

## **Les régimes juridiques d'exploitation de la biodiversité à l'épreuve du développement durable**

PHILIPPE MÉTAY

**En 1972 à Stockholm**, la première conférence des Nations unies sur l'environnement est parvenue à la conclusion que « *la capacité du Globe à produire des ressources renouvelables est essentielle [et que] les variétés primitives ont une valeur incalculable pour l'amélioration des espèces végétales.* » Ce faisant, le concert des nations induisait le concept de développement durable en matière de biodiversité. Cette prise de conscience collective résultait d'un double constat : d'une part, les scientifiques attestaient de la diminution importante de la diversité biologique ; d'autre part, le développement de la biologie moléculaire conférait au vivant sauvage une valeur scientifique et économique nouvelle. Pour les industries agroalimentaire, pharmaceutique et chimique engagées dans la biotechnologie<sup>[1]</sup>, la plante ou l'animal prélevé dans la nature constituait un réservoir génétique dont il fallait s'assurer la maîtrise.

Dans ce contexte nouveau, la fracture entre les « États ressources » (où se concentre la biodiversité) et les « États recherche » (détenteurs des moyens financiers et technologiques) a été rapidement consommée. En accédant au statut « d'or vert », les gènes ont acquis une dimension économique et n'ont pas tardé à être revendiqués comme champ d'expression de la souveraineté nationale. En outre, l'enjeu patrimonial a été exacerbé par le fait que les États détenteurs de la diversité biologique se comptent parmi les moins développés de la planète. L'utilisation durable de la biodiversité se trouvait alors doublement menacée : d'abord par les États ressources, qui se proposaient de fermer tout accès aux réserves de diversité génétique ; ensuite par les entreprises de biotechnologie des États recherche, qui entendaient investir cette même biodiversité et en contrôler l'usage par l'expression de droits de propriété intellectuelle.

Philippe Métay est maître de conférences en droit privé et sciences criminelles à l'université Rennes 2 Haute Bretagne. Il a notamment dirigé l'ouvrage collectif : *Les OGM. Mesure de l'innovation et contrôle du risque*, paru aux Presses universitaires de Rennes en 2004.

[1] « Par biotechnologies, il faut entendre l'ensemble des techniques utilisant ou causant des changements organiques, dans une quelconque matière biologique, dans des micro-organismes, des végétaux ou des animaux, ou bien provoquant des modifications de matières inorganiques par des moyens biologiques. » Définition retenue par l'Union européenne.

Plusieurs initiatives internationales se sont attachées à réduire le conflit. L'Union internationale de conservation de la nature (UICN) a énoncé en 1981 des principes équitables censés jeter les bases d'une future convention sur la biodiversité. Le projet reconnaissait au vivant une valeur intrinsèque et conférait à la diversité génétique le statut de patrimoine commun de l'humanité. Il ménageait ainsi le concept du libre accès à la variabilité génétique, en contrepartie d'une juste rémunération pour les États détenteurs. En 1983, l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) a été à l'origine d'un engagement international sur les ressources phytogénétiques, instrument de consensus sur la question de l'accès à la biodiversité. Le concept prôné par la FAO était conforme à celui de l'UICN : « *Les ressources phytogénétiques constituent un héritage commun de l'humanité devant être préservé et librement accessible pour utilisation, pour le bien des générations présentes et futures.* » À partir de 1988, le Programme des Nations unies pour l'environnement (PNUE) a engagé à son tour une réflexion sur le sujet, concrétisée en 1992 par l'adoption de la convention sur la diversité biologique (CDB), dans le cadre de la seconde conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement.

Toutefois, bien que s'inscrivant dans une perspective de développement durable, la Convention affiche des objectifs et des moyens sensiblement différents de ceux exposés par la FAO et l'UICN : « *Les objectifs de la présente Convention [...] sont la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des techniques pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux techniques, et grâce à un financement adéquat* » (art. 1). Ainsi, la biodiversité quitte le patrimoine commun de l'humanité et devient une simple « *préoccupation commune de l'Humanité* » (préambule de la Convention) ; un concept dénué de toute portée juridique. Mieux encore, la souveraineté nationale des États est clairement affirmée à l'égard des ressources biologiques. L'accès relève du pouvoir discrétionnaire des gouvernements, par application des législations nationales (arts. 15.1, 15.5). La « récompense » offerte à l'État ressources apparaît sous la forme d'un transfert de technologies (arts. 1, 15, 16), « *y compris la technologie protégée par des brevets et autres droits de propriété intellectuelle* » (art. 16.3). La FAO s'était préalablement rangée à cette position, en abandonnant en 1991 le principe d'une biodiversité incluse dans le patrimoine commun de l'humanité et en reconnaissant la souveraineté des États sur leurs ressources biologiques. Depuis, l'enga-

gement de la FAO s'est transformé en un traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, qui entérine largement les principes posés par la convention sur la diversité biologique<sup>[2]</sup>.

Au fond, la Convention adopte une approche essentiellement mercantile de la biodiversité. L'accès et l'utilisation des ressources sont subordonnés à l'expression d'un droit patrimonial (la souveraineté nationale) et génèrent une contrepartie technologique ou financière. Il n'en demeure pas moins l'affirmation d'une utilisation durable des ressources biologiques : les mécanismes de transfert de technologies, de conservation *in situ* et *ex situ* des ressources, et la prise en compte des droits et des besoins des populations locales en témoignent. Cependant, l'expression du concept de développement durable se fait jour alors que, corrélativement, les outils de la propriété industrielle s'affirment sur le vivant. Or, la compatibilité des deux apparaît douteuse. Le brevet d'invention confère un pouvoir d'interdiction (exercé à l'égard du procédé ou du produit breveté), induisant un monopole d'exploitation difficilement conciliable *a priori* avec les composantes du développement durable. Si la matière biologique est le support de l'innovation, le brevet peut en interdire l'accès et menacer les principes de la Convention : l'utilisation à venir des ressources, les droits des populations locales, les transferts de technologies. Les termes de la Convention laissent place à toutes les interprétations et, en définitive, à la plus grande ambiguïté : si l'article 15 énonce que les transferts de technologies ne sont pas entravés par le brevet d'invention et que les droits de propriété intellectuelle « *s'exercent à l'appui et non à l'encontre* » des objectifs de la Convention, l'article premier dispose que le transfert approprié des techniques pertinentes doit tenir compte de « *tous les droits sur ces ressources* », et l'article 16.2 stipule que « *lorsque les technologies font l'objet de brevets et autres droits de propriété intellectuelle, l'accès et le transfert sont assurés selon des modalités qui reconnaissent les droits de propriété intellectuelle et sont compatibles avec leur protection adéquate et effective* ». On conviendra que la mise en œuvre combinée de ces dispositions est pour le moins sujette à interprétations.

Par ailleurs, il faut prendre en considération l'évolution du droit international qui plaide indubitablement en faveur de la brevetabilité du vivant. Dans le cadre de ce qui allait devenir l'OMC (Organisation mondiale du commerce), le cycle de l'Uruguay a abouti en 1994 à l'adoption d'un nouvel accord relatif aux aspects du droit de propriété intellectuelle touchant au commerce (ADPIC). Aux termes de l'article 27 de cet accord, les États membres de l'organisation doi-

[2] Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, 3 novembre 2001.

vent adopter des modèles juridiques reconnaissant la brevetabilité de toute invention de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques sans discrimination, y compris les inventions de la matière vivante, sous réserve que l'invention « soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'une application industrielle ».

Dans ces conditions, on peut légitimement s'interroger sur la portée du principe de l'utilisation durable des ressources génétiques face à l'émergence des droits de propriété industrielle sur le vivant ; cela d'autant plus que les États peinent à mettre à œuvre les mécanismes de transfert de technologies prévus par la CDB. Sans doute faudrait-il alors favoriser une réflexion tendant à infléchir le régime du brevet d'invention, voire à proposer des régimes de propriété industrielle innovants plus respectueux des droits des populations locales.

### **La biodiversité devient une matière première marchande**

L'accord ADPIC entend traiter la biodiversité comme toute autre matière ou domaine d'activité. De son côté, en renonçant à faire des ressources génétiques un élément du patrimoine commun de l'humanité, comme l'avait pourtant suggéré la FAO, la conférence des Nations unies pour l'environnement et le développement a lourdement hypothéqué l'application du concept d'utilisation durable. Elle y substitue un mécanisme complexe dont la portée apparaît encore aujourd'hui douteuse. Ramenée au rang de préoccupation commune à l'humanité, la diversité biologique supporte l'expression de la souveraineté nationale des États et s'ouvre à la brevetabilité, donc, indirectement, à l'appropriation. Pour faire vivre le concept d'utilisation durable des ressources, la Convention s'en remet aux mesures législatives adoptées par les États pour « assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques [...]. Ce partage s'effectue selon des modalités mutuellement convenues ». En d'autres termes, le développement durable appliqué aux ressources biologiques repose tout entier sur un mécanisme hautement hasardeux liant par contrat l'État détenteur et l'entreprise de biotechnologies. On ne peut manquer de souligner l'extrême fragilité d'un système dont l'assise repose sur la seule négociation, dans un contexte de très grande disparité des moyens propres à chacune des parties.

En faisant de la diversité biologique un élément marchand, la Convention et l'accord ADPIC méconnaissent la structure intime du vivant. Loin d'être un simple objet, inerte, le vivant dans son acceptation génétique est un ensemble d'informations doté de la capacité de se reproduire et source de variations. Si les ressources génétiques intègrent une dimension matérielle incontestable, caractérisée par leur valeur scientifique et financière, elles supportent également une dimension immatérielle que le brevet néglige totalement. De fait, ce dernier confère un monopole exclusif sur l'invention déposée, laquelle peut consister en « *une matière biologique isolée de son environnement naturel*<sup>[3]</sup> ». En conséquence, l'assemblage génétique support des droits peut être interdit de toute utilisation par les tiers, alors même que « l'invention » aura porté sur la seule « révélation » de cet assemblage et de ses propriétés. Ainsi, la variabilité génétique sera retirée du libre accès, en méconnaissance totale de ses origines et de ses aptitudes futures à créer des variations biologiques. Le concept même de développement durable est balayé par cette construction juridique : si la source de toute variation devient un objet marchand, support de droits patrimoniaux, son utilisation constante par les tiers est empêchée.

À cet égard, la comparaison du brevet avec le régime UPOV, spécifiquement adapté, lui, au domaine du vivant, révèle l'incompatibilité profonde du premier avec le concept de développement durable<sup>[4]</sup>. Réservé aux variétés végétales, le régime UPOV repose sur un monopole restreint : les droits de l'obtenteur se limitent au seul matériel de reproduction de la variété protégée ; en tant qu'assemblage génétique, la variété reste totalement libre d'accès pour les sélectionneurs qui entendraient l'inclure dans un programme d'obtention. Ainsi, contrairement à ce qui a été observé pour le brevet d'invention, le droit d'obtention végétale ne confère aucune prérogative sur les ressources génétiques utilisées par l'obtenteur ; la diversité biologique demeure entièrement libre d'accès et étrangère à toute forme d'appropriation

### *Implications directes*

Outre l'impact sur les populations locales, envisagé ultérieurement, la reconnaissance du brevet d'invention en matière biologique induit une menace sur le concept de développement durable, notamment à travers la délimitation des revendications et l'atteinte aux droits des agriculteurs.

Les revendications ont pour objet de délimiter la portée des droits de l'inventeur. Pour ce faire, elles se fondent sur la description de l'invention (en vue de sa reproduction par un homme de métier)<sup>[5]</sup>. Or, il est manifeste que dans le domaine du vivant les déposants ont le plus

[3] Article 3.2 de la directive communautaire du 6 juillet 1998 relative à la protection de l'innovation biotechnologique.

[4] Convention UPOV (Union pour la protection des obtentions végétales), signée à Paris le 2 décembre 1961.

[5] Article L.612.6 du code de la propriété industrielle.

souvent opté pour des revendications « larges ». Il y a plusieurs raisons à cela. D'une part, les connaissances en biologie moléculaire ont progressé dans des proportions telles que, dès l'obtention des premiers résultats, l'inventeur est souvent en mesure d'échafauder une stratégie qui lui permet d'établir des revendications excédant les applications vérifiées de l'invention ; en outre, le mécanisme de diffusion rapide des connaissances induit par le brevet incite chacun à protéger plus qu'il n'a effectivement acquis. D'autre part, le coût de la recherche, le nombre important d'acteurs scientifiques engagés et la concentration des travaux sur des axes souvent identiques, plaident en faveur des revendications larges. Dans ce contexte, et alors que la part du chercheur se réduit face au développement de l'informatique et de la robotique, facilitant grandement la cartographie et le séquençage des gènes, il importe d'appliquer avec rigueur les critères de brevetabilité, et notamment celui de l'application industrielle. En effet, ce dernier doit permettre de vérifier qu'à la séquence d'ADN revendiquée s'attache une fonction clairement identifiée ou l'expression d'une protéine elle-même circonscrite dont les applications sont connues. À défaut, compte tenu des moyens techniques actuellement en possession des chercheurs, le brevet risque de manquer totalement ses objectifs : la société n'en tirera aucun enseignement technique et seule la dimension patrimoniale trouvera à s'exprimer. Après quelques incertitudes, le droit communautaire s'est résolument exprimé en faveur d'une application stricte des critères de brevetabilité<sup>[6]</sup>. Il n'en va malheureusement pas de même aux États-Unis où l'absence de consignes claires a laissé le champ libre à de nombreuses dérives<sup>[7]</sup>.

Malgré l'opposition de l'industrie semencière, il a toujours été admis, sinon toléré, que les agriculteurs puissent conserver une partie de leur récolte afin de disposer des semences nécessaires à la campagne suivante. Cette pratique, dénommée « privilège de l'agriculteur », s'est vue menacée par l'introduction du brevet d'invention dans le domaine des biotechnologies végétales. De fait, le coût de la recherche ainsi que les règles et les pratiques attachées au brevet se sont rapidement opposés au maintien du privilège. Corrélativement, le droit d'obtention végétale y souscrivait après de nombreux atermoiements<sup>[8]</sup>. Il en résulte, notamment aux États-Unis, une disparité de régime préjudiciable : les variétés classiques obtenues par sélections et croisements autorisent le privilège de l'agriculteur, alors que les variétés transgéniques incluant un brevet d'invention s'y opposent. Il en résulte une situation tout à la fois paradoxale et attentatoire au principe de l'utilisation durable des ressources biologiques : les agriculteurs, qui depuis des millénaires sont les gardiens et les sélectionneurs de fait de

[6] L'article 5.3 de la directive de 1998 exige que l'application industrielle de la séquence ou de la séquence partielle du gène soit concrètement exposée dans la demande de brevet.

[7] Sur ce sujet voir P. Métaï, *Le traitement juridique des biotechnologies végétales*, thèse de doctorat en droit privé, Université de Poitiers, 1996, p. 180.

[8] La convention UPOV révisée en 1991 et le règlement communautaire n° 2100/94 (JOCE L227 du 1<sup>er</sup> septembre 1994) instituant un régime de protection unifié des obtentions végétales offrent pour la première fois aux États l'opportunité d'inscrire dans les textes cette pratique décrite par les sélectionneurs.

la diversité génétique, se voient privés de la contrepartie reconnue jusqu'alors pour leur travail spontané. Dans cette voie, certaines entreprises américaines se sont résolument exprimées en faveur d'une application stricte des droits de propriété industrielle à l'égard du monde agricole. Verra-t-on un jour les agriculteurs des États ressources, pays en développement pour la plupart, privés de la possibilité de trier leur récolte pour conserver les semences nécessaires à la saison suivante ? Mieux encore, ces mêmes agriculteurs se verront-ils prochainement interdire l'utilisation de certaines variétés locales, sous prétexte qu'une entreprise de biotechnologie étrangère aura déposé un brevet sur la séquence génique de telle ou telle ? Cette hypothèse, inconcevable en Europe au regard de la réglementation actuelle, est combattue par la CDB ; toutefois, les États-Unis, n'y ayant pas adhéré, ne sont pas tenus par ses dispositions.

#### *Conséquences indirectes*

L'introduction du brevet d'invention dans le domaine du vivant, au prétexte des biotechnologies modernes, a profondément modifié la structure de financement de la recherche et, indirectement, porté atteinte à la conservation durable de la diversité biologique. Pour l'intérêt du propos, et en raison du très fort ralentissement de la recherche en biotechnologies observé en Europe<sup>[9]</sup>, les développements suivants se concentreront sur l'examen de la situation aux États-Unis, premiers investisseurs en biotechnologies modernes et premiers producteurs de variétés transgéniques.

Comme cela a été précédemment observé aux États-Unis pour les biotechnologies médicales, les applications agricoles de la biologie moléculaire ont toutes pour origine la recherche universitaire. Or, à la faveur d'un amendement à la loi sur les brevets, les universités se sont vues conférer la propriété intellectuelle des inventions développées en leur sein, bien que financées par des fonds fédéraux. Ces inventions tombaient auparavant dans le domaine public, ce qui en assurait le libre accès. Ce texte a été à l'origine d'un vaste mouvement de transfert de technologies du secteur public vers le privé. En effet, pour favoriser leurs recherches, les universités se sont tout d'abord rapprochées de jeunes entreprises (des *start-up*) ou ont directement participé à leur création. Les plus grandes sociétés de biotechnologies américaines actuelles se sont constituées en suivant ce schéma (Calgene, DNA Plant Technology, Genentech ou Amgen). Dans un second temps (à compter du début des années 1990), après qu'a été démontrée la pertinence des travaux, les grandes compagnies ont massivement investi le secteur. Il en est résulté la crainte de voir les programmes de recherche

[9] Consécutives notamment au moratoire observé par l'Union et aux campagnes successives de critique et de destructions des cultures expérimentales.

publique pilotés par l'industrie ; crainte justifiée semble-t-il au regard de la concentration de la recherche sur les principales plantes de grandes cultures américaines : maïs, soja, coton, pomme de terre (85 % des plantes transgéniques cultivées aux États-Unis sont des sojas résistant aux herbicides, des maïs résistant aux insectes et des cotons génétiquement améliorés). Ces cultures ont essentiellement pour objet de réduire le coût des intrants et de la main-d'œuvre dans les grandes exploitations occidentales ; nourrir le monde en développement ou améliorer la qualité des aliments ne fait pas partie des axes de recherche prioritaires. Concrètement, il n'existe dans ce domaine aux États-Unis quasiment aucun programme de recherche, public ou privé, centré sur les pays pauvres ou l'environnement.

Les pays en voie de développement pâtissent fortement de cette orientation de la recherche fondamentale, largement consécutive à l'entrée des droits de propriété intellectuelle dans le champ d'activité des universités. Au-delà, ce sont les ressources biologiques elles-mêmes qui en souffrent « *car les recherches sur la biodiversité in situ et l'espoir qu'elles font naître sont les garants de sa conservation par les gouvernements et les populations locales*<sup>[10]</sup> ». Il existe à n'en pas douter un risque de cloisonnement des savoirs induit par l'introduction des droits de propriété industrielle au stade de la recherche fondamentale publique. Les limitations d'accès aux connaissances entravent l'action des universitaires eux-mêmes et, à plus long terme, ralentissent la recherche. Pour les pays en voie de développement, le verrouillage de la recherche par quelques grands groupes européens ou américains au profit des seules variétés de grandes cultures occidentales menace l'agriculture locale et, au-delà, les centres de biodiversité.

Quoi qu'il en soit, il n'y aura pas d'utilisation durable des ressources biologiques sans une prise en compte honnête des droits des populations locales passant par une révision des régimes de propriété industrielle.

### **La prise en considération des droits des populations locales**

Face à un renforcement des droits de propriété industrielle sur le vivant, consécutif notamment au recours généralisé au brevet d'invention, les populations autochtones des États ressources, gardiennes traditionnelles de la biodiversité, se voient fragilisées dans leur droit d'accès, de conservation et d'utilisation des ressources génétiques. Aussi, tandis que le droit international peine à définir à leur profit un régime de contrepartie équitable, il faut s'interroger sur une

[10] J.-P. Beurier, « Le vivant sauvage et le droit international », *Biofutur*, mai 2001, p. 42.



possible modification des droits de propriété industrielle qui préserve les intérêts de ces populations.

### *État du droit et des pratiques*

La convention sur la diversité biologique incite fortement au partage des avantages tirés de l'exploitation des ressources biologiques, dans une perspective de conservation et d'utilisation durable. En revanche, la Convention est particulièrement discrète sur l'éventuelle reconnaissance de droits de propriété intellectuelle *sui generis* au bénéfice des populations locales. Or, on sait que la législation des pays en voie de développement est très précaire en la matière, alors même que la conservation durable de la diversité génétique passe indubitablement par la mise en œuvre de droits reconnaissant aux populations autochtones leur rôle d'« inventeur spontané » et empirique dans le domaine du vivant. Si la CDB renvoie à des droits de propriété industrielle, et notamment au brevet d'invention (art. 16.3), il s'agit toujours de droits détenus par les parties tiers (les entreprises étrangères) sur des éléments du patrimoine génétique local. Eu égard aux commentaires développés dans la première partie de cette étude, on ne saurait en être fondamentalement surpris ; loin de remettre en cause l'hégémonie du brevet d'invention, la CDB paraît s'en accommoder parfaitement (la rédaction des articles 1 et 16-3 en témoigne), de même que l'engagement de la FAO sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture a renoncé à faire des ressources biologiques une composante du patrimoine commun de l'humanité. En revanche, le traité international adopté par la conférence de la FAO du 3 novembre 2001 fait expressément référence aux droits des agriculteurs locaux dont le fondement serait à chercher dans « *les contributions passées, présentes et futures [de ces mêmes agriculteurs], à la conservation, l'amélioration et la mise à disposition de ces ressources* ».

Il est évident par ailleurs que les communautés traditionnelles, même disposant d'une connaissance empirique des caractéristiques utiles (agronomiques) des plantes ou des animaux indigènes, ne sont pas en mesure, *a priori*, d'en proposer une description en termes de biologie moléculaire. Ce faisant, elles se privent de tout espoir de protection de leurs connaissances au moyen des outils classiques de la propriété industrielle. Sans doute existe-t-il au niveau local, assez fréquemment d'ailleurs, des modèles *sui generis* de propriété industrielle applicables aux savoirs des populations autochtones. On connaît par exemple, en Afrique ou en Amazonie, des guérisseurs qui assurent la protection de leurs connaissances par des techniques très voisines de notre secret de fabrication. De même, de nombreuses communautés

de par le monde interdisent aux étrangers d'accéder à des savoirs anciens centrés sur les ressources biologiques. Mais ces pratiques demeurent ignorées par le droit international et par la plupart des législations des États ressources.

Il est vrai toutefois que l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété industrielle) a constitué à la fin de l'année 2000 un Comité sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore. La démarche prospective de cet organisme consiste à déterminer les conditions dans lesquelles les savoirs traditionnels déjà portés à la connaissance du public pourraient entrer dans le champ de l'art antérieur au sens de la procédure d'examen des brevets d'invention. Dans cette même perspective, plusieurs des principaux États détenteurs de la diversité biologique ont mis en place des structures de référencement des savoirs traditionnels (la Thaïlande, les pays du Pacte andin). De leur côté, la Commission des Nations unies pour le commerce et le développement (Cnuced) et l'Unesco œuvrent pour la constitution de bases de données recensant ces mêmes savoirs. À des fins de conservation des ressources biologiques et de promotion de la coopération scientifique, la CDB prévoit également la constitution d'une méta-base de données (« mécanisme de centre d'échange »). Il convient de mentionner également l'action entreprise par certains opérateurs privés, à l'image de l'IRRI (Institut de recherche international sur le riz). Cet établissement a pour objet de restaurer des variétés de riz disparues de leurs pays d'origine, de favoriser les échanges et de diffuser des techniques culturelles plus respectueuses de l'environnement. Dans une déclaration de septembre 1994, l'IRRI s'est exprimé en faveur d'une application des droits de propriété intellectuelle à ses bases de données et logiciels d'exploitation, afin de garantir l'accès des informations et des ressources détenues aux agriculteurs des PVD. Le CGIAR (Groupe consultatif pour la recherche agronomique internationale) a lui-même déclaré le 11 février 1998 que les ressources disponibles dans les centres dont il assure le contrôle ne peuvent librement faire l'objet de droits de propriété intellectuelle. Le traité de la FAO du 3 novembre 2001 confirme cette position, en soumettant les collections *ex situ* administrées par le CGIAR aux conditions d'accès déterminées par la CDB sur les ressources biologiques *in situ*; en d'autres termes, les ressources détenues dans les collections sont dorénavant soumises au droit de souveraineté nationale de l'État d'origine (ce qui implique, comme pour les ressources locales, l'accord de l'État avant toute utilisation).

### *Propositions alternatives*

Plusieurs options sont envisageables afin de renforcer les droits des populations locales. On peut considérer tout d'abord la possibilité de généraliser des droits de propriété intellectuelle innovants, spécialement adaptés aux savoirs traditionnels. Il est concevable ensuite d'adopter certains aménagements au régime du brevet d'invention afin de le rendre plus compatible avec les intérêts défendus par les populations autochtones.

Dans le cadre défini par la CDB, des droits innovants pourraient être envisagés au bénéfice des populations locales utilisatrices et gardiennes de la diversité biologique. Les notions de « droits sur les ressources traditionnelles » (DRT), « droits de protection intellectuelle communautaire » (DPIC), « droits intellectuels communautaires » (DIC), constituent autant de formes juridiques aptes à satisfaire la légitime protection des connaissances traditionnelles. L'accord ADPIC laisse la place à cette opportunité : l'article 27.3b permet aux États membres d'exclure de la brevetabilité les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes ; toutefois, les membres doivent prévoir « *la protection des variétés végétales par des brevets, par un système sui generis efficace, ou par une combinaison des deux moyens* ». C'est notamment en vertu de cette disposition que le certificat d'obtention végétale attaché à la convention UPOV peut s'appliquer. Mais l'accord ouvre également la voie à des modes de protection originaux centrés sur les connaissances traditionnelles. L'Australie et le Canada ont développé des législations en ce sens auxquelles l'OMPI attache un réel intérêt. La Thaïlande a également mis en œuvre une législation originale relative aux variétés végétales dites « locales » (toute utilisation par un tiers d'une variété locale ouvre droit à un régime d'intéressement aux bénéfices des populations autochtones).

En ce qui concerne l'aménagement du régime du brevet d'invention, Il pourrait s'agir, par exemple, de diminuer la durée d'application des droits afin de limiter la situation de « rente » fréquemment décrite ; ou encore de circonscrire plus efficacement la portée du brevet en s'attachant à une interprétation stricte de la combinaison description/revendications, dans la perspective d'éliminer le verrou technique et juridique qui entrave l'action de la recherche.

En mettant l'accent sur les connaissances indigènes, il est concevable d'exploiter un élément destructeur de nouveauté qui bloque l'attribution du brevet. Cette hypothèse est directement dépendante de la capacité des États à recenser les connaissances traditionnelles. En outre,

elle se verrait grandement confortée si pouvait être généralisée la pratique du certificat d'origine.

À la marge, on peut également imaginer un renforcement du régime des licences obligatoires pour dépendance<sup>[11]</sup> et des licences d'office<sup>[12]</sup>. Les premières ont fait l'objet d'une application intéressante dans le cadre de la directive communautaire relative à la protection de l'innovation biotechnologique : elles sont envisagées comme un instrument de combinaison des droits entre un obtenteur de variété végétale et un titulaire de brevet sur une invention biotechnologique. Appliquée aux populations locales, cette technique permettrait d'asseoir les droits des obtenteurs indigènes face aux revendications des entreprises étrangères détentrices des droits sur l'outil génétique. Quant aux secondes, moyennant un élargissement de leur champ d'application (traditionnellement circonscrit à l'intérêt de la santé publique), elles pourraient constituer un outil efficace de protection des populations locales.

### **Du biopiratage au partage équitable**

Dans l'immédiat, la CDB fait « vivre » le concept de développement durable des ressources biologiques en se fondant sur un mécanisme censé assurer un partage équitable.

Dans le cadre de la CDB et du traité de la FAO, la « bio-prospection », définie comme la récolte et le criblage des ressources biogénétiques dans un but commercial, « doit profiter autant aux PVD et aux communautés traditionnelles qui généralement détiennent ces ressources qu'aux firmes industrielles et aux pays occidentaux qui les exploitent ». Ce principe, essentiel pour la Convention, a été clairement présenté par les pays en développement comme la contrepartie indispensable à leur participation à l'accord OMC sur les droits de propriété intellectuelle. De fait, comme la CDB, l'ADPIC fait directement référence au transfert de technologies vers les pays les moins développés. La conférence ministérielle de l'OMC tenue à Doha au Qatar en novembre 2001 a d'ailleurs été l'occasion de rappeler ce principe aux États membres ; ce qui met en évidence au demeurant la réticence de ces mêmes États à se conformer à ces exigences. Cette mauvaise volonté était déjà perceptible au moment de l'adoption de la CDB. Le refus persistant d'adhérer à la Convention manifesté par les États-Unis trahit la crainte de ce pays d'avoir à soumettre les droits de propriété intellectuelle acquis par ses entreprises à des mécanismes hasardeux et contraignant de transfert des connaissances. C'est vrai-

[11] Elles sont décidées par une autorité judiciaire à la demande d'une personne dont l'invention est dépendante d'un brevet antérieur qui en bloque l'exploitation.

[12] Elles permettent de placer sous licence accordée par l'État un brevet présentant un intérêt majeur pour la cause publique.

semblablement ce qui explique encore aujourd'hui la volonté de nombreux États industrialisés de cantonner les transferts de connaissances et de technologie dans un cadre purement contractuel, d'État ressources à entreprise de biotechnologies. On ne sera pas surpris alors du peu d'efficacité pratique des procédures de transfert ; comme l'on sera convaincu de la nécessité de concevoir des aménagements au modèle proposé.

### *Application et limite du partage des avantages*

De nombreux programmes de bio-prospection ont été initiés depuis le début des années 1990 ; ils témoignent tous de carences structurelles qui en limitent considérablement la portée.

En 1992 a été lancé le programme *International Cooperative Biodiversity Groups*, financé par les États-Unis. Cette initiative regroupe de nombreux projets de bioprospection incluant des mécanismes contractuels de transfert des connaissances. Par exemple, le groupe Monsanto et l'université Washington de Saint-Louis ont passé un accord avec le gouvernement péruvien, en vue de la prospection et du criblage de plantes médicinales utilisées traditionnellement par les Indiens Aguarana. On notera, dans la même ligne, l'accord passé entre la société Merck et l'institut costaricain Inbio, en 1991, ou encore l'engagement souscrit par le NCI (*National Cancer Institute*) américain avec l'Équateur et la Bolivie, ou le contrat établi en 1999 entre le groupe pharmaceutique britannique Glaxo Wellcome et la société brésilienne Extracta.

En décembre 2001, les représentants de 15 des 220 ethnies d'Indiens que compte le Brésil se sont réunis dans le Nord-Est du pays afin d'adopter un texte commun transmis à l'OMPI, dans lequel ils ont revendiqué un droit de représentation dans le débat sur l'accès à la biodiversité, la création de mécanismes de protection de leurs savoirs traditionnels et de sanctions en cas d'appropriation induue, ainsi qu'une part des bénéfices tirés des éventuels brevets déposés sur la base de ces connaissances. Cet exemple démontre clairement que le mécanisme de transfert des connaissances et de partage des avantages fondé exclusivement sur un rapport contractuel ne peut constituer une réponse efficace aux revendications légitimes des populations locales, relayées par les dispositions internationales. Dans un pays comme le Brésil qui concentre près du cinquième de la biodiversité mondiale, chacun s'accorde à reconnaître qu'il est pratiquement impossible de contrôler efficacement l'accès aux ressources biologiques. Le pays ne dispose manifestement pas du nombre de chercheurs et des financements nécessaires au recensement et au contrôle de la biodiversité nationale. Or,

cette entreprise est indispensable à la mise en œuvre du rapport contractuel : à défaut, il est tout simplement impossible à l'État de mesurer la portée de ses engagements.

Ensuite, la bio-prospection peut parfaitement être conduite en dehors des États ressources, notamment auprès des jardins botaniques et des centres de recherche rassemblés autour du CGIAR. Par ailleurs, une grande partie des connaissances héritées des populations autochtones ont déjà été consignées dans des publications scientifiques, de telle sorte qu'elles se trouvent à la portée d'une recherche bibliographique.

Enfin, il faut prendre en considération le fait que la source de revenus constituée par la biodiversité pourrait, à moyen terme, se tarir fortement. Sans doute, à brève échéance, les industries de la biotechnologie auront-elles un besoin fort de matériels biologiques. Il est probable également que les capacités de criblage, d'analyse et de manipulation de l'ADN iront croissant. Mais au-delà, il est plus que vraisemblable que les progrès scientifiques autoriseront le développement de nouveaux procédés de création de principes actifs, axés « *par exemple sur la chimie combinatoire et la génomique humaine, [qui] réduiront à long terme l'intérêt des industriels pour la recherche de produits naturels destinés à l'alimentation, l'agriculture ou la santé*<sup>[13]</sup> ».

En définitive, il apparaît hautement risqué de s'en remettre à un mécanisme exclusivement fondé sur un rapport contractuel bilatéral, de l'État ressources à l'industriel biotechnologue, pour assurer le partage équitable et la conservation durable des ressources biologiques.

### *Aménagements et régimes alternatifs*

Les développements précédents ont mis en évidence la difficulté rencontrée par les États ressources pour contrôler l'ensemble de leur biodiversité et les opérations de bioprospection. On pourrait y répondre, comme cela a été suggéré plus haut, par l'introduction dans les régimes de propriété industrielle d'une prescription obligeant les demandeurs de titres à divulguer l'origine du matériel génétique et des connaissances exploitées. À défaut, la délivrance du brevet pourrait être suspendue ou la validité du titre s'en trouver affectée. Dans le cadre du programme de révision de l'article 27.3b de l'ADPIC, plusieurs États ou groupes d'États ont soutenu cette proposition. Déjà, la législation du Costa Rica et le Pacte andin sur les ressources génétiques (regroupant la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Pérou, le Venezuela) posent le principe du certificat d'origine pour les ressources biologiques exploitées.

Ces dispositions se heurtent toutefois à un obstacle récurrent : les espèces cibles de la bio-prospection sont fréquemment présentes sur

[13] G. Dutfield, « Bio-prospection ou bio-piratage ? », *Biofutur*, octobre 2000, p. 42.

plusieurs territoires nationaux, de telle sorte que les industriels bénéficient fréquemment de facilités de contournement en prospectant d'abord auprès d'États dépourvus de cadre juridique contraignant. La parade passe nécessairement par une généralisation et une harmonisation des règles de protection fondées sur le certificat d'origine ou un titre équivalent. Le développement de régimes communs ou la formation de cartels de fournisseurs s'impose à l'évidence, à l'image de ce qu'a initié le Pacte andin. La constitution d'un « OPEP des ressources génétiques » n'est cependant pas à l'ordre du jour. D'une part, en raison du niveau vraisemblablement faible des revenus à attendre de l'exploitation de la biodiversité ; de l'autre, parce qu'*à la différence du pétrole, les ressources génétiques sont reproductibles : le contrôle sera donc perdu aussitôt qu'un échantillon aura atteint un pays non-membre du cartel*<sup>[14]</sup> ».

En réalité, il ne fait guère de doute que la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité passe en priorité par la valorisation, par l'État d'origine, de la ressource brute. Pour ce faire, il conviendra sans doute d'ajuster le régime juridique afin de renforcer la maîtrise de l'objet et le contrôle de l'accès ; mais il faudra plus encore trouver les moyens financiers et la volonté propres à assurer l'indispensable renforcement de la recherche locale.

[14] *Ibid.*

