarskjöld Foundation, 2001, page 40.

TABLEAU 02
Définitions des savoirs traditionnels

<p>Sécretariat de la CDB http://www.biodiv.org Accès le 17 novembre 2006</p>	<p><i>Traditional knowledge</i> refers to the knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities around the world. Developed from experience gained over the centuries and adapted to the local culture and environment, traditional knowledge is transmitted orally from generation to generation. It tends to be collectively owned and takes the form of stories, songs, folklore, proverbs, cultural values, beliefs, rituals, community laws, local language, and agricultural practices, including the development of plant species and animal breeds. Traditional knowledge is mainly of a practical nature, particularly in such fields as agriculture, fisheries, health, horticulture, forestry and environmental management in general.</p>
<p>Comité intergouvernemental de l'OMPI</p> <p><i>Savoirs traditionnels : besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle, Rapport de l'OMPI sur les missions d'enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), p. 25. Site : www.wipo.org</i></p> <p>Document : <i>La protection des savoirs traditionnels : aperçu des options de politiques générale et des mécanismes juridiques</i>, Neuvième session, Genève 24-28 avril 2006. WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5, Annexe, page 32. Site : www.wipo.org</p>	<p>1. L'OMPI utilise couramment l'expression "savoirs traditionnels" pour désigner des œuvres littéraires, artistiques ou scientifiques fondées sur les traditions, des interprétations et exécutions, des inventions, des découvertes scientifiques, des dessins et modèles industriels, des marques, des noms et des symboles, des renseignements non divulgués et toutes autres innovations ou créations fondées sur les traditions et résultant de l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique. L'expression "fondée sur les traditions" concerne les systèmes de savoirs, les créations, les innovations et les expressions culturelles qui se transmettent généralement de génération en génération, sont généralement considérés comme appartenant à un peuple particulier ou à son territoire et qui sont en mutation constante dans un environnement en évolution. Les savoirs traditionnels peuvent comprendre les savoirs agricoles, scientifiques, techniques, écologiques, médicaux, y compris les médecines et remèdes connexes, les savoirs liés à la biodiversité, les "expressions du folklore" sous la forme de musiques, danses, chansons, produits de l'artisanat, dessins et modèles, histoires et objets d'art; les éléments linguistiques tels que des noms, des indications géographiques et des symboles, et les biens culturels meubles.</p> <p>2. Savoirs traditionnels (associés) « aux fins des présents principes, uniquement, le terme 'savoir traditionnel' s'étend du contexte ou de la substance d'un savoir résultant d'une activité intellectuelle dans un contexte traditionnel, et comprend le savoir-faire, les techniques, les innovations, les pratiques et l'apprentissage qui font partie des systèmes de savoirs traditionnels, ledit savoir s'exprimant dans le mode de vie traditionnel des communautés autochtones ou locales, ou étant contenu dans les systèmes de savoirs codifiés transmis d'une génération à l'autre. Le terme n'est pas limité à un domaine technique spécifique, et peut s'appliquer à un savoir agricole écologique ou médical, ainsi qu'à un savoir associé à des ressources génétiques. »</p>
<p>L'article 7.II) de la loi brésilienne (M.P. 2.186-16/2001)</p>	<p>"Savoirs traditionnels associés : informations d'une communauté autochtone ou locale associées au patrimoine génétique."</p>
<p>L'article 2.b) de la loi péruvienne n° 27811</p>	<p>"savoir collectif" : "le savoir accumulé au fil des générations par les peuples et communautés autochtones en ce qui concerne les propriétés, les usages et les caractéristiques des ressources biologiques".</p>
<p>L'article 3.1) du décret-loi n° 118/2002 du Portugal</p>	<p>Sont considérés comme des savoirs traditionnels tous les éléments intangibles qui, étant liés à l'utilisation commerciale ou industrielle de variétés locales et autres espèces indigènes élaborées, de manière collective ou individuelle et non systématique, par les populations locales et s'inscrivant dans le cadre des traditions culturelles et spirituelles de ces dernières, y compris, mais sans s'y limiter, les savoirs relatifs à des méthodes, procédés, produits et appellations ayant des applications dans l'agriculture, l'alimentation et les activités industrielles en général, artisanat, commerce et services inclus, sont associés de façon non formelle à l'utilisation et à la préservation des variétés locales et autres espèces indigènes spontanées visées par la présente loi.</p>
<p>IPGRI Définition en anglais, traduction libre par l'auteur. http://www.ipgri.cgiar.org/system/page.asp?frame=catalogue/select.asp accès le 15.11.2006</p>	<p>Indigenous knowledge (IK) is closely related to the environment that the people live in and is a living knowledge that will change over time in the same way that crops adapt to their changing environment. Other factors modifying the knowledge are changes in social structure and values plus interactions with other communities. The close interactions between plant genetic resources, the environment and the farmers, generate the basic sources of IK in the community in the area of plant genetic resources conservation. IK is hence a valuable source of knowledge in the in situ conservation of plant genetic resources and in situ conservation in turn will help to maintain that living knowledge.</p>

<p>Groupe Crucible II</p> <p>The Crucible II Group, « <i>Débat des semences. Volume 2. Options pour les lois nationales régissant le contrôle des ressources génétiques et des innovations biologiques.</i> », International Development Research Center / Dag Hammarskjöld Foundation, 2001, page 89.</p>	<p>Article 7 : Sous-catégories de connaissances autochtones et locales relatives aux ressources biologiques :</p> <p>Option 1 : afin d'être couvertes par ces provisions, les connaissances autochtones et locales liées aux ressources biologiques :</p> <p>Élément 1 : peuvent inclure des informations se rapportant à la signification et au rôle de la flore et de la faune dans les pratiques spirituelles</p> <p>Élément 2 : peuvent inclure des informations se rapportant à l'emplacement des ressources biologiques sur les terres des communautés autochtones et locales</p> <p>Élément 3 : peuvent inclure des informations concernant la relation entre des éléments constitutifs des écosystèmes locaux et l'utilisation des ressources naturelles ou des terres</p> <p>Élément 4 : doivent avoir un rapport avec la préservation et l'utilisation viable de la diversité biologique</p> <p>Élément 5 : doivent être associées aux utilisations ou applications pratiques ou aux propriétés des matériaux biologiques</p> <p>Élément 6 : doivent être associées aux améliorations ou aux modifications apportées aux ressources biologiques</p>
<p>Graham Dutfield</p> <p>L'auteur cite la définition de M. JOHNSON sur les « <i>traditional knowledge</i> ».</p> <p>http://www.ictsd.org/pubs/ictsd_series/iprs/CS_dutfield.pdf</p>	<p>“Traditional knowledge commonly refers to knowledge associated with the environment rather than knowledge related to, for example, artworks, handicrafts and other cultural works and expressions (which tend to be considered as elements of folklore). According to one expert, traditional knowledge (or what she calls ‘traditional environmental knowledge’) is ‘a body of knowledge built by a group of people through generations living in close contact with nature. It includes a system of classification, a set of empirical observations about the local environment, and a system of self-management that governs resource use’³¹ „³²</p>
<p>Sarah Laird :</p> <p>L'auteur cite la définition de Martha Johnson des Traditional Ecological Knowledge (TEK)</p>	<p>“Traditional ecological knowledge (TEK) is also known as cultural knowledge, folk ecology, ethnoecology, traditional environmental knowledge, indigenous knowledge and knowledge of the land. Martha Johnson of the Dene Cultural Institute in Yellowknife, Canada (1992) defines TEK as:</p> <p>‘...a body or knowledge built up by a group of people through generations of living in close contact with nature. It includes system of classification, a set of empirical observations about the local environment, and system of self-management that governs resources use. The quantity and quality of TEK varies among community members, depending upon gender, age, social status, intellectual capability and profession (hunter, spiritual leader, healer, etc). With its roots firmly in the past, traditional environmental knowledge is both cumulative and dynamic building upon the experience of earlier generations and adapting to the new technological and socioeconomic changes of the present.’ „³³</p>
<p>Sarah Laird² :</p> <p>L'auteur cite la définition de POSEY³⁴ sur les Traditional Resources</p>	<p>“Traditional resources are tangible and intangible assets and attributes deemed to be of value to indigenous people and local communities, including spiritual, aesthetic, cultural and economic. Resources describe all that sustain communal identity, express history, are manifest in nature and life, sustain the pride of unique heritage, maintain a healthy environment, and from which emerge sacred and spiritual values. Traditional, according to the Four Directions Council is the ‘established and respected social process of learning and sharing knowledge that is unique to each indigenous culture’. Traditional resources include plants, animals and other material objects that have sacred ceremonial heritage or aesthetic and religious qualities, as well as economic and social values (POSEY, 1996).”³⁵</p>

³¹ JOHNSON, M. (1992), “Research on traditional environmental knowledge: its development and its role”, in M. Johnson (ed.), *Lore: Capturing Traditional Environmental Knowledge*, Ottawa: IDRC, at 3-4.

³² DUTFIELD Graham, “Protecting Traditional Knowledge and Folklore: A review of progress in diplomacy and policy formulation”. Intellectual Property Rights and Sustainable Development, Issue paper N° 1, June 2003, page 20.

³³ LAIRD Sarah, *Biodiversity and traditional knowledge*, TABLEAU 7.3, page 184.

³⁴ POSEY, D A, *Traditional Resource Rights: International Instruments for Protection and Compensation for Indigenous Peoples and Local Communities*, IUCN, Gland, Suisse, 1996.

³⁵ Idem.

Du TABLEAU 2, ressort la constatation que la définition des savoirs traditionnels et spécialement celle des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, est loin d'être unique. Toutefois, malgré sa diversité, quelques éléments peuvent être repérés au sein de cet ensemble de définitions, comme :

- Nature tangible et/ou intangible (matérielle ou immatérielle);
- Constitution en forme de : connaissances, innovations, pratiques, croyances, expertises, techniques, informations, et traditions ;
- Contenu sur plusieurs domaines : spirituel, écologique, culturel...
- Variation en fonction : du genre, de l'âge, de statut social et de la profession du/des détenteur(s).
- Nature essentiellement collective;
- Basés sur une structure et des valeurs sociales traditionnelles d'une ou de plusieurs communautés ;
- Transférés de génération en génération (intergénérationnels) et surtout oralement ;
- Cumulatifs et dynamiques, en évoluant avec le temps.

Martha JOHNSON, anthropologue canadienne a établi, à son tour, un tableau des aspects identifiants des savoirs traditionnels, dans lequel elle a souligné quelques aspects récurrents au milieu académique. Ce tableau a été repris par Graham DUTFIELD³⁶, et mérite d'être reproduit :

TABLEAU 03
ASPECTS DES SAVOIRS TRADITIONNELS

Thus, traditional knowledge:

- 1. is recorded and transmitted orally;*
- 2. is learned through observation and hands-on experience;*
- 3. is based on the understanding that the elements of matter have a life force;*
- 4. does not view human life as superior to other animate and inanimate elements but that all life-forms have kinship and are interdependent;*
- 5. is holistic rather than reductionist;*
- 6. is intuitive rather than analytical; is mainly qualitative rather than quantitative;*
- 7. is based on data generated by resource users themselves rather than specialised group of researchers;*
- 8. is based on diachronic rather than synchronic data;*
- 9. is rooted in a social context that sees the world in terms of social and spiritual relations between all life-forms; and*
- 10. derives its explanations of environmental phenomena from cumulative, collective and often spiritual experiences. Such explanations are checked, validated, and revised daily and seasonally through the annual cycle of activities.*
- 11. cultural property (i.e., culturally or spiritually significant material culture, such as important cultural artifacts, that may be deemed sacred and, therefore, not commodifiable by the local people*

Source: Johnson, M. (1992), "Research on traditional environmental knowledge: its development and its role", in M. Johnson (ed.), *Lore: Capturing Traditional Environmental Knowledge*, Ottawa: IDRC, page 3-4³⁷.

³⁶ DUTFIELD Graham, "Protecting Traditional Knowledge and Folklore: A review of progress in diplomacy and policy formulation". Intellectual Property Rights and Sustainable Development, Issue paper N° 1, June 2003, TABLEAU 2, page 22.

³⁷ Idem.

Dans la présente analyse, l'objet sera la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques (STARG), *visant* son influence dans la gestion équitable des ressources génétiques, la préservation de la biodiversité et le partage juste et équitable des avantages, tels qu'ils sont conçus dans le cadre de la CDB.

Ils peuvent être définis comme :

Savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques (STARG)

*Connaissances, innovations et pratiques relatives aux propriétés, utilisations et caractéristiques de la diversité biologique retenues et/ou produites par des peuples indigènes ou communautés locales à l'intérieur des contextes culturels de façon cumulative et dynamique, transmises oralement de génération en génération, qui peuvent être identifiées comme des indigènes ou des locaux, bien qu'elles soient mises à la disposition hors de ces contextes, tels que des banques de données, des publications et dans le commerce*³⁸.

Cette définition exclut les savoirs traditionnels culturels, spirituels, qui ne sont pas directement liés à l'utilisation de la biodiversité. Néanmoins, il y aura des opportunités dans le présent document pour les aborder également, puisque, même si la distinction entre eux existe, les savoirs traditionnels, tel qu'ils sont perçus par leurs détenteurs, peuvent être abordés comme un tout indivisible. Il s'agit d'un concept global dont les éléments ne peuvent pas vraiment être dissociés, sauf pour les comprendre mieux, les connaître et les protéger.

Selon la COP, les savoirs traditionnels « sont des méthodes de recherche et d'application traditionnelles et non toujours des éléments particuliers de connaissance qui perdurent. En conséquence, les pratiques devraient être considérées comme les manifestations de la connaissance et de l'innovation »³⁹.

A l'égard du facteur « traditionnel », il est opportun d'éclaircir qu'il ne s'agit pas d'une notion intrinsèquement temporelle. Traditionnel ne veut pas dire ancien, Il signifie qu'il a été géré au sein d'une culture, comme fruit de cette propre culture, de laquelle il est partie intégrante. Ces savoirs traditionnels peuvent alors être des savoirs relativement nouveaux⁴⁰. Ce qui les rend traditionnels, c'est le fait d'être basés sur un ensemble de savoirs, pratiques, rites etc., préexistants qui composent la communauté où ils sont nés, puisqu'il s'agit de savoirs qui sont d'un côté cumulatifs et de l'autre, dynamiques. Ainsi, des éléments décisifs dans la création et même dans la détermination de la nature « traditionnelle » d'un savoir associé, sont : la façon dont il est créé, le milieu où il est créé et, principalement, des personnes qui le créeront (les peuples indigènes et les communautés autochtones).

³⁸ Cette définition est basée sur la celle développée par le Groupe de Travail Informel Multidisciplinaire sur l'accès aux savoirs traditionnels associés de l'Instituto Socioambiental (ONG brésilienne : site : www.socioambiental.org) dans la réunion de travail qui a eu lieu à Brasília le 26/27 mars 2003.

³⁹ Atelier sur les connaissances traditionnelles et la diversité biologique, Madrid, Espagne, 1997, Document UNEP/CDB/TKBD/1/2, site : www.biodiv.org.

⁴⁰ Argument développé par Graham Dutifiel in DUTFIELD Graham, *Protecting Traditional Knowledge and Folklore: A review of progress in diplomacy and policy formulation*. Intellectual Property Rights and Sustainable Development, Issue paper N° 1, June 2003, page 23, où l'auteur cite Barsh, R.L. (1999), "Indigenous knowledge and biodiversity, in indigenous peoples, their environments and territories", in D.A. Posey (ed.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, London and Nairobi: IT Publications and UNEP, at 73.I.

2. Les sujets du droit : les communautés locales et peuples autochtones.

De la même façon que pour les savoirs, les communautés locales et les peuples autochtones font objet de plusieurs définitions. En effet, dans le scénario international il n'y a pas de consensus sur une définition unique. Ainsi, dans le même esprit, un nouveau TABLEAU a été élaboré à l'image de celui sur les définitions sur les savoirs traditionnels.

TABLEAU 04 Définitions des communautés locales et peuples autochtones	
Convention 169 de l'OIT - Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, 1989 ⁴¹ http://www.ilo.org/ilolex/french/convdsp1.htm Accès le 21.11.2006.	<i>Article 1 : La présente convention s'applique:</i> <i>a) aux peuples tribaux dans les pays indépendants qui se distinguent des autres secteurs de la communauté nationale par leurs conditions sociales, culturelles et économiques et qui sont régis totalement ou partiellement par des coutumes ou des traditions qui leur sont propres ou par une législation spéciale;</i> <i>b) aux peuples dans les pays indépendants qui sont considérés comme indigènes du fait qu'ils descendent des populations qui habitaient le pays, ou une région géographique à laquelle appartient le pays, à l'époque de la conquête ou de la colonisation ou de l'établissement des frontières actuelles de l'Etat, et qui, quelque soit leur statut juridique, conservent leurs institutions sociales, économiques, culturelles et politiques propres ou certaines d'entre elles.</i>
Canada – Loi constitutionnelle de 1982.	<i>L'expression collectivité autochtone "s'entend notamment des Indiens, des Inuits et des Métis [...]" (article 35, § 2), lesquels "[sans] aucun doute [...]" sont les descendants des populations qui habitaient le territoire actuel du [Canada] lorsque des hommes d'une autre culture ou d'une autre origine ethnique sont venus d'autres parties du monde"</i>
L'article 7.III de la loi brésilienne (M.P. 2.186-16/2001)	<i>"communauté locale: groupe humain, incluant les descendants des communautés des quilombos, distincts pour leurs conditions culturelles, qui s'organise, traditionnellement, par des générations successives et coutumes propres, et qui conserve ses institutions sociales et économiques"</i> (Traduction de l'auteur)
Loi de l'Inde sur la biodiversité N° 93 de 2000, Article 2, a). (Indian biodiversity bill No. 93 of 2000)	<i>"benefit claimers" means the conservers of biological resources, their byproducts, creators and holders of knowledge and information relating to the use of such biological resources, innovations and practices associated with such use and application;</i>
José R. Martínez COBO - Rapporteur spécial de la Sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités , au sein de la Commission de Droit de l'Homme, qu'intègre le Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies.	<i>« Par communautés, peuples et nations autochtones, il faut entendre ceux qui, liés par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distincts des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société et ils sont déterminés à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques. »</i> ⁴²
Erica-Irène DAES , Présidente du Groupe de Travail sur les Peuples Autochtones (GTPA) des Nations Unies. http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/pfii/dpi2309fr.htm	<i>« Présentant son document de travail (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2) sur le concept de Peuples Autochtones, Mme DAES a affirmé qu'une définition universelle n'était ni possible ni souhaitable, étant donné la diversité des PA. »</i>

⁴¹ Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants de l'Organisation Internationale du Travail, adoptée le 27.06.1989 et entrée en vigueur le 05.09.1991.

⁴² « Étude du problème de la discrimination envers les populations autochtones » (E/CN.4/Sub.2/1986/7 et Add. 1 à 4.). Ce rapport, plus connu sous le nom de « rapport COBO » est une référence en la matière. Définition extraite du site <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/pfii/dpi2309fr.htm>, accès le 25 novembre 2006..

Le choix de la définition des peuples autochtones et des communautés locales se montre encore plus ardu que celui des savoirs traditionnels. La difficulté par rapport aux peuples autochtones se trouve dans le fait 1) d'abord, de devoir « qualifier », « d'adjectiver », des groupes de personnes, comme faisant ou pas partie d'une certaine catégorie, 2) lesquels occupent une position dans le monde actuel clairement « défavorisée et vulnérable »⁴³, pouvant représenter un « poids » pour les pays qui les abritent (desquels ils sont les peuples originaires) de les reconnaître comme tel, et justement pour cela être exclus, et, principalement, 3) qui sont dotés d'une diversité culturelle tellement vaste au point d'être difficile à saisir, à cadrer, dans une seule définition.

Selon les Nations Unies, la diversité des peuples autochtones est impressionnante : « on estime que ces peuples représentent une population de 300 à 500 millions de personnes réparties dans plus de 70 pays du monde entier, et que chaque continent compte une diversité de plus de 5 000 langues et cultures »⁴⁴. Ainsi, étant donné sa multitude, l'idée d'une définition unique capable de couvrir toutes les possibles communautés autochtones existantes semble présomptueuse.

Quelques représentants de peuples autochtones se sont manifesté au sein du Groupe de Travail sur les Peuples Autochtones des Nations Unies (GTPA), non pour une définition spécifique, qu'ils ne trouvent pas nécessaire, mais, surtout, pour l'institution de quelques éléments d'identification des bénéficiaires de la Déclaration des droits des peuples autochtones⁴⁵, qui seraient basés notamment sur le droit à l'auto-identification, en plus de l'appartenance à un groupe et de son acceptation par lui, d'avoir un lien ancestral avec la terre etc. D'autres peuples autochtones sont favorables à l'adoption de la définition du Rapport COBO (TABLEAU 04)⁴⁶.

La définition de l'OIT, d'abord, fait la distinction entre les peuples tribaux et les autochtones (ou les indigènes, du terme anglais *indigenous people*. Les premiers s'en distingueraient puisque ils sont détenteurs d'une structure culturelle, sociale, basée sur des règles traditionnelles propres, qui les différencie du reste de la société. Les peuples indigènes, de la même façon que les tribaux, ont conservé, totalement ou partiellement, leurs institutions politiques, sociales, économiques et, notamment, culturelles, mais l'aspect de différenciation réside dans le fait qu'ils ont souffert avec la colonisation, étant des descendants des peuples natifs des pays colonisés.

⁴³ Termes utilisés par l'ONU sur le site : <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/pfii/dpi2309fr.htm>. À l'exemple de l'ONU, d'autres auteurs ont pointé des problèmes auxquels les peuples autochtones sont souvent confrontés dans l'actualité, voici l'exemple de Graham Dutifield : “ But in all too many cases, indigenous groups and TK holders suffer from extreme poverty, ill health, unemployment, lack of access to land and essential resources, and human rights violations” in DUTFIELD Graham, *Protecting Traditional Knowledge: A pathway for the future*, International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Genève, DRAFT PAPER, April 2006, page 11.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ La déclaration des peuples autochtones approuvée en juin 2006 par le Conseil de Droit de l'Homme et qui attend l'approbation par l'Assemblée générale de l'ONU.

⁴⁶ « Des représentants autochtones ont, à diverses occasions, exprimé devant le Groupe de travail l'opinion selon laquelle une définition de la notion de "peuple autochtone" n'est ni nécessaire, ni souhaitable. Ils ont souligné l'importance de l'auto-identification en tant qu'élément essentiel de toute définition susceptible d'être élaborée par le système des Nations Unies. (...). D'autres représentants autochtones ont fait état de la définition de travail mise au point par le Rapporteur spécial, M. Martínez COBO. Le représentant du Conseil a fait valoir, par exemple, que même en l'absence d'une définition, il devrait être relativement facile d'identifier les bénéficiaires (du projet de déclaration) en utilisant le critère du rapport COBO, qui est suffisant pour déterminer si une personne ou une communauté est autochtone ou non, des facteurs tels que la continuité historique, l'auto-identification et l'appartenance au groupe étant à cet égard d'une importance primordiale.», Qui sont les peuples autochtones ? Document de Travail de Mme. Erica-Irene A DAES sur la notion de « Peuple Autochtone », Nations Unies – Commission des droits de l'homme – juin 1996.

La définition du rapport COBO, largement fondée sur celle de l'OIT, utilise les termes « peuples », « communautés » et « nations autochtones » sans distinction. Elle a comme critère d'identification le fait d'avoir subi ou non la colonisation. Un autre aspect soulevé par COBO est celui de leur rapport avec leur territoire et leur identité ethnique, comme étant la base de la continuité de leur propre existence, ce qu'ils tiennent à conserver.

La loi indienne a comme caractère distinctif le savoir traditionnel. Dans la loi, ce sera le savoir qui définira la nature du détenteur. La loi brésilienne inclut, textuellement, une de ses communautés reconnue par la Constitution fédérale de 1988 comme locale : les peuples *quilombolas*, qui sont les descendants des esclaves qui se sont échappés des seigneurs à l'époque de l'esclavage et qui vivaient en groupe dans un *quilombo*, lieu qui était régi par leurs coutumes, culture et traditions.

Enfin, de l'analyse de la plus part des définitions, quelques éléments ressortent comme des critères de distinction de ces communautés : le caractère territorial d'antériorité, la conservation d'un mode de vie basé totalement ou partiellement sur la tradition, avec des institutions politiques, sociales et culturelles propres, qui les distinguent du reste de la société du pays où ils vivent, le fait d'avoir un rapport intrinsèque avec l'environnement, les ressources naturelles d'où ils habitent etc.

Vu l'importance des critères pour l'identification des peuples comme étant « autochtones », un TABLEAU a été préparé sur la base des rapports COBO et de Mme. DAES, ainsi que du Professeur SANDERS.

TABLEAU 05
Critère de distinction des peuples autochtones

Critères proposés par M. COBO au sein de son rapport sur les peuples autochtones :

Cette continuité historique peut consister au maintien sur une longue période, allant jusqu'à nos jours, de l'un des facteurs suivants :

- a) occuper des terres ancestrales ou, au moins, une partie d'entre elles,*
- b) avoir des ancêtres communs avec les habitants originels de ces terres,*
- c) posséder leur culture en général ou certaines de ses manifestations telles que la religion, l'organisation du système social, l'appartenance à une communauté autochtone, les vêtements, les moyens d'existence, le style de vie, etc.,*
- d) parler une langue autochtone, qu'elle soit l'unique langue parlée, ou la langue maternelle, ou le moyen habituel de communication chez soi ou dans la famille, ou le langage principal, préféré, habituel, général ou normal,*
- e) résider dans certaines parties du pays ou dans certaines régions du monde,*
- f) tous autres facteurs pertinents*

Critères proposés par Mme Erica-Irène DAES, Présidente du Groupe de Travail sur les Peuples Autochtones des Nations Unies

Ces critères, largement utilisés, caractérisent les peuples autochtones comme ceux qui :

- a) sont les descendants des groupes qui étaient sur le territoire au moment de l'arrivée de groupes de culture ou d'origine ethnique différente,*
- b) en raison de leur isolement, ont préservé presque intactes les coutumes et les traditions de leurs ancêtres, similaires à celles que l'on considère comme autochtones,*
- c) se trouvent placés au sein d'une structure étatique qui possède des caractères nationaux, sociaux et culturels qui leur sont étrangers.*

Source : Groupe International sur les peuples autochtones

Site : <http://www.gitpa.org/GITPA%20300.htm>

Les facteurs considérés aujourd'hui comme pertinents par les organisations internationales et les experts juridiques (y compris les experts juridiques autochtones et les universitaires) pour comprendre le concept d'autochtone sont :

- a) l'antériorité s'agissant de l'occupation et de l'utilisation d'un territoire donné ;*
- b) le maintien volontaire d'un particularisme culturel qui peut se manifester par certains aspects de la langue, une organisation sociale, des valeurs religieuses ou spirituelles, des modes de production, des lois ou des institutions ;*
- c) le sentiment d'appartenance à un groupe, ainsi que la reconnaissance par d'autres groupes par les autorités nationales en tant que collectivité distincte ; et*
- d) le fait d'être soumis, marginalisé, dépossédé, exclu ou victime de discrimination que cela soit ou non encore le cas. (E/CN.4/Sub.2/AC.4/1996/2.)*

Source : *Qui sont les peuples autochtones ? Document de Travail de Mme. Erica-Irene A DAES sur la notion de « Peuple Autochtone », Nations Unies – Commission des droits de l'homme – juin 1996.*

Conditions et indices proposés par SANDERS :

Conditions essentielles :

- a) auto-identification comme groupe ethnique distinct*
- b) expérience historique ou vulnérabilité contingente à des perturbations, des bouleversements ou une exploitation graves*
- c) rapport de longue date avec la région*
- d) désir de conserver une identité distincte*

Indices pertinents:

- non-dominance dans la société nationale (ou régionale) (condition habituelle)*
- affinité culturelle étroite avec une zone ou un territoire particulier (condition habituelle)*
- continuité historique (de descendance surtout) avec les occupants précédants de la région*

Autres indices pertinents

- différences socio-économiques et socioculturelles par rapport à la population générale*
- caractéristiques objectives distinctes, comme la langue, la race et la culture matérielle ou spirituelle*
- le fait pour une population d'être considérée autochtone par la population générale ou qualifiée ainsi dans des accords juridiques et administratifs.*

Source : SANDERS Douglas, *POPULATIONS AUTOCHTONES : PROBLÈMES DE DÉFINITION*, Faculté de droit, Université de la Colombie-Britannique, 26 janvier 1999 sur le site : www.dfait-maeci.gc.ca/aboriginalplanet/750/ressource/canada/documents/sanders-fr.asp

La question traitée dans ce thème est complexe et pourrait avancer encore vers d'autres questionnements, comme, par exemple : le droit à l'auto-détermination⁴⁷ et à l'auto-identification⁴⁸, les droits que ces droits impliquent etc. Toutefois, en traitant l'analyse des communautés autochtones et locales en tant que **sujets des droits issus des savoirs traditionnels associés**, nous nous limiterons à la définition de ces deux catégories à partir des éléments présentés en vu d'accomplir l'objectif d'identification, le cas échéant, des bénéficiaires de ces droits.

Alors, même si l'élaboration d'une définition unique est difficile et incomplète, elle est souhaitable pour délimiter le sujet des droits analysés dans le présent travail. Par conséquent, basée sur l'ensemble des critères distinctifs des **peuples, communautés, nations autochtones**, la définition retenue ici sera celle du rapport COBO (cf. TABLEAU 04).

En ce qui concerne les **communautés locales**, les critères distinctifs seront semblables à ceux appliqués aux peuples autochtones, à l'exception du fait de la colonisation. Les communautés locales traditionnelles sont liées à l'environnement et à l'usage de ressources génétiques, ainsi que les peuples autochtones, mais « leur histoire politique n'est pas un facteur d'identification sociale aussi fort. A ce stade il n'y a donc pas de définition précise ni de statut juridique unique »⁴⁹.

En effet, ses communautés sont des « groupes 'traditionnels' possédant comme les peuples autochtones des coutumes, des croyances, mais sans revendication territoriale liée à l'occupation antérieure, ce qui ne les empêche pas de revendiquer des droits en terme de ressources »⁵⁰. Elles seraient plus nombreuses que les peuples autochtones et seraient plus fréquemment situées, mais non exclusivement⁵¹, en Afrique et en Asie, où il y a une certaine difficulté à identifier des peuples comme indigènes.

La notion de communauté locale traditionnelle serait plus appropriée dans ces régions de la planète où un nombre non négligeable de communautés maintiennent un mode de vie naturellement durable, lié à leur territoire, basé sur des règles sociales, politiques, spirituelles, culturelles propres, lesquelles ont développé des connaissances et des pratiques liées aux ressources naturelles de leurs territoires, qui ne peuvent être considérées que comme étant des savoirs traditionnels, tels que nous les définissons au sein de cet travail.

Il faut souligner que ces critères distinctifs ne sont pas acceptés de façon universelle. Ce ne sont qu'une vision de la matière dont des auteurs, comme Sarah LAIRD et Flavia

⁴⁷ Le droit à l'autodétermination est établi dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits de peuples autochtones, finalement approuvé en juin 2006 par le conseil de droit de l'homme des Nations unies. Ce droit est mentionné dans les alinéas 14 et 15, ainsi que dans l'article 3 bis de la dite déclaration. Voici ce que l'article 3 bis prévoit: « Les peuples autochtones, dans l'exercice de leur droit à l'auto-détermination, ont le droit d'être autonomes et de s'administrer eux-mêmes pour tout ce qui touche à leurs affaires intérieures et locales, ainsi que de disposer de voies et moyens de financer leurs activités autonomes ». Document A/HRC/1/L.3, de juin 2006, de l'Assemblée générale du Conseil des droits de l'homme de l'ONU. Pour plus d'information sur ce sujet, voir les exposés du Séminaire sur le droit à l'autodétermination des peuples autochtones réalisé à New York le 18 mai 2002, sur le site canadien droit et démocratie : www.dd-rdca

⁴⁸ Pour un approfondissement en la matière, voir la KARPE Philippe, *Les Collectivités autochtones*, thèse en droit public, Université Paris X - Nanterre, dirigé par Olivier AUDEUD, soutenu le 21 mars 2002.

⁴⁹ Henri-Phillippe SAMBUC, *op.cit.*, Page 99.

⁵⁰ GUIGNIER Armelle, *Le rôle des peuples autochtones et des communautés locales dans le développement durable : figurants ou acteurs ?*, les cahiers du CRIDEAU, PULIM, Limoges, 2004, page 17.

⁵¹ Au Brésil, comme en Guyane Française, on peut identifier quelques communautés qui ne sont pas des peuples indigènes (ou amérindiens), mais qui sont considérées comme des communautés locales pour leur rapport étroit avec l'environnement, leur lien avec les territoires qu'ils occupent depuis un laps de temps considérable, en plus de leurs traditions et cultures largement marquées, lesquelles sont très influencées par la nature. C'est le cas par exemple des *caiçaras*, des *caboclos*, des noirs-marrons etc.

NOEJOVICH⁵², ne sont pas partisans, puisqu'ils considèrent que les communautés locales sont le genre dont les peuples indigènes sont l'espèce.

D'une façon générale, utilisant les critères et les définitions analysées auparavant, nous pouvons définir les communautés locales comme suit :

Communautés locales

Sont des groupes humains, distincts pour leurs conditions culturelles, qui s'organisent, traditionnellement, par des générations successives et coutumes propres, et qui conservent leurs institutions sociales et économiques, en ayant un mode de vie naturellement durable, basé sur un rapport respectueux et étroit avec l'environnement.

Une fois dépassée la délimitation de l'objet et du sujet, reste à déterminer la définition de l'activité à réglementer : **l'accès** aux savoirs traditionnels associés.

3. L'accès aux savoirs traditionnels associés : l'activité de protection

Normalement, l'activité de l'accès s'instrumentalise dans un accord par lequel une entité (publique ou privée) récompense (de façon monétaire ou pas) les gouvernements, les détenteurs et/ou les propriétaires des terrains, pour avoir la permission d'**obtenir** les échantillons physiques de biodiversité, ou d'**obtenir** les informations traditionnelles sur les propriétés chimiques, génétiques, biologiques, pharmaceutiques de ces échantillons.

Dans le cadre de la CDB, le terme « accès » a entraîné une discussion sur sa définition qui donne une vague idée de son extension. Il était indiqué que les mesures nationales pourraient prendre en compte le type d'activités qui constituent un accès (par exemple, la cueillette, le ramassage et l'échange), en vue de préciser le terme « accès », puisque l'accès est défini, très couramment, en fonction de « la portée géographique et de l'étendue des ressources génétiques couvertes plutôt que du caractère de l'activité physique qui la constitue »⁵³.

Toutefois, en consonance avec les affirmations antérieures, « les innovations et connaissances des communautés locales et autochtones sont souvent intrinsèquement liées aux ressources génétiques en tant que composante intangible ou seule l'information donnée par la communauté permet à la ressource génétique d'être utile pour les utilisateurs extérieurs à la communauté en question »⁵⁴.

Ainsi, l'accès peut être relatif aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels, étant difficile d'en faire la distinction. A leur tour, les savoirs traditionnels peuvent, ou non, être associés aux ressources génétiques.

⁵² LAIRD Sarah, *Biodiversity and traditional knowledge*, page 179.

⁵³ Document UNEP/CBD/TKBD/1/2, site www.biodiv.org

⁵⁴ Idem.

Alors, il semble pertinent de faire la distinction entre l'accès à ces deux objets (ressources et savoirs traditionnels associés), même si elle est simplement théorique.

Dans le présent travail, « l'accès aux ressources génétiques » et « l'accès aux savoirs traditionnels » peuvent être traduits, au sens large, comme :

Accès aux ressources génétiques

Toutes les activités qui visent l'obtention d'un échantillon de composant du patrimoine génétique, qui ont pour objectif d'isoler, d'identifier ou d'utiliser une information d'origine génétique provenant et obtenue d'organismes d'êtres vivants (molécules ou substances), avec la finalité de recherche scientifique, développement technologique ou bioprospection, visant son application industrielle ou d'autre nature⁵⁵.

Accès aux savoirs traditionnels

Obtention des informations sur les savoirs traditionnels individuels ou collectifs associés au patrimoine génétique, de communautés autochtones ou locales, à des fins de recherche scientifique, développement technologique ou bioprospection, visant son application industriel ou d'autre nature⁵⁶.

Les définitions ci-après seront utilisées pour guider le présent travail. Elles sont illustratives puisqu'il existe un nombre très large de forums traitant de ce sujet, lesquels en donnent une signification différente selon leur intérêt principal. Le thème est large et justement pour cela nécessite d'être délimité.

Cette étude se prête donc à analyser la protection des savoirs traditionnels associés dans des textes internationaux, ainsi que des régimes juridiques tenant à les mettre en place. Là aussi l'objet est ample et porteur de grandes discussions, l'intention n'est pas de faire le tour de la question, mais de donner des pistes sur la situation actuelle de la protection juridique internationale des savoirs traditionnels associés.

⁵⁵ Cette définition est basée sur celle contenue dans la charte éducative et informative préparée par le Ministère de l'environnement brésilien sur les « Règles pour l'accès au patrimoine génétique et aux savoirs traditionnels ». AZEVEDO Cristina Maria do A. et DA SILVA Fernanda Álvares, coordination technique, "Regras para o Acesso Legal ao Patrimônio Genético e Conhecimento Tradicional Associado", Ministério Do Meio Ambiente, Departamento Do Patrimônio Genético, Brasília, Abril/2005, page 6. Document disponible sur le site : www.mma.gov.br, http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/arquivos/cartilha.pdf Accès le 27 novembre 2006.

⁵⁶ Cette définition est basée sur celle prévue sur l'article 7, V, de la loi brésilienne (M.P. 2.186-16/2001). La seule distinction entre ces deux définitions repose sur la mention des « savoirs traditionnels » à la place des « savoirs ou pratiques », termes utilisés par la loi brésilienne. Le choix était fondé sur le fait que les savoirs traditionnels associés, tels qu'ils ont été définis dans le présent travail (page 18), englobent les savoirs et les pratiques. Il n'est ainsi pas nécessaire, ni cohérent de mentionner le terme « pratiques » puisqu'elles sont parties intégrantes des savoirs traditionnels.

Le scénario international en recherche d'une protection appropriée : possibilités, doutes et solutions :

La reconnaissance et l'insertion de ces droits dans le cadre juridique international fût une bataille diplomatique, géopolitique et économique. Maintenant, il reste à les mettre en place. Les instruments internationaux sont de nature très générale et leur mise en place est véritablement une autre bataille. Il faut choisir le régime à adopter, l'objet et le sujet de la protection, les outils existants et les nouveaux instruments envisagés pour faire partie de ce régime de protection, etc.

Les pays qui sont contre le système traditionnel de droit de propriété intellectuelle, essayent vivement de créer et de mettre en œuvre un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels associés et des ressources génétiques. Cependant, même après quelques expériences, la tâche est énorme et l'on pourrait difficilement parler d'un système unique et déjà défini.

Le sujet sous analyse est, par conséquence, d'extrême complexité, vu que, au delà de l'amplitude et de la multiplicité des cas, de la nature des droits et des sujets qu'il implique, il manque de principes directeurs bien établis et de bases solides délimitant les étapes de la procédure d'accès et du partage des avantages.

Juridiquement, il y a plusieurs questions à confronter, soit par rapport au type de régime juridique le plus approprié à la protection de ces droits, soit pour la nature juridique des savoirs traditionnels, des ressources génétiques et de leur influence sur le partage des avantages, soit, encore, par rapport à la variabilité des acteurs dans le processus d'accès et des bénéficiaires de ces avantages.

Le présent travail constitue, ainsi, un bilan sur les systèmes juridiques de protection des savoirs traditionnels associés existants et en formulation.

Dans un premier temps, Il traite de façon générale de l'accès aux savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, à travers l'examen du cadre juridique international existant relatif à la protection de ces savoirs (Partie I).

En second lieu, il s'agira d'une analyse des régimes juridiques envisagés pour mettre en place les droits des communautés locales et autochtones sur les savoirs traditionnels associés (Partie II).

PARTIE I – RECONNAISSANCE DES SAVOIRS TRADITIONNELS ASSOCIÉS **AU SEIN DES INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX**

Face au panorama présenté antérieurement, la communauté internationale est passée pendant les dernières décennies, par un intense processus de prise de conscience⁵⁷ par rapport à la valeur intrinsèque et extrinsèque des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques et de son importance dans la préservation, dans la mise en valeur et dans l'utilisation de la diversité biologique.

La CDB correspond au début de la reconnaissance des droits des pays sur leurs propres ressources naturelles et de la valorisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels. Elle a impulsé l'adoption de ce principe dans le cadre d'autres organismes internationaux et dans les régimes juridiques internes.

Par conséquent, depuis la CDB, on a constaté la production de toute une gamme d'instruments internationaux contraignants ou non, développés depuis cette date.

Actuellement, plusieurs forums cherchent à mieux connaître le sujet et à débattre de la mise en place des instruments existants. Ils essayent de trouver des outils juridiques capables de protéger les droits des communautés locales sur leurs savoirs traditionnels.

Au niveau international, les savoirs traditionnels sont objet d'étude de plusieurs organismes, dont on peut mentionner : la Convention sur la Diversité biologique (CDB), l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), l'Organisation des Nations Unies pour l'Education, la Science et la Culture (UNESCO), l'Organisation des Nations Unies sur le Commerce et le Développement (UNCTAD), le Haut Commissariat des Nations Unies sur les Droits Humains (UNHCHR) et l'Organisation Internationale du Travail (OIT).

Chacun des organismes susmentionnés traite les savoirs traditionnels associés à travers sa propre vision et son intérêt sur ce sujet. De ces logiques différentes, trois instruments ressortent et méritent d'être étudiés plus profondément, soit pour une approche différente de l'objet, soit pour son actualité.

Il s'agit de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB), du Traité International sur la protection des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPAA) dans le cadre de la FAO et l'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (AADPIC) dans le cadre de l'OMC.

⁵⁷ Plusieurs Organismes internationaux ont créé des Groupes spécialisés de travail pour la création de législations visant la protection des savoirs traditionnels, comme l'OMPI, la FAO et la COP de la CDB. La conscientisation des communautés autochtones et locales, par contre, connaît une évolution beaucoup plus douce.

CHAPITRE 1 – LA CONVENTION SUR LA DIVERSITE BIOLOGIQUE

En 1992, lors de la Conférence des Nations Unies pour l'Environnement et le Développement⁵⁸, la communauté internationale, consciente de ces inégalités et consolidant le mouvement initié deux décennies auparavant à Stockholm⁵⁹, a proposé de nouvelles solutions aux inquiétudes mondiales relatives à la dégradation environnementale découlant du développement économique désordonné et notamment, du pillage de la diversité biologique.

De cette Conférence ont résulté cinq instruments, qui constituent des directives de conservation environnementale.

Parmi eux, se trouve la **Convention sur la Diversité Biologique** (CDB), qui a comme finalité principale la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité mondiale.

Afin d'atteindre la finalité recherchée, les Parties ont fixé trois objectifs principaux : **(a) la conservation de la diversité biologique (b) l'utilisation durable de leurs composants et (c) le partage juste et équitable des bénéfices qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques**, y compris l'accès approprié à ces ressources et le transfert approprié de technologies en relevant (Art. 1).

Dans le cadre de la CDB, un important changement a eu lieu par rapport au statut juridique de la biodiversité, consistant dans l'adoption du principe de la souveraineté des pays sur les ressources biologiques existantes sur leurs territoires.

À travers l'adoption du principe ci-dessus et tenant compte de la mise en œuvre de cette trilogie d'axes, la CDB engage et stimule les pays signataires à créer un système de protection de leurs ressources, définissant des instruments pour l'accès aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels associés (ST) et au partage des avantages (PA) découlant de leur accès.

Les pays sont souverains et, dans le cadre du droit international de l'environnement, les règlements internationaux doivent respecter la limite de leur souveraineté, c'est-à-dire qu'ils peuvent (donc ce n'est pas une disposition contraignante) adopter des règles selon leurs nécessités et intérêt. La CDB établit des lignes directrices pour la mise en place de ce système.

Dans un premier temps, nous allons analyser l'apport de cette importante convention⁶⁰ d'une manière générale, pour après entrer dans le traitement qu'elle offre aux savoirs traditionnels.

⁵⁸ Sommet de la Terre réalisé en juin 1992 à Rio de Janeiro, Brésil.

⁵⁹ Conférence des Nations Unies sur l'Environnement Humain, Stockholm, juin 1972 et sa Déclaration sur l'Environnement Humain, qui consiste en une déclaration de principes, de comportements et de responsabilités qui devraient guider les décisions rapportées à des questions environnementales

⁶⁰ La CDB a été signée par 150 pays et comporte actuellement 190 parties, ce qui en fait un instrument essentiel du droit international de l'environnement.

SECTION 1 - L'APPORT DE LA CDB – UNE QUESTION CONTROVERSEE.

La CDB a apporté trois importants changements par rapport à l'accès aux ressources génétiques et à la protection juridique des savoirs traditionnels associés :

- 1) l'adoption du principe de souveraineté des pays sur ces ressources,
- 2) l'« imposition » d'un partage juste et équitable des avantages découlant de l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels et
- 3) la nécessité du consentement éclairé et préalable de la communauté comme condition de l'accès.

Ces avancées restent néanmoins sujettes à caution, du moment que les états-parties de la Convention sont tenus, mais pas obligés, de prendre les mesures de mise en œuvre de ces droits. D'autres pays, mêmes signataires, comme les États Unis, ne sont pas partie à la Convention, puisqu'ils ne l'ont pas ratifiée, et restent ainsi encore plus « libres » par rapport aux dispositions prévues dans la CDB. Beaucoup craignent en effet que les rapports de force entre Etats ne se dessinent qu'en faveur des pays du Nord, comme nous le verrons ultérieurement.

§ 1° Les avancées de la CDB – Le principe de souveraineté des pays sur leurs ressources

Comme nous l'avons dit, la principale disposition mise en avant dans le cadre de cette Convention, de laquelle ressortent plusieurs droits, est le principe de la souveraineté des pays sur leurs ressources biologiques ⁶¹.

Cette avancée est indéniable, puisqu'elle est le fruit des revendications des pays du Sud auprès de la communauté internationale pour la reconnaissance de leurs droits sur les ressources existantes sur leurs territoires, laquelle n'est pas venue sans débats, ni combats.

Néanmoins, cette vision très optimiste de l'apport de la Convention n'est pas unanime. Quelques questions juridiques majeures par rapport à son applicabilité à certaines situations prescrites par la CDB (*fait générateur*) initiées dans le passé (un accès antérieur à l'entrée en vigueur de la Convention) et qui perdurent encore (bénéfices qui en découlent) peuvent poser des problèmes d'inefficacité, puisque si le principe a été reconnu, il n'est pas toujours applicable.

D'un patrimoine de l'humanité à un patrimoine souverain des États.

D'après Carlos CORREA, « L'existence de droits souverains sur le territoire d'un Etat, et notamment sur ses ressources naturelles, est un principe constant du droit international⁶². Il signifie qu'un Etat a pouvoir et compétence pour décider comment les

⁶¹ Le terme biologique figure au préambule de la convention. Dans l'article 3 où se trouve développé le principe, il ne distingue pas la nature des ressources.

⁶² Il était indiqué dans la Résolution 1803 de l'Assemblée générale des Nations Unies, en 1962, qu'il fallait « veiller à ne pas restreindre, pour un motif quelconque, le droit de souveraineté de l'Etat sur ses richesses et sur

ressources et les biens (corporels et incorporels) présents sur son territoire sont répartis, utilisés et éventuellement assujettis à des droits de propriété. Selon la conception politique et sociale que l'on a, on peut opter pour diverses solutions - comme le montre l'histoire - en ce qui concerne les ressources pédologiques, minérales et autres ressources naturelles, les biens corporels et incorporels »⁶³.

Conformément à ce qui a déjà été traité en introduction au présent travail, ce principe a été reconnu dans un instrument contraignant, et intégré ainsi au droit international de l'environnement par la CDB.

Avant la reconnaissance des ressources naturelles comme étant un patrimoine de contrôle propre à chaque pays, les ressources naturelles étaient considérées comme un patrimoine commun de l'humanité. La conséquence pratique de ce statut juridique, était sa disponibilité gratuite (des ressources et de ses produits dérivés) à tous, sans aucune contrepartie.

La reconnaissance du principe de souveraineté des pays était alors un choix politique effectué après une grande bataille entre les pays en développement et les pays développés.

Reconnaître la souveraineté des pays sur leurs ressources naturelles obligerait les pays développés à demander le consentement des pays fournisseurs avant d'utiliser leurs ressources et à partager avec eux les profits découlant de cette utilisation.

Le même argument est valable pour la reconnaissance des droits des communautés autochtones et locales sur leurs savoirs traditionnels⁶⁴.

Ces deux conséquences apparaissaient indésirables à ceux qui avaient subtilisés ces ressources et en tiraient profit gratuitement jusque là.

Malgré les efforts des pays développés pour maintenir la situation existante, la biodiversité comme patrimoine commun de l'humanité, les pays en développement, détenteurs de richesses biologiques, ont réussi à faire approuver le principe de souveraineté en question.

Il faut bien préciser que la reconnaissance de ce principe touche aux pays et non aux communautés autochtones, au moins directement. Cela ne se confond pas. En réalité, si les ressources biologiques existantes au sein d'un territoire indigène n'appartiennent pas aux peuples autochtones, mais à l'État, le principe sous analyse ne sera appliqué qu'aux États, sauf si la loi interne du pays prévoit le contraire. Donc, selon la CDB, le savoir traditionnel relève des peuples, mais les ressources ne sont pas toujours reconnues comme appartenant aux communautés autochtones et locales, vu que le terme utilisé dans le principe est celui du droit de souveraineté des *pays* sur *leurs* ressources. Alors, le nouveau statut représente toujours une évolution pour les pays du Sud, mais à l'égard des peuples autochtones son apport peut être, suivant les lois nationales, très mitigé.

Si d'un côté on a eu une reconnaissance de la part de la communauté internationale, par inclusion de cette norme au droit international de l'environnement, d'un autre, le rayon de

ses ressources naturelles". Voir aussi le Principe 21 de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Stockholm, 1972), qui a été repris dans l'Article 3 de la Convention sur la diversité biologique.

⁶³ CORREA, Carlos M., *Droits souverains et de propriété sur les ressources phytogénétiques*, Rome, FAO, 1994, p. 2, disponible sur le site : www.fao.org

⁶⁴ Cette question a été résolue dans le cadre de la CDB, mais jusqu'au présent moment, il n'y a pas eu aucune reconnaissance de ces droits dans le cadre de l'AADPIC (voir Chap. II).

son applicabilité est contestable. Malgré les efforts des pays du Sud, une grande partie de ressources génétiques ne sont pas soumises aux conditions de la CDB : c'est le cas des collections *ex situ* obtenues préalablement à la CDB. Or, ces ressources sont exclues de l'incidence de la Convention, par le principe de la non-rétroactivité des Traités. Cette exclusion va de paire avec la sécurité des relations internationales, dont découle la non-rétroactivité des Traités (A), mais va, néanmoins, engendrer des situations pratiques loin des objectifs d'équité de la CDB, comme le cas du Riz basmati (B).

A. De la reconnaissance à l'applicabilité du principe de souveraineté des pays sur leurs ressources

Pour démontrer l'ampleur de l'applicabilité de la CDB, un retour aux sources du droit international public est souhaitable. L'analyse des éléments de cet instrument qui à la fois est un acte juridique international et une norme juridique internationale va déboucher dans un point présenté auparavant : le fait de sa non-rétroactivité et ses effets.

En effet, un fait juridique pour être parfait doit remplir quelques conditions, dans trois plans différents : celui de l'existence, de la validité et de l'efficacité. Une norme juridique, à son tour, est limitée elle aussi par d'autres conditions pour être pleinement efficace. Ces conditions sont relatives à son application dans le temps et dans l'espace.

Nous parlons de faits juridiques et aussi de normes juridiques, puisque dans le domaine du droit international public, les traités sont des *faits juridiques* (des actes juridiques multilatéraux), réglementés par la Convention de Vienne de 1969 et de 1979 (*norme juridique internationale*), qui peuvent⁶⁵ avoir à leur tour des effets *normatifs*. Il s'agit, en effet, d'un *fait* juridique qui crée (ou est) une *norme* juridique.

Ici, nous allons analyser son efficacité dans le monde juridique en tant que fait juridique international de caractère normatif et juste après, nous passerons à l'étude de son applicabilité dans le temps et dans l'espace, pour tenter de trouver des solutions aux situations sous-mentionnées, lesquelles nous laissent songeurs de la réelle portée et couverture de la CDB.

A l'égard de l'existence du principe de souveraineté (*sur le plan de l'existence de la norme*), malgré la reconnaissance de ce droit et de son existence en tant que norme juridique dans le système juridique international, qui s'est produit en la matière par l'adoption de la CDB, il y a encore deux autres niveaux du fait juridique, qui doivent être remplis ou dépassés pour que ce droit soit pleinement efficace dans le monde juridique.

La norme juridique est existante, mais est-elle valable ? Le deuxième plan est ainsi celui de la validité de la norme juridique (*sur le plan de la validité de la norme*). Ici, le principe en question est pleinement valide, puisqu'il intègre un instrument juridique international (la CDB) ratifié de façon libre par des Parties contractantes internationales, dotées de personnalité juridique internationale et pleinement capables. Cet instrument juridique réunissant toutes les conditions de validité des traités internationaux (Convention de Vienne), il est par conséquent valable.

⁶⁵ Sur les effets des traités voir DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, Précis, Dalloz, Paris, 7^{ème}. Edition, pages 288 et ss.

Une fois existant et valable on passe à l'efficacité de cette norme juridique. Il s'agit du troisième et dernier plan (*sur le plan de l'efficacité de la norme*). A ce niveau aussi, le principe, en tant que norme juridique internationale, remplit les conditions du droit international public : la CDB a eu au-delà des trente ratifications nécessaires pour entrer en vigueur (art. 36 de la CDB) et la date d'entrée en vigueur a déjà été atteinte. Ainsi, toutes les conditions accomplies, le principe est applicable à tous les pays-parties de la CDB. Mais, dans l'espace, ainsi comme dans le temps, l'application de ce principe souffre des limitations inhérentes aux normes juridiques internationales.

Par rapport à l'application spatiale de la norme (à l'égard de qui et sur quel territoire), la question est simple, étant donnée que la convention n'est contraignante que contre les pays qui l'ont signée et ratifiée et au sein de leurs territoires (art. 4 de la CDB). Selon le principe *pacta sunt servanda* qui régit le droit des traités, cet instrument est *loi entre les Parties*, ayant des effets en règle générale, à l'égard uniquement d'elles-mêmes, en respect des Arts. 26 et 29 de la convention de Vienne qui prévoient que « tout traité lie les Parties et doit être exécuté par elles de bonne foi » et que « un traité lie chacune des Parties à l'égard de l'ensemble de son territoire ».

Si d'un côté son application dans l'espace est relativement simple, d'un autre, la temporalité de la norme est un point très délicat et même si le temps n'est pas objet de droit en soit, il guide l'applicabilité de la norme juridique, étant dans le cas échéant une question d'extrême importance.

B. Les conséquences du principe de la non-rétroactivité sur les collections *ex-situ* : le cas du riz basmati

Pierre-Marie DUPUY en traitant des effets des traités dans le temps affirme que l'« on doit d'abord partir du principe, bien établi en pratique que *les traités ne produisent pas d'effet rétroactif*. Sauf très rares exceptions, on ne convient entre sujets de droit international que pour l'avenir »⁶⁶.

La CDB est entrée en vigueur le 29 décembre 1993 et dans le droit international, les dispositions prévues par les conventions internationales ne sont applicables seulement qu'après leur entrée en vigueur, suivant le principe de la non-rétroactivité des traités. Ainsi, les ressources qui avaient déjà été utilisées avant le 29 décembre 1993, appartiennent aux titulaires de ces droits à cette date.

Plusieurs pays ont ainsi revendiqué l'effet rétroactif de la Convention. Ils voulaient étendre leur souveraineté à tous les matériels (ressources biologiques) collectés avant cette date et voulaient même parfois les voir rapatrier sur leur territoire.

La revendication susmentionnée se fonde sur l'existence d'une grande quantité de matériels collectés avant l'entrée en vigueur de la Convention (fait générateur antérieur), qui était gardé en conditions *ex situ*⁶⁷ (zoos, aquariums, bancs de gènes, jardins botaniques...) dans des pays distincts des pays d'origine du matériel.

La traduction de cette affirmation en chiffre révèle que « 2.5 milliards de spécimens sont tenues en collections biosystématiques de référence » partout dans le monde ;

⁶⁶ DUPUY Pierre-Marie, *op.cit.*, page 304.

⁶⁷ Voir la définition dans le tableau 01.

« une estimation de 1,600 jardins botaniques dans le monde abritent plus de 4 millions de matériels vivants qui représentent environ 80,000 espèces de plantes (Hawksworth, 1995), et plus de 6.1 millions d'accessions sont stockées dans tout le monde dans des collections de germoplasme (FAO, 1996) »⁶⁸. Ces chiffres, en pourcentage, montrent que « la majorité des banques de gènes sont hors de leurs pays d'origine et sises dans les pays développés qui détiennent 70% des gènes végétaux et 85% des gènes animaux et des microorganismes »⁶⁹ ⁷⁰.

Dans le cas des collections *ex situ*, leur statut juridique⁷¹ va suivre les principes de droit définis par l'Etat où elles sont placées, parce que « les droits de propriété ne peuvent être créés par des Parties privées, qui ne peuvent pas non plus y déroger, et leur définition et leur application sont l'un des principaux attributs de la souveraineté de chaque Etat à l'intérieur de son territoire »⁷².

Nous avons alors trois situations distinctes relatives à l'accès :

- 1) Collections *ex situ* constituées préalablement à l'entrée en vigueur de la CDB, existantes en dehors des pays d'origine, sont par conséquent hors de sa portée ;
- 2) Collections *ex situ* constituées après l'entrée en vigueur de la CDB, qui lui seront soumises. Régime décrit par l'art.9 de la Convention ;
- 3) Collections *in situ*, qui n'ont pas de problème d'accès différé dans le temps et seront soumises aux règles de la CDB. Régime prévu dans l'art. 8° de la Convention.

La question cruciale par rapport au premier cas se fonde sur le moment de la production du *fait générateur* défini dans le traité, c'est-à-dire, l'accès. Dans ces situations particulières, mais, néanmoins courantes, il y a la possibilité d'avoir un accès différé dans le temps (avant et après la CDB) et dans l'espace (dans le pays d'origine ou dans les bancs de gènes).

Dans le cas des ressources génétiques récoltées et stockées dans des banques de gènes à une date antérieure au 29 décembre 1993, le fait générateur a été antérieur à l'applicabilité de la norme, étant ainsi exclu de son incidence. En effet, il n'y a pas de questionnement à se poser sur le consentement éclairé et *préalable* vis-à-vis d'un accès antérieur à la CDB, puisque le fait a été consommé. Par contre, en ce qui concerne les bénéfices, les Parties avaient l'option de l'appliquer aux collections *ex situ*. Comme l'accès et les bénéfices qui en découlent (dans le cas des banques de gènes) peuvent se passer à une date ultérieure à celle de l'accès premier, il aurait été possible et même souhaitable de réaliser le partage des avantages prévu dans la CDB sans que le principe de la non-rétroactivité ne soit transgressé. Cela aurait même pu se faire de façon indirecte -les pays d'origine étant parfois difficilement identifiables- par l'intermédiation d'un fond commun destiné à l'élaboration de projets

⁶⁸ TEN KATE Kerry et LAIRD Sarah Laird, *The commercial use of biodiversity*. London: Earthscan publications Ltd., 1999, page 302.

⁶⁹ Henri-Phillippe SAMBUC, *op.cit.*, page 134.

⁷⁰ Ces informations sont de GIRSBERGER Martin A. citées par Henri-Phillippe SAMBUC, *op.cit.*, page 134.

⁷¹ Sur le statut juridique de collection *ex situ* voir l'article de NOIVILLE Christine, « Le statut juridique des collections de ressources génétiques » in HERMITTE Marie-Angèle et KAHN Philippe (sous la direction), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Travaux du Centre René-Jean DUPUIT pour le droit et le développement et du Centre de Recherche sur le Droit des Sciences et Techniques, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 219-245.

⁷² CORREA, Carlos M., *Droits souverains et de propriété sur les ressources phytogénétiques*, Rome, FAO, 1994, p. 9.

durables, spécialement à ceux des communautés locales et autochtones, relatifs à la conservation de la nature, à l'image du fond prévu dans le Traité de la FAO.

Mais, malgré ces élucubrations et les revendications des pays du Sud, les discussions au sein de la COP n'ont pas été plus fructueuses vu les intérêts économiques en jeux et sous prétexte de l'injustice de l'application de ce régime à des collections faites sous un régime antérieur⁷³. Finalement, l'accueil des demandes de ces pays a été partiel. Les pays ont pu avoir leur pouvoir souverain appliqué à l'usage des matériels, et au partage des avantages en découlant, quand il s'opérait après l'entrée en vigueur de la CDB, selon ce que prévoit son art. 15.

Encore à l'égard du champ d'application de la CDB, la résolution 3 de l'Acte final de la Conférence de Nairobi a défini que ni les collections *ex situ* relatives aux ressources phytogénétiques, ni les droits des agriculteurs, n'étaient concernés par cet instrument. Ceux-ci étant de la compétence de la FAO. Pour être en conformité avec la CDB, la Conférence de la FAO a ainsi révisé l'Engagement International sur les Ressources Phytogénétiques de 1983 et comme résultat de ce processus (sept ans de négociations) naquit le Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

En 2001, la Conférence de la FAO approuva le Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, dont un des objectifs était de combler le vide laissé par la CDB, comme le dit la résolution 3.1 d'adoption du Traité⁷⁴ :

Rappelant la Résolution 3 de la Conférence de Nairobi pour l'adoption du texte convenu de la Convention sur la diversité biologique, qui reconnaissait la nécessité de chercher des solutions à des questions non résolues concernant les ressources phytogénétiques dans le cadre de la FAO, notamment l'accès aux collections ex situ qui n'ont pas été constituées conformément aux dispositions de la Convention sur la diversité biologique et la question des droits des agriculteurs,

Cette restriction du champ d'application par rapport à l'accès, mais aussi au partage des avantages, fondé sur la non-rétroactivité du principe, a engendré, et engendre encore, de nombreuses situations singulières. Entre autres cas typiques, on peut souligner le cas largement étudié du riz basmati, lequel se trouve présenté dans le tableau ci-dessous (TABLEAU 06).

Le cas du riz basmati est un exemple concret des effets de l'adoption du principe de souveraineté et de sa non rétroactivité. La particularité de cet exemple réside dans le fait qu'il s'agit (i.) d'un accès à une collection *ex situ* constituée avant l'entrée en vigueur de la CDB, (ii) relatif à des ressources phytogénétiques et (iii) des droits des agriculteurs. Tous les trois sont des éléments d'exclusion du champ d'application de la CDB.

⁷³ Voir le Rapport sur les informations relatives aux collections *ex situ* en application, de la décision IV/8, UNEP/CBD/ISOC/4, 12 mai 1999, disponible sur le site : www.biodiv.org

⁷⁴ Adopté le 2 novembre 2001. A disposition sur le site de la FAO : www.fao.org

TABLEAU 06
CAS DU RIZ BASMATI⁷⁵

RiceTec, une entreprise américaine, basée au Texas, a obtenu un brevet américain sur les plants et les grains de riz basmati.

Malgré l'irritation des producteurs locaux indiens et des gouvernements indien comme pakistanais, l'acquisition de cette variété était survenue avant l'entrée en vigueur de la CDB, l'accès en était libre à tous. L'entreprise RiceTec l'avait acquis légalement de l'International Rice Research Institut (IRRI) en Philippines. L'entreprise américaine n'avait pas l'obligation de partager des avantages découlant de l'utilisation de ces ressources et des savoirs employés pendant des siècles par les agriculteurs traditionnels.

En effet, le brevet susmentionné n'a été demandé qu'en 1998 et a engendré une vague de manifestations en Inde et au Pakistan, à cause du critère de « nouveauté » (il reposait sur une « nouvelle » ligne de riz). Le brevet (composé de 20 sous-brevets) reposait sur une étude génétique des qualités du riz basmati et sur deux variétés génétiquement améliorées, mis sur le marché sous les noms de Texmati et Kasmati.

Les producteurs et le gouvernement indien, aidés par un groupe d'ONG (La Déclaration de Berne, RAFI et Gene Campaign) a constitué un dossier qui lui permettrait de porter plainte contre le brevet devant les tribunaux américains. Les demandeurs voulaient apporter la preuve que les qualités du riz basmati étaient connues depuis des siècles par les agriculteurs indiens et ne constituaient pas une invention. Ils comptaient aussi faire état du travail millénaire de sélection de semences qui a abouti à l'existence du riz basmati indien et pakistanais.

Ce mouvement a engendré une plainte déposée au bureau américain des brevets et des marques - USPTO (United States Patent and Trademark Office), en juin 2000, par le gouvernement indien et pakistanais. La prétention de ces gouvernements était d'avoir la révocation partielle du brevet. Ils contestaient 3 des 20 demandes de sous-brevets déposées par la RiceTec auprès du USPTO.

Des mois plus tard les avocats de RiceTec ont volontairement renoncé à 4 des 20 sous-brevets, parmi les 4 sous-brevets renoncés, il y avait les 3 sous-brevets objet de la plainte. Par manque d'objet la procédure a été clôturée. Mais ils restaient encore les 16 demandes sous-brevets en cours.

En août 2001, le USPTO a prononcé sa décision finale quant aux 16 demandes de sous-brevet, en accordant que 3 sur les 16 sous-brevets restants. Ce résultat est une victoire partielle, puisqu'il représente l'institutionnalisation du manque de respect vis-à-vis des savoirs traditionnels intégrés dans ces semences de riz basmati.

Pour ces populations se retrouvant dépossédées d'un de leurs fondements culturels, et ne pouvant pas en espérer le moindre avantage, gageons simplement qu'un tel régime puisse ne pas leur apparaître comme des plus protecteurs.

⁷⁵ La description du cas basmati a été inspirée de l'étude de cas présentée par DUTFIELD in DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and biodiversity : seeds and plant varieties*. London, IUCN/Earthscan Publications Ltd., 2000, page 87, et par l'ONG SOLAGRAL, dans l'article « Génomique : les risques d'appropriation du vivant » in *Courrier de la Planète* n° 57, Mai 2000, sur le site : www.solagral.org.

§ 2° Un outil diplomatique de contrôle ou une véritable évolution ?

Malgré l'affirmation que la CDB a apporté de grandes évolutions dans le cadre de la reconnaissance du principe de souveraineté, ainsi que de la protection des savoirs traditionnels, il existe des positions contraires par rapport aux intérêts défendus par la CDB et sa propre effectivité, laquelle vient d'être analysée.

Les critiques qui vont être développées par la suite, sont tout à fait légitimes. Pourtant, les esprits chagrins de la société actuelle, constituant la logique du marché, du profit sur tous les autres intérêts, ne doivent pas empêcher la reconnaissance des résultats déjà accomplis.

A. Une rhétorique géopolitique

Selon le Groupe Crucible II⁷⁶, par exemple, la reconnaissance du principe correspond à une « rhétorique géopolitique »⁷⁷. Le principe de stimuler le profil de réglementation des accords commerciaux sur l'offre de ressources génétiques (entre le Sud et le Nord par l'entremise de la CDB) est « un stratagème politique très habile qui semble s'attaquer aux inégalités géopolitiques mais qui est en fait pratiquement stérile »⁷⁸.

Il affirme encore que cette « rhétorique du dévouement en faveur du partage international des avantages et de la promotion des transferts de technologie permet aux délégués subjugués des pays en développement de rentrer chez eux après des négociations internationales sans avoir à admettre à ceux qu'ils représentent et qui attendent désespérément des signes d'amélioration qu'aucun progrès n'a été réalisé »⁷⁹.

En effet, les lois nationales qui devraient régler cette disproportionnalité entre les pays du Nord et du Sud accentuent le problème en vertu du rapport que les pays en développement ont vis-à-vis des pays développés. Pour eux, ces lois sont sans effet.

Tout d'abord, comme les ressources sont diffuses dans le monde, les pays qui ont besoin d'en faire usage, iront difficilement chercher l'avis des pays fournisseurs, dès qu'il existe plusieurs formes d'obtention de ressources génétiques, autres que l'accès direct à la source, comme nous avons vu antérieurement avec les collections *ex situ*.

Deuxièmement, les techniques modernes - la biotechnologie par excellence - de plus en plus avancées, requièrent des substances obtenues à partir des ressources biologiques, mais se dispensent de la nécessité de disposer physiquement de ces ressources, rendues petit à petit indispensables.

Face à de telles circonstances, il semble difficile de trouver des industries biotechnologiques ou des pays du Nord ayant un vrai besoin des ressources biologiques capables de payer un prix acceptable et des pays fournisseurs, sans force de négociation, et qui acceptent une affaire équitable⁸⁰.

⁷⁶Voir à propos du groupe CRUCIBLE, nos observations sous la note de bas de page n° 29.

⁷⁷ CRUCIBLE Group II. *Le Débat des semences. Volume 2. Options pour les lois nationales régissant le contrôle des ressources génétiques et des innovations biologiques*, page. 9.

⁷⁸ Idem.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ Pour plus d'information dans ce sens, voir : CRUCIBLE Group II, *op.cit.*, page 9 et TEN KATE Kerry et LAIRD Sarah Laird, *op.cit.*, page 7.

La seule raison pour les pays étrangers de signer des accords sur l'accès, serait non pas la raison de la force juridique des pays fournisseurs, basée sur les dispositions contenues dans la CDB, mais simplement une question diplomatique, parce qu'il améliore les relations (économiques !) entre eux.

Ainsi, dans ce contexte, les paiements sont secondaires et infimes. Le Groupe Crucible II conclut en se demandant : « si ces lois étaient réellement payantes, pour quelle raison les pays du Nord n'adoptent-ils pas de lois sur l'accès ? La vérité est que les pays du Nord n'ont que faire de l'unique avantage de ces lois qui est de faire augmenter leur score politique grâce à une rhétorique prônant la lutte contre l'exploitation du Sud par le Nord »⁸¹.

Devant ce raisonnement à la fois réaliste et négatif, il semble que l'adoption de ce principe ne soit pas une évolution, mais un outil de plus de contrôle des pays développés sur les pays en développement.

B. Evolution du droit : les lois, de simples fruits du pouvoir.

Malgré sa cohérence avec la réalité des faits, il faut souligner que l'évolution du droit a été lente et les lois ont été toujours, dans la plupart des pays du monde, écrites par les élites, par les couches les plus puissantes des sociétés.

L'évolution du droit a déjà démontré que les avancées sont lentes, et même si les lois ont toujours représenté une expression des acteurs les plus forts, elles engendrent des changements substantiels.

Auparavant, il n'y avait pas de droits, la force était le mécanisme utilisé pour résoudre les conflits sociaux. C'était la force pour la force, dent pour dent, la loi du Talion.

C'était l'auto tutelle, l'individu ne comptait pas sur la tutelle juridictionnelle étatique. Il faisait sa propre loi. La solution des conflits interpersonnels se fondait sur le rapport de force existant entre les Parties.

Le droit a évolué et l'auto tutelle a été interdite. L'état a pris sa place de gardien du bien être commun et de l'ordre public.

Même ici, les lois restent faites par les plus puissants. Et au cas où elles ne sont pas faites à leur image, ils les rendent inapplicables par leur boycott, comme l'ont fait les États-Unis à l'égard de la CDB et du Protocole de Kyoto. Cependant, toutes ces évolutions ont été bienvenues, améliorant de plus en plus les rapports interpersonnels, l'équilibre des forces entre les Parties dans un conflit, situation qu'il n'était pas possible d'imaginer auparavant.

Malgré le manque constant d'équilibre dans le rapport de force entre les intérêts environnementaux et les intérêts économiques, le droit de l'environnement a vu son évolution s'accélérer depuis sa naissance.

Dans la période des trente dernières années, il y a eu une production impressionnante de normes environnementales aux niveaux international, régional et interne.

⁸¹ CRUCIBLE Group II, *op .cit.*, page 9.

Même si les lois ont été adoptées, parfois sur la base d'intérêts ne recherchant pas vraiment la protection de l'environnement ou la diminution des inégalités de tout ordre, entre les pays du Nord et du Sud, au moins il en résulte une protection reposant sur une norme juridique. Cette simple existence d'une forme de protection, même si elle n'est pas toujours efficace, est meilleure que l'absence totale de protection.

Dans ce sens, la CDB a représenté un point de départ dans la reconnaissance des droits des pays sur leurs propres ressources, en établissant un régime d'accès aux ressources génétiques, de protection des savoirs traditionnels associés et de partage des avantages, qui petit à petit ont été mis en œuvre.

Si à l'égard de l'accès aux ressources génétiques nous constatons des avancées, même si elles sont mitigées, par rapport à l'accès aux savoirs traditionnels, les conséquences sont partagées. D'un côté l'évolution de la protection n'est pas moins importante que celle incorporée par le principe de la souveraineté des pays, mais d'un autre côté, elle n'est pas pour autant plus efficace.

SECTION 2 – LES DISPOSITIONS DE LA CDB SUR LES SAVOIRS TRADITIONNELS ASSOCIES : L'ARTICLE 8 (j)

Dans son préambule, elle reconnaît le rapport intrinsèque entre les communautés locales et populations autochtones et les ressources biologiques. Dans son article 8 (j), elle prévoit des règles pour l'accès à ces savoirs et incite les pays à créer des normes de protection de ces droits.

Ces règles étant disposées en forme de principes et droits non précis, elles doivent être encore traduites en lois au moment de leur transposition par les pays membre de la CDB. Pour les rendre applicables, un groupe de travail *ad hoc* a été constitué par décision de la Conférence des Parties (COP). Sa tâche est immense notamment en ce qui concerne les droits qui découlent de la reconnaissance de son importance des savoirs traditionnels : le consentement éclairé et préalable et le partage des avantages.

§ 1° Les droits des peuples autochtones et des communautés locales dans l'article 8j.

Dans le cadre de la CDB, selon la définition transcrite dans le TABLEAU 02, les savoirs traditionnels sont détenus par des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles, « développées à partir d'une expérience acquise au cours des siècles et adaptée à la culture et à l'environnement local, la connaissance traditionnelle [étant] communiquée oralement de génération en génération »⁸².

Ils ont un fort trait collectif, et peuvent être rattachés à plusieurs types d'expressions culturelles : histoires, chansons, folklore, croyances, rituels, langues locales et pratiques agricoles etc.

Par rapport à leur application pratique relative à la biodiversité, ils se retrouvent « en particulier dans des domaines tels que l'agriculture, la pêche, la santé, l'horticulture, et la sylviculture »⁸³.

Ces applications sont consacrées au sein de la CDB avec la reconnaissance des savoirs traditionnels associés (A), et celle, plus limitée, de l'utilisation de leurs ressources génétiques (B).

A. Les droits et les principes

En vue des rapports intrinsèques avec la nature et de son importance pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, la CDB a fixé dans l'article 8j des principes et a attribué des droits, lesquels doivent être mis en œuvre par les Parties.

⁸² <http://www.biodiv.org/programmes/socio-eco/traditional/>

⁸³ Idem.

Préambule

Reconnaissant qu'un grand nombre de communautés locales et de populations autochtones dépendent étroitement et traditionnellement des ressources biologiques sur lesquelles sont fondées leurs traditions et qu'il est souhaitable d'assurer le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles intéressant la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments,

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;

Il y a des conditions pour l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels (connaissances, pratiques et innovations) qui sont établies dans le cadre de la Convention, notamment dans les dispositions rappelées ci-dessus. Ces principes et droits relatifs aux communautés autochtones et locales face à l'utilisation de leurs savoirs, sont :

1. La **reconnaissance** de l'importance de ces connaissances, pratiques et innovations pour la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité ;
2. L'**incitation** à leur utilisation ;
3. L'**exigence** de l'accord des communautés autochtones et locales (art.8 (j)), à travers leur consentement éclairé et préalable (art. 15) ;
4. Le **droit à participation** dans le processus d'utilisation de leurs savoirs ;
5. Le **partage des avantages** découlant de l'utilisation de ces savoirs.

Tout d'abord, nous pouvons observer de ces droits qu'ils dérivent de la reconnaissance de l'importance des savoirs traditionnels pour la conservation de la biodiversité, qui est à la base de l'article 8 (j).

Une deuxième observation porte sur leur nature et applicabilité. En fait, au lieu de trouver des règles contraignantes et directement applicables, nous trouvons ici plutôt des règles de conduites, ouvertes, sans application immédiate. Ainsi, nous ne pouvons pas parler de règles pragmatiques, mais de principes directifs. Leur applicabilité est conditionnée par d'autres règles qui encadrent les premières.

Cette ouverture normative, caractéristique des principes, a le bon côté de permettre que d'autres droits en ressortent, pouvant être invoqués dans plusieurs situations (cas jurisprudentiels futurs) comme base du droit, mais a aussi un autre côté, moins apprécié, qui est celui de la possible inefficacité de la norme, par son manque de concret, de précision, typique du dispositif des normes juridiques.

Plus loin ces questions seront traitées plus en détail, mais pour illustrer sa non applicabilité immédiate, nous pouvons citer la simple absence de clarté des termes comme : équitable, juste, éclairé, etc. La CDB n'a absolument pas établi de définitions précises sur ces termes. La difficulté d'avoir une définition arrêtée sur ces termes demeure dans leur caractère subjectif et casuistique, ce qui se complique par les nombres et la diversité d'acteurs auxquels ils seront utilisés (sujets de droits).

Un autre point qui doit être mentionné par rapport à la reconnaissance de l'importance des savoirs traditionnels dans le cadre de la CDB, se réfère à leur valeur intrinsèque et extrinsèque. A cet égard les avancés sont timides.

Différemment de la reconnaissance de la valeur intrinsèque de la biodiversité présente dans le préambule de Convention (premier considérant, reproduit en-dessous), selon lequel la diversité biologique est importante pour elle-même, les savoirs traditionnels n'ont pas été reconnus pour leur valeur intrinsèque, mais seulement pour leur utilité dans la conservation de la biodiversité. Ce choix politique est regrettable puisque «la disparition de savoirs traditionnels peut être tragique pour le monde, mais surtout elle est tragique pour ces peuples et communautés du monde que dépendent de l'intégrité de leurs système de savoir pour leur survie culturelle et même physique »⁸⁴.

Préambule

*Conscientes de la **valeur intrinsèque de la diversité biologique** et de la valeur de la diversité et de ses éléments constitutifs sur les plans environnemental, génétique, social, économique, scientifique, éducatif, culturel, récréatif et esthétique,*

Malgré tous les obstacles et lacunes, il faut retenir de la CDB qu'elle a consacré la reconnaissance des savoirs traditionnels et, même si son efficacité reste soit disant « limitée », elle est remarquablement importante pour l'avancé de la protection juridique des savoirs traditionnels.

Dans ce sens d'autres dispositifs peuvent être mentionnés. Des *a priori* positifs peuvent être détachés des articles 10, c, 17.2 et 18.4, transcrits ci-après.

⁸⁴ DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and biodiversity: seeds and plant varieties*. London, IUCN/Earthscan Publications Ltd., 2000, page 37.

Article 10. Utilisation durable des éléments constitutifs de la diversité biologique

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

*c) **Protège et encourage l'usage coutumier des ressources biologiques conformément aux pratiques culturelles traditionnelles compatibles avec les impératifs de leur conservation ou de leur utilisation durable ;***

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 des dites technologies.

Article 17. Echange d'informations

1. Les Parties contractantes facilitent l'échange d'informations, provenant de toutes les sources accessibles au public, intéressant la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique en tenant compte des besoins spéciaux des pays en développement.

*2. Cet échange comprend l'échange d'informations sur les résultats des recherches techniques, scientifiques et socio-économiques **ainsi que d'informations sur les programmes de formation et d'études, les connaissances spécialisées et les connaissances autochtones et traditionnelles en tant que telles ou associées aux technologies visées au paragraphe 1 de l'article 16.***

Cet échange comprend aussi, lorsque c'est possible, le rapatriement des informations.

Article 18. Coopération technique et scientifique

*4. Conformément à la législation et aux politiques nationales, les Parties contractantes encouragent et mettent au point des modalités de coopération aux fins de l'élaboration et de l'utilisation de technologies, **y compris les technologies autochtones et traditionnelles, conformément aux objectifs de la présente Convention.** A cette fin, les Parties contractantes encouragent également la coopération en matière de formation de personnel et d'échange d'experts.*

L'article 10 renforce la nécessité de prendre des mesures pour protéger les pratiques traditionnelles favorables à la conservation de la biodiversité, ce qui peut inclure les pratiques traditionnelles telles qu'en dispose l'art. 8.j.

Les articles 17.2 et 18.4, notamment, donnent aux savoirs traditionnels un statut équivalent aux autres technologies, ce qui est pour le moins positif. Cela leur établit un statut de science, de technologie, et dans ce cas, les communautés locales et autochtones sont en

position de demander leur protection légale (droits de propriété intellectuelle ou autre type de protection) et d'exiger des bénéfices pour leur usage, ce qui a été totalement accueilli dans l'art. 8, j⁸⁵.

Les droits qui reconnaissent l'existence et l'importance des savoirs traditionnels existent et leur mise en œuvre est en train d'être analysée au sein de la COP, ainsi que des groupes *ad hoc* sur l'article 8 (j).

Toutefois, malgré tous ces droits, le champ d'application de la CDB par rapport aux communautés autochtones et locales ne devrait pas se limiter aux droits sur leurs savoirs traditionnels mais aussi aux ressources génétiques existant dans leurs territoires.

B. Le prolongement de ces droits sur les ressources génétiques.

Les droits susmentionnés conférés aux communautés autochtones et locales par la CDB (notamment sur le partage des avantages) devraient se prolonger aux ressources génétiques existantes sur leurs territoires, « dans la mesure où l'on reconnaît l'étroite relation entre la conservation de cette ressource et les connaissances, la manière de vie, les habitudes et les traditions de telles populations, qui ont des siècles ou des millénaires, et interagissent avec l'environnement naturel en le connaissant profondément et en le conservant, et qui depuis développent des activités presque sans impact »⁸⁶.

Tant pour une question d'équité, que pour la stimulation de ces pratiques soutenables, ces acteurs doivent être bénéficiaires des avantages découlant non seulement de l'utilisation de leurs connaissances, mais aussi, de l'utilisation des ressources génétiques vu que, même de façon indirecte, ils ont participé à leur conservation.

Pour que les objectifs aboutissent, soit par rapport aux savoirs traditionnels, soit par rapport aux ressources génétiques, plusieurs obstacles devront être surmontés, comme les questions des droits fonciers, des différences culturelles, des intérêts antagoniques, de légitimation pour le consentement éclairé et préalable, et enfin l'identification des communautés locales, parmi les autres.

Tout d'abord, il faut souligner la question des droits fonciers des communautés autochtones et locales. Pour que l'on puisse mettre en place un régime de protection de leurs ressources naturelles (contenues dans leurs « territoires ») et un partage des avantages découlant de son usage (accès), il faut que ces droits soient établis. Ces questions auront des influences directes sur le partage des avantages.

Il faut que des cadres légaux soient développés pour la protection de ces droits et qu'ils soient mis en place. Cependant, jusqu'à maintenant, comme on l'analysera dans la partie suivante, la mise en pratique de ces droits en vue de la protection des avancées intellectuelles de ces communautés dans le domaine des connaissances et de la technologie est loin d'être aboutie.

L'apport de la CDB par rapport à l'extension des droits des communautés autochtones et locales sur les ressources génétiques existantes sur leurs terres a été, une fois de plus,

⁸⁵ Voir les commentaires de Graham Dutifield in DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and biodiversity: seeds and plant varieties*, op.cit., pages 31 à 39.

⁸⁶ LIMA, André, in *Revista de Direitos Difusos* Ano II. Volume 2 Abril, 2002, ADCOAS e IBAP, page 1597.

mitigé. Conformément aux affirmations antérieures, la CDB n'a pas fait d'allusion à la propriété des ressources génétiques, (même celles liées aux savoirs traditionnels, ce qui serait la moindre des conduites espérée), par les communautés locales et autochtones.

L'article 15 (ci-après), qui définit les principes généraux de l'accès aux ressources génétiques a utilisé le terme *États* pour désigner le sujet du droit de souveraineté sur les ressources génétiques, les communautés locales et autochtones étant dépossédées de leurs ressources génétiques, sauf disposition contraire dans les lois nationales.

Article 15. Accès aux ressources génétiques

1. Etant donné que les États 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.

La conséquence de ce choix politique, transcrit dans la CDB au niveau juridique, est la perpétuation de la soumission des communautés locales et autochtones aux normes juridiques nationales, ce qui n'est pas toujours favorable, en l'occurrence.

Au Brésil, par exemple, les indiens ont un droit d'usufruit sur leurs territoires (art. 231 de la Constitution Fédérale brésilienne de 1988 – CFB/88), ce qui leur donne un droit d'usufruit sur les ressources biologique y existant. Cette situation -même si elle n'est pas contestée directement- a été mise à l'épreuve ou en danger par un projet d'amendement de la Constitution.

Grâce à l'ouverture donnée par la CDB vis-à-vis du droit de souveraineté des États, ce pays cherchant à combler le vide normatif en matière d'accès aux ressources génétiques, a proposé d'inclure le patrimoine génétique existant dans tout le territoire brésilien (à l'exception du patrimoine génétique humain) dans le patrimoine national, pour avoir le pouvoir de disposer et de contrôler ledit accès.

En 1998 un projet d'amendement de la Constitution (PEC 618 6 A /98) a été proposé avec pour finalité l'inclusion du patrimoine génétique dans la liste des biens de l'Etat mentionnés à l'art. 20 de la CFB/88, ce qui engendrerait un changement de statut juridique de la biodiversité, laquelle deviendrait, au même titre que les ressources minérales, un bien de l'union.

Les droits des populations autochtones n'ont pas été inclus ou négocié au sein du projet de proposition, ce qui ne va pas sans représenter un certain danger à l'égard du droit sur les ressources génétique dans le territoire de ces populations.

A l'image du cas brésilien, d'autres États peuvent disposer de leur patrimoine génétique, comme ceux existants dans les territoires des communautés locales et autochtones, en les dépossédant au besoin, sans que les principes et normes prévus dans la CDB ne soient heurtés par une telle démarche.

§ 2°. Mise en œuvre des droits sur les savoirs traditionnels

Il existe déjà quelques lignes directrices et des conditions définies (dans les accords régionaux et les lois internes) pour reconnaître et récompenser la contribution des peuples indigènes et autres innovateurs informels à l'accroissement de la diversité biologique, ainsi que pour leur assurer le contrôle de leurs ressources biologiques et de leurs systèmes de savoirs. Mais les problèmes de mise en place de ces règles sont toujours là.

Un programme de travail adressant les engagements incorporés à l'article 8(j) et d'autres dispositions de la Convention traitant la connaissance traditionnelle, visent à faire les gouvernements et les Parties contractantes :

- établir des mécanismes pour assurer la participation efficace des communautés indigènes et locales dans la planification de prise de décision et des politiques ;
- respecter, préserver et maintenir la connaissance traditionnelle concernant la conservation et l'utilisation soutenable de la diversité biologique ;
- favoriser son application plus large avec l'approbation et la participation des communautés indigènes et locales ;
- encourager le partage équitable des avantages surgissant de l'utilisation d'une telle connaissance traditionnelle⁸⁷.

Pour réaliser ce programme, en vu de trouver des instruments de mise en place des droits relatifs aux savoirs traditionnels, un groupe de travail *ad hoc* a été créé par la Conférence des Parties de la CDB (A). Entre autres tâches, deux dispositions encadrent la protection des savoirs traditionnels : le partage des avantages et le consentement éclairé et préalable (B).

A. Le groupe de travail spécial sur l'article 8j

Visant la mise en place des mesures sus mentionnées, la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique (COP) a institué un groupe de travail spécial à composition non limitée pour examiner l'application de l'article 8(j)⁸⁸ et des dispositions connexes de la Convention sur la diversité biologique, qui est chargé de faire des suggestions concrètes sur la mise en œuvre de tous ces engagements.

Les tâches principales du groupe sont :

- de s'assurer que les communautés indigènes et locales obtiennent une part juste et équitable des avantages surgissant de l'utilisation et de l'application de leur connaissance traditionnelle ;
- de s'assurer que les établissements privés et publics intéressés à employer une telle connaissance obtiennent l'approbation antérieure des communautés indigènes et locales ;
- de régler comment des évaluations d'impact seront effectuées concernant n'importe quel développement proposé sur les emplacements sacrés ou sur la terre occupée ou utilisée par les communautés indigènes et locales;

⁸⁷ <http://www.biodiv.org/programmes/socio-eco/traditional/>

⁸⁸ Le groupe a été établi par la décision IV/9 de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique tenue à Bratislava, en 1998.

- d'aider des gouvernements dans le développement de la législation ou d'autres mécanismes pour assurer cette connaissance traditionnelle, et ses applications plus larges, et de veiller à ce qu'elle soit respectée, préservée, et maintenue⁸⁹.

Pour atteindre ses objectifs le groupe se réunit avant les Conférences des Parties, où les décisions ou discussions sont entreprises. Le résultat de ces rencontres est présenté et, dans le cas échéant, proposé par le groupe d'experts aux Parties lors de la COP.

Il s'est réuni pour la première fois à Séville, Espagne (2000). Dans le paragraphe 9 de la décision V/16, la Conférence des Parties a étendu le mandat du Groupe de travail à l'étude des progrès accomplis dans l'exécution des tâches prioritaires du programme de travail sur l'article 8 j) et les dispositions connexes et lui a demandé de faire un rapport à la Conférence des Parties à sa sixième réunion.

La deuxième réunion du Groupe de travail s'est tenue à Montréal (2002), juste avant la COP-6 à La Haye. Le rapport requis par la décision V/16 a été remis à la COP-6. Il intègre la décision VI/10. Le paragraphe 34 de cette dernière a prévu une demande spécifique sur la possibilité d'application des régimes *sui generis*⁹⁰ (notion à l'époque très discutée, mais aussi très floue) pour la protection des savoirs traditionnels. Le paragraphe 34 a été reproduit pour mieux préciser les questions qui ont été soulevées par la décision :

Décision VI/10

34. Prie le Groupe de travail spécial intersessions à composition non limité chargé d'examiner l'application de l'article 8 j) et des dispositions connexes de la Convention sur la diversité biologique d'examiner la question des systèmes *sui generis* de protection des connaissances traditionnelles, en se penchant en particulier sur les questions suivantes :

- a. Clarification de la terminologie pertinente;
- b. Compilation et évaluation des systèmes *sui generis* autochtones, locaux, nationaux et régionaux existants;
- c. Mise à disposition de cette compilation et de cette évaluation par l'intermédiaire du Centre d'échange de la Convention;
- d. Examen des systèmes en vigueur de traitement et de gestion des innovations au niveau local et de leur lien avec les systèmes nationaux et internationaux existants en matière de droits de propriété intellectuelle, afin d'assurer leur complémentarité ;
- e. Évaluation de la nécessité d'entreprendre des travaux supplémentaires sur ces systèmes aux niveaux local, national, régional et international ;
- f. Mise en évidence des principaux éléments à prendre en compte dans l'élaboration de systèmes *sui generis* ;
- g. Le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances, des innovations et des pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales; compte tenu des travaux effectués par le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, afin de favoriser leur complémentarité, ainsi que des initiatives prises aux niveaux local, national, sous-régional et régional ;

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Les régimes de mise en œuvre des droits sur les savoirs traditionnels seront l'objet d'étude de la deuxième partie. Le chapitre 6 est destiné au régime *sui generis*.

La troisième réunion a eu aussi lieu à Montréal, en décembre 2003, juste avant la septième réunion de la COP-7 (Kuala Lumpur – 2004). Soit pour avoir succédé le Sommet de Johannesburg (RIO + 10) en 2002, ou soit par la propre maturité des discours et discussions, le fait incontestable est que ces deux réunions ont été le plus fructueuses jusqu'à présent.

C'est à ce moment que plusieurs décisions ont été prises sur le programme de travail de l'art. 8 (j) : les éléments à examiner dans l'élaboration des systèmes *sui generis* de protection des STA ont été délimités davantage⁹¹, les *Akwé : Kon guidelines* (les lignes directrices facultatives de *Akwé : Kon*) ont été approuvées⁹², entre autres avancées⁹³.

Les *Akwé : Kon guidelines* sont des lignes directrices facultatives « pour la conduite d'études sur les impacts culturels environnementaux et sociaux des projets d'aménagement ou des aménagements susceptibles d'avoir un impact sur de sites sacrés et sur des terres ou des eaux occupées ou utilisées traditionnellement par des communautés autochtones et locales »⁹⁴. Ce sont des règles non-contraindantes, qui visent à donner un sens vers « l'intégration de considérations culturelles, écologiques, sociales et de diversité biologique, des communautés autochtones et locales, dans les procédures, actuelles et à venir, d'étude d'impact »⁹⁵ sur les territoires occupées par ces communautés.

Après une très bonne période d'ascension des travaux sur la mise en œuvre de l'art. 8 (j), dans le groupe de travail et de la COP, à l'égard, notamment, des régimes *sui generis*, ils ont connu ce que l'on a appelé le creux après la vague, une phase de stagnation, où les travaux sont dans un stade de latence.

La dernière réunion du groupe de travail a eu lieu à Grenade en janvier 2006, en préparation à la COP-8 tenue au mois de mars de la même année à Curitiba, au Brésil. Les principales revendications dans ces réunions ont été dans le sens de clarifier les éléments du régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, de créer un code de conduite éthique pour l'héritage culturel et intellectuel des communautés locales et autochtones, ainsi que la participation effective des populations traditionnelles concernées par l'art. 8 (j) dans les discussions sur sa mise en œuvre.

Le consentement éclairé et préalable a été un des objets de discussions sur lequel des pays développés ont plaidé pour l'assouplissement, en utilisant le terme consacré par l'art. 8 (j) (sujet traité dans le prochain point), tandis que la plupart des pays en développement contrariés, protestaient pour maintenir sa forme plus renforcée, prévue dans l'art. 15, qui porte sur l'accès et le partage des avantages qui en découlent.

L'analyse que l'on peut porter sur les réunions du groupe de travail sur l'art. 8 (j) sera toujours incomplète, si elle n'est pas faite en parallèle avec les travaux du groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages (APA). Ces groupes de travail sont intrinsèquement liés. Leurs tâches ne peuvent pas être traitées de façon totalement déconnectées. Ainsi, le régime *sui generis* est étudié dans les deux groupes. Celui sur l'APA est d'ailleurs en train d'élaborer un régime international sur l'accès et le partage des avantages⁹⁶. Ce régime, tout comme le consentement éclairé et préalable sous-mentionné, est aussi très contesté.

⁹¹ Décision VII/16 G et annexe.

⁹² Décision VII/16 F.

⁹³ Une page dédié à l'article 8 (j) après la COP-7a été mise en ligne sur le site de la Secrétariat de la CDB, www.biodiv.org.

⁹⁴ Décision VII/16 F.

⁹⁵ Lignes directrices de *Akwé : Kon*, I. But et approche, point 2, Décision VII/16 F, annexe, page 10.

⁹⁶ Voir Annexe IV et la section 3 du Chapitre 6.

Les tensions sont ressenties dans les négociations, tant au niveau des savoirs traditionnels, comme de l'accès et du partage des avantages, où des groupes d'intérêts, pour la plupart antagoniques, n'arrivent pas à un consensus. Il ne s'agit pas véritablement d'un échec mais d'une grande impasse qui s'est installée au sein de ces deux réunions par rapport à l'art. 8 (j).

De toute façon, il ne faut pas s'en tenir qu'aux derniers résultats. Il faut surtout reconnaître que toutes ces rencontres ont débouché dans un ensemble de décisions et d'évolutions importantes dans le domaine des savoirs traditionnels associés (STA), aussi que de l'accès et du partage des avantages (APA).

Ensuite, nous allons porter notre analyse sur ces deux éléments du régime international d'accès qui pourra être appliqué sur les STA.

L'accès aux ressources génétiques, comme aux savoirs traditionnels, reposent sur le consentement éclairé et préalable et le partage juste et équitable des avantages. A cet égard beaucoup a été étudié et proposé, mais très peu a été retenu.

B. Le consentement éclairé et préalable et le partage des avantages

La mise en œuvre des droits des communautés autochtones et locales réside dans l'effectivité du 1) consentement éclairé et préalable, duquel dépendra un 2) partage juste et équitable des avantages.

Ces questions ont été largement traitées au sein du groupe sur l'art. 8 (j) et de la COP, ce qui pourrait être objet de travaux largement plus denses que celui-ci. Mais, étant donné la limite matérielle du présent travail, ces thématiques seront analysées brièvement.

1. Consentement éclairé et préalable

La CDB établit comme une condition pour l'accès aux ressources génétiques dans son article 15.5 (voir la transcription en-dessus) la nécessité du consentement préalable et en connaissance de cause, (appelé ci-après : consentement éclairé et préalable - CEP), du pays fournisseur des ressources. Par rapport aux savoirs traditionnels, il n'y a pas une référence expresse au consentement éclairé et préalable des communautés détentrices de ces droits. A la place du CEP, l'article 8 (j), établit que l'utilisation des savoirs traditionnels doit être faite *« avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques »*.

Toutefois, au regard du contexte global de la Convention, on peut comprendre l'extension des CEP à l'accès aux savoirs traditionnels.

Article 15. Accès aux ressources génétiques

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.

Malgré l'évidence de l'inclusion du consentement éclairé et préalable dans la procédure de l'accès aux savoirs traditionnels associés, ces *a priori* n'ont pas encore été pacifiés dans la COP.

En effet, les termes employés par l'art. 8 (j) peuvent paraître moins contraignants que ceux prévus par l'art. 15.5. Le premier parle « d'accord et de participation », mais ne fait pas de référence au moment et à la forme de ces actes, tandis que l'article 15.5, parle d'un consentement *préalable* et *en connaissance de cause* (éclairé), ce qui différencie substantiellement les deux procédures.

Comme dit antérieurement, pendant la COP-8 des pays en développement ont défendu l'extension des dispositions de l'art. 15.5, à l'accès aux savoirs traditionnels, tandis que quelques pays développés (Australie, notamment) ont soutenu l'utilisation du terme de l'art. 8 (j), c'est-à-dire, *l'accord* des communautés locales et autochtones au lieu de *consentement éclairé et préalable* des communautés locales et autochtones⁹⁷.

Les termes largement utilisés dans les documents de la COP sont : *accords préalable en connaissance de cause* et *consentement préalable en connaissance de cause*, ce qui n'a pas de différence fondamentale. Voici un des exemples d'utilisation ressorti de la Décision VII/16 de la COP-7 :

E. Rapport de synthèse sur l'état et l'évolution des connaissances, des innovations et des pratiques des communautés autochtones et locales qui présentent un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique

Sachant que tout exercice de collecte d'informations sur les connaissances, les innovations et les 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 devrait être effectué avec l'accord préalable en connaissance de cause des dépositaires de telles connaissances, innovations et pratiques,

Même si la question de la terminologie adéquate éclate encore au sein de Conférences de Parties, le consentement éclairé et préalable a été consacré dans la doctrine spécialisée dans ce domaine. Ainsi, le terme employé dans le présent travail suivra celui de l'art. 15.5.

Le CEP peut être défini comme étant :

Consentement Éclairé et Préalable

« L'exigence des communautés locales et autochtones à être consultées pour donner leur consentement volontaire, avant qu'une personne, institution ou entreprise ait l'accès aux savoirs traditionnels ou aux ressources génétiques de leurs territoires. Etant vital pour cette définition que les communautés soient informées des risques et des bénéfices, pour seulement donner leur autorisation volontaire à ce moment là »⁹⁸.

⁹⁷ Plus de détail voir : LE GOATER Yann, « Convention sur la diversité biologique, protection des savoirs traditionnels et accès aux ressources génétiques », à paraître à la Revue européenne de droit de l'environnement (REDE), volume 2, 2007.

⁹⁸ FIRESTONE, Laurel. "Consentimento Prévio Informado; Princípios Orientadores e Modelos Concretos" in LIMA, André; BENSUSAN, Nurit Orgs.. Documentos ISA 8, *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003, page. 24.

Le CEP représente un droit collectif propre des communautés autochtones et locales, comprenant la possibilité du refus de l'accès à toutes activités lorsqu'elles peuvent être nuisibles aux traditions et croyances de ces populations. Ainsi, tout changement dans l'utilisation telle quelle avait été décrite aux détenteurs avant le consentement convenu, devrait sans doute être soumis à l'obtention d'un nouveau consentement préalable en connaissance de cause, avec l'implication des fournisseurs originels.

Cette obligation d'actualisation des informations relatives à l'activité consentie a été reprise par les Akwé : *Kon guidelines* dans leurs considérations générales, voici le texte :

V. Considérations générales :

A. Le consentement préalable en connaissance de cause des Communautés autochtones et locales affectées

53. Lorsque le régime juridique national exige l'obtention du consentement préalable en connaissance de cause des communautés autochtones et locales, l'étude devrait s'assurer que ce consentement a été effectivement obtenu. Le consentement préalable en connaissance de cause, correspondant aux différentes phases de l'étude d'impact, devrait étudier la reconnaissance et la protection des droits, connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales; l'utilisation d'un langage et de procédés appropriés; l'allocation d'un temps suffisant et la fourniture d'informations précises, factuelles et juridiquement fondées. Toute modification au projet initial doit obtenir un autre consentement des communautés autochtones et locales concernées.

En conséquence, le CEP n'est pas qu'une procédure, mais plutôt un processus composé de plusieurs procédures. D'ailleurs, il n'est pas de nature statique. A l'image du consentement proposé par les Akwé : *Kon guidelines*, il peut être mis en cause ou refait toute les fois où cela s'avère nécessaire.

Un autre point important qui ressort du texte transcrit au-dessus, touche à la précision des informations, ce qui impose tout d'abord *l'utilisation d'un langage et de procédés appropriés*. Plusieurs des sujets de ces droits ont des coutumes particulières, ce qui est exprimé par des langues normalement propres à ce ou à ces communauté(s), comme nous l'avons analysé dans l'introduction du présent travail lors de la définition des communautés locales. Ainsi, pour atteindre le principe de l'égalité matérielle, il faut traiter des sujets inégaux, de façon inégale, *mutatis mutandis*, en leur parlant dans leur propre langue pour que les informations soient bien appréhendées.

Le temps pour que cela se passe doit aussi être approprié à la compréhension de tous les facteurs, et des effets positifs et négatifs, que l'activité sur laquelle le consentement est attendu, porteront à la communauté. Seulement à partir de ce stade, une décision est prise et l'activité peut débuter.

Les aspects de temporalité et de qualité du consentement doivent être observés pour que ce consentement soit véritablement éclairé et préalable. Une autre condition qui peut être

ajouté à ces deux autres, inhérente à la validité de tous les accords de volonté, est celle d'un accord donné *librement*. Cela implique non seulement l'état de connaissance de cause, mais aussi de la non-soumission à des pressions, des forces, ou autres formes de contrainte, de quiconque.

Le CEP doit ainsi, pour être valide, remplir ces trois conditions concomitantes : éclairé, préalable et libre.

Néanmoins, l'ampleur de ces obligations nécessite des règles plus précises pour bien atteindre leur objectif. Des exigences possibles par rapport à ces procédures sont⁹⁹ :

- Les informations doivent être transmises en langue locale ;
- Le consentement doit être obtenu de la communauté ou des individus liés à la recherche ;
- La communauté doit être formellement notifiée de l'activité ;
- Les consultations doivent utiliser les structures formelles et informelles d'organisation existantes dans les communautés ;
- Le chercheur doit contacter ou chercher à parler avec les chefs des communautés auquel il doit demander la participation dans la procédure de consentement ;
- Les chercheurs doivent fournir des copies des documents importants du projet d'accès, ainsi que donner accès aux données de la recherche ;
- Les chercheurs doivent partager avec les communautés locales et autochtones les découvertes à chaque étape de la recherche ;
- Les communautés doivent avoir le droit de choix entre : l'anonymat et la reconnaissance (citation, droit d'auteur, invention) ;
- La culture des communautés locales et autochtones doit être respectée dans son intégralité tout au long du projet ;
- Les populations traditionnelles ont le droit de retirer leur consentement au cas où elles considèrent ces activités inacceptables ;
- Les consultations doivent être réalisées en bonne foi ;
- Toutes les consultations doivent être enregistrées ;
- Le consentement doit être obtenu préalablement et de manière adéquate ;
- Les intéressés dans l'accès doivent reconnaître l'origine de tous les produits issus des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés.

Ces éléments feront partie du choix politique de chaque pays dans les lois nationales d'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels, ce qui sera défini de façon causale par leurs caractéristiques particulières, ainsi, et notamment, celle des communautés locales et autochtones, qui y vivent.

Le CEP est ainsi un schéma où chaque étape, chaque procédure doit être bien respectée, car, en plus d'être un droit important pour les communautés locales et autochtones, représentant une barrière au pillage de leurs connaissances, de sa réussite pourra résulter, entre autres, un partage effectivement *juste* et *équitable* des avantages.

⁹⁹ Les éléments présentés ont été regroupés par Laurel FIRESTONE, à travers le dépouillement de documents issus de plusieurs acteurs, de lois nationales, d'organisations internationales, de spécialistes etc. La citation est faite de façon synthétique. Pour plus d'information, voire : FIRESTONE, Laurel. *Op cit.* note 97, page. 36-41.

2) le partage juste et équitable des avantages

Le partage juste et équitable des avantages, à son tour, est une autre prévision d'extrême importance pour l'aboutissement des objectifs de la CDB. Il est un des droits qui découlent de la reconnaissance des droits des communautés locales et autochtones sur leurs savoirs traditionnels et sur les ressources génétiques existant dans leur territoire.

Selon l'article 15, §7 de la CDB, les Parties contractantes doivent prendre :

« les mesures juridiques, administratives ou de politique générale appropriées (...) pour assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche, 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 ».

Concernant directement l'usage des savoirs traditionnels, l'imposition du partage des avantages qui en découlent est abordée dans le cadre de l'article 8 (j) antérieurement transcrit.

Dans des modalités mutuellement convenues après le CEP, les avantages « doivent être équitablement et justement répartis entre tous ceux dont on a la certitude qu'ils ont contribué à la gestion de la ressource et au processus scientifique et/ou commercial. En l'occurrence, il peut s'agir d'institutions gouvernementales, non gouvernementales ou universitaires et de communautés locales et autochtones. Les avantages devraient être répartis de manière à promouvoir la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique »¹⁰⁰.

Toutes les conditions relatives au partage des avantages doivent être définies par les Parties dans les termes de l'accord mutuellement convenus, tels que les obligations, les procédures, les types, la durée, la distribution et les mécanismes des avantages à partager. Ils vont varier énormément en consonance avec ce qui est tenu pour juste et équitable, tenant en compte les circonstances particulières des Parties à la lumière des circonstances rencontrées.

Dans le cadre de la CDB, le groupe de travail spécial de composition non limitée qui a été constitué sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages (APA), a produit déjà d'importants résultats pour la définition des conditions d'accès.

De leurs activités ont résulté les lignes directrices de Bonn. Ce document, de caractère éclaircissant et explicatif, a délimité quelques formes de mise en œuvre du partage juste et équitable des avantages découlant de l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés.

Dans ces lignes directrices, ont été établies des conditions et des obligations à accomplir par les Parties contractantes et énumérés les types possibles de bénéfices, entre autres questions, les subventions aux législations nationales qui sont encore en cours d'élaboration, ainsi que les accords directs qui vont être établis.

¹⁰⁰ Document UNEP/CBD/COP/6/6, Lignes directrices de Bonn, ANNEXE II.

Des exemples d'avantages monétaires et non monétaires sont fournis à l'appendice des lignes directrices de Bonn, lequel se trouve dans l'annexe II du présent travail.

Les thématiques abordées brièvement dans cette section seront encore traitées au sein de la deuxième partie.

Notre analyse de la protection des savoirs traditionnels au sein des grands textes internationaux se tournera vers l'OMC.

L'Organisation Mondiale du Commerce est une instance internationale crainte par la plupart des environmentalistes. Elle est la plus forte défenseuse du principe du libre échange, lequel neutralise dans bien des cas des principes du droit international de l'environnement, à l'exemple de l'application du principe de précaution relativement aux organismes génétiquement modifiés.

Malgré la dichotomie entre environnement et commerce, dans cet organisme nous trouvons aussi des discussions relatives à notre étude : les savoirs traditionnels associés. Ainsi, la prochaine section sera entièrement dédiée au traitement de la protection des savoirs traditionnels au sein de l'OMC et, en particulier, dans l'AADPIC.

CHAPITRE 2 – L’ACCORD SUR LES ASPECTS DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE QUI TOUCHENT LE COMMERCE

Au sein de l’Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), après 8 ans de négociations (1986-1994), pendant le Cycle de l’Uruguay, a été approuvé l’Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (AADPIC).

Le commerce international se fonde sur trois piliers : les biens, les services et l’AADPIC.

L’Accord sur les ADPIC représente un instrument pesant sur les relations commerciales internationales entre les pays de l’OMC relatifs aux droits de propriété intellectuelle.

Il faut souligner que l’Accord était négocié dans le cadre du GATT. En 1995, après la création de l’Organisation Mondiale du Commerce (substitutive au GATT), les règlements relatifs au contrôle du commerce international, incluant l’ADPIC, sont passés sous les auspices de cette instance.

Les conflits avec les organisations environnementales et l’OMC, ainsi que des textes qui portent sur la protection environnementale et les textes commerciaux, n’ont pas cessé d’exister et même de croître.

En ce qui concerne la diversité biologique, elle a été objet de réglementation, tant au niveau de l’AADPIC, comme au niveau de la CDB. Les contradictions et rapports de forces qui ressortent de l’application de ces deux textes sont nombreux¹⁰¹ : les droits de propriété intellectuelle, comme forme de protection de la biodiversité, plus spécialement en ce qui concerne la brevetabilité du vivant, le poids inégal des pays intégrant l’OMC et l’AADPIC et de ceux faisant partie de la CDB, le rôle des communautés locales et autochtones dans l’amélioration des semences et la reconnaissance de ce lien séculaire, etc. Ce sont, entre autres, autant de querelles qui peuvent ressortir de l’application de ces deux instruments juridiques du droit international.

Les savoirs traditionnels associés qui ont été reconnus et consacrés par la CDB, n’ont pas eu le même traitement dans l’AADPIC, où les ressources génétiques ont été considérées de façon autonome des savoirs traditionnels, eux relégués à l’anonymat.

Toutes ces questions ont été et sont en train d’être analysées, tant au sein du Secrétariat de la CDB, qu’au sein de l’OMC. Par l’importance et l’intersection des sujets, il semble opportun et important de tourner le regard vers les discussions dans ces enceintes, ce que se fera d’abord par l’analyse de l’AADPIC en soit et de son rapport avec la CDB (Section I), pour après traiter de l’article 27.3 (b), qui est au centre des débats (Section II).

¹⁰¹ Les conflits existants entre ces deux institutions et ces accords internationaux (notamment entre la CDB et l’AADPIC) sont immenses. Pour une vision des principes défendus par ces deux parties et les enjeux qui en ressortent, voir l’article de MALJEAN-DUBOIS, Sandrine « La régulation du commerce international des organismes génétiquement modifiés : entre le droit international de l’environnement et le droit de l’organisation mondiale du commerce » in BOURRINET Jacques et MALJEAN-DUBOIS, Sandrine (sous la direction), *Le commerce international des organismes génétiquement modifiés*, Paris : Monde européen et international, CERIC, La documentation Française, 2002, 27-58.

SECTION 1 - L'ADPIC, UN ACCORD DE REGLES « MINIMALES » : LES JEUX D'INTERETS ET LES DISPOSITIONS CONCRETES.

L'ADPIC est un très important règlement international, dont la force se fonde sur les sanctions économiques que l'OMC peut imposer aux pays membres dans le cas du non accomplissement de ses obligations (contenues dans le Traité).

L'Accord sur l'ADPIC impose des règles minimales sur les Droits de Propriété Intellectuelle, qui doivent être adoptées par les 146 pays membres de l'OMC.

Ces règles minimales sont originaires des pays développés, qui ont des niveaux de protection plus élevés que les règles en vigueur dans les pays en développement. Cela s'explique par le fait qu'ils aient les entreprises détentrices de la majorité des brevets au niveau mondial.

Le changement des systèmes juridiques nationaux, vers l'adéquation des Droits de Propriété Intellectuelle (DPI) prévues par les pays du Nord, a été imposé aux pays en développement à partir de la signature de l'Accord ; ce qui correspond déjà à une disproportion, vu leur position inégale.

§ 1°. La démarche politique, un jeu de force inégal

Les dispositions, objectifs et conséquences de l'ADPIC et de la CDB sont conflictuels.

Une des questions centrales de la discordance entre ces deux instruments se fonde sur la brevetabilité du vivant et les conséquences, notamment économiques et sociales, qu'un tel choix juridique peut engendrer aux pays en développement.

A. La biotechnologie et la brevetabilité du vivant

Dans le cadre du Cycle de l'Uruguay, pendant l'étape de négociation de l'Accord sur les ADPIC, la croissance du secteur biotechnologique a fait augmenter la pression des pays développés (rappelant que c'est là où se situent la plupart des industries de biotechnologie) sur les pays membres du GATT.

Ils envisageaient la création de règles de DPI sur les produits résultant de l'application, notamment, des biotechnologies modernes, c'est-à-dire les micro-organismes, ainsi que sur les procédés non biologiques et microbiologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux.

Quelques pays en développement, conscients des effets néfastes d'une telle protection, c'est-à-dire, la crainte du monopole des ressources biologiques, ont essayé de

rabaisser les demandes des pays développés, même sans force politique, à cause de la vulnérabilité économique et des discordances entre les propres pays en développement¹⁰².

Un des arguments forts était qu'une telle protection serait incompatible avec la CDB, spécialement en ce qui concerne le principe de souveraineté des pays sur leurs ressources biologiques. En effet, les dispositions de l'AADPIC permettaient que le secteur privé soit détenteur de droits individuels, exclusifs, sur les ressources micro biologiques.

Le débat était intense, mais, malgré la lutte des pays en développement, l'article 27, et spécialement son point 3 (b), a été approuvé et cet Accord a été le premier règlement international à établir la protection du vivant à travers le brevet.

B. Les dispositions de l'article 27, 3(b)

Les dispositions de l'article 27. 3(b) donc, d'une part, représentent l'intérêt du lobby biotechnologique des pays développés à établir de fortes protections, de nature privée et individualisée, sur les ressources biologiques. D'autre part, cette règle est très importante aussi pour les pays en développement, parce que c'est là où le régime *sui generis* trouve sa base légale, vu que l'AADPIC, curieusement, demeure le seul instrument international à faire référence directe à un tel régime¹⁰³.

Article 27

Objet brevetable

1. 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.¹⁰⁴ Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 65, du paragraphe 8 de l'article 70 et du paragraphe 3 du présent article, 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.

2. Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les 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.

¹⁰² Il n'y a pas eu consensus entre les pays en développement sur l'Accord, car les pays en développement ont des niveaux de développement technologique, politique et social extrêmement diversifiés : "quelques pays, particulièrement en Afrique, sont pratiquement exempts d'un secteur de fabrication et sont devenus plus pauvres et plus endettés ces dernières années. D'autres, particulièrement en Asie, ont une économie industrielle orientée pour l'exportation très dynamique et sont susceptibles d'avoir leurs propres produits et technologies protégés par DPI." DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and biodiversity: seeds and plant varieties*, London, IUCN/Earthscan Publications Ltd., 2000, page 12.

¹⁰³ Pour une analyse approfondie sur la notion de régime *sui generis* dans le cadre de l'AADPIC voir : R. Silva Repetto et M. Cavalcanti, *Les Négociations Commerciales Multilatérales sur l'Agriculture - Manuel de Référence - IV - L'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui Touchent au Commerce*, ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE, Rome, 2001, Module I. Document, disponible sur le site www.fao.org.

¹⁰⁴ Aux fins de cet article, les expressions "activité inventive" et "susceptible d'application industrielle" pourront être considérées par un Membre comme synonymes, respectivement, des termes "non évidente" et "utile".

3. 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.

Les principales conclusions qui découlent de l'article susmentionné sont les suivantes :

1. Un Pays PEUT exclure de la brevetabilité les végétaux, animaux et les procédés essentiellement biologiques et microbiologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux ;
2. Un pays DOIT prévoir le brevet pour les microorganismes et pour les procédés non biologiques et micro biologiques de productions de végétaux et animaux ;
3. Un pays DOIT promouvoir la protection des variétés végétales, par les brevets, mais aussi par des systèmes *sui generis* efficaces ou par une combinaison de ces deux moyens¹⁰⁵.

Ces constatations et distinctions sont d'une certaine façon une fiction qui suit les demandes du marché, ce qui sera analysé ensuite (1), avec un traitement complémentaire et essentiel à la compréhension du thème, de l'influence de ce dispositif sur la CDB (2).

1. Les distinctions des types de vivant : une cohérence du marché

L'article 27.3.b, fait la distinction entre les types de vivant (« végétaux et animaux » et « les microorganismes ») et les procédés naturels (*procédés essentiellement biologiques et microbiologiques d'obtention de végétaux et d'animaux* » et « le processus non biologique et micro biologiques de production de végétaux et animaux »), qui peuvent faire ou ne pas faire objet de brevet.

Cette distinction n'a pas de base scientifique ou de nécessité juridique. La seule raison est la protection des produits des industries biotechnologiques.

L'acceptation juridique de la brevetabilité du vivant, était possible grâce au changement du système traditionnel de brevet, lequel exigeait le critère *sine qua non* de l'invention pour la concession du brevet. Le concept d'invention a du changer pour s'adapter aux ressources biologiques : les découvertes qui, à la rigueur, n'étaient pas objet de brevet, ont été « considérées » comme des inventions.

¹⁰⁵ OH, Cecilia, "Article 27.3(b) of the TRIPS Agreement: Review options for the South", Third World Network, 1999. Article disponible sur le site : www.twn.org.

En effet, des nombreuses questions doivent être observées sur ce sujet, allant au-delà des simples aspects juridiques. Les inquiétudes sont d'ordre économique, environnemental et éthique, « tels que les impacts négatifs sur les droits des consommateurs, la conservation de la biodiversité, la protection de l'environnement, les droits des communautés autochtones, scientifiques et de la liberté académique, et enfin, du développement économique de plusieurs pays en développement, dépendants des nouvelles technologies »¹⁰⁶.

Sans aucun doute, l'Accord ADPIC porte des dispositions et des intérêts conflictuels à ceux de la CDB.

2. L'AADPIC et la CDB – des règlements conflictuels ?

Tout d'abord, la CDB est un instrument juridique qui a des objectifs environnementaux et sociaux. Pour aboutir à ces fins, elle prévoit la promotion et la facilitation de l'accès par les pays en développement aux nouvelles technologies (transfert de technologie prévues dans l'article 16 et 15.7), ainsi qu'une contrepartie par les pays du Nord qui accéderont aux ressources, tel que le partage des avantages découlant de son utilisation.

L'accord sur les ADPIC, pourtant, en consacrant le concept de brevetabilité des microorganismes et des procédés non biologiques et micro biologiques de production de végétaux et animaux, loin de faciliter le transfert de technologies, augmente les coûts et les difficultés de développement technologique dans les pays en développement.

Il faut souligner que l'effet susmentionné est contraire à l'objectif propre de l'Accord, qui dispose dans son article 7, que :

Article 7

« 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 ».

L'objectif principal de l'OMC est la libre circulation des biens. Mais la production des biens dépend des technologies, et celles-ci sont détenues par les pays développés, et font, à grande échelle, objet de brevets. Cependant, même si la discussion tourne souvent au tour du *brevet*, cette option n'apparaît pas comme étant le seul outil de protection disponible.

¹⁰⁶ DOWNES D. (1998), "The 1999 Review of Life Patenting under TRIPS", CIEL Revised Discussion Paper 1998, in OH, Cecilia, *op. cit.*, Article disponible sur le site : www.twn.org.

§ 2°. La Convention UPOV : Un régime *sui generis*, une option concrète mais indéfinie.

En ce qui concerne les semences de variétés végétales, l'article prévoit leur protection par brevet **ou/et** par **un régime *sui generis* effectif**.

Toutefois, l'accord ne donne pas de traces de la forme et de la mise en œuvre de ce système *sui generis*. Mais, même s'il n'y a aucune prévision sur les caractéristiques d'un tel régime, l'idée qui ressort est qu'il est distinct des autres régimes préexistants. Cette interprétation n'est pas néanmoins accueillie par l'intégralité des membres. Face à l'indéfinition du régime prévu dans l'art. 27.3(b), les pays du Nord ont soutenu l'application d'un régime préexistant, comme celui de la Convention UPOV, étant donné qu'il est un régime *effectif*.

En ce qui concerne cette Convention, elle a été signée au sein de L'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV)¹⁰⁷, qui est une organisation intergouvernementale destinée à la protection des droits des obtenteurs (relatif, comme son propre nom le dit, aux obtentions végétales). L'UPOV a été établie par la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales. La Convention a été adoptée à Paris en 1961, et celle-ci a été révisée en 1972, 1978 et 1991. L'objectif de la Convention est la protection des obtentions végétales par un droit de propriété intellectuelle.

A. La présentation de la Convention UPOV

Dans le cadre de l'OMC, dans les négociations sur la mise en œuvre de l'article 27.3(b), Il y eut, par contre, une forte pression des pays développés vers les pays en développement pour l'acceptation du régime UPOV sur les obtentions végétales, comme étant l'option concrète d'un régime *sui generis*.

Comme il n'y a pas eu consensus sur la définition de l'*effectivité* du régime *sui generis* (prévue dans l'article 27.3.b) et devant l'absence d'un modèle concret de régime *sui generis*, les pays développés ont identifié le système UPOV comme étant « le » régime *effectif* existant. Dans ce contexte, plusieurs pays en développement, notamment les pays Africains, ont fini par signer l'UPOV.

La Convention internationale pour la protection des obtentions végétales établies a été approuvée au sein de l'UPOV en 1961 et est entrée en vigueur en 1968. L'important à retenir de la proposition de cette Convention par les pays du Nord est le fait que son objectif principal, c'est-à-dire, la protection des obtentions végétales, est atteint par le biais d'un ***droit sui-generis de propriété intellectuelle***.

La Convention UPOV établit les droits des obtenteurs sur les variétés végétales. Elle confère aux obtenteurs des droits exclusifs d'exploitation sur les nouvelles variétés végétales. Comme les brevets, ces droits sont limités dans le temps (20 ans) et font objet de quatre conditions pour leur octroi : nouveauté, distinction, homogénéité et stabilité¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Cette organisation a son siège à Genève (Suisse). Plusieurs informations sont disponibles sur le site : <http://www.upov.int>.

¹⁰⁸ Prévu dans le Chapitre III, Articles de 5-9 de la Convention.

Nous pouvons à ce niveau poser la question suivante : quel rapport avec les savoirs traditionnels associés ? En effet, l'UPOV a été créé non pas pour défendre les droits des agriculteurs qui pendant des siècles ont amélioré les semences de façon gratuite et anonyme, mais pour protéger les obtentions végétales des industries semencières. Les savoirs traditionnels qui ont permis aux semences d'atteindre leur état génétique actuel ont été pour le moins oubliés ou relégués à un deuxième plan.

En fait, ce régime n'est pas capable de protéger les droits des agriculteurs, Il leur confère seulement quelques privilèges, qui sont en plus de caractère facultatif.

B. Les versions de la Convention UPOV de 1978 et 1991

Après son entrée en vigueur, la Convention UPOV a été révisée en 1972, 1978 et 1991. La dernière révision est entrée en vigueur en avril 1998.

Dans le cadre de l'Acte de 1978 sur la Convention, résultant de la 2ème révision, les droits des obtenteurs étaient encadrés de telle manière qu'ils n'interfèrent pas avec les droits des agriculteurs (fermiers locaux), qui s'étaient assurés le droit d'utiliser à des fins de reproduction ou de multiplication, sur leur propre exploitation, le produit de la récolte qu'ils avaient obtenu par la mise en culture de la variété protégée¹⁰⁹.

Mais, cette garantie n'a pas duré longtemps. Dans la révision ultérieure, en 1991, ces droits furent rendus facultatifs dans les dispositions de l'article 15.2. Voici la transcription de l'article :

Article 15 Exceptions au droit d'obteneur

2) [Exception facultative] En dérogation des dispositions de l'article 14, chaque Partie contractante peut, dans des limites raisonnables et sous réserve de la sauvegarde des intérêts légitimes de l'obteneur, restreindre le droit d'obteneur à l'égard de toute variété afin de permettre aux agriculteurs d'utiliser à des fins de reproduction ou de multiplication, sur leur propre exploitation, le produit de la récolte qu'ils ont obtenu par la mise en culture, sur leur propre exploitation, de la variété protégée ou d'une variété visée à l'article 14.5a)i) ou ii).

En effet, il s'agit d'un système de protection des droits des obtenteurs, qui peut de façon indirecte, non pas véritablement protéger, mais au moins ne pas limiter les droits des agriculteurs. Donc, il ne correspond pas à un cadre établissant des droits bilatéraux : les droits des agriculteurs et des obtenteurs, les deux à la fois. En réalité, dans le cadre de l'UPOV, un seul est objet de protection (les droits des obtenteurs), l'autre représente à peine une exception facultative à la jouissance du droit principal¹¹⁰.

Dans ce contexte, reste au pays en développement la création d'un régime *sui generis* de protection du vivant, dans lequel les droits des agriculteurs, des communautés locales et des peuples indigènes seraient reconnus, comme une forme alternative au brevet et au régime prévu dans la Convention UPOV.

¹⁰⁹ Voir CULLET, Philippe, in : *Plant Variety Protection: Patents, Plant Breeders' Rights & Sui Generis Systems*, article disponible sur le site : http://www.ielrc.org/intellectual_property.html

¹¹⁰ Pour d'avantage d'informations, voir l'article : « Dix bonnes raisons de ne pas adhérer à l'UPOV », de la Fondation Gaia et GRAIN, in *Commerce Mondial et Biodiversité en Conflit*, No. 2, Mai 1998, trouvé sur le site : www.grain.org/fr/publications/num2-fr.cfm

SECTION 2 - LES SAVOIRS TRADITIONNELS DANS LE CADRE DE L'AADPIC ET LA REVISION DE L'ARTICLE 27.3(B).

Comme nous pouvons l'observer dans l'Accord ADPIC, il n'y aucune référence à l'utilisation des savoirs traditionnels associés des communautés autochtones et locales, comme le prévoit la CDB, ni aucune reconnaissance sur les droits des agriculteurs, reconnus dans le cadre du Traité International sur les Ressources Phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO (TIRPAA), qui fera objet d'étude dans le prochain chapitre (3).

L'article 27.3(b) ne fait aucune référence à l'apport des connaissances traditionnelles agricoles à l'industrie agro-industrielle. Cette absence est ressentie par les pays en développement qui tentent de mettre à jour ces dispositions. L'article 27 prévoit sa propre révision (en-dessous), ce qui est débattu actuellement.

Article 27

b) (...) Les dispositions du présent alinéa seront réexaminées quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.

Dans un premier temps, nous examinerons le (non) traitement des droits des agriculteurs –des droits sur les savoirs traditionnels, en fait- dans le cadre de l'AADPIC, déjà souligné auparavant, pour ensuite se pencher sur la révision de l'article 27, qui devrait reconnaître ces droits.

§ 1°. La négation des savoirs traditionnels et ses conséquences

En effet, d'un côté, l'Accord ADPIC renforce la protection des variétés végétales, en établissant la nécessité de la création de règles de protection par le brevet et/ou par le régime *sui generis*. D'un autre côté, il n'y a pas de reconnaissance des droits des agriculteurs, droit des communautés locales et autochtones sur leurs savoirs traditionnels, ni aucune prévision de compensation par l'usage de ces savoirs, à travers un système de partage des avantages, d'ailleurs prévu dans la CDB et le TIRPAA.

A. Les conséquences des inégalités du système : le monopole des semences et l'appauvrissement des agriculteurs.

Ces deux constatations engendrent des conséquences très importantes. Tout d'abord, il y a le problème du monopole¹¹¹ 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 :

¹¹¹ Sur le monopole des semences, voir la note de bas de page **n. 100.**

1) l'appauvrissement des agriculteurs et des communautés locales et autochtones, par la montée des prix,

2) l'abandon des pratiques agricoles traditionnelles, qui, comme nous le savons, sont essentielles à la conservation de l'environnement.

Ainsi, le monopole des semences, l'abandon des pratiques traditionnelles, l'adoption de la monoculture, peuvent avoir un effet néfaste sur les communautés et, par conséquent, sur l'environnement, dont ils sont reconnus par la CDB comme étant les « gardiens ».

B. La nécessité de la création d'un régime *sui generis* autonome

Dans ce contexte, les pays en développement, visant à se protéger d'un système unilatéral de protection des semences par le brevet, ont comme option la création et la mise en œuvre du dit régime *sui generis* de protection des variétés végétales, dans lequel ils peuvent aussi reconnaître les droits des agriculteurs et des communautés locales en l'harmonisant avec les dispositions de la CDB et du TIRPAA de la FAO.

Il y a des pays qui marchent déjà vers cette réalisation. Les deux législations nationales et régionales existantes sont la Loi Cadre Africaine (2000) et la loi de l'Inde (*India's Acte* de 2001). L'Inde et l'OUA ont opté pour des régimes propres de protection des variétés végétales, avec une prévision des droits des agriculteurs et des obtenteurs.

En raison des intérêts conflictuels, dès sa conception, l'article 27.3(b) a déjà prévu sa révision (voir reproduction de l'article à page précédente). Une telle révision aurait dû se passer quatre ans après son entrée en vigueur, c'est-à-dire en 1999, mais elle a été décalée par manque de consensus.

§ 2°. La révision de l'article 27.3b de l'ADPIC : la Conférence de Doha et le Comité du Commerce et de l'Environnement

Pour tout ce qui concerne les révisions, l'analyse de mise en œuvre et toutes questions relatives à l'ADPIC, le Comité Ministériel de l'OMC s'est réuni à Doha, en novembre 2001. De cette réunion a résulté la Déclaration de Doha. Ce document dispose que :

« les travaux au Conseil des ADPIC portant sur ces réexamens ou sur toute autre question de mise en œuvre devraient aussi considérer les points suivants : la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention de l'ONU sur la diversité biologique; la protection des savoirs traditionnels et du folklore; et les autres faits nouveaux pertinents relevés par les gouvernements Membres dans le cadre du réexamen de l'Accord sur les ADPIC. La déclaration ajoute que les travaux au Conseil des ADPIC sur ces sujets seront guidés par les objectifs (article 7) et les principes (article 8) de l'Accord sur les ADPIC, et devront tenir pleinement compte de la question du développement. »¹¹²

¹¹² http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/dohaexplained_f.htm

Ainsi, les conflits relatifs à la CDB et l'ADPIC ont été mis à « l'ordre du jour » par la Déclaration, qui a étendu le mandat de cette révision aux savoirs traditionnels.

La date limite fixée pour les négociations spécifiquement prescrites dans la Déclaration de Doha était le 1^{er} janvier 2005.

Dans le cadre de l'OMC, il y a deux « organes » qui sont responsables pour l'analyse de ce sujet : le Conseil de révision de l'ADPIC et le Comité du Commerce et de l'environnement.

Le premier était constitué pour mettre en œuvre la révision de l'AADPIC, en même temps que l'autre relevait d'un champ d'application plus vaste, étant responsable des questions impliquant le « commerce et l'environnement », mais traitant aussi des questions au sein de l'AADPIC.

A. La conciliation entre les intérêts économiques et commerciaux : le Comité du Commerce et de l'environnement

Depuis 1995, le Conseil général de l'OMC, dans la Décision ministérielle de Marrakech sur le commerce et l'environnement, a créé un Comité du commerce et de l'environnement (CCE).

Ce Comité a la compétence de régler et de trouver l'équilibre entre les dispositions et préoccupations environnementales internationales et du commerce international, notamment, en ce qui concerne sa conformité avec la CDB. Il a pour double charge d'« identifier les relations entre les mesures commerciales et les mesures environnementales de manière à promouvoir le développement durable » ; et, de « faire des recommandations appropriées pour déterminer s'il y a lieu de modifier les dispositions du système commercial multilatéral, en respectant le caractère ouvert, équitable et non discriminatoire ».

Il fonctionne sur un système de rapports présentés dans les sections biennales de la Conférence ministérielle de l'OMC, pendant lesquelles ces documents sont examinés à la lumière de ses recommandations.

Tous les Membres de l'OMC peuvent participer au CCE. Les gouvernements des pays bénéficient du statut d'observateur et les observateurs d'organisations intergouvernementales peuvent assister à ces réunions.

B. Le rôle du Comité du commerce et de l'environnement dans le cadre de l'AADPIC

A la Conférence de Doha, les Ministres ont convenu de lancer des négociations sur certains aspects des liens entre commerce et environnement, qui seront traités dans le cadre de sessions extraordinaires du Comité du commerce et de l'environnement

Il traite de dix points spécifiques, énumérés dans la Décision sur le commerce et l'environnement.

Entre les points examinés par le Comité se trouvent :

- la relation entre l'Accord sur les ADPIC et l'environnement en général,
- le développement de technologies écologiquement rationnelles,
- l'accès à ces technologies et leur transfert,
- les technologies non respectueuses de l'environnement et
- les connaissances autochtones et traditionnelles¹¹³, en particulier la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique.

Les positions des pays ont été toujours divergentes concernant les sujets à examiner dans le cadre de la révision de l'article 27.3(b). Certains étaient d'avis qu'une analyse détaillée de ces implications dans le domaine du commerce et de l'environnement devrait faire partie de cet examen. « Selon un autre avis, le CCE n'aurait aucun rôle à jouer dans cet examen, vu que le Conseil des ADPIC est l'enceinte appropriée et qu'il possède l'expertise nécessaire pour procéder à un examen des dispositions concernant les ADPIC, y compris l'article 27,3 b) ainsi qu'il est spécifié dans l'Accord sur les ADPIC »¹¹⁴.

Il a été suggéré par les Membres qui partageaient l'avis selon lequel « les connaissances traditionnelles ou autochtones avaient été à la base du développement de l'agriculture et de la médecine modernes »¹¹⁵ qu'elles avaient le droit au partage des avantages découlant des produits dérivés de leur usage.

Ils ont défendu qu'ils devraient « tenir compte dans l'examen de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC des résultats des négociations sur les 'droits des agriculteurs' dans le cadre du Système mondial de conservation et d'utilisation rationnelle des ressources phytogénétiques de la FAO, ainsi que des autres avancées en matière de protection des connaissances traditionnelles, tant dans le cadre de la Convention sur la biodiversité qu'à l'échelon national »¹¹⁶.

Ils ont aussi suggéré que le brevet sur les organismes vivants devrait être exclu de l'article 27.3(b), ce qui n'a pas été retenu.

Malgré toutes les discussions à l'égard de la révision de l'art. 27.3(b), et par conséquent, du sujet de la protection des savoirs traditionnels, on ne dénombre jusqu'à présent pas beaucoup d'évolutions en termes d'options et de décisions concrètes. Cette affirmation a comme base le dernier document du Conseil de l'ADPIC, où les divergences sont encore à l'ordre du jour et au centre de la scène.

En mars 2006, un document, portant sur la question des savoirs traditionnels, a été produit par le Conseil des ADPIC de l'OMC, faisant la mise au point des principales questions travaillées au sein du Comité jusqu'à ce moment. Il constitue un recueil des revendications des Parties, qui forment, dans la plupart du temps, deux blocs distincts.

Ce document est composé de trois sections qui traitent sur : 1. les questions générales de la protection des savoirs traditionnels et du folklore, 2. l'octroi de brevets pour les savoirs traditionnels (point très débattu aussi au sein de l'OMPI) et 3. le consentement et le partage des avantages.

¹¹³ Le lien inhérent qui existe entre savoirs traditionnels et commerce a conduit à inclure la question des savoirs traditionnels dans le programme de travail du Conseil des ADPIC (voir le paragraphe 19 de la Déclaration ministérielle de Doha, document WT/MIN(01)/DEC/1 du 20 novembre 2001 de l'OMC).

¹¹⁴ Idem.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Plus d'informations sur le site www.wto.org

Comme il représente un résumé des principales questions débattues jusqu'à présent, il paraît opportun de souligner ses points les plus importants.

La première section relative aux questions générales de la protection des savoirs traditionnels, définit des questions de base comme :

- Les préoccupations exprimées par les Parties demandeuses d'une action internationale, divisées en deux catégories :
 1. « La crainte que des brevets ou d'autres droits de propriété intellectuelle (DPI) soient octroyés à des personnes autres que les peuples ou communautés autochtones qui sont à l'origine des savoirs traditionnels et en ont à juste titre le contrôle ;
 2. la crainte que des savoirs traditionnels puissent être utilisés sans l'autorisation des peuples ou communautés autochtones qui sont à l'origine de ces savoirs et en ont à juste titre le contrôle, et sans un partage approprié des avantages qui en découlent »¹¹⁷
- les raisons pour que cette action internationale soit entreprise à faveur de la protection des ST :
 1. Intérêt économique commun : spécialement par sa capacité d'être converti en avantages commerciaux ;
 2. Équité : par le fait que les avantages économiques engendrés par les savoirs traditionnels doivent aussi profiter à leurs détenteurs originaires, ce qui se fera par un système international égalitaire.
 3. Sécurité alimentaire : par l'importance que les savoirs traditionnels ont eu et continuent d'avoir sur la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité, y compris pour les ressources phytogénétiques.
 4. Culturelle : pour la préservation pour les cultures traditionnelles qui sont intrinsèquement liées aux savoirs traditionnels ;
 5. Environnementale : pour leur vie écologiquement viable qui a aidé à conserver la biodiversité ;
 6. Développement : pour toutes les raisons sur-mentionnées.
 7. Cohérence du droit international et national dans la protection des savoirs traditionnels.
 8. L'utilisation transfrontière des savoirs traditionnels : éviter le pillage de ces savoirs dans un pays souvent objet de brevet, de façon indue, dans d'autres pays.
- Les raisons d'établir des régimes de protection nationaux des savoirs traditionnels avant d'engager des discussions sur une action internationale¹¹⁸ :
 1. l'application *immédiate* des lois en vigueur pour protéger les savoirs traditionnels ;
 2. il n'y a pas suffisamment de preuves pour démontrer l'insuffisance des régimes nationaux de protection des savoirs traditionnels et du partage des avantages ;

¹¹⁷ Document du Conseil sur les ADPIC de l'OMC - IC/C/370/Rev.1- du 9 mars 2006, page 3. Disponible sur le site : www.wto.org

¹¹⁸ Les pays qui défendent ce point de vue sont : les Etats-Unis, le Canada, l'Australie, la Nouvelle-Zélande, la Suisse et le Japon.

3. « la prudence commande aux Membres de partager leurs données d'expériences nationales, de cerner les insuffisances, et de mener à bien des analyses coûts-avantages avant d'envisager plus avant une action internationale »^{119 120}
4. les systèmes nationaux peuvent avoir des dispositions sur la compétence juridictionnelle internationale, ainsi que sur l'arbitrage, pouvant avoir une dimension internationale en ce qui concerne les questions transfrontières.
5. « les régimes internationaux doivent pouvoir s'appuyer sur la mise en œuvre à grande échelle des régimes nationaux »¹²¹.

A l'égard à ces raisons, la plupart mentionnées par les pays développés, la réponse a été dans le sens que le régime national ne peut pas substituer un régime international. Ce qui semble cohérent, puisque difficilement un pays pourra faire obéir sa loi interne contre un autre pays, ou même, en dehors de son territoire, puisque sa juridiction est limitée à ses frontières. Si des matières comme le commerce ont une enceinte internationale que pour leur propre application, les savoirs traditionnels, eux aussi, devraient relever d'un mécanisme international qui puisse assurer leur protection au niveau mondial.

Ainsi, quelques pays en développement ont prié le Conseil de l'ADPIC d'analyser les formes possibles de protection positive et défensive¹²² des savoirs traditionnels par un mécanisme international. Mais la question de l'instance de discussion de cette matière n'est pas pacifique. A cet égard, à nouveau deux positions ressortent :

1. il faudrait donner la priorité aux travaux qui sont en train d'être fait par l'OMPI. L'OMC interviendrait seulement après la clarification des notions et options possibles ;
2. il faudrait que cette question soit traitée de façon concertée et parallèle par toutes les instances compétentes, y compris le Conseil de l'ADPIC.

Le fait que l'on peut observer de toutes ces positions est un manque de consensus, ce qui, à l'exemple de l'art. 8. j) de la CDB, empêche l'évolution désirée et désirable de la discussion sur la protection des savoirs traditionnels.

¹¹⁹ Document du Conseil sur les ADPIC de l'OMC - IC/C/370/Rev.1- du 9 mars 2006, page 6. Disponible sur le site : www.wto.org

¹²⁰ Argument de la part de l'Australie et des Etats-Unis.

¹²¹ Document du Conseil sur les ADPIC de l'OMC - IC/C/370/Rev.1- du 9 mars 2006, page 6. Disponible sur le site : www.wto.org

¹²² Pour la distinction de ces protections voir le Chapitre 4 (section 1) sur le régime de propriété intellectuelle.

CHAPITRE 3 – TRAITE INTERNATIONAL SUR LES RESSOURCES PHYTOGENETIQUES SUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE

Fait notoire, l'Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture, la FAO, est l'agence spécialisée de l'ONU qui a comme objectif principal de garantir de la sécurité alimentaire mondiale.

Pour atteindre cet objectif, la FAO s'appuie sur des études, des projets, des programmes et des instruments internationaux, dans plusieurs domaines relatifs à l'alimentation et l'agriculture. Parmi les sujets développés, se trouvent la protection, la conservation et l'utilisation des ressources phytogénétiques, ainsi que toutes les autres questions qui en découlent.

Toutefois, étant donné que les ressources phytogénétiques intègrent la diversité biologique mondiale, elle est déjà couverte par le chapeau de la CDB. Malgré l'existence de cette protection, existent des questions relatives aux ressources phytogénétiques qui n'ont pas été réglées, ni même entrevues par cet instrument.

Dans la Résolution 3 de la Conférence de Nairobi, qui a adopté la CDB, les Parties ont affirmé la « nécessité de chercher des solutions à des questions non résolues concernant les ressources phytogénétiques dans le cadre de la FAO »¹²³. Les questions principales concernées par ce considérant sont les collections *ex situ* qui ne sont pas dans le rayon d'incidence de la CDB, ainsi que les droits des agriculteurs.

Pour combler ce vide et l'adapter à la CDB, la FAO a entrepris la révision de l'Engagement International sur les Ressources Phytogénétiques (*The Undertaking*, 1983), qui à ce moment là était l'instrument destiné à la réglementation des ressources phytogénétiques.

Finalement, dans cette enceinte, en 2001, après 7 ans d'une négociation difficile, 116 Pays ont adopté¹²⁴ le Traité International sur les Ressources Phytogénétiques sur l'alimentation et l'agriculture (TIRPAA), qui est le résultat de la révision ou de la renégociation de l'Engagement de 1983.

Le TIRPAA est entré en vigueur le 29 juin 2004, 90 jours après le dépôt du 40ème instrument de ratification (acceptation, approbation ou accession¹²⁵). Avec une large acceptation internationale, actuellement il compte 111 Parties¹²⁶.

Pour la mise en œuvre de cet instrument et atteindre ses objectifs, l'article 19 prévoit la création d'un Organe directeur composé par les Parties au Traité, pouvant avoir des observateurs gouvernementaux (non Parties au Traité) et non-gouvernementaux.

Avant que l'Organe directeur ne se constitue, son rôle a été réalisé de façon intérimaire par la Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et

¹²³ Résolution 3.1 d'adoption du TIRPAA, pour la citation de ce considérant, voir le Chapitre 1, Section 1, sur la Convention sur la diversité biologique.

¹²⁴ Résolution 3/2001.

¹²⁵ Les pays ont des moyens très différenciés pour transposer les traités dans leurs systèmes juridiques, donc, par facilité, le traité utilise plusieurs nomenclatures pour remplir toutes les situations.

¹²⁶ Le 27 décembre 2006. Pour l'actualisation, regarder sur le site de la FAO : www.fao.org

l'agriculture¹²⁷ (CRGAA), laquelle s'est réunie deux fois (octobre 2002 et novembre 2004 à Rome), en tant que Comité intérimaire sur le TIRPAA. Parmi les travaux fruits de ces rencontres, on trouve le projet de règlement intérieur de l'Organe directeur et le projet de règles de gestion financière pour l'Organe directeur. Cela démontre bien sa fonction intérimaire qui était, à la base, la préparation de la première réunion de l'Organe directeur, pendant laquelle d'importantes et de nombreuses décisions devaient être prises par ce nouvel organe.

La première réunion de l'Organe directeur (*Governing Body*) s'est tenue à Madrid (Espagne) en juin 2006. Le résultat a été l'adoption des documents sur-mentionnés, l'Accord Type de Transfert de Matériel, la stratégie de financement pour l'application du Traité, ainsi que d'autres règles de bases pour permettre le bon fonctionnement de cet organe.

Le Traité est ainsi entré en vigueur et dispose d'un Organe directeur posé sur des règles de fonctionnement.

Mais en quoi ce Traité est important pour la protection des savoirs traditionnels ?

En effet, ce Traité est un instrument de consécration et d'insertion des droits des agriculteurs dans le monde normatif international. C'est pourquoi, dans ce chapitre, tout d'abord, une analyse sera menée à l'égard de son apport à la protection des droits des agriculteurs (Section 1), laquelle sera suivie d'une étude sur la mise en œuvre de ce concept encore flou dans le domaine juridique (Section 2).

¹²⁷ « La Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture est une enceinte permanente où les gouvernements examinent et négocient des questions ayant trait aux ressources génétiques utiles à l'alimentation et à l'agriculture. Elle a pour principaux objectifs d'assurer la conservation et l'utilisation durable de ces ressources génétiques, ainsi que le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, au profit des générations actuelles et futures. La Commission s'efforce de faciliter l'émergence d'un consensus international sur des questions d'intérêt mondial en organisant des négociations. » Informations sur le site de la FAO : www.fao.org

SECTION 1 - LES INNOVATIONS DU TIRPPA : LA RECONNAISSANCE DES DROITS DES AGRICULTEURS:

Tout d'abord, il faut préciser que le champ d'application du TIRPAA (article 2) est restreint aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, qui sont ainsi définies dans l'art. 3 :

« Ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture » désigne le matériel génétique d'origine végétale ayant une valeur effective ou potentielle pour l'alimentation et l'agriculture.

Il faut remarquer que ces ressources : 1) sont d'origine **végétale**, et 2) qu'elles se caractérisent par leur **valeur pour l'alimentation et l'agriculture**.

Les règles du Traité ont alors un champ d'application plus limité que celui de la CDB, ce qui ne veut pas dire qu'elles soient antagoniques, mais plutôt complémentaires.

Comme il a été mentionné auparavant, le Traité International sur les Ressources Phytogénétiques pour l'Alimentation et l'Agriculture est un instrument qui vise à assurer la sécurité alimentaire mondiale, ce qu'il fait, entre autres, par la conservation et l'utilisation durable des ressources phytogénétiques.

De façon plus détaillée, ces objectifs ont été exposés dès son article 1^{er} :

Article 1er - Objectifs

1.1 Les objectifs du présent Traité sont 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.

1.2 Ces objectifs sont atteints par l'établissement de liens étroits entre le présent Traité et l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, ainsi que la Convention sur la diversité biologique.

Une brève analyse relève trois axes principaux, à savoir :

1. l'équilibre entre la conservation et l'utilisation des ressources phytogénétiques : la recherche de la durabilité (objectif inspiré par la CDB) ;
2. le partage juste et équitable des avantages (aussi prévu par la CDB) ;

3. l'harmonisation avec la CDB, tout en visant une agriculture durable et la sécurité alimentaire. Tout au long du Traité, des règles en accord avec la CDB peuvent être observées.

Malgré la consécration et aussi la constance de ces objectifs dans plusieurs instruments internationaux, leur application est pour le moins complexe, à l'exemple de la lenteur de l'application des règles de la CDB, approuvée pourtant presque dix ans avant l'approbation du TIRPAA. Cette complexité dérive notamment des enjeux économiques qui existent en la matière, ce qui engendre une bipolarité politique entre les Parties¹²⁸, qui aboutit à une impasse, ainsi que du caractère flou des termes et même des concepts contenus dans ces instruments internationaux, qui rendent difficile une application immédiate.

Malgré l'imprécision incarnée dans ces concepts, le Traité compte quelques mécanismes concrets pour atteindre son objectif de l'établissement d'une conservation et d'une utilisation durables des ressources phytogénétiques, comme :

- **un système multilatéral d'accès aux ressources phytogénétiques**, dont le champ d'application s'étend aux ressources phytogénétiques prévues dans une liste préétablie par les Parties (annexe 1 du Traité). Le système multilatéral, qui sera analysé plus loin, est basé sur l'accès facilité de ces ressources phytogénétiques, lequel se fera par un Accord Type de Transfert de Matériel (ATM), dont les conditions ont été préalablement et multilatéralement établies par les Parties ;
- **Le partage juste et équitable des avantages** découlant de l'utilisation des ressources phytogénétiques, qui a ses modalités prévues dans l'article 13 ;
- **Les droits des agriculteurs** pour contrebalancer les droits des obtenteurs (notamment ceux sous couvert de la Convention UPOV)

Ces dispositifs représentent une certaine évolution à l'égard de l'Engagement, puisque d'un côté ils constituent une élévation du niveau de contrainte juridique, qui avant n'avait qu'un caractère volontaire, et d'un autre parce qu'ils adoptent des principes au départ inhérents à la CDB.

Ces instruments seront analysés pendant cette section, avec l'attention tournée vers les droits des agriculteurs. Avant de rentrer dans ce sujet, pour compléter l'introduction sur le TIRPAA, il reste encore à préciser quelques points d'ordre général sur le Traité et son fonctionnement.

Après ces éclaircissements l'analyse se tournera vers la reconnaissance des droits des agriculteurs comme une élévation dans l'échelle hiérarchique des normes juridiques internationales (d'un droit souple, ou mou, à un droit contraignant).

§ 1° L'apport du traité et ses mécanismes de fonctionnement : la place des droits des agriculteurs dans le TIRPAA

En termes d'innovation, il établit la création d'un système multilatéral d'accès aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, qui est à la fois *efficient*,

¹²⁸ Nous parlons ici schématiquement des tensions idéologiques existantes entre les pays du Nord et les pays du Sud, ces derniers souhaitant un partage plus juste et équitable des avantages découlant de l'usage des ressources phytogénétiques.

efficace et transparent, en vue de favoriser l'accès aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et promouvoir le partage des avantages de façon juste et équitable.

Ce système a comme objet plus de 64 espèces cultivées et plantes fourragères importantes, qui sont du domaine public.

Le système multilatéral est un moyen pour :

1. établir un accès égalitaire entre les Parties sur la base d'un accord collectivement négocié et approuvé ;
2. rassembler les bénéfices de cet accès mutuel dans un fond commun appartenant aux Parties pour atteindre l'objectif de conservation des ressources phytogénétiques.

Selon ce système, la porte d'entrée est la même pour tous et les bénéfices serviront à tous, équitablement, puisqu'ils seront la base financière pour permettre et promouvoir la conservation et les efforts d'utilisation durable des ressources phytogénétiques.

L'objectif du système multilatéral adopté par la FAO est ainsi l'accès et le partage communs ! Cela le différencie par rapport au système bilatéral de la CDB, lequel peut engendrer des accords inégaux (par la possible faiblesse d'une ou des Parties). De plus, des contrats de ce genre gèrent des profits nationaux et locaux qui ne seront pas forcément destinés aux communautés locales, vu que les ressources génétiques relèvent, *a priori*, des Etats.

A l'égard du système multilatéral, il faut souligner que les agriculteurs seront non seulement bénéficiaires des avantages mutuels qui leurs seront distribués pour la stimulation de projets de conservation et d'utilisation durable des ressources phytogénétiques, mais ils pourront eux aussi avoir accès à ces ressources –à condition de ne pas en faire un usage direct !- de la même façon que les entreprises semencières et les centres de recherche publics et privés, à la condition bien-sûr, qu'ils soient sous la juridiction d'une des Parties signataires du Traité.

Les conditions de l'accès et du partage des avantages sont établies par l'Organe directeur du Traité, sur la forme d'un Accord de transfert de matériel (ATM).

Lors de sa première réunion, en juin 2006, l'Organe directeur a approuvé par la résolution 2/2006 l'Accord type de transfert de matériel (ATM), mentionné à l'art.12.4, cet instrument étant à la base du Système multilatéral.

Une autre importante disposition qui ressort du TIRPAA est celle relative au statut juridique des ressources phytogénétiques. Le Traité, conformément à la CDB, dispose dans son article 10.1 que les Parties reconnaissent les droits souverains des États sur leurs propres ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et que le pouvoir de déterminer l'accès à ces ressources appartient aux gouvernements et relève de la législation nationale.

Comme on peut l'observer, à la différence du système multilatéral, la majeure partie des dispositions du TIRPAA ont comme bases celles de la CDB. Les savoirs traditionnels eux aussi sont abordés au sein du Traité, nommé couramment le *Traité des semences*. Or, une dernière observation pertinente sera portée sur la protection des savoirs traditionnels dans le TIRPAA.

Après plusieurs années de revendication d’une égalité reconnue à peine au niveau de l’Engagement, les Parties ont intégré au corps du Traité la reconnaissance des droits des agriculteurs. Ces droits visent la protection des savoirs traditionnels liés aux ressources phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture, des droits qui, malgré leur importance, sont encore au début de leur développement.

A. Evolution du concept de droit des agriculteurs, une question d’équité

Une des plus importantes dispositions du Traité réside en la reconnaissance, voire en la consécration, des **Droits des agriculteurs** dans un instrument international contraignant.

L’apparition des Droits des agriculteurs se fonde d’abord sur la nécessité de régler la situation d’inégalité existante, notoire, entre les agriculteurs (innovateurs informels de semences) et les producteurs commerciaux de variétés végétales (innovateurs formels), qui avec le système des Droits de Propriété Intellectuelle se creusait encore plus, et, ensuite, de freiner la disparition croissante des semences (érosion génétique) au sein des communautés locales.

Les droits des industries semencières sont garantis par le système de propriété intellectuelle, protégés par divers instruments, dont la Convention UPOV, parmi les plus diffus. Les droits des agriculteurs, par contre, n’avaient pas de protection formelle et contraignante.

Même si les droits des agriculteurs avaient déjà été reconnus par la FAO dans le cadre de l’Engagement international sur les ressources phytogénétiques, par les résolutions 5/89 et 3/91 de la Conférence des Parties de la FAO, il ne s’agissait là que des documents non contraignants.

Au sein de la résolution 5/89 le concept de droits des agriculteurs étaient définis comme :

Résolution 5/89

*Par “**droits des agriculteurs**”, on entend les droits qui confèrent aux agriculteurs et particulièrement à ceux des centres d’origine et de diversité des ressources phytogénétiques, leurs contributions passées, présentes et futures à la conservation, l’amélioration et la disponibilité de ces ressources. Ces droits sont dévolus à la communauté internationale qui, en tant que dépositaire pour les générations présentes et futures d’agriculteurs, doit assurer aux agriculteurs tous les bénéfices qui leur reviennent, les aider à poursuivre leur action et appuyer la réalisation des objectifs globaux de l’Engagement international :*

*a) pour faire en sorte que la nécessité de la conservation soit mondialement reconnue et que des fonds suffisants soient disponibles à cet effet.*¹²⁹

Cette résolution a représenté la première victoire pour les agriculteurs, étant juste après suivie par la résolution 3/91, qui a son tour établi :

¹²⁹ Résolution 5/89 de la Vingt-cinquième Session de la Conférence de la FAO, Rome, 11-29 novembre 1989.

Résolution 3/91¹³⁰

Considérant que :

- les agriculteurs du monde entier ont, au cours des millénaires, acclimaté, conservé, entretenu, amélioré et rendu disponibles des ressources phytogénétiques et continuent à le faire aujourd'hui encore;
- les technologies de pointe et les technologies rurales locales jouent, les unes et les autres, un rôle important et complémentaire dans la conservation et l'utilisation des ressources phytogénétiques;

Appuie les points suivants :

3. les droits des agriculteurs deviendront réalité grâce à un fonds international pour les ressources phytogénétiques, qui appuiera les programmes de conservation et d'utilisation des ressources phytogénétiques, en particulier, mais pas exclusivement, dans les pays en développement;

La première résolution sur les droits des agriculteurs au sein de l'Engagement international met l'accent sur l'importance et l'apport des agriculteurs locaux à la collection mondiale contemporaine *in situ* et *ex situ* et sur le fait qu'ils doivent être stimulés et financés par la communauté internationale. La deuxième résolution établit l'égalité d'importance entre les technologies modernes et les technologies rurales locales (savoirs traditionnels associés) pour la conservation et l'utilisation des ressources phytogénétiques. A l'égard du devoir de financement, elle prévoit même un fond international (même s'il n'a jamais été mis en place...) pour les ressources phytogénétiques.

Malgré les bonnes intentions contenues dans ces deux Résolutions, d'un côté elles restent non contraignantes et d'un autre, elles manquent de force politique et d'outils juridiques et économiques concrets pour réaliser ces droits.

Avec l'adoption du TIRPAA, ces droits ont finalement été protégés par un instrument légalement contraignant. « Cette reconnaissance est un important événement dans la loi contemporaine des Traités. Elle représente une étape importante vers une reconnaissance plus large et l'exécution véritable des droits conférés aux innovateurs informels ("fermiers traditionnels"), en position d'égalité avec les droits déjà accordés aux innovateurs formels ("sélectionneurs modernes") par des Conventions existantes, et réaffirmés par ce Traité »¹³¹.

Malgré les avantages apportés aux agriculteurs locaux, par la reconnaissance de leur importance pour la conservation des ressources phytogénétiques ou pour la biodiversité agricole, cette vision n'est pas partagée par tous. Selon l'ONG GRAIN, « loin des origines de sa lutte pour affirmer les droits des agriculteurs pour contrebalancer ceux des obtenteurs, le Traité concerne principalement l'attribution de nouveaux privilèges à l'industrie des semences. Il donnera aux entreprises privées un accès libre à la majeure partie des collections publiques de matériel génétique du monde sans aucune obligation de partager leurs propres ressources en contrepartie »¹³².

¹³⁰ Résolution 3/91 de la Vingt-sixième session de la Conférence de la FAO, Rome, 9-27 novembre 1991.

¹³¹ MEKOUAR, Ali. "A Global Instrument on Agrobiodiversity: The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture". Rome: FAO Legal Paper Online #24, 2002, page 6, disponible sur le site : www.fao.org.

¹³² Le GRAIN, « Le Traité sur les semences de la FAO: des droits des agriculteurs aux privilèges des obtenteurs ». Revue *Seedling* en Français, Octobre 2004, page 1. Disponible sur le site : www.grain.org.

L'argument utilisé par GRAIN est fondé sur la limitation du devoir de partage des avantages par les bénéficiaires des matériels obtenus dans le cadre du Système Multilatéral, parce que selon l'article 6 de l'Accord Type de Transfert de Matériel (ATPM), l'obligation de paiement des avantages est restreinte aux produits commercialisés **qui ne sont pas disponibles sans restriction**. Dans ce cas, les obtenteurs ayant des droits acquis dans le cadre de la Convention UPOV, par exemple, ne seront pas obligés de partager les bénéfices qui en découleraient. Cela limite considérablement les avantages qui peuvent découler de l'accès aux ressources phytogénétiques, limitant par ricochet les droits des agriculteurs à se voir bénéficiaires de ces avantages. Voici l'article de l'ATPM qui définit les droits et obligations du bénéficiaire :

ACCORD TYPE DE TRANSFERT DE MATERIEL

ARTICLE 6 — DROITS ET OBLIGATIONS DU BÉNÉFICIAIRE

6.2 Le **bénéficiaire** ne revendique aucun droit de propriété intellectuelle ni aucun autre droit limitant l'accès facilité au **matériel** fourni en vertu du **présent Accord** ou à des Parties ou composants génétiques, sous la forme reçue du **Système multilatéral**.

6.7 Si le **bénéficiaire commercialise un produit** qui est une **ressource phytogénétique pour l'alimentation et l'agriculture** incorporant du **matériel** visé à l'Article 3 du **présent Accord** et si ce **produit** n'est pas **disponible sans restriction** pour d'autres **bénéficiaires** à des fins de recherche et de sélection, le **bénéficiaire** verse un pourcentage fixe des **ventes du produit commercialisé** au mécanisme établi par l'**Organe directeur** à cet effet, conformément à l'Appendice 2 au **présent Accord**.

De ce dispositif une autre question ressort : celle de la protection par les Droits de Propriété Intellectuelle (DPI) des composants génétiques reçus du Système multilatéral. En effet, le bénéficiaire ne pourra pas, par exemple, déposer une demande de brevet sur un composant génétique **dans la forme reçue, mais** cette interdiction ne fonctionne pas pour les composants qui ont été modifiés. Cela veut dire que, si une industrie semencière acquiert gratuitement une des espèces qui fait objet du système multilatéral, elle pourra après modification, protéger cette « nouvelle » variété à travers des DPI. Cette permission représente une contradiction vis-à-vis des propres objectifs du Traité, puisque les DPI sont des droits, par essence, restrictifs.

B. Le droit des agriculteurs dans le TIRPAA

Dans le préambule et dans le corps du Traité, il y a plusieurs dispositions en référence aux droits des agriculteurs : dans le Préambule (paragraphe 7 et 8), dans les dispositions générales (article 5, paragraphe 1, alinéas c et d et article 6, paragraphe 2, alinéas b et c) et, finalement, dans les dispositions sur le système de partage des avantages (articles 13b, iii, 13.3 et 18.5).

Ces dispositions réaffirment ces droits, et la nécessité de leur respect et de leur mise en œuvre, notamment en ce qui concerne le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (Article 13.3 en-dessous).

Quelques points concernant les conditions d'accès et de partage des avantages, établis dans l'Accord Type sur le Transfert de Matériel, qui a été approuvé à la première réunion de l'Organe directeur (article 12.4), doivent être soulignés.

D'une manière générale, l'accès sera accordé dans le cas d'utilisation et de conservation pour la recherche, la sélection et la formation (*training*) en matière d'alimentation et d'agriculture, sous réserve de différents droits de propriété et autres conditions, mais il ne sera pas accordé en cas d'utilisations chimiques, pharmaceutiques, ou d'autres formes d'utilisations non alimentaires (article 12.3).

Ce dispositif, à l'image de ce qui se passe dans le cadre de l'article 6 de l'ATM sur les droits de propriété intellectuelle, peut poser deux véritables problèmes juridiques. Le premier trouble peut se passer au niveau de l'accès à d'autres intérêts que ceux prévus dans l'article 12.3. Une fois l'accès permis et effectué, le bénéficiaire « pourra » faire une utilisation différente que celles prévues et permises (utilisation de recherche, de sélection et d'apprentissage en matière d'alimentation et d'agriculture). Pour empêcher un usage indu, non alimentaire, le contrôle devrait se faire avant l'accès, avec l'imposition dans l'ATM d'un devoir de partage des avantages au cas où un usage soit fait en dehors du cadre légal.

L'autre question touche directement les agriculteurs. Suivant le dispositif en question, l'accès pour usage « direct » par les agriculteurs n'a pas été prévu. Dans l'interprétation donnée dans le Guide de mise en œuvre du Traité, les auteurs expliquent qu'une telle absence repose dans le fait que les Parties (négociateurs) n'ont pas voulu transformer le système multilatéral (cette banque de gènes) en un distributeur de semences à disséminer par les agriculteurs. Cet usage direct serait donc exclu du Système multilatéral¹³³.

Ci-après, on trouve quelques dispositifs du Traité qui font références aux agriculteurs, aux communautés locales et aux droits des agriculteurs.

PRÉAMBULE

*Reconnaissant en outre que les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture sont la matière première indispensable à l'amélioration génétique des plantes cultivées, que ce soit par la sélection des **agriculteurs**, par des méthodes classiques d'amélioration des plantes ou par des biotechnologies modernes, et qu'elles jouent un rôle essentiel dans l'adaptation aux changements écologiques et aux évolutions imprévisibles des besoins humains; Affirmant que les contributions passées, présentes et futures des agriculteurs de toutes les régions du monde, notamment de ceux vivant dans les centres d'origine et de diversité, à la conservation, l'amélioration et la mise à disposition de ces ressources, sont le fondement des **Droits des agriculteurs**;*

¹³³ MOORE, Gerald et TYMOWSKI Witold, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant genetic resources for food and agriculture*. UICN environmental policy and law paper n. 57, UICN, 2005, page. 90.

*Affirmant également que les droits reconnus par le présent Traité de conserver, utiliser, échanger et vendre des semences de ferme et d'autres matériels de multiplication et de participer à la prise de décisions concernant l'utilisation des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture ainsi qu'au partage juste et équitable des avantages en découlant sont un élément fondamental de la concrétisation des **Droits des agriculteurs** ainsi que de la promotion des **Droits des agriculteurs** aux niveaux national et international;*

Reconnaissant que dans l'exercice de leurs droits souverains sur leurs ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, les États peuvent mutuellement tirer profit de la création d'un système multilatéral efficace facilitant l'accès à une partie négociée de ces ressources et le partage juste et équitable des avantages qui découlent de leur utilisation;...

PARTIE II - DISPOSITIONS GÉNÉRALES

Article 5 - Conservation, prospection, collecte, caractérisation, évaluation et documentation des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture

5.1 Chaque Partie contractante, sous réserve de sa législation nationale, et en coopération avec d'autres Parties contractantes, selon qu'il convient, promeut une approche intégrée de la prospection, de la conservation et de l'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et s'emploie en particulier, selon qu'il convient, à:

*c) encourager ou soutenir, selon qu'il convient, les efforts des **agriculteurs et des communautés locales** pour gérer et conserver à la ferme leurs ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture;...*

Article 6 - Utilisation durable des ressources phytogénétiques

6.2 L'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture peut comporter notamment les mesures suivantes:

*b) faire davantage de recherches qui renforcent et conservent la diversité biologique en maximisant la variation intra- et interspécifique, au profit des **agriculteurs**, notamment ceux qui créent et utilisent leurs propres variétés et appliquent des principes écologiques de maintien de la fertilité des sols et de lutte contre les maladies, les adventices et les organismes nuisibles;*

*c) promouvoir, selon qu'il convient, avec la participation des **agriculteurs**, notamment dans les pays en développement, les efforts de sélection qui renforcent la capacité de mise au point de variétés spécifiquement adaptées aux différentes conditions sociales, économiques et écologiques, y compris dans les zones marginales...*

Article 13 - Partage des avantages dans le Système multilatéral

13.1 Les Parties contractantes reconnaissent que l'accès facilité aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture qui sont incluses dans le Système multilatéral constitue en soi un avantage majeur du Système multilatéral et conviennent que les avantages en résultant sont partagés de façon juste et équitable, conformément aux dispositions du présent Article.

13.2 Les Parties contractantes conviennent que les avantages découlant de l'utilisation, y compris commerciale, des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture dans le cadre du Système multilatéral sont partagés de manière juste et équitable grâce aux mécanismes ci-après: échange d'informations, accès aux technologies et transfert de celles-ci, renforcement des capacités, partage des avantages découlant de la commercialisation, compte tenu des domaines d'activités prioritaires du Plan d'action mondial à évolution continue et selon les orientations de l'Organe directeur:

b) Accès aux technologies et transfert de technologies

iii) L'accès aux technologies, y compris les technologies protégées par des droits de propriété intellectuelle, et leur transfert, comme indiqué aux alinéas i) et ii) ci-dessus, aux pays en développement qui sont Parties contractantes, en particulier aux pays les moins avancés et aux pays en transition, sont assurés et/ou facilités à des conditions justes et les plus favorables, en particulier dans le cas des technologies utilisées à des fins de conservation, ainsi que des technologies destinées aux **agriculteurs** des pays en développement et plus particulièrement les pays les moins avancés et les pays en transition, y compris à des conditions de faveur et préférentielles, s'il en a été ainsi mutuellement convenu, notamment grâce à des partenariats de recherche-développement dans le cadre du Système multilatéral. Cet accès et ce transfert sont assurés dans des conditions qui garantissent une protection adéquate et efficace des droits de propriété intellectuelle et qui soient conformes à ceux-ci.

d) Partage des avantages monétaires et autres découlant de la commercialisation

ii) (...) À sa première réunion, l'Organe directeur détermine le montant, la forme et les modalités du paiement, conformément aux pratiques commerciales. L'Organe directeur peut décider d'établir différents montants de paiement pour les diverses catégories de bénéficiaires qui commercialisent de tels produits; il peut également décider qu'**il est nécessaire d'exonérer de ces paiements les petits agriculteurs** des pays en développement et des pays en transition. L'Organe directeur peut, de temps à autre, examiner les montants du paiement afin de parvenir à un partage juste et équitable des avantages et il peut également évaluer, pendant une période de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur du présent Traité, si la disposition de l'ATM prévoyant un paiement obligatoire s'applique aussi aux cas dans lesquels ces produits commercialisés sont, sans restriction, à la disposition d'autres bénéficiaires à des fins de recherche et sélection.

13.3 Les Parties contractantes conviennent que les avantages découlant de l'utilisation des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture partagés dans le cadre du Système multilatéral **doivent converger en premier lieu, directement et indirectement, vers les agriculteurs** de tous les pays, particulièrement des pays en développement et des pays en transition, qui conservent et utilisent de manière durable les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

PARTIE VI - DISPOSITIONS FINANCIÈRES

Article 18 - Ressources financières

18.5 Les Parties contractantes conviennent que **priorité est accordée à la mise en œuvre des plans et programmes convenus pour les agriculteurs** des pays en développement et plus particulièrement des pays les moins avancés ainsi que des pays en transition, qui conservent et utilisent de manière durable les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

§2°. L'article 9 du TIRPAA.

Si tous ces articles se réfèrent aux droits des agriculteurs, c'est la troisième partie du Traité qui leur est spécialement destinée. Malgré sa composition limitée à un article (article 9), elle a un champ d'application très large. Elle contient la reconnaissance de la contribution des agriculteurs, des communautés locales et autochtones, laquelle est traduite en dispositions générales, mais concrètes, qui ensemble forment les *droits des agriculteurs*.

Article 9 - Droits des agriculteurs

9.1 Les Parties contractantes reconnaissent l'énorme contribution que les communautés locales et autochtones ainsi que les agriculteurs de toutes les régions du monde, et spécialement ceux des centres d'origine et de diversité des plantes cultivées, ont apportée et continueront d'apporter à la conservation et à la mise en valeur des ressources phytogénétiques qui constituent la base de la production alimentaire et agricole dans le monde entier.

Dans le premier paragraphe, très général, les Parties reconnaissent l'énorme importance du rapport strict, existant depuis toujours, entre les agriculteurs et la protection alimentaire et agricole mondiale. Elles attestent du rôle essentiel des communautés locales et autochtones dans la conservation et la mise en valeur des ressources phytogénétiques, qui sont la base de l'alimentation et de l'agriculture du monde entier.

Comparativement aux résolutions déjà citées, les bénéficiaires de ces droits ont sémantiquement « changé » dans l'article au-dessus, puisque d'« agriculteurs », ils sont maintenant identifiés comme des « communautés locales, autochtones et agriculteurs ». Ce changement renvoie à l'article 8(j) de la CDB qui utilise ces termes (hormis les agriculteurs) pour définir les détenteurs des savoirs traditionnels.

A. Qui sont les agriculteurs bénéficiaires de ces droits ?

Les bénéficiaires de ces droits sont ainsi, les communautés locales, autochtones et les agriculteurs de toutes les régions du monde. Même si la nomenclature est plus vaste, une seule communauté peut à la fois être encadrée dans les trois cas de figure. Il faut remarquer que l'accent est mis sur les agriculteurs des centres d'origine et de diversité des plantes cultivées, qui sont la plupart des pays en développement. Cela repose dans deux raisons : la recherche d'égalité par le privilège des agriculteurs des pays du Sud et la propre conservation des ressources phytogénétiques, plus riches dans ces endroits.

Dans le corps du Traité, il n'y a pourtant pas de définition de l'agriculteur. Ainsi, pour distinguer les destinataires des droits des agriculteurs, les critères de la nature de leurs activités de culture, de préservation et de conservation des variétés végétales seront utilisés, comme le fait la loi Indienne¹³⁴.

¹³⁴ Une définition des agriculteurs peut être trouvée dans l'*India's act* à son article 2(k) "farmer : any person who- (i) cultivates crops either by cultivating the land himself; or (ii) cultivates crops by directly supervising the

Il faut donc définir les agriculteurs, les communautés locales et autochtones dans le cadre du Traité, selon la nature traditionnelle de leurs activités relatives à la création, la transformation et la conservation et la mise en valeur des ressources phytogénétiques. L'option des conditions distinguant les agriculteurs locaux tient aux Parties, individuellement, au moment où elles transposeront ces droits au niveau national. Comme l'article 9 utilise les mêmes termes que la CDB, *mutatis mutandis*, les termes (communautés locales et autochtones) définis en introduction du présent travail peuvent être appliqués aux TIRPAA, avec la seule différence que leurs pratiques soient liées à la conservation ou à l'usage durable des *ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture*.

B. La réglementation des Droits des agriculteurs : un engagement sans obligations

Dans le paragraphe suivant (article 9.2), les Parties engagent leur responsabilité quant à la mise en œuvre de ces droits, qui sera réalisée selon leurs besoins et priorités. Le texte confère, en effet, un pouvoir discrétionnaire aux pays pour mettre en œuvre le système de protection des droits des agriculteurs, mais ne définit pas quels sont les besoins, ni les priorités.

9.2 Les Parties contractantes conviennent que la responsabilité de la réalisation des Droits des agriculteurs, pour ce qui est des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, est du ressort des gouvernements. En fonction de ses besoins et priorités, chaque Partie contractante devrait, selon qu'il convient et sous réserve de la législation nationale, prendre des mesures pour protéger et promouvoir les Droits des agriculteurs

Il faut bien souligner que les Parties ne sont pas contraintes à prendre des mesures pour protéger et pour promouvoir les Droits des agriculteurs. Ces mesures seront prises 1) selon qu'elles conviennent et 2) seront toujours soumises à ce que disposent les législations nationales, dans le sens quelles doivent être adaptées aux lois déjà existantes en la matière, notamment en ce qui concerne les droits de propriété intellectuelle, les droits des obtenteurs etc.

Les parties doivent ainsi inventorier les lois internes afin de pouvoir regarder leur compatibilité avec les dispositions du Traité et les nouvelles mesures qui seront prises.

La position prise par les Parties dans cet article s'éloigne de celle adoptée au sein des résolutions citée en haut, dans lesquelles la protection était plus globale que locale. La responsabilité de réalisation de ces droits appartenait à la communauté internationale, qui proposait même des outils de nature globale, comme le fond international mentionné dans la résolution 3/91¹³⁵. Dans le Traité, par rapport à la mise en place de ces droits, ou même de leur reconnaissance au niveau national, les Parties sont libres pour prendre ou ne pas prendre

cultivation of land through any other person; or (iii) conserves and preserves, severally or jointly, with any person any wild species or traditional varieties or adds value to such wild species or traditional varieties through selection and identification of their useful properties”.

¹³⁵ MOORE, Gerald et TYMOWSKI Witold, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant genetic resources for food and agriculture*. UICN environmental policy and law paper n. 57, UICN, 2005, page 72.

des mesures dans ce sens. Le problème que cette obligation de nature facultative pose est celui de la propre inefficacité de ces droits, due à la difficulté de sa transposition.

D'abord il faut que les Parties aient la volonté politique pour les intégrer au niveau national, et, deuxièmement, il faut qu'elles aient la possibilité juridique de le faire. Cette dernière condition se fonde sur l'existence massive des règles de l'OMC sur les Droits de Propriété Intellectuelle (notamment l'AADPIC) transposées dans les droits nationaux, lesquelles, s'ils n'empêchent pas la reconnaissance des droits des agriculteurs, au moins en limitent la jouissance.

Ces questions étant posées, la prochaine étape est la délimitation du contenu des droits des agriculteurs, puisque si d'un côté le concept a déjà été bien intégré par la doctrine et même dans les normes juridiques nationales et internationales, son contenu reste encore à délimiter.

SECTION 2. QUELS SONT LES DROITS DES AGRICULTEURS ?

Les droits des agriculteurs sont difficilement traduits dans des instructions pratiques et précises¹³⁶. La question posée par cette Section sera justement de montrer comment et en quoi les droits des agriculteurs peuvent être traduits. Quels sont les éléments concrets qui composent ces droits qui sont en même temps si généreux et si généraux?

Un début de réponse se trouve au sein même de l'article 9 du TIRPAA.

A l'image de la CDB, le Traité, dans le paragraphe 2 de l'article 9 (au-dessus), a fixé dans ses trois alinéas quelques éléments de ces droits, dont la transcription suit :

Article 9.2

- a) la protection des connaissances traditionnelles*** présentant un intérêt pour les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture;
- b) le droit de participer équitablement au partage des avantages*** découlant de l'utilisation des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture;
- c) le droit de participer à la prise de décisions***, au niveau national, sur les questions relatives à la conservation et à l'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

Le reflet de la CDB se trouve notamment dans la similitude des éléments retrouvés dans ces alinéas. Dans un exercice comparatif, un parallèle peut être établi :

- entre l'alinéa (a) et la protection des savoirs traditionnels prévue par l'article 8 (j) de la CDB,
- l'alinéa (b) et le partage des avantages prévu aussi dans le cadre de l'article 8, (j), et,
- finalement, le droit de participer à la prise de décision prévu par l'alinéa (c) « *avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques* », mentionné également dans l'article 8 (j) de la CDB.

Nul ne peut nier l'harmonisation avec la CDB. Mais si dans le cadre de cette Convention, la mise en œuvre de ces droits a été jusqu'à présent objet de longues discussions au sein du Groupe *Ad Hoc* sur l'article 8, (j) et de sa Conférence des Parties, elle n'est pas pour autant réalisée. Les éléments qui composent ces droits ne sont pas encore totalement délimités, même si ses travaux sont déjà avancés. La situation dans le cadre du TIRPPA est plus simple, sa mise en œuvre n'a même pas commencé : les droits des agriculteurs n'ont pas encore été analysés par la Conférence de partie de la FAO, étant relégués à un deuxième plan par rapport à l'attention donnée à l'Accord Type de Transfert de Matériel.

¹³⁶ Voir notre définition des droits des agriculteurs page 72.

Malgré le retard des discussions sur l'application des droits des agriculteurs dans sa Conférence de Parties, ce n'est pas là où résident potentiellement son application et son effectivité. Il faut rappeler que toutes ces dispositions se réfèrent à l'application nationale des droits des agriculteurs, ne représentant que des pistes pour que les Parties intègrent ou pas ces droits dans leurs lois internes. Hélas, une constatation s'impose à la lecture de l'article 9 du TIRPAA : les droits des agriculteurs se retrouvent bafoués par la déresponsabilisation internationale, substituée à son tour par un engagement national, purement secondaire et simplement « moral ».

Une analyse des droits contenus dans ces alinéas est pourtant nécessaire, dans la perspective même limitée d'une discussion future au sein de la Conférence des Parties du Traité. Si ce moment inattendu arrive, les bases (éléments, définitions, outils...) devront être bien solides au niveau doctrinal, gouvernemental et non gouvernemental etc. pour qu'une évolution réelle puisse infléchir les négociations.

Ainsi, pour débiter l'étude de ces droits, il faut tout d'abord porter son regard sur le premier alinéa. Tous les droits dérivent en effet de la reconnaissance de la nécessité de la protection des connaissances traditionnelles qui ont un intérêt pour les ressources phytogénétiques. C'est pourquoi nous allons tenter d'analyser d'abord les types de protections possibles et celles déjà existantes pour après approfondir les autres droits (ou éléments) qui découlent de la protection.

§1° Protection des connaissances traditionnelles

Pour la protection des connaissances traditionnelles présentant un intérêt pour les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, il y a notamment deux questions à confronter :

- le champ d'application de la loi, si elle concerne la protection des variétés végétales exclusivement,
- le régime de protection à adopter (DPI ou Régime *sui generis*).

A. le champ d'application de la loi et le régime de protection à adopter

Par rapport à la loi et son champ d'application, les pays peuvent établir une loi d'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels, selon les déterminations de la CDB, et fixer des règles sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture dans la même loi, ou, comme cela se passe en Inde et en Afrique, ils peuvent créer une loi spécifique sur les variétés végétales.

Concernant le régime de protection, les Parties peuvent opter pour le régime de propriété intellectuelle, pour le régime *sui generis* ou encore pour un régime *sui generis* de propriété intellectuelle, lesquels seront analysés dans la deuxième partie du présent travail.

De manière schématique, les options sont les suivantes :

POSSIBILITES DE PROTECTION JURIDIQUE DES DROITS DES AGRICULTEURS				
Champ d'application de la loi		Régime de protection		
Loi <i>exclusive</i> sur les ressources phytogénétiques	Législation <i>intégrée</i> dans la loi sur l'accès aux ressources génétiques	Droit de Propriété Intellectuelle (DIP)	Régime <i>sui generis</i> de propriété Intellectuelle	Régime <i>sui generis</i>

B. La réglementation des Droits des agriculteurs : les lois existantes¹³⁷

Comme nous l'avons vu, les deux législations nationales et régionales existantes dans le cadre de la protection des variétés végétales et sur les droits des agriculteurs sont, entre autres, la Loi Modèle Africaine (2000) et la loi Indienne (2001).

Pour la première, ont été adoptées les mêmes dispositions que celles de l'article 9.2, a, b et c. La deuxième, par contre, en a établi de nouvelles¹³⁸, comme 1) le droit de garder, d'utiliser, d'échanger et de vendre le matériel de ferme, en propageant les variétés des agriculteurs, 2) le droit d'utiliser une variété nouvelle protégée par la loi en question pour développer les variétés des agriculteurs, y compris le matériel obtenu à partir des banques génétiques ou des centres de ressources phytogénétiques ;

Les deux législations susmentionnées établissent des dispositions interdisant la vente commerciale des grains de ferme ou des semences par les agriculteurs¹³⁹.

Il y a encore l'acte sur la biodiversité du Bhutan de 2003, qui ne concerne pas exclusivement les variétés végétales. Cet acte qui vient d'être approuvé par la quatre-vingt-unième session de l'Assemblée nationale, mettra en application des décisions politiques légales, administratives et réglera l'accès aux ressources génétiques du pays.

La Loi a) combat l'accès illégal aux ressources traditionnelles associées, b) protège les droits des agriculteurs et des sélectionneurs, établit des Droits de Propriété aux

¹³⁷ Voir le TABLEAU 9 sur le régime *sui generis* Thaïlandais de protection des droits des agriculteurs.

¹³⁸ Article 25 de la Loi, qui traite de l'application de la loi sur les variétés des agriculteurs :

Les droits des agriculteurs incluent les droits à : « a) la protection de leur connaissance traditionnelle concernant les ressources génétiques d'usine et animales ; b) obtenir une part équitable des avantages surgissant de l'utilisation des ressources génétiques végétales et animales ; c) participer à prendre des décisions, y compris au niveau national, sur des sujets liés à la conservation et à l'utilisation durable des ressources génétiques végétales et animales d) sauver, employer, échanger et vendre les semences fermières-propageant des matériels des variétés des agriculteurs locaux (fermiers) ; e) utiliser une nouvelle variété protégée en vertu de cette loi pour développer des variétés fermières, y compris le matériel obtenu à partir des banques de gènes ou pour centres de ressources phytogénétiques ; f) collectivement sauvegarder, utiliser, multiplier et traiter le semences de ferme et les variété protégées ». Version originale en Anglais. Traduction libre de l'auteur.

¹³⁹ Art. 26.2, de la Loi Cadre Africaine et l'Art.39.1, iv de l'*India's Act*. La loi Cadre Africaine dispose, par contre, que l'interdiction s'adresse à la vente à grande échelle des grains de ferme et aussi à la propagation des « variété de semences protégées » (*breeders protected varieties*) détenues par l'industrie de semence.

agriculteurs sur les variétés végétales et facilite l'accès aux sources étrangères de variétés de plantes améliorées en faveur des agriculteurs de ce pays¹⁴⁰.

§2° Les conséquences de la protection des savoirs traditionnels : Les droits qui en découlent et leur caractère illimité

Une fois reconnue la nécessité de protéger les savoirs traditionnels, d'autres droits se dégagent pour les agriculteurs, comme par exemple : (A) le droit au partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources phytogénétiques et (B) le droit à participer de la prise de décision sur la conservation des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture, tout cela étant soumis au caractère non limité de ces droits vis-à-vis de semences de ferme (ou traditionnelles), aspect qui sera analysé au dernière lieu (C).

A. Partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources

Il existe deux types et deux moments de partage. Une première forme est le bénéfice tiré des avantages déposés dans le cadre du système multilatéral, par le biais du financement de projets durables au sein des communautés locales, autochtones et d'agriculteurs. L'autre forme de partage peut découler d'une obligation nationale qui reconnaît les droits des agriculteurs et notamment celui de participer aux avantages découlant de l'usage commercial des semences traditionnelles, y compris celles modifiées par un tiers.

A l'égard du système multilatéral, le droit de participer au partage des avantages sera réalisé en fonction des conditions contenues à l'article 13 du Traité. Plusieurs dispositions des ATM mentionnent les DPI et le partage des avantages. Mais même les dispositions de l'article 13 doivent suivre l'idée générale de l'article 9. Alors, le partage des avantages qui découlera du système multilatéral (seule réminiscence de l'ancienne politique globale de réalisation des droits des agriculteurs), suivra les indications des Etats où les agriculteurs se situent, puisque dans tous les cas, les pays auront un pouvoir décisionnel à l'égard des droits des agriculteurs¹⁴¹. Cette interprétation systématique et holistique du Traité engendre le déconfort d'une réalisation des droits des agriculteurs toujours imposée par les Etats.

Les conditions du partage des avantages pour les agriculteurs seront normalement définies dans le cadre de ces accords : les types d'avantages, la forme de distribution, les pourcentages etc. La seule possibilité de définition préalable des conditions demeure dans les dispositions des lois nationales qui pourront ou pas faire le choix de cadrer, de délimiter les conditions d'un partage des avantages au sein d'un Accord Type favorable et avec l'accord des agriculteurs. Dans ce cas, les agriculteurs resteraient de toute façon avec une marge de manœuvre sur quelques éléments de l'accord type national, lesquels pourraient être négociés au cas par cas.

C'est exactement pour cette raison que les agriculteurs, ou les communautés locales et autochtones, doivent être présents au moment de l'établissement de ces conditions, en participant activement. C'est pendant les négociations que les droits seront effectivement

¹⁴⁰ "Kuensel on line", Journal national du Bhutan, 21 août 2003, plus d'informations sur le site: <http://www.kuenselonline.com/article.php?sid=3151>.

¹⁴¹ Position soutenue par Gerald MOORE et Witold TYMOWSKI, in MOORE, Gerald et TYMOWSKI Witold, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant genetic resources for food and agriculture*. UICN environmental policy and law paper n. 57, UICN, 2005, page73.

définis, en ce qui concerne le partage des avantages. Leur volonté devra à ce stade être respectée.

La loi indienne propose un nouveau mécanisme similaire à celui établi par la Convention UPOV qui donne aux agriculteurs locaux le droit d'enregistrer leurs semences traditionnelles¹⁴² (nouvelles variétés et aussi celles déjà existantes). Elle prévoit aussi la possibilité pour les agriculteurs de demander le partage des avantages sur des semences protégées par des tiers (grandes entreprises), mais qui sont le fruit du développement traditionnel des pratiques agricoles.

Dans cette loi le partage des avantages peut être requis à deux moments distincts :

1. Au moment de l'enregistrement de la variété de semence, lorsque le cultivateur fait le dépôt de la demande du certificat de la variété, l'Autorité compétente (*The protection of plant varieties and farmers' rights Authority*) publie le certificat, en même temps qu'elle invite n'importe quelle Partie concernée par la variété et donc par l'enregistrement en question, à demander le partage des bénéfices sur la variété en question. Si le lien entre ces Parties et la variété objet d'enregistrement est démontré, l'Autorité nationale statuera sur le montant du partage des avantages, ce qu'elle fera en prenant en compte des critères comme l'extension de l'influence de l'usage fait par la communauté sur la variété et, aussi, son utilité commerciale et la demande du marché. Dans ce cas, après la procédure éventuelle d'opposition du cultivateur et du demandeur à ce partage des avantages, l'Autorité centrale ira définir le montant à verser, lequel sera déposé dans le Fond National de Gènes.
2. une demande de partage des avantages peut aussi se produire dans un deuxième moment : après la conférence de l'enregistrement. Dans cette hypothèse, n'importe quelle Partie au non des agriculteurs ou des communautés locales et autochtones, pourra faire la même procédure décrite dans le point précédent, laquelle pourra être déclenchée contre n'importe quel centre de dépôt, mais la décision de la conférence et du montant des bénéfices partagés relèvera, comme dans le cas précédent, de l'Autorité centrale¹⁴³.

Au niveau international, les pays disposent des lignes directrices de Bonn établies dans le cadre de la CDB, lesquelles peuvent servir aussi comme guide, pour la mise en œuvre du partage des avantages et des droits des agriculteurs.

B. Participation à la conservation et à l'utilisation des ressources phytogénétiques.

Le principe de participation des agriculteurs à la prise de décision sur les ressources phytogénétiques est aussi mentionné dans le paragraphe 6 du préambule et aussi dans l'article 6.2-c.

Ce droit représente une garantie de la transparence du processus en même temps que l'insertion des agriculteurs à un stade d'égalité avec les entreprises semencières dont la participation est garantie par le biais du lobby dans toutes les instances décisionnelles et de

¹⁴² Une variété des agriculteurs est définie comme une variété cultivée et développée traditionnellement par les agriculteurs dans leurs champs ; ou une variété relativement sauvage ou une espèce endémique sur laquelle les agriculteurs possèdent des connaissances communes.

¹⁴³ L'application nationale des droits des agriculteurs, notamment en ce qui concerne le partage des avantages, se trouve largement analysée par Gerald MOORE et Witold TYMOWSKI, *Op cit*, note 138, page 55 à 57.

pouvoir, en même temps que la possibilité, à travers cette participation, d'une meilleure applicabilité des avantages découlant de l'usage de leurs savoirs.

Une telle disposition confère aux bénéficiaires le droit de participer à la prise de décision au niveau national sur les questions relatives à la **conservation** et à l'**utilisation** durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

Ainsi, la participation aura lieu au moment de l'établissement des termes d'accès (**étape d'utilisation**) et de l'application des avantages découlant de son usage dans des projets de conservation (politique publique).

La participation peut avoir lieu à deux moments :

1. à l'utilisation

i. Pendant le processus d'accès à leurs savoirs et aux ressources à travers la garantie et l'exigibilité d'un **consentement éclairé et préalable**, prévue par la CDB, comme un des droits des peuples indigènes et des communautés locales ;

ii. Au moment de l'établissement des conditions du terme (contrat) d'accès, où les conditions de partage des avantages seront fixées.

2. à la conservation

i. Les Parties peuvent mettre en œuvre cette disposition à travers l'ouverture des délibérations aux représentants des communautés locales, autochtones et des agriculteurs aux niveaux :

- Gouvernemental : dans la formulation des politiques publiques,
- Législatif : dans les commissions qui formulent les projets de loi.

ii. Au moment du partage des avantages, avec la décision concernant l'application de ressources financières découlant de cet usage, dans la conservation de la biodiversité.

C'est vrai qu'il existe déjà des instruments qui peuvent être utilisés dans la mise en place de ces droits. Mais, ils doivent encore être institués de façon plus autonome vis-à-vis de l'influence ou de la présence des gouvernements. La participation doit être la plus directe possible. Les détenteurs de ces savoirs doivent être des acteurs directs au moment des négociations, de l'autorisation, de l'établissement des règles etc.

C. La non limitation de ces droits.

Finalement, dans le troisième et dernier paragraphe de l'article 9 a été fixée comme règle générale la non limitation des droits des agriculteurs de conserver, d'utiliser, d'échanger et de vendre des semences de ferme ou du matériel de multiplication.

9.3 Rien dans cet Article ne devra être interprété comme limitant les droits que peuvent avoir les agriculteurs de conserver, d'utiliser, d'échanger et de vendre des semences de ferme ou du matériel de multiplication, sous réserve des dispositions de la législation nationale et selon qu'il convient.

Mais, dans le même article deux exceptions ont été établies. Les droits des agriculteurs peuvent être limités soit par la législation nationale, soit quand il convient. Ainsi, tout va dépendre du stade actuel de la protection nationale des droits des agriculteurs et de son utilité ou commodité.

Cependant, les États ne sont pas obligés de prendre des mesures pour la mise en place des dispositions contenues à l'article 9. Les mesures susmentionnées seront prises par les États selon les dispositions contenues dans les lois nationales ou selon qu'il en conviendra aux bénéficiaires.

Une fois de plus, à l'image de la situation observée au sein de l'UPOV, les « droits des agriculteurs » ont un caractère purement facultatif, malgré leur reconnaissance juridique, ce qui ne va pas sans rappeler la rhétorique géopolitique utilisée dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique.

CONCLUSION DE LA PARTIE I :

. A partir de l'étude réalisée dans la Partie I du présent travail, quelques constatations méritent d'être évoquées.

Tout d'abord, il faut se plier à l'évidence que la reconnaissance des droits des peuples autochtones, suivie de l'évolution de la protection des savoirs traditionnels a gagné du terrain dans le scénario international dans les dernières décennies.

Toutefois, si d'un côté cela peut représenter l'élévation du niveau de conscience mondiale et une victoire pour ces peuples, d'une autre, les évolutions législatives au niveau international ont été limitées par les envies politiques divergentes des Etats et les conflits d'intérêts interétatiques.

La CDB a sans doute été le point déclencheur de cette démarche. Cela a sûrement constitué son plus grand mérite, vu que dans le fond elle a laissé trop à faire aux États, en établissant ou en institutionnalisant une politique de caractère essentiellement nationale de protection des savoirs traditionnels, qui est regrettablement basée sur un volontarisme facultatif et, parfois, très mitigé. Cet instrument international n'a pas véritablement créé ou proposé une politique globale de protection et de valorisation des savoirs traditionnels. La possibilité de créer un ordre mondial dans ce sens, avec des fondements bien établis, n'a pas été atteinte. Mais, malgré les critiques qui peuvent être faites à ce régime (local et volontaire), il est indéniable qu'il ait posé les premières pierres sur le chemin de la protection des savoirs traditionnels, consolidé dans l'article 8 (j).

Au jour d'aujourd'hui, près de 15 ans après l'adoption de la CDB, la discussion sur la mise en œuvre de l'article 8 (j) est encore au centre de la scène dans cette enceinte. Un groupe de travail *ad hoc* de composition non limité a été créé et les travaux se sont multipliés. A présent, le point focal de la discussion réside dans la définition des paramètres du régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, lequel sera analysé dans le Chapitre 6 de la prochaine Partie. Ce régime est constitué de trois éléments principaux : à part le partage des avantages et le consentement éclairé et préalable, un nouvel élément est en train d'être mis au point, à savoir : le certificat de provenance¹⁴⁴. Celui-ci est un bel outil contre le pillage et l'usage indu de ce patrimoine culturel collectif des communautés autochtones et locales, mais il risque de rester dans la liste des bonnes intentions, sans application et sans effet. L'approbation d'un simple mais important instrument comme celui-ci peut être reportée par quelques pays contraires à des contraintes plus élevées pour l'usage commercial, notamment à l'égard des droits de propriété intellectuelle. Sans majorité, loin de l'unanimité, il peut facilement tomber dans l'inefficacité.

Toutefois, comme des progrès ont été conquis et des droits acquis, nous croyons que la discussion devra se maintenir et déboucher dans l'approbation et la mise en place de ces éléments et encore d'autres droits à venir. L'évolution n'étant que commencée, puisque 15 ans dans l'histoire du droit ne sont qu'une étincelle, l'espoir demeure dans un futur respectueux des droits des populations autochtones et locales dans toutes leurs formes et à tous les niveaux.

¹⁴⁴ La terminologie n'est pas encore fixée entre certificat de provenance légale, d'origine ou de source.

Le plus grand obstacle vers cette conquête est encore l'intérêt commercial démesuré et illimité. C'est pourquoi il est important que les savoirs traditionnels figurent parmi les thèmes traités par l'OMC. Là, à nouveau, cette nécessité n'est pas perçue de la même manière par toutes les Parties de l'Organisation. Le dernier rapport présenté par l'OMC (avant la COP/8 de la CDB) en est bien la preuve. Dans ce forum, les Parties discutent encore de la pertinence ou pas du traitement de ce sujet au sein de l'OMC, ainsi que de la nécessité ou non d'un régime *sui generis* à la place du traditionnel régime des droits de Propriété intellectuelle. Un décalage frappant qui se justifie par la différence d'intérêts prioritaires dans chacun des forums : le commerce pour l'AADPIC (OMC) et la conservation durable de la biodiversité et la protection des savoirs traditionnels pour la CDB (ONU).

A part ces deux accords internationaux, un autre instrument mérite d'être abordé : le TIRPAA de la FAO. Cet instrument a été élaboré à l'image de la CDB. Il a des objectifs bien définis (la sécurité alimentaire par le biais de la protection des ressources phylogénétiques), étant fortement lié aux deux instruments précédemment cités par les droits des agriculteurs.

Au départ, à la FAO, il n'existait qu'un engagement, au sein duquel la protection des savoirs traditionnels passait par une réalisation **globale** des droits des agriculteurs. Ces droits étaient fondés sur une responsabilité internationale et devaient être mis en place à travers des outils d'égale nature. Cependant, pour qu'il s'adapte à la CDB, ce caractère très **global** (peut-être accepté par la communauté internationale grâce à sa nature non contraignante) a été dénaturé.

La responsabilité de réaliser les droits des agriculteurs (savoirs traditionnels) a perdu son caractère *global* pour devenir une « obligation » *nationale*, demeurant toutefois toujours facultative. A cet égard, l'engagement était facultatif, mais avait une vision pour le moins **globale**.

Dans le TIRPAA, les droits des agriculteurs sont dotés des mêmes éléments que ceux de la CDB, ainsi que de leur caractère flou. Jusqu'à présent, l'étude de sa mise en œuvre n'a pas encore débuté, à cause de la propre jeunesse du TIRPAA. La Conférence de Partie n'a réalisé qu'une seule réunion (juin 2006) depuis son entrée en vigueur en novembre 2003. De cette première rencontre, où des décisions administratives et institutionnelles ont été prises, pour le bon fonctionnement du Traité.

Nous attendons alors qu'à l'exemple du processus de discussion sur les savoirs traditionnels existant au sein de la COP de la CDB, la Conférence des Parties du Traité des semences (TIRPAA) intègre entre ses priorités ces thèmes d'importance majeure, la mise en œuvre des droits des agriculteurs.

Le bilan de la protection des savoirs traditionnels dans le cadre juridique international est positif, en dépit du degré de mise en œuvre qui reste encore mitigé. Le manque d'outils bien définis capables d'être appliqués à ces droits est encore l'obstacle majeur. La recherche d'un régime juridique apte à cette tâche est à la base de toutes les discussions sur ce thème. C'est pourquoi la Partie II traitera des régimes suggérés par toutes ces instances, partant du plus classique des régimes : le droit de propriété intellectuelle, et débouchant sur plus novateur : le régime *sui generis*.

PARTIE II – MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS ASSOCIES : REGIMES JURIDIQUES ENVISAGEABLES

Face au panorama présenté antérieurement, nous constatons que la communauté internationale est passée, pendant les dernières décennies, par un intense processus de prise de conscience¹⁴⁵ par rapport à la valeur intrinsèque et extrinsèque des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques et à son importance dans la préservation, la mise en valeur et l'utilisation de la diversité biologique.

Les documents juridiques existent, la consécration des savoirs traditionnels associés est réelle, mais l'applicabilité des textes étudiés dans la Partie I du présent travail reste encore limitée.

Les Etats et les organismes, aux trois niveaux international, national et régional, marchent ensemble vers l'adoption et la création d'un système juridique qui puisse permettre la mise en œuvre de la protection de ces savoirs et, en même temps, faciliter son accès et le partage juste et équitable des avantages dérivés de leur usage.

Si d'un côté, la CDB et le TIRPAA incluent parmi les droits des communautés autochtones ou locales et des agriculteurs, la nécessité de la protection de leurs savoirs traditionnels, d'un autre côté, ils ne proposent pas d'instruments pour la mise en œuvre de leur protection.

L'AADPIC, qui ne renvoie pourtant pas au sujet de la protection des savoirs traditionnels, prévoit des instruments pour la protection des variétés végétales : le brevet et/ou régime *sui generis* de protection. Ces instruments n'étaient pas envisagés pour protéger les savoirs traditionnels, mais ils peuvent être utilisés afin de protéger le résultat de l'application de ces savoirs, notamment les variétés végétales dérivées de l'emploi de l'agriculture traditionnelle.

C'est justement en l'absence de règles bien définies et directement applicables que la CDB, l'AADPIC et le TIRPAA (notamment les pays, puisque la responsabilité tient aux Parties de les réaliser au niveau national) nécessitent un régime juridique pour viabiliser ou concrétiser la protection des savoirs traditionnels. Au long de toute la Partie II, un rapport devra être établi entre les régimes proposés et les instruments juridiques qui ont été traités dans la partie précédente. Nous analyserons dans cette Partie quels sont les régimes proposés pour atteindre cette protection et, principalement, jusqu'où ils sont adéquats, appropriés, pour accomplir la tâche de protéger les STA.

Dans le scénario international, trois régimes principaux ont été envisagés pour la protection des savoirs traditionnels. Il s'agit de : 1. Le régime de Propriété Intellectuelle Conventionnel, 2. Un Régime *sui generis* de Propriété Intellectuelle et 3. Un Régime *sui generis* distinct.

Ainsi dans la section suivante, les régimes proposés vont être analysés un à un, tout d'abord du point de vue de leur effectivité dans la protection des savoirs traditionnels, puis par rapport à leurs éléments et aux outils existants.

¹⁴⁵ Plusieurs Organismes internationaux ont créé des Groupes spécialisés de travail pour la création de législations par rapport à la protection des savoirs traditionnels, comme l'OMPI, la FAO, le COP de la CDB. La conscientisation s'opère dans les communautés autochtones et locales. Par contre, l'évolution est beaucoup plus douce.

CHAPITRE 4 – PROPRIETE INTELLECTUELLE TRADITIONNELLE

Parmi les régimes de protection des STA, le système de propriété intellectuelle est le plus connu, le plus puissant et l'un des plus défendus.

Le plus connu en tant que régime juridique déjà existant depuis des décennies, très diffusé dans le monde entier.

Le plus puissant en raison de son existence concrète et de ses défenseurs. La plupart des partenaires des Droits de propriété intellectuelle (DPI) sont les pays développés, dont le régime juridique de Propriété Intellectuelle (PI) est extrêmement avancé.

Un des plus défendus, parce que dans des forums comme l'OMPI et l'OMC, où les pays développés détiennent beaucoup de force et exercent une forte influence sur les autres membres et dans les décisions, ce système vient en premier rang des possibilités envisagées.

Ces pays disposent d'une présence massive au sein de ces organisations : dans leurs groupes, réunions, conférences, ils ont l'opportunité de défendre fermement leur point de vue et d'essayer de convaincre les autres membres (pays du Sud), qui sont fréquemment moins préparés, moins puissants que ceux-là, en plus d'avoir des lois nationales de propriété intellectuelle assez rigides (notamment en obéissance aux Traités qu'ils ont ratifiés via l'OMC).

C'est à ce moment là que le regard sera penché sur les travaux effectués au sein de l'Organisation Mondiale de Propriété Intellectuelle – OMPI. En fait, les autres instruments juridiques analysés dans la première partie ne donnent pas d'indications précises sur le chemin à suivre, se limitant à peine au dévoilement de la destination à atteindre : la protection des savoirs traditionnels.

Au sein de l'OMPI, la discussion repose aussi sur le type de protection souhaitée, mais surtout sur l'applicabilité de son régime pour mettre en œuvre cette protection. Dans cette instance, le chemin à suivre est celui des Droits de Propriété Intellectuelle (DPI), lesquels, même s'ils ont été souvent objets de critiques sulfureuses de la part des pays du Sud, sont de plus en plus étudiés et proposés par l'OMPI comme une bonne sortie adaptée et adaptable à la protection des savoirs traditionnels.

La question qui se pose est celle de savoir si les DPI représentent un régime adéquat à la protection des savoirs traditionnels et quels sont les outils utilisables dans cette protection. L'étude sera ainsi menée initialement sur les effets d'une protection par les DPI sur les savoirs traditionnels, prenant en compte leur nature collective et ensuite le raisonnement se portera sur l'objectif de la protection requise (défensive ou/et positive) pour après aborder les instruments applicables.

SECTION 1 - LA PROPRIETE INTELLECTUELLE ET LES SAVOIRS TRADITIONNELS : APPLICABILITE DU REGIME.

En vue de mieux comprendre le rapport du système en question avec la protection juridique des savoirs traditionnels ; il semble opportun, tout d'abord, de faire un examen succinct du type de protection recherchée.

§1° Aspects principaux de la future réglementation des STA et des DPI

Nous chercherons ici à analyser le type de réglementation voulue par le législateur en ce qui concerne l'objet et l'objectif de la protection, ainsi que la finalité des activités liées aux savoirs traditionnels.

A. Type de réglementation : L'objectif de la protection.

Avant de procéder à la réglementation d'une activité quelle qu'elle soit, il convient de s'interroger au préalable sur l'objectif non seulement de la réglementation, mais également de l'activité elle-même.

En ce qui concerne l'*objectif de la protection*, la réglementation peut être de nature positive ou défensive par rapport à son effet. Il s'agira par ailleurs de définir l'*objectif de l'accès* aux savoirs traditionnels.

1. Une protection défensive ou positive

La réglementation des droits des communautés autochtones et locales sur leurs savoirs traditionnels associés a comme objectifs généraux :

- 1) la préservation de leurs savoirs, en vu de leur importance culturelle, environnementale et économique ;
- 2) la protection contre son usage inapproprié ou non autorisé par autrui.

Concernant la protection, celle ci peut être de nature défensive et/ou positive. La protection défensive tient compte de la protection contre l'usage indu par autrui, elle limite les actes des tiers vers l'objet de protection, contre le pillage. La protection positive établit des droits positifs à conférer aux détenteurs, en cas d'usage de leur savoir par un tiers.

Entre les régimes existants, il est probable que l'objectif de la législation soit à la fois défensif et positif. Mais il faut encore définir quels seront les droits positifs à conférer aux détenteurs (consentement éclairé et préalable, partage des avantages, droit d'auteur...) et quels seront les actes des tiers qui seront limités ou interdits (accès et publication conditionnés au consentement éclairé et préalable, empêcher ou limiter l'usage, avoir l'obligation de partager les avantages...).

2. Objectif de l'accès au savoir traditionnel : le commerce ou une recherche sans finalité commerciale.

Un autre aspect qui doit être pris en compte au moment de l'élaboration de la loi, correspond au but de l'accès, c'est-à-dire, de l'usage qui sera fait des savoirs.

S'il est important de définir l'*objectif de la protection* des savoirs traditionnels (et le caractère défensif ou/et positif de la loi sur l'accès), il faut tenir compte pour cela de l'*objectif de l'accès* aux savoirs lui même, c'est-à-dire quel type d'usage le tiers fera du savoir après l'accès.

Normalement, la distinction est établie sous le critère de la finalité commerciale ou non commerciale de la recherche.

Dans les deux hypothèses, l'accès aux savoirs sera soumis à une procédure d'accès qui devra être au moins décrite dans la loi nationale d'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés.

Cependant, les exigences seraient plus rigides pour l'accès envisageant une application commerciale (ex. : production d'un cosmétique ou d'un médicament avec une recette indienne) et plus souple lorsque l'utilisation serait purement scientifique sans fin commerciale, comme c'est le cas souvent avec les chercheurs qui veulent cataloguer (faire la taxonomie) une plante ou étudier son mécanisme sans y voir aucun intérêt commercial.

Parfois, il est difficile de définir préalablement le type d'usage qui sera fait après l'accès aux ressources et aux savoirs traditionnels. Il est possible que pendant la recherche, le chercheur découvre une qualité de l'objet d'étude susceptible d'application commerciale. Pour prévenir que les demandes basées sur une recherche purement scientifique (avec des règles plus souples) tournent à un usage commercial sans que les communautés détentrices des ressources ou des savoirs traditionnels accédés, aient un droit au partage des avantages garanti, il est souhaitable qu'une clause de partage soit établie dans toutes les hypothèses de demande d'accès.

Un autre critère d'établissement d'une procédure différenciée, utilisé conjointement avec le critère finaliste présenté ci-dessus, correspond au type d'acteur/demandeur à avoir l'accès.

La forme de procédure dépendrait de la nature juridique du demandeur. On chercherait donc à savoir s'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale, si la personne morale est une entreprise de nature publique ou privée, nationale ou internationale, avec ou sans fins lucratifs. Selon ce raisonnement, en consonance avec le critère finaliste, un Institut national de recherche sans fins lucratifs aurait un traitement plus léger (différencié) vis-à-vis d'une entreprise internationale avec fins lucratifs, par exemple.

L'utilisation d'un tel critère a comme fondement la difficulté ou presque l'impossibilité d'avoir la sûreté de l'usage non-commercial après que le demandeur ait eu accès au savoir.

Comme nous l'avons dit antérieurement, la limite entre la recherche purement scientifique et la recherche visant un usage commercial (bioprospection) est très précaire. Un chercheur peut initier son travail sur une plante, par exemple, sans avoir comme but la découverte d'une qualité chimique qui puisse être rentable (transformée dans un

médicament), mais après l'avoir découverte, il peut changer d'avis et, par exemple, la vendre à une entreprise, pour quelle soit commercialisée.

Le problème est loin d'être facile de résoudre, mais l'établissement d'une procédure d'accès, même distincte, peut aider à limiter l'usage indu. Au travers de l'établissement des règles de partage des avantages en cas d'usage commercial, les communautés fournisseuses de savoirs seraient toujours protégées de l'accès et de l'usage indus.

Devant ces deux critères, type de protection souhaitée (défensive ou positive=objectif de la protection) et nature de l'activité à réglementer (usage commercial et purement scientifique=objectif de l'accès), le régime proposé dans quelques enceintes internationales est celui de la Propriété intellectuelle. Ainsi, nous allons ensuite analyser ce système, pour mieux le comprendre, par l'établissement d'un parallèle entre les savoirs traditionnels et la propriété intellectuelle, respectivement, objet et instrument de protection.

B. Les savoirs traditionnels au sein de la Propriété Intellectuelle

Les Droits de Propriété intellectuelle sont un outil juridique assez nouveau, mais néanmoins très solide, dans l'univers juridique. L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle est l'instance internationale compétente pour l'établissement de règles directrices sur la matière. Elle a été créée par la "Convention instituant l'OMPI" signée à Stockholm en 1967, laquelle est entrée en vigueur en 1970.

Pour mieux saisir l'affinité de ces droits avec les savoirs traditionnels, il faut d'abord établir ce que la Propriété intellectuelle veut dire pour l'OMPI, pour après rentrer dans la nature des DPI, ainsi que des savoirs traditionnels, pour saisir les possibles applications de DPI sur les STA, les effets positifs et négatifs de son application pour les communautés locales et autochtones, ainsi que pour les agriculteurs. Une comparaison nécessaire pour tenter de vérifier leur compatibilité.

1. Qu'est que c'est la propriété intellectuelle ?

Aux termes de l'article 2 la Convention instituant l'OMPI, "il faut entendre par [...] 'propriété intellectuelle', les droits relatifs : aux œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, aux interprétations des artistes et interprètes et aux exécutions des artistes exécutants, aux phonogrammes et aux émissions de radiodiffusion, aux inventions dans tous les domaines de l'activité humaine, aux découvertes scientifiques, aux dessins et modèles industriels, aux marques de fabrique, de commerce et de services, ainsi qu'aux noms commerciaux et aux dénominations commerciales, à la protection contre la concurrence déloyale, et tous les autres droits afférents à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique."

Selon la propre OMPI, la Propriété intellectuelle se réfère à des droits résultants d'une activité intellectuelle dans le domaine industriel, scientifique, littéraire et artistique. La première raison qui fait que les pays adoptent ces droits est le désir de donner un statut aux droits économiques et moraux des inventeurs et aussi des droits du public à l'accès à ces créations. La deuxième est de promouvoir, en tant qu'acte délibéré de politique

gouvernemental, la dissémination et l'application de ces résultats et d'encourager un commerce équitable pouvant contribuer au développement social et économique¹⁴⁶.

La Propriété intellectuelle se divise en deux branches : 1) la propriété industrielle et 2) les droits de l'auteur.

La propriété industrielle est destinée à la protection des inventions scientifiques, ex. : dessins industriels, brevets, marques, indications géographiques etc.

Le droit de l'auteur embrasse tout ce qui est relatif aux œuvres littéraires et artistiques, comme les films, les livres de tout genre, les pièces de théâtre, les œuvres musicales, toute sorte d'œuvres d'art (dessins, peintures, photographies...) et de créations architecturales.

La Propriété intellectuelle donne à ses détenteurs le droit de contrôler pendant une période limitée l'usage de leurs productions intellectuelles, qui font l'objet de protection. Malgré ce caractère restrictif, elle a une finalité publique. L'équilibre entre la protection et la rémunération de l'invention d'un côté (droit de l'inventeur ou du promoteur de l'invention) et sa nature de bien « public » (droit des usagers) de l'autre, est un des principes qui régissent la propriété intellectuelle¹⁴⁷.

A priori, ces droits seraient aptes à la protection des ST, parce que comme nous l'avons démontré dans l'introduction, ceux-ci ont un statut juridique de patrimoine intellectuel et culturel, puisqu'il s'agit d'activités ou de créations de nature intellectuelle. Certains peuples autochtones réclament la reconnaissance de leurs connaissances comme étant un savoir scientifique, dans le même standard que les inventions scientifiques classiques. Ce qui est non seulement correct (vis-à-vis de la CDB, comme du Comité Intergouvernemental de l'OMPI), mais pour le moins juste, vu que les savoirs traditionnels sont dans des nombreux cas (souvent dans l'industrie pharmaceutique) cachés derrière des découvertes scientifiques protégées par les DPI (surtout par les brevets).

Malgré la possibilité théorique et même matérielle de protéger les ST par les DPI, il faut remarquer que cette protection serait très sectorielle, n'englobant pas tous les savoirs traditionnels et leurs différents aspects existants.

A l'égard de l'effet négatif que la Propriété intellectuelle peut avoir sur la conservation de la biodiversité et qui peut aussi être appliqué aux savoirs traditionnels, des mises en garde ont été formulées par la FAO, notamment le fait que les industries semencières pourront faire un usage intensif des DPI pour couvrir les coûts élevés de la mise au point de leurs produits, ce qui pourrait avoir un effet restrictif dans la variabilité des semences utilisées par les agriculteurs. Or dans cette hypothèse, les conséquences pourraient être catastrophiques, vu que d'une telle pratique « résultera une uniformité génétique croissante dans les cultures agricoles ou d'autres espèces végétales très commercialisées et une extrême vulnérabilité aux ravageurs et aux maladies, car seule la variabilité génétique peut assurer la survie continue. A longue échéance, des systèmes de DPI forts favorisent

¹⁴⁶ OMPI, *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, Geneva, WIPO PUBLICATION N°. 489 (E), Genève, 2ème édition, 2004, p. 3.

¹⁴⁷ Pour plus d'information sur ce principe et les bases des Droits de Propriété Intellectuelle voir : R. Silva Repetto et M. Cavalcanti, *Les Négociations Commerciales Multilatérales sur l'Agriculture - Manuel de Référence - IV - L'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui Touchent au Commerce*, ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE, Rome, 2001, Module I. Document, disponible sur le site www.fao.org.

l'érosion génétique, ce qui aura des répercussions graves sur le réservoir mondial de gènes »¹⁴⁸.

Pour combattre ce genre d'abus des DPI, « Il est indispensable de prendre des mesures visant l'exploitation durable et la conservation de la diversité génétique lorsque l'on élabore un système de DPI »¹⁴⁹.

De plus, la question ne se limite pas à l'éventuelle possibilité d'utiliser les DPI, mais à savoir s'ils servent à permettre aux savoirs traditionnels de continuer à être diffusés, accomplissant leur fonction sociale, ainsi qu'à mettre en place les conditions établies par l'article 8 (j) de la CDB, concernant le partage des avantages quand les ST ne seront pas utilisés par leurs détenteurs.

2. Les détenteurs des DPI et des STA : deux sujets et une même personne ? A qui bénéficieront les avantages ?

Par rapport, a) à la forme directe ou indirecte de protection et b) les bénéficiaires des DPI sur des STA, il faut préciser que :

a) les savoirs traditionnels peuvent être objet de protection par les DPI de façon directe, c'est à dire, entièrement copiés (appropriation induite quand le détenteur n'est pas son « créateur »), constituant l'objet de protection, ou alors ils peuvent reposer sur une technique (on peut parler d'invention hybride = technique « traditionnelle » + technique « scientifique »), laquelle sera objet de protection des DPI, les savoirs traditionnels n'y étant soumis que de manière indirecte.

b) Dans les deux cas, les détenteurs de savoirs peuvent ou pas coïncider avec les détenteurs des DPI. Ainsi, une entreprise peut, par exemple, faire usage d'un savoir traditionnel sur les propriétés pharmacologiques d'une plante, créer un produit vendable et le faire objet de brevet. Le sujet des droits de propriété intellectuelle est l'entreprise et non les communautés locales ou autochtones.

Après l'adoption de la CDB, obligation fut faite de partager les avantages découlant de l'utilisation de ces savoirs. Mais en l'absence d'obligation d'indiquer au moment du dépôt du brevet, la provenance des savoirs employés¹⁵⁰, il est presque impossible de rendre applicable cette obligation, sauf pour une rhétorique géopolitique¹⁵¹ ou de marketing.

La question que se pose est celle-ci : au cas où les DPI n'auraient pas comme sujet des droits conférés (DPI) les communautés locales et autochtones, ces droits pourraient ils leur porter préjudice ? En termes de possibilité, oui. Les DPI quand ils sont conférés de façon induite (sans consentement éclairé et préalable, ni disposition sur le partage des avantages, etc.), peuvent effectivement porter préjudice aux détenteurs originaux, d'un côté par le manque de respect vis-à-vis de leur valeur culturelle, spirituelle, pour la communauté qui a

¹⁴⁸ R. Silva Repetto et M. Cavalcanti, *Les Négociations Commerciales Multilatérales sur l'Agriculture - Manuel de Référence - IV - L'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui Touchent au Commerce*, ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE, Rome, 2001, Module I. Document, disponible sur le site www.fao.org.

¹⁴⁹ Idem.

¹⁵⁰ Voir la Section 3 du Chapitre 6 qui traite du certificat de provenance, prévu dans le régime international d'accès et de partage des avantages de la CDB.

¹⁵¹ Voir la Section 1 du Chapitre 1 concernant la CDB.

son mot à dire sur son utilisation, d'un autre côté par la désobéissance à l'obligation de partager les avantages ; et finalement, parce que les DPI peuvent limiter l'usage des détenteurs originaux, comme nous allons voir ensuite.

En plus de cette interrogation, d'autres questions à résoudre surgissent sur le rapport ST et DPI, notamment à l'égard des effets de la protection par les DPI sur les STA et leurs détenteurs ainsi que de la nature des savoirs traditionnels, et de sa compatibilité avec l'objet des DPI et la fonction sociale des savoirs traditionnels. C'est à ces questions que nous allons de répondre maintenant.

§2°. Réflexions sur l'effet des DPI sur les savoirs traditionnels et leur compatibilité.

Le point focal dans ce paragraphe est la pertinence de l'adoption des DPI comme régime de protection des savoirs traditionnels. Pour répondre à ce questionnement, il faut commencer par l'analyse d'autres questions, comme par exemple : Est-ce que le régime de DPI est-il nuisible aux savoirs traditionnels associés ? Est-il compatible avec la nature collective des STA ? Quels sont les arguments utilisés au sein de l'OMPI pour défendre l'application des DPI dans la protection des STA ?

Les questions sont nombreuses, et à chaque fois qu'une question est résolue une autre émerge. Ici nous allons nous limiter à ces points, en mettant l'accent sur les travaux du Comité Intergouvernemental de l'OMPI.

Il y a encore plusieurs approches qui peuvent être évoquées pour illustrer les divers rapports existants entre les savoirs traditionnels et la Propriété intellectuelle. Nous y reviendrons dans la Section 2.

A. Les DPI : Un système nuisibles aux communautés locales et autochtones ?

Cette question peut avoir plusieurs réponses, favorables ou défavorables, basées sur de nombreux critères. Alors, pour systématiser son analyse, tout d'abord, une approche historique sera entreprise, laquelle sera suivie d'un regard plus concret sur l'utilisation des DPI pour la protection des savoirs traditionnels.

1. les savoirs traditionnels depuis la colonisation : un patrimoine reconnu ou une *res nullius* permanente ?

Dans une vision critique et basée dans le passé historique de la colonisation, il semble que l'idée du caractère public des savoirs traditionnels n'a pas trop changé à travers le temps. Il se pourrait que les savoirs traditionnels soient encore traités comme *res nullius* (propriété de personne), de la même façon qu'ils ont été perçus quand ils ont été « découverts » par les « explorateurs », scientifiques, gouvernements, corporations et organisations de conservation¹⁵². Si cette affirmation n'est pas totalement vraie, parce que la CDB et d'autres

¹⁵² DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and Biodiversity*, 2000, IUCN and Earthscan publications, page 63.

règlements (au sein de l'OIT, l'OUA, l'UNESCO etc.) leur attribuent un statut de patrimoine appartenant aux communautés autochtones et locales, ces traces du passé colonial existent encore.

Toujours dans l'optique de la colonisation, les moyens d'obtentions de ressources et de savoirs traditionnels des pays en voie de développement (très souvent des colonies d'autrefois), par les pays colonisateurs, qui sont actuellement dans la plupart des pays développés, se sont diversifiés et ont évolué avec le temps, passant du pillage direct, imposé par la force, à une véritable restriction du droit d'usage existant d'aujourd'hui. Cette pensée est corroborée et brillamment présentée par Marie-Angèle HERMITTE, qui va encore plus loin dans le raisonnement, par l'affirmation que : « *Quelle que soient les transformations qui se sont produites au fil du temps, se perpétue la tension entre l'idée d'une nécessité collective des échanges et la volonté de quelques-uns de se réserver l'accès à certaines ressources et de monopoliser certains commerces. Échanges et monopoles ont constitué la base immuable de l'économie et du droit des ressources biologiques* »¹⁵³.

Le même auteur démontre que le XX^{ème} siècle est une continuation de la politique du monopole qui règne depuis toujours, malgré sa « modernisation », parce que « *les monopoles ne sont plus des monopoles de fait, fondés sur un mélange de force et de ruse, mais des monopoles de droit, organisés par l'architecture représentative de la modernité juridique, qui articule conventions internationales, droits souverains, contrats et droits de propriété intellectuelle. L'exclusivisme souvent critiqué aujourd'hui est une tendance de fond qui traverse 2500 ans d'histoire, malgré les transformations de l'organisation politique, l'évolution des connaissances scientifiques et des technologies utilisées* »¹⁵⁴.

Ce passé d'une équité douteuse, engendre des inquiétudes sur leurs effets sur les savoirs traditionnels et leurs détenteurs originaux. Mais est-ce que ces inquiétudes ont une justification juridique ? La réponse n'est pas unanime, pouvant être très favorable, rechassant les doutes, comme très réticentes, en souhaitant un nouveau système capable de réaliser la fonction sociale des savoirs traditionnels.

2. Le monopole des DPI, une forme de protection ou de limitation des droits d'usage des détenteurs originaux ?

Dans le contexte de monopole souligné plus haut, pas forcément favorable à la circulation des savoirs traditionnels et aux fruits de leurs applications (ex. : semences, médicaments, recettes), la pratique commune d'échange de semences entre les communautés locales et autochtones, qui se passe partout sur la planète, se trouve déjà consacrée dans plusieurs législations en la matière (Inde, OUA, Pérou), lesquelles ont adopté le régime *sui generis* de propriété intellectuelle : l'UPOV.

Même si les DPI peuvent avoir une application limitée dans certains cas par les droits des peuples autochtones et communautés locales ainsi que par les droits des agriculteurs, lesquels auraient la possibilité d'envisager un libre accès et une circulation de leurs savoirs et de leurs produits (semences de ferme), ces restrictions aux DPI ne sont pas toujours respectées, ni acceptées par certains pays. Les pays sièges de plusieurs industries semencières

¹⁵³ HERMITTE Marie-Angèle, «La construction du droit des ressources génétiques – exclusivismes et échanges au fil du temps » in HERMITTE Marie-Angèle et KAHN Philippe (sous la direction de), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Travaux du Centre René-Jean DUPUIT pour le droit et le développement et du Centre de Recherche sur le Droit des Sciences et Techniques, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1.

¹⁵⁴ HERMITTE Marie-Angèle, *op.cit.*, p. 1 et 2.

ont le droit d'appliquer les DPI de façon illimitée, ce qui finit par restreindre l'usage des savoirs traditionnels par leurs propres détenteurs originaux.

A cet égard, il faut attirer l'attention sur le fait que si cette condition de libre circulation de semences entre les agriculteurs locaux était un principe intégrant la Convention UPOV depuis son départ et imposable à toutes les Parties de l'Union, après sa révision de 1991¹⁵⁵, elle a, malheureusement, été réduite à une règle purement facultative. Le même constat est à déplorer dans le cadre du TIRPAA de la FAO qui a rendu l'obligation internationale de réaliser ces droits une simple « incitation » facultative aux Parties (voir chapitre 3).

Les conséquences du caractère facultatif de ces conditions sont l'inefficacité des droits des agriculteurs et la limitation de l'usage des savoirs et semences traditionnels par les communautés locales et autochtones.

Les défenseurs les plus conservateurs des DPI disent que le brevet sur un produit ou un procédé dérivé d'un savoir traditionnel ne pose pas de problème aux communautés autochtones et locales. En effet, selon ce courant, le brevet protège le produit de l'utilisation par autrui mais n'empêche pas l'utilisation de ces savoirs par leurs détenteurs originaires.

Ils argumentent encore dans le même sens que l'accomplissement des critères de nouveauté et, notamment d'invention, exigés dans la conférence du brevet, naturellement, éviterait la copie des savoirs traditionnels.

Les arguments peuvent être pris en considération, mais avec réserve, parce que si d'un côté les DPI ne règlent pas le problème du monopole, d'un autre le critère d'invention est extrêmement relatif¹⁵⁶. Il faut souligner que la brevetabilité du vivant est basée sur des critères classiques de « nouveauté (non appartenance à un art précédent), de créativité (originalité pour une personne du métier) et d'application industrielle (utilité) »¹⁵⁷, mais pourtant, « les '**inventions** biologiques' n'ont pas toujours un aspect créatif car elles ne concernent que des formes de recombinaison d'un matériel génétique existant »¹⁵⁸.

A part la question de la relativisation des critères de concession des brevets, il y a des obstacles d'ordre matériel par rapport à la conférence des brevets, puisque parfois l'examineur de la demande de brevet n'est pas conscient de l'utilisation du savoir traditionnel et concède le DPI même quand le STA appartenait au domaine public (ex. : Turmeric, Neem, Ayahuasca, Hoodia cactus¹⁵⁹, Ris Basmati, entre autres). Dans ces hypothèses, les DPI sont extrêmement nocifs aux STA parce que d'une part ils limitent l'utilisation par les communautés autochtones et locales de leurs savoirs et, d'une autre, ils ne gèrent pas le partage de bénéfices et représentent plutôt un simple pillage.

¹⁵⁵ Depuis la révision de 1991. Pour plus d'information sur la Convention UPOV, voir le Chapitre 2, Section 1, §2°.

¹⁵⁶ Un exemple de la relativisation de ce critère est la possibilité de protéger les organismes vivants par le biais du brevet, ce qui n'est pas une découverte mais une « nouveauté ».

¹⁵⁷ R. Silva Repetto et M. Cavalcanti, *Les Négociations Commerciales Multilatérales sur l'Agriculture - Manuel de Référence - IV - L'Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui Touchent au Commerce*, ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE, Rome, 2001, Module 7. Document, disponible sur le site www.fao.org.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Voir le tableau sur ces trois cas dans l'annexe I.

La question est également d'ordre moral, au sens que les communautés se sentent outrées de voir leurs savoirs traditionnels vendus ordinairement par des tiers, notamment quand ils détiennent de fortes valeurs religieuses ou/et spirituelles dans leurs cultures.

Même s'ils ne sont pas entièrement copiés, ils n'en demeurent pas moins partie intégrante de l'art et de la technique du peuple ou des peuples qui les ont créés.

Ainsi, les arguments sur le caractère protectif des DPI peuvent être favorables, mais dans la plupart des cas, au moins en ce qui concerne les brevets (le plus fréquemment utilisé et défendu), ils ne sont pas durables mais restrictifs par le monopole qu'ils représentent, et contraires aux valeurs morales et religieuses des détenteurs originaux.

B. Les DPI face à la nature collective et la fonction sociale des savoirs traditionnels

Nous avons vu que historiquement les DPI constituent des formes de monopole. Il s'agit d'un droit de caractère très restrictif, pouvant avoir des effets nocifs pour l'usage des savoirs traditionnels par les communautés locales et autochtones créatrices. Mais, si les effets des DPI sur les STA sont « gênants », ils existent d'autres aspects limitatifs de ce droit qui relève de la propre nature collective des savoirs traditionnels et de sa fonction sociale.

1. la nature collective des savoirs traditionnels versus le caractère individualiste des DPI

Le sujet des DPI est normalement limité à un détenteur bien défini. Ainsi, Il faut se demander si les savoirs traditionnels relèvent de la même catégorie générale que d'autres créations intellectuelles (les inventions et les travaux littéraires et artistiques) protégées par des droits de propriété intellectuelle spécifiques (marques, droits d'auteur, brevets, indications géographiques, etc.).

La réponse n'est pas facile à dégager. D'un côté, les savoirs traditionnels font partie du patrimoine immatériel, de même que les créations intellectuelles protégées couramment par les DPI. D'un autre côté, ils sont essentiellement *collectifs* et des fois même *diffus*¹⁶⁰, notamment quand ils appartiennent au domaine public et ne relèvent pas du système individualiste existant.

Les DPI sont normalement individualisés, allant contre la nature collective et parfois diffuse des savoirs traditionnels.

Les difficultés par rapport à ce caractère collectif peuvent encore s'accroître dans certaines hypothèses : « si un gène particulier, déterminant pour le succès d'une nouvelle variété, est originaire de différentes zones, il devient impossible d'établir une priorité pour sa reconnaissance et la rémunération due. Ce fait pourrait encourager la concurrence entre

¹⁶⁰ La notion de droit diffus, utilisée couramment en droit brésilien, se reporte à des droits qui sont détenus par des sujets de droit indéfinis, ce qui les diffère des droits collectifs, où les sujets sont identifiables (ex. : une classe de travailleurs, un groupe de personnes...) composés par des personnes unies par une base juridique commune ou un statut juridique commun. Le droit à un environnement sain reconnu dans l'article 225 de la Constitution Fédérale brésilienne exprime cette notion. Ce droit appartient à tous les individus sans distinction, et représente un bel exemple de droit diffus.

collectivités d'une même région et favoriser l'éclatement de conflits ethniques de nature économique »¹⁶¹.

Deuxièmement, ils sont donnés au bénéfice d'une personne physique ou morale, qui sera capable de restreindre leur application selon les règles des DPI, pouvant même empêcher leur usage par les propres détenteurs originaux, ainsi que leur libre circulation, ce qui peut être fatal à l'existence même des STA et par conséquent des communautés qui les détiennent.

2. la libre circulation des savoirs traditionnels : une caractéristique déterminante pour l'accomplissement de sa fonction sociale

Si l'effet peut être négatif pour les communautés locales et autochtones, il peut être encore plus grave pour l'évolution et la propre survie des savoirs traditionnels, qui ont une véritable fonction sociale à accomplir.

Cette caractéristique va contre la nature des savoirs traditionnels, lesquels ont besoin de circuler, parfois même d'être dans le domaine public, pour survivre et pour aboutir à leur fonction sociale. La fonction sociale des ST est de continuer à faire avancer la science grâce à l'aide qu'ils lui apportent, ainsi que de permettre aux communautés locales d'utiliser sans limitations aucunes ces savoirs dans leur vie courante pour se soigner, se nourrir (semences traditionnelles...) etc. Ces communautés sont souvent constituées de démunis, ce qui rend nécessaire l'usage de ces savoirs, qui en plus d'être gratuits utilisent des matières premières naturelles en libre-accès.

En termes d'utilité pratique ou de contribution pour l'héritage culturel de la société¹⁶², les DPI ont démontré leur incapacité à s'accomplir avec la fonction sociale des savoirs traditionnels, étant au moins inappropriés pour être employés comme un régime exclusif de protection.

¹⁶¹ R. Silva Repetto et M. Cavalcanti, *op.cit.*, Module I. Document, disponible sur le site www.fao.org

¹⁶² DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and Biodiversity*, 2000, IUCN and Earthscan publications, page 70.

SECTION 2- L'applicabilité des droits de propriété intellectuelle à la protection des savoirs traditionnels associés.

En dépit des incompatibilités abordées ci-dessus, à savoir : a) un droit restrictif allant contre la fonction social des ST et b) un droit de caractère essentiellement individualiste, contraire à la nature collective des Savoirs Traditionnels, les forums internationaux persistent dans la proposition des DPI pour la protection de ces savoirs.

Dans cette section, nous allons dans un premier moment faire un état des lieux par rapport aux discussions existantes à l'OMC et à l'OMPI, ainsi qu'aborder la possibilité d'usage de l'appellation d'origine contrôlée (AOC) comme forme de protection des produits dérivés de l'usage des savoirs traditionnels. Dans un second moment, le regard se tournera finalement vers les difficultés de nature théorique et pratique qui peuvent découler d'une telle protection.

§1°. Les STA aux forums internationaux : les DPI, un fort candidat pour la protection des savoirs traditionnels ?

Dans le cadre juridique international, les discussions ont évolué dans le cadre de l'OMPI, mais sont encore très superficielle au niveau de l'OMC. Vu les effets possibles des DPI sur les savoirs traditionnels, ainsi que l'importance de ces deux organisations, ces questions et évolutions méritent d'être analysées avec plus d'attention.

Malgré les incompatibilités trouvées dans l'utilisation des outils de la propriété intellectuelle, la possibilité d'utilisation d'un de ces instruments juridiques n'est pas absolument écartée. Si d'un côté les brevets sont fondamentalement incompatibles avec les STA, l'indication géographique (en particulier l'outil de l'Appellation d'Origine Contrôlée), peut être une sortie viable et même durable à la protection des produits issus des communautés locales et autochtones, fruits de l'utilisation des savoirs traditionnels.

A. La défense de la Propriété intellectuelle à l'OMC et à l'OMPI : Deux organisations, une solution pour la protection des STA.

L'adoption du système de propriété intellectuelle comme forme de protection juridique des savoirs traditionnels est donc un des systèmes envisagés et même bien placés, malgré leur visage parfois caché, comme nous le verrons ensuite (2).

Malgré l'existence de plusieurs organisations à traiter de la matière, l'OMC (Conseil de l'AADPIC) et l'OMPI sont les deux forums où se trouvent ses plus forts défenseurs, qui se justifie par la nature des intérêts majeurs de ces deux organisations, qui par leur similitude, auront un traitement conjoint qui aboutira à l'analyse des positions soutenues par le Comité de l'OMPI.

1. Les DPI et les ST à l'OMC et à l'OMPI : état des lieux

A l'OMC, la protection des ST est traitée tangentiellement, vu que les droits sur les savoirs traditionnels ne sont pas garantis dans les règlements issus de cette organisation.

De toute façon, même en ne faisant pas partie des droits assurés, notamment dans le cadre de l'AADPIC, l'adaptation des législations sur les DPI aux pratiques des communautés locales et autochtones est un des sujets de débat.

En effet, la définition des DPI dans le cadre de l'ADPIC est un concept essentiellement occidental de l'innovation, difficilement adapté aux systèmes de savoirs et innovations traditionnelles de ces populations.

La législation sur les DPI est conçue pour protéger l'information obtenue grâce à un acte de découverte individuel spécifique et les savoirs dits traditionnels sont partagés collectivement et s'appuient sur des connaissances acquises au cours du temps et transmises oralement de générations en générations¹⁶³.

Le fruit de l'OMC le plus récent à ce sujet a été le rapport-bilan de mars 2006, cité et analysé antérieurement dans le Chapitre 2. Dans cette enceinte, il y a à peu près deux camps : des pays qui veulent une législation internationale et un régime *sui generis* de protection, et d'autres pays qui préfèrent ne pas discuter cette affaire à l'OMC et le laisser à l'OMPI, pour qu'au cas où une protection serait établie, elle se fasse par le biais du système de Propriété intellectuelle existant.

L'OMPI, à son tour, aborde le sujet attentivement, essayant même d'établir une liaison directe avec les communautés autochtones, par l'organisation de réunions avec les chamans dans leurs pays d'origine et au siège de l'OMPI à Genève.

Au départ, cette organisation avait été le plus grand défenseur de l'utilisation des DPI comme forme de protection des savoirs traditionnels. Dans son Comité Intergouvernemental sur les savoirs traditionnels, les innovations et le folklore, la discussion est pourtant acérée et les propositions assez diversifiées. Les pays membres de l'OMPI ne sont pas toujours d'accord entre eux.

Malgré l'effort de certains de ses membres (Etats Unis, Canada, Japon...) pour convaincre la communauté internationale de la pertinence de ce système, plusieurs pays en développement lui sont réticents et luttent contre son adoption. C'est pourquoi ces derniers, guidés par l'OUA et le Venezuela, suivis du Brésil, de l'Egypte et de l'Equateur, ont fait naître et évoluer l'idée d'un régime *sui generis* de protection au sein de l'OMPI.

Les DPI au départ ouvertement défendus sont devenus, avec ce fort rejet de la part de quelques pays du Sud, un sujet tangentiel.

Le Comité de l'OMPI susmentionné s'est penché sur la constitution de ce régime *sui generis*, en analysant les éléments, politiques et principes. Ce processus a débuté par l'étude de la nature de la protection souhaitée (effet positifs et défensifs), les raisons d'être d'une protection des savoirs traditionnels, la nature des savoirs traditionnels, les bénéficiaires et toutes les autres questions relatives à leur protection. Actuellement, ce forum peut être considéré comme étant l'un des plus évolués dans ce domaine, vu qu'un long, constant et exhaustif travail a été mené périodiquement. Ainsi, pour savoir sur quelle direction l'OMPI tend de marcher, il faut poser un regard attentif sur les conclusions auxquelles le Comité est parvenu, s'il y est parvenu...

¹⁶³ Document sur les Droits des communautés sur le site : www.solagral.org

2. Le Comité intergouvernemental sur les savoirs traditionnels, les innovations et le folklore au sein de l'OMPI

En 2000, au sein de l'OMPI, en raison des cas controversés de concession de brevets et de la pression des pays en développement, des détenteurs et des ONG vers la protection des savoirs traditionnels dans les forum internationaux, un Comité intergouvernemental a été créé pour discuter, entre autres sujets, des formes de protection juridique des savoirs traditionnels, les innovations et la créativité des ST.

Selon sa propre dénomination, le Comité a la charge d'examiner les questions relatives à : 1) l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages; 2) la protection des savoirs traditionnels, innovations et créativité et 3) la protection du folklore.

En ce qui concerne les savoirs traditionnels, il a partagé ses travaux en deux grands axes : d'un côté les savoirs traditionnels et de l'autre les expressions culturelles et le folklore. Même si les études, documents et discussions sur ces thèmes s'effectuent séparément, ils essaient de donner à la protection une vision holistique de ce patrimoine culturel, en « croisant » les résultats des travaux. Les deux approches se complètent plus qu'elles se choquent.

Depuis sa constitution, ce Comité a analysé plusieurs aspects de la protection des savoirs traditionnels. Les questions les plus récurrentes qui y sont apparues à l'égard de la *substance* et *contenu* de ces droits, ont été :

- a) « la nature des savoirs traditionnels et leurs éventuelle description ou définition ;
- b) les critères de protection ;
- c) l'identité des propriétaires, des détenteurs ou des gardiens de savoirs traditionnels ou d'autres bénéficiaires de la protection ;
- d) la nature de la protection, y compris l'éventuelle nécessité d'imposer des formalités et le rôle éventuelle de l'enregistrement et d'autres formes d'avis officiels ;
- e) la portée des droits et des exceptions ;
- f) la durée de la protection ;
- g) le rôle des organismes publics ou d'autres autorités ;
- h) le lien avec la protection conventionnelle de la propriété intellectuelle et les mesures juridiques internationales et nationales concernant la reconnaissance des droits des agriculteurs et de la conservation in situ de la biodiversité, y compris la préservation la promotion et la protection des savoirs traditionnels liés à la biodiversité et les cadres juridiques réglementant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent ;
- i) les mesures transitoires, la rétroactivité de la protection et le rôle et le statut du domaine public ;
- j) la protection internationale et régionale ;
- k) la reconnaissance des titulaires de droits étrangers et des autres bénéficiaires étrangers de la protection »¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI, *La protection des savoirs traditionnels : objectifs et principes révisés*, page 6. Document : WIPO/GRTKF/IC/9/5, disponible sur le site : <http://www.wipo.org>

Tous ces points ont été analysés pendant les réunions du Comité, où des documents ont été produits par le Comité lui-même et, par fois, proposés par les Parties.

En raison de la difficulté de trouver des solutions unanimes et de la propre complexité du thème, le Comité n'est pas encore arrivé au bout de ses travaux. Son mandat qui allait jusqu'en 2005, a été étendu pour deux ans de plus (2006-2007).

Jusqu'à présent, dix rencontres se sont succédées, la dernière a eu lieu en décembre 2006 à Genève. Malgré la disparité des positions des Parties membres, et par conséquent, du manque de résultat définitif, beaucoup a été fait au sein du comité, où les discussions ont été fructueuses et progressives.

Comme nous avons souligné antérieurement, depuis le départ, il y avait ceux qui 1) défendaient les DPI, 2) d'autres qui proposaient un système *sui generis* de DPI et, finalement, 3) ceux qui souhaitaient l'établissement d'un régime juridique complètement nouveau. Des réunions susmentionnées ont résulté des documents assez complets sur la protection juridique des savoirs traditionnels.

Parmi les trois solutions existantes, les propositions principales du Comité consistaient en l'adéquation des instruments de DPI existants et dans la création un régime *sui generis* « nouveau ».

Mais comme la notion de protection *sui generis* des savoirs traditionnels ne demande pas nécessairement un régime juridique entièrement nouveau ou autonome, les discussions ont évolué dans le sens d'un régime *sui generis*.

Toutefois, en dépit de toute bonne volonté du Comité face à la création d'un nouveau régime, ce Comité demeure *filis* de l'OMPI, organisation qui a comme objet et *langue* de travail les Droits de Propriété Intellectuelle. Or, même si le Comité vise la protection des ST par un régime autre que celui des DPI, ce nouveau régime ne lui sera pas complètement dissocié.

De plus, le fait qu'il accepte (alors que les Parties à priori y étaient opposées) la création d'un nouveau régime *sui generis*, représente, d'un côté, une forme de dissolution des controverses existantes à cet égard, qui ont perdu leur objet par l'acceptation d'une nouvelle voie, et, d'un autre côté, la porte ouverte à l'introduction des DPI comme un des outils de mise en œuvre de la protection des savoirs traditionnels dans le régime *sui generis*, sans que cela soit aperçu comme une affrontement avec le régime qui demeure *sui generis*.

Pour mettre les choses au clair, les défenseurs des DPI ont renoncé à les examiner en tant que régime principal, pour les utiliser comme outils dans le régime *sui generis* que les pays du Sud souhaitaient tant.

Dans le cadre du régime *sui generis* à créer pour la protection des savoirs traditionnels, les prochaines mesures et objectifs du Comité -qui n'excluent pas les résultats antérieurs- doivent avoir comme objet d'étude :

- 1) *le contenu ou la substance de tout instrument de protection* : consistant dans toutes les questions présentées dans la liste précédente.
- 2) *la forme ou la nature juridique de l'instrument* : un ou plusieurs instruments contraignants (traités, conventions, accords, etc), déclaration, engagement, lignes directrices, interprétation des instruments juridiques existants etc.

- 3) *les procédures consultatives et autres procédure de travail nécessaire pour parvenir à un résultat consensuel* : consultation d'experts, commentaires des Pays membres, consultations nationales auprès des communautés locales et peuples autochtones, réunions de spécialistes avec des communautés traditionnelles etc.

Dorénavant, l'objectif majeur du Comité est de produire un instrument de protection qui soit le résultat du consensus des Parties. Pour cela il doit trouver les voies consensuelles, c'est-à-dire les choix des Parties sur chacune des questions soulignées en haut. Les discussions ou négociations se tiendront sur la base des possibilités et des propositions déjà présentées et analysées par le Comité, lesquelles sont compactées dans les instruments de la sixième et huitième réunion (WIPO/GRTKF/IC/6/6 et WIPO/GRTKF/IC/8/6)¹⁶⁵.

Un Projet sur les objectifs de la politique générale et les principes fondamentaux de la protection des savoirs traditionnels a été élaboré par le Comité lors de sa huitième réunion. A ce moment les Parties ont donné leur avis sur chaque point du projet. Il est constitué de trois éléments :

1. *des objectifs de politique générale* envisageables dans la protection,
2. *des principes directeurs généraux de la protection* : les principes qui iront guider les règles ou les principes de fond (droits) à établir ;
3. *des principes de fond ou des règles applicables*.

A présent, après l'incorporation des avis des Parties, le projet est assez complet, chacun de ces éléments ont plusieurs possibilités envisageables. Alors, pour en donner un aperçu global tout en évitant d'éparpiller les éléments, un résumé du projet sera reproduit ensuite (TABLEAU 07) :

<p align="center"><u>TABLEAU 07</u></p> <p align="center"><u>RESUME DU PROJET D'OBJECTIFS DE LA POLITIQUE GENERALE</u></p> <p align="center"><u>ET DES PRINCIPES FONDAMENTAUX</u></p> <p align="center"><u>DE LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS</u></p>	
<p>1. OBJECTIFS DE POLITIQUE GENERALE</p> <p>i) <i>Reconnaissance de la valeur des savoirs traditionnels ;</i></p> <p>ii) <i>Assurer le respect des systèmes et des détenteurs de savoirs traditionnels ;</i></p> <p>iii) <i>Répondre aux besoins réels des détenteurs de savoirs traditionnels ;</i></p> <p>iv) <i>Promouvoir la conservation et la préservation des savoirs traditionnels ;</i></p> <p>v) <i>Donner des moyens d'action aux détenteurs de savoirs traditionnels et prendre en considération le caractère distinctif des systèmes de savoirs traditionnels ;</i></p> <p>vi) <i>Soutenir les systèmes de savoirs traditionnels ;</i></p> <p>vii) <i>Contribuer à la sauvegarde des savoirs traditionnels ;</i></p> <p>viii) <i>Réprimer les utilisations déloyales et inéquitables ;</i></p> <p>ix) <i>Cadrer avec les accords et processus internationaux pertinents ;</i></p> <p>x) <i>Encourager l'innovation et la créativité ;</i></p>	

¹⁶⁵ Un historique détaillé sur les décisions prises à chaque réunion, ainsi que le résumé des travaux du comité se trouvent dans le document WIPO/GRTKF/IC/9/6, disponible sur le site www.wipo.org.

- xi) *Veiller à l'application du principe du consentement préalable en connaissance de cause et à des échanges fondés sur des conditions convenues d'un commun accord ;*
- xii) *Promouvoir un partage équitable des avantages ;*
- xiii) *Promouvoir le développement communautaire et les activités commerciales légitimes ;*
- xiv) *Empêcher l'octroi de droits de propriété intellectuelle indus à des tiers non autorisés ;*
- xv) *Renforcer la transparence et la confiance mutuelle ;*
- xvi) *Apporter un complément à la protection des expressions culturelles traditionnelles.*

2. PRINCIPES DIRECTEURS GENERAUX

- a) *« Principe de prise en considération des besoins et des aspirations des détenteurs des savoirs traditionnels*
- b) *Principe de reconnaissance des droits*
- c) *Principe d'efficacité et d'accessibilité de la protection*
- d) *Principe de souplesse et d'exhaustivité*
- e) *Principe d'équité et de partage des avantages*
- f) *Principe de compatibilité avec les systèmes juridiques en vigueur régissant l'accès aux ressources génétiques*
- g) *Principe de respect des autres instruments et processus internationaux et régionaux et de coopération avec lesdits processus*
- h) *Principe de l'usage et de la transmission coutumiers des savoirs traditionnels*
- i) *Principe de reconnaissance des caractéristiques spécifiques de savoirs traditionnels*
- j) *Principe de fourniture d'une assistance en vue de répondre aux besoins des détenteurs des savoirs traditionnels »¹⁶⁶*

3. PRINCIPES DE FOND

- 1. *Protection contre l'appropriation illicite ;*
- 2. *Forme juridique de protection ;*
- 3. *Porté générale de l'objet ;*
- 4. *Droit à la protection ;*
- 5. *Bénéficiaires de la protection ;*
- 6. *Partage des avantages juste et équitable et reconnaissance des détenteurs de savoirs ;*
- 7. *Principe du consentement préalable donné en connaissance de cause ;*
- 8. *Exceptions et limitations ;*
- 9. *Durée de la protection ;*
- 10. *Mesures transitoires ;*
- 11. *Formalités ;*
- 12. *Compatibilité avec le cadre juridique générale ;*
- 13. *Administration et application de la protection ;*
- 14. *Protection internationale et régionale*

Ce projet bien structuré a été constitué sur la base des lois nationales, régionales et internationales existantes. Il ratisse assez large (principe de souplesse et d'exhaustivité), parce que, d'une part les positions ont été très diversifiées et d'une autre, les règles

¹⁶⁶ Principes établis dans l'annexe du document WIPO/GRTKF/IC/9/6, page 8. Chacun des principes a été commenté dans le document, lequel est disponible sur le site www.wipo.org.

viendraient à être établies seront mises en œuvre au niveau national, les Pays gardant le choix des politiques à suivre ainsi que des principes plus adaptés à leurs cas de figure, dans la même optique que la CDB.

Le système OMPI en gestation comporte déjà quelques inconvénients : tout d'abord, le fait de ne pas prétendre établir un système global de protection, mais une fois de plus, seulement suggérer des règles qui « pourront » être établies au niveau national, représente une mesure internationale de plus, parmi les autres (CDB, FAO etc.), destinée à l'inefficacité et à la désharmonie du cadre juridique international de protection des savoirs traditionnels. Les options sont tellement diversifiées que deux pays employant les règles de ce Projet, peuvent finir par avoir des lois complètement différentes. C'est pour cette raison que le principe de la souplesse et de l'exhaustivité a été considéré comme indispensable.

Malgré l'effet collatéral de la souplesse (des législations sans parallèle), ce principe est très important, compte tenu la grande diversité d'objets (savoirs traditionnels) et de sujets (communautés traditionnelles avec des coutumes différentes) qui devront être pris en considération¹⁶⁷.

Deuxième inconvénient : ce système n'est absolument pas un système dissocié de celui de la Propriété intellectuelle, puisque les droits qui serviront à les mettre en œuvre seront, dans certains cas, les DPI.

Si d'une part l'utilisation des DPI peut être admise de façon limitée, avec un effet positif, d'une autre, son utilisation intensive peut porter des préjudices à la fonction sociale des Savoirs traditionnels.

Le fait que les DPI aient une place, quand même importante, dans le régime *sui generis* préparé par l'OMPI a été confirmé par la propre vision du groupe de travail sur l'art. 8 (j) de la CDB, lequel affirme la nécessité de prendre en compte le travail du Comité Intergouvernemental de l'OMPI qui traite des « **aspects de la propriété intellectuelle** des systèmes *sui generis* pour la protection des savoirs traditionnels contre leur appropriation illicite et leur utilisation abusive »¹⁶⁸.

L'analyse de l'aperçu des options de politiques générales et des mécanismes juridiques (Document sous la cote WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5), montre que les DPI se trouvent être une des options des formes juridiques de protection. Les options sont établies dans l'art. 2 du projet d'objectifs de la politique générale et des principes fondamentaux sur la protection des savoirs traditionnels.

Voici la règle en question:

¹⁶⁷ Pour que « la souveraineté nationale, les particularités sectorielles, la diversité des lois coutumières et les consultations communautaires avec les détenteurs de savoirs traditionnels soient dûment respectées, cette diversité de formes de protection juridique doit être reconnue et prise en compte par n'importe quelle approche internationale. En conséquence le comité a examiné le 'principe de la diversité réglementaire ...'. Document WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5, Annexe, p. 5 et 6.

¹⁶⁸ Citation du Paragraphe 6 du document UNEP/CDB/WG8J/4/L.11, disponible sur le site : www.biodiv.org présente dans le document WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5, lequel est disponible sur le site www.wipo.org.

Article 2¹⁶⁹

Forme de la protection juridique

La protection des savoirs traditionnels contre l'appropriation illicite peut être mise en œuvre par l'application d'une série de mesures juridiques, notamment : une loi spécifique sur les savoirs traditionnels, les lois en matière de propriété intellectuelle, y compris les lois sur la concurrence déloyale et l'enrichissement sans cause ; le droit des contrats ; la loi sur la responsabilité civile, y compris la responsabilité délictuelle et la prise en charge de l'indemnisation ; le droit pénal ; les lois relatives aux intérêts des peuples autochtones ; les lois relatives à la préservation de ressources halieutiques et l'environnement; les régimes concernant l'accès et le partage des avantages, ou toute autre loi ou combinaison de certaines de ces lois.(...)

*2. La protection ne doit pas nécessairement revêtir la forme de droits de propriété exclusifs bien que tels droits puissent, le cas échéant, être accordés aux détenteurs individuels et collectives de savoirs traditionnels – **notamment dans le cadre de systèmes de droits de propriété intellectuelle existants ou adaptés à cet effet** – en fonction des besoins et des choix des détenteurs des savoirs en question et conformément aux lois et politiques internationales ainsi qu'aux obligation internationales.*

Les commentaires de cette règle indiquent que les lois et mesures nationales sur les savoirs traditionnels utilisent les instruments de Propriété intellectuelle suivants :

1. Mesures dans le domaine des secrets commerciaux ;
2. Des dessins et modèles industriels ;
3. Des marques, y compris les marques de certification et les marques collectives ;
4. Les indications géographiques ;
5. Les brevets ;
6. Le droit de l'auteur ;
7. La protection des obtentions végétales ;
8. La loi sur la concurrence déloyale ;

Dans la forme de protection, le régime de protection des savoirs traditionnels pourrait être constitué d'éléments tirés de la protection existante en matière de propriété intellectuelle, adaptés ou rendus applicables vis-à-vis notamment de leur caractère collectif, spirituel et moral. Ce système avec ou sans changement, continue à être un fort candidat à la mise en œuvre de la protection des savoirs traditionnels.

Actuellement en 2007, après la dixième réunion qui a eu lieu en décembre 2006 à Genève, les positions des membres du comité ne sont toujours pas unanimes. Mais la protection des savoirs traditionnels a pris forme.

Une autre évolution du Comité a été la proposition d'adaptation du système de brevet aux savoirs traditionnels. En lignes générales, ce projet prévoit un changement dans le système de brevet qui passerait à prendre en compte les savoirs traditionnels au moment du dépôt de la demande de brevet. Le dépositaire pourrait être conditionné à l'information de la provenance de la ressource (quand il s'agirait de ressource biologique) et de l'usage de savoirs traditionnels. Tout cela pour éviter l'octroi de Droits de Propriété Intellectuelle induit basés sur des savoirs traditionnels.

¹⁶⁹ Règle établie dans les dispositions révisées relatives à la protection des savoirs traditionnels, objectifs de la politique générale et principes fondamentaux, annexe du document WIPO/GRTKF/IC/9/6, page 18.

Ce changement dans le système de brevet représente un excellent renfort au certificat d'origine, de source, ou de provenance soutenu au sein de la CDB, ce qui est plutôt une bonne nouvelle.

Les intentions du Projet traité en haut sont sans doute très louables, mais c'est dans l'application des principes prévus et dans les politiques choisies que la protection va se définir ou rester ouverte au détournement d'intérêts.

Compte tenue de la nature collective des savoirs traditionnels, seulement très peu d'instruments de propriété intellectuelle pourraient s'adapter à la protection. Parmi ces outils, l'indication géographique, d'ailleurs citée à l'article 2 peut être envisagée comme une porte ouverte sur les DPI. Comme ces droits, malgré leur jeunesse, sont très ancrés dans le cadre juridique national et international, la possibilité d'usage de ce système sans corrompre ou porter préjudice aux détenteurs originels pourrait être un atout dans la protection des savoirs traditionnels.

B. Les AOC, une voie viable ?

Même s'il y a des contradictions entre la nature de l'objet de protection des DPI et la nature des ST, et si les effets des DPI ne sont pas forcément les plus favorables, ce système n'est pas complètement écarté dans la protection de ces savoirs.

Il y a des cas où les ST ont été protégés par des instruments de la propriété intellectuelle et il y a des instruments qui peuvent être utilisés pour aboutir à l'objectif de protection recherché.

1. Fille des indications géographiques, l'AOC instrument de conciliation envisageable

Un instrument suggéré par plusieurs auteurs¹⁷⁰, et pouvant être utilisé dans la protection, est l'indication géographique.

Cet outil de la propriété intellectuelle peut se matérialiser en deux formes : l'appellation d'origine (appliquée en France) et l'indication de provenance (plus diffusée en Allemagne). Ces deux concepts sont des signes géographiques, nés des besoins de la pratique et envisagés dans le domaine agricole et agro-alimentaire, en principe¹⁷¹.

En effet, les Indications Géographiques (IG) représentent une voie alternative pour la survie des productions traditionnelles locales, face au marché de grande échelle imposée par l'économie mondialisée.

L'Appellation d'Origine Contrôlée (AOC) est la dénomination géographique d'un pays, d'une région ou d'un lieu déterminé servant à désigner le produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus exclusivement ou essentiellement au milieu géographique comprenant les facteurs humains. Le pays d'origine est celui dont le nom, ou

¹⁷⁰ « Bérard et Marchenay 1996 ; CDB Secrétariat 1996a ; Downes 1997b ; Dutfield 1997 » in DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and Biodiversity*, 2000 ,IUCN and Earthscan publications, page 85 .

¹⁷¹ DENIS, Dominique, *Appellation d'origine et indication de provenance*, Dalloz, Paris, 1995, page 1.

dans lequel est située la région ou la localité dont le nom constitue l'appellation d'origine qui a donné au produit sa notoriété¹⁷².

L'indication de provenance est le nom géographique du pays, de la ville, de la région ou de la localité de son territoire, devenu connu comme étant un centre d'extraction, de production ou de fabrication d'un produit déterminé ou de prestation d'un service déterminé¹⁷³.

L'Appellation d'Origine Contrôlée est originellement un système Français de réglementation¹⁷⁴ des indications géographiques. Et, jusqu'à présent, le système Français d'Appellation d'Origine (contrôlé par l'Institut Nationale d'Appellation d'Origine, l'INAO) est l'exemple le plus important de protection par l'indication d'origine.

A part la France et l'Allemagne, en Europe ce système a influencé plusieurs autres pays, comme le Portugal, l'Espagne et, surtout, l'Italie, où nous pouvons trouver du vin, de l'huile d'olive, du fromage, entre autres produits protégés par ce label.

Sa réglementation est assez riche. Dans les instruments internationaux de Propriété intellectuelle, elle se trouve dans la Convention de Paris de 1883, dans l'Arrangement de Madrid du 14 avril 1891 et dans l'AADPIC.

En 1992, l'Union Européenne a approuvé une résolution sur la protection des indications géographiques et appellations d'origine des produits agricoles et alimentaires autres que les vins et spiritueux¹⁷⁵, ce qui augmente la base légale de cet instrument déjà très répandu en Europe.

Mais pourquoi cet instrument de la Propriété intellectuelle serait viable à la protection des savoirs traditionnels ?

2. les avantages de l'AOC pour les produits des communautés locales et autochtones

Tout d'abord, les finalités de l'AOC sont compatibles avec la protection des produits dérivés de l'usage des savoirs traditionnels, servant par ce moyen à la protection du savoir traditionnel lui-même.

Ces instruments ont une triple finalité : a) la distinction du produit, son originalité, sa typicité et sa qualité, *ce qui assurera que le savoir et le produit ne soient pas pillés par d'autres producteurs, notamment ceux à grande échelle*; b) la protection du producteur dans la manutention de son mode de production et la garantie d'un produit distinct, *garantissant la sauvegarde des savoirs traditionnels* et c) la protection du consommateur, qui sera sur d'acheter un produit distinct avec la qualité et les caractéristiques recherchées, *ce qui aidera à la diffusion de l'existence de ce savoir, corroborant ainsi sa protection*.

¹⁷² Définition prévue dans l'article 2° de l'Arrangement de Lisbonne de 31 octobre 1958, relatif à la protection internationale des appellations d'origine. Cet instrument juridique se trouve disponible à la consultation dans le site: http://www.wipo.int/treaties/fr/registration/lisbon/trtdocs_wo012.html.

¹⁷³ Instituto Nacional de Propriedade Intelectual Brasileiro, site: <http://www.inpi.gov.br>.

¹⁷⁴ « L'AOC a été créée en 1935 à propos du vin et des eaux-de-vie. » in DENIS, Dominique, *op.cit.*, page 66.

¹⁷⁵ DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and Biodiversity*, 2000, IUCN and Earthscan publications, page 85.

Cet instrument peut être alors adopté par les communautés locales et autochtones pour protéger certains de leurs produits et leurs procédés de production. L'AOC a un caractère collectif : elle a vocation à appartenir à tous les producteurs de l'aire ou du domaine déterminé, en s'adaptant à la nature collective des savoirs traditionnels. D'autres avantages des indications géographiques sont inhérents à aux caractéristiques propres à cette institution, comme :

- son effet rétroactif¹⁷⁶
- son imprescriptibilité ;
- son caractère incessible et indisponible ;
- sa vocation essentiellement collective : l'AOC n'appartient à personne, car ce n'est pas un bien, mais une institution.

Les compatibilités sont nombreuses, mais en dépit de tous ces avantages, l'AOC reste un instrument de Propriété intellectuelle d'acquisition très restreinte. Son caractère limitatif peut être senti dans son application même en France, pays où son usage est très répandu. Dans la région du Limousin, en France, une des cultures les plus communes est la pomme. En tout, il y a plus de 70 espèces¹⁷⁷ différentes de ce fruit qui ont été cultivés au long des siècles. Parmi ces espèces, la pomme *golden* est à la mode en ce moment, représentant près de 80%¹⁷⁸ du verger Limousin. Cet effet est le résultat de l'AOC récemment conférée à cette espèce qui a reçu le droit d'utiliser l'appellation de *pommes du Limousin*. Comme le label porte notoriété, les agriculteurs vont probablement finir (comme ils ont déjà « commencé » à la faire) par opter pour la variété de pommes qui sont les plus connues, rapportant davantage de bénéfices, les autres types de pommes se voyant finalement menacées dans leur avenir.

Si d'un côté cet outil semble être approprié aux produits issus des savoirs traditionnels, il faut que son octroi soit plus souple pour que leurs détenteurs puissent y accéder sans trop de difficulté. Une autre question à affronter, qui sera objet d'étude dans le prochain paragraphe, est aussi le coût élevé de l'obtention de ces droits. A partir du moment où les communautés locales, peuples indigènes et agriculteurs locaux se voient contraints à payer un coût supérieur à leurs moyens, même si l'instrument est apte à protéger leurs savoirs, il sera hors de leur portée et incompatible avec leurs moyens financiers et conditions culturelles. Ces aspects sont une des facettes qui doivent être confrontées dans la mise en œuvre de ces droits, par ceux qui par intérêt ou nécessité en recourent au DPI.

§2°. La théorie et les difficultés de mise en œuvre.

Quels que soient les arguments que l'on puisse mettre en avant pour justifier le système, il n'en demeure pas moins que certaines difficultés financières ou culturelles semblent parfois insurmontables.

¹⁷⁶ DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and Biodiversity*, 2000, IUCN and Earthscan publications, page 87.

¹⁷⁷ La section régionale de l'Association Nationale des Croqueurs de Pommes, intitulée de « Les croqueurs des Pommes de l'Ouest du Limousin » possède un verger de sauvegarde des variétés limousines de pommes qui comporte actuellement 76 variétés. Ces informations sont disponibles sur le site : <http://croqpomlim.free.fr>.

¹⁷⁸ www.pomme-limousin.org

A. Arguments pour et contre la Propriété intellectuelle.

En réalité, Il y a plusieurs arguments pour et contre l'application des DPI traditionnels. Entre les arguments utilisés, on peut souligner les aspects suivants :

1. Le but de la propriété intellectuelle et les intérêts des communautés locales et autochtones.

La propriété intellectuelle a un but commercial et/ou économique qui peut se confronter à la nature des savoirs traditionnels et à l'intérêt des détenteurs ne cherchant pas une commercialisation. Ils sont une conséquence des pratiques locales, traditionnelles, qui évoluent en raison des nécessités diverses (culturelles, agricoles, environnementales). Ils ne sont pas des biens marchands par essence. La propriété intellectuelle se limite à des droits de valeur économique.

Au début des travaux du Comité Intergouvernemental, des Parties ont contre argumenté que les DPI servent à empêcher l'utilisation de l'objet de la protection par des tiers. Ils permettent à leur titulaire d'en interdire l'accès. En effet, cela est une des caractéristiques principales de ces droits. Quel que se soit le patrimoine protégé, de nature culturelle ou commerciale, les DPI vont être les mêmes dans les deux cas. La protection sera la même, le seul aspect qui va changer sera l'usage que les détenteurs voudront avoir à travers l'imposition de ces droits.

Ainsi, pour le Comité, la protection par les DPI n'a pas de potentiel à transformer les savoirs en marchandises, mais il donnerait aux détenteurs les moyens de se défendre contre l'usage discriminatoire de leurs savoirs. « Dans la mesure où les savoirs traditionnels sont une expression de l'identité culturelle, des moyens juridiques permettant de faire respecter les droits correspondants sont nécessaires pour empêcher la déformation ou d'autres actes préjudiciables, même dans le cas où les détenteurs des savoirs traditionnels ne souhaitent pas commercialiser ceux-ci »¹⁷⁹.

Il ne s'agirait pas d'une transformation des savoirs traditionnels en marchandises. Au contraire, « une des conséquences immédiates pourrait être de donner aux détenteurs de savoirs traditionnels les moyens de se défendre contre l'utilisation abusive d'éléments de leur identité, ou contre une commercialisation non autorisée de leurs savoirs. »¹⁸⁰

Toutefois, les savoirs traditionnels sont des droits de nature collective (les DPI sont de nature essentiellement individuelle) et les communautés ont des formations politiques, culturelles et économiques, parfois, extrêmement différentes de la société économique qui fait usage de ce type de droit. Dans la plupart des droits coutumiers régissant les aspects économiques, culturels, spirituels et moraux de ces communautés, on méconnaît ou simplement ignore l'existence des DPI.

Ainsi, un changement substantiel et indésirable risque de s'opérer dans les communautés locales et autochtones, pour qu'elles puissent s'adapter au système des DPI, allant ainsi contre la préservation de leur identité culturelle (et par conséquent, contre la préservation de l'environnement).

¹⁷⁹ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI, *Éléments constitutifs d'un système sui generis de protection*, WIPO/GRTKF/IC/4/8. Document sur le site : <http://www.wipo.org>

¹⁸⁰ Idem.

2. L'absence de transparence légale et l'élévation des coûts de transactions

Ici, le Comité a utilisé un argument, qu'il a qualifié de « nature juridique », mais qui semble plutôt avoir des justifications purement économiques. Il se fonde sur le fait que le régime de la propriété intellectuelle, étant un système « clair, transparent et efficace de protection des savoirs traditionnels, accroît la sécurité juridique et la prévisibilité, dans l'intérêt non seulement des détenteurs de savoirs traditionnels, mais aussi de la société dans son ensemble, y compris des entreprises et des instituts de recherche qui constituent des partenaires potentiels de ces détenteurs »¹⁸¹.

Le motif principal de l'emploi des DPI réside en l'existence de droits de propriété précis et transparents dans le domaine des savoirs, élément important dans la réduction des coûts de transaction et pour le transfert de technologie. Le rapport entre les brevets et la biotechnologie est un bon exemple.

Dans ce cas, quand les détenteurs de ces droits (gouvernements ou institutions à l'origine des inventions) ont besoin de transférer des inventions financées par des fonds publics sur le marché, de façon transparente et sûre, les droits et les obligations doivent être nettement précisés et attribués entre les Parties.

Pour cette raison (économique), la PI comme mécanisme privé d'appropriation semblerait un bon instrument à adopter contre l'appropriation illicite¹⁸².

Selon ce raisonnement, en substituant la biotechnologie par les savoirs traditionnels, la protection de ces savoirs par la propriété intellectuelle serait la meilleure façon d'établir des règles concrètes sur l'accès et l'appropriation privée par leurs détenteurs originaux. La conséquence serait l'atténuation de l'énorme incertitude qui plane actuellement sur les activités de bioprospection menées par les institutions commerciales et les organismes de recherche.

Pour justifier l'importance de l'établissement de ce genre de droits sur les savoirs traditionnels, l'OMPI utilise l'argument que « l'absence d'un système transparent de protection des savoirs traditionnels a pour conséquence, dans certains cas, des coûts de transaction accrus. Ainsi, l'incertitude qui règne actuellement quant à l'accès ou l'absence d'accès à la biodiversité et aux savoirs traditionnels qui y sont liés dans un certain nombre de pays entraîne une perte de confiance dans les relations avec des partenaires commerciaux et des partenaires de recherche potentiels, au détriment non seulement des partenaires étrangers, mais aussi, tout particulièrement, des institutions nationales, qui se voient ainsi privées d'une possibilité d'accès à une technologie étrangère, et également des détenteurs de savoirs traditionnels, qui perdent ainsi des avantages financiers et non financiers éventuels. »

L'argument, comme on peut l'observer, est de nature purement économique¹⁸³ et ne soulève pas les difficultés existantes quant à la nature des savoirs traditionnels et de la mise en œuvre d'un tel régime.

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² Voir article 2 du projet du Comité, transcrit plus haut, sur les mécanismes de protection des savoirs traditionnels contre l'appropriation illicite.

¹⁸³ Dans le Projet susmentionné, le Comité a pris en considération les caractéristiques culturelles des ST, ainsi que leur nature collective, mais il ne donne pas pour autant de solutions concrètes à ces difficultés.

Finalement, en dépit des arguments pour l'utilisation de DPI comme forme de protection des ST, ce qui n'est pas forcément erroné, étant donnés les cas où les DPI étaient déjà appliqués et la possibilité d'application d'autres instruments de la propriété intellectuelle, comme l'indication géographique, plusieurs questions restent irrésolues et doivent être posées, à savoir :

Est-ce que les communautés locales et autochtones peuvent protéger chacune leurs connaissances par un instrument de DPI, si parfois elles ne savent même pas qu'elles ont une utilité commerciale ?

Si la réponse à la question précédente était positive : comment pourraient-elles alors supporter les coûts d'une telle protection, qui sont très élevés (comme on le verra par la suite) ?

Et, éthiquement, paraît-il juste de leur faire changer leurs *modus vivendi* (système de pensée et de vie) pour qu'elles puissent s'adapter au système occidental de Protection intellectuelle existant, si ce sont les entreprises, les institutions ou les gouvernements, qui ont besoin de leurs savoirs ?

Ne serait-il pas temps que la société se réveille pour commencer à comprendre leur logique, pour rentrer dans leur système, sans essayer de les transformer et de les encadrer ?

B. Les difficultés culturelles et financières

Les arguments employés précédemment ont démontré d'un côté que si les principes du DPI peuvent être adoptés pour protéger les STA et qu'ils peuvent être importants au moment de leur transaction, d'un autre côté, il y a des difficultés très fortes. Ces obstacles ont été observés par rapport à la fonction sociale de la libre circulation des savoirs traditionnels, qui ne peut pas être accomplie avec les DPI (privatifs et restrictifs), et la nature collective de ces savoirs.

Il y a encore d'autres difficultés qui se montrent presque insurmontables, comme par exemple le fait que les communautés autochtones et locales ne soient pas préparées pour employer les DPI, soit pour des raisons culturelles, soit pour des raisons financières.

1. L'essence culturelle et non commerciale de la naissance des savoirs traditionnels.

Culturellement, les communautés n'ont pas d'objectif commercial par l'usage des savoirs traditionnels : la création et l'évolution de ces savoirs sont la conséquence de leur style de vie (traditionnelle), leurs besoins locaux, communautaires et environnementaux, mais elles n'envisagent pas, au départ, la création de nouvelles techniques juste pour les vendre ou pour commercialiser les produits qui en découlent.

La mentalité de marché n'est pas un aspect présent dans la plupart des cultures des détenteurs de ces savoirs.

De plus, les critères de concession d'un DPI (par exemple, les brevets), sont très rigoureux et difficilement accomplis par les savoirs traditionnels qui ont comme

caractéristique intrinsèque l’informalité. La conception de ces savoirs est essentiellement informelle, et ne vise pas du tout à remplir des qualités requises. Ainsi, les savoirs et les innovations pourront difficilement être encadrés dans le système de propriété intellectuelle existant.

En effet, ils sont avant tout un moyen d’identification culturelle. La protection des savoirs traditionnels relève avant tout du domaine des droits de l’homme, puisqu’ils constituent le centre des communautés traditionnelles où ils sont créés. Ils sont partie intégrante de leur culture, ayant un lien intrinsèque avec leur identité et dignité en tant que peuple.

Les savoirs traditionnels, selon une conception occidentale, semblent être créés de manière non systématique, sans méthodologie pour les raisons suivantes¹⁸⁴ :

- premièrement, parce que les règles ou le système qui régissent la création de ces savoirs peuvent être transmis de manière informelle ou culturelle;
- deuxièmement, parce que l’élément systématique n’est pas expressément exposé,
- troisièmement, parce que le processus conduisant à la création de savoirs traditionnels n’est peut-être pas fixé de manière formelle comme le sont la majorité des informations scientifiques et techniques.

2. les coûts d’un système risqué pour les grands entrepreneurs

Un autre aspect qui rend difficile l’utilisation courante des DPI par les peuples indigènes et les communautés locales est le coût normalement très élevé de ce système.

Le recours aux DPI suppose au départ :

a) la capacité de formuler la demande de dépôt ou de registre (brevet ou marque, par exemple), qui exige une assistance juridique,

b) le paiement de frais aux Organismes de Propriétés intellectuelles nationaux et internationaux.

Deuxièmement, afin de maintenir ces droits, les détenteurs doivent avoir une structure de sauvegarde difficile à supporter, comme par exemple : avoir un cabinet d’avocats responsable pour la défense de leurs intérêts au niveau international, dans plusieurs pays (comme aux EUA, au Japon, en Angleterre etc.), où se passe la majorité des infractions ou d’atteintes à leurs droits.

Au niveau pratique, la puissance des entreprises internationales et la faiblesse économique des détenteurs traditionnels, ainsi que les coûts d’un éventuel litige, rendent la protection de leurs savoirs traditionnels par les DPI très difficiles.

Aux Etats Unis, par exemple, il coûte environ US\$ 20.000,00¹⁸⁵ pour préparer l’application du brevet, ce qui est loin de pouvoir être supporté par les communautés locales et autochtones.

¹⁸⁴ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l’OMPI, *Éléments constitutifs d’un système sui generis de protection*, WIPO/GRTKF/IC/4/8. Document sur le site : <http://www.wipo.org>.

Une autre question à observer est la relation coût –bénéfice. En effet, les brevets ne donnent pas toujours un retour capable de compenser les coûts de leur dépôt.

Néanmoins, le système de protection intellectuelle est un système qui sera toujours pris en compte par les pays au moment de l'élaboration des accords bilatéraux (des contrats).

Ainsi, même si le système de propriété intellectuelle n'est pas uniquement appliqué, il y a une tendance¹⁸⁶ à en faire usage pendant l'établissement du partage des avantages¹⁸⁷ et dans la forme de protection utilisée au sein du régime *sui generis*. La propriété intellectuelle cherche sa place dans la protection des savoirs traditionnels, soit par le biais d'un de ses instruments conventionnels, tels que le brevet, les indications géographiques, le droit d'auteur etc., soit par ces mêmes instruments adaptés, créant ainsi un nouveau régime de propriété intellectuelle, c'est-à-dire, un régime *sui generis* de propriété intellectuelle (Chapitre 5).

¹⁸⁵ Chiffres cités par POSEY 1996, in DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and Biodiversity*, 2000, IUCN and Earthscan publications, page 69.

¹⁸⁶ Plus qu'une tendance, c'est une stimulation.

¹⁸⁷ Le Panama a établi par la loi n° 20 du 26 juin 2000 sur le régime spécial de propriété intellectuelle régissant les droits collectifs des peuples autochtones pour la protection et la défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels, un régime *sui generis* de propriété intellectuelle.

CHAPITRE 5 – REGIME SUI GENERIS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

Comme nous pouvons le constater, l'adoption de la propriété intellectuelle traditionnelle, en tant que régime de protection des savoirs traditionnels associés, peut être entravée par des obstacles parfois difficiles à dépasser.

Les questionnements tournent non seulement autour de sa compatibilité avec la nature collective des savoirs traditionnels, mais aussi, de celle entre les instruments du DPI, si rigoureux techniquement (comme le brevet à l'égard de l'inventivité, de la créativité et l'utilité de l'objet de protection), et les caractéristiques si particulières des savoirs traditionnels, tel que sa naissance empirique, intergénérationnel et même son essence spirituelle. Est-ce que ce système tel qu'il est peut contribuer à l'établissement des droits de communautés autochtones et locales ou faudrait-il l'adapter à cet objet si atypique ?

Dans une réponse négative, le scénario international propose un régime *sui generis* de protection. Mais quelle forme aurait-il ? Doit-on privilégier un régime *sui generis* totalement nouveau ou un régime de propriété intellectuelle *sui generis* ? La première option sera analysée dans le chapitre suivant. Toutefois, en ce qui concerne la dernière hypothèse, ce régime serait basé sur les instruments de la propriété intellectuelle, notamment de la propriété industrielle¹⁸⁸, lesquels auraient leurs obligations altérées, assouplies, pour mieux s'adapter aux STA.

Ce chapitre se bornera alors à analyser les caractéristiques principales d'un régime *sui generis* de propriété intellectuelle.

L'étude de ce régime sera moins approfondie que celle effectuée dans le chapitre précédent, vu qu'une bonne partie des éléments que l'étude du régime *sui generis* de propriété intellectuelle aurait exigé, ont déjà été abordés dans le chapitre 4, comme la compatibilité des DPI avec la nature et la fonction sociale des ST, les difficultés de l'application, le concept de propriété intellectuelle...

Face aux obstacles et aux avantages existants dans l'application du régime de propriété intellectuelle, cette option intermédiaire, entre le système de propriété intellectuelle et l'établissement d'un système *sui generis* autonome de protection des savoirs traditionnels, serait la mise en œuvre d'un système *sui generis* de propriété intellectuelle qui prenne en compte les particularités de ces savoirs et des titulaires eux mêmes.

¹⁸⁸ S'agissant des savoirs traditionnels associés, la branche des DPI qui serait la plus adaptée serait les Droits de propriété industrielle, comme les brevets, les dessins industriels, les indications géographiques, les marques etc... La distinction est faite puisque s'il s'agissait du folklore des communautés traditionnelles, les instruments de protection seraient plutôt ceux basés sur les droits de l'auteur et les droits connexes.

SECTION 1- LA PROPRIETE INTELLECTUELLE : UN SYSTEME DYNAMIQUE DE PROTECTION.

Le Comité intergouvernemental de l'OMPI a fait le point sur la notion de protection *sui generis* des savoirs traditionnels, et a souligné « qu'une telle protection ne suppose pas nécessairement un régime juridique entièrement nouveau ou autonome, mais pourrait être constituée d'éléments tirés de la protection existante en matière de propriété intellectuelle, adaptés ou rendus applicables »¹⁸⁹.

Il affirme encore qu'il n'y a pas nécessairement de frontière nette entre les éléments constitutifs des systèmes de propriété intellectuelle existants adaptés à la protection des savoirs traditionnels, et des systèmes de protection *sui generis* des savoirs traditionnels.

Dans les prochaines lignes, on va analyser la notion de ce qui semble constituer le régime *sui generis* de propriété intellectuelle, régime établi grâce aux modifications des outils du DPI. Pour illustrer les réponses à ces questions, des cas de figure seront présentés, notamment le régime UPOV.

§1°. Des précisions sur le régime *sui generis* de propriété intellectuelle

D'abord il faut préciser que la mutation ou adaptation des régimes juridiques n'est pas un phénomène nouveau. L'humanité a toujours connu des évolutions scientifiques, lesquelles ont été immédiatement prises en compte par le droit. Faute d'instruments adaptés, il faut créer des nouveaux outils ou changer ceux existants. La mutation des droits de propriété intellectuelle conventionnels est ainsi un phénomène connu.

A l'égard des savoirs traditionnels, l'établissement de ce régime serait à moyen terme plus acceptable aux yeux de certains pays du Sud (qui rechassent la propriété intellectuelle) et du Nord (qui ne veulent pas un régime complètement distinct de la propriété intellectuelle par eux tant appréciée). Ce régime serait un moyen de plaire en même temps aux grecs et aux troyens. Comme il a été dit auparavant, la notion de « régime *sui generis* » est très vague, dépourvue d'éléments palpables, ce qui pose des difficultés pour son étude. Pour cette raison, des questions introductives seront posées pour après passer à l'analyse du régime existant de Propriété intellectuelle.

A. Qu'est-ce que c'est un régime *sui generis* de propriété intellectuelle ?

Avant d'initier les considérations sur le respect du régime *sui generis* de Propriété Intellectuelle, il faut bien préciser ce que « régime *sui generis* » veut dire. En effet, il n'y a pas de concept figé d'un tel système. Il est né d'une nécessité croissante de trouver des instruments juridiques adéquats à des nouvelles situations et produits, fruits de l'importante évolution scientifique des derniers siècles. Elle engendre une diversité de situations nouvelles pour le droit auxquelles il doit constamment s'adapter.

¹⁸⁹ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI, doc. : Éléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection, WIPO/GRTKF/IC/4/8, site:<http://www.wipo.org>.

En ce qui concerne les savoirs traditionnels, le régime *sui generis* de propriété intellectuelle correspondrait à un ensemble de mécanismes *sui generis* créés à partir des outils existants de la propriété intellectuelle, en les adaptant à ce nouvel objet. Il dépasserait la simple modification d'une ou de quelques unes des règles des instruments de la propriété intellectuelle, ce qui ne créerait pas un nouveau régime pour autant, mais serait l'établissement d'un ensemble de nouvelles règles établies pour créer un nouvel instrument, qui lui serait basé sur les instruments de la propriété intellectuelle (brevets, marques, etc.).

Ainsi, « un régime de propriété intellectuelle devient *sui generis* si l'on modifie certaines de ses caractéristiques de manière à tenir dûment compte des particularités de son objet et des besoins particuliers qui conduisent à la création d'un système distinct »¹⁹⁰, lequel sera pourtant un régime de propriété intellectuelle. Quand les modifications sont considérables, touchant le fondement même des droits, le régime créé sera alors un autre, peut-être même totalement distinct de la propriété intellectuelle.

D'autres situations semblables ont déjà été mises en place pour répondre à des besoins pratiques particuliers ou à des objectifs généraux concernant un objet précis¹⁹¹.

Selon le Comité Intergouvernemental, la propriété intellectuelle représente « un ensemble de principes et de règles qui réglementent l'acquisition, l'exercice et la perte de droits et d'intérêts relatifs à des actifs incorporels susceptibles d'être utilisés dans le commerce »¹⁹².

Comme il s'agit de principes et de règles, qui peuvent être modifiables suivant les besoins d'adaptation à l'objet de la protection, il semble possible de les adopter pour protéger les savoirs traditionnels.

Tout cela doit être fait en prenant en compte la possible mise en vigueur de ces droits ainsi que leur exigence légale dans le cas de violation. C'est-à-dire que plus qu'apte et adapté à la protection d'un objet nouveau, comme les savoirs traditionnels, il faut que ce système soit efficace.

B. Qu'est-ce que c'est un régime efficace ?

Dans le cadre de l'AADPIC, qui utilise le terme « **régime *sui generis* efficace** »,¹⁹³ « le terme *efficace* se rapporte à la possibilité de recourir à l'action légale ou administrative pour mettre en vigueur un droit spécifique ou pour interdire la violation de ce droit. Un système *sui generis* devrait garantir une telle action, indépendamment du contenu (caractéristiques ou nombre d'exigences, ou niveau de protection) du droit. Les droits de propriété intellectuelle sont fondamentalement des droits privés dont la mise en application

¹⁹⁰ Idem.

¹⁹¹ Voir, par exemple, la Directive de l'UE concernant la protection juridique des bases de données (Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données (JO L 77, 27.3.1996, p. 20)).

¹⁹² Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI, doc. : Éléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection, WIPO/GRTKF/IC/4/8, site: <http://www.wipo.org>

¹⁹³ Même si la référence est faite à un « régime *sui generis* », il est sous-entendu que l'AADPIC traite d'un « régime *sui generis* de propriété intellectuelle », puisque comme son propre intitulé indique, il s'agit d'un traité international sur les **Aspects de la Propriété Intellectuelle** qui touchent le Commerce.

imposera aux Membres de prévoir des procédures juridiques et administratives. Un système *sui generis efficace* est donc un système qui comprend ces procédures»¹⁹⁴.

Un autre avantage est le fait d’avoir dans la Propriété intellectuelle, un système déjà institué avec une structure organisationnelle consolidée. Cela peut représenter un atout dans la mise en œuvre des droits de protection des savoirs traditionnels à la place de devoir établir tout un nouveau système.

L’atout de la propriété intellectuelle demeure justement dans le fait d’être un régime juridique efficace, dans les termes décrits en haut. Il est indéniable qu’elle représente un régime efficace de protection, comportant un ensemble de normes standardisées et adoptées partout dans le monde, avec des moyens de contrôle assez développés, en plus de compter avec une structure institutionnelle internationale (l’OMPI) et nationale (les INPI¹⁹⁵) déjà établie.

Le fait d’être des droits faciles à mettre en place et aussi de contrôler son application et ses infractions, a rendu les DPI un droit encore plus fort et dans le rang des droits modifiés.

§2°. Des exemples des mécanismes de DPI adaptés et des régimes *sui generis* de DPI

Comme souligné auparavant, il y a des exemples où l’on observe que la modification des outils de DPI n’est pas toujours suffisamment forte pour engendrer la création d’un système nouveau. Ici, nous allons souligner les modifications légères opérées par les outils de la Propriété intellectuelle pour s’adapter aux évolutions scientifiques, ce qui n’a pas engendré la création d’un régime *sui generis*, pour après citer l’exemple où les modifications ont été plus considérables, allant au-delà du régime conventionnel.

A. Les adaptations sans création d’un régime *sui generis* de DPI.

Les exemples suivants représentent les deux conséquences de l’adaptation des DPI aux besoins de la société : d’un côté, on a le cas où les mécanismes de DPI adaptés à un objet nouveau restent des DPI, et d’un autre côté, on a l’hypothèse où le changement des DPI est tellement substantiel, qu’il crée des régimes nouveaux de DPI.

Dans la première hypothèse, on peut citer les cas où :

- a. le système de brevets a dû relever les défis que représentent :
 - i. les inventions biotechnologiques
 - ii. les nouveaux procédés d’utilisation des moyens informatiques (appelés “méthodes de fonctionnement”);
- b. le droit d’auteur et des droits voisins ont été élargi de manière à relever les défis que constituent :

¹⁹⁴ R. Silva Repetto et M. Cavalcanti, *Les Négociations Commerciales Multilatérales sur l’Agriculture - Manuel de Référence - IV - L’Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui Touchent au Commerce*, ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR L’ALIMENTATION ET L’AGRICULTURE, Rome, 2001, Module I. Document, disponible sur le site www.fao.org.

¹⁹⁵ Instituts Nationaux de Propriété intellectuelle.

- i. les logiciels,
- ii. le commerce électronique
- iii. la protection des bases de données.

Dans les deux cas, il n'y a pas eu création d'un régime nouveau, mais simplement adaptation des outils existants sans en changer l'essence.

Dans plusieurs opportunités des obligations extraordinaires ont été exigées sans pour autant créer de nouveaux régimes. Parmi ces obligations se trouve « l'obligation *sui generis* de divulguer des informations, sous la forme de dépôt d'échantillons, [qui] peut exister dans la procédure en matière de brevets s'agissant des micro-organismes »¹⁹⁶.

Le Comité Intergouvernemental a un projet de modification du système de brevets (conventionnel) pour la reconnaissance des savoirs traditionnels. Ce projet est largement analysé dans la Section 3 du Chapitre 6 (TABLEAU 12). De plus, au sein de la CDB, il y a la prévision du projet de régime international sur l'accès et le partage des avantages de l'obligation (pour toutes les demandes de droit de propriété intellectuelle) de divulgation de l'origine des savoirs traditionnels ou des ressources génétiques utilisées.

L'introduction dans les règles d'octroi internationale de brevets de ces conditions d'information sur les savoirs traditionnels, peut être considérée comme un élément *sui generis* d'un système existant facilitant la protection défensive des savoirs traditionnels, mais aussi comme un des principes de fond d'un régime *sui generis* distinct. Tout cela va dépendre d'où (de la nature de l'instrument juridique) cette obligation sera prescrite.

B. les transformations substantielles du régime DPI

En revanche, dans d'autres domaines, on a créé de nouveaux systèmes lorsqu'il est apparu que l'adaptation pure et simple des mécanismes existants ne tiendrait pas compte des caractéristiques d'un nouvel objet, par exemple :

- 1) Les obtentions végétales ont justifié la création d'un système *sui generis* dont les principaux éléments sont définis par la Convention UPOV¹⁹⁷;
- 2) les schémas de configuration (topographies) des circuits intégrés ont également fait l'objet d'un régime particulier dans lequel on retrouve des caractéristiques à la fois du droit des brevets, de la législation concernant les dessins et modèles industriels et du droit d'auteur¹⁹⁸.

Comme exemple de protection *sui generis*, nous pouvons encore souligner l'exemple de la protection *sui generis* des bases des données.

¹⁹⁶ Conformément au Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets.

¹⁹⁷ Voir dans le Chapitre 1, Section 2, §1, B de la présente partie sur la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961, révisée à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 10 mars 1991. Le sigle UPOV signifie Union pour la Protection des Obtentions Végétales.

¹⁹⁸ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI, doc. : Éléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection, WIPO/GRTKF/IC/4/8, site: <http://www.wipo.org>

Cet exemple, qui peut être partiellement considéré « comme un objet de protection distinct en vertu du droit d’auteur si elle constitue une création intellectuelle du fait du choix ou de la disposition des matières¹⁹⁹, peut être également en partie considéré comme un objet de protection *sui generis* des bases de données au regard du système juridique de certains pays.²⁰⁰ Ces deux mécanismes juridiques ont d’ailleurs été envisagés comme des moyens d’assurer une certaine protection aux compilations de savoirs traditionnels.²⁰¹ »²⁰²

Par rapport aux savoirs traditionnels, l’objet est tellement différent de ceux normalement protégés par les DPI, au moins si l’on prétend les prendre en compte dans leur globalité, qu’il serait plus approprié si l’on opte pour la propriété intellectuelle comme forme de protection, se créer un régime juridique *sui generis* de propriété intellectuelle, à l’image des deux exemples sous-mentionnés.

¹⁹⁹ En vertu de l’article 10.2 de l’Accord sur les ADPIC et de l’article 5 du Traité de l’OMPI sur le droit d’auteur.

²⁰⁰ Voir, par exemple, la Directive de l’UE concernant la protection juridique des bases de données (Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données (JO L 77, 27.3.1996, p. 20)).

²⁰¹ L’adaptation éventuelle de la protection accordée aux bases de données (que celle-ci relève du droit d’auteur ou d’un mécanisme *sui generis*) à la protection des expressions culturelles traditionnelles est étudiée dans le document WIPO/GRTKF/IC/4/3 du comité intergouvernemental de l’OMPI.

²⁰² Comité intergouvernemental de l’OMPI, doc. : Éléments constitutifs d’un système *sui generis* de protection, WIPO/GRTKF/IC/4/8, site: <http://www.wipo.org>

SECTION 2 – L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Pour traiter de l'évolution des droits de propriété intellectuelle, nous allons présenter son exemple le plus célèbre, l'UPOV, pour après traiter de son adaptation à ce nouvel objet que sont les savoirs traditionnels.

§1°. Le système UPOV et les modifications proposées pour mettre en œuvre l'AADPIC.

Ce paragraphe vise à relever les hypothèses où des outils de propriété intellectuelle peuvent être adaptés et transformés en de nouveaux outils pour un régime *sui generis* de propriété intellectuelle. Nous examinerons l'intérêt de mettre en place un système *sui generis* de propriété intellectuelle et, le cas le plus éminent d'une telle adaptation, la Convention UPOV.

A. La Convention UPOV, un régime *sui generis* de propriété intellectuelle

Comme on vient de l'étudier, l'UPOV est un exemple d'adaptation des instruments du système de propriété intellectuelle à un objet particulier - les variétés végétales-, qui définit un régime nouveau de propriété intellectuelle.

L'objectif de la Convention est la protection des obtentions végétales par un droit de propriété intellectuelle.

Il est considéré comme étant un régime spécial de DPI, pour deux motifs principaux :

- a. d'une part, ses fondements ont été adaptés des brevets auxquels ils ressemblent fortement. Comme les brevets, ces droits sont limités dans le temps (20 ans) et font l'objet de quatre conditions pour leur octroi, qui sont: la nouveauté, la distinction, l'homogénéité et la stabilité ;
- b. d'autre part, il fait partie d'un système qui est administré par une organisation différente de l'OMPI ou des Instituts nationaux de Propriété Intellectuelle : L'Union internationale pour la protection des obtentions végétales – l'UPOV.

Conformément à ce qui a déjà été traité dans le chapitre précédent, la Convention UPOV est sensée être une option de régime *sui generis* prévu dans le cadre de l'article 27. 3,b de l'AADPIC.

En dépit de la défense de son adoption par des pays développés, cette position est loin d'être unanime, surtout en ce qui concerne la version UPOV 1991. Ceci dit, très peu nombreuses sont les propositions concrètes contre le système de protection des obtentions végétales UPOV.

L'UPOV avait été élaboré à l'origine pour protéger le droit de propriété intellectuelle de l'obtenteur, tout en laissant libre l'accès à la variété. Le titulaire du titre a le droit de vendre ce matériel produit, identifié, étiqueté et purifié. En couplant l'approche de qualité (catalogue de certification, organisation des circuits de collecte et de distribution) et les

opérations de sélection-traitement des semences, les obtenteurs maîtrisent l'ensemble de la chaîne²⁰³.

Pour que la concession des droits des obtenteurs, prévue au sein de la Convention UPOV, soit octroyée, les variétés présentées à la protection doivent remplir des conditions très difficiles à atteindre.

Quant il s'agit de variétés obtenues à travers l'usage des savoirs traditionnels des agriculteurs, ou des communautés locales et autochtones, c'est-à-dire, par le biais des méthodes informelles, son obtention est presque irréalisable.

TABLEAU 08
Certificat d'obtention végétale :

- Durée : 20 ans pour les espèces annuelles ou 25 ans pour les espèces ligneuses.
- Portée géographique : uniquement sur le ou les territoires désignés dans le dossier de la demande.

4 conditions :

- Distinction : la variété doit se distinguer des variétés de la même espèce notoirement connues ;
- Homogénéité : elle ne doit pas donner lieu à des variations secondaires
- Stabilité : elle doit se maintenir à chaque cycle de reproduction
- Nouveauté : elle ne doit pas avoir été commercialisée sur le territoire de la demande.

Une fois ces critères pris en compte, une variété reçoit une dénomination qui garantit sa désignation. Le titulaire du certificat bénéficie d'un droit d'exploitation personnel exclusif de sa variété. Jusqu'en 1991, aucune licence de dépendance n'existait et le principe du libre accès était la base du droit d'obtention végétale.

Source : SOLAGRAL, « Option 2 : le *sui generis* », sur le site : www.solagral.org

B. Les modifications dans le cadre du régime UPOV

Même étant un régime *sui generis* de propriété intellectuelle, ce système continue à être fondé sur le profit, comme la propriété intellectuelle traditionnelle.

Les avantages de ce système ont été idéalisés pour attirer le secteur privé vers l'activité de développement des variétés végétales : « les profits qu'il permet de dégager représentent une stimulation à la recherche et au développement des nouvelles variétés végétales et récompensent la créativité et la réussite des obtenteurs des variétés végétales ».²⁰⁴

Le régime prévu par la Convention UPOV souffre des mêmes problèmes conceptuels que les DPI, étant donné qu'au moment où il reconnaît seulement le dernier lien dans la

²⁰³ SOLAGRAL, *Option 2 : le *sui generis**, disponible sur le site : www.solagral.org

²⁰⁴ KAMERI-MBOTE, Patricia, "Community, farmers', and breeders' rights in Africa: towards a legal framework for *sui generis* legislation", forthcoming in *University of Nairobi Law Journal*, 2003, disponible sur le site www.ielrc.org, page 4.

chaîne du processus biologique, il écarte les contributions données par les détenteurs des savoirs traditionnels aux obtenteurs des variétés végétales formelles.

Ainsi, pour que ce système employable comme forme de protection des savoirs traditionnels associés, il faut quelques modifications dans les critères utilisés.

Les suggestions de Dan LESKIEN et Michael FLINTER reproduites par DUTFIELD²⁰⁵ sont les suivantes :

1. L'utilisation d'une plus souple interprétation des critères d'uniformité et de stabilité :

Dans ce cas, la proposition revient à substituer ces exigences par l'identification²⁰⁶ de la matière de l'objet protégé, au lieu des propriétés physiques spécifiques que les plantes doivent avoir. En conséquence, moins de nouvelles variétés génétiquement uniformes pourraient devenir éligibles pour la protection. Dans ce cas, la conséquence pourrait être une motivation des innovateurs formels de moins compter sur des germoplasmes d'élite, les plus recherchés, et plutôt compter sur les germoplasmes plus diversifiés²⁰⁷.

2. La différenciation entre les variétés uniformes et les variétés traditionnelles

Ces dernières représenteraient une extension aux droits conférés. Les variétés hétérogènes et traditionnelles pourraient aussi faire l'objet de protection dans le cas d'une possible identification, mais qui serait plus faible. Dans cette hypothèse, toutefois, ces variétés auraient un type de protection plus faible et les entreprises de bioprospection pourraient faire usage de ces savoirs et protéger les variétés de forme plus homogène, conséquemment, étant soumises à une protection plus forte.

La solution au péril de l'effet secondaire susmentionné est l'imposition d'un système de certificat d'origine pour sauvegarder les intérêts des communautés locales et autochtones face à un usage inapproprié de ces variétés traditionnelles, ainsi que pour garantir le partage des avantages.

Au delà du régime UPOV comme régime *sui generis* de propriété intellectuelle, d'autres régimes *sui generis* peuvent être envisagés en dehors de celui-ci. En Thaïlande comme en Inde²⁰⁸, ainsi que dans d'autres pays, cela a déjà vu le jour avec des nouvelles lois (similaires au régime UPOV), lesquelles prévoient à la fois la protection des droits des obtenteurs et la protection des variétés traditionnelles développées par les communautés locales. Pour illustrer la possibilité de création d'un régime basé sur la propriété, mais distinct de l'UPOV, l'exemple du régime *sui generis* thaïlandais a été décrit dans le TABLEAU 09.

²⁰⁵ DUTFIELD, Graham. *Intellectual Property Rights, trade and biodiversity : seeds and plant varieties*. London: IUCN/Earthscan Publications Ltd., 2000, page 78.

²⁰⁶ CORREA, Carlos M. "Options for the Implementation of Farmers' Rights at the National Level", *T.R.A.D.E working papers* 8. Genève: South Center, 2000, page 32.

²⁰⁷ Idem.

²⁰⁸ Voir la description des dispositions *sui generis* de la loi indienne décrites dans le chapitre 3, section 2.

TABLEAU 09

Système Sui Generis : l'exemple thaïlandais.

« Witoon Lianchamroon, du Réseau thaïlandais pour la reconnaissance des droits des communautés locales et la biodiversité (Biothāi), précise les fondements du nouveau système Sui Generis thaïlandais, adopté en 1999 par le Parlement national.

‘Avant 1999, la Thaïlande n'avait aucune législation visant à protéger les droits des obtenteurs sur les nouvelles variétés ou les droits des paysans sur les variétés traditionnelles (...). En 1994, le Ministère du commerce et le Ministère de l'agriculture et de la coopération rédigerent un projet de loi pour protéger les nouvelles variétés de plantes et les droits des obtenteurs. Ce projet, basé sur la convention 1978 de l'Union pour la protection des obtentions végétales (UPOV), fut désapprouvé par les ONG* thaïlandaises et les organisations paysannes. Elles regrettaient que le texte proposé ne reconnaisse pas la contribution des paysans et des communautés locales au développement des variétés commerciales. Finalement, en 1997, le gouvernement créa un comité national composé de représentants de tous les secteurs, agriculteurs et obtenteurs y compris, avec pour mission de revoir cette première copie.

La version actuelle a été conçue pour répondre aux principes du système sui generis définis par l'article 27.3 (b) de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC*). La nouvelle loi est basée sur le fait que les variétés de plantes locales sont employées comme ‘variétés de première main’ dans le développement de nouvelles variétés. Elle protège les intérêts des conservateurs de variétés traditionnelles comme ceux des propriétaires de variétés commerciales. Les fermiers et les communautés qui conservent et améliorent leurs variétés auront des droits similaires à ceux des obtenteurs sur leurs nouvelles variétés. Voici les principaux principes de la nouvelle loi :

- un sous-comité technique sera mis en place par le Ministère de l'agriculture pour déterminer les variétés qui sont spécifiques à certaines régions/communautés et qui doivent donc être considérées comme des variétés locales ;
- une compensation doit être payée pour l'utilisation des variétés locales servant au développement de nouvelles variétés commercialisées. L'obteneur commercial doit signer un contrat qui accorde au moins 5% des bénéfices aux communautés qui ont conservé ces variétés locales. Si les nouvelles variétés sont cultivées pour le bénéfice des petits paysans et des communautés locales ou du grand public, aucune compensation n'est exigée. Par contre, une compensation doit également être versée si certaines composantes des variétés locales sont utilisées pour des médicaments ou d'autres produits ;
- les droits sur les variétés qui poussent uniquement dans certaines communautés seront valables uniquement pour ces communautés. Les droits aux bénéfices commerciaux de ces variétés appartiendront à cette communauté pour la durée de la protection qui va de 15 à 25 ans. Cette règle ne s'applique pas si ces variétés sont utilisées dans un but non commercial ou public ;
- le créateur d'une nouvelle variété, surtout si elle est génétiquement modifiée, ne pourra faire valoir ses droits que s'il est prouvé que cette variété ne présente aucun risque biologique. Si elle cause des dommages à l'environnement de la communauté ou à la santé d'un de ses membres, son propriétaire est tenu par la loi de verser une compensation ;
- la composition du comité national des variétés végétales reflète l'objectif de cette loi. Six fermiers et deux représentants d'ONG* font partie des 23 membres (...)

- la loi prévoit la création d'une fondation pour la conservation et le développement des variétés végétales. Les revenus de cette fondation proviennent de différents types de taxes et de compensations sur l'utilisation de variétés sauvages qui ne poussent pas dans les forêts de communautés locales ou qui ne sont pas spécifiques à une seule communauté mais font partie d'un patrimoine commun. Son rôle est de redistribuer les revenus aux paysans et aux communautés locales. Cet argent sera utilisé pour financer des activités de conservation et de développement de variétés végétales dans différentes communautés.

(...) Cette loi n'est applicable qu'en Thaïlande. Il est donc possible d'utiliser des variétés thaïlandaises à l'étranger sans s'y soumettre. Dans ce cas, le gouvernement thaïlandais ne peut pas forcer une personne ou une organisation à payer la compensation. En principe, l'utilisation des ressources génétiques thaïlandaises à l'extérieur du pays pourrait être régulée par les mécanismes d'accès aux biens et de partage des bénéfices définis par la convention sur la diversité biologique (CDB). (...) Toutefois, le mécanisme thaïlandais de compensation des communautés locales ne sera effectif vis-à-vis de l'étranger que si la Thaïlande a un pouvoir de négociation suffisamment fort au niveau international. »

Source : Extrait de *Graines suspectes. Aliments transgéniques : une menace pour les moins nantis*, Robert Ali Brac de la Perrière et F.Seuret, *Enjeux Planète* (co-édition par 12 éditeurs francophones), 2002. in *BRAC DE LA PERRIERE Robert Ali (coord.), « Privatisation du vivant : Du refus aux contres-positions », Les cahiers de propositions pour le XXIe Siècle, SERIE HUMANITE ET BIOSPHERE, Editions Charles Léopold Mayer, Alliance pour Un Monde Responsable Pluriel et Solidaire, Pages 20-21. Document sur le site : www.alliance21.org.*

Cet exemple national démontre la possibilité de prendre en compte les variétés traditionnelles dans un régime de propriété intellectuelle *sui generis*. Même s'il n'est pas infaillible, il représente la reconnaissance des savoirs traditionnels (droits des agriculteurs) et sa concrétisation par l'établissement d'un régime *sui generis* efficace.

§2°. Quels éléments d'un régime *sui generis* de propriété intellectuelle des savoirs traditionnels

Après l'analyse de la Convention UPOV, qui est un régime *sui generis* de propriété intellectuelle. Une dernière question peut se poser par rapport à un éventuel tout nouveau régime *sui generis* de propriété intellectuelle (dissocié de l'UPOV) appliqué aux savoirs traditionnels : quels seraient ses éléments de la propriété intellectuelle à transformer et quels seraient les éléments du régime *sui generis* de propriété intellectuelle ?

A. Les outils de la propriété intellectuelle possiblement adaptables

Pour créer un régime *sui generis* de PI, comme pour l'UPOV, il faut définir quels seront les outils de la propriété intellectuelle qui pourront servir de « base » pour le nouvel instrument. Dans le chapitre sur la propriété intellectuelle, nous avons mis accent sur deux de ces outils : les brevets et les indications géographiques. A part ces deux, un autre pourrait être envisagé : les bases de données.

1. le brevet²⁰⁹ :

D'une part, le brevet a été l'outil des DPI le plus utilisé en matière du vivant jusqu'à présent. Il faut remarquer que cela concerne les évolutions biotechnologiques, auxquelles les savoirs traditionnels sont extrinsèquement liés. Alors, son usage pourrait ainsi être envisagé pour l'établissement d'un nouvel instrument de protection des savoirs traditionnels. Dans cette hypothèse, il devrait contenir quelques éléments basiques qui composent un régime *sui generis* de propriété intellectuelle efficace, comme celles prévues dans le TABLEAU 10.

Mais d'une autre, le brevet a plusieurs inconvénients à l'égard des STA. Pour breveter un savoir, une technique, il faut avoir pleine connaissance de son usage et de ses effets, cela peut culturellement poser un grand problème pour certaines communautés traditionnelles qui n'ont aucune idée de la relation entre leurs savoirs et leur application commerciale. La définition ou l'identification de la partie de leurs savoirs « utile » à la guérison d'une certaine maladie par exemple, pose un immense obstacle, vu que pour eux c'est un ensemble de connaissances et pratiques consistant en une prière ou un chant utilisé avec une plante qui guérira la maladie ou même qui libérera la personne des mauvais esprits, parfois synonyme de maladie.

Cet outil se montre incompatible avec le volet culturel des savoirs traditionnels, même dans l'institution d'un régime *sui generis*.

2. les indications géographiques :

Les indications géographiques ne protégeraient pas les savoirs directement mais seulement les produits issus de leur application. Cet instrument devrait prendre comme base leur aspect culturel et traditionnel pour délimiter la zone d'application de ces droits, tel que cela se fait avec les produits comme le vin ou le fromage. Pour cela, la procédure d'octroi devrait être allégée compte tenue des compétences juridiques des communautés locales et autochtones.

3. les bases de données.

Une façon de protéger massivement les savoirs traditionnels serait en les cataloguant et en créant une base de données. Cela pourrait être une sortie pour les communautés locales et autochtones. Mais les problèmes qui se posent sont relatifs à savoir : a) qui ferait le recensement des savoirs dans les communautés, et b) si le recensement ne représente pas une forme d'accès.

A c'est égard, dans le projet de reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système de brevet du Comité Intergouvernemental de l'OMPI (TABLEAU 13), le Pérou a « souligné la 'nécessité d'évaluer la possibilité d'organiser et de systématiser une bonne part de ces informations [sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels] et le rôle que pourrait jouer une base de données nationale à cet égard. Autrement dit, dans quelle mesure peut-on coordonner cette base de données et ces informations avec les procédures de recherche et les examens des principaux offices de brevets à travers le monde de manière à éviter que des brevets soient délivrés sur la base d'examen partiels et limités de la nouveauté

²⁰⁹ Pour plus d'information sur le rapport entre le système de brevet et les savoirs traditionnels voir le Chapitre 6, Section 3.

et de l'activité inventive ? »²¹⁰. Même si les questions se posent, les réponses ne sont pas encore à l'ordre du jour.

Ces outils sont un exemple des ceux composant les DPI et qui ont été envisagés pour la protection des savoirs traditionnels. Mais dans tous les cas, des éléments d'un nouvel outil doivent être fixés.

B. Les éléments d'un régime de propriété intellectuelle de protection des savoirs traditionnels

Pour créer un régime *sui generis* de PI, comme pour l'UPOV, il faut définir quelques éléments, tels que les conditions d'octroi, les droits qui en ressortent, les sujets et l'objet du droit, etc... Pour rendre cette tâche plus claire, un tableau a été conçu :

<u>TABLEAU 10</u>
<u>ELEMENTS D'UN REGIME SUI GENERIS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE</u>
<u>POUR LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS</u>
<u>SUJET :</u> des bénéficiaires individuels ou collectifs, issu d'une communauté locale ou autochtone
<u>OBJET :</u> les savoirs traditionnels associés et/ou leurs produits ;
<u>DUREE :</u> - pour les savoirs : perpétuel ou tant que les savoirs existent. - pour les produits : perpétuel ou tant que les savoirs existent.
<u>CONDITIONS :</u> - créativité (<i>indépendamment d'être en domaine public</i>) ; - aspect traditionnel : issu d'un mode de vie traditionnel, appartenance à une communauté locale ou autochtone ; - être lié à l'usage et ou à la conservation de la biodiversité ;
<u>DROITS QUI RESSORTENT:</u> - Droit à l'opposabilité de l'usage par un tiers - Droit à l'établissement de conditions sur l'accès - Droit à des dommages et intérêts en cas d'usage indu - Droit à des bénéfices dans le cas d'accès au savoir protégé et - Droit au partage de bénéfices découlant de son usage commercial.
<u>EXCEPTION AUX DROITS :</u> - exception à l'opposabilité : si le tiers est une autre communauté autochtone ou locale, avec la finalité d'un usage coutumier, ils peuvent avoir le droit d'accès sans avoir des bénéfices à payer, en obéissance de la fonction sociale des savoirs traditionnels.

²¹⁰ OMPI, Comité intergouvernemental, « Projet de recommandations sur la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets », annexe du document WIPO/GRTKF/IC/9/8 sur *la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets : projet intérimaire*, du 15 mars 2006, analysé dans la Neuvième session du Comité intergouvernemental de l'OMPI tenue à Genève, 24 – 28 avril 2006, page 13 de l'annexe.

Comme conclusion des éléments présentés plus haut, parmi les instruments de propriété intellectuelle abordés dans le point antérieur, le plus approprié a) pour la protection des savoirs traditionnels (objet) serait la création d'une base de données *sui generis*, b) pour leurs produits, les indications géographiques, suivant les arguments utilisés dans le chapitre 4, et c) pour le droit à l'opposabilité (protection défensive), l'institution d'une obligation de divulgation et le certificat d'origine que nous présenterons dans la section 3 du prochain chapitre.

CHAPITRE 6 – UN REGIME *SUI GENERIS* DISTINCT

Une solution aux obstacles trouvés dans l'adéquation et dans la mise en œuvre des droits des communautés locales et autochtones sur leurs savoirs traditionnels, envisagée comme une option de plus en plus concrète, repose dans ce que l'on nomme les régimes *sui generis* de protection des savoirs traditionnels.

Cependant, la frontière entre le dernier régime traité et un régime *sui generis* distinct n'est pas forcément clair. Au moment où il y a une modification des mécanismes des droits de propriété intellectuelle, ce régime peut se transformer ou pas en un régime *sui generis* distinct de protection des savoirs traditionnels.

Même le projet du Comité intergouvernemental de l'OMPI traité dans le Chapitre 4, qui *a priori* établit un régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, prévoit parmi les outils d'application les droits de propriété intellectuelle.

Trois notions différentes existent à l'égard du contenu et de la base d'un régime *sui generis* de protection²¹¹. Une des notions l'envisage de façon totalement dissociée de l'idée même de propriété, matérielle ou immatérielle. Une autre admet l'adoption de droits restrictifs pour la protection des savoirs traditionnels, tant qu'ils sont complètement distincts des outils de la propriété intellectuelle. La dernière conçoit un régime avec des principes généraux et spécifiques très divers de ceux de la propriété intellectuelle et bien adaptés aux savoirs traditionnels, mais dans l'application de ces principes, c'est-à-dire, parmi les outils juridiques utilisés, a recours aux DPI.

Dans la première hypothèse, le critère de différenciation serait la protection des savoirs traditionnels parmi des droits non restrictifs, qui sont caractéristiques des droits de propriété des biens, soit matériels, soit immatériels.

Le droit de propriété, étant un droit de nature *erga omnes* (à l'égard de tous²¹²), sera toujours limitatif, bien qu'aliénable. La dernière caractéristique d'aliénabilité ou de disponibilité, permet l'appropriation du droit par un tiers, ce qui ne peut pas s'admettre vis-à-vis des savoirs traditionnels, qui sont de nature collective et intergénérationnelle.

La prétention de la création d'un régime *sui generis* distinct des DPI, adapté aux particularités des savoirs traditionnels, vise donc à échapper au monopole et à la restriction typique de ces droits, qui sont consolidés par l'institution de la propriété.

La conception d'un système nouveau recherche la garantie de la **libre circulation** de ces savoirs traditionnels et, en même temps, les garanties du **partage des avantages** en cas d'utilisation commerciale ou industrielle,²¹³ nécessairement consenti antérieurement par les communautés.

²¹¹ La définition de régime *sui generis* a déjà été exposée dans le Chapitre 5.

²¹² Définition précisée dans le dictionnaire : Termes juridiques, Lexique, Editions Dalloz, 1995.

²¹³ C'est la position défendue par Vandana Shiva et Gurdial Nijar, par la TWN, organisation non gouvernementale, et soutenue par Juliana SANTILLI, dans son article : Biodiversidade e conhecimento tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção", in LIMA et BENSUSAN, Documentos ISA 8, *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*

Malgré l'adhésion et la défense par plusieurs auteurs de ce régime plus libre et loin des droits restrictifs de propriété, les deux autres notions d'un régime *sui generis* sont plus fortes et concrètes dans le scénario international. Elles sont incorporées dans les propositions de la CDB, dans quelques lois nationales et dans le projet du Comité cité auparavant.

Ces trois notions du régime *sui generis* de propriété intellectuelle ont malgré leurs différences, une caractéristique commune : la recherche d'une protection intégrée considérant tous les aspects des savoirs traditionnels associés, ce qui sera abordé dans un premier moment, ainsi que la nécessité d'instaurer un régime distinct de celui de la propriété intellectuelle, qui soit novateur et adéquat.

Cette protection intégrée sera la base d'un régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels. Comme pour le régime *sui generis* de propriété intellectuelle cependant, même si les principes généraux sont établis, un régime *sui generis* doit avoir ses éléments bien définis, ce qui sera l'objet d'étude dans la deuxième partie de ce chapitre.

Pour finaliser ce chapitre, mais aussi ce travail, une 3ème section a été écrite sur les avancées concrètes de l'élaboration d'un régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels.

L'état des lieux des évolutions existantes notamment au sein de la CDB et de l'OMPI, montrent que la voie choisie n'est pas si lointaine ou éloignée de la route des DPI, malgré la nécessité d'une approche intégrée des savoirs traditionnels, ce qui n'est que sectoriellement traité par les instruments juridiques conventionnels existants.

SECTION 1 - D'UNE APPROCHE SECTORIELLE A UNE APPROCHE INTEGREE DES SAVOIRS TRADITIONNELS

Il sera ici analysé dans un premier temps un exemple d'usage des savoirs traditionnels et sa protection par les DPI, pour chacun des types de ST, protégé séparément.

Dans un second temps, il sera traité de la nécessité d'une approche intégrée de ces savoirs et de l'inadéquation d'une protection sectorielle, cela étant la base de tout régime *sui generis* des savoirs traditionnels associés.

§1°. Illustration et analyse de la nécessité d'un régime intégré

Avant d'examiner la nécessité d'une protection globale des ST, il faut bien illustrer l'exemple de leur protection sectorielle, normalement réalisée par les DPI. Ainsi, en vu de l'illustrer, on va reproduire un exemple présenté par le Comité intergouvernemental de l'OMPI à travers lequel il est possible d'envisager la protection de chacun des savoirs traditionnels par des mécanismes de propriété intellectuelle.

A. Le conte du chaman

Pour illustrer la nature globale des savoirs traditionnels et montrer la possibilité d'appliquer les mécanismes de propriété intellectuelle, le Comité a eut recours à une fable.

« Un membre d'une tribu de l'Amazonie tombe malade et demande au *pajé* de le soigner (*pajé* est le mot tupi-guarani employé pour désigner le chaman). Le chaman, après avoir examiné le malade, va dans son jardin (de nombreux chamans vivant dans la forêt tropicale humide amazonienne sont, de fait, des obtenteurs²¹⁴) et recueille quelques feuilles, graines et fruits de différentes plantes. En mélangeant ces substances selon une méthode qu'il est seul à connaître, il prépare une potion d'après une recette dont il est l'unique détenteur. Tout en préparant la potion puis en l'administrant au patient (selon un dosage qu'il prescrira également), le *pajé* prie les dieux de la forêt et exécute une danse religieuse. Il peut également inhaler la fumée des feuilles d'une plante magique (la "vigne de l'âme"²¹⁵). La potion est servie et conservée dans un vase aux dessins symboliques et le *pajé* revêt ses vêtements de cérémonie pour procéder à la guérison. Dans certaines cultures, le *pajé* n'est pas considéré comme le guérisseur, mais comme l'instrument des dieux par lequel passe la guérison du patient »²¹⁶.

²¹⁴ Voir PLOTKIN Mark J., *Tales of a Shaman's Apprentice – An Ethnobotanist Searches for New Medicines in the Amazon Rain Forest*, ed. Penguin Books, 1993.

²¹⁵ Voir SCHULTES Richard Evans et RAFFAUT Robert F., *Vine of the Soul – Medicine Men, Their Plants and Rituals in the Colombian Amazonia*, ed. Synergetic Press et Conservation Int'l, 1992.

²¹⁶ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI, doc. : Éléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection, WIPO/GRTKF/IC/4/8, site: <http://www.wipo.org>

Dans le cas présenté, il est possible d'observer la multitude de savoirs traditionnels employés. Ils sont essentiellement globaux, ayant divers composants. Leur protection ainsi, pour être complète, devra relever chacun de ces éléments.

En cherchant à démontrer la possibilité d'application des DPI comme régime de protection des ST, le Comité a procédé à l'individualisation de chacun des éléments du ST employés et les a lié à l'outil de propriété intellectuelle le plus approprié pour les protéger.

Le régime de propriété intellectuelle est applicable dans presque tous les cas, par contre jamais ne seront prises en compte les caractéristiques propres des éléments analysés.

B. Protection des savoirs du chaman par les outils de DPI : un dégroupage possible, mais non souhaitable.

Individuellement, le Comité analyse chacun des éléments utilisés et son rapport avec les mécanismes du régime de propriété intellectuelle, à savoir :

4. «Les différentes plantes à partir desquelles le chaman a fabriqué la potion peuvent être protégées en vertu d'un système de protection des obtentions végétales à condition qu'il s'agisse de variétés nouvelles, stables, distinctes et uniformes ;
5. La potion (ou sa formule) peut être brevetée à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et soit susceptible d'application industrielle, ou constituer un renseignement non divulgué ;
6. l'utilisation et le dosage de la potion peuvent être également protégés par brevet en vertu de la législation de quelques membres du comité qui prévoit la possibilité de breveter de nouvelles utilisations de substances ainsi que de nouvelles méthodes thérapeutiques impliquant une activité inventive ;
7. la prière, une fois fixée, peut être protégée par le droit d'auteur, et selon la législation de nombreux pays, peut bénéficier de cette protection même en l'absence de fixation²¹⁷ ;
8. l'interprétation ou l'exécution, une fois fixée, peut être protégée par des droits voisins du droit d'auteur, et le chaman, en tant qu'interprète ou exécutant, peut se voir accorder le droit d'autoriser la fixation de l'interprétation ou de l'exécution²¹⁸ ;
9. le vase contenant la potion peut être breveté ou protégé par un certificat de modèle d'utilité s'il présente des caractéristiques fonctionnelles nouvelles et impliquant une activité inventive; si tel n'est pas le cas, il peut être protégé en vertu du système des dessins ou modèles industriels ;
10. les motifs figurant sur le vase et sur les vêtements peuvent être protégés par le droit d'auteur ou par le système des dessins et modèles industriels. »

L'application des DPI est, théoriquement, possible, mais des incompatibilités doivent être soulignées. Au-delà des obstacles d'accomplissement des conditions exigées pour chacun des mécanismes susmentionnés, reste encore le fait qu'ils ne répondent pas nécessairement aux besoins de protection de ces savoirs.

²¹⁷ L'article 15.4a) de la Convention de Berne prévoit également la protection d'œuvres non publiées dont l'identité de l'auteur est inconnue.

²¹⁸ Et le chaman aurait le droit d'autoriser la fixation de l'exécution ou de l'interprétation en vertu des dispositions de l'article 6.ii) du Traité de l'OMPI sur les interprétations ou exécutions et les phonogrammes.

§ 2°. L'insuffisance des DPI dans un cas concret

Comme le Comité intergouvernemental le souligne lui-même, « les savoirs traditionnels ne sont pas simplement la somme de leurs éléments distinctifs; ils sont la combinaison logique et cohérente de ces éléments qui forment un ensemble indivisible de connaissances et de cultures. »²¹⁹

Ainsi pour le chaman, l'efficacité du traitement est due, plutôt qu'à la potion elle-même, aux qualités des extraits et des rituels religieux.

Les DPI employés ne tiennent pas compte des éléments constitutifs de ces savoirs. La prise en compte du caractère global des savoirs traditionnels est nécessaire pour qu'ils puissent être traités de façon intégrée et ainsi être protégés.

Selon le Comité : « Les brevets, les marques, les dessins et modèles, etc. peuvent contribuer de manière très efficace à protéger les différents éléments constitutifs des savoirs traditionnels ; en revanche, ils ne prennent pas en considération leur caractère global. »

A. Les éléments à protéger

Quatre caractéristiques de ces savoirs se dégagent du cas de figure analysé, à savoir :

- a) « les éléments spirituels et concrets constitutifs des savoirs traditionnels sont étroitement liés et donc inséparables (cela signifie que chaque élément constitutif des savoirs traditionnels est un facteur inhérent de l'identification culturelle de leurs détenteurs) ;
- b) les communautés traditionnelles créant des savoirs pour s'adapter à un monde en mutation, les savoirs traditionnels évoluent constamment et ne cessent de s'améliorer ;
- c) les savoirs traditionnels touchent à différents domaines et relèvent à la fois des expressions culturelles et de la technique ;
- d) dernier point, les savoirs traditionnels n'étant pas nécessairement créés selon une procédure formelle expressément systématique, ils peuvent apparaître comme dépourvus de caractère formel; leur véritable nature et leur caractère systématique ne pourront apparaître clairement que si l'on analyse de manière plus approfondie leur contexte culturel et les principes qui président à leur création. »²²⁰

Compte tenu de la diversité des composantes des ST (spirituels et associés à la biodiversité, culturels et techniques) et de leur processus de création distinct du processus utilisé par les innovateurs formels (entreprises, gouvernements, institutions de recherche etc.), l'élaboration d'un régime *sui generis* distinct de ceux existants semble donc préférable. Un régime spécial doit être mis en œuvre, régime qui soit capable d'intégrer et de protéger les savoirs traditionnels sans les décomposer et sans les fixer dans une propriété individuelle.

²¹⁹ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI, doc. : Éléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection, WIPO/GRTKF/IC/4/8, site: <http://www.wipo.org>.

²²⁰ Idem.

B. Une approche juridique novatrice, intégrée et adéquate

Ainsi, même si la protection des savoirs peut reposer sur des mécanismes individuels de protection de DPI, de façon simultanée la notion d'une nouvelle forme de protection demeure non seulement envisageable mais nécessaire.

Les ST ont comme caractéristique la transmission orale. Leur tradition ne se nourrit pas du facteur temporel, c'est-à-dire de son ancienneté. Il y a des savoirs récemment produits qui sont traditionnels quand même.

Ils se fondent sur la tradition, mais, « la tradition », dans ce cas ne peut pas être comprise comme l'absence de technicité. C'est dans la naissance, la transmission et la conservation qu'ils sont « traditionnels ». Ces savoirs sont nés de l'application des règles sociales d'une communauté déterminée, transmis oralement entre les membres de ces communautés et préservés collectivement, sauf dans le cas où ils sont détenus par un seul individu de la tribu, ce qui n'empêche pas sa conservation collective et sa transmission traditionnellement orale.

Il y a des caractéristiques particulières qui doivent être couvertes par le mécanisme juridique utilisé, comme les détenteurs des savoirs, de leur mode de transmission, de leur fondement, du type de création et ainsi de suite. Voici dans le TABLEAU 11 quelques unes de ces particularités :

TABLEAU 11
LES CARACTERISTIQUES DES SAVOIRS TRADITIONNELS²²¹

FONDEMENT : culturel et spirituel (et non économique)

CREATION : empirique et non scientifique²²²,

TRANSMISSION : orale, ce mode de transmission est le plus courant.

CONSERVATION :

- Ils peuvent être détenus de façon individuelle, par un groupe d'individus ou par un groupe de communautés.
- Les communautés peuvent être autochtones ou locales,
- Les détenteurs sont parfois des communautés nomades qui, même sans vivre dans un espace spécifique défini pour toute l'année, utilisent saisonnièrement plusieurs régions ou terrains sur lesquels ils ont des connaissances spécifiques sur le fonctionnement de l'environnement. Leurs activités saisonnières, qui sont des pratiques traditionnelles, de la même façon que les activités exercées par les communautés locales et autochtones fixes, aident à sauvegarder l'équilibre environnemental et la diversité biologique des régions où ils vivent.

Finalement, nous pouvons affirmer que les savoirs traditionnels sont intrinsèquement liées à leurs détenteurs, pouvant être identifiés comme étant traditionnels par leurs détenteurs et vice-versa. Ils méritent d'avoir une forme de protection différenciée, qui prenne en compte tous ces aspects particuliers, de façon intégrée.

²²¹ Dans l'introduction, les savoirs traditionnels et leurs caractéristiques sont traités de façon plus détaillée.

²²² Cela ne veut pas dire qu'ils ne sont pas d'une valeur équivalente à celle de la science occidentale, au contraire, ils sont considérés comme tel, c'est-à-dire, comme une science.

SECTION 2. DROITS INTELLECTUELS COLLECTIFS

Actuellement, la discussion de base entre les pays en développement mais également en leur sein, ainsi que dans les organismes internationaux repose sur les formes de protection et de promotion de ce savoir respectant les caractéristiques traditionnelles et le pluralisme culturel et ethnique des détenteurs.

§1° Le caractère global des savoirs traditionnels :

Il est vrai que la protection de tous les éléments constitutifs de ces savoirs est très difficile, à cause de leur nature très différenciée.

Normalement, au moment de la conception d'une loi, il faut limiter l'objet de protection pour que la loi puisse être effective. C'est pourquoi nous chercherons d'abord à encadrer les détenteurs de savoirs, avant de se pencher sur le concept de droit intellectuel collectif.

A. La prise en compte des détenteurs

Dans le cas des savoirs traditionnels, les organismes internationaux et les pays, individuellement, établissent comme objet de protection les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques. Ils procèdent à la séparation des éléments culturels, spirituels, religieux et du folklore, qui sont traités au sein d'autres règlements.

A l'égard de l'objet de protection et d'une protection intégrée, il faut dire que la seule distinction qui sera faite concernera les savoirs associés à la biodiversité et le folklore, pour éviter de rendre leur protection encore plus complexe.

Deuxièmement, et d'autre part, quand on parle d'un système intégré de protection des savoirs traditionnels et de la prise en compte des caractères spéciaux de ces savoirs, on se réfère non seulement aux différents aspects liés directement aux savoirs (types), mais aussi aux différences culturelles, économiques, sociales de ses détenteurs, comme on l'a signalé auparavant.

En conséquence, il faut identifier les communautés locales et autochtones qui disposent de ces savoirs. C'est cette prise en compte qui est attendue de la protection. C'est prendre en considération le point de vu du chaman, par exemple.

Dans le cadre de la protection des savoirs traditionnels, les communautés autochtones normalement ne considèrent pas les savoirs comme un bien qui peut être approprié²²³. Ainsi, selon leur pensé, les savoirs traditionnels devraient être collectivement détenus et partagés, puisqu'ils n'ont pas à faire l'objet de limitation ou de restriction.

Pour cette raison, un nouveau concept de droits à été développé : les Droits intellectuels collectifs (DIC).

²²³ DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and biodiversity : seeds and plant varieties*. London : IUCN/Earthscan Publications Ltd., 2000, page 118.

B. Le vague concept des droits intellectuels collectifs

Les droits intellectuels collectifs des communautés autochtones et locales seraient les droits originaires qu'elles ont sur leurs savoirs traditionnels, comprenant aussi bien des droits moraux que patrimoniaux.

Les caractéristiques de ces droits sont l'imprescriptibilité, l'inaliénabilité et l'impossibilité d'y renoncer et d'en faire l'objet de rétention, ces droits, bien que collectifs, n'appartenant qu'à la collectivité²²⁴.

Les droits intellectuels collectifs ont été adoptés dans plusieurs législations de protection de la biodiversité, dans les lois d'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels, comme la loi du Costa Rica, du Pérou et dans l'avant-projet de loi brésilien.

Une autre dénomination donnée aux droits des communautés locales et autochtones correspond aux droits sur les ressources traditionnelles. Ces droits sont constitués par un ensemble de droits secondaires que les populations peuvent utiliser à des fins de protection, d'indemnisation et de conservation. Cette notion renvoie à des droits intégrés, qui reconnaissent, protègent et stimulent la bio et la sociobiodiversité. Elle reconnaît que les dimensions culturelles et biologiques de la biodiversité sont indissociables, en raison de leur existence inextricablement liée à leur subsistance.

Ils constituent le fondement d'un système *sui generis*. Les DIC visent non seulement à protéger les connaissances traditionnelles, mais cherchent aussi à affirmer le droit des peuples en relation avec les accords internationaux.

§2°. Les fondements des droits intellectuels collectifs

La façon dont ces droits sont réglementés varie d'un pays à l'autre. Les dispositions peuvent être plus ou moins étendues. On cherchera à citer ici les droits moraux et patrimoniaux des détenteurs de savoirs traditionnels, ainsi que les mesures générales qui sont sensées être prévues dans un régime *sui generis*.

A. Les droits moraux et patrimoniaux des détenteurs des savoirs traditionnels

D'une façon générale, ces droits seraient fondamentalement constitués de plusieurs caractéristiques :

- Avoir l'origine de l'accès aux savoirs traditionnels associés indiquée dans toutes les publications, registres, utilisations (commerciales et non commerciales) et les divulgations ;
- Rejeter l'accès aux STA, sans que les autres détenteurs traditionnels qui partagent les mêmes savoirs n'en souffrent préjudice ;
- Empêcher les tiers non autorisés de faire usage, de réaliser des tests, recherches ou exploitation, relatif aux STA ;

²²⁴ Caractéristiques prévues par l'avant projet de loi brésilien, qui prévoit les droits intellectuels collectifs.

- Empêcher les tiers non autorisés de divulguer, transmettre ou retransmettre toutes données ou informations qui intègrent les STA ;
- Utiliser et jouir des STA, ainsi qu'autoriser, préalablement et expressément, leur usage et exploitation par des tiers ;
- Partager les avantages découlant de l'usage et de l'exploitation, directe et indirecte de ces STA par des tiers²²⁵.

B. D'autres Dispositions générales dérivées des DIC

D'autres questions doivent encore être prises en compte pour établir un régime *sui generis* de droits intellectuels collectifs, au moment de sa réglementation, à savoir :

- Le consentement éclairé et préalable ;
- Les détails du processus, du contenu et des acteurs faisant partie de la consultation doivent être mis en accord avec les peuples autochtones, et les communautés locales, en respectant leur organisation sociale, usages, costumes et traditions ;
- Le partage des avantages découlant de l'usage des STA et des ressources génétiques existantes sur leur territoire ;
- La partie intéressée dans l'accès devra mettre en place, quand il faut, l'appui technique, juridique et scientifique indépendant, pendant le procès de consultation et la durée du partenariat ;
- La reconnaissance des savoirs traditionnels, comme savoir et science, à travers laquelle ils auront un traitement équitable vis-à-vis des savoirs scientifiques occidentaux ;
- Le respect des formes d'organisation sociale et de représentation politique traditionnelle ;
- La prévision expresse de la non validité des DPI (notamment des brevets) conférés sur les procès techniques ou des produits directement liés à l'utilisation des savoirs traditionnels ;
- L'inversion de la charge de la preuve en faveur des communautés traditionnelles dans des litiges judiciaires, spécialement dans le cas d'annulation de brevet ;
- La création d'un nouveau système de registre, de base de données qui soit gratuit facultatif et déclaratoire ;
- L'adoption du principe de précaution, dans le cas de risques non prévisibles de préjudice culturel, social, économique, environnemental²²⁶ ;

Entre tous ces éléments, deux sont les plus débattus : le consentement éclairé et préalable et le partage des avantages²²⁷.

²²⁵ Les droits suscités sont prévus dans l'avant projet de loi brésilien, lequel vient d'être préparé par le Conseil de Gestion du Patrimoine Génétique qui fait partie du Ministère de l'Environnement brésilien.

²²⁶ Propositions pour une réglementation protectrice des savoirs traditionnels suggérés par LIMA, BENSUSAN et BAPTISTA, LIMA et BENSUSAN, "Droits intellectuels collectifs et savoirs traditionnels" in Documentos ISA 8, « Quem cala consente ? », page 209-211.

Une analyse plus approfondie de ces éléments mériterait une autre étude d'égale ampleur, ce que n'est pas possible à réaliser pour échapper aux limites et aux objectifs du présent travail.

Néanmoins, nous pouvons affirmer sans aucune doute qu'ils constituent la base des régimes capables de protéger efficacement les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, qu'il s'agisse d'un régime *sui generis* ou d'un régime d'autre nature.

L'alternative d'un régime *sui generis* représente le chemin le plus adéquat pour la protection des savoirs traditionnels, même dans un emploi non-exclusif, pour prendre en compte les particularités des savoirs et de leurs détenteurs.

²²⁷ Ils ont été traités sommairement dans la première partie, Chapitre 2, Section 2.

SECTION 3. LES ELEMENTS SUI GENERIS ENVISAGÉS AU SEIN DE L'OMPI ET DE LA CDB : ETAT DE LIEU

Malgré les considérations positives sur la création d'un régime basé dans les droits intellectuels collectifs, cela est loin d'être une réalité dans les forums internationaux. Par conséquent, cette section est destinée à l'analyse des dernières évolutions constatées dans le cadre de la CDB et de l'OMPI vers la construction d'un régime *sui generis*, qui ne se dissocie pas du schéma classique du droit de propriété.

Dans l'OMPI, comme dans la CDB, quelques modifications positives dans le sens de l'établissement d'un régime *sui generis* sont observables. Cela reste dit avec réserve car nous ne pouvons pas parler d'un véritable « système juridique *sui generis* novateur », lequel devrait forcément être composé par des principes, ainsi que des instruments juridiques (dans ce cas de nature novatrice), ce qui n'est pas encore une réalité.

Le prochain paragraphe (§1. Le projet de reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système de brevet) pourrait trouver sa place plus aisément dans le chapitre sur la propriété intellectuelle (chapitre 4) ou dans celui sur le régime *sui generis* sur la propriété intellectuelle (Chapitre 5), puisqu'il s'agit d'une modification dans le système actuel de brevet, lequel est un des instruments les plus importants de la propriété intellectuelle. Mais, malgré sa liaison intrinsèque avec les DPI, ce sujet se lie aussi à deux des éléments du régime *sui generis* analysés au sein de la CDB (groupe d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages), **le certificat d'origine et l'obligation de divulgation d'origine.**

L'obligation de divulgation d'origine consiste dans le devoir d'informer au moment du dépôt de la demande d'un droit de propriété intellectuelle de l'origine des ressources génétiques ou de l'utilisation des STA dans l'invention objet de PI.

Le certificat d'origine consiste dans une preuve à présenter à l'office national de la propriété intellectuelle au moment d'une demande de brevet, pour démontrer que l'invention en question est ou non associée à l'usage d'un savoir traditionnel ou à une ressource génétique. Dans le cas d'une réponse positive, le demandeur devrait prouver, par le biais de ce certificat que la procédure du consentement éclairé et préalable ait eu lieu, selon les lois nationales du pays d'origine de la ressource génétique ou des détenteurs originaux des savoirs traditionnels, ainsi que la démonstration des conditions d'un éventuel partage des avantages.

Compte tenue du fait que ces deux sujets (certificat d'origine et réforme du système de brevet) ont les brevets comme point commun, son analyse se trouve mieux insérée dans le chapitre destiné à un régime *sui generis* autonome, lequel est en train de se dessiner dans le cadre de la CDB et qui a comme forte revendication le certificat d'origine et l'obligation de divulgation..

Alors, dans un premier moment nous allons analyser les aspects principaux du projet de réforme du système de brevet, qui se consolide au sein du Comité de l'OMPI, pour dans un deuxième moment parler des avancées au sein de la CDB vers la création d'un régime *sui generis* autonome, ce qui se fera par l'étude des éléments de ce régime, notamment du certificat d'origine.

§1° Le projet de reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système de brevet : une évolution « sui generis » au sein de l'OMPI ?

En ce qui concerne l'OMPI, quelques points du Projet du Comité Intergouvernemental de l'OMPI (Projet d'objectifs de la politique générale et des principes fondamentaux de la protection des savoirs traditionnels) se trouvent décrits dans le TABLEAU 07.

Ce projet prévoit un ensemble de prérogatives pour les détenteurs originaux de ces savoirs, mais comme cela a été dit auparavant, un des outils les plus fortement envisagés pour la mise en œuvre de la protection des savoirs traditionnels dans ce système est la Propriété Intellectuelle.

La nouveauté dans cette enceinte se cristallise dans le projet de réforme du régime de brevet.

Le comité de l'OMPI est en train de développer un projet de reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système de brevet, ce qui consiste en une forme de protection défensive²²⁸. Cette réforme vise à empêcher leur usage indu. Dans le temps, plusieurs cas d'appropriation indu des savoirs traditionnels et des ressources génétiques ont été constatés²²⁹. Cela s'est surtout produit par la délivrance de brevets, basés sur les savoirs traditionnels ou des ressources génétiques, à une personne tierce, différente de leurs détenteurs originaux, sans qu'aucune reconnaissance ne leur soit attribuée, ni leur consentement demandé, ni le partage des avantages prévu.

A. Pourquoi reconnaître les savoirs traditionnels par le système de brevet ?

Comme les savoirs traditionnels sont dans la plupart des cas des innovations scientifiques, ils peuvent faire objet de brevet, mais comme leurs détenteurs n'ont pas cette optique de leurs savoirs, c'est-à-dire, de leur propriété privée et restrictive, ils « optent » pour ne pas faire usage du brevet (quand ils savent ce que c'est le brevet, hypothèse très rare !). Il est nécessaire de se trouver ou de leur donner des moyens de ne pas se faire piller leur savoirs par des tiers qui utilisent le système de brevet, lequel à ce stade ne « reconnaît » leur existence ou pour le moins n'impose pas l'obligation d'information dans le cas de rapport entre l'invention et les savoirs traditionnels.

Dans la réalité, les demandes de brevets sont souvent liées directement ou indirectement aux savoirs traditionnels. Les inventions peuvent être -et souvent sont !- issues des savoirs traditionnels, avec qui elles se confondent parfois. Dans cette hypothèse, le respect du critère de nouveauté est mitigé, voir absent. Pour cette raison aussi, c'est-à-dire, pour la certitude du respect des critères du brevet, « les savoirs traditionnels peuvent éventuellement présenter un intérêt aux fins de la nouveauté d'une invention (non-évidence), de la déclaration, par le déposant, de l'identité de l'inventeur ou des inventeurs véritables, de l'obligation, pour le déposant, de déclarer l'ensemble de l'état de la technique connu ou du droit du déposant de déposer une demande de brevet pour cette invention ».²³⁰

²²⁸ Voir Chapitre 4, Section I, sur les types de protection : défensive et positive.

²²⁹ Voir les exemples contenus dans le tableau 06, 12 et dans l'annexe I.

²³⁰ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, « Projet de recommandations sur la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le

Pour illustrer le rapport entre les savoirs traditionnels et les brevets, le cas de la quinine a été présenté dans le TABLEAU 12.

TABLEAU 12
Le rapport intrinsèque des savoirs traditionnels et le système de brevet :
Le cas de la quinine

‘Les Indiens d’Amazonie savent depuis des siècles que l’écorce de quinquina peut servir à traiter le paludisme et d’autres fièvres. Ils l’utilisaient sous la forme de poudre d’écorce. En 1820, des scientifiques français ont découvert que l’élément actif, un alcaloïde appelé quinine, pouvait être extrait et utilisé plus efficacement sous la forme de sulfate de quinine. En 1944, la structure de la molécule de l’alcaloïde (C₂₀H₂₄N₂O₂) a été découverte. Cela signifiait que la substance pouvait être synthétisée.

‘Imaginez un scientifique racontant à un Indien d’Amazonie les découvertes de 1820 et de 1944. Le scientifique : ‘Nous avons découvert que l’écorce est efficace contre les fièvres parce qu’elle contient un alcaloïde à la structure chimique assez complexe qui réagit au contact des globules rouges dans le sang. Il s’agit de la quinine.’ L’Indien : ‘C’est très intéressant. Dans ma tribu, nous l’appelons l’esprit magique de l’écorce’. L’Indien connaît-il la quinine? Messieurs les juges, compte tenu de la caractéristique qu’il attribue à l’écorce en tant que substance efficace contre les fièvres, il est évident que oui. Peu importe qu’il utilise des termes animistes au lieu de termes chimiques. Il sait que l’écorce est efficace contre les fièvres et c’est là une des caractéristiques de la quinine.

‘Par ailleurs, dans un contexte différent, l’Indien d’Amazonie ne saurait pas ce qu’est la quinine. Si on lui présentait des comprimés de sulfate de quinine, il ne les associerait pas à l’écorce de quinquina. La quinine en tant que substance sous forme de comprimés lui est inconnue, tout comme la notion d’alcaloïde synthétisé artificiellement ...

‘L’exemple de la quinine montre qu’il existe des descriptions sous lesquelles un produit ou un objet peuvent être connus concrètement d’une personne sans que celle-ci soit consciente de leur composition chimique ou sache même qu’ils aient une structure moléculaire propre. Il peut s’agir indifféremment d’une substance naturelle ou artificielle. Jusqu’à présent je me suis limité à parler de ce que signifie connaître un élément dans le cadre de la vie quotidienne. Les mêmes principes s’appliquent-ils en droit des brevets? Ou le droit des brevets a-t-il une épistémologie qui lui est propre?’”

Source : *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. v. H.N. Norton & Co. Ltd.*, [1996] RPC 76, p. 88 (*per* Lord HOFFMANN) cité par le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore dans le « Projet de recommandations sur la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets », annexe du document WIPO/GRTKF/IC/9/8 sur *La reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets : projet intérimaire*, du 15 mars 2006, analysé dans la Neuvième session du Comité intergouvernemental de l’OMPI tenue à Genève, 24 – 28 avril 2006, pages 3 et 4 de l’annexe.

système des brevets », annexe du document WIPO/GRTKF/IC/9/8 sur *la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets : projet intérimaire*, du 15 mars 2006, analysé dans la Neuvième session du Comité intergouvernemental de l’OMPI tenue à Genève, 24 – 28 avril 2006, page 1 de l’annexe.

Un autre argument qui pèse dans l'étude et réalisation de ce projet est le fait que certaines législations sur les brevets contiennent déjà l'obligation de divulgation des savoirs traditionnels ou des ressources génétiques. De plus, plusieurs pays notamment en développement, ont proposés l'adoption de cette obligation au niveau international, ce qui représenterait une marche (un élément) vers un système global de protection des savoirs traditionnels.

En effet, selon le propre Comité intergouvernemental de l'OMPI sur les savoirs traditionnels : « [Ils] constituent un élément important de nombreuses innovations techniques qui, elles-mêmes, représentent l'essentiel des sciences et des techniques non seulement du point de vue historique mais aussi du point de vue moderne. S'il est nécessaire que le système des brevets comprenne les savoirs traditionnels et en tienne pleinement compte, c'est pour des raisons juridiques, éthiques et pratiques » ²³¹.

L'importance de ce projet peut être résumée dans ces quelques points, à savoir :

- Question de légitimité du demandeur du brevet ;
- Respect des détenteurs originaux ;
- Respect des critères exigés pour la conférence du brevet (nouveau) ;
- Revendication des plusieurs pays ;
- Raisons juridiques, éthiques et pratiques.

B. En quoi consiste le projet de reconnaissance des ST dans le système de brevet de l'OMPI?

Le projet décrit dans le tableau suivant (TABLEAU 12) a détecté en effet les questions juridiques et pratiques qui représentent un obstacle à la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système actuel de brevet. Ce sont en fait les brèches dans ce système qui permettent l'octroi de brevets à des tiers sur des inventions basées sur les savoirs traditionnels sans que les détenteurs originaux n'aient donné leur accord.

Il ne va pas encore au-delà des constatations, étant très embryonnaire. Il comporte déjà quelques recommandations, mais qui n'ont pas encore un caractère de norme, même volontaire. Toutefois, les avancées sont visibles, notamment à l'égard de la reconnaissance que le système actuel de brevet est faible et aveugle vis-à-vis des savoirs traditionnels.

L'importance majeure de ce projet est le fait qu'il peut constituer une éventuelle ouverture des pays de l'OMPI par rapport à l'acceptation de l'imposition d'un certificat d'origine qui est à son tour en train d'être modelé dans la CDB. Le certificat peut être l'outil applicable à la prise en compte effective des savoirs traditionnels dans le système de brevet, qui est l'objectif du projet de l'OMPI.

Pour avoir un aperçu du niveau gestationnel, mais aussi des évolutions dans le cadre du Comité de l'OMPI pour reconnaître les savoirs traditionnels dans le système actuel de brevet, un tableau basé sur le projet présenté dans la neuvième session du Comité en avril 2006 a été élaboré. Il n'est qu'un résumé de ce document, qui pour une vue d'ensemble cohérente, a été pour nous subdivisé dans ses aspects positifs, négatifs, juridiques et pratiques.

²³¹ Idem.

TABLEAU 13

PROJET DE RECONNAISSANCE DES SAVOIRS TRADITIONNELS DANS LE SYSTEME DE BREVET : ASPECTS PRINCIPAUX²³²

1. Origine :

- Ce projet découle d'une série d'études de cas et de propositions élaborées par différents États membres et groupes régionaux de l'OMPI qui ont préconisé que les administrations chargées de la recherche et de l'examen en matière de brevets tiennent davantage compte des savoirs traditionnels et des ressources génétiques dans l'évaluation de la validité des demandes de brevet.

2. Objectif principal:

- Le projet de recommandations vise à fournir un cadre de coopération pratique et d'élaboration de politiques qui augmente la probabilité que les brevets délivrés soient valables au regard des savoirs traditionnels et des ressources génétiques, ainsi que des systèmes de savoirs traditionnels concernés. Il est sans préjudice des autres initiatives juridiques, pratiques et générales visant à réaliser cet objectif aux niveaux national, régional et international et a pour objet de compléter les initiatives prises par ailleurs.

3. Objectifs spécifiques:

- aider les administrations de brevets et les spécialistes des brevets à tenir compte des savoirs traditionnels ainsi que de leur contenu technique et de leur contexte social et juridique, ce qui leur permettra de mieux s'acquitter de leurs responsabilités.

- ce projet de recommandations vise à réduire la probabilité de délivrance à tort de brevets qui revendiquent indûment en tant qu'inventions certains savoirs traditionnels ou certaines ressources génétiques et de brevets pour des inventions revendiquées qui ne sont ni nouvelles ou qui sont évidentes au regard des savoirs traditionnels pertinents.

4. Objectifs généraux :

- aider les administrations de brevets à examiner et à mettre au point des procédures garantissant que les savoirs traditionnels pertinents seront pris en considération au cours du traitement des demandes de brevets, ce qui devrait permettre d'augmenter la probabilité que les brevets délivrés soient valables ;

- fournir un outil de formation et de sensibilisation aux examinateurs de brevets, aux spécialistes des brevets, aux chercheurs et aux entreprises innovantes, aux représentants des communautés, aux représentants de la société civile et à d'autres parties concernées par la validité des brevets délivrés ;

- fournir des conseils pratiques concernant spécifiquement les cas où des détenteurs de savoirs traditionnels prennent en connaissance de cause la décision de fixer certains éléments de leurs savoirs traditionnels à des fins de publication défensive (conseils complétant le manuel sur la préservation des intérêts des détenteurs de savoirs traditionnels au cours de la fixation de ces savoirs) ;

- fournir un cadre informel de coopération entre les offices, avec par exemple la reconnaissance de la compétence particulière de certains d'entre eux en ce qui concerne des systèmes de savoirs traditionnels spécifiques (comme cela est expliqué au paragraphe 22 du document WIPO/GRTKF/IC/6/8) ; et

- donner aux responsables politiques et aux législateurs des conseils généraux ou des orientations possibles au cours de l'analyse et de la mise au point de systèmes nationaux et régionaux de brevets.

²³² Tous les aspects présentés dans ce tableau ont été retirés *ipsis literis* du document « Projet de recommandations sur la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets », annexe du document WIPO/GRTKF/IC/9/8 sur la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets : projet intérimaire, du 15 mars 2006, analysé dans la Neuvième session du Comité intergouvernemental de l'OMPI tenue à Genève, 24 – 28 avril 2006.

5. Axe :

- Ce projet de recommandations est axé sur des aspects précis de la législation sur les brevets et des procédures dans ce domaine, qui portent sur le régime des savoirs traditionnels et des ressources génétiques connexes en rapport avec les inventions revendiquées.

6. Type de protection :

- protection défensive : « la “protection défensive” des savoirs traditionnels renvoie à des stratégies visant à empêcher l’acquisition de droits de propriété intellectuelle sur des savoirs traditionnels ou des ressources génétiques par d’autres parties que les gardiens habituels de ces savoirs ou ressources. »

a. Aspects juridiques :

- déterminer si le savoir traditionnel est reconnu en tant qu’état de la technique selon la législation sur les brevets du pays concerné.
- la reconnaissance de savoirs transmis oralement, ce qui permettra de fixer une date précise de divulgation au public du savoir écrit ou oral et de déterminer si le savoir traditionnel a été divulgué de telle manière qu’il a permis au lecteur de mettre en œuvre la technologie concernée.

b. Aspects pratiques :

○ faire en sorte que l’information soit mise à la disposition des administrations chargées de la recherche et des examinateurs de demandes de brevet, et qu’elle leur soit effectivement accessible (grâce, notamment, à une indexation ou à un classement), afin de multiplier les chances de la trouver lors d’une recherche sur l’état de la technique pertinent.

c. Aspects « négatifs » :

○ La protection défensive vise uniquement à empêcher des tiers d’obtenir des droits de propriété intellectuelle et n’empêche pas, en soi, des tiers d’utiliser le matériel concerné.

7. Questions juridiques relatives aux savoirs traditionnels et à la nouveauté :

a. Points à traiter :

- l’étendue générale de l’état de la technique pertinent aux fins de la détermination de la nouveauté (par exemple, divulgation locale ou à l’étranger),
- la nature de la divulgation requise pour établir l’absence de nouveauté,
- les conditions précises de reconnaissance de l’état de la technique (mise à la disposition du public, langues et publication, y compris certains éléments concernant la publication électronique ou sur l’Internet),
- les normes à appliquer pour établir la date effective de l’état de la technique, et
- le critère de continuité de la publication ou de mise à la disposition du public.

b. Point focal :

- la reconnaissance d’informations divulguées oralement²³³ et non seulement les savoirs documentés ou écrits lorsqu’il s’agit de déterminer la validité de revendications de demandes de brevet.

²³³ En effet, « Normalement, une grande partie des savoirs traditionnels se transmet traditionnellement de façon orale sans être ramenée à une version écrite ou fixe. Cela suscite la crainte que, dans la mesure où toute législation des brevets reconnaît spécifiquement les savoirs documentés ou écrits lorsqu’il s’agit de déterminer la validité de revendications de demandes de brevet, on s’expose au danger que des inventions revendiquées soient jugées valides même s’il se peut qu’elles impliquent l’appropriation de savoirs traditionnels divulgués oralement. On craint en effet que cela nuise aux intérêts des communautés à forte tradition orale ». OMPI,

i. Aspects positifs :

○ Le fait de leur reconnaître un statut juridique pertinent pour la détermination de la validité de revendications de demandes de brevet renforcerait sensiblement le fondement juridique d'une protection défensive, sans exiger nécessairement des détenteurs de savoirs traditionnels qu'ils divulguent ou publient ces savoirs en violation du principe du consentement préalable informé.

○ *Elimine* le danger que des inventions revendiquées soient jugées valides même s'il se peut qu'elles impliquent l'appropriation de savoirs traditionnels divulgués oralement.

ii. Aspect négatif :

○ Dans la pratique, le fait de tenir compte de savoirs traditionnels divulgués de façon orale, y compris dans des juridictions étrangères, poserait des problèmes d'évidence, précisément en raison de l'absence de documentation.

○ Par ailleurs, on peut craindre que la documentation relative aux savoirs traditionnels transmis oralement, y compris celle établie pour les besoins des procédures de délivrance de brevets, accélère ou facilite le détournement de ces savoirs, y compris leur utilisation par des tiers à des fins commerciales sans le consentement préalable informé des détenteurs de ces savoirs²³⁴.

9. Questions juridiques relatives aux savoirs traditionnels et à la non-évidence²³⁵ :

- Formation des personnels (*l'homme de métier consulté*) qui analyse la demande de brevet dans les savoirs traditionnels courants de son pays. *Parce que* si une invention revendiquée est plus ou moins hybride et émane en partie d'un système de savoirs traditionnels et en partie d'une discipline scientifique et technologique particulière, la question se pose de savoir si le test de non-évidence peut considérer la personne comme possédant la connaissance pertinente des savoirs traditionnels.

a. Difficulté pratique :

○ Si le savoir traditionnel utilisé dans l'invention vient d'une communauté extérieure à celle du pays où la demande du brevet est posée, Il sera difficile de reconnaître le caractère traditionnel.

Source des informations : OMPI, Comité intergouvernemental, « *Projet de recommandations sur la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets* », annexe du document WIPO/GRTKF/IC/9/8 sur la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets : projet intérimaire, du 15 mars 2006, analysé dans la Neuvième session du Comité intergouvernemental de l'OMPI tenue à Genève, 24 – 28 avril 2006

Si d'un côté l'OMPI travaille sur la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système de brevet, en plus du projet d'objectifs de la politique générale et des principes fondamentaux de la protection des savoirs traditionnels (TABLEAU 7), le secrétariat de la CDB suit le travail de mise en œuvre de l'article 8 (j).

Comité intergouvernemental, « *Projet de recommandations sur la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets* », annexe du document WIPO/GRTKF/IC/9/8 sur la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets : projet intérimaire, du 15 mars 2006, analysé dans la Neuvième session du Comité intergouvernemental de l'OMPI tenue à Genève, 24 – 28 avril 2006, page 15 de l'annexe.

²³⁴ Voir documents WIPO/GRTKF/IC/5/5 et WIPO/GRTKF/IC/5/6

²³⁵ Le critère de la non-évidence est constitutif du critère d'invention. En effet, pour que l'invention puisse faire objet de brevet, elle ne peut pas être évidente, c'est-à-dire, le produit ou la technique inventée par le demandeur ne peut pas être arrivé de façon notoire par n'importe quelle personne avec les mêmes capacités de l'inventeur. Pour une analyse plus détaillée de ce critère, voir Judy A. Errat, Ph. D. Gowling, Strathy & Henderson, « *Étude sur la norme de non-évidence en droit des brevets* », 1996, disponible à consultation sur le site d'information d'Industrie Canada sur la politique de la propriété intellectuelle : <http://strategis.ic.gc.ca/epic/site/ippd-dppi.nsf/fr/ip00108f.html>.

Au sein de la CDB, l'étude et l'adoption de lignes directrices et des outils destinés au respect des savoirs traditionnels et des droits des communautés locales et autochtones sont nombreuses.

Parmi les propositions et mesures les plus importantes, on peut citer :

- Les **lignes directives d'Akwé : Kon** relatives à la conduite d'études sur les impacts culturels, environnementaux et sociaux des projets d'aménagement ou des aménagements susceptibles d'avoir un impact sur des sites sacrés et sur des terres ou des eaux occupées ou utilisées traditionnellement par des communautés autochtones et locales ; aux études d'impacts culturelles ;
- Le projet de **code de conduite éthique** envisagé pour assurer le respect du patrimoine culturel et intellectuel des communautés autochtones et locales présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ;
- La création d'un **mécanisme de participation** des communautés autochtones et locales (mécanisme de financement volontaire) ;
- La constitution d'un **Plan d'action pour le maintien des connaissances traditionnelles**, des innovations et des pratiques qui caractérisent les modes de vie d'intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ;
- L'élaboration d'un **régime *sui generis*** de protection des savoirs traditionnels associés ;
- L'établissement d'une **collaboration avec le Groupe de travail spécial sur l'accès et le partage des avantages et participation des communautés autochtones et locales**, relative à l'élaboration du Régime international sur l'accès et le partage des avantages.

Ces avancées (concrétisées, naissantes ou en évolution) se trouvent bien détaillées dans la Décision VIII/5 de la Conférence des Parties de la CDB sur l'article 8 (j) et ses dispositions connexes.

Les deux derniers points susmentionnés, relatifs à l'élaboration d'un régime *sui generis* et à la collaboration avec le groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages (notamment en ce qui concerne le régime international sur l'accès et le partage des avantages), sont les plus importants pour le présent travail.

La protection des savoirs traditionnels associés passe par l'établissement d'un régime *sui generis* qui commence à se cristalliser. Le prochain paragraphe analysera le rapport entre le régime *sui generis* et le régime international sur l'accès et le partage des avantages, les principaux éléments du régime *sui generis*, pour finalement, conclure avec une brève étude d'un des éléments les plus récemment envisagés - l'obligation de divulgation d'origine et le certificat d'origine ou de provenance légale, lequel a un rapport intrinsèque avec le projet du Comité Intergouvernemental de l'OMPI sur la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système de brevet qui vient d'être analysé.

§2° Les régimes *sui generis* dans le cadre de la CDB : le certificat d'origine comme vedette

Dans le cadre de la CDB, les discussions sur ce sujet ont proliféré pendant les dernières années. La septième Conférence des Parties (COP-7) à Kuala Lumpur, a bien pris en compte la nécessité de définir les éléments constituant un régime *sui generis*, ayant

attribué cette tâche au groupe d'experts *ad hoc* sur l'article 8 (j)²³⁶. Un extrait des points à prendre en compte par le groupe sont les suivants :

- a. « considérer les formes de protection *sui generis* non basées sur la propriété intellectuelle;
- b. développement, comme une question prioritaire des éléments d'un régime *sui generis*
- c. revoir la relevance et l'applicabilité des lignes directrices de Bonn ;
- d. faire des recommandations relatives au régime international sur l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages ;
- e. évaluer le rôle des bases de données et des registres dans la protection des savoirs traditionnels ;
- f. explorer des formes existantes et aussi les nouvelles formes de protection par la propriété intellectuelle »²³⁷.

De ces alinéas quelques conclusions sur le contenu du régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels peuvent être facilement repérées, comme : 1) les outils juridiques pourront (alinéa « f ») ou non (alinéa « a ») être basés sur la propriété intellectuelle, qui n'est ainsi pas écartée ; 2) l'intérêt pour les bases de données et de registres pour la protection des savoirs traditionnels ; 3) le régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels doit prendre en compte le régime international sur l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages²³⁸ ; et ainsi de suite.

Même si le projet d'élaboration d'un régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels commence à prendre forme, il demeure encore très basilaire. Alors, pour mieux comprendre les éléments qui composent ce régime, il faut aller au-delà de la mise en œuvre de l'article 8, j) et du régime *sui generis*, par l'analyse concomitante du projet de Régime International sur l'accès et au partage des avantages, lequel nous donne des pistes sur l'accès aux savoirs traditionnels associés.

Dans un premier abord, le lien entre ces deux régimes sera établi, ce qui finira par la définition et les bases des éléments du régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels.

A. Le rapport entre le régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels et le Régime International d'accès et partage des avantages.

Dans l'annexe de la décision VII/16, H, de la COP/8 de la CDB, les éléments possibles à examiner dans l'élaboration de systèmes *sui generis* de protection des connaissances, des innovations et des pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales, ont été listés. Parmi ces éléments, un point doit être souligné, voici sa transcription :

« 5. Un processus et un ensemble d'obligations régissant le consentement préalable en connaissance de cause, les modalités convenues d'un commun accord et le partage équitable

²³⁶ La décision VII/16 H en question et son annexe ont été transcrites dans l'annexe III du présent travail.

²³⁷ Une page dédiée à l'article 8 (j) après la COP-7a été mise en ligne sur le site de la Secrétariat de la CDB, www.biodiv.org. Ces alinéas ont été traduites librement par l'auteur de l'anglais au français à partir de cette page.

²³⁸ Le projet de régime international sur l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages analysé lors de la huitième réunion de la COP à Curitiba/Brésil en mars 2006 est reproduit dans l'Annexe IV.

des avantages en ce qui concerne les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées aux ressources génétiques et qui présentent un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ».

Son importance demeure dans le fait que, jusqu'à présent, les droits conférés aux communautés locales consistent dans 1) le *consentement en connaissance de cause* (avoir un mot à dire sur l'accès aux savoirs traditionnels), ainsi que 2) le droit de *partager les avantages* qui découlent de leur usage. Ces obligations sont imputées à tous ceux qui veulent avoir accès aux savoirs traditionnels (article 8, j de la CDB). Elles représentent les droits clefs du régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels.

Toutefois, le partage des avantages est une obligation non seulement liée à l'accès des savoirs traditionnels, mais aussi aux ressources génétiques. Malgré l'inclusion de cette obligation parmi les « droits » contenus dans l'article 8 (j), et dans l'article 15 (qui traite de l'accès aux ressources génétiques), il n'y a pas de dispositions dans la CDB qui définisse les règles et les modalités de partage.

Le partage des avantages est un thème aussi controversé et flou que celui des savoirs traditionnels, c'est pourquoi la Conférence des Parties de la CDB a constitué un groupe de travail pour élucider les questions relatives à l'accès et au partage des avantages.

Le Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages est ainsi chargé, entre autres, d'élaborer et de négocier un régime international d'accès et de partage des avantages.

Ce régime poserait la base juridique internationale de tout accès non seulement aux ressources génétiques, mais aussi aux savoirs traditionnels, ainsi que des conditions de partage des avantages qui en découlent.

Par conséquent, la mise en œuvre d'un régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, passera forcément par le régime international d'accès et de partage des avantages. Le rapport entre ces deux régimes est inexorable, vu qu'il est difficile parfois de distinguer l'accès aux ressources et l'accès aux savoirs traditionnels, qui sont intrinsèquement liés.

Cette relation viscérale entre l'article 8 (j) et l'article 15 de la CDB, a bien été prise en compte dans l'analyse de ces deux articles. L'alinéa «d» qui traite du régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels se réfère justement au régime international d'accès et de partage des avantages, du même que le projet de régime international d'accès et de partage des avantages, lequel prévoit que « les éléments du régime international devraient être élaborés et mis en œuvre en accord avec l'article 8 j) de la Convention sur la diversité biologique »²³⁹.

Alors, pour connaître les éléments du régime *sui generis*, le regard sera penché sur l'actuel projet de régime international, qui prévoit des conditions pour l'accès aux savoirs traditionnels. L'analyse des éléments (qui sont plutôt les obligations) constitutifs du régime, sera succédée par l'étude du plus jeune outil envisagé par la CDB : le certificat d'origine.

²³⁹ Annexe de la Décision VIII/4 « A », disponible à consultation sur le site : www.biodiv.org.

B. Les trois piliers du régime *sui generis* et le certificat d'origine : un élément en gestation.

En tenant compte du projet en construction d'un régime international d'accès et de partage des avantages constant dans l'annexe de la décision VIII/4, « A » (Annexe IV), les principales obligations envisagées pour l'accès aux savoirs traditionnels (qui équivalent à des droits conférés aux communautés locales et autochtones) se résument à ceci :

1. le consentement préalable en connaissance de cause ;
2. le partage des avantages ;
3. l'obligation de divulgation de l'origine et le certificat d'origine (ou de provenance légale) de la ressource et du savoir traditionnel.

Vu que les deux premières obligations ont déjà été brièvement analysées lors du traitement de l'article 8 (j) dans le Chapitre 1 (Section 2) du présent travail, en plus de la relation intrinsèque entre le troisième et ces deux obligations, nous allons mettre l'accent sur l'obligation de divulgation et le certificat d'origine, qui n'est pas prévue dans le texte de la CDB, étant une obligation complètement nouvelle et en construction.

L'obligation de divulgation serait une condition à l'obtention des droits de propriété intellectuelle. Le demandeur devrait démontrer au moment du dépôt d'une demande de droits de propriété intellectuelle la provenance des ressources ou l'utilisation de savoirs traditionnels ainsi que l'accomplissement des obligations relatives au consentement préalable et au partage des avantages. L'outil qui permettrait cette démonstration serait le certificat d'origine, de source ou de provenance légale de la ressource génétique ou du savoir traditionnel associé. Ce sont deux notions différentes mais complémentaires.

Comme le Certificat d'origine a déjà fait objet de plusieurs études, il sera ici mis en évidence. Le Certificat d'origine, s'il est consolidé, représentera un fort outil de contrôle du respect du consentement éclairé et préalable, ainsi que du partage des avantages, en plus de l'obligation de divulgation.

En réalité, au départ (en 1994) le terme certificat d'origine a été employé pour décrire les propositions d'utilisation des procédures de demandes de brevet comme forme pour assurer l'accomplissement du consentement préalable en connaissance de cause²⁴⁰, qui en effet, est l'objectif de l'actuel projet de réforme du système de brevet de l'OMPI (TABLEAU 13).

En raison de la nouveauté de ce sujet, d'une perspective positive vers son utilité et de son apparition recourant au sein des réunions relatives à l'accès et au partage des avantages, une étude plus approfondie de sa faisabilité et sur les caractéristiques de cet instrument était nécessaire. Un rapport a alors été produit par des experts de l'Université des Nations Unies sur la faisabilité, la possibilité pratique et les coûts d'un système de certificat d'origine pour les ressources génétiques²⁴¹. Ce travail a été rendu au Secrétariat de la CDB et présenté à la troisième réunion du groupe d'experts sur l'accès et le partage des avantages qui a eu lieu en

²⁴⁰ TOBIN Brendan, CUNNINGHAM David et WATANABE Kazuo, *The feasibility, practicality and cost of a certificate of origin system for genetic resource, Preliminary results of comparative analysis of tracking material in biological resource centres and of proposals for a certification scheme*, United Nations University, Institute of Advanced Studies, Japon, 2004, disponible sur le site de la CDB (www.biodiv.org) sous la cote UNEP/CBD/WG-ABS/3/INF/5

²⁴¹ TOBIN Brendan, CUNNINGHAM David et WATANABE Kazuo, *op.cit.*, page 17.

février 2005 à Bangkok. Il représente le travail le plus détaillé fait jusqu'à présent au sein de la CDB²⁴².

Pour mieux comprendre cet instrument quelques questions préliminaires doivent être dépassées, ainsi que des questions de fond et de forme qui guideront son application peut-être dans un futur proche.

1. Questions préliminaires sur le Certificat d'Origine : définition, objectifs et nomenclature.

Quelques *a priori* ont été mis en avant par les auteurs du rapport susmentionné à l'égard des caractéristiques du certificat d'origine. Tout d'abord, il faut qu'il soit un instrument facilitateur de l'accès aux ressources génétiques, ne constituant pas un obstacle au mouvement et à l'usage durable des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés. Deuxièmement, il ne doit pas être lourd et coûteux au point de consommer beaucoup de temps et une bonne partie des bénéfices. Une autre question initiale touche les différents types d'objectif pour l'accès (usage commercial ou non). Dans le premier cas, les parties pourraient avoir les moyens par le biais des profits de la propre activité de payer les coûts d'une procédure de certification, mais dans le deuxième type d'activité (de recherche, essentiellement) les coûts sont difficiles à supporter. Dans cette hypothèse, ils se sont questionnés sur la possibilité de rendre cette activité exemptée de la procédure de certification. Ce genre de distinction est très dangereux parce qu'il peut y avoir des détournements de l'activité et de l'usage indu de ce bénéfice accordé à l'accès pour la recherche sans fins de commercialisation.

Ils mettent en avant l'existence de quelques types de système de traçabilité des ressources biologiques. Les deux plus connus sont : 1) celui lié à l'agriculture avec une traçabilité qui assure la fiabilité de l'accompagnement de toute la chaîne de production, qui va jusqu'à la mise au marché et 2) le système de la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES) qui dispose d'un système de permis qui autorise le transport de espèces (ces permis sont comme des certificats en format papier), à l'exemple de ce que vise le certificat d'origine. Des questions préliminaires qui seront examinées ensuite sont essentielles à la compréhension du sujet, elles portent sur la définition de l'objet, les possibles nomenclatures et les plus appropriées, ainsi que l'objectif (champ d'application) du Certificat d'origine.

a. Définition

Pour ne pas sortir des rails du travail de la CDB, nous allons utiliser la définition en construction au sein du projet de Régime international d'accès et partage des avantages (projet intégralement reproduit dans **Annexe IV**). Le terme « construction » illustre bien l'état actuel des négociations. Les mots en crochets sont des points indéfinis dans sa future adoption. Voici la définition de l'obligation de divulgation de la provenance/ de l'origine :

²⁴² Un autre important document, plus récent, à ce sujet est le: BfN, *European Regional Meeting on an International Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance: Rapport of an International Workshop hosted by the German Federal Agency for Nature Conservation* sur, réalisé à Isle of Vilm, Allemagne, 24-29 octobre 2006, Vilm: Editeurs : Ute Feit et Franziska Wolff, 2007. Rapport disponible en ligne sur le site de l'Agence Fédérale de la Conservation de la Nature Allemande : www.bfn.de.

[Divulgarion [de la provenance légale] [de l'origine] [du consentement préalable en connaissance de cause et du partage des avantages]

1. Les demandes de droits de propriété intellectuelle dont l'objet [concerne ou utilise] [repose directement sur] des ressources génétiques, [dérivés et produits] ou des connaissances traditionnelles associées devraient divulguer le pays d'origine ou la source de ces ressources génétiques, [dérivés et produits] ou des connaissances traditionnelles associées, [et faire la preuve que les dispositions visant le consentement préalable en connaissance de cause et le partage des avantages ont été respectées, en accord avec la législation nationale du pays fournisseur des ressources].

Le certificat d'origine, fonctionnerait comme un outil de l'obligation décrite ci-dessous. Au sein de la décision susmentionnée, quelques éléments peuvent être appréhendés, formant ce qui peut être considérée comme une définition.

Certificat d'origine, source ou provenance légale
Définition

Il serait un instrument institué au sein du régime international d'accès et de partage des avantages qui serait délivré par le pays fournisseur ou d'origine, visant à certifier [l'origine/la source/la provenance légale des ressources génétiques] [l'utilisation légale des connaissances, innovations ou pratiques des communautés autochtones et locales qui sont associées aux ressources génétiques], auquel pourront [faire partie intégrante] [constituer la preuve] d'arrangements relatifs au consentement préalable en connaissance de cause et aux conditions convenues d'un commun accord, qui pourraient être une condition préalable à la brevetabilité et à d'autres demandes de droits de propriété intellectuelle. Le certificat d'origine/de source/de provenance légale pourrait constituer un moyen de se conformer aux exigences de divulgation imposées par la législation nationale.

b. Nomenclature

En ce qui concerne la nomenclature utilisée, il faut remarquer que le terme dans le projet n'est pas encore défini, étant représenté entre crochets. Les dénominations possibles sont : certificat « **d'origine** », « **de source** » ou encore « **de provenance légale** ». La relevance de cette question sémantique se fonde sur le fait que l'**origine** des ressources génétiques n'est pas toujours identifiable. Une bonne partie des ressources génétiques ont connu (et connaissent encore) un constant mouvement entre pays et continents. Le voyage transfrontalier des ressources biologiques a commencé depuis des siècles. Ces aspects spatial et temporel rendent la tâche de trouver leur origine difficile à accomplir, vu que la plupart des transferts de matériels s'est passée il y a des longtemps, en passant par plusieurs pays et de plus, s'est effectuée avant l'entrée en vigueur de la CDB, dans une époque où la biodiversité était un patrimoine de l'humanité.

Alors, peut être serait il plus approprié d'utiliser le terme de certificat de « source » ou de « provenance légale ». Vu le nombre de collection *ex situ* existantes, leur source ou provenance pourraient être plus facilement certifiée, que leur origine.

Un autre point à affronter est celui de la coexistence de ressources génétiques (parfois issues dans une même collection *ex situ*) dont l'accès a été réalisé avant l'entrée en vigueur de la CDB, alors en dehors de son champs d'application, et des ressources dont l'accès a été réalisé après la CDB, ce qui leur donne des natures juridiques distinctes (incidence du statut de patrimoine de l'humanité avant l'entrée en vigueur de la CDB et le principe de souveraineté après cet événement²⁴³). Alors, une solution serait de ne pas avoir qu'un type de certificat, mais un ensemble de certificats destinés à chaque situation spéciale.

C'est justement en raison de la diversité de cas de figure par rapport à la date de l'accès, à l'identification de la provenance, au statut juridique de la biodiversité au moment de l'accès, au type d'utilisation à effectuer etc. que les certificats devraient être de plusieurs types, d'une sorte que ces différences soient respecté et saisies par le système de certification.

Dans ce sens, les auteurs du rapport cité en haut ont envisagé l'utilisation de ces trois termes pour constituer trois types de certificat. Chacun servirait à un cas de figure spécifique²⁴⁴.

c. Objectif et champ d'application

L'objectif du CO est de certifier l'origine des ressources génétiques et éventuellement la potentielle utilisation légale des savoirs traditionnels associés, ce qui servirait comme preuve au respect des règles nationales relatives au consentement préalable en connaissance de cause du pays des ressources génétiques et aussi des communautés locales et autochtones par rapport à l'accès à la ressource et au savoir. Il servirait aussi à 1) limiter les demandes de droits de propriété intellectuelles indus basées sur le pillage des savoirs traditionnels, 2) faciliter l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels par la transparence et la garantie de la procédure et 3) à contrôler le respect du consentement préalable en connaissance de cause et le partage des avantages. Plusieurs autres finalités peuvent être imputées au Certificat d'origine, comme celles énumérées au sein du rapport susmentionné, transcrites ci-après :

OBJECTIFS DU CERTIFICAT D'ORIGINE

- *“Identifying the source of resources and/or traditional knowledge*
- *Establishing a standardized international system for traceability of genetic resources, to be used by herbaria, museums and microbial collections etc including commercial collections,*
- *Consolidating national permitting procedures, and reducing bureaucratic delay regarding exploration, collection, movement and exportation of genetic resources*
- *Tracking flow of resources and/or traditional knowledge*
- *Providing evidence of legal provenance*
- *Providing evidence of prior informed consent*
- *Assisting customs control of transboundary movement of genetic resources and/or traditional knowledge*
- *Providing legal certainty of rights to use resources*
- *Serving as a form of market tool to control market use”*²⁴⁵.

²⁴³ Pour une analyse détaillée de la nature juridique des collections *ex situ* avant et après l'entrée en vigueur de la CDB, voir le Chapitre I, section 1.

²⁴⁴ La distinction des types de certificat est présente dans le document : TOBIN Brendan, CUNNINGHAM David et WATANABE Kazuo, *op.cit.*, page 59.

Son champ d'application serait les ressources génétiques et/ou les savoirs traditionnels, accédés avec des objectifs d'utilisation commerciale **et/ou** de recherche. Comme il a été dit auparavant, peut-être qu'une exception sera ouverte pour les activités purement de recherche. Le certificat pourrait avoir comme objet l'accès réalisé dans une région délimitée ou une collection spécifique (ou à une espèce spécifique) pendant une période aussi préalable. Pour que cela soit possible, les ressources doivent être préalablement identifiées ou identifiables, vu que la traçabilité dépend de l'identification de l'objet à la base. Pour l'accès aux ressources inconnues, un certificat pourrait être accordé, ayant comme objet l'accès aux ressources d'une région circonscrite, dans une période aussi prédéterminée²⁴⁶. L'accès aurait alors comme base juridique un contrat de bioprospection au terme duquel le certificat serait accordé. Dans cette hypothèse, les espèces qui y seraient accédées seraient couvertes par le certificat préalablement conféré, en respect à toutes les normes nationales d'accès de la région en question.

2. Le statut juridique, la forme et le fond du certificat d'origine

Avec un tel objectif à atteindre, ce certificat représente une forme de protection très importante dans le respect des savoirs traditionnels. Mais quelles sont les formes prévues pour une telle entreprise ? Quel sera son contenu et quelle sera sa portée juridique ?

a. Nature de la protection et statut juridique :

L'obligation de divulgation et le certificat d'origine constituent une même forme de protection : une protection de nature **défensive**, de la même façon que celle visée par le projet de reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système de brevet de l'OMPI. Elle ne crée pas de droits directement, mais empêche l'utilisation induue par une tierce personne sans que les conditions d'accès soient remplies.

Quant à son statut juridique, le certificat peut être volontaire ou contraignant. Mais cela n'a pas encore été défini.

b. Question de forme et de fond

Quant à la forme, un exemple existant qui a été proposé à la CDB comme forme de contrôle du transfert transfrontalier de ressources génétiques a été le modèle de la CITES. Les formulaires en format papier qui doivent être présentés à la douane des pays à la sortie et à l'entrée dans un nouveau territoire avec une espèce menacée pourraient servir de base à un certificat d'origine aux ressources génétiques, malgré le risque de fraude. Mais d'autres formes de traçabilité déjà utilisées par de nombreuses institutions peuvent aussi être utilisées pour donner forme au Certificat, ces types d'identification (registre par écrit en format papier et/ou en version électronique, avec des codes de barre etc.) pourraient faire partie d'une liste de mode de traçabilité standard établie par la CDB.

Si la forme n'est pas définie, le contenu est plus simple puisqu'il sera équivalent à l'objectif et au champ d'application (objet) du certificat.

²⁴⁵ TOBIN Brendan, CUNNINGHAM David et WATANABE Kazuo, *op.cit.*, page 51.

²⁴⁶ Idem.

Des éléments qui peuvent être prévu dans le certificat sont notamment liés au fournisseur et à l'utilisateur, s'il y a eu la participation des communautés locales et autochtones, des informations sur le matériel objet du certificat, des informations relatives au consentement éclairé en connaissance de cause, par exemple : le type d'usage auquel le consentement du fournisseur a été donné, la limite temporelle et territoriale du certificat, ainsi que de l'activité autorisée à être réalisée (commerciale, recherche ou d'autre nature), les termes du partage d'avantage convenu en commun accord et sous la tutelle de l'autorité nationale auprès de laquelle ces procédure se sont déroulée²⁴⁷.

c. A qui et quand demander ?

Le certificat devrait être demandé au pays d'origine de la ressource ou de sa provenance légale (pays où se trouve une collection *ex situ*, par exemple) et serait octroyé par l'autorité nationale compétente, définie par la loi nationale. Le moment d'effectuer la demande du certificat serait celui préalable à l'accès à la ressource génétique ou au savoir traditionnel associé avec l'accomplissement de toutes les obligations prévues dans la procédure légale d'accès et de partage des avantages, ce qui pourrait être formalisé –ce qui serait souhaitable- dans le cadre d'un contrat d'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels.

3. Le stade actuel au niveau de la CDB et le rapport intrinsèque avec le projet de l'OMPI

Malgré les évolutions constatées dans la création d'un système de certification dans le cadre du régime international d'accès et de partage des avantages dans le cadre de la CDB, les négociations ne sont pas encore au bout. Même s'il arrive à voir le jour, la forme qu'il adoptera et sa portée juridique (contraignante ou volontaire) peuvent lui donner plus ou moins de force en termes d'applicabilité et d'efficacité.

Malgré la dénomination attribuée au Régime *international* sur l'accès et le partage des avantages, il faut souligner le fait qu'il n'établira « que » des règles minimales qui seront dans la plupart du temps (sinon toujours) soumises aux normes nationales. Cette relativité du régime international (qui sera dans la pratique défini nationalement), peut poser le problème de manque d'uniformité (même si cela est nécessaire au respect des caractéristiques propres des diverses communautés locales et autochtones existantes), et conséquemment des difficultés de mise en œuvre et de sanction (manque d'efficacité²⁴⁸).

Mais, c'est dans cet instrument et dans l'établissement d'un régime international sur l'accès et le partage des avantages que réside une sortie pour la problématique développée au sein du projet de l'OMPI pour la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système de brevet. Ce dernier projet, malgré son apport et sa profondeur, jusqu'à présent a identifié plus de problèmes que de solutions dans la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système de brevet, quand une des solutions serait l'adoption de l'obligation de divulgation d'origine ou de provenance des savoirs traditionnels et des ressources génétiques utilisés, comme le prévoit le projet de régime international d'accès et de partage des avantages

²⁴⁷ Quelques un de ces éléments ont été énumérés par BARBER et al in *User measures: Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit-Sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity*, Tokyo : 2ème.Edition. United Nations University Institute of Advanced Studies, 2003.

²⁴⁸ Pour plus d'information sur l'efficacité du régime et aussi sur le principe de la souplesse ou de la relativité des normes, voir les chapitres 4 (commentaires sur le Tableau 7) et 5 (section, §1°, B).

élaboré par la CDB. En accord avec ce qui a été présenté antérieurement, cette obligation de divulgation pourrait avoir comme instrument justement le Certificat d'origine, de source ou de provenance légale de la ressource et/ou du savoir (qui sont souvent ensemble).

L'idéal serait de faire une fusion entre les deux projets, en intensifiant les discussions entre les deux institutions en question (le secrétariat de la CDB et l'OMPI) par le biais d'une coopération plus stricte entre leurs trois groupes de travail (Groupe d'expert sur l'accès et le partage des avantages, groupe d'expert sur l'article 8 (j) et le Comité intergouvernemental de l'OMPI), pour établir un système de caractère global et intégré pour la protection (pour le moins défensive) des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, en vue d'une plus grande effectivité.

CONCLUSION DE LA PARTIE II :

Alors que nous avons vu que la reconnaissance juridique internationale des savoirs traditionnels a été laborieuse, nous ne nous étonnerons pas de constater que sa mise en œuvre de leur régime ne va pas sans susciter beaucoup d'intérêt.

Les deux instances principales sont le secrétariat de la CDB, par le biais du groupe de travail sur les savoirs traditionnels et celui sur les peuples autochtones, ainsi que le Comité de l'OMPI. Aucune décision n'a été encore toutefois arrêtée au sein de ces deux institutions.

Il existe en fait trois régimes, même si la distinction entre eux est parfois difficile à saisir.

Les Droits de Propriété Intellectuelle peuvent mettre en œuvre des obligations *sui generis*, incluses dans ces droits, à l'exemple de la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système de brevet. Les régimes *sui generis* de propriété intellectuelle sont basés sur les DPI, qui sont finalement acceptés comme instrument juridique de mise en œuvre de certains régimes *sui generis*. Cette confusion des genres a comme point commun l'omniprésence des DPI. C'est pourquoi, l'analyse des aspects positifs comme négatifs des rapports entre DPI et savoirs traditionnels associés méritait d'être effectuée. La conclusion en est l'inadéquation de ces droits, du fait de plusieurs obstacles comme la nature des savoirs traditionnels, ou encore certains aspects pratiques, mais aussi techniques de protection des ST par ces droits de nature restrictive.

En dépit de tout cela, de nombreux projets prenant en compte ces DPI peuvent être trouvés au sein de la CDB comme de l'OMPI, malgré le titre *sui generis* donné au régime général de protection des ST.

Le contexte n'est pas en tout point négatif, puisqu'il représente l'état de murissement de la recherche d'une protection effective des ST, qui ne peut pas laisser anodine les perceptions de création du certificat d'origine, ainsi que de la fixation de l'obligation de divulgation de ces droits.

La lumière existe au bout de ce tunnel que représente la quête de la protection des ST. Nous espérons seulement qu'il ne s'agisse pas d'une lumière artificielle, une fausse alerte ou un nouvel exemple de rhétorique géopolitique.

CONCLUSION GENERALE :

La reconnaissance légale au niveau internationale de l'importance des savoirs traditionnels (pour la protection de la biodiversité et pour la préservation de l'identité des peuples indigènes et des communautés locales) qui a eu lieu dans le cadre de la CDB, est encore très récente.

Au-delà de la jeunesse et de la fragilité politique et institutionnelle de la CDB vis-à-vis à d'autres instruments internationaux (comme l'AADPIC, par exemple), son apparition a engendré d'autres reconnaissances au niveau international. Elle représente une pierre de socle, un événement décisif dans le dégagement du processus de reconnaissance et de la conséquente protection des savoirs traditionnels.

Le processus de traduction des principes et des droits généraux développés dans les règlements internationaux est une tâche très dure pour les pays qui doivent les transposer.

La mise en œuvre de ces droits affronte des obstacles de tout ordre : l'inexistence des droits fonciers (des communautés autochtones et notamment locales) précisément établis ; les différences culturelles, politiques, sociales et économiques des acteurs impliqués dans le processus d'accès ; la nature et l'utilité holistique de ces savoirs ; l'inadéquation des mécanismes existants pour les protéger ; les jeux inégaux des intérêts entre les pays fournisseurs et les utilisateurs ; l'absence de règles plus précises et directrices de la mise en pratique des droits des communautés locales et autochtones sur leurs savoirs traditionnels associés ... Enfin, tout cela rend la transformation de ces droits en règles, et de ces règles en effectivité pratique, une mission herculéenne, gigantesque !

Les forums internationaux sont en train d'essayer de surmonter les défis à travers l'étude des cas existants (contrats), ainsi que des lois ou projet de loi existants. Ces informations sont repassées par les propres Parties des Traités ou des organisations, notamment en forme de rapports.

Mais, pendant ces années d'analyse et d'essai, il est resté clair qu'arriver à une solution à la fois acceptée et acceptable n'est pas du tout un résultat évident. Pour cette raison, dans le cadre de la CDB, de l'AADPIC et de l'OMPI, entre autres, des groupes d'experts spéciaux ont été créés afin d'accomplir les demandes actuelles de la mise en place des droits sur les savoirs traditionnels.

Il ne faut pas négliger les résultats incontestés déjà réussis, tant au niveau national qu'international, comme : Les lignes directrices de Bonn et d'Akwe : Kon ; l'inclusion des droits des agriculteurs (savoirs traditionnels) entre les questions à examiner dans le cadre de la révision de l'article 27,3, c de l'AADPIC ; les droits collectifs intellectuels prévus par les lois nationales ; les régimes *sui generis* qui ont été conçus par des pays comme le Pérou, l'Inde et la Costa Rica entre autres ; la participation de certaines communautés traditionnelles au niveau des discussions internationales (même que ce soit encore faible et parfois inadéquat) ; la reconnaissance et inclusion des droits des agriculteurs dans le TIRPAA ; la participation effective des ONG aux niveaux international et national. Chacun des faits susmentionnés ont été fruit de grosses discussions et de batailles diplomatiques véritablement intenses.

Les régimes à adopter pour la protection de ces droits sont sans doute les points névralgiques de cette réglementation. C'est là où se passent les plus grandes batailles entre

les pays détenteurs des technologies très développées et les fournisseurs de ressources génétiques, où se trouvent la plupart des communautés traditionnelles.

En effet, il n'y a pas qu'un type de régime à adopter qui soit capable de protéger et de stimuler l'usage des savoirs traditionnels de façon exclusive. Il n'y a pas *un* régime exclusif ou excluant les autres.

Même le régime *sui generis* ne peut pas être défini comme étant unique. Il n'y a pas de modèle statique. Les pays doivent adopter les règles qui soient les plus appropriées aux particularités de leurs populations traditionnelles, même si cela doit passer par des obligations défensives dans le droit de PI et par l'adoption de mesures positives de protection comme les indications géographiques.

Ce que nous avons constaté par la présente analyse, c'était l'existence d'un processus constant d'évolution vers la protection des savoirs traditionnels associés.

Toutefois, malgré la marche en avant, la vitesse de la mise en route de cette protection ne correspond quasiment pas aux besoins actuels des acteurs en question, notamment des détenteurs de ces savoirs : les bénéficiaires de ces droits.

Grâce à l'étendue du thème analysé, ce travail est loin d'être un examen exhaustif de la matière. Il représente un bilan des instruments légaux internationaux les plus importants concernant les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques et des possibles régimes de mise en place des droits des communautés autochtones et locales sur leurs savoirs.

Pour bien analyser chacun des points principaux qui ont été seulement soulignés dans le présent document, il faudrait pour chacun, un autre mémoire à développer.

Ainsi, même sachant que le travail n'est pas terminé, nous avons essayé de réaliser l'analyse générale et succincte du stade actuel de tutelle juridique des savoirs traditionnels.

Pour tout ce que ces communautés et leurs savoirs représentent vis-à-vis de la conservation de la nature, et pour leur représentation par eux-mêmes, elles méritent d'être objet de débat, d'étude et de protection.

Il faut trouver des moyens d'équilibre entre la protection et la stimulation, pour que la propagation des savoirs traditionnels puisse continuer à faire avancer les cultures mondiales, sans qu'ils soient objet de pillage, pour maintenir vif leur droit humain à l'existence en tant que personne et que peuple, leur droit d'avoir leur forme de vie respectée, *modus vivendi* qui préserve et conserve la diversité biologique, de laquelle ils sont et seront l'éternel gardien.

ANNEXES

ANNEXE I

TABLEAU 4.2 Controversial Patent Cases involving Traditional Knowledge and Genetic Resources

Turmeric

Turmeric (*Curcuma longa*) is a plant of the ginger family yielding saffron-coloured rhizomes used as a spice for flavouring Indian cooking. It also has properties that make it an effective ingredient in medicines, cosmetics and as a colour dye. As a medicine, it is traditionally used to heal wounds and rashes.

- In 1995, two Indian nationals at the University of Mississippi Medical Centre were granted US patent no. 5,401,504 on "use of turmeric in wound healing".
- The Indian Council of Scientific and Industrial Research (CSIR) requested the US Patent and Trademark Office (USPTO) to re-examine the patent.
- CSIR argued that turmeric has been used for thousands of years for healing wounds and rashes and therefore its medicinal use was not novel.
- Their claim was supported by documentary evidence of traditional knowledge, including an ancient Sanskrit text and a paper published in 1953 in the Journal of the Indian Medical Association.
- Despite arguments by the patentees, the USPTO upheld the CSIR objections and revoked the patent.

Observations: The turmeric case was a landmark case as it was the first time that a patent based on the traditional knowledge of a developing country had been successfully challenged. The legal costs incurred by India in this case have been calculated by the Indian Government to be about at US \$10,000.

Neem

Neem (*Azadirachta indica*) is a tree from India and other parts of South and Southeast Asia. It is now planted across the tropics because of its properties as a natural medicine, pesticide and fertilizer. Neem extracts can be used against hundreds of pests and fungal diseases that attack food crops; the oil extracted from its seeds is used to treat colds and flu; and mixed in soap, it is believed to offer low cost relief from malaria, skin diseases and even meningitis.

- In 1994 the EPO granted European Patent No. 0436257 to the US Corporation W.R. Grace and USDA for a "method for controlling fungi on plants by the aid of a hydrophobic extracted neem oil".
- In 1995 a group of international NGOs and representatives of Indian farmers filed a legal opposition against the patent.
- They submitted evidence that the fungicidal effect of extracts of neem seeds had been known and used for centuries in Indian agricultural to protect crops, and thus was the invention claimed in EP257 was not novel.

- In 1999 the EPO determined that according to the evidence “all features of the present claim have been disclosed to the public prior to the patent application... and [the patent] was considered not to involve an inventive step”.
- The patent was revoked by the EPO in 2000.

Ayahuasca

For generations, shamans of indigenous tribes throughout the Amazon Basin have processed the bark of *Banisteriopsis caapi* to produce a ceremonial drink known as "ayahuasca". The shamans use ayahuasca (which means "vine of the soul") in religious and healing ceremonies to diagnose and treat illnesses, meet with spirits, and divine the future.

An American, Loren Miller obtained US Plant Patent 5,751 in June 1986, granting him rights over an alleged variety of *B. caapi* he had called "Da Vine". The patent description stated that the “plant was discovered growing in a domestic garden in the Amazon rain-forest of South America.” The patentee claimed that Da Vine represented a new and distinct variety of *B. caapi*, primarily because of the flower colour.

The Coordinating Body of Indigenous Organizations of the Amazon Basin (COICA) – an umbrella organisation representing over 400 indigenous groups – learned of the patent in 1994. On their behalf the Center for International Environmental Law (CIEL) filed a re-examination request on the patent. CIEL protested that a review of the prior art revealed that Da Vine was neither new nor distinct. They argued also that the granting of the patent would be contrary to the public and morality aspects of the Patent Act because of the sacred nature of *Banisteriopsis caapi* throughout the Amazon region. Extensive, new prior art was presented by CIEL, and in November 1999, the USPTO rejected the patent claim agreeing that Da Vine was not distinguishable from the prior art presented by CIEL and therefore the patent should never have been issued. However, further arguments by the patentee persuaded the USPTO to reverse its decision and announce in early 2001 that the patent should stand.

Observation: Because of the date of filing of the patent, it was not covered by the new rules in the US on *inter partes* re-examination. CIEL were therefore unable to comment on the arguments made by the patentee that led to the patent being upheld.

Hoodia Cactus

The San, who live around the Kalahari Desert in southern Africa, have traditionally eaten the Hoodia cactus to stave off hunger and thirst on long hunting trips. In 1937, a Dutch anthropologist studying the San noted this use of Hoodia. Scientists at the South African Council for Scientific and Industrial Research (CSIR) only recently found his report and began studying the plant.

In 1995 CSIR patented Hoodia’s appetite-suppressing element (P57). In 1997 they licensed P57 to the UK biotech company, Phytopharm. In 1998, the pharmaceutical company Pfizer acquired the rights to develop and market P57 as a potential slimming drug and cure for obesity (a market worth more than £6 billion), from Phytopharm for up to \$32 million in royalty and milestone payments.

On hearing of possible exploitation of their traditional knowledge, the San People threatened legal action against the CSIR on grounds of “biopiracy.” They claimed that their traditional

knowledge had been stolen, and CSIR had failed to comply with the rules of the Convention on Biodiversity, which requires the prior informed consent of all stakeholders, including the original discoverers and users.

Phytopharm had conducted extensive enquiries but were unable to find any of the “knowledge holders”. The remaining San were apparently at the time living in a tented camp 1500 miles from their tribal lands. The CSIR claimed they had planned to inform the San of the research and share the benefits, but first wanted to make sure the drug proved successful.

In March 2002, an understanding was reached between the CSIR and the San whereby the San, recognised as the custodians of traditional knowledge associated with the Hoodia plant, will receive a share of any future royalties. Although the San are likely to receive only a very small percentage of eventual sales, the potential size of the market means that the sum involved could still be substantial. The drug is unlikely to reach the market before 2006, and may yet fail as it progresses through clinical trials.

Observations: This case would appear to demonstrate that with goodwill on all sides, mutually acceptable arrangements for access and benefit sharing can be agreed. The importance of intellectual property in securing future benefits appears to have been recognised by all parties including the San.

Source: Commission on Intellectual Property Rights, Final Report disponible sur le site : www.iprcommission.org

ANNEXE II

UNEP/CBD/COP/6/6, Page 166

Appendice II*

AVANTAGES MONÉTAIRES ET NON MONÉTAIRES

1. Les avantages monétaires pourraient comprendre:

Les droits d'accès/droits par échantillon prélevé ou autrement acquis;

Les paiements échelonnés;

Le paiement de redevances;

Les droits de licence en cas de commercialisation;

Les droits spéciaux à verser à des fonds d'affectation spéciale au profit de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique;

Les salaires et conditions avantageuses en cas d'accord mutuel;

Le financement de la recherche;

Des coentreprises.

2. Les avantages non monétaires pourraient comprendre:

(a) Le partage des résultats de la recherche et de la mise en valeur;

(b) La collaboration à la recherche scientifique et aux programmes de mise en valeur, notamment aux activités de recherche biotechnologique, autant que possible dans le pays fournisseur;

(c) La participation au développement de produits;

(d) La collaboration à l'éducation et à la formation;

(e) L'accès aux établissements de ressources génétiques *ex situ* et aux bases de données;

(f) Le transfert des connaissances et technologies en toute équité et aux conditions les plus favorables, y compris des conditions de faveur et préférentielles, le cas échéant, et en particulier le transfert des connaissances et de la technologie qui utilisent les ressources génétiques, y compris la biotechnologie, ou qui ont trait à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique;

(g) Le renforcement des capacités en matière de transfert de technologies aux utilisateurs dans les pays en développement et le développement technologique du pays d'origine fournisseur de ressources génétiques. Le renforcement des capacités des populations locales et autochtones pour qu'elles sachent conserver et utiliser durablement leurs ressources génétiques;

(h) La création de capacités institutionnelles;

(i) Les ressources humaines et matérielles nécessaires au renforcement des capacités du personnel responsable de l'administration et de l'application des règlements d'accès;

(j) La formation relative aux ressources génétiques avec la participation pleine et entière des pays fournisseurs et, dans la mesure du possible, dans ces pays;

(k) L'information scientifique ayant trait à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique, y compris les inventaires biologiques et les études taxonomiques;

(l) Des apports à l'économie locale;

(m) La recherche portant sur les besoins prioritaires tels que la sécurité alimentaire et la santé, en tenant compte des utilisations des ressources génétiques à l'intérieur des pays fournisseurs;

(n) Les relations institutionnelles et professionnelles qui peuvent découler d'un accord d'accès et de partage des avantages et les activités de collaboration qui en découlent;

(o) Les avantages en matière de sécurité alimentaire;

Copropriété de brevets et autres formes pertinentes de droits de propriété intellectuelle.

Source : Lignes directrices de Bonn, document UNEP/CBD/COP/6/6, sur site : www.biodiv.org

* Cet appendice n'a pas été discuté par le Groupe de Travail ; son examen est prévu à la Conférence des Parties.

ANNEXE III

DÉCISIONS ADOPTÉES PAR LA CONFÉRENCE DES PARTIES À LA CONVENTION SUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE À SA SEPTIÈME RÉUNION²⁴⁹

VII/16. Article 8 j) et dispositions connexes (...)

H. Elaboration d'éléments pour des systèmes sui generis de protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles

La Conférence des Parties,

Rappelant la décision VI/10 par laquelle la Conférence des Parties reconnaissait que la Convention sur la diversité biologique est le principal instrument international ayant pour objet de traiter les questions touchant le respect, la préservation et le maintien des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales qui sont l'expression de modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique,

Rappelant le paragraphe 34 de la décision VI/10,

Rappelant également le paragraphe 11 de la décision V/26 A, par lequel la Conférence des Parties avait décidé que le Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages entretiendra la communication et l'échange d'informations avec le Groupe spécial intersessions à composition non limitée sur l'article 8 j) et les dispositions connexes de la Convention,

Reconnaissant que la préservation et la conservation des 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 sont liées à la surveillance permanente, par les communautés autochtones et locales, des ressources biologiques situées sur des terres et des eaux traditionnellement occupées ou utilisées par ces dernières,

Reconnaissant également que les communautés autochtones et locales disposent de leurs propres systèmes, dans le cadre de leur droit coutumier, pour la préservation et l'entretien des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles ainsi que pour la protection et la transmission de ces connaissances traditionnelles,

Reconnaissant la répartition transfrontières de certaines ressources biologiques et génétiques et des connaissances traditionnelles qui s'y rapportent,

Reconnaissant également le caractère collectif et inter-générationnel des 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,

Reconnaissant également la nécessité de mettre un terme à l'usage abusif et au détournement des 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 les ressources génétiques qui s'y

²⁴⁹ Disponible sur le site de CDB : www.biodiv.org

rapportent par la mise en place de mécanismes efficaces de protection des droits de ces communautés autochtones et locales,

Reconnaissant l'importance des arrangements d'accès et de partage des avantages pour la conservation des ressources génétiques et la préservation et l'entretien des 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,

Notant qu'un train de mesures positives de protection, en tenant compte à la fois du caractère breveté ou pas, peut s'avérer nécessaire pour la protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles qui présentent un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique,

Reconnaissant qu'un système *sui generis* de protection des connaissances traditionnelles, à l'échelon international, est de nature à permettre aux communautés autochtones et locales de protéger efficacement leurs connaissances de toute tentative de détournement ou d'abus et qu'un tel système se devrait d'être souple et devrait respecter les intérêts et les droits de ces communautés autochtones et locales,

Reconnaissant que dans certains cas, les banques et registres de données peuvent jouer un rôle utile dans la protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles, ces banques et registres de données ne sont qu'une approche dans la protection effective des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles et que leur mise en place devrait être optionnelle, plutôt qu'une obligation de protection, et devrait bénéficier d'un accord préalable en connaissance de cause des communautés autochtones et locales, et *reconnaissant en outre que*, si les communautés autochtones et locales décident d'utiliser ces banques et registres de données, il sera nécessaire de fournir les moyens financiers et autres, à ces communautés autochtones et locales, dans le processus de mise en place et d'entretien de tels registres et banques de données,

Soulignant que dans tout système *sui generis* destiné à la protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles doit être élaboré en tenant compte du droit coutumier et des pratiques traditionnelles avec la participation pleine et effective des communautés autochtones et locales concernées,

Reconnaissant que les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles sont parfois exploitées sans avoir obtenu l'accord préalable en connaissance de cause des communautés autochtones et locales et que ces dernières ont le droit d'accorder ou de refuser un tel accès comme elles sont habilitées à déterminer le niveau d'accès à accorder, sous réserve des dispositions de l'article 8 j),

Préoccupée par le fait que certaines connaissances, innovations et pratiques traditionnelles aient été exploitées sans avoir obtenu l'accord préalable en connaissance de cause des communautés autochtones et locales et *reconnaissant* qu'il conviendrait de prendre des mesures pour veiller au respect du consentement préalable en connaissance de cause pour toute utilisation future des connaissances traditionnelles, sous réserve des dispositions de l'article 8 j),

Consciente que le Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée sur l'article 8 j) et les dispositions connexes de la Convention devrait approfondir ses travaux sur une série de questions liées à la protection des 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,

Reconnaissant la nécessité d'une collaboration soutenue et permanente avec toutes les organisations compétentes qui interviennent sur les questions de protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles, à l'exemple de l'Organisation

mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), du Forum permanent sur les questions autochtones (PFII), de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), de la Conférence des Nations Unies pour le commerce et le développement (CNUCED) et de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), et ce afin de se soutenir mutuellement et d'éviter le double emploi,

1. *Prie* le Secrétaire exécutif de poursuivre le rassemblement et l'analyse d'informations sur les questions énoncées aux paragraphes 34 b) à e) de la décision VI/10 et de diffuser ces informations par le biais du mécanisme d'échange;

2. *Invite* les Parties, les gouvernements, les communautés autochtones et locales et des organisations internationales compétentes à communiquer au Secrétaire exécutif toute information pertinente sur les systèmes *sui generis* autochtones, locaux, nationaux et régionaux en vigueur pour la protection des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, et toute information pertinente sur des mesures opérationnelles, administratives et législatives novatrices qui soutiennent les lois et les pratiques coutumières;

3. *Prie* le Secrétaire exécutif de rassembler des informations sur les questions identifiées au paragraphe 2 ci-dessus et sur la nature des lois coutumières et des protocoles traditionnels des communautés autochtones et locales ayant trait aux usages coutumiers et à la conservation et utilisation durable de la diversité biologique, en coopération avec les communautés autochtones et locales, pour examen par le Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée chargé d'examiner l'application de l'article 8 j) et des dispositions connexes de la Convention;

4. *Prie* le Secrétaire exécutif, en s'appuyant sur les communications des Parties, des gouvernements, des communautés autochtones et locales et des organisations internationales pertinentes, d'élaborer, en coopération avec les travaux en cours du Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages et en consultation avec les Parties, les communautés autochtones et locales et des organisations internationales compétentes, un glossaire de termes relatifs à l'article 8 j) et aux dispositions connexes, pour examen par le Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée chargé d'examiner l'application de l'article 8 j) et des dispositions connexes de la Convention, lors de sa quatrième réunion;

5. *Décide* sur des mécanismes appropriés pour accroître la coopération entre le Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages et le Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée chargé d'examiner l'application de l'article 8 j) et des dispositions connexes de la Convention, de façon à ce que les communautés autochtones et locales soient impliquées et participent au Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages.

6. *Prie* le Groupe de travail spécial intersessions chargé d'examiner l'application de l'article 8 j) et des dispositions connexes de la Convention, en collaboration avec des organisations et organes internationaux pertinents, notamment l'Instance permanente sur les questions autochtones, de :

a) Examiner les formes *sui generis* de protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles fondées sur la propriété non intellectuelle qui présentent un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique;

b) Elaborer plus avant les éléments pour des systèmes *sui generis* énumérés dans l'annexe à la présente décision, pour la protection des 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 assurer des arrangements de partage des avantages pour ces communautés, lors de l'accès à leurs connaissances traditionnelles et aux ressources génétiques associées;

c) Examiner la pertinence et l'applicabilité des Lignes directrices de Bonn au Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée chargé d'examiner l'article 8 j) et les dispositions connexes de la Convention, conformément à la décision VI/24 A de la Conférence des Parties;

d) Examiner et, le cas échéant, faire des recommandations concernant le régime international sur l'accès et le partage des avantages aux fins d'inclure des systèmes *sui generis* de protection des 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;

e) Evaluer le rôle des bases de données et des registres dans la protection des connaissances, innovations et pratiques qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique;

f) Explorer, en tenant compte des travaux de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et de l'Instance permanente sur les questions autochtones, les possibilités et les conditions dans lesquelles l'utilisation de formes existantes de droits de propriété intellectuelle peuvent contribuer à la réalisation des objectifs de l'article 8 j) et des dispositions connexes de la Convention;

7. *Invite* les Parties et les gouvernements à examiner, avec la participation pleine et effective des communautés autochtones et locales, des mesures appropriées pour mettre en œuvre des systèmes *sui generis* et autres nouveau mécanismes novateurs aux niveaux local, national, régional et international, propres à assurer la protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles, en prenant en compte le droit coutumier et les pratiques traditionnelles;

8. *Prie* le Secrétaire exécutif, avec la coopération des Parties, des communautés autochtones et locales et d'organisations internationales compétentes, de rassembler des informations sur le rôle des bases de données et des registres dans la protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles qui présentent un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique;

9. *Invite* les Parties, les gouvernements et les organisations internationales à renforcer les capacités des communautés autochtones et locales de protéger, utiliser, préserver et maintenir leurs connaissances, innovations et pratiques traditionnelles qui présentent un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique;

10. *Invite* les Parties ainsi que les communautés autochtones et locales à échanger leurs expériences nationales des approches locales, nationales et internationales, pour la protection des connaissances traditionnelles et à envisager l'harmonisation des approches au niveau régional;

11. *Invite* l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à mettre à la disposition du Groupe de travail spécial intersessions chargé d'examiner l'application de l'article 8 j) et les dispositions connexes, les résultats de ses travaux sur des questions ayant trait à l'application de l'article 8 j) et des dispositions connexes de la Convention, en particulier dans leur rapport avec la protection des connaissances traditionnelles et leur reconnaissance comme faisant partie de l'état de la technique.

Annexe

**ÉLÉMENTS POSSIBLES À EXAMINER DANS L'ÉLABORATION
DE SYSTÈMES *SUI GENERIS* DE PROTECTION DES
CONNAISSANCES, DES INNOVATIONS ET DES PRATIQUES
TRADITIONNELLES DES COMMUNAUTÉS AUTOCHTONES ET
LOCALES**

1. Déclaration du but, des objectifs et de la portée.
2. Clarté concernant la propriété des connaissances traditionnelles et des ressources biologiques utilisées de manière traditionnelle.
3. Ensemble de définitions pertinentes.
4. Reconnaissance d'éléments du droit coutumier relatifs à la conservation et à l'utilisation rationnelle de la diversité biologique en ce qui concerne : i) les droits coutumiers relatifs aux connaissances autochtones/traditionnelles/locales; ii) les droits coutumiers concernant les ressources biologiques; et iii) des procédures coutumières régissant l'accès aux connaissances traditionnelles et ressources biologiques et le consentement à l'utilisation des connaissances traditionnelles et des ressources biologiques et génétiques.
5. Un processus et un ensemble d'obligations régissant le consentement préalable en connaissance de cause, les modalités convenues d'un commun accord et le partage équitable des avantages en ce qui concerne les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées aux ressources génétiques et qui présentent un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique.
6. Les droits des dépositaires de connaissances traditionnelles et les conditions d'attribution des droits.
7. Les droits conférés.
8. Un système de recensement des connaissances autochtones/locales / Systèmes de protection et de préservation des connaissances autochtones/locales.
9. L'autorité compétente pour gérer les questions pertinentes de procédure et d'administration en ce qui concerne la protection des connaissances traditionnelles et les dispositions de partage des avantages.
10. Des dispositions concernant l'application et les recours.
11. Les relations avec d'autres lois.
12. La protection extraterritoriale.

ANNEXE IV

DÉCISIONS ADOPTÉES PAR LA CONFÉRENCE DES PARTIES À LA CONVENTION SUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE À SA HUITIÈME RÉUNION²⁵⁰

VIII/4. Accès et partage des avantages

A. Régime international sur l'accès et le partage des avantages

Annexe

RÉGIME INTERNATIONAL D'ACCÈS ET DE PARTAGE DES AVANTAGES

En accord avec la Convention sur la diversité biologique,

Nature

Le régime international pourrait comprendre un ou plusieurs instruments soumis à un ensemble de principes, normes, règles et procédures de prise de décision juridiquement contraignants ou non.

Objectifs [potentiels]

S'efforcer de créer les conditions propres à [faciliter] [régulariser] l'accès aux ressources génétiques aux fins d'utilisation écologiquement rationnelle par d'autres Parties et de ne pas imposer de restrictions à l'encontre des objectifs de la Convention.

Assurer le partage juste et équitable des avantages monétaires et non monétaires résultant de l'utilisation de [ces] ressources [génétiques] et des connaissances traditionnelles associées, en tenant compte de l'imbrication des trois objectifs de la Convention.

[Créer un mécanisme destiné à établir avec certitude la [provenance juridique], l'[origine], la [source] des ressources génétiques].

[[Sous réserve des dispositions de la législation nationale], [protéger] [respecter, préserver et maintenir les connaissances traditionnelles] les [droits] des communautés autochtones et locales à leurs connaissances, innovations et pratiques traditionnelles [associées aux ressources génétiques et dérivés] [présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique] et [encourager] [garantir] le partage juste et équitable des avantages monétaires et non monétaires découlant de l'utilisation de leurs connaissances, [conformément aux obligations relatives aux droits de l'homme] [sous réserve de la législation nationale des pays dans lesquels ces communautés vivent] [et en application du droit international]].

[Garantir le respect du principe de consentement préalable en connaissance de cause, dans le contexte de conditions convenues d'un commun accord par les pays d'origine et les communautés autochtones et locales.]

Contribuer à la mise en œuvre efficace des articles 15, 8 j) [et 16 à 19] et des trois objectifs de la Convention.

La conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique.

[Empêcher tout détournement et toute utilisation abusive des ressources génétiques, de leurs dérivés et des connaissances traditionnelles associées]

²⁵⁰ Disponible sur le site de CDB : www.biodiv.org

[Veiller à ce que les pays d'origine des ressources génétiques bénéficient du partage juste et équitable des avantages]

[[Favoriser] [Garantir] le respect du principe de consentement préalable en connaissance de cause des pays fournisseurs et des communautés autochtones et locales et la conformité avec les conditions convenues d'un commun accord;]

[Garantir et faire respecter les droits et obligations des utilisateurs de ressources génétiques;]

[Assurer la complémentarité avec les instruments et processus internationaux existants] [et qu'ils appuient et ne vont pas à l'encontre des objectifs de la Convention].

[Contribuer au renforcement des capacités ou en faire la promotion et [assurer] le transfert de technologie dans les pays en développement, notamment les pays les moins avancés et les petits États insulaires en développement]

Portée

Le régime international vise, [en accord avec la législation nationale et d'autres obligations internationales] :

l'accès aux ressources génétiques [et aux dérivés et produits] [sous réserve des dispositions de la législation nationale du pays d'origine] ;

[[les conditions propres à faciliter l'accès et] le [mouvement] transfrontière [l'utilisation] des ressources génétiques [et des dérivés et produits] [ou connaissances traditionnelles associées]]

le partage juste et équitable des avantages monétaires et non monétaires résultant de l'utilisation des ressources génétiques [et de leurs dérivés et/ou] connaissances traditionnelles associées [et, selon qu'il convient, de leurs dérivés et produits], dans le contexte des conditions convenues d'un commun accord [à partir du principe de consentement préalable en connaissance de cause] [en accord avec la législation nationale du pays d'origine].

[la protection] [le respect, la préservation et le maintien] des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles 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] [associées aux ressources génétiques] [et à leurs dérivés et produits] en accord avec la législation nationale].

2. [Le régime international s'applique à toutes les ressources génétiques et connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées et aux avantages découlant de l'utilisation de ces ressources.]

3. [Le régime international ne s'applique pas aux ressources phytogénétiques liées [aux espèces végétales] qui sont couvertes [à l'annexe 1 du] Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture [ou par la Commission des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture], [dans le cas où ces ressources sont utilisées au sens de ce traité].

4. [Le régime international ne porte pas préjudice au Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO et tiendra compte des travaux du Comité intergouvernemental de l'OMPI concernant les aspects du droit de propriété intellectuelle touchant les systèmes *sui generis* pour la protection des connaissances traditionnelles et du folklore contre les détournements et les utilisations abusives].

5. [Le régime international assure la solidarité et la complémentarité avec les instruments et processus internationaux existants] [et qu'ils appuient et ne vont pas à l'encontre des objectifs de la Convention].

6. [Le régime international ne s'appliquera pas aux ressources génétiques humaines].

7. [La portée du régime serait en accord avec les régimes nationaux d'accès et de partage des avantages liés aux ressources génétiques qui relèvent des juridictions nationales [, dans le contexte du commerce et de l'échange internationaux de ces ressources génétiques]].

Eléments [potentiels] [à examiner aux fins de leur intégration dans le régime international]

Accès aux ressources génétiques [et à leurs dérivés et produits]

1. [Les États ont le droit de souveraineté sur leurs propres ressources génétiques et le pouvoir d'en déterminer l'accès appartient aux gouvernements et est régi par la législation nationale.]

2. [[Sous réserve des dispositions de la législation nationale,] les conditions d'accès aux ressources génétiques [et à leurs dérivés et produits] [reposeront sur] [seront liées] aux accords de partage des avantages].

3. Les procédures d'accès doivent être claires, simples et transparentes et procurer une certitude juridique aux différents types d'utilisateurs de ressources génétiques, en vue de la mise en œuvre de l'article 15, [paragraphe 2], de la Convention sur la diversité biologique.

4. [Les Parties] [pays d'origine] qui fournissent des ressources génétiques, [des dérivés et des produits][,y compris les pays d'origine,] en accord avec les articles 2 15 de la Convention [pourront établir] [établiront] des mesures visant à garantir que l'accès à ces ressources génétiques [dérivés et produits] [à des fins spécifiques] soit soumis au principe de consentement préalable en connaissance de cause.

5. [Les Parties qui ne sont pas des pays d'origine des ressources génétiques ou de leurs dérivés qu'elles détiennent ne donneront pas accès à ces ressources sans le consentement préalable en connaissance de cause des pays d'origine.]

6. [Lorsqu'il est impossible de déterminer les pays d'origine des ressources génétiques ou dérivés, les Parties sur les territoires desquelles se trouvent les ressources génétiques ou dérivés accorderont l'accès aux utilisateurs au nom de la communauté internationale.]

7. Les conditions convenues d'un commun accord pour l'accès et l'utilisation spécifique des ressources génétiques [ou dérivés], en accord avec l'article 15, paragraphe 4, de la Convention sur la diversité biologique [, peuvent comprendre les conditions de transfert de ces ressources [ou dérivés] à des tierces parties, sous réserve des dispositions de la législation nationale des pays d'origine].

[Reconnaissance et protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques [dérivés et produits]

Les éléments du régime international devraient être élaborés et mis en œuvre en accord avec l'article 8 j) de la Convention sur la diversité biologique:

a) [Les Parties peuvent envisager d'élaborer, d'adopter et/ou de reconnaître, selon qu'il convient, des [modèles] [systèmes] sui *generis* locaux, nationaux et [internationaux] pour la protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées aux ressources génétiques, [à leurs dérivés et produits];]

b) [Sous réserve des dispositions de leur législation nationale,] les Parties [devraient] [reconnaître et protéger les droits] [respecter, préserver et maintenir les connaissances, innovations et pratiques] des communautés autochtones et locales et [garantir] [encourager] le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques [en ce qui a trait au partage des avantages découlant des connaissances traditionnelles

associées aux ressources génétiques, [à leurs dérivés et produits,] sous réserve de la législation nationale des pays dans lesquels vivent ces communautés [et en application du droit international];

c) [[Les utilisateurs [Parties] devraient respecter le principe de consentement préalable en connaissance de cause des communautés autochtones et locales dépositaires de connaissances traditionnelles associées à des ressources génétiques, [à leurs dérivés et produits] en accord avec l'article 8 j) de la Convention sur la diversité biologique, sous réserve de la législation nationale du pays dans lequel vivent ces communautés [et en application du droit international]].

d) [Les accords sur l'accès et le partage des avantages découlant des connaissances traditionnelles devraient être mis en œuvre dans le contexte des régimes nationaux sur l'accès et le partage.]

Partage juste et équitable des avantages

[Les modalités minimales de partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, de leurs dérivés ou produits seront stipulées dans les législations nationales sur [l'accès] [ou] [et] en vertu du régime international et [devront] [pourront] être prise en compte dans les conditions convenues d'un commun accord [devront] [pourront] reposer sur le principe de consentement préalable en connaissance de cause entre le fournisseur et l'utilisateur de ressources données.]

[Les conditions convenues d'un commun accord peuvent spécifier des arrangements de partage des avantages concernant des dérivés et produits de ressources génétiques]

Les modalités de partage des avantages résultant de l'utilisation des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées aux ressources génétiques [à leurs dérivés et produits] [seront] [pourront être] stipulées dans les conditions convenues d'un commun accord [entre les utilisateurs et l'autorité nationale compétente du pays fournisseur avec la participation active des communautés autochtones et locales concernées] [entre les communautés autochtones et locales et les utilisateurs et, le cas échéant, avec la participation du pays fournisseur].

[Les conditions convenues d'un commun accord peuvent inclure des clauses sur les possibilités d'établissement de droits de propriété intellectuelle et si cela est possible sur les conditions préalables à l'obtention de ces droits.]

Les conditions convenues d'un commun accord peuvent inclure des conditions monétaires et/ou non monétaires de l'utilisation des ressources génétiques [et de leurs dérivés et/ou produits], ainsi que des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées.

[Le régime international devrait établir les [obligations] [conditions] fondamentales de partage des avantages, dont la répartition de ces avantages par l'intermédiaire du mécanisme de financement, applicables en l'absence de dispositions spécifiques dans les accords relatifs à l'accès.]

[Quand il est impossible de déterminer le pays d'origine des ressources génétiques ou de leurs dérivés, les avantages monétaires reviendront au mécanisme de financement et les avantages non monétaires seront mis à la disposition des Parties qui en ont besoin.]

[Les Parties devraient appliquer, en tenant compte du paragraphe 4 de l'article 20 de la Convention, des mesures visant à garantir le partage juste et équitable des avantages découlant de la recherche-développement, notamment par la facilitation de l'accès aux résultats de la recherche-développement et par le transfert de technologie, ainsi que de toute autre utilisation des ressources génétiques, [dérivés et produits] et des connaissances traditionnelles associées, en tenant compte du principe de consentement préalable en connaissance de cause et des conditions convenues d'un commun accord et en respectant la législation nationale du pays fournisseur des ressources génétiques.]

[Les Parties qui mettent au point des technologies faisant usage de ressources génétiques, dérivés et produits devraient se doter d'une législation nationale qui facilite l'accès à ces technologies et le transfert de celles-ci au profit des pays en développement dont proviennent ces ressources selon des conditions convenues d'un commun accord.]

[Clarification de la nature exacte du partage des avantages, en insistant sur la nécessité d'établir une distinction entre les utilisations commerciales et non commerciales des ressources génétiques, avec les obligations/attentes différenciées qui en découlent.]

[Clauses pragmatiques et applicables de partage des avantages dans les accords de transfert de matériel, selon les conditions convenues entre les fournisseurs et les utilisateurs.]

[Les avantages devraient être canalisés de manière à favoriser la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique [dans les pays d'origine des ressources génétiques].]

[Les accords de partage des avantages ne devraient pas se limiter aux conditions convenues d'un commun accord lorsque ces accords entérinent le consentement préalable en connaissance de cause.]

[Divulgarion [de la provenance légale] [de l'origine] [du consentement préalable en connaissance de cause et du partage des avantages]

1. Les demandes de droits de propriété intellectuelle dont l'objet [concerne ou utilise] [repose directement sur] des ressources génétiques, [dérivés et produits] ou des connaissances traditionnelles associées devraient divulguer le pays d'origine ou la source de ces ressources génétiques, [dérivés et produits] ou des connaissances traditionnelles associées, [et faire la preuve que les dispositions visant le consentement préalable en connaissance de cause et le partage des avantages ont été respectées, en accord avec la législation nationale du pays fournisseur des ressources].

2. [La législation nationale devra prévoir des voies de recours afin de sanctionner le non-respect des exigences énoncées dans le paragraphe précédent, comprenant entre autres l'annulation des droits de propriété intellectuelle en question, ainsi que la copropriété des droits de propriété et leur cession.]

3. [Dans l'éventualité où les informations divulguées seraient inexactes ou incomplètes, des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives devraient être envisagées hors du champ d'application de la loi sur les brevets.]]

[[Certificat d'origine] [Certificat international [d'origine/de source/]de provenance légale]

Le régime international pourra instituer un certificat international d'origine/de source/de provenance légale des ressources génétiques [, dérivés et produits] qui serait délivré par le [pays fournisseur] [pays d'origine].

Le régime international [pourra] [devra] créer un système visant à certifier [l'origine/la source/la provenance légale des ressources génétiques] [l'utilisation légale des connaissances, innovations ou pratiques des communautés autochtones et locales qui sont associées aux ressources génétiques].

De tels certificats de l'origine/la source/la provenance légale [ou de l'utilisation légale] pourront [faire partie intégrante] [constituer la preuve] d'arrangements relatifs au consentement préalable en connaissance de cause et aux conditions convenues d'un commun accord.

[De tels certificats de l'origine/la source/la provenance légale [ou de l'utilisation légale] et, le cas échéant, les preuves d'arrangements relatifs au consentement préalable en connaissance

de cause et aux conditions convenues d'un commun accord pourraient être une condition préalable à la brevetabilité et à d'autres demandes de droits de propriété intellectuelle.]

[Un certificat international d'origine/de source/de provenance légale pourrait faire partie d'un régime international.]

[Il faudrait examiner plus avant les besoins potentiels, objectifs, caractéristiques/particularités souhaitables, conditions d'application, difficultés, y compris les incidences financières et législatives, d'un tel certificat international.]

[Le certificat d'origine/de source/de provenance légale pourrait constituer un moyen de se conformer aux exigences de divulgation imposées par la législation nationale.]]

Mise en œuvre, surveillance et compte rendu

1. [Les Parties devront établir] des mécanismes de surveillance de la mise en œuvre ainsi que des procédures de compte rendu [pourraient être envisagés] dans le cadre du régime international.

2. [Les Parties [pourront] [devront] se doter d'une législation [, selon qu'il conviendra,] pour la mise en œuvre du régime international.]

[Conformité et application]

1. [Les dépositaires de matériel génétique, [dérivés et produits] ne feront aucune demande de brevet concernant ce matériel génétique, [ces dérivés ou produits] sans le consentement préalable en connaissance de cause du [pays fournisseur] [pays d'origine]. [Le non respect de cette disposition entraînera, entre autres, le rejet de la demande de brevet et, si nécessaire, la révocation d'un tel brevet.]

2. [Les Parties [pourront] [devront] élaborer une législation nationale [, selon qu'il conviendra,] relativement à la mise en œuvre du régime international.]

3. [Chaque Partie devra respecter la législation nationale des [pays fournisseurs des ressources génétiques, dérivés et produits] [pays d'origine], [dont les pays d'origine], se rapportant à l'accès et au partage des avantages, lorsqu'elle veut accéder aux ressources génétiques [, dérivés et produits,] et aux connaissances traditionnelles associées ou les utiliser.]

4. [Le régime international [pourra] [devra] veiller à ce que toutes les modalités stipulées dans les conditions convenues d'un commun accord soient respectées et appliquées.]

5. [Le régime international [pourra] [devra] renfermer] des procédures de coopération et des mécanismes institutionnels destinés à [[favoriser] et [garantir]] la conformité [pourront être envisagés pour le régime international].

6. [Le régime international [pourra] [devra] renfermer des mesures visant à garantir le respect du principe de consentement préalable en connaissance de cause des [Parties] [communautés autochtones et locales en ce qui a trait à l'accès à leurs connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées aux ressources génétiques[, dérivés et produits]].]

7. [Le régime international [pourra] [devra] renfermer des mesures visant à [[favoriser] et [garantir]] le respect du principe de consentement préalable en connaissance de cause du pays fournisseur des ressources génétiques [, dérivés et produits], dont les pays d'origine, en accord avec le paragraphe 3 de l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique.]

8. [Le régime international [pourra] [devra] renfermer des mesures visant à empêcher le détournement et l'accès et l'utilisation non autorisés des ressources génétiques [, de leurs dérivés et produits] et des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées.]

9. [Les Parties devraient prendre des mesures garantissant que l'utilisation des ressources génétiques dans les limites de leur juridiction est conforme aux dispositions de la Convention et aux conditions auxquelles l'accès a été accordé.]

10. [Créer des mécanismes destinés à faciliter la collaboration entre les organismes compétents d'application des lois, dans les pays fournisseurs comme dans les pays utilisateurs.]

11. [Réserve faite des recours particuliers attachés aux demandes de droits de propriété intellectuelle, les législations nationales devront prévoir des sanctions afin de prévenir toute utilisation des ressources génétiques, dérivés et connaissances traditionnelles associées qui ne serait pas conforme aux dispositions du régime international, en particulier celles relatives aux lois sur l'accès et le partage des avantages dans les pays d'origine.]

12. [Les éléments qui suivent sont considérés comme des actes ou des cas de détournement :

a) Utilisation des ressources génétiques, dérivés et produits ou des connaissances traditionnelles associées sans se conformer aux dispositions du régime international ;

b) Acquisition, appropriation ou utilisation des ressources génétiques, dérivés et produits ou des connaissances traditionnelles associées par des moyens abusifs ou illicites ;

c) Obtention d'avantages commerciaux grâce à l'acquisition, l'appropriation ou l'utilisation des ressources génétiques, dérivés et produits ou des connaissances traditionnelles associées lorsque la personne qui utilise ces ressources génétiques, dérivés et produits sait, ou a fait preuve de négligence en ignorant, que ces derniers ont été acquis ou obtenus par des moyens abusifs ;

d) Autres activités commerciales contraires aux usages honnêtes découlant du partage équitable des ressources génétiques, dérivés et produits ou des connaissances traditionnelles associées.]

[e) Utilisation des ressources génétiques, dérivés et produits ou des connaissances traditionnelles associées dans un but différent de celui pour lequel l'accès a été accordé;] et

[f) Obtention sans autorisation d'informations pouvant servir à reconstituer les ressources génétiques, dérivés et produits ou les connaissances traditionnelles associées.]

[Accès à la justice]

1. Mettre en œuvre des mesures visant à [faciliter] [garantir] l'accès à la justice et à la réparation.

2. Mettre en œuvre des mesures visant à [garantir et] faciliter l'accès à la justice et à la réparation, y compris des recours administratifs et judiciaires, ainsi que d'autres mécanismes de règlement des différends, [par les fournisseurs et les utilisateurs].]

[Mécanisme de règlement des différends]

1. [Les Parties [devront] [pourront] établir un mécanisme de règlement des différends dans le cadre du régime international.]

2. [Les dispositions de l'article 27 de la Convention s'appliqueront au règlement des différends dans le cadre du régime international.]

[Mécanisme de financement]

Les Parties [devront] [pourront] établir un mécanisme de financement dans le cadre du régime international, y compris pour les accords de partage des avantages.]

[Renforcement des capacités [et transfert de technologie]

1. Le régime international devrait renfermer des dispositions relatives au renforcement des capacités dans les pays en développement, les pays les moins avancés et les petits États insulaires en développement, ainsi que dans les pays à économie en transition, en vue de faciliter la mise en œuvre du régime international à l'échelle nationale, régionale et internationale.

2. [Mettre en œuvre des mesures visant à assurer l'efficacité du transfert de technologie et de la coopération, afin de favoriser la production d'avantages sociaux, économiques et environnementaux.]

3. [Renforcer les capacités humaines, institutionnelles et scientifiques, en vue notamment de mettre en place un mécanisme juridique, en tenant compte des articles 18, 19 et 20.4 de la Convention.]

[Appui institutionnel]

1. [Répertorier et reconnaître les mesures non législatives internationales existantes qui appuient ou favorisent la mise en œuvre des articles 15 et 8 j) et des trois objectifs de la Convention.]

2. Favoriser la conduite de recherches écologiquement rationnelles faisant appel à des ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées et établir une distinction entre la recherche scientifique à vocation commerciale et non commerciale, notamment la recherche taxonomique.

[Non Parties]

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENNERAUX

- BASSO, Maristela. *O Direito Internaciconal da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.
- DENIS, Dominique, *Appellation d'origine et indication de provenance*, Paris : Dalloz, 1995.
- DUPUY Pierre-Marie, *Droit international public*, Précis, Dalloz, Paris, 7^{ème}. Edition, 2004.
- KISS, Alexandre ; BEURIER, Jean-Pierre. *Droit International de l'Environnement*. Paris: 3^{ème}. Édition, n°3, Pedone, 2004.
- OMPI, *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*, Geneva, WIPO PUBLICATION N°. 489 (E), Genève, 2^{ème} édition, 2004.
- OLSZAK Norbert, *Droit des appellations d'origine et indications de provenance*, Paris : Editions TEC et DOC, 2001.
- PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement*. Paris : Précis Dalloz, 5^{ème} Edition, 2004.

OUVRAGES SPÉCIFIQUES

- ARAUJO, Ana Valéria; CAPOBIANCO, João Paulo (Orgs.). *Biodiversidade e proteção do conhecimento de comunidades tradicionais*, Documento ISA 02. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1995.
- BENSUSAN, Nurit (Org.). *Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade como, para que, por quê*. Brasília: Instituto Socioambiental / Editora UnB, 2002.
- CAPOBIANCO, João Paulo R.; SVIRSKY, Enrique (Orgs.) *Ambientalismo no Brasil: passado presente e futuro*. São Paulo : Instituto Socioambiental : Secretaria do meio ambiente do Estado de São Paulo, 1997.
- CRUCIBLE Group II. Le débat des semences. Volume 2. *Solutions pour les lois nationales régissant le contrôle des ressources génétiques et des innovations biologiques*, Publ. en collaboration avec l'Institut International des ressources phytogénétiques et la Fondation Dag Hammarskjöld, 2003.
- DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S.V., (Orgs.). *Biodiversidade n. 4 : saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2001.
- DUTFIELD, Graham. *Intellectual Property Rights, trade and biodiversity: seeds and plant varieties*. London: IUCN/Earthscan Publications Ltd., 2000.
- FEBRES, Maria Elisa. *La regulación del acceso a los recursos genéticos em Venezuela*. Caracas: Serie Mención Publicación, CENDES, 2002.
- GLOWKA, Lyle. *A Guide to Designing Legal Frameworks to Determine Access to Genetic Resources*. IUCN Environmental Law Centre, 1998.
- GLOWKA, Lyle; Burhenne-Guilmin, Françoise; SYNGE, Hugh. *A Guide to the Convention on Biological Diversity*, Environmental Policy and Law Paper N°. 30. Gland et Cambridge: IUCN Environmental Law Centre, 1999.
- GUIGNIER Armelle, *Le rôle des peuples autochtones et des communautés locales dans le développement durable : figurants ou acteurs ?*, Limoges : les cahiers du CRIDEAU, Pulim, 2004.

- HERMITTE Marie-Angèle et KAHN Philippe (sous la direction de), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Travaux du Centre René-Jean DUPUIT pour le droit et le développement et du Centre de Recherche sur le Droit des Sciences et Techniques, Bruxelles : Bruylant, 2004.
- KHOR, Martin; LILIN, Lim, Orgs. *Good Practices & Innovative Experiences in the South, social policies, indigenous knowledge and appropriate technology*, Volume 2, Zeed Books, Third World Network, Special Unit for TCD, UNDP, 2001.
- LAIRD, Sarah Laird, Org., *Biodiversity and traditional knowledge, equitable partnerships in Practice*. London: Earthscan publications Ltd., 2002.
- LIMA, André, BENSUSAN, Nurit, (Orgs.), *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*. Documentos ISA 8, São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.
- MOORE, Gerald et TYMOWSKI Witold, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant genetic resources for food and agriculture*. UICN environmental policy and law paper n. 57, UICN, 2005.
- MULLER, Manuel Ruiz, “Proteccion *sui generis* de conocimientos indigenas en la Amazonia”, Lima: Cooperation Andina de Fomento, Sociedad Periana de Derecho Ambiental, Parlamento Amazônico, ____.
- POSEY, Darrell Addison. *Biodiversity, Genetic Resources, and Indigenous Peoples in Amazonia: (RE) Discovering the Wealth of Traditional Resources of Native Amazonians*. London: I’AMAZONIA 2000: Development, Environment, and Geopolitics, Institute of Latin American Studies, University of London, 1998.
- RECIEL, Review of European Community & International Environmental Law – Focus on: Biodiversity, Volume II, Issue I. Oxford: Blackwell Publishing, FIELD (Foundation for international Environmental Law and Development), 2002.
- REPETTO R. SILVA et CAVALCANTI M., *Les Négociations Commerciales Multilatérales sur l’Agriculture - Manuel de Référence - IV - L’Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui Touchent au Commerce*, Rome : Organisation des Nations Unies pour l’Alimentation et l’Agriculture, 2001, Module I. Document disponible sur le site www.fao.org .
- SAMBUC Henri-Phillippe, *La Protection Internationale des Savoirs Traditionnels : La nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, Paris : Harmattan, 2003.
- SANT’ANA, Paulo José Peret de. *Bioprospecção no Brasil, contribuições para uma gestão ética*. Brasília: Paralelo 15, 2002.
- SHIVA, Vandana, *Monoculture della mente, biodiversità, biotecnologie agricoltura “scientifica*. Torino: Bollati Boringhieri, 2001.
- SILVA, Senadora Marina da, ‘*Acesso a recurso genético: o Brasil protege o conhecimento tradicional? Access to genetic resources: does Brazil protect the traditional knowledge?* Brasília: Senado Federal, 2002.
- TEN KATE, Kerry et LAIRD, Sarah Laird, *The commercial use of biodiversity*. London: Earthscan publications Ltd., 1999.
- ZAZZALI, Jorge Caillaux; MÜLLER, Maunel Ruiz(Orgs.). *Acesso a recurso genético, propostas e instrumentos jurídicos*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 1998.

ARTICLES

- CORREA, Carlos M.. *Droits souverains et de propriété sur les ressources phytogénétiques*. Rome: FAO, 1994, disponible sur le site: www.fao.org
- CORREA, Carlos M. *Options for the Implementation of Farmers' Rights at the National Level*, T.R.A.D.E working papers 8. Genève: South Center, 2000.
- CORREA, Carlos M., *Access to plant genetic resources and Intellectual Property Rights*, Rome: FAO, 1999, disponible sur le site: www.fao.org.
- CULLET, Philippe, *Plant Variety Protection: Patents, Plant Breeders' Rights & Sui Generis Systems*, disponible sur le site www.ielrc.org/intellectual_property.html
- FIRESTONE, Laurel. "Consentimento Previo Informado; Principios Orientadores e Modelos Concretos" in LIMA, André; BENSUSAN, Nurit Orgs.. Documentos ISA 8, *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.
- DUTFIELD Graham, "Protecting Traditional Knowledge and Folklore: A review of progress in diplomacy and policy formulation". Intellectual Property Rights and Sustainable Development, Issue paper N° 1, June 2003, TABLEAU 2, page 22.
- Fondation Gaia et GRAIN « Dix bonnes raisons de ne pas adhérer à l'UPOV », in Fondation Gaia et GRAIN, *Commerce Mondial et Biodiversité en Conflit*, No. 2, Mai 1998, trouvé sur le site : www.grain.org/fr/publications/num2-fr.cfm
- GRAIN, « Le Traité sur les semences de la FAO: des droits des agriculteurs aux privilèges des obtenteurs ». Revue *Seedling* en Français, Octobre 2004. Disponible sur le site : www.grain.org .
- HAYASHI, Kiichiro, "Scope of benefit sharing items findings from ABS cases and national and international Legal instruments", Mitsubishi Research Institute, Tokyo, 2002.
- HELPER, Laurence R. "Intellectual Property Rights in plant varieties: an overview with options for national governments". Rome: FAO legal papers online #31, 2002, disponible sur le site: www.fao.org
- HERMITTE, Marie-Angèle, "La Convention sur la Diversité Biologique", AFDI, 1992, pp. 844-870.
- HERMITTE Marie-Angèle, «La construction du droit des ressources génétiques – exclusivismes et échanges au fil du temps» in HERMITTE Marie-Angèle et KAHN Philippe (sous la direction de), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Travaux du Centre René-Jean DUPUIT pour le droit et le développement et du Centre de Recherche sur le Droit des Sciences et Techniques, Bruylant, Bruxelles, 2004, pages 1 à 124.
- KAMERI-MBOTE, Patricia. Community, farmers' and breeders' rights in Africa: towards a legal framework for *sui generis* legislation. Nairobi: University of Nairobi Law Journal, 2003.
- LE GOATER Yann, « Convention sur la diversité biologique, protection des savoirs traditionnels et accès aux ressources génétiques », à paraître in *Revue européenne de droit de l'environnement* (REDE), volume 2, 2007.
- LIMA, André; BAPTISTA, Fernando Mathias; BENSUSAN, Nurit. "Direitos intelectuais coletivos e conhecimentos tradicionais", in LIMA, André, BENSUSAN, Nurit, (Orgs.), Documentos ISA 8, *Quem cala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

- MEKOUAR, Ali. "A Global Instrument on Agrobiodiversity: The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture ». Rome: FAO Legal Paper Online #24, 2002, disponible sur le site: www.fao.org.
- NIJAR, Gurdial Singh. "In defense of local community knowledge and biodiversity a conceptual framework and the essential elements of a rights regime". Malaysia: Third World Network, Paper 1, 1999.
- NOIVILLE Christine, « Le statut juridique des collections de ressources génétiques » in HERMITTE Marie-Angèle et KAHN Philippe (sous la direction), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Travaux du Centre René-Jean DUPUIT pour le droit et le développement et du Centre de Recherche sur le Droit des Sciences et Techniques, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 219-245.
- OH, Cecilia, "Article 27.3(b) of the TRIPS Agreement: Review options for the South", Third World Network, 1999. Article disponible sur le site: www.twn.org.
- POSEY, D A, "Traditional Resource Rights: International Instruments for Protection and Compensation for Indigenous Peoples and Local Communities", Gland: IUCN, Suisse, 1996.
- LAIRD; Sarah et al « Biodiversity Prospecting: using genetic resources for sustainable" development. Kenya: World Resources Institute (WRI), USA/ Instituto Nacional de Biodiversidad (INBio), Costa Rica, Rainforest Alliance, USA and African Center for Technology Studies (ACTS), 1993.
- SANDES, Alice Rayol Ramos e DI BLASI Gabriel, "Biodiversidade e Diversidade Química e Genética, Aspectos Relacionados com a Propriedade Intelectual no Brasil" In *Revista Biotecnologia Ciência & Desenvolvimento* Edição 13 - ano II março/abril de 2000.
- SANDERS Douglas, « Populations autochtones : Problèmes de définition », Faculté de droit, Université de la Colombie-Britannique, 1999, disponible sur le site : www.dfait-maeci.gc.ca/aboriginalplanet/750/resource/canada/documents/sanders-fr.asp
- SANTILLI, Juliana, "Biodiversidade e conhecimento tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção", in LIMA et BENSUSAN, Documentos ISA 8, « Quem fala consente? Subsídios para a proteção dos conhecimentos tradicionais », pages 53 à 74.
- SOLAGRAL, « Génomique : les risques d'appropriation du vivant » in *Courrier de la Planète* n° 57, Mai 2000, sur le site : www.solagral.org

THESES ET MEMOIRES

- KARPE Philippe, *Les Collectivités autochtones*, thèse en droit public, Université Paris X - Nanterre, dirigé par Olivier AUDEOUD, soutenu le 21 mars 2002.
- WANDSCHEER, Clarissa Bueno. *Direito à proteção dos recursos genéticos associados aos conhecimentos das comunidades indígenas e tradicionais*. Curitiba: PUC-PR, 2001.

RAPPORTS

- AZEVEDO Cristina Maria do A. et DA SILVA Fernanda Álvares, coordination technique, "Regras para o Acesso Legal ao Patrimônio Genético e Conhecimento Tradicional Associado", Ministério Do Meio Ambiente, Departamento Do Patrimônio Genético, Brasília, Abril/2005, page 6.

- BfN, *European Regional Meeting on an International Recognized Certificate of Origin/Source/Legal Provenance: Rapport of an International Workshop hosted by the German Federal Agency for Nature Conservation* sur, réalisé à Isle of Vilm, Allemagne, 24-29 octobre 2006, Vilm: Editeurs : Ute Feit et Franziska Wolff, 2007.
- Commission des droits de l'homme, Qui sont les peuples autochtones ? Document de Travail de Mme. Erica-Irene A DAES sur la notion de « Peuple Autochtone », Nations Unies – Commission des droits de l'homme – juin 1996.
- OMPI, Secrétariat, 'Eléments constitutifs d'un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels', Comité Intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques aux savoirs traditionnels et au folklore. Genève : Quatrième session, 2002.
- TOBIN Brendan, CUNNINGHAM David et WATANABE Kazuo, *The feasibility, practicality and cost of a certificate of origin system for genetic resource, Preliminary results of comparative analysis of tracking material in biological resource centres and of proposals for a certification scheme*, United Nations University, Institute of Advanced Studies, Japon, 2004, disponible sur le site de la CDB (www.biodiv.org), sous la côte : UNEP/CBD/WG-ABS/3/INF/5.

Sites à consulter pour plus d'informations:
--

www.belspo.be/bccm/mosaicc

<http://www.biodiv.org/>

www.bfn.de.

www.comunidadandina.org

<http://www.crdi.ca>

http://www.direitojustica.com/direito_ambiental/index10.html

www.dd-rdca

www.dfait-maeci.gc.ca

<http://www.etcgroup.org/>

<http://www.fao.org>

<http://www.grain.org/>

<http://www.ielrc.org/>

<http://www.ipgri.cgiar.org>

<http://www.iucn.org/>

<http://www.mma.gov.br/>

<http://www.prodiversitas.bioetica.org/>

<http://www.socioambiental.org>

<http://www.solagral.org>

<http://www.twinside.org.sg>

<http://www.unesco.org>

<http://www.upov.int>

<http://www.wipo.org/>

<http://www.wto.org/>

LISTE DES TABLEAUX

TABLEAU 01:.....	6
DEFINITIONS DE L'ARTICLE 2 DE LA CDB	
TABLEAU 02	15
DEFINITIONS DES SAVOIRS TRADITIONNELS	
TABLEAU 03	17
ASPECTS DES SAVOIRS TRADITIONNELS	
TABLEAU 04	19
DEFINITIONS COMMUNAUTES LOCALES ET PEUPLES AUTOCHTONES	
TABLEAU 05	21
CRITERE DE DISTINCTION DES PEUPLES AUTOCHTONES	
TABLEAU 06	35
CAS DU RIZ BASMATI	
TABLEAU 07	106
RESUME DU PROJET D'OBJECTIFS DE LA POLITIQUE GENERALE ET DES PRINCIPES FONDAMENTAUX DE LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS	
TABLEAU 08	125
CERTIFICAT D'OBTENTION VEGETALE :	
TABLEAU 09	127
SYSTEME <i>SUI GENERIS</i> : L'EXEMPLE THAÏLANDAIS.	
TABLEAU 10	130
ELEMENTS D'UN REGIME <i>SUI GENERIS</i> DE PROPRIETE INTELLECTUELLE POUR LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS	
TABLEAU 11	137
LES CARACTERISTIQUES DES SAVOIRS TRADITIONNELS	
TABLEAU 12	144
LE RAPPORT INTRINSEQUE DES SAVOIRS TRADITIONNELS ET LE SYSTEME DE BREVET :LE CAS DE LA QUININE	
TABLEAU 13	146
PROJET DE RECONNAISSANCE DES SAVOIRS TRADITIONNELS DANS LE SYSTEME DE BREVET : ASPECTS PRINCIPAUX	

TABLE DE MATIERE

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS :	3
SOMMAIRE	4
INTRODUCTION	5

PARTIE I – RECONNAISSANCE DES SAVOIRS TRADITIONNELS ASSOCIÉS AU SEIN DES INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX..... 27

CHAPITRE 1 – LA CONVENTION SUR LA DIVERSITE BIOLOGIQUE.....28

SECTION 1 - L'APPORT DE LA CDB – UNE QUESTION CONTROVERSEE.29

- § 1° Les avancés de la CDB – Le principe de souveraineté des pays sur leurs ressources29
 - A. De la reconnaissance à l'applicabilité du principe de souveraineté des pays sur leurs ressources 31
 - B. Les conséquences du principe de la non-rétroactivité sur les collections *ex-situ* : le cas du riz basmati 32
- § 2° Un outil diplomatique de contrôle ou une véritable évolution ?.....36
 - A. Une rhétorique géopolitique 36
 - B. Evolution du droit : les lois, de simples fruits du pouvoir..... 37

SECTION 2 – LES DISPOSITIONS DE LA CDB SUR LES SAVOIRS

TRADITIONNELS ASSOCIES : L'ARTICLE 8 (j).....39

- § 1° Les droits des peuples autochtones et des communautés locales dans l'article 8j.....39
 - A. Les droits et les principes 39
 - B. Le prolongement de ces droits sur les ressources génétiques..... 43
- § 2°. Mise en œuvre des droits sur les savoirs traditionnels.....45
 - A. Le groupe de travail spécial sur l'article 8j45
 - B. Le consentement éclairé et préalable et le partage des avantages 48
 - 1. Consentement éclairé et préalable 48
 - 2) le partage juste et équitable des avantages..... 52

CHAPITRE 2 – L'ACCORD SUR LES ASPECTS DE LA PROPRIETE

INTELLECTUELLE QUI TOUCHENT LE COMMERCE.....54

SECTION 1 - L'AADPIC, UN ACCORD DE REGLES « MINIMALES » : LES JEUX

D'INTERETS ET LES DISPOSITIONS CONCRETES.....55

- § 1°. La démarche politique, un jeu de force inégal.....55
 - A. La biotechnologie et la brevetabilité du vivant 55
 - B. Les dispositions de l'article 27, 3(b)..... 56
 - 1. Les distinctions des types de vivant : une cohérence du marché 57
 - 2. L'AADPIC et la CDB – des règlements conflictuels ? 58
- § 2°. La Convention UPOV : Un régime *sui generis*, une option concrète mais indéfinie.59
 - A. La présentation de la Convention UPOV 59
 - B. Les versions de la Convention UPOV de 1978 et 1991 60

SECTION 2 - LES SAVOIRS TRADITIONNELS DANS LE CADRE DE L'AADPIC ET

LA REVISION DE L'ARTICLE 27.3(B)..... 61

- § 1°. La négation des savoirs traditionnels et ses conséquences61
 - A. Les conséquences des inégalités du système : le monopole des semences et l'appauvrissement des agriculteurs. 61
 - B. La nécessité de la création d'un régime *sui generis* autonome 62
- § 2°. La révision de l'article 27.3b de l'AADPIC : la Conférence de Doha et le Comité du Commerce et de l'Environnement62
 - A. La conciliation entre les intérêts économiques et commerciaux : le Comité du Commerce et de l'environnement..... 63
 - B. Le rôle du Comité du commerce et de l'environnement dans le cadre de l'AADPIC 63

CHAPITRE 3 – TRAITE INTERNATIONAL SUR LES RESSOURCES PHYTOGENETIQUES SUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE	67
<i>SECTION 1 - LES INNOVATIONS DU TIRPPA : LA RECONNAISSANCE DES DROITS DES AGRICULTEURS:</i>	69
§ 1° L'apport du traité et ses mécanismes de fonctionnement : la place des droits des agriculteurs dans le TIRPAA.....	70
A. Evolution du concept de droit des agriculteurs, une question d'équité	72
B. Le droit des agriculteurs dans le TIRPAA.....	74
§2°. L'article 9 du TIRPAA.....	78
A. Qui sont les agriculteurs bénéficiaires de ces droits ?	78
B. La réglementation des Droits des agriculteurs : un engagement sans obligations....	79
<i>SECTION 2. QUELS SONT LES DROITS DES AGRICULTEURS ?</i>	81
§1° Protection des connaissances traditionnelles	82
A. le champ d'application de la loi et le régime de protection à adopter	82
B. La réglementation des Droits des agriculteurs : les lois existantes.....	83
§2° Les conséquences de la protection des savoirs traditionnels : Les droits qui en découlent et leur caractère illimité	84
A. Partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources	84
B. Participation à la conservation et à l'utilisation des ressources phytogénétiques.	85
1. à l'utilisation.....	86
2. à la conservation.....	86
C. La non limitation de ces droits.	87

PARTIE II – MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS ASSOCIES : REGIMES JURIDIQUES ENVISAGEABLES..... 90

CHAPITRE 4 – PROPRIETE INTELLECTUELLE TRADITIONNELLE	91
<i>SECTION 1 - LA PROPRIETE INTELLECTUELLE ET LES SAVOIRS TRADITIONNELS : APPLICABILITE DU REGIME.</i>	92
§1° Aspects principaux de la future réglementation des STA et des DPI	92
A. Type de réglementation : L'objectif de la protection.	92
1. Une protection défensive ou positive	92
2. Objectif de l'accès au savoir traditionnel : le commerce ou une recherche sans finalité commerciale.	93
B. Les savoirs traditionnels au sein de la Propriété Intellectuelle.....	94
1. Qu'est que c'est la propriété intellectuelle ?	94
2. Les détenteurs des DPI et des STA : deux sujets et une même personne ? A qui bénéficieront les avantages ?.....	96
§2°. Réflexions sur l'effet des DPI sur les savoirs traditionnels et leur compatibilité.	97
A. Les DPI : Un système nuisibles aux communautés locales et autochtones ?.....	97
B. Les DPI face à la nature collective et la fonction sociale des savoirs traditionnels	100
1. la nature collective des savoirs traditionnels versus le caractère individualiste des DPI.	100
2. la libre circulation des savoirs traditionnels : une caractéristique déterminante pour l'accomplissement de sa fonction sociale	101
<i>SECTION 2- L'applicabilité des droits de propriété intellectuelle à la protection des savoirs traditionnels associés.</i>	102
§1°. Les STA aux forums internationaux : les DPI, un fort candidat pour la protection des savoirs traditionnels ?.....	102
A. La défense de la Propriété intellectuelle à l'OMC et à l'OMPI : Deux organisations, une solution pour la protection des STA.	102
1. Les DPI et les ST à l'OMC et à l'OMPI : état des lieux.....	102
2. Le Comité intergouvernemental sur les savoirs traditionnels, les innovations et le folklore au sein de l'OMPI.....	104

B. Les AOC, une voie viable ?	110
1. Fille des indications géographiques, l'AOC instrument de conciliation envisageable	110
2. les avantages de l'AOC pour les produits des communautés locales et autochtones	111
§2°. La théorie et les difficultés de mise en œuvre.	112
A. Arguments pour et contre la Propriété intellectuelle.	113
1. Le but de la propriété intellectuelle et les intérêts des communautés locales et autochtones.....	113
2. L'absence de transparence légale et l'élévation des coûts de transactions.....	114
B. Les difficultés culturelles et financières	115
1. L'essence culturelle et non commerciale de la naissance des savoirs traditionnels. .	115
2. les coûts d'un système risqué pour les grands entrepreneurs	116
CHAPITRE 5 – REGIME <i>SUI GENERIS</i> DE PROPRIETE INTELLECTUELLE	118
SECTION 1- LA PROPRIETE INTELLECTUELLE : UN SYSTEME DYNAMIQUE DE PROTECTION.	119
§1°. Des précisions sur le régime <i>sui generis</i> de propriété intellectuelle	119
A. Qu'est-ce que c'est un régime <i>sui generis</i> de propriété intellectuelle ?	119
B. Qu'est-ce que c'est un régime efficace ?	120
§2°. Des exemples des mécanismes de DPI adaptés et des régimes <i>sui generis</i> de DPI	121
A. Les adaptations sans création d'un régime <i>sui generis</i> de DPI.	121
B. les transformations substantielles du régime DPI.....	122
SECTION 2 – L'EVOLUTION DU DROIT DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE	124
§1°. Le système UPOV et les modifications proposées pour mettre en œuvre l'AADPIC.....	124
A. La Convention UPOV, un régime <i>sui generis</i> de propriété intellectuelle	124
B. Les modifications dans le cadre du régime UPOV	125
1. L'utilisation d'une plus souple interprétation des critères d'uniformité et de stabilité : ..	126
2. La différenciation entre les variétés uniformes et les variétés traditionnelles	126
§2°. Quels éléments d'un régime <i>sui generis</i> de propriété intellectuelle des savoirs traditionnels	128
A. Les outils de la propriété intellectuelle possiblement adaptables.....	128
1. le brevet :	129
2. les indications géographiques :	129
3. les bases de données.	129
B. Les éléments d'un régime de propriété intellectuelle de protection des savoirs traditionnels	130
CHAPITRE 6 – UN REGIME <i>SUI GENERIS</i> DISTINCT	132
SECTION 1 - D'UNE APPROCHE SECTORIELLE A UNE APPROCHE INTEGREE DES SAVOIRS TRADITIONNELS.....	134
§1°. Illustration et analyse de la nécessité d'un régime intégré	134
A. Le conte du chaman.....	134
B. Protection des savoirs du chaman par les outils de DPI : un dégroupage possible, mais non souhaitable.	135
§ 2°. L'insuffisance des DPI dans un cas concret	136
A. Les éléments à protéger	136
B. Une approche juridique novatrice, intégrée et adéquate.....	137
SECTION 2. DROITS INTELLECTUELS COLLECTIFS	138
§1° Le caractère global des savoirs traditionnels :	138
A. La prise en compte des détenteurs	138
B. Le vague concept des droits intellectuels collectifs.....	139
§2°. Les fondements des droits intellectuels collectifs.....	139
A. Les droits moraux et patrimoniaux des détenteurs des savoirs traditionnels	139
B. D'autres Dispositions générales dérivées des DIC	140

SECTION 3. LES ELEMENTS SUI GENERIS ENVISAGÉS AU SEIN DE L'OMPI ET DE LA CDB : ETAT DE LIEU.....	142
§1° Le projet de reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système de brevet : une évolution « <i>sui generis</i> » au sein de l'OMPI ?.....	143
A. Pourquoi reconnaître les savoirs traditionnels par le système de brevet ?	143
B. En quoi consiste le projet de reconnaissance des ST dans le système de brevet de l'OMPI?.....	145
§2° Les régimes <i>sui generis</i> dans le cadre de la CDB : le certificat d'origine comme vedette	149
A. Le rapport entre le régime <i>sui generis</i> de protection des savoirs traditionnels et le Régime International d'accès et partage des avantages.	150
B. Les trois piliers du régime <i>sui generis</i> et le certificat d'origine : un élément en gestation. .	152
1. Questions préliminaires sur le Certificat d'Origine : définition, objectifs et nomenclature.	153
2. Le statut juridique, la forme et le fond du certificat d'origine	156
3. Le stade actuel au niveau de la CDB et le rapport intrinsèque avec le projet de l'OMPI	157
ANNEXES.....	162
BIBLIOGRAPHIE.....	1800
LISTE DES TABLEAUX	1866
TABLE DE MATIERE	1877