



HAL
open science

La protection et la valorisation juridique de la biodiversité de la Caraïbe et des Guyanes : propriété intellectuelle et dispositif APA

Céline Castets-Renard

► **To cite this version:**

Céline Castets-Renard. La protection et la valorisation juridique de la biodiversité de la Caraïbe et des Guyanes : propriété intellectuelle et dispositif APA. VertigoO : La Revue Électronique en Sciences de l'Environnement, 2012, Biodiversités et paysages : de la connaissance et de la représentation des paysages à leur aménagement durable, Hors-série 14, pp.[en ligne]. 10.4000/vertigo.12368 . hal-03333032

HAL Id: hal-03333032

<https://hal.science/hal-03333032>

Submitted on 21 May 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License



VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement

Hors-série 14 | septembre 2012

Biodiversités et paysages : de la connaissance et de la représentation des paysages à leur aménagement durable

La protection et la valorisation juridique de la biodiversité de la Caraïbe et des Guyanes : propriété intellectuelle et dispositif APA

Céline Castets-Renard



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/vertigo/12368>

DOI : 10.4000/vertigo.12368

ISBN : 978-2-923982-91-5

ISSN : 1492-8442

Éditeur

Les Éditions en environnement VertigO

Édition imprimée

ISBN : 978-2-923982-92-2

Ce document vous est offert par INIST - Centre national de la recherche scientifique (CNRS)



Référence électronique

Céline Castets-Renard, « La protection et la valorisation juridique de la biodiversité de la Caraïbe et des Guyanes : propriété intellectuelle et dispositif APA », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [En ligne], Hors-série 14 | septembre 2012, mis en ligne le 15 septembre 2012, consulté le 21 mai 2024. URL : <http://journals.openedition.org/vertigo/12368> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/vertigo.12368>

Ce document a été généré automatiquement le 16 février 2023.



Le texte seul est utilisable sous licence CC BY-NC-ND 4.0. Les autres éléments (illustrations, fichiers annexes importés) sont « Tous droits réservés », sauf mention contraire.

La protection et la valorisation juridique de la biodiversité de la Caraïbe et des Guyanes : propriété intellectuelle et dispositif APA

Céline Castets-Renard

- 1 Les collectivités françaises d'outre-mer présentent une grande diversité de situation géographique. Leur caractère insulaire (seule la Guyane n'est pas une île) est à l'origine du très haut niveau d'endémisme de la faune et de la flore. L'importance de ce patrimoine biologique exceptionnel est mondialement reconnue. Presque toutes les collectivités d'outre-mer apparaissent dans les analyses qui sont effectuées au niveau mondial pour connaître les zones prioritaires pour la préservation de la biodiversité. La Guyane a quant à elle été identifiée comme le territoire présentant les meilleures possibilités au monde quant à la préservation des grandes forêts naturelles écologiquement intactes et relativement non perturbées (« forêts-frontières », WRI). Elle représente en effet un des 15 derniers grands massifs de forêts tropicales qui n'ait pas encore été fragmenté par les activités humaines. Les niveaux de biodiversité en outre-mer sont exceptionnels, tant pour leur richesse que pour leur originalité (Rapport de la Fondation pour la recherche sur la biodiversité, 2011).

La protection internationale de la biodiversité : la CDB

- 2 La protection juridique de l'ensemble de la biodiversité trouve son origine dans la Convention sur la diversité biologique (CDB) (Programme UNEP), dite Convention de Rio, signée en juin 1992, et adoptée par de nombreux pays (environ 190 États membres)¹. Elle a été ratifiée par la France et l'Union européenne, mais non par les États-Unis. L'article 8j de la Convention de Rio protège les savoirs traditionnels des peuples autochtones (C. Castets-Renard, 2009) et prévoit que chaque État contractant « respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des

communautés autochtones et locales... ». La Convention consacre également un système de contrôle de l'accès aux ressources génétiques, de conservation de la biodiversité et un principe de partage des avantages qui pourraient résulter de la bioprospection, avec les pays fournisseurs de biodiversité (art. 15). Les États réglementent l'accès aux ressources génétiques en précisant la procédure à respecter. Leur consentement préalable est requis, ce qui constitue le moyen de négocier les termes d'un éventuel accord entre la partie qui sollicite l'accès aux ressources génétiques et l'État qui les fournit. La contractualisation est le moyen de garantir la prise en compte des spécificités locales. En particulier seront négociées les conditions du partage des avantages, lesquels peuvent être financiers ou non. Il peut par exemple être demandé de participer à des œuvres sociales de la communauté autochtone, comme la construction d'écoles. Dès lors, la mise en œuvre de la Convention de Rio requiert l'adoption de lois nationales ou encore de règles contractuelles, pour définir notamment les conditions d'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultants de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques qui en résulterait (Bellivier et Noiville, 2009). Les négociations sur ce point sont donc cruciales et la CDB, convention-cadre très générale, a été complétée par les lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, adoptées par la COP 6 en avril 2002. Ces lignes sont toutefois facultatives.

La CDB et le régime international APA

- 3 Les négociations internationales menées à Nagoya (Japon) en octobre 2010 ont eu pour objectif de compléter la Convention de Rio par l'adoption d'un régime international plus précis sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages. Après huit ans de négociation, un protocole à la Convention a été conclu, mais il est encore trop tôt pour en tirer des conclusions puisque ce texte sera ouvert à la signature des États à compter de février 2011.
- 4 Le droit français, la protection des savoirs et de la biodiversité en outre-mer. - L'article 33 de la loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer transpose l'article 8j de la CDB et prévoit que « L'État et les collectivités locales encouragent le respect, la protection et le maintien des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales fondés sur leurs modes de vie traditionnels et qui contribuent à la conservation du milieu naturel et l'usage durable de la diversité biologique ». La conservation de la biodiversité est assurée par le Conservatoire Botanique des Antilles françaises, association loi 1901 qui se compose de deux antennes : l'une en Guadeloupe, créée en mars 2002, et l'autre en Martinique, créée en 2003.

L'APA en France

- 5 Quant à la protection de l'accès aux ressources et au partage des avantages, ce thème est important à deux titres pour la France du fait de son double statut de fournisseur de ressources génétiques avec des connaissances traditionnelles associées notamment en outre-mer et d'utilisateur de ces ressources (importance du secteur industriel et de la recherche). Des intérêts nationaux sont en jeu, tant économiques (compétitivité des opérateurs français, propriété intellectuelle, sécurité juridique des transactions) que

politiques (cohérence entre les différentes enceintes de négociation, relations de la France avec ses partenaires du Sud, avec ses DOM). Or, malgré les demandes de bioprospection sur son territoire (une dizaine par an), la France n'a pas encore de législation nationale d'APA, notamment en Martinique et en Guadeloupe. S'il était prévu que le MEEDDEM (Ministre de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de la Mer), conjointement avec l'Outre mer, se mobilisent pour faire avancer les débats, avant l'adoption du régime international fin 2010, aucun résultat n'est encore sorti de ces réflexions. Une étude sur la faisabilité et la pertinence d'un dispositif d'APA en outre-mer a été rendue en octobre 2011 par la Fondation pour la Recherche sur la Biodiversité (FRB). Des analyses et recommandations ont été formulées.

L'APA en Guyane

- 6 En revanche, la Guyane fait figure d'exception puisque des règles ont été posées dans le cadre du Parc National amazonien. Ce dernier a été créé par le décret n° 2007-266 du 27 février 2007, mais connaît des difficultés de mise en œuvre. La loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux introduit en droit français un régime spécial de protection de la biodiversité, transposé dans le Code de l'environnement (art. L. 331-1 et s.) et consacre des dispositions propres au Parc amazonien (C. envir., art. L. 331-15-1 C. envir.). Ces dispositions accordent une protection aux savoirs traditionnels locaux des communautés autochtones habitant le parc amazonien. Quant au système d'APA, la loi pose le principe d'une autorisation pour l'accès aux ressources génétiques des espèces prélevées dans le parc national (art. L. 331-15-6 al. 1^{er} C. envir.) et organise la procédure d'autorisation. Les autorisations sont délivrées par le président du conseil régional, après avis conforme du président du conseil général et consultation de l'établissement public du parc national (art. L. 331-15-6 al. 3 C. envir.). Cependant, l'alinéa 2 renvoie à la Charte du parc national le soin de définir les orientations relatives aux conditions d'accès et d'utilisation des ressources, en particulier les modalités de partage des bénéfices, dans le respect des principes de l'article 8j de la CDB et de l'article 15. Or, la Charte du parc national amazonien n'a pas encore été élaborée et doit l'être avant fin 2012. Les modalités pratiques de l'accès aux ressources et du partage des avantages n'ont donc pas encore été définies. À ce stade, il paraît utile d'apporter un éclairage, susceptible de guider l'action publique, tant pour la Martinique et la Guadeloupe que pour la Guyane. Nous nous risquerons donc à faire quelques préconisations en vue de valoriser les ressources génétiques.
- 7 La valorisation du marché des ressources génétiques suppose de faire émerger un marché (G. Maudet, 2008). Il faut donc qu'une demande de ressources génétiques rencontre une offre, afin que l'accès aux ressources et le partage des avantages puissent s'organiser dans les meilleures conditions possibles. Les règles de droit peuvent permettre d'encourager l'offre et la demande.

Les conditions de la demande en ressources génétiques

- 8 La demande de ressources génétiques dépendra concrètement de la protection des résultats de la bioprospection dont pourra bénéficier l'entreprise pharmaceutique (A), ainsi que de la qualité de l'offre de ressources (B).

La protection des résultats de la bioprospection : les inventions biotechnologiques

L'appropriation du vivant

- 9 L'appropriation du vivant est l'idée selon laquelle le vivant peut faire l'objet d'une réservation exclusive par un droit de propriété intellectuelle. Elle est réalisée par le droit des brevets, mais aussi par le droit des obtentions végétales. Les droits américain et communautaire reconnaissent la brevetabilité du vivant, depuis la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 sur la protection des inventions biotechnologiques, transposée en France par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 et la loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004. L'accord ADPIC (Aspects de droit de la propriété intellectuelle relatif au commerce) de l'OMC conçu en 1994 donne aussi la possibilité aux États membres de protéger le vivant végétal par le brevet, par un droit de propriété sui generis, ou par une combinaison des deux (art. 27 3° b)). En principe, en droit français et communautaire, le vivant végétal est protégé par le droit des obtentions végétales, régie par le règlement (CE) n° 2100/94 du Conseil, du 27 juillet 1994 sur la protection communautaire des obtentions végétales. Les variétés végétales bénéficient donc d'un régime spécifique d'appropriation, justifiant une exclusion de brevetabilité (art. L. 611-19 2°)². Ces règles accordent un droit de propriété, c'est-à-dire un droit exclusif qui permet à son titulaire de bénéficier d'un retour sur investissement de nature à compenser les recherches longues et coûteuses sur l'échantillon végétal. Ce droit suppose de parvenir à une invention nouvelle, non évidente et susceptible d'application industrielle. Les entreprises pharmaceutiques recherchent naturellement à développer des recherches pour aboutir à un médicament. Le droit français protégeant les inventions biotechnologiques, de telles garanties sont donc données aux entreprises pharmaceutiques. On peut donc considérer que le droit français apporte une relative sécurité juridique nécessaire à l'expression de la demande.

Les revendications des États fournisseurs de biodiversité

- 10 Certains pays émergents considèrent qu'il y a un réel conflit entre les ADPIC et la CDB. Ils revendiquent la suppression de l'obligation de protéger les innovations biotechnologiques, tel que prévu à l'article 27.3 b) de l'accord ADPIC. Le fait d'autoriser la délivrance de brevets, donc de droits exclusifs, sur du matériel génétique serait en soi incompatible avec la CDB qui accorde des droits souverains aux pays fournisseurs de ressources génétiques. Pourtant, il convient de nuancer ces propos en constatant, d'abord, que l'appropriation ne porte pas sur le même objet. Le fait de détenir un brevet pour des matériels génétiques isolés ou modifiés ne revient pas à avoir la propriété des matériels génétiques eux-mêmes. En outre et surtout, il ne paraît pas du tout opportun de remettre en cause l'appropriation du vivant, car la consécration de

droits de propriété est une condition indispensable à la création d'un marché. Les entreprises pharmaceutiques sont intéressées à la recherche de ressources génétiques, précisément parce qu'elles peuvent obtenir en aval un brevet sur l'invention biotechnologique, dans l'hypothèse où la ressource génétique pourrait faire l'objet d'une telle invention. Il n'y aura pas de demande de ressources génétiques sans la garantie d'un dispositif juridique d'appropriation, préalable indispensable à la constitution d'un marché. Au final, remettre en cause cette possibilité d'appropriation du vivant, accordée aux entreprises demandeuses de ressources génétiques, reviendrait à remettre en cause la bioprospection et une source d'enrichissement des pays fournisseurs de biodiversité.

- 11 Par ailleurs, les entreprises pharmaceutiques utilisent d'autres méthodes de recherche et développement pour mettre au point des médicaments. Outre la méthode empirique de bioprospection, elles utilisent aussi une méthode rationnelle, notamment par des moyens informatiques. Même si les deux méthodes ne sont pas tout à fait substituables, les entreprises risquent de privilégier la méthode rationnelle, s'il y a trop d'incertitudes juridiques dans la mise en oeuvre de la méthode empirique et si la brevetabilité du vivant est remise en cause.

La valeur de l'offre fondée sur des savoirs

La demande stimulée par la qualité de l'offre

- 12 La structure de l'offre doit inciter la demande. Les entreprises pharmaceutiques rechercheront des ressources génétiques, si ces dernières ont une valeur, dépendante des connaissances traditionnelles sur les vertus de ces ressources génétiques. Autrement dit, une ressource génétique dont les caractéristiques sont connues des peuples autochtones a plus de valeur qu'une ressource génétique dont on ignore tout, y compris l'hypothétique potentiel thérapeutique. Le marché des ressources génétiques est un marché à forte asymétrie d'information : une substance donnera-t-elle lieu à un médicament? Quelles sont les qualités et conditions de prélèvements? Dans un tel contexte incertain, toute information sur la ressource a une valeur, en ce qu'elle réduit l'incertitude.
- 13 Les pays fournisseurs de biodiversité ont donc intérêt à faire un inventaire de leurs connaissances, avec l'aide des peuples autochtones. La stratégie des fournisseurs consistera donc à faire connaître leurs savoirs, tout en garantissant le secret, la confidentialité puisqu'un savoir dans le domaine public n'a plus de valeur et n'est plus demandée. L'inventaire permet de faire connaître et de valoriser les savoirs et d'augmenter les prix sur le marché des ressources génétiques. En outre, il réduit l'asymétrie d'information, en révélant une information sur la qualité de la ressource, ce qui réduit les coûts de transaction. Dès lors, les entreprises demandeuses seront prêtes à payer la ressource plus cher. Il est donc indispensable de faire l'inventaire des ressources génétiques et savoirs associés dans la Caraïbe et Guyanes, tout en maintenant le secret et la confidentialité sur ces ressources. Le Conservatoire botanique devrait aider à constituer une telle base de données. Y associer les peuples autochtones est souhaitable, ce qui devrait impliquer de partager avec eux les avantages tirés de la valorisation de l'offre.

Les conditions de l'offre de ressources génétiques

- 14 De leur côté, les États fournisseurs de biodiversité seront incités à offrir leurs ressources génétiques, selon les conditions du partage des avantages (A) et les garanties de protection de leurs savoirs traditionnels (B) obtenues.

L'offre stimulée par le partage des avantages

- 15 Il faut souligner que le partage des avantages ne se traduit pas nécessairement par le paiement d'une rémunération aux populations qui donnent l'accès aux savoirs et ressources génétiques. D'autres contreparties sont possibles et l'article 16 de la CDB prévoit en particulier le transfert de technologie. Ce transfert est intéressant pour les États fournisseurs de biodiversité, car il peut leur permettre à terme d'exploiter eux-mêmes leur biodiversité ou pour le moins d'en bénéficier plus directement. En attendant, le transfert de technologie va aider immédiatement à améliorer les prélèvements d'échantillon et à améliorer la qualité de l'offre en ressources génétiques.
- 16 Si le choix d'un paiement est fait, il semblerait qu'un système de fixation préalable des coûts soit préférable. Le prix peut être versé à chaque étape importante passée avec succès dans le processus de recherche et développement, ce qui permet de réduire l'incidence de l'incertitude sur la valeur finale de l'échantillon, inconnu à l'avance. Il s'agit d'un système de « milestone payment ». Le prix est alors juste pour les deux parties, gage d'un partage équitable. Il est nécessaire que les pays fournisseurs bénéficient véritablement d'un partage équitable pour que la bioprospection soit un atout pour eux aussi. Notons que les lois nationales « oublient » souvent la rémunération des peuples autochtones ce qui constitue une erreur fondamentale puisque, comme nous l'avons vu, la valeur de la ressource dépend aussi de la connaissance d'un savoir associé. Il convient donc de poser des règles protectrices des peuples en Guyane et Caraïbe. La récompense des peuples est un juste retour eu égard à la valeur de l'offre et constitue un gage de développement et de stabilité sociale.

Le contrôle de l'usage des ressources génétiques et savoirs

- 17 Il faut toutefois préciser qu'il est très difficile de connaître *a priori* le résultat que l'entreprise pharmaceutique ou dermo-cosmétique pourra tirer de la ressource et des efforts qui seront nécessaires pour y parvenir. La plupart du temps, plusieurs années séparent la collecte de la ressource génétique de l'obtention d'un brevet. Le contrôle *a posteriori* de l'utilisation effective d'une substance prélevée des années auparavant est presque impossible. Les entreprises pourraient être contraintes de divulguer la source et le lieu de collecte de la ressource lors du dépôt de brevet³, ce qui constitue une revendication des pays émergents auprès de l'OMC⁴. La mise en place d'un inventaire des connaissances doit contribuer à régler cette difficulté en améliorant la connaissance de l'origine des ressources génétiques.

Le partage des avantages et les lois nationales

- 18 Si le principe du partage des avantages est posé par la CDB, les États doivent prendre le relais pour donner une réalité concrète à ce principe général. Aucune loi n'a pour

l'instant été prise en France pour la Martinique, la Guyane et la Guadeloupe, mais d'autres législations constituent des modèles intéressants. Tel est par exemple le cas de la Nouvelle-Calédonie. L'Assemblée de la Province du Sud a adopté une délibération n° 06-2009 le 18 février 2009 relative à la récolte et à l'exploitation des ressources biochimiques et génétiques, codifiée aux articles 311-1 et s. du Code de l'environnement pour la Province Sud, adopté en mars 2009. Le Titre I du Livre III sur la Gestion des ressources naturelles envisage la question des « Récoltes et exploitation des ressources biologiques, génétiques et biochimiques ». L'article 311-2 du C. envir. Prov. Sud définit largement les activités de collecte soumises à autorisation puisque sont concernées « les activités de récolte effectuées par toute personne physique ou morale, de droit privé comme de droit public, à des fins commerciales ou non, industrielles ou non, biotechnologiques, de bioprospection, scientifiques, d'enseignement ou de conservation, ci-après dénommées récolteur ». L'article 311-3 C. envir. Prov. Sud prévoit toutefois des exclusions : 1° l'usage domestique des ressources biologiques ; 2° leur utilisation et échange traditionnels par les communautés locales ; 3° les ressources génétiques humaines ; 4° les ressources biologiques ex situ ; 5° les ressources agricoles et alimentaires. Les droits coutumiers des autochtones sont ici préservés. Le président de l'assemblée de Province est compétent pour autoriser l'accès aux ressources biologiques (C. envir. Prov. Sud, art. 312-1). L'accès est autorisé pour une durée maximum d'un an, renouvelable avec l'accord exprès du président de l'assemblée de Province (C. envir. Prov. Sud, art. 312-6). En outre l'autorisation d'accès ne vaut pas autorisation d'exportation, aussi l'intention d'exporter doit-elle être précisée lors de la demande (C. envir. Prov. Sud, art. 312-8). Avant toute récolte, le récolteur doit obtenir, par contrat, le consentement éclairé du auprès des fournisseurs de la ressource, c'est-à-dire les propriétaires des terres sur lesquelles se trouve la ressource convoitée (art. 313-1 C. envir. Prov. Sud). L'article 313-3 C. envir. Prov. Sud prévoit les compensations financières en contrepartie de l'accès aux ressources : « ces compensations ne peuvent être inférieures à 10 % du budget de recherche pour les entreprises commerciales et, en tout état de cause, à moins de 2 % du montant des ventes des produits dérivés de la ressource collectée avant imposition ». Les sommes ainsi collectées sont ensuite réparties entre la province et les propriétaires des sites prospectés au moment de la récolte, à raison de 35 % pour la province, 65 % pour le(s) propriétaire(s) (C. envir. Prov. Sud, art. 313-4). La moitié des sommes perçues par la province doivent permettre de soutenir des mesures en faveur de la protection et de la préservation de la biodiversité (C. envir. Prov. Sud, art. 313-5). Le président de l'assemblée de la province sud peut, par ailleurs, imposer au récolteur un état du site avant récolte ou la production d'une étude ou d'une notice d'impact sur l'environnement (art. 312-9 *in fine* C. envir. Prov. Sud). La violation de ces dispositions est pénalement sanctionnée de six mois d'emprisonnement et de 1 073 986 francs CFP d'amende (C. envir. Prov. Sud, art. 315-2).

- 19 Il pourrait être pertinent d'adopter des principes communs, dans l'outre-mer français, ce qui pourrait faciliter la lisibilité et la connaissance de ces règles pour les entreprises pharmaceutiques françaises et étrangères. À défaut de sécurité juridique, les entreprises pharmaceutiques ne prendront pas le risque d'une bioprospection qui pourrait par la suite être considérée comme un pillage des ressources. Dès lors, aucun partage ni développement économique ne serait possible, lors même que les représentants politiques du peuple kanak y sont favorables en Nouvelle-Calédonie. Un projet de loi de pays sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions de la

culture, y compris les savoirs associés aux ressources génétiques, est actuellement en discussion, montrant que les Kanaks s'emparent aujourd'hui de ces questions.

- 20 Actuellement, quelques pays ont ses règles d'accès et de partage des avantages et le protocole de Nagoya a précisé pour vocation d'inciter les États à adopter un régime international unique. En attendant sa mise en œuvre, dans la mesure où le marché des ressources génétiques présente beaucoup d'incertitudes et où les entreprises pharmaceutiques ont la possibilité de trouver un composant végétal en plusieurs endroits, ces dernières privilégieront vraisemblablement les États dont les règles sont claires, et de préférence simples. Plus les règles sont imprécises (conditions d'accès, institutions délivrant l'autorisation), plus les coûts de transaction sont élevés et plus la bioprospection risque d'être découragée. L'entreprise pharmaceutique a besoin de sécurité pour rentabiliser ses investissements. En cas d'incertitude forte sur les règles de droit, les entreprises ne sont pas incitées à investir dans la bioprospection ou le feront pour un prix plus faible. Le partage des avantages ne sera alors pas favorable aux pays fournisseurs. En outre, l'entreprise ne voudra pas prospecter dans un État dont les règles ne sont pas claires ni prendre le risque d'être ensuite accusée de biopiraterie, ce qui est très mauvais pour son image de marque. Il nous paraît donc absolument nécessaire d'élaborer des règles claires sur la propriété et l'accès aux ressources génétiques dans la Caraïbe et les Guyanes, si l'on veut encourager la bioprospection. Des études sont actuellement réalisées en ce sens et il convient désormais de prendre en compte le protocole de Nagoya.

Le rôle du contrat

- 21 Le recours au contrat permet également de fixer au cas par cas les conditions d'accès aux ressources génétiques et savoirs traditionnels et de partage des avantages. Ils peuvent être conclus directement entre les entreprises bioprospectrices et les États fournisseurs ou par le biais d'entreprises intermédiaires, chargées d'accomplir les formalités d'accès. Des entreprises peuvent également prélever des échantillons et constituer des bases de données pour les vendre (Fl. Bellivier et Ch. Noiville, 2006). Toutefois, les entreprises considèrent souvent que les négociations sont longues, complexes et trop nombreuses, de nature à décourager la bioprospection. En outre, l'incomplétude du contrat est souvent forte et renforcée par le fait que le juge peut difficilement jouer son rôle d'interprète par méconnaissance concrète du contexte. Dès lors, les coûts de transaction sont élevés au cours de la négociation et de l'exécution du contrat. Le contrat ne peut donc suppléer que modestement la carence de règles législatives précises.

L'offre stimulée par la protection des savoirs traditionnels sur les ressources génétiques

Justifications d'un droit sui generis

- 22 L'exploitation des ressources génétiques n'est possible que grâce au travail de conservation et de sélection opéré suivant la tradition par les populations locales. En outre, leur valorisation se fonde sur des indications fournies par ces populations. Il est donc normal de récompenser leur contribution à la préservation de la biodiversité qui profite à tous et qui fait la valeur de l'offre faite aux entreprises pharmaceutiques. Les

activités productrices de richesses doivent être récompensées par la reconnaissance d'un principe « protecteur-payé » grâce à l'octroi d'un droit sui generis⁵. La reconnaissance d'un droit sui generis est aussi dans l'intérêt des entreprises pharmaceutiques, dès lors qu'il ne remet pas en cause leur droit d'appropriation du vivant. Ce droit sui generis est de nature à améliorer la qualité de l'échantillon, laquelle est étroitement liée au fait qu'un savoir puisse y être associé. Les entreprises sont prêtes à payer plus cher une offre de plus grande valeur qui débouchera plus probablement sur la découverte d'un médicament.

Droit sui generis et non copropriété du brevet

- 23 Le partage des avantages prévus par la CDB ne doit pas se traduire par une copropriété sur les brevets obtenus par les entreprises pharmaceutiques ayant réalisé la bioprospection. Si le rôle joué par les peuples autochtones est important, il n'est pas du même ordre que celui des entreprises pharmaceutiques qui réalisent des inventions nouvelles. La contribution des peuples et leurs savoirs peuvent être essentiels sans être de même nature. Dès lors, le partage des avantages par la propriété intellectuelle doit se faire sur un autre fondement que celui du brevet. La création d'un droit de propriété intellectuelle spécifique paraît la plus opportune. Il convient également d'envisager la coexistence entre ce droit sui generis et les droits de brevet sur l'invention qui pourrait être déposée. Notamment, les savoirs traditionnels pourraient être protégés par un secret et la divulgation du secret aux entreprises pharmaceutiques pourrait s'accompagner d'une obligation de confidentialité. Les contrats de bioprospection devront respecter ce secret, en contrepartie de quoi les peuples autochtones s'engageront à ne pas attaquer le brevet. Notons qu'une piste pourrait être explorée à l'article 39 de l'accord ADPIC qui prévoit la protection du secret de fabrique.

Droit sui generis et lois nationales

- 24 Quelques législations nationales ont franchi le pas et reconnu un tel droit sui generis. La loi du Panama du 26 juin 2000 consacre par exemple un véritable droit de propriété intellectuelle sui generis sur l'ensemble des savoirs traditionnels. Elle fut la première loi dans le monde qui consacra des “droits collectifs autochtones” définis comme des “droits de propriété intellectuelle et culturelle” (A. Lucas-Schloetter, 2009 ; S. Choisy, 2007). Cette loi vise l'ensemble des folklores et savoirs traditionnels y compris dans le domaine biologique, médical et écologique. La loi contient notamment des dispositions relatives à l'enregistrement des droits collectifs autochtones, gratuits et illimités dans le temps (art. 7 à 9), aux sanctions (art. 17 à 23).
- 25 Depuis, des pays comme le Brésil (mesure provisoire 2.186-16, du 23 août 2001 sur les savoirs traditionnels associés à la diversité biologique), le Guatemala (loi n° 26-97 sur la protection du patrimoine culturel, modifiée en 1998) l'Inde (le *Biological Diversity Act* de 2002 et les *Règles relatives à la protection de la diversité biologique*, révisées en 2004), le Pérou (la loi n° 27811 de 2002 sur les savoirs traditionnels collectifs portant sur la biodiversité), ou encore les Philippines (Loi des Philippines relative aux peuples autochtones de 1997) ont aussi adopté des lois. Au Brésil, un droit sui generis protège les connaissances traditionnelles associées aux ressources biologiques (S. Louafi et M. D. Varela, 2008). Les droits moraux sont considérés comme inaliénables et imprescriptibles et les droits patrimoniaux sont imprescriptibles. Le pouvoir de

contrôle des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques est reconnu aux communautés traditionnelles (Indiens, Quilombolas...)⁶. Citons également des initiatives régionales, telle la Loi type du Pacifique sur la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles. Adoptée en 2002, elle constitue un modèle, à la disposition des pays du Pacifique. Elle a été conçue en tenant compte du contexte océanien et plusieurs États du Pacifique se sont attelés à la rédaction de législations, en suivant le modèle proposé. Il en est ainsi à Fidji, en Papouasie Nouvelle-Guinée, à Palau, au Vanuatu, à Kiribati, aux Îles Cook et enfin aux Îles Salomon. La Nouvelle-Calédonie a également élaboré un projet de loi de pays sur les savoirs traditionnels et expressions de la culture, mais qui s'éloigne de cette loi type.

Projets internationaux

- 26 Cependant, mieux vaudrait envisager la création d'un droit sui generis au niveau international pour assurer une protection plus large, en adaptant ensuite ce texte aux réalités locales. À l'OMPI, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore travaille pour la reconnaissance d'un tel droit. Le Groupe des pays africains a publié une Communication⁷ lors de la quatorzième session du Comité en juillet 2009. Selon cette Communication, doivent être au minimum protégés les savoirs traditionnels qui sont : engendrés, préservés et transmis dans un contexte traditionnel et intergénérationnel ; associés de façon distinctive à une communauté ou à un peuple traditionnel ou autochtone et, à ce titre, préservés et transmis, d'une génération à l'autre ; et indissociablement liées à l'identité culturelle d'une communauté ou d'un peuple autochtone ou traditionnel qui est reconnu comme détenant le savoir en tant que dépositaire, gardien ou entité investie d'une propriété ou d'une responsabilité culturelle collective en la matière. Ce lien peut être établi officiellement ou de manière informelle par les pratiques, lois ou protocoles coutumiers.
- 27 Par ailleurs, la connaissance des savoirs traditionnels étant souvent difficile d'accès, devrait être imposée l'obligation de les enregistrer sur des registres locaux ou bases de données locales de savoirs traditionnels, à l'instar du registre TKDL (Traditional Knowledge Digital Library) élaboré en Inde et mis à la disposition de l'OEB (office européen des brevets). Si le registre a ici un rôle défensif, en vue d'éviter la délivrance de brevets illégitimes, il peut aussi être utilisé pour garantir une protection offensive du savoir traditionnel pour l'octroi de droits sui generis sur ce savoir. L'accès aux bases de données serait subordonné à la conclusion d'accords prévoyant les conditions d'utilisation des données (Ch. Noiville, 2002), en particulier la confidentialité (F. Bellivier et Ch. Noiville, 2010).
- 28 Les savoirs traditionnels devraient être protégés contre toute appropriation illicite consistant en l'acquisition, l'appropriation ou l'utilisation des savoirs traditionnels par des moyens déloyaux ou illicites. Se pose aussi la question de garantir la sanction par la contrefaçon. Les savoirs traditionnels devraient en revanche rester disponibles en permanence pour la pratique l'échange, l'usage et la transmission coutumiers par leurs détenteurs. La protection de ce droit sui generis doit être assurée par la nomination d'une autorité nationale ou régionale.
- 29 On le voit, même si le protocole de Nagoya constitue une avancée dans la proposition d'un régime international APA, il faudra encore attendre de connaître le nombre d'États signataires. Par ailleurs, la précision des conditions d'accès et de partage des

avantages ne résout pas tout et il faudra aussi aboutir à un régime international de protection des savoirs traditionnels et du folklore. Le droit de la propriété intellectuelle doit donc aussi évoluer pour mettre en œuvre une propriété intellectuelle autochtone, adaptée aux préoccupations des peuples premiers. Il ne faut pas perdre de vue que la demande émane des peuples eux-mêmes qui réclament, depuis les années 1990, la consécration d'un droit de propriété intellectuelle *sui generis* pour la protection du folklore et des savoirs traditionnels. La première conférence s'est tenue en juin 1993 en Nouvelle-Zélande et a conduit à l'adoption de la *Déclaration de Mataatua* sur les droits de propriété culturelle et intellectuelle des peuples autochtones (*The Mataatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples*). La demande a été réitérée à plusieurs reprises (par ex. la *Déclaration de Kimberley* adoptée à l'issue du sommet international des peuples autochtones sur le développement durable du 23 août 2002 : www.iwgia.org/sw217.asp) et il est grand temps de la satisfaire.

Biographie

- 30 Céline Castets-Renard est maître de conférences de droit privé, HDR, à l'Université de Toulouse I Capitole. Spécialiste de droit de l'internet et de la propriété intellectuelle, elle occupe un poste de maître de conférence à la délégation auprès de l'Université de Nouvelle-Calédonie depuis janvier 2011 et s'intéresse à la protection juridique et à valorisation de la biodiversité sur le territoire calédonien, ainsi qu'aux savoirs traditionnels, techniques et culturels.

BIBLIOGRAPHIE

- Bellivier, Fl. et Ch. Noiville, 2006, *Contrats et vivant*, Paris, LGDJ, 321 p.
- Bellivier, Fl. et Ch. Noiville, (dir.), 2009, *La bioéquité : batailles autour du partage du vivant, Autrement frontières*.
- Bellivier, F. et Ch. Noiville, 2010, *Les contrats d'accès aux bases de savoirs traditionnels : le brevet au secours du paysan indien ?*, Paris, Lextenso, *Revue Des Contrats* janv. 2010.
- Castets-Renard, C., 2011, *La protection des savoirs traditionnels et des ressources génétiques par la CDB et la propriété intellectuelle : la reconnaissance de droits coutumiers*, in *La coutume et le droit*, colloque Université de Nouvelle-Calédonie, dir. C. David et N. Meyer, Bruylant.
- Choisy, S., *L'appropriation de la culture*, in *Droit d'auteur et culture*, dir. J.-M. Bruguière, 2007, Paris, Dalloz, 146 p.
- Louafi, S. et M.D. Varela, 2008, *La régulation de la bioprospection au Brésil*, in *Biodiversité : nature et développement, Regards sur la terre, L'annuel du développement durable*, dir. P. Jacquet et L. Tubiana.
- Lucas-Schloetter, A., 2009, *Protection juridique du folklore*, *Jcl Propr. Litt. et art.*, Fasc. 1962.

Maudet, G., 2008, La protection de la biodiversité par la création d'un marché des ressources génétiques : la bioprospection en question, thèse Grenoble.

Noiville, Ch., 2002, La mise en œuvre de la convention de Rio sur la conservation de la diversité biologique et ses relations avec l'accord de l'OMC sur les ADPIC, in L'outil économique en droit international et européen de l'environnement, dir. S. Maljean-Dubois, Paris, La documentation française, 513 p.

Rapport de la Fondation pour la recherche sur la biodiversité, 2011. Rapport sur la pertinence et la faisabilité juridiques et institutionnelles d'un dispositif d'accès et de partage des avantages en Outre-Mer, portant sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles.

The Mataatua Declaration on Cultural and Intellectual Property Rights of Indigenous Peoples. [En ligne]. URL : <http://www.ankn.uaf.edu/mataatua.html>

La *Déclaration de Kimberley* adoptée à l'issue du sommet international des peuples autochtones sur le développement durable du 23 août 2002. [En ligne]. URL : <http://www.iwgia.org/sw217.asp>

NOTES

1. Voir les évolutions récentes de la protection de la biodiversité avec la création de l'IPBES (Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services). Cette plateforme intergouvernementale scientifique et politique en matière de biodiversité et de services écosystémiques a été créée le 11 juin 2010, instaurée dans le cadre du Programme des Nations-Unies pour l'environnement. Elle devrait fournir des rapports standard sur l'état, le statut et les tendances de la biodiversité et des écosystèmes, mais donnera également un aperçu des options politiques de transformation et des réponses à apporter pour que des changements réels soient réalisés à ce sujet.

2. Toutefois, l'article 4§2 de la directive du 6 juillet 1998 précise que les inventions portant sur des végétaux sont brevetables si la faisabilité technique de l'invention n'est pas limitée à une variété végétale. Au final, une plante pourra donc être brevetable si elle n'est pas revendiquée sous la forme d'une variété, et si techniquement, elle ne donne pas naissance uniquement à une variété au sens de la réglementation du certificat d'obtention végétale.

3. Le considérant 27 de la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 sur les inventions biotechnologiques prévoit que la demande de brevet qui porte sur la matière biologique d'origine végétale ou animale ou qui utilise une telle matière devrait comporter une information géographique concernant le lieu d'origine de cette matière si celui-ci est connu. Mais une telle disposition est, non seulement facultative, mais en plus tempérée par la précision qu'elle ne pourrait pas affecter « l'examen des demandes de brevets et la validité des droits résultant des brevets délivrés ». En outre, ni la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique ni la loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004 relative à la protection des inventions biotechnologiques, transposant la directive, n'ont prévu l'indication de l'origine dans une demande de brevet

4. Voir les observations formulées auprès du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore par l'Organisation des industries biotechnologiques (BIO) (WIPO/GTRK/IC/13/8(c)), selon lesquelles l'obligation de divulgation ne permettrait pas d'atteindre les objectifs recherchés, mais aurait probablement d'importantes conséquences négatives sur les incitations à innover et sur l'obtention d'avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques qui pourraient être partagés. En outre, les informations requises au titre de l'obligation d'information ne sont pas pertinentes aux fins de détermination de la brevetabilité. Il est vrai que ces conditions sont liées aux obligations posées par la CDB et non pas aux textes internationaux relatifs au brevet.

5. Voir le document rendu public en octobre 2008 par le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore sur : la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système des brevets (WIPO/GRTKF/IC/13/7).

6. Concrètement, on leur assure : que l'origine de la connaissance traditionnelle associée aux ressources génétiques soit mentionnée dans toute publication, tout registre, tout inventaire culturel, toute utilisation, exploitation et divulgation qui y est fait référence ; que l'accès aux connaissances traditionnelles soit refusé, sans préjudice du consentement donné par d'autres communautés traditionnelles qui partagent les mêmes connaissances, et enfin, que les tiers seront empêchés d'utiliser ou d'exploiter les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques sans un consentement préalable en connaissance de cause. Il s'agit là d'une protection défensive pour éviter l'appropriation abusive.

7. WIPO/GRTKF/IC/14/9.

RÉSUMÉS

Cet article a pour objectif de montrer les principales conditions nécessaires à l'émergence d'un marché portant sur des ressources génétiques dans la Caraïbe et les Guyanes, dans un souci de valorisation et de protection de la biodiversité, conformément au dispositif d'accès et de partage des avantages prévu par la Convention de Rio sur la biodiversité (1992).

This article's aim is to show the main conditions to encourage the emerging of a market on genetic resources in Caraïbe and Guyane, with a view to the valorisation and the protection of the biodiversity, in compliance with the Rio Convention on biodiversity (1992).

INDEX

Mots-clés : biodiversité, convention de Rio, protocole de Nagoya, savoirs traditionnels, ressources génétiques, propriété intellectuelle, brevets

Index géographique : Amérique centrale et Caraïbe, Amérique du Sud

Keywords : biodiversity, Rio convention, Nagoya protocol, traditional knowledges, genetic resources, intellectual property, patents

AUTEUR

CÉLINE CASTETS-RENARD

Maître de conférences de droit privé, HDR, Université de Toulouse I Capitole, En délégation auprès de l'Université de Nouvelle-Calédonie, 7 rue Gagarine, 98800 Nouméa, Courriel : castetsrenard@gmail.com