

Université de Montréal

**L'accès et le partage des avantages des savoirs  
traditionnels en Amérique latine :  
comment les droits de propriété intellectuelle peuvent empêcher  
la biopiraterie**

par

Henrique Mercer

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté de droit  
en vue de l'obtention du grade de doctorat  
en droit

Septembre, 2013

© Henrique Mercer, 2013

Université de Montréal  
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Cette thèse intitulée :

L'accès et le partage des avantages des savoirs traditionnels en Amérique latine : comment  
les droits de propriété intellectuelle peuvent empêcher la biopiraterie

Présentée par :  
Henrique Mercer

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Michel Morin - président-rapporteur et représentant du doyen  
Konstantia Koutouki- directeur de recherche  
Ysolde Gendreau- membre du jury  
Sophie Thériault - examinateur externe

## Résumé

Ce travail se situe dans la perspective des études sur la protection des savoirs traditionnels contre la biopiraterie commise par quelques industries pharmaceutiques et cosmétiques. Malgré le débat qui s'est déroulé à ce sujet après la signature de la Convention sur la diversité biologique, ces patrimoines culturels continuent d'être largement menacés. L'étude se propose d'analyser les mécanismes capables de protéger contre la biopiraterie les savoirs traditionnels associés à la biodiversité qui intéressent l'industrie pharmaceutique, et ce, par le biais des droits de propriété intellectuelle existants aussi bien à l'échelle internationale que dans le cadre des législations nationales. Ces mécanismes sont évalués quant à leur efficacité, en vue d'en identifier les plus intéressants, susceptibles d'être adoptés soit par des pays qui ne disposent pas encore de législation en matière de protection des savoirs traditionnels soit pour être utilisés dans le cadre international. Avec cet objectif, le présent travail dressera un panorama concernant la législation du Brésil, du Costa Rica et du Pérou. En outre, seront mises en exergue par la suite les différentes conventions en lien avec les savoirs traditionnels, à savoir la Convention sur la diversité biologique, le Protocole de Nagoya, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. L'analyse menée a mis en lumière un certain nombre de dispositions assez efficaces pouvant être utilisées de façon optimale par des pays ne disposant pas de législation en matière de protection des savoirs traditionnels ou encore pouvant être intégrées dans des traités internationaux en la matière, afin de rendre lesdits traités plus efficaces sur le plan pratique. Bien plus, ladite analyse démontre que l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce est actuellement l'accord le plus coercitif et le plus contraignant lorsque l'on veut mener une lutte efficace contre la biopiraterie. Par ailleurs, en s'appuyant sur des fondements théoriques constructivistes, notre analyse essaye de démontrer que les pays du Sud, riches en biodiversité et en savoirs traditionnels, peuvent véritablement impulser un mouvement

en faveur d'une législation internationale efficace en matière de protection des savoirs traditionnels

**Mots-clés** : protection des savoirs traditionnels, Amérique latine, propriété intellectuelle, brevet, marque, indications géographiques, accès et partage des avantages, industrie pharmaceutique, médicaments, plantes, connaissances traditionnelles, communautés traditionnelles, biodiversité, biopiraterie.

## **Abstract**

This thesis examines the legal protection of traditional knowledge against biopiracy perpetrated by some pharmaceutical and cosmetic industries. Despite the ongoing debate on this topic, since the signature of the Convention on Biological Diversity, traditional knowledge rests largely unprotected. The purpose of the thesis is to analyse mechanisms capable of protecting traditional knowledge associated with biodiversity of interest to the cosmetic and pharmaceutical industries. Using intellectual property rights found in international law and in certain domestic legislations, the thesis evaluates these initiatives according to their efficiency leading to a recommendation as to the most appropriate legal tools for countries which lack legislation on the topic. The thesis also considers how the best practices identified could be incorporated into the international legal framework. The thesis presents an analysis of the Brazilian, Costa Rican and Peruvian legislation, as well as international legal instruments such as the Convention on Biological Diversity/Nagoya Protocol and the World Intellectual Property Organization's Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore. The analysis points to a number of mechanisms found in national legislation which would benefit countries without legal protection for traditional knowledge. Also these same mechanisms could be very useful in updating and reinforcing international treaties. Despite these innovative national initiatives, the thesis concludes that the World Trade Organization's Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights remains the most interesting forum for binding and effective protective measures against biopiracy. Inspired by constructivist theoretical fundamentals, this thesis demonstrates that countries of the South – biodiversity and traditional knowledge rich – can lead the development of international legislation for the protection of traditional knowledge which better meets the needs of traditional knowledge holders.

**Keywords :** Traditional knowledge protection; Latin America; Intellectual Property; patents; trademarks; geographical indications; acces and benefit sharing; pharmaceutical industry; biodiversity; biopiracy.

## Table des matières

Résumé.....	i
Abstract.....	iii
Liste des abréviations, sigles et acronymes.....	vii
Remerciements.....	x
Introduction.....	12
<i>Intérêt du sujet</i> .....	25
<i>Limites du sujet</i> .....	28
<i>Objectifs et organisation</i> .....	35
Chapitre 1 : Concepts clés, cadre théorique et méthodologie.....	38
1.1 Cadre conceptuel.....	38
<i>Savoirs traditionnels</i> .....	38
<i>Communautés traditionnelles</i> .....	45
<i>Bioprospection</i> .....	48
<i>Biopiraterie</i> .....	49
<i>Domaine public</i> .....	68
1.2 Cadre théorique : Le constructivisme.....	75
<i>Présentation du constructivisme</i> .....	75
<i>Justification du choix du cadre</i> .....	90
1.3 Méthodologie.....	93
<i>La nature des droits des communautés à leurs ST</i> .....	98
<i>Le cadre de protection</i> .....	100
<i>Les mécanismes administratifs d'interface envisagés</i> .....	101
<i>Le processus législatif</i> .....	101
Chapitre 2 : Les régimes nationaux.....	109
2.1 Pérou.....	112
<i>Le contexte andin</i> .....	114
<i>Le contexte péruvien</i> .....	119

<i>Loi de 2002</i> .....	120
<i>Loi de 2009</i> .....	126
<i>Analyse de la Loi de 2002</i> .....	130
2.2 Costa Rica .....	145
2.3 Brésil .....	162
<i>Introduction au cas brésilien</i> .....	162
<i>La Mesure provisoire en droit brésilien</i> .....	165
<i>Présentation de la mesure provisoire 2.186-16</i> .....	169
<i>Analyse de la mesure provisoire</i> .....	176
2.4 Suggestions pour les législations nationales .....	192
<i>Réflexion à la lumière du cadre théorique</i> .....	202
Chapitre 3 : Les régimes internationaux .....	208
<i>Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones</i> .....	215
<i>Convention (no 169) relative aux peuples indigènes et tribaux</i> .....	220
<i>Réflexion à la lumière du cadre théorique</i> .....	224
3.1 La CDB .....	229
3.2 Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI .....	274
Chapitre 4 : Vers une protection internationale .....	300
4.1 Propositions de deux alternatives pour une protection internationale efficiente des ST .....	301
4.2 Jalons pour un futur traité en matière de savoirs traditionnels .....	311
4.3 L'ADPIC .....	322
Conclusion .....	361
Bibliographie.....	378
Annexe A: <i>LEY N° 27811</i> .....	431
Annexe B: <i>LEY N° 7788</i> .....	447
Annexe C: <i>MEDIDA PROVISORIA N.º 2.186-16</i> .....	485



## Liste des abréviations, sigles et acronymes

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
APA	Accès et partage des avantages
CCNUCC	Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques
CDB	Convention sur la diversité biologique
CdP	Conférence des parties
CGEN	Conselho de Gestão do Patrimônio Genético/ Conseil de gestion du patrimoine génétique
CIG	Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore
CIPN	Comité intergouvernemental spécial à composition non limitée pour le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation
CITES	Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction
CONAGEBIO	Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad/ Commission nationale de gestion de la biodiversité
DPI	Droit(s) de propriété intellectuelle
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade/ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
GNI	Groupe de négociation interrégionale
IBAMA	Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis/ Institut brésilien de l'environnement et des ressources naturelles renouvelables
ICBG	International Cooperative Biodiversity Group
IG	Indication(s) géographique(s)

INBio	Instituto Nacional de Biodiversidad (Costa Rica)/ Institut national de biodiversité du Costa Rica
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual/ Institut national de défense de la concurrence et de la protection de la propriété intellectuelle
INPI	Instituto Nacional de Propriedade Intelectual/ Bureau brésilien de propriété intellectuelle
NU	Organisation des Nations Unies
OI	Organisation(s) internationale(s)
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONG	Organisation(s) non-gouvernementale(s)
PI	Propriété intellectuelle
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
R&D	Recherche et développement
ST	Savoir(s) traditionnel(s)
TIRPGAA	Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture
UICN	Union internationale pour la conservation de la nature
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

*À Vania, José Luiz et Arthur, pour l'appui*

## Remerciements

Pour la réalisation de ce travail ainsi que pour son achèvement, j'ai pu compter de façon effective sur le soutien et les encouragements de plusieurs personnes provenant aussi bien du milieu universitaire que de mon milieu familial. Ainsi, pour ce qui est de la communauté universitaire, je tiens à remercier tout particulièrement ma directrice de recherches, la professeure Konstantia Koutouki, qui m'a poussé à me remettre perpétuellement en cause par le biais des défis à relever. Mes remerciements s'adressent aussi aux professeurs Gaudreault-Desbiens et Mackaay pour leurs enseignements qui m'ont permis d'accroître davantage la compréhension de la matière et, corrélativement, de mieux cerner la problématique de mon sujet de thèse. Je ne saurais omettre de citer aussi les professeurs Gendreau et Morin, qui m'ont fait des commentaires constructifs lors de mon examen général de synthèse, ainsi que Madame Leroux pour ses conseils, ses références pertinentes et ses pistes de réflexion. Je remercie également toute l'équipe de la bibliothèque ainsi que Monsieur Scully, qui a fait preuve d'une patience et d'une gentillesse hors norme lors de la réalisation dudit travail.

Je tiens aussi à adresser mes sincères remerciements au projet *Autochtonie et gouvernance* de la *Chaire de recherche du Canada sur les identités juridiques et culturelles nord-américaines et comparées* pour la bourse octroyée afin de poursuivre et de parachever mon travail de recherches.

J'exprime aussi ma gratitude envers Madame Rosicler Santos et la Professeure Friedrich, mes collègues au *Núcleo de Direito Internacional* de l'Université Fédérale du Paraná, pour l'encouragement. Je remercie aussi les Professeures Karam et **Kozicki, ainsi que le Professeur Bachand et Pierrick Pugeaud**, qui m'ont apporté leur expertise en m'aidant à comprendre de façon beaucoup plus approfondie certaines théories du droit. Je tiens également à remercier le Professeur Gediel, pour les barrières qu'il m'a aidé à franchir, la Professeure Rochette, qui m'a encouragé à poursuivre mon parcours universitaire jusqu'au doctorat, et Marie-Neige, qui m'a accompagné dès la maîtrise à l'UQAM vers le doctorat à

l'UdeM. Mes remerciements s'adressent aussi à tous mes collègues de doctorat ainsi qu'à mes collègues du programme ATLAS à NYU.

Mes plus sincères remerciements vont également à Nicole, Jaqueline, Ricardo, Stéphanie, Jivago et spécialement à mon père pour leur contribution à la révision de ce travail.

Je remercie aussi mon frère Arthur, qui me montre toujours le côté gauche des choses, et ma mère pour son soutien, que ce soit au Brésil ou encore ici à Montréal.

Je remercie également mes amis, à savoir Adriana Martins, Adriana Viana, Amanda, Ida, Lucinete, Kristofer, Maxime, Monique, Patrick, Pierre et Sabrina, qui ont fait preuve d'une grande capacité d'écoute et d'encouragement.

## Introduction

Ce projet se situe dans la sphère des études sur la protection des savoirs traditionnels<sup>1</sup> (ci-après ST) contre la biopiraterie commise par des industries pharmaceutiques et cosmétiques. Malgré tout le débat qui s'est déroulé eu égard à ce sujet après la signature de la Convention sur la diversité biologique (ci-après CDB)<sup>2</sup>, ces patrimoines culturels continuent largement d'être menacés<sup>3</sup>. L'étude a pour but précis d'analyser les outils de contrôle sur l'accès à ces savoirs et sur le partage des avantages mis en place par certains pays d'Amérique latine comme le Pérou, le Costa Rica ou le Brésil. En effet, notre but principal réside dans le fait d'identifier ceux qui sont coercitifs, utiles et efficaces dans la lutte contre la biopiraterie afin que des dispositions similaires puissent être adoptées par des pays qui ne disposent pas encore de législation en la matière ou dans le cadre de traités internationaux.

La question qui nous préoccupe est de nature économique. Dans l'économie contemporaine, le savoir représente un capital indispensable, le plus souvent sous la forme de technologie. Parmi les domaines techniques, la biotechnologie se distingue par son progrès intense et rapide, devenant de plus en plus importante pour la production d'une vaste gamme de produits et d'aliments. Devenue une des assises sur lesquelles repose

---

<sup>1</sup> Dans la littérature académique, ils sont aussi appelés « savoirs écologiques traditionnels ».

<sup>2</sup> *Convention sur la diversité biologique*, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, en ligne: CBD <[www.cbd.int](http://www.cbd.int)> [CDB].

<sup>3</sup> Brendan Tobin, « Setting Protection of TK to Rights – Placing Human Rights and Customary Law at the Heart of TK Governance » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 101 [Tobin, « Setting »] à la p 101.

l'industrie pharmaceutique<sup>4</sup>, la biotechnologie tire sa force des richesses que lui offre aussi bien la biodiversité que les autres ressources précieuses issues de cette biodiversité que sont les ST. Ces connaissances sont à la fois un élément de la biodiversité et un outil pour sa préservation<sup>5</sup>. Pour l'industrie de la biotechnologie, néanmoins, tel n'est pas le cas : en fait, elles sont plutôt perçues comme un simple raccourci pour rendre moins dispendieuses et plus efficaces les activités de bioprospection<sup>6</sup>.

En réalité, aujourd'hui, la compétitivité contraint les laboratoires et les industries à mettre de nouveaux produits sur le marché à un rythme effréné. Pour raccourcir le processus de développement des produits, les industries « empruntent » des connaissances possédées par des communautés traditionnelles. Selon Stenton, 56% des 150 médicaments les plus prescrits aux États-Unis sont basés sur des composants chimiques dérivés de plantes, 40% des produits pharmaceutiques de l'Occident contiennent des extraits de plantes provenant

---

<sup>4</sup> Selon Konstantia Koutouki, *The Placebo Effect: International Patent Law and the Protection of Traditional Plant Medicine*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 2007 [non publiée] [Koutouki, *The Placebo Effect*] à la p 115. Une autre de ces assises est constituée par les DPI, qui ont fortement contribué au succès financier de ces corporations. Le brevet est le DPI le plus utilisé par cette industrie dans l'appropriation de ST. De plus, selon Kamil Idris, *Intellectual Property – A Power Tool for Economic Growth*, Genève, Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, 2002 [Idris, *Intellectual*] aux pp 61-62, l'industrie pharmaceutique fait partie d'un groupe de commerçants qui dépend fortement des DPI pour le maintien et la croissance de leurs profits.

<sup>5</sup> Comme l'explique la professeure Konstantia Koutouki, « A Legal Placebo: The Role of International Patent Law in the Protection of Indigenous Traditional Knowledge of Medicinal Plants » (2010) 26 CIPR 21 [Koutouki, « A Legal Placebo »] à la p 27, dans certains domaines biologiques, une partie importante de la biodiversité mondiale est reliée à des usages traditionnels, qui sont aussi des savoirs traditionnels. Ces usages ou savoirs font partie de la diversité culturelle, qui est à l'origine d'une série de techniques de gestion de la biodiversité, sans lesquelles nous ne connaîtrions pas autant de biodiversité de nos jours. Ainsi, la diversité culturelle (y compris les savoirs traditionnels) est nécessaire pour la préservation de la biodiversité. Selon Bernard Q. Nietschmann, *The Interdependence of Biological and Cultural Diversity*, Kenmore, Center for World Indigenous Studies, 1992 à la p 1: « Cultural diversity refers to the variety of human life ways, the social and ecological roles they perform, and the knowledge they contain. » La diversité culturelle et la biodiversité sont mutuellement dépendantes et géographiquement adjacentes; là où il y a de la diversité culturelle il y aura de la biodiversité et vice-versa.

<sup>6</sup> Voir Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5.

de l'Asie uniquement et le marché de médicaments naturels est estimé à 43 milliards de dollars américains, avec une croissance annuelle entre 5% et 15%. Il faut considérer que, d'une part, seulement 1% des 250 000 espèces de plantes tropicales connues ont été testées et que, d'autre part, il manque encore de thérapies adéquates à 75% des 2 500 conditions médicales reconnues<sup>7</sup>. Pour ce qui touche à la recherche pharmacologique à partir d'éléments végétaux, les tests effectués en laboratoire démontrent que 75% des plantes rapportées par des communautés traditionnelles possèdent des propriétés pharmacologiques, ce qui n'arrive qu'à seulement entre 8% et 15% des plantes testées au hasard par les scientifiques<sup>8</sup>. Les ST augmentent l'efficacité<sup>9</sup> de la bioprospection de 400%<sup>10</sup>.

Bien plus, selon la professeure Koutouki, « it is estimated that the global market for plant life forms is US\$ 500 to US\$ 800 billion per year, and some would call this a conservative estimate »<sup>11</sup>. Par ailleurs, il est estimé que, sur 199 médicaments mis au point et développés

---

<sup>7</sup> Gavin Stenton, « Biopiracy within the Pharmaceutical Industry : A Stark Illustration of how Abusive, Manipulative and Perverse the Patenting Processes can be Towards Countries of the South » (2004) 26 EIPR 17 aux pp 17, 26.

<sup>8</sup> Ikechi Mgbеoji, *Global Biopiracy: Patents, Plants and Indigenous Knowledge*, Ithaca, Cornell University Press, 2006 à la p 142; Curtis M. Horton, « Protecting Biodiversity and Cultural Diversity Under Intellectual Property Law: Toward a New International System » (1995) 10 J Envtl L & Litig 1 à la p 5.

<sup>9</sup> Nous traduirons *efficiency* par « efficacité » dans le contexte des approches économiques, malgré le fait que les travaux en français consultés soit le livre de Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008 et l'article de Jean-Pierre Cot, « Tableau de la pensée juridique américaine » (2006) 110 R.G.D.I.P. 537, parlent plutôt d'« efficacité ». Le cadre des approches économiques provient de l'économie qui, à notre avis, vise plutôt l'efficacité entendue comme la façon de parvenir au résultat attendu. Et nous parlerons d'« efficacité » pour ce qui touche au droit international de l'environnement où ce qui nous intéresse est plutôt le résultat. Le terme « efficacité » est utilisé dans l'œuvre de Régis Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Paris, Fondation de Varenne, 2010.

<sup>10</sup> Mgbеoji, *supra* note 8 à la p 142.

<sup>11</sup> Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5 à la p 31.



à partir des plantes et faisant actuellement partie du marché, 74% proviennent des ST<sup>12</sup>. De même, aux États-Unis, 25% de médicaments prescrits contiennent des composants actifs dérivés des ST. Le même pourcentage est relevé quant aux médicaments dont le principe actif provient des forêts humides, les trois quarts de ceux-ci ayant été obtenus à partir d'informations fournies par des communautés traditionnelles<sup>13</sup>. La vente globale de produits pharmaceutiques dérivés de ressources génétiques dépasse les 75 milliards de dollars américains par année<sup>14</sup>. Selon Finger, en ajoutant à ce chiffre les produits agricoles, horticoles et biotechnologiques, le montant dépasse les 500 milliards de dollars américains par année<sup>15</sup>. À son tour, Lima arrive à un chiffre plus modeste, mais encore significatif, en ajoutant au montant de produits pharmaceutiques dérivés de ressources génétiques 30 milliards de dollars américains pour l'industrie de semences et plus de 60 milliards de dollars américains pour les autres domaines<sup>16</sup>.

Les connaissances des communautés traditionnelles intéressent donc un public économique très important, mais aussi des chercheurs désintéressés par les seuls profits (universitaires).

---

<sup>12</sup> Selon Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5 à la p 31, les brevets demandés dans ces médicaments sont virtuellement identiques à l'information obtenue par les chercheurs auprès des communautés traditionnelles.

<sup>13</sup> Chidi Oguamanam, *International Law and Indigenous Knowledge : Intellectual Property, Plant Biodiversity and Traditional Medicine*, Toronto, University of Toronto Press, [Oguamanam, *International*] 2006 à la p 6.

<sup>14</sup> André Lima, « Apresentação » dans André Lima et Nurit Bensusan, dir, *Quem cala consente?: subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2003, 5 à la p 5; J. Michael Finger, « Introduction and Overview » dans J. Michael Finger et Philip Schuler, dir, *Poor People's Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Washington (DC), Banque Mondiale, Oxford University Press, 2004, 1 à la p 19.

<sup>15</sup> *Ibid.*

<sup>16</sup> Lima, « Apresentação » *supra* note 14 à la p 5.

Le domaine de la biotechnologie devient de plus en plus important depuis qu'il a été reconnu par l'industrie comme faisant partie intégrante de son système productif. Par conséquent, cette reconnaissance augmente la valeur économique et de marché de la biotechnologie ainsi que sa valeur « stratégique pour les pays riches qui la produisent et qui consacrent une partie considérable de leur budget à son financement et à sa réalisation »<sup>17</sup>. L'importance des ST ne cesse de s'accroître dans le domaine de la santé, de la sécurité alimentaire, sanitaire et environnementale ou encore, du développement durable<sup>18</sup>. Par conséquent, leur intérêt est reconnu par plusieurs acteurs au rang desquels figurent les gouvernements nationaux qui se préoccupent de la protection de leur patrimoine national et culturel, et, dans les domaines scientifiques et commerciaux, ceux qui désirent trouver de nouvelles possibilités pour leurs activités de recherche et développement (ci-après R&D). Les organisations internationales (ci-après OI) comme l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (ci-après OMPI) ou l'Organisation mondiale du commerce (ci-après OMC) pour ne citer que ces dernières et des organisations non-gouvernementales (ci-après

---

<sup>17</sup> Patrícia Aurelia Del Nero, « A Propriedade Intelectual da Biotecnologia » dans Patricia Luciane de Carvalho, dir, *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*, vol 1, Curitiba, Juruá, 2005, 349 à la p 351 - notre traduction.

<sup>18</sup> Selon Jack K. Githae, « Potential of TK for Conventional Therapy – Prospects and Limits » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 77 à la p 85, le ST est le produit d'un modèle de développement durable dans lequel le bien-être de l'écosystème ne doit pas compromettre celui de l'humain, et vice-versa. D'où le besoin d'efforts pour les équilibrer.

ONG)<sup>19</sup> souhaitent par le biais de leur législation instituer un cadre permettant de protéger aussi bien l'exploitation de ces savoirs que leurs titulaires.

L'intérêt accru pour les savoirs des autres peuples n'est pas un phénomène récent. Les sociétés ont toujours échangé des connaissances, ce qui est à la base du phénomène de la diffusion culturelle. Le rythme de ces échanges est soumis à un grand nombre de variables. Dans l'histoire de la civilisation occidentale, les voyages maritimes et les découvertes de nouvelles terres à partir du XIV<sup>e</sup> siècle ont représenté le début d'une nouvelle époque. Le contact des Européens avec des peuples des autres continents signifiera un afflux massif de connaissances traditionnelles, surtout celles relatives aux ressources de la flore.

Pendant la période coloniale, plusieurs des « découvertes » faites par les colonisateurs n'étaient en effet que des observations des pratiques des communautés traditionnelles, pratiques qui ont été adaptées commercialement. On peut citer en exemple des produits américains (les Indes orientales en offrent d'autres exemples) comme le tabac, le maïs<sup>20</sup>, le quinquina, la pomme de terre, la tomate, la coca, le manioc, le chocolat, l'ananas et le caoutchouc<sup>21</sup>. Bien plus, les Aztèques ont même aidé les colonisateurs à élaborer le *Codex*

---

<sup>19</sup> Brendan Tobin et Emily Taylor, « Across the Great Divide : A Case Study of Complementary and Conflict between Customary Law and TK Protection Legislation in Peru » (2009) IV:11 Initiative for the Prevention of Biopiracy Research Documents 1 aux pp 1-2.

<sup>20</sup> Selon Jean-Marc Desfilhes et François Dufour, « Semences paysannes en danger » dans Valérie Peugeot, dir, *Pouvoir Savoir: Le développement face aux biens communs de l'information et à la propriété intellectuelle*, Caen, C&F éditions, 2005, 83 à la p 85, Christophe Colomb a ramené le maïs en Europe dès son premier voyage et les paysans andalous ont commencé à le planter en 1494.

<sup>21</sup> E. Wade Davis, « Ethnobotany: An Old practice, A New Discipline » dans Richard Evans Schultes et Siri von Reis, dir, *Ethnobotany; Evolution of a Discipline*, Portland (Or), Dioscorides Press, 1995, 40 à la p 41.

*Badianus*, un livre sur les herbes aztèques<sup>22</sup>. Dans le cas brésilien, l'intérêt pour les ST s'est manifesté dès la découverte de la région et a même guidé le choix du nom pour ce pays. C'est ce que nous apprend la lettre écrite par Pero Vaz de Caminha, qui constitue l'« acte de naissance » du Brésil. Elle décrit un énorme bosquet d'arbres sous lequel l'équipage du Capitain Cabral s'est reposé. C'était un bosquet de bois brésil (*pau-brasil* - *Caesalpinia echinata*), utilisé par les autochtones pour faire de la teinture rouge. Les Portugais ont reconnu la valeur commerciale de la teinture et le bois brésil est devenu, pendant plus d'un siècle, la principale exportation de la colonie, qui a fini par prendre le nom de l'arbre<sup>23</sup>.

L'interaction des Européens avec les ST aura donc lieu dans un contexte colonial qui conditionnera leur attitude envers le patrimoine culturel des peuples autochtones<sup>24</sup>. Il s'agit d'une relation de dominants à dominés qui n'a hélas pas été annihilée avec l'émancipation de ces peuples par le biais de leur indépendance politique.

De nos jours, l'intérêt du marché pour des produits naturels dérivés de la biodiversité ne cesse de grandir, principalement aux États-Unis, en Europe et en Asie. Les ST sont très valorisés par la biotechnologie. Parallèlement, la protection par des DPI (spécialement des brevets)<sup>25</sup> d'un grand nombre des inventions issues ou développées à partir de ressources

---

<sup>22</sup> Daniel F. Robinson, *Confronting Biopiracy: Challenges, Cases and International Debates*, Londres (R-U), Earthscan, 2010 aux pp 3-5.

<sup>23</sup> Voir John Tustin, « Traditional Knowledge and Intellectual Property in Brazilian Biodiversity Law » (2005) 14 Tex. Intell. Prop. L.J. 131 à la p 133.

<sup>24</sup> Voir Charles C. Mann, *1493: Uncovering the New World Columbus Created*, New York (NY), Alfred A. Knopf, 2011.

<sup>25</sup> OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Analyse de cas éventuels de piratage biologique* (du 7 novembre 2005), OMC Doc IP/C/W/458, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)> (date de consultation: 7 octobre 2010) [OMC, « Analyse »] au para 6.

génétiques et/ou des ST est une pratique en croissance perpétuelle. Dans plusieurs cas, cette pratique sous-entend le recours à la biopiraterie.

Le progrès de la biotechnologie marque donc une nouvelle étape du néocolonialisme que met en place la biopiraterie. Comme l'indique Robinson, « biotechnological advances have meant that biological resources can now be manipulated through recombinant DNA technology, or genetic engineering, creating a new and often controversial realm of bio-innovations »<sup>26</sup>. Ceci induit nécessairement de nombreuses préoccupations (éthiques, économiques, culturelles et politiques) relatives à l'appropriation des ST et leur commercialisation, en particulier dans les pays du Sud et leurs communautés traditionnelles<sup>27</sup>.

La valeur économique des ST suscite immédiatement la question de l'accès à ces savoirs<sup>28</sup> et par conséquent, celle de la rétribution et du partage juste et équitable des avantages qui découlent de leur utilisation<sup>29</sup>. Ces problématiques en lien avec l'accès au savoir et le partage des avantages sont intrinsèquement liées au consentement préalable donné en connaissance de cause par son détenteur à celui qui veut l'utiliser<sup>30</sup>. Le concept d'accès et partage des avantages (ci-après APA) est apparu dans les années 1970 avec pour objectif de

---

<sup>26</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p 1.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5 à la p 32.

<sup>29</sup> Greg Young-Ing, *Intellectual Property Rights, Legislated Protection, Sui Generis Models and Ethical Access in the Transformation of Indigenous Traditional Knowledge*, thèse de doctorat en philosophie, University of British Columbia, 2006 [non publiée] à la p 1.

<sup>30</sup> Commission on Intellectual Property Rights, *Intégrer les droits de propriété intellectuelle et la politique de développement : Rapport de la Commission britannique des droits de propriété intellectuelle*, Londres (R-U), Commission on Intellectual Property Rights, 2002 à la p 109.

réglementer la distribution de certaines ressources et de certains avantages dérivés de leur usage<sup>31</sup>. De Jonge et Louwaars<sup>32</sup> identifient six approches à la question de l'APA que nous analyserons pour expliciter les problématiques liées à ces questions :

- (1) le déséquilibre Sud-Nord dans la localisation des ressources et dans leur exploitation<sup>33</sup> ;
- (2) le besoin de conserver la biodiversité<sup>34</sup> ;
- (3) la biopiraterie et le déséquilibre des droits de propriété intellectuelle (ci-après DPI)<sup>35</sup> ;
- (4) l'intérêt partagé au travers du concept de sécurité alimentaire ;
- (5) le déséquilibre entre la protection des DPI et l'intérêt public, et<sup>36</sup> :

---

<sup>31</sup> Selon Marcelo Varela, « Typologies des lois sur l'accès aux ressources génétiques » dans Marie-Angèle Hermitte et Philippe Kahn, dir, *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 175 à la p 175 le concept est apparu d'abord parmi les « règles du Bureau international du travail (BIT), de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et agriculture (FAO), de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (Unesco) et de l'Assemblée des Nations Unies. »

<sup>32</sup> Bram de Jonge et Niels Louwaars, « The Diversity of Principles Underlying the Concept of Benefit Sharing » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 37.

<sup>33</sup> Dont le mécanisme prévoit la souveraineté nationale sur les ressources dans le but d'établir l'équité dans les relations économiques internationales.

<sup>34</sup> Les parties à la *CDB*, *supra* note 2, art 1, 6-9, 15-19, ont l'obligation de conserver la diversité biologique dans leur territoire, de même qu'ils disposent de la possibilité d'en partager les avantages. Cependant, il n'y a pas de lien explicite entre cette obligation et cette possibilité.

<sup>35</sup> Selon Jonge et Louwaars, *supra* note 32 aux pp 41-44, cette approche a lieu dans un contexte où les discussions sur le partage des avantages se préoccupent de l'asymétrie dans l'allocation des DPI et des actes ou accusations subséquentes de biopiraterie.

<sup>36</sup> Les brevets créent des incitatifs à l'innovation en assurant aux inventeurs la reconnaissance et la protection commerciale de leurs inventions. Ceci contribue à l'augmentation continue de la qualité de la vie humaine. Le système actuel de PI est l'objet de critiques en raison du fait que tous les secteurs de la société ne peuvent bénéficier de la R&D.

Selon Jonge et Louwaars, *supra* note 32 à la p 46, « Another point of criticism of intellectual property protection is that since genetic material, knowledge and technologies can be protected, R&D in this fields itself is an anticommons trap. The tragedy of the anticommons is a scenario in which too many entities have the exclusive rights to a given resource, which makes the resource prone to under-use. Innovation can be

(6) la protection de la diversité culturelle des communautés traditionnelles<sup>37</sup>.

Ces approches sont subdivisées en deux catégories de base. Dans la première catégorie, on trouve les approches auxquelles adhèrent surtout les juristes (1; 3; 5). La deuxième catégorie comprend trois approches, qui s'articulent autour des objectifs fondés sur les politiques en lien avec la conservation de la nature, la sécurité alimentaire et la préservation de cultures traditionnelles (2; 4; 6). Ces deux catégories de base sont fondamentalement différentes.

Si l'on essaie d'explicitier la question et d'appliquer les six approches proposées, on obtient les possibilités suivantes, les approches étant indiquées entre parenthèses. Les controverses eu égard aux inégalités économiques entre le Nord et le Sud, par exemple, doivent être suivies par des niveaux significatifs de partage des avantages avant qu'on puisse parler

---

blocked because it becomes too costly for innovators to obtain access to all the technology they need and concentration of the biotechnology-based industries is the result ».

Bref, la motivation de base de cette approche est le déséquilibre entre la protection par PI et l'intérêt public. Pour résoudre cette question, le mécanisme établi est le transfert de technologie et le partage de savoir, pour parvenir à une équité dans la distribution des avantages résultant de la R&D.

<sup>37</sup> Selon Jonge et Louwaars, *supra* note 32 aux pp 48-50, cette approche se concentre sur le débat actuel à propos de l'identité culturelle des communautés traditionnelles dans un monde globalisé. La motivation réside dans les arguments en lien avec le déséquilibre entre les DPI et la lutte contre la biopiraterie. La préoccupation de cette dernière approche est liée à l'influence croissante des DPI utilisés par le secteur de la recherche formelle et aux moyens par lesquels les communautés traditionnelles peuvent se protéger elles-mêmes contre la biopiraterie. En effet, pour plusieurs communautés traditionnelles, les concepts et la réglementation de l'APA sont en eux-mêmes une forme de globalisation qui gagne du terrain sur leurs modes de vie traditionnels et leur culture. Le point de départ ici est la vision du monde des communautés traditionnelles et une articulation avec ce qu'elles estiment être une forme désirable de partage des avantages. Cet état de fait se reflète par exemple au travers de plusieurs points de vue et dans plusieurs concepts liés à la biopiraterie. Pour plusieurs auteurs, les contrats d'APA sont des outils pour éradiquer la biopiraterie, la CDB ayant établi un cadre légal pour la bioprospection. D'autres considèrent que les contrats en eux-mêmes constituent déjà une forme de biopiraterie. Les préoccupations sur l'identité culturelle des communautés traditionnelles ont mené à des idées spécifiques s'articulant autour de la forme que peut prendre le partage des avantages ou sur la manière selon laquelle ils doivent être incorporés aux législations internationales et nationales. Bref, la motivation de base de cette approche est la protection de l'identité culturelle des communautés traditionnelles, pour laquelle le mécanisme établi est la reconnaissance du droit coutumier dans les régimes d'APA pour préserver et restituer les communautés et leur culture.

d'équité<sup>38</sup> (1). Dans cette logique, il y a lieu de rejeter tout système qui offre des avantages satisfaisant seulement les besoins de conservation (2). Il est possible et parfois même approprié que les pays investissent dans la conservation de la biodiversité sans toujours chercher la commercialisation de ces ressources, tangibles ou intangibles<sup>39</sup>. La bonne solution doit satisfaire les deux aspects de la question : la conservation et le besoin d'APA<sup>40</sup>. Les débats sur les droits peuvent avoir lieu à différents niveaux; autrement dit, alors que la CDB s'applique véritablement au niveau des États, la problématique des droits de propriété intellectuelle (ci-après DPI) peut aussi se poser au niveau des communautés qui ont développé les ST ou qui en sont des gardiennes, selon les termes de l'article 8(j) de la CDB, ou au niveau privé, par des compagnies ou individus (1, 3, 5). En réalité, accroître le niveau de contrôle que l'on peut exercer ou détenir autant sur les ressources génétiques que sur les ST et ce, par le biais des DPI, entraînerait indubitablement une mainmise très importante sur les ressources par ceux qui en détiennent déjà la propriété ou encore ceux qui peuvent en acheter ledit contrôle.

---

<sup>38</sup> Il convient de rappeler que la conservation n'est jamais gratuite. Elle a toujours un coût. Ce coût peut être monétaire mais aussi, dans le cas des pays du Sud notamment, ce peut être un prix en termes de développement, car la conservation peut représenter une entrave au développement. Ceci est à la base de la CDB, comme nous le verrons au chapitre 2. C'est ce coût de conservation que justifie le marché de crédits de carbone établi par le *Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, en ligne : CCNUCC <<http://www.unfccc.int/resource/docs/convkp/kpfrench.pdf>>. Bref, pour atteindre l'équité Nord-Sud, même quand on parle seulement de conservation, sans exploitation, il y aura toujours des coûts à régler.

<sup>39</sup> Walter V. Reid *et al.*, « A New Lease on Life » dans Walter V. Reid *et al.*, dir, *Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development*, Baltimore, WRI Publication, 1993, 1 à la p 3.

<sup>40</sup> Il y a des circonstances où la conservation des ressources sur lesquelles reposent les savoirs doit l'emporter sur l'exploitation elle-même des ressources et des savoirs.



Jonge et Louwaars<sup>41</sup> concluent que les communautés traditionnelles sont principalement préoccupées par la biopiraterie (3). Dans ce cas de figure, certaines communautés ne s'opposent pas à l'usage de DPI plus coercitifs, alors que d'autres craignent que les DPI et les réglementations d'APA constituent une menace pour leur identité culturelle (6). Bien plus, la conservation de la biodiversité et la problématique de la sécurité alimentaire (2; 4) intéressent énormément les communautés. En ce qui concerne les gouvernements, les auteurs concluent que ceux des pays du Sud se préoccupent en premier lieu de leur souveraineté nationale (1). Cependant, ils divergent dans leurs attitudes envers les droits des communautés traditionnelles et les questions de conservation, de DPI et de sécurité alimentaire (3; 6; 2; 5; 4). Finalement, pour l'industrie, les auteurs concluent que le principal intérêt réside dans des réglementations d'APA libérales, qui créent des conditions favorables à la bioprospection. Néanmoins, selon eux, on trouve des industries préoccupées aussi bien par la conservation de la biodiversité que par la responsabilité sociale relative à la sécurité alimentaire (2; 4). Ainsi, elles adoptent des attitudes différentes face à l'appropriation frauduleuse intentionnelle (3). Par conséquent, le niveau acceptable de complexité des DPI applicable aux ressources dépend en fait de la taille de la corporation. Cela induit nécessairement que les petites corporations puissent rencontrer beaucoup plus de difficultés soit dans la mise en place d'une protection beaucoup plus adéquate des DPI soit dans leur attitude face à une gestion optimale des dits DPI (5).

---

<sup>41</sup> Jonge et Louwaars, *supra* note 32.

Il y a donc une pluralité d'acteurs et d'intérêts qui gravitent autour des ST, au rang desquels figurent les savoirs, les innovations et les pratiques des communautés traditionnelles en lien avec les ressources biogénétiques. Les communautés traditionnelles

s'appuient sur des ressources biologiques pour de multiples usages quotidiens [... les ST] ont contribué à la préservation, au maintien, et même à l'enrichissement de la diversité biologique, siècle après siècle. [...] Dans bien des cas, les propriétés mêmes qui en ont fait des ressources utiles aux communautés [...] sont aujourd'hui utilisées par des agents économiques pour développer et commercialiser des produits très répandus. [...Les ST] constituent des sources d'information vitales qui permettent d'identifier des utilisations des ressources génétiques dont l'humanité dans son ensemble peut retirer un bénéfice considérable. Ces connaissances sont particulièrement précieuses pour les bioprospecteurs ou les utilisateurs de ressources génétiques, qui les utilisent comme fil conducteur en liaison avec des plantes, des animaux ou des micro-organismes dont les propriétés utiles sont déjà connues. Sans ces savoirs, nombre d'espèces actuellement utilisées à des fins de recherche ou pour la fabrication de produits commercialisés n'auraient jamais été identifiées<sup>42</sup>.

Ainsi, pour toutes les raisons précitées, les ST doivent avoir la même protection d'APA que les ressources biogénétiques. En effet, le manque de protection menace la biodiversité et affaiblit la capacité des communautés à préserver ce qui reste de la biodiversité. En plus, l'absence d'une réglementation en lien avec l'APA n'incite pas les pays du Sud à mettre sur pied des mesures de protection<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup> Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Kit d'informations relatives à l'accès et au partage des avantages*, en ligne : SCDB <[www.cbd.int/abs](http://www.cbd.int/abs)>. [Secrétariat CDB, *Kit*]

<sup>43</sup> Stenton, *supra* note 7 à la p 23.

Ainsi, les différentes problématiques mises en exergue dans les développements précédents permettent de se faire une idée générale du contexte dans lequel s'inscrit le sujet de la présente thèse.

### *Intérêt du sujet*

Le choix du sujet se justifie à plusieurs titres, la protection des ST étant liée à divers champs d'intérêt collectif. En réalité, c'est une problématique inhérente à la préservation de la biodiversité dont l'existence dépend en partie de la survivance des communautés locales ainsi que de leur milieu aujourd'hui menacé par la biopiraterie. Et il faut agir rapidement, car plusieurs communautés traditionnelles sont déjà en voie d'extinction aussi bien physique que culturelle<sup>44</sup>. Par ailleurs, la problématique peut aussi être reliée à la préservation de la santé des populations à travers le monde et qui présentent un besoin urgent de médicaments qui résultent dans plusieurs cas de l'application industrielle des ST. On s'aperçoit alors qu'il ne s'agit pas d'empêcher l'exploitation des ST, mais de la réglementer convenablement<sup>45</sup>.

De plus, dans cette hypothèse entre en jeu un principe de justice qui vise à orienter les DPI dans le cadre international. Il s'agit en réalité d'établir l'équité de traitement entre les

---

<sup>44</sup> Koutouki, « A Legal Placebo » *supra* note 5 à la p 20.

<sup>45</sup> Comme nous le verrons plus loin dans notre analyse, même si la réglementation doit prévoir le droit de refus des communautés au partage du ST, il y a lieu de mettre d'abord en place ladite réglementation afin que les communautés puissent y recourir préalablement. Par contre, si la mise en place des DPI s'opérait à un autre moment que celui préconisé dans le cadre de ce travail, et qui dépasserait largement le champ de notre étude, nous pourrions soutenir l'assertion selon laquelle, le droit de la communauté au refus pourrait être dans une certaine mesure limitée aux conditions d'application de la licence obligatoire, notamment dans le cas de la santé publique selon défini dans OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* (du 14 novembre 2001), OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/2 en ligne: OMC <www.wto.org>.

savoirs non-traditionnels et les ST et de reconnaître les intérêts économiques qui découlent de ces deux types de savoirs. Autrement dit, la différence entre les ST et les savoirs non-traditionnels quant au processus de création ne justifie pas l'inégalité de traitement au regard de la réglementation actuelle des DPI sur ces savoirs, ladite réglementation laissant une porte grande ouverte à la biopiraterie<sup>46</sup>.

Ainsi, au vu des développements précédents, selon Brush<sup>47</sup>, les raisons économiques doivent être le fer de lance de la protection des ST. En effet, ladite protection a plusieurs effets bénéfiques parmi lesquels le rendement économique des ressources biologiques conservées par les communautés, une compensation financière à la protection desdites ressources ainsi qu'un incitatif à leur conservation. Pour ce qui est spécifiquement de la conservation, les gestionnaires ainsi que les utilisateurs sans droit ni titre ont tendance à négliger ce plan de la biodiversité<sup>48</sup>. Afin d'éviter cette situation, Brush<sup>49</sup> propose la

---

<sup>46</sup> Voir: Shubba Ghosh, « Traditional Knowledge, Patents, and the New Mercantilism (Part II) » (2003) 85 J. Pat. & Trademark Off. Soc'y 885; Shubba Ghosh, « Globalization, Patents and Traditional Knowledge » (2003) 17 Colum. J. Asian L. 73 [Ghosh, « Globalization »]; Shubba Ghosh, « Reflection on the Traditional Knowledge Debate » (2003) 11 Cardozo J. Int'l & Comp L. 497; Shubba Ghosh, « The Traditional Terms of the Traditional Knowledge Debate » (2003) 23 Nw. J. Int'l L. & Bus. 589 [Ghosh, « Traditional Terms »].

<sup>47</sup> Stephen B. Brush, « Whose Knowledge, Whose Genes, Whose Rights? » dans Stephen B. Brush et Doreen Stabinsky, dir, *Valuing Local Knowledge: Indigenous People and Intellectual Property Rights*, Washington (DC), Island Press, 1996, 1 à la p 2.

<sup>48</sup> Ceci nous mène aussi à réfléchir sur Garrett Hardin, « The Tragedy of the Commons » (1968) 162 Science 1243 :

« The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes a reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy.

As a rational being, each herdsman seeks to maximize his gain. [...] This utility has one negative and one positive component.

1) The positive component is a function of the increment of one animal. Since the herdsman receives all the proceeds from the sale of the additional animal, the positive utility is nearly +1.

2) The negative component is a function of the additional overgrazing created by one more animal. Since, however, the effects of overgrazing are shared by all the herdsmen, the negative utility for any particular decision-making herdsman is only a fraction of -1.

Adding together the component partial utilities, the rational herdsman concludes that the only sensible course for him to pursue is to add another animal to his herd. And another; and another. But this is the conclusion reached by each and every rational herdsman sharing a commons. Therein is the tragedy. Each man is locked into a system that compels him to increase his herd without limit—in a world that is limited. Ruin is the destination toward which all men rush, each pursuing his own best interest in a society that believes in the freedom of the commons. Freedom in a commons brings ruin to all. »

La thématique des biens communs s'applique parfaitement à la question de la biodiversité en général et à celle des ressources biogénétiques en particulier. Hardin apporte plusieurs solutions possibles au problème. Ces solutions sont aussi applicables à une des problématiques soulevées au travers de ce travail à savoir, transformer les biens communs (aux ressources biologiques) en propriété privée ou en faire un domaine public mais en contrôlant l'accès aux ressources biologiques faisant partie de ce domaine. D'une certaine façon, les deux solutions, soit la privatisation de biens communs ou leur intégration dans le domaine public sont présentement appliquées à la protection de la biodiversité et à ses ressources. Il y a lieu d'indiquer qu'à cet égard, il faut garder à l'esprit que la CDB considère la biodiversité comme un bien commun et ce, en opposition à la conception antérieure, qui considèrerait la biodiversité comme un patrimoine commun de l'humanité l'assimilant par conséquent au domaine public.

Cependant, dans ce cas de figure, on traite uniquement de la problématique des ST. Eu égard au débat qui a suivi l'oeuvre de Hardin, Petra Eberman, *Patents as Protection of Traditional Medical Knowledge? A Law and Economics Analysis*, Cambridge, Intersentia, 2012 à la p 32 il est indiqué que la tragédie de biens communs s'applique seulement aux biens physiques. Par contre, nous pensons que les ST n'ont jamais été un bien commun ; Ils ont toujours appartenu à une personne clairement identifiée. Cependant, dans un élan collectif, les occidentaux ont toujours ignoré le droit de propriété des communautés sur les ST ; ils ont toujours considéré que lesdits ST faisaient partie du patrimoine commun de l'humanité ou par analogie étaient des biens communs (en dépit de ne pas être physiques), faisant partie du domaine public. Malheureusement, le fait que la tragédie des biens communs s'applique analogiquement aux ST constitue la base de notre problématique. Nous nous servons ici des outils proposés par Hardin pour trouver une solution au problème consistant au fait que les ST soient considérés comme des biens communs faisant partie du patrimoine commun de l'humanité et analogiquement de biens communs. Autrement dit, il s'agit de l'option consistant à reconnaître ou à octroyer les droits de propriété intellectuelle sur les ST à ceux qui en ont le droit et qui doivent parallèlement en contrôler l'accès. Il est intéressant de signaler que Carol M. Rose, « Common Property, Regulatory Property, and Environmental Protection: Comparing Community-Based Management to Tradable Environmental Allowances » dans Elinor Ostrom, dir, *The Drama of the Commons*, Washington (DC), National Academy Press, 2002, 233 explique la problématique environnementale en recourant à la tragédie de biens communs, traduite comme un dilemme du prisonnier à plusieurs joueurs. Selon Matthew Bishop, *Essential economics*, New York, Bloomberg Press, 2009, aux pp 249-50, 317, la *tragédie de bien communs* est à la base :

« A 19<sup>th</sup>-century amateur mathematician, William Forster Lloyd, modelled the fate of a common pasture shared among rational, UTILITY-maximising herdsmen. He showed that as the POPULATION increased the pasture would inevitably be destroyed. This tragedy may be the fate of all sorts of common resources, because no individual, firm or group has meaningful PROPERTY RIGHTS that would make them think twice about using so much of it that it is destroyed. »

En fait, le dilemme du prisonnier est un jeu qui démontre pourquoi la coopération est difficile à atteindre même quand elle est mutuellement avantageuse. Ainsi, deux prisonniers ont été arrêtés pour le même délit et sont détenus dans des cellules différentes. Chacun a deux options à savoir avouer ou ne rien dire. Il y a trois résultats possibles. L'un d'eux peut avouer et accepter de témoigner contre l'autre en échange d'une peine plus souple pendant que l'autre prisonnier aura une peine plus sévère. Ils peuvent chacun ne rien dire et avoir

« commoditisation » des biens publics tels que les ressources et les savoirs associés à eux, qui, pouvant être vendus et achetés, attireront les investissements privés adéquats à leur conservation.

### *Limites du sujet*

Notre champ d'étude s'articulera autour du droit international de l'environnement et du droit international économique et ce, au travers de certains de leurs axes de convergence à savoir : la propriété intellectuelle<sup>50</sup> (ci-après PI) appliquée à l'accès et au partage des avantages des ST et la problématique de la protection contre la biopiraterie.

Les thèmes précités étant très larges, ils seront circonscrits dans notre travail tout d'abord au niveau de la matérialité. En effet, dans cette analyse, il y a lieu d'indiquer que deux

---

une peine légère ou même être acquittés face à l'insuffisance de preuves. Ou bien ils peuvent tous les deux avouer et probablement avoir des peines individuelles plus légères que celles qu'ils auraient eues si l'un n'avait rien dit et l'autre avait avoué. Le deuxième résultat serait le meilleur pour les deux prisonniers. Mais le risque que l'autre avoue en échange d'une peine plus souple sert d'encouragement pour les faire avouer, de sorte que tous les deux auront des peines qu'ils auraient évitées s'ils avaient coopéré et gardé le silence.

La tragédie de biens communs est un dilemme du prisonnier à plusieurs joueurs parce que chaque propriétaire est considéré comme un prisonnier. Plus il y a de propriétaires, plus il y a de joueurs. En s'inspirant d'un cas agricole, voici l'illustration du dilemme. Chaque propriétaire possède des animaux. L'idéal pour chacun est de nourrir le maximum de ses animaux dans les champs communs, et ainsi de profiter le plus possible de ces derniers. Mais, si tous ont la même attitude, les champs ne contiendront rapidement plus aucune nourriture, ce qui risque d'entraîner la mort de nombreuses bêtes. La solution idéale de coopération consisterait en une réduction du nombre d'animaux pour chaque propriétaire, en espérant que chacun ferait de même. Si chaque propriétaire n'agit pas de cette façon, il faudra espérer que le gouvernement émette une législation contraignante à cet effet ou nationalise les troupeaux d'élevage. La classique opposition entre, d'une part, propriété, liberté et profit individuels et, d'autre part, les intérêts publics et les actions du Leviathan ressort de cet exemple.

<sup>49</sup> Brush, *supra* note 47 à la p 2.

<sup>50</sup> La propriété intellectuelle, selon Carlos Correa, *Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries*, Genève, South Centre, 2000 [Correa, *Integrating*] à la p xiv, est une catégorie de droit public qui généralement inclut les droits d'auteur, les brevets, les marques de commerce, les indications géographiques, les dessins industriels, les modèles d'utilité, la protection de cultivars, la topographie de circuits intégrés et les secrets commerciaux. Quelques pays ont aussi adopté un régime *sui generis* pour les bases de données.

menaces planent au-dessus des ST. La première, qui fera l'objet de développements ultérieurs, consiste en la désintégration culturelle sous la forme du pillage. En effet, plusieurs éléments de ce patrimoine sont soit utilisés à titre de collection privée par leurs détenteurs, soit conservés dans des musées de renom se trouvant dans plusieurs grandes capitales occidentales ou encore, plus récemment, font l'objet d'un détournement sous la forme de biopiraterie. La seconde menace découlant de la déculturation, qui mène à l'érosion des ST par le biais de l'absence d'usage, la perte de contrôle sur l'écosystème et l'éducation des nouvelles générations, et des problématiques inhérentes aux territoires des communautés précitées comme la dégradation et le rétrécissement de l'habitat. Néanmoins, dans le cadre de notre étude, nous n'aborderons pas ce second aspect<sup>51</sup>.

Il y a lieu de noter que les ST peuvent être utilisés dans différents domaines comme la production des produits naturels ou bien encore les industries pharmaceutique, cosmétique et agro-alimentaire. En outre, les ST influent fondamentalement sur la planification de la prévention et de la mitigation des changements climatiques, de la désertification, de la destruction des environnements fragiles y inclut les forêts, l'écosystème des montagnes, les récifs coralliens et les zones humides ainsi que la conservation de la biodiversité en général<sup>52</sup>. Malgré les questions nombreuses et importantes soulevées par les ST, cette thèse s'articulera seulement autour de ceux relatifs à l'industrie pharmaceutique.

---

<sup>51</sup> Sur cette catégorie de menaces, voir Brendan Tobin, « Redefining Perspectives in the Search for Protection of Traditional Knowledge: A Case Study from Peru » (2001) 10 RECIEL 47 [Tobin, « Redefining »] à la p 51 et Tobin, « Setting », *supra* note 3 à la p 109.

<sup>52</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 4. En plus, selon David B. Vogt, « Protecting Indigenous Knowledge in Latin America: Maintaining Biological Diversity, Creating Relationships, and Returning Benefits to Native

Le phénomène de biopiraterie y est patent. Par conséquent, comme nous le verrons dans les développements ultérieurs, une protection efficiente et effective des ST s'impose garantissant, du même coup, une meilleure protection de la biodiversité. On ne s'occupera pas non plus de déterminer si les pays doivent ou non commercialiser leurs ressources, mais plutôt d'indiquer les voies légales pour que la commercialisation respecte la conservation et le développement durable.

En outre, ce travail de recherche sera circonscrit à une zone géographique bien déterminée à savoir l'Amérique latine. Ce choix se justifie par le fait que cette région abrite une diversité d'écosystèmes qui, occupés par plusieurs communautés traditionnelles, leur ont permis de développer une vaste gamme de ST. Par ailleurs, même si les connaissances sur les propriétés de la flore latino-américaine sont encore insuffisantes, cette région est à l'origine de nombreux produits (y compris des produits médicinaux) et aliments utilisés actuellement, dont plusieurs ont pour origine l'usage de ST. Les premiers humains ont commencé à occuper la région probablement il y a 11 000 ans. Depuis, ils ont interagi avec l'environnement en s'y adaptant, mais aussi en le modifiant. Cette interaction au fil des siècles a produit des ST dans plusieurs domaines, dont certains ont actuellement une valeur commerciale incommensurable. Parmi ceux-ci, il y en a qui sont intéressants pour cette thèse, comme les savoirs développés par ces communautés à l'aide des propriétés médicinales de la biodiversité locale afin de se soigner. Il y a lieu d'indiquer que, même si

---

Communities for Ethnobotanical Drug Discoveries – Can It be Done? » (2001) 13 Or. Rev Int'l L. 12 à la p 12, les ST sont vitaux pour la survie des communautés traditionnelles et pour le bien être de la population mondiale en général.



les informations en lien avec ces ST deviennent de plus en plus accessibles au monde extérieur, elles ont été au préalable gardées par la communauté de façon traditionnelle, la transmission s'opérant par voie orale, de génération en génération<sup>53</sup>.

En outre, dans cette région, nous trouvons des législations nationales sur le sujet, notamment dans les pays de la Communauté andine, spécialement au Pérou<sup>54</sup>, ainsi qu'au Costa Rica et au Panama. Nous étudierons dans ce travail les législations du Pérou et du Costa Rica. Celle du Panama ne sera pas prise en considération, car sa *Loi sur le régime spécial de propriété intellectuelle sur les droits collectifs des peuples autochtones pour la protection et défense de leur identité culturelle et de leurs savoirs traditionnels*<sup>55</sup> n'a pour objet que les dessins, les costumes et l'artisanat des communautés traditionnelles. Évidemment, il y a des législations sur le sujet dans d'autres régions du monde riches en biodiversité comme l'Afrique subsaharienne ou encore en Asie du sud-est, pour ne citer que celles-là. Dans le cadre d'une thèse, un choix s'impose afin d'assurer la possibilité d'approfondir l'examen de certaines législations. De plus, la législation de l'Amérique latine est celle qui nous est la plus familière.

Notre travail d'analyse consistera à identifier plus spécifiquement les mécanismes d'accès et de partage sous la forme de DPI comme le préconise l'article 16.5 de la CDB<sup>56</sup> et qui

---

<sup>53</sup> *Ibid*; Tustin, *supra* note 23 à la p 132.

<sup>54</sup> Voir OMC, « *Analyse* », *supra* note 25 au para 2.

<sup>55</sup> *Ley n° 20* du 26 juin 2000, Gaceta Oficial 27 juin 2000.

<sup>56</sup> CDB, *supra* note 2:

« Article 16. Accès à la technologie et transfert de technologie  
[...]

peuvent se révéler efficaces et utiles à la protection des ST. La portée du sujet exclura les questions relatives à la place des droits sur les ST dans l'ensemble des droits des peuples autochtones<sup>57</sup>, ainsi que celles à propos de la mise en œuvre des mécanismes d'accès et de partage.

Par la suite, nous analyserons aussi les débats sur le partage des avantages ayant lieu dans d'autres fora tels que l'OMPI et l'OMC ainsi qu'au sein des États pour l'élaboration des lois nationales sur la biodiversité<sup>58</sup>.

Ce travail tient pour acquis que les DPI ne sont pas la méthode idéale pour protéger les ST de la biopiraterie<sup>59</sup>. Cependant, lesdits DPI constituent actuellement le moyen le plus

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

Cependant, cette disposition de la Convention ne mentionne pas expressément les ST.

<sup>57</sup> Il en est ainsi des questions relatives à la reconnaissance de droits des peuples autochtones, tels que l'autodétermination et l'autonomie gouvernementale, dont s'occupe la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, New York, 13 septembre 2007, en ligne: HCDH <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/08/PDF/N0651208.pdf?OpenElement>>.

<sup>58</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p 27.

<sup>59</sup> Cette affirmation repose sur le fait que, pour certains tout au moins, la notion même de droit de propriété n'est pas compatible avec celle de ST. Eberman, *supra* note 48 aux pp 5-6, explique que certaines communautés traditionnelles protestent contre le fait que les régimes actuels de propriété ne prennent pas en considération la problématique des ST et provoquent ainsi la destruction de la diversité biologique et de l'héritage culturel. Voir aussi : Commission on Intellectual Property Rights, *supra* note 30; Joseph Githaiga, « Intellectual Property Law and the Protection of Indigenous Folklore and Knowledge » (1998) 5 Murdoch University Electronic Journal of Law. Vandana Shiva, « Global Trade and Intellectual Property: Threats to Indigenous Resources » dans Sheldon Krimsky et Peter Shorett, dir, *Rights and Liberties in the Biotech Age : Why We Need a Genetic Bill of Rights*, Oxford, Rowman & Littlefield, 2005, 98, entre autres, tient au fait que tout un nouveau système est nécessaire pour protéger les ST. Adriana Espíndola Corrêa, « Bancos de dados de conhecimentos tradicionais: da memória dos povos à digitalização dos saberes » dans José Antônio Peres Gediél et Adriana Espíndola Corrêa, dir, *Direitos Culturais e Conflitos Territoriais na Amazônia*, Curitiba, Kairós, 2011, 11 à la p 22, traite d'un système *sui generis* avec une logique distincte de celle de la PI, alors que d'autres, comme Susette Biber-Klemm *et al.*, « Global Trade and Intellectual Property: Threats to Indigenous Resources » dans Susette Biber-Klemm et Thomas Cottier, dir, *Rights to Plant Genetic Resources*

opportun pour y parvenir. En effet, si les DPI sont mis en place dans un traité futur pour la protection des ST, les communautés qui les détiennent seront pourvues des droits absolus concernant leur utilisation. Autrement dit, comme n'importe quel titre de propriété industrielle (le brevet ou la marque de commerce par exemple), ils pourront être enregistrés, exploités et commercialisés<sup>60</sup>.

Quant aux ST qui sont en rapport avec les ressources génétiques et qui constituent la base de ce travail de recherche, le professeur Winter estime qu'ils ont été créés par des individus et des communautés ayant investi du temps, du travail et de la créativité dans la recherche et l'expérimentation des organismes en vue de leur amélioration pour l'utilisation humaine.

---

*and Traditional Knowledge: Basic Issues and Perspectives*, Wallingford, CABI, 2006, 239, défendent l'adaptation du système actuel de PI pour intégrer les ST.

Les DPI ne font pas l'unanimité entre les pays du Sud. Ainsi, certains d'entre eux souhaitent une extension des DPI pour protéger les ST alors que d'autres veulent justement protéger les ST contre les DPI. Plusieurs pays africains militent pour cette assertion. Dans ce cas de figure, la protection aurait lieu pour la mise en œuvre du droit à l'autodétermination de ces communautés et par celle du principe du droit inaliénable sur leurs ST. Selon Darrel A. Posey et Graham Dutfield, *Beyond intellectual property: towards traditional resource rights for indigenous people and local communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996 aux pp 53-54, 80: « In traditional societies, the right to livelihood resources [...] such as trees, crop species, and medicinal plants, are not usually exclusive [...]. They are often shared among individuals and social and corporate groups, each of which have 'bundles' of graded rights to the same resource within a given area. Such rights are considered inalienable ». L'autre possibilité existante consistant à protéger les ST est celle qui, aux États-Unis, est appelée « defensive publication ». En effet, l'intéressé publie son invention/savoir et, comme elle/il devient « prior art », le bureau de brevet est obligé de rechercher si une demande de brevet existe déjà. Ainsi, il trouvera la publication et il sera obligé de rejeter la demande du brevet, même si ceci est encore une façon d'utiliser les DPI pour se protéger des DPI. En bref, les pays qui s'opposent à la protection des ST par DPI estiment que les ST doivent être considérés comme appartenant au domaine public, tandis que les pays qui militent en faveur d'une protection des ST par DPI, veulent des lois de PI aussi bien pour protéger le savoir que pour en gérer les profits issus de son partage. Selon Carolyn Deere, *The implementation game: the TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries*, New York, Oxford University Press, 2009 à la p. 318, certains ne veulent qu'une protection contre la biopiraterie, excluant de fait la commercialisation des savoirs par les communautés traditionnelles.

<sup>60</sup> Voir Madhavi Sunder, « IP<sup>3</sup> » (2006) 59 Stan. L. Rev 257 aux pp 269-273 [Sunder, « IP<sup>3</sup> »]; Gerd Winter, « Towards Regional Common Pools of GRs – Improving the Effectiveness and Justice of ABS » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 19 à la p 21.

Par conséquent, la valeur de la ressource génétique est fortement augmentée par l'intelligence humaine<sup>61</sup>.

Ainsi, malgré le fait que les DPI soient complexes à comprendre pour les communautés traditionnelles<sup>62</sup>, le concept de propriété ne l'est pas<sup>63</sup>. La notion de propriété qui étaye le concept de DPI peut susciter des problèmes d'acceptation par les communautés traditionnelles. Cette notion soumet la jouissance du bien à la propriété. Or il peut être fort étrange, pour les membres d'une communauté, que le « propriétaire » du ST ait le droit d'empêcher les autres de l'utiliser. Pour certaines communautés, partager leurs ST ne pose aucun problème; elles le font de bon gré. Ce qui n'appartient pas à leur monde culturel c'est l'idée qu'une personne avec qui elles ont partagé leur ST puisse obtenir des droits exclusifs sur ce savoir et même empêcher les communautés de l'utiliser. Bref la difficulté réside dans

---

<sup>61</sup> *Ibid* à la p 27.

<sup>62</sup> Selon Prabuddha Ganguli, « Intellectual Property Rights: Mothering Innovations to Markets » (2000) 22 World Patent Information 43 à la p 43, la source des savoirs et pratiques dans les communautés traditionnelles est transmise verticalement et confiée aux familles. La diffusion du savoir entre cultures est plutôt lente, et le transfert du savoir dans la communauté a lieu plutôt par le biais de travaux d'apprentissage. Les générations suivantes introduisent des innovations fondées sur les besoins émergents ou dans la découverte de nouvelles sources de matériaux. Ainsi, on comprend mieux pourquoi la protection par DPI des ST n'est pas considérée comme nécessaire.

<sup>63</sup> Même si pour Robert K. Paterson et Dennis S. Karjala, « Looking Beyond Intellectual Property in Resolving Protection of the Intangible Cultural Heritage of Indigenous Peoples » (2003) 11 Cardozo J Int'l & Comp L 633 à la p 634, la simple mention de transformation du ST collectif en propriété (avec toutes ses connotations de possession individuelle ou exclusive) a été identifiée par certains comme un phénomène de biopiraterie ou tout au moins comme un usage inapproprié. Par contre, la négation ou la rétention de DPI sur les ST a été comprise par les communautés traditionnelles comme une négation de leur contrôle sur leur propriété culturelle. D'où la plainte des communautés traditionnelles soulignée par Vogt, *supra* note 52 aux pp 12-13, selon laquelle elles seraient traitées injustement. C'est la raison pour laquelle elles souhaiteraient que leur savoir soit protégé, en même temps qu'elles veulent partager les avantages issus de la dissémination de leurs savoirs.

l'acceptation du droit d'usage exclusif associé aux DPI<sup>64</sup>. Cependant, même si les DPI permettent cette option, ils ne l'imposent pas.

Finalement, personne ne nie la contribution que les ST ont déjà apportée et peuvent encore apporter à l'industrie pharmaceutique. Mais celle-ci choisit parfois de les nier ou de les ignorer, revendiquant l'invention ou la découverte au moment de déposer la demande de brevet<sup>65</sup>. Cette assertion est le fondement même de notre étude.

### *Objectifs et organisation*

La réflexion qui s'articule autour de notre problématique de recherche se fixe les objectifs spécifiques suivants :

- établir un panorama de la législation des pays latino-américains pertinent à la protection des ST, plus particulièrement de celles du Pérou, du Costa Rica et du Brésil;
- évaluer quant à leur efficacité les outils de protection des DPI adoptés par le Pérou, le Costa Rica et le Brésil et utilisés dans la réglementation de l'accès et du partage des avantages avec les communautés traditionnelles;

---

<sup>64</sup> Voir Ruth L. Gana, « Has Creativity Died in the Third World? Some Implications of the Internationalization of Intellectual Property » (1995) 24 Denv. J. Int'l L. & Pol'y 109.

<sup>65</sup> Andrew Mushita et Carol B. Thompson, *Biopiracy of Biodiversity: Global Exchange as Enclosure*, Trenton, Africa World Press, 2007 à la p 22.

- identifier les mécanismes de PI, parmi ceux prévus par les législations nationales et qui pourront être adoptés par les pays de la région qui n'ont pas encore mis en place une loi sur le sujet;
- identifier les mécanismes de PI, parmi ceux prévus par les législations nationales, qui pourront être adoptés par un accord international contraignant, comme des règles minimales devant être respectées par les pays du Nord et du Sud;
- formuler des propositions de réforme portant sur la configuration d'un traité international en la matière;

Nous nous attèlerons, par le biais de notre travail de recherche, à proposer une législation internationale efficace fondée sur des mécanismes pertinents identifiés dans les législations nationales analysées, soit une construction *bottom-up*<sup>66</sup>. Une fois ratifié, ce traité international pourra être mis en vigueur par les législations nationales (*top-to-bottom*). Il se pourrait même que cela se fasse dans le cadre de l'OMC, soit par l'amendement d'un accord existant soit par l'élaboration d'un nouvel accord.

La réalisation de ces objectifs exigera une prise de position théorique par rapport à la nature de l'ordre juridique qui soutient les rapports entre les acteurs de la scène internationale, de

---

<sup>66</sup> Approche selon laquelle les pays évaluent la forme selon laquelle les mécanismes de PI nationaux existants peuvent être utilisés de façon beaucoup plus effective dans la protection des savoirs traditionnels avant d'envisager une protection au niveau international. Voir: Thomas Cottier et Marion Panizzon, « Legal Perspectives on Traditional Knowledge: The Case for Intellectual Property Protection » (2004) 7:2 J. Int'l Econ. L. 371 à la p. 379

façon générale, et, plus spécifiquement, des valeurs récemment acquises relativement à l'environnement.

Le chapitre 1 comprend la présentation des concepts clés utilisés au cours de cette étude, l'exposition du cadre théorique et de la méthodologie, y compris les critères de l'analyse. Au chapitre 2, nous présenterons et analyserons les mécanismes nationaux d'APA des ST adoptés par la législation du Pérou, du Costa Rica et du Brésil. Nous évaluerons ces outils quant à leur efficacité pour protéger les ST contre la biopiraterie. Nous tâcherons d'y expliciter les éléments pertinents que les mécanismes nationaux analysés et identifiés comme les plus efficaces ont à offrir à des pays qui n'ont pas encore de législation en la matière. Au chapitre 3, nous examinerons les mécanismes internationaux — CDB/Nagoya et l'OMPI/*Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore* (ci-après CIG). Finalement, au travers du chapitre 4, il s'agira de démontrer l'utilisation de ces outils dans le cadre international. Nous examinerons ce que les mécanismes nationaux peuvent inspirer dans l'ordre international, sous la forme soit d'un régime spécifique, soit d'un amendement à l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ci-après ADPIC) de l'OMC.

# Chapitre 1 : Concepts clés, cadre théorique et méthodologie

Cette thèse fait appel à quelques concepts clés, tels que *savoirs traditionnels*, *communautés traditionnelles*, *bioprospection*, *biopiraterie* et *domaine public*, que nous expliquerons dans le cadre conceptuel ci-après pour faciliter la lecture du texte. Par la suite nous présenterons le cadre théorique dans lequel cette thèse sera développée, les procédés de méthodologie qui ont soutenu la recherche, ainsi que la définition des critères de notre analyse.

## 1.1 Cadre conceptuel

### *Savoirs traditionnels*

Les ST sont généralement des créations collectives, et, le plus souvent, détenus collectivement<sup>67</sup>. Bien plus, ils découlent de la pensée et du mode de vie d'une communauté traditionnelle et sont transmis, de génération en génération, par une tradition orale<sup>68</sup>. Les ST sont propres à une large gamme d'individus, de communautés et de

---

<sup>67</sup> Dans les communautés traditionnelles, le savoir est objet de socialisation. Il peut arriver qu'un savoir soit détenu par un seul individu, malgré son origine collective. Voir: Michael Dodson et Olivia Barr, « Breaking the Deadlock: Developing an Indigenous Response to Protecting Indigenous Traditional Knowledge » (2007) 11(2) AILR 19 à la p 20.

<sup>68</sup> Finger, *supra* note 14 à la p 30; Letícia Borges da Silva, « Os conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas e locais e os direitos de propriedade intelectual » dans Wagner Menezes, dir, *Estudos de direito internacional*, vol 4, Curitiba, Juruá, 2005, 409 aux pp 409-10; Madhavi Sunder, « The Invention of Traditional Knowledge » (2006) UC Davis Legal Studies Research Paper Series 1 [Sunder, « Invention »] à la p 13; Richard Owens et Faith Odibo, « Presentation on Global Intellectual Property Issues and the LDCs », First High-Level Interregional Roundtable on Intellectual Property for the LDCs, présentée à l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, 30 septembre 1999, OMPI, *The New Millennium Intellectual Property*



cultures, vivant majoritairement dans un espace non urbain<sup>69</sup>. C'est pour cette raison qu'ils sont détenus le plus souvent collectivement, et non pas par un auteur individuel ou bien identifié<sup>70</sup>. À cet effet, la CDB qualifie ces modes de vie de traditionnels comme suit :

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, les 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<sup>71</sup>.

Quelques pays d'Amérique latine les ont définis dans une communication à l'OMC comme suit:

Les connaissances traditionnelles sont constituées en grande partie d'innovations, de créations et d'expressions culturelles conçues ou conservées

---

*and the Least Developed Countries (LDCs)*, Genève, OMPI, 1999, 45 à la p 46; OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, Genève, OMPI, 2008 à la p 6; Daniel J. Gervais, « Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge » (2004) 11 *Cardozo J Int'l & Comp L* 467 [Gervais, « Spiritual »] à la p 472.

<sup>69</sup> Mgbeoji, *supra* note 8 à la p 10. L'idée que le savoir traditionnel est inhérent aux communautés traditionnelles ne va pas sans poser de questions. Le trait non urbain, propre aux communautés traditionnelles, peut s'estomper et perdre sa force distinctive dans des situations d'exode rural, de migration et d'urbanisation accélérée. Il suffit de songer au cas des groupes autochtones qui vivent dans la banlieue des grandes villes. Ces groupes apportent avec eux les ST hérités et accumulés jusqu'à l'urbanisation. Cependant le milieu urbain ne permettra pas le développement des anciens ST et la production de nouveaux savoirs en lien avec l'environnement d'origine.

<sup>70</sup> Sunder, « Invention », *supra* note 68 à la p 13.

<sup>71</sup> CDB, *supra* note 2 art 8(j).

par leurs dépositaires actuels qui peuvent être définis comme des individus ou des communautés entières, des personnes physiques ou morales qui ont des droits. La valeur aussi bien économique et commerciale que culturelle de ces connaissances traditionnelles pour leurs dépositaires justifie et alimente leur désir légitime qu'elles soient légalement reconnues comme objet de propriété intellectuelle, qui s'exprime dans un nombre toujours croissant de tribunes nationales, régionales et internationales. Cette demande n'est en fait pas moins légitime que celle qui en son temps a justifié la reconnaissance des nouveaux objets de propriété intellectuelle...<sup>72</sup>

Les ST peuvent fournir des informations précieuses aux recherches sur des propriétés particulières des ressources biogénétiques et sur leur usage potentiel dans le développement de nouveaux médicaments ou cosmétiques.

Le concept de ST est une invention moderne, qui varie beaucoup selon les auteurs<sup>73</sup>. Une définition large pourrait être l'information systémique qui demeure dans le secteur informel, normalement non écrite, préservée par la tradition orale plutôt que dans les textes, étant « culture-specific, whereas formal knowledge is decultured. »<sup>74</sup> Cependant, les ST peuvent être aussi complexes et utiles que les savoirs formels occidentaux. D'ailleurs, la taxonomie et la pharmacologie occidentale ont leur origine dans des ST<sup>75</sup>. Quant à l'étendue du concept, la définition peut se limiter aux connaissances qui concernent les

---

<sup>72</sup> OMC, Conseil général, *Préparation de la conférence ministérielle de 1999: Proposition concernant la protection des droits de propriété intellectuelle relatifs aux connaissances traditionnelles des communautés locales et autochtones - Communication de la Bolivie, de la Colombie, de l'Équateur, du Nicaragua et du Pérou* (du 12 octobre 1999), OMC Doc WT/GC/W/362, en ligne : OMC <www.wto.org> [OMC, W/362] para 5.

<sup>73</sup> Sunder, « Invention », supra note 68 à la p 15.

<sup>74</sup> Brush, supra note 47 à la p 4. L'affirmation que le savoir académique ne révèle pas une identité culturelle est à relativiser, naturellement. Toute connaissance se produit dans un cadre culturel.

<sup>75</sup> *Ibid* à la p 5.

ressources génétiques, comme le soutiennent Cottier et Panizzon<sup>76</sup>, ou bien se confondre avec la définition de culture, comme le souhaitent des juristes comme Visser<sup>77</sup>, Taubman et Leistner<sup>78</sup>, Halewood<sup>79</sup> et Gervais<sup>80</sup>, ou des anthropologues comme Posey<sup>81</sup> et Hyndman<sup>82</sup>. Quant à Mgbeoji<sup>83</sup>, il cherche à délimiter la définition des ST en les identifiant aux connaissances qui dérivent des activités intellectuelles des communautés traditionnelles. Cette définition inclut donc les produits agricoles, l'usage médicinal de plantes et la valeur spirituelle ou religieuse que ces ST représentent pour les communautés traditionnelles<sup>84</sup>.

Les ST ne sont pas statiques. Les communautés traditionnelles mettent sur pied et développent de nouveaux ST sur la base des ST précédents, afin de répondre à leurs besoins actuels. C'est pour cette raison qu'ils sont en perpétuelle évolution, ce qui leur permet de se diversifier et d'être de plus en plus sophistiqués<sup>85</sup>. Comme le rappelle si bien Barsh, l'utilisation du terme « traditionnel » implique une répétition, de génération à génération,

---

<sup>76</sup> Cottier et Panizzon, *supra* note 66 à la p 371.

<sup>77</sup> Coenraad J. Visser, « Making Intellectual Property Laws Work for Traditional Knowledge » dans J. Michael Finger et Philip Schuler, dir, *Poor People's Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Washington (DC), Banque Mondiale, Oxford University Press, 2004, 207 à la p. 207.

<sup>78</sup> Antony Taubman et Matthias Leistner, « Traditional Knowledge » dans Silke von Lewinski, dir, *Indigenous Heritage and Intellectual Property : Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Austin (Tex), Wolter Kluwer, 2008, 59 à la p 64.

<sup>79</sup> Michael Halewood, « Indigenous and Local Knowledge in International Law: A Preface to *Sui Generis Intellectual Property Protection* » (1999) 44 McGill LJ 953 à la p 959.

<sup>80</sup> Daniel Gervais, *L'Accord sur les ADPIC*, Bruxelles, Larcier, 2010 [Gervais, *L'Accord*] à la p 157; Gervais, « Spiritual », *supra* 68 note aux pp 471-72.

<sup>81</sup> Darrell Addison Posey, « Introduction: Culture and Nature – The Inextricable Link » dans Darrell Addison Posey, dir, *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, Londres (R-U), Intermediate Technologie, 1999 [Posey, « Introduction »], 3 à la p 7.

<sup>82</sup> David Hyndman, « Conservation through Self-Determination : Promoting the Interdependence of Cultural and Biological Diversity » (1994) 53 Human Organization 296 à la p 297.

<sup>83</sup> Mgbeoji, *supra* note 8 à la p 9.

<sup>84</sup> Dans le même sens James A. R. Nafziger *et al.*, *Cultural Law : International, Comparative and Indigenous*, New York, Cambridge University Press, 2010 à la p 615.

<sup>85</sup> Mgbeoji, *supra* note 8 à la p 9. Gervais, *L'Accord*, *supra* note 80 à la p 157; Sunder, « Invention », *supra* note 68 à la p 14.

d'un corps stable de données ou d'une accumulation graduelle et non systématique de nouvelles données. Chaque nouvelle génération fait des observations, permettant d'apporter de nouvelles connaissances, et des expériences octroyant la possibilité de tester aussi bien la fiabilité d'anciennes connaissances que de les modifier. Toutes les « traditions » sont, en effet, soumises à une révision constante<sup>86</sup>.

Ces savoirs sont dits « traditionnels » non pas de par leur antiquité, mais par la façon dont ils sont acquis, utilisés et transmis<sup>87</sup>. Les systèmes de subsistance traditionnels sont en adaptation constante face aux changements sociaux, économiques et aux conditions environnementales. En outre, le fait qu'ils soient dynamiques ne les empêche pas d'être généralement respectueux des principes de la durabilité<sup>88</sup>. Beaucoup de ST sont en fait bien nouveaux, mais ils ont une signification sociale et un caractère légal complètement différents des savoirs que les communautés ont acquis des sociétés industrialisées<sup>89</sup>.

À cet effet, Borges Barbosa identifie trois propriétés importantes des ST pour les scientifiques des pays du Nord. Il s'agit en fait de la connaissance de nouvelles espèces, de l'indication des composantes chimiques ou biologiques pertinentes ainsi que des techniques

---

<sup>86</sup> Russel Lawrence Barsh, « Forests, Indigenous Peoples, and Biodiversity » (1997) 7 *Global biodiversity* 20 à la p 21.

<sup>87</sup> *Ibid* à la p 22.

<sup>88</sup> Selon Posey, « Introduction », *supra* note 81 à la p 4, ces principes ne sont pas universels. Toutefois, ils reposent souvent sur des valeurs comme la coopération, les liens familiaux, la communication entre générations et les liens avec les ancêtres, la préoccupation du bien-être des générations futures, l'autosuffisance à l'échelle locale et la dépendance aux ressources naturelles qui sont accessibles localement, les terrains, les territoires et les ressources qui sont des biens collectifs et inaliénables, la limitation de l'exploitation des ressources et, enfin, le respect de la nature et plus spécifiquement des sites sacrés.

<sup>89</sup> Barsh, *supra* note 86 à la p 22.

de préservation et de gestion de l'environnement<sup>90</sup>. Tobin et Taylor<sup>91</sup> résument bien ces concepts en disant que les communautés traditionnelles ont développé un corps de ST qui joue un rôle vital dans la préservation de leur bien-être culturel, spirituel, social, économique et environnemental. Les ST protégés, développés et transmis au cours des siècles en même temps qu'ils réglementent et contrôlent les systèmes de savoir des communautés traditionnelles, servent aux besoins actuels comme ils répondent aux nouveaux défis et opportunités.

Les ST ressemblent et, dans le même temps, diffèrent des savoirs scientifiques des sociétés occidentales et occidentalisées. Comme les ST sont différents entre eux, au sein de chaque groupe et dans chaque communauté, ils requièrent une définition beaucoup plus large<sup>92</sup>. Ainsi, selon Githae, contrairement à des suppositions fréquentes chez les Occidentaux, les ST sont scientifiques et holistiques, mais aussi empiriques, expérimentaux et systématiques. Ils diffèrent par deux aspects de la science occidentale<sup>93</sup>. La première différence repose sur le fait que le savoir est fortement localisé<sup>94</sup>: il se trouve dans un réseau complexe de rapports entre humains, animaux, plantes, forces de la nature, esprits. Il est donc façonné

---

<sup>90</sup> Denis Borges Barbosa, *Uma introdução à propriedade intelectual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003 à la p 784.

<sup>91</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 1.

<sup>92</sup> Graham Dutfield, « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge » (2001) 33 Case W Res J Int'l L. 233 [Dutfield, « TRIPS-Related »] à la p 240.

<sup>93</sup> Githae, *supra* note 18 à la p 77. À propos de la nature du savoir traditionnel, deux remarques s'imposent. La première porte sur le statut épistémologique de ce savoir. Classer les ST comme des connaissances soit scientifiques soit non scientifiques c'est les faire passer par la grille épistémologique élaborée selon la pensée occidentale. Il y a lieu de se demander si une telle grille a une valeur universelle, s'imposant à toutes les différences culturelles. La seconde observation tient à la place qu'occupe le savoir dans les communautés traditionnelles, où la connaissance ne se dissocie pas de l'ensemble des dimensions de la vie sociale. Un savoir n'est jamais un simple contenu cognitif; il est intégré dans un réseau de valeurs relatives à plusieurs ordres. En d'autres mots, le ST a un caractère holistique.

<sup>94</sup> Posey, « Introduction », *supra* note 81 à la p 4.

selon la localité ou le territoire. C'est pour cette raison que les communautés traditionnelles font normalement de meilleures prévisions quant aux conséquences liées à une modification physique dans le cadre d'un écosystème en particulier et ce, comparativement à un scientifique qui fonde ses prévisions sur un modèle étroit, général et non-holistique et dans une observation du terrain de courte durée<sup>95</sup>.

La deuxième différence se traduit dans le fait que les ST sont empreints d'une importante dimension sociale et juridique. La structure des écosystèmes est vue comme un ordre négocié dans lequel toutes les entités écologiques sont reliées par affinité et solidarité<sup>96</sup>. Cette conception de l'écologie<sup>97</sup> peut être résumée en cinq corollaires. Le premier repose sur l'idée que chaque humain ou non humain, vivant ou décédé, a une responsabilité personnelle dans l'appréciation, la compréhension ainsi que le maintien de sa relation avec l'écosystème, puisque le savoir sur les écosystèmes est un savoir moral et juridique. En d'autres termes, le savoir entraîne des responsabilités, sociales et religieuses. Pour ce qui est du deuxième corollaire, puisque le savoir octroie de lourdes responsabilités, comme le pouvoir d'interférer dans la relation entre les morts et les vivants, il doit donc être transmis personnellement à un apprenti, qui a été véritablement préparé. Quant au troisième corollaire, il induit le fait que le savoir est transmis automatiquement entre les membres de la communauté, et de façon informelle, car ladite transmission relève de responsabilités héritées de leur propre territoire ancestral. Le quatrième corollaire repose sur le fait que le

---

<sup>95</sup> Githae, *supra* note 18 à la p 77.

<sup>96</sup> *Ibid* à la p 77.

<sup>97</sup> Patrick Blandin, *Biodiversité: L'avenir du vivant*, Paris, Albin Michel, 2010 à la p 17 affirme que le concept d'écologie date de 1866. Il a été créé par le biologiste allemand Ernst Haeckel « pour désigner la science des relations que les organismes vivants ont entre eux et avec leur environnement ».

savoir peut parfois être partagé avec des étrangers qui se rendent sur le territoire afin qu'ils puissent aussi bien se mouvoir en toute sécurité sur le territoire que subsister avec les ressources locales. Cependant, le savoir ne peut pas être aliéné en permanence de l'écosystème auquel il appartient<sup>98</sup>. Enfin, le dernier corollaire se traduit par le fait que le mauvais usage du savoir équivaut à une déclaration de guerre aux autres espèces de la nature (animaux, végétaux, etc), brisant leurs conventions et ramenant ainsi la terre à un vacuum pré-moral et pré-légal. C'est la raison pour laquelle les communautés traditionnelles prennent souvent soin de l'usage de leurs écosystèmes afin d'y maintenir un certain équilibre<sup>99</sup>.

### *Communautés traditionnelles*

Les communautés<sup>100</sup> autochtones ou aborigènes sont ainsi dénommées car elles vivaient sur leurs terres avant que des colons venus d'ailleurs ne s'y installent. Ses membres sont aussi, selon une autre définition, les descendants de ceux qui habitaient dans un pays ou une région géographique à l'époque où des groupes de populations de cultures ou d'origines

---

<sup>98</sup> Ce corollaire anticipe le sujet de l'harmonisation entre le droit coutumier des communautés et le droit de la PI, dont doivent s'occuper les législateurs nationaux et internationaux lors d'élaboration des mécanismes de protection des ST par PI.

<sup>99</sup> Githae, *supra* note 18 aux pp 77-78.

<sup>100</sup> Halewood, *supra* note 79 à la p 958 explique que on utilise le terme de communauté, dans ce contexte, au lieu de celui de peuple pour éviter la connotation politique de ce dernier notamment en matière d'auto-détermination. Le choix du terme est donc lui-même politique. Selon Sophie Chevalier, « Destin du Concept de "Communauté" : de la classe sociale à la culture - Le cas de la Grande-Bretagne » (2007) 10 Esprit Critique Revue Internationale de Sociologie et Sciences Sociales en ligne: Esprit Critique <<http://www.espriteritique.fr/dossiers/article.asp?t03code=62&varticle=esp1001article02&vrep=1001>> les ethnologues définissent la communauté comme une unité sociale restreinte, vivant en économie partiellement fermée sur un territoire dont elle tire l'essentiel de sa subsistance. La notion de « communauté traditionnelle », pour sa part, repose sur l'opposition entre société rurale et société urbaine, constituant un groupe social non urbain.

ethniques différentes y sont arrivés et sont devenus par la suite prédominants et ce, par le biais de la conquête, de l'occupation, de la colonisation ou encore, par d'autres moyens<sup>101</sup>.

Les peuples locaux sont des regroupements d'individus dont les membres ont des relations communales et partagent des expériences, des valeurs, des intérêts ainsi que des préoccupations pour leur bien-être mutuel et collectif. Ainsi, comme les communautés autochtones, la plupart de leurs membres habitent au sein de regroupements isolés, normalement des petits villages, non-urbains où ils ont développé un rapport durable avec l'environnement et de ce rapport des pratiques innovatrices, c'est-à-dire des ST<sup>102</sup>. Tout en partageant quelques affinités avec les communautés autochtones, comme le mode de vie traditionnel, les communautés locales en diffèrent par le fait qu'elles occupent leur habitat depuis une époque relativement récente et ne sont pas nécessairement homogènes du point de vue ethnique. Les communautés locales constituent des isolats sociaux, qui résultent de conditions géographiques ou sociohistoriques. Elles forment des hameaux isolés ou sont dispersées sur une aire plus ample que celle d'un hameau; leurs membres entretiennent des rapports très limités avec les gens des villages ou villes plus proches. Nous pouvons donner des exemples de communautés locales en citant quelques communautés brésiliennes, comme les « seringueiros » (collecteurs de latex en Amazonie), les « ribeirinhos » (riverains) des grands fleuves, les « quilombolas » (descendants des Africains qui se sont enfuis pendant l'esclavage au Brésil, depuis le XVe siècle) , les « caboclos » (métis ayant

---

<sup>101</sup> HCDH, *Fiche d'information No.9 (Rev.1), Les droits des peuples autochtones*, en ligne : HCDH <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet9Rev.1fr.pdf>> (date de consultation: 18 janvier 2014); Brush, *supra* note 47 à la p5.

<sup>102</sup> Halewood, *supra* note 79 aux pp 957-59.



des ancêtres européens et autochtones) les « caiçaras » (pêcheurs, habitants du littoral des États de São Paulo et du Paraná depuis le XVI<sup>e</sup> siècle) ainsi que d'autres communautés de pêcheurs<sup>103</sup>. Ces communautés locales ont développé des pratiques traditionnelles d'usage durable des ressources naturelles, appliquent les principes actifs de certaines substances à plusieurs fins notamment médicinales<sup>104</sup>. L'utilisation de la dénomination « communauté locale » dérive probablement du préambule de la CDB, qui utilise le langage suivant : « [...] indigenous and local communities embodying traditional lifestyles [...] »<sup>105</sup>.

Si l'expression *communautés traditionnelles* peut être considérée comme péjorative, elle l'est moins que de les définir comme des populations vivant en marge des « nations civilisées », auxquelles fait référence l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice<sup>106</sup>. Telle est la nomenclature utilisée par la doctrine du droit de la propriété intellectuelle<sup>107</sup> pour faire référence à l'ensemble des communautés autochtones et locales.

---

<sup>103</sup> Letícia Borges da Silva, « É possível negociar a biodiversidade? Conhecimentos tradicionais, propriedade intelectual e biopirataria » dans Welber Barral et Luiz Otavio Pimentel, dir, *Propriedade intelectual e desenvolvimento*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2007, 299 [Borges da Silva, « É possível »] à la p. 300.

<sup>104</sup> Eliotério Fachin Dias, « A tutela dos conhecimentos tradicionais associados e a biodiversidade », en ligne: (2010) Jus Navegandi 17318 <<http://jus.com.br/revista/texto/17318>>.

<sup>105</sup> CDB, *supra* note 2. Nous citons le texte en anglais de la Convention, car la version française n'est pas assez claire aux fins de cette référence : « 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 ».

<sup>106</sup> Cour internationale de justice, *Charte des Nations Unies, Statut et Règlement de la Cour et autres textes*, New York, Cour internationale de justice, 2007.

<sup>107</sup> Voir par exemple Borges da Silva, « É possível », *supra* note 103 à la p 300; Clarissa Bueno Wandscheer, « Biodiversidade e conhecimento tradicional » dans Patrícia Luciane de Carvalho, dir, *Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*, vol 2, Curitiba, Juruá, 2008, 327 à la p 331.

Dans ce travail, l'expression *communautés traditionnelles* comprendra les communautés autochtones et les communautés locales<sup>108</sup>.

### *Bioprospection*

Les avancées technologiques des dernières années ont accru la capacité des scientifiques à découvrir le potentiel commercial des ressources naturelles. Ce nouveau potentiel est intéressant notamment pour les industries pharmaceutiques, cosmétiques, biotechnologiques, biochimiques et même agricoles<sup>109</sup>. Par conséquent, plusieurs entreprises ont entamé ou intensifié leurs études sur des ressources naturelles, principalement dans les forêts du Sud.

La bioprospection consiste en l'exploitation, l'extraction et le criblage ou le tri de la biodiversité, afin de découvrir des ressources qui ont une valeur commerciale<sup>110</sup>. Elle ne constitue qu'une phase du développement d'un nouveau produit dont les coûts astronomiques justifient la forte préoccupation des industries envers les DPI. Pour mener une bioprospection adéquate, les scientifiques souhaitent souvent être orientés par des communautés traditionnelles qui connaissent très bien les plantes et les animaux locaux qui les entourent<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> Selon Halewood, *supra* note 79 à la p 957, malgré l'usage fréquent de l'expression « communauté locale » par la CDB, aucune convention internationale ne la définit.

<sup>109</sup> Tustin, *supra* note 23 à la p 137.

<sup>110</sup> Christian Moretti et Catherine Aubertin, « Stratégies des firmes pharmaceutiques : la bioprospection en question » dans Catherine Aubertin *et al.*, dir, *Les marchés de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007, 27 à la p. 47.

<sup>111</sup> Posey et Dutfield, *supra* note 59 à la p 14.

Selon Robinson<sup>112</sup>, l'origine du concept de bioprospection est associée à l'œuvre de Walter V. Reid *et al.*, où les auteurs définissent la bioprospection comme « the exploration of biodiversity for commercially valuable genetic and biochemical resources »<sup>113</sup>. Dans le contexte des ST, Githae<sup>114</sup> explique que le terme laisse supposer une prévision, une prédiction et une anticipation de plusieurs possibilités selon lesquelles le ST peut agir comme ressource pour la médecine conventionnelle. Ceci doit prendre en compte les environnements politiques, économiques, socioculturels, technologiques, écosystémiques et religieux dont l'origine est aussi bien locale qu'internationale et qui ont influencé plusieurs aspects des ST<sup>115</sup>.

En ce qui concerne les ST, la bioprospection est l'activité qui a pour but d'identifier les composantes du patrimoine génétique et les informations sur les ST ayant un usage commercial potentiel<sup>116</sup>.

### *Biopiraterie*

L'expression *biopiraterie* a surgi au grand jour en 1993 notamment, quand elle a été mise de l'avant par une ONG qui, à l'époque, s'appelait *Rural Advancement Foundation*

---

<sup>112</sup> Robinson *supra* note 22 à la p. 11.

<sup>113</sup> Reid *et al. supra* note 39 à la p. 1.

<sup>114</sup> Githae, *supra* note 18 à la p 78.

<sup>115</sup> En effet, selon Tobin, « Setting », *supra* note 3 à la p 101, les communautés traditionnelles ont argué constamment l'impossibilité de séparer les ST de leurs fondements culturels, spirituels, biologiques, environnementaux, territoriaux, légaux et épistémologiques.

<sup>116</sup> Tustin, *supra* note 23 à la p. 132. Selon Elli Louka, *International Environmental Law: Fairness, Effectiveness, and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 à la p 303 et Cori Hayden, *When Nature Goes Public: The Making and Unmaking of Bioprospecting in Mexico*, Princeton, Princeton University Press, 2003 à la p 1, en lien avec les ressources génétiques, la bioprospection implique l'extraction de plantes, microbes et autres produits de la biodiversité et ce, à des fins d'exploitation scientifique ou commerciale.

*International* (RAFI), aujourd'hui l'*Action Group on Erosion, Technology and Concentration* (ETC-Group). Elle voulait attirer l'attention sur le fait que des entreprises multinationales et des institutions scientifiques étaient en train de collecter des ressources biologiques et des ST sans autorisation, soit de la communauté détentrice du savoir, soit du gouvernement du pays où elles se trouvaient<sup>117</sup>. Robinson définit la biopiraterie comme l'appropriation du savoir et des ressources génétiques de communautés traditionnelles par des individus ou des institutions qui cherchent un contrôle monopolistique exclusif sur ces ressources et savoirs<sup>118</sup>.

Selon Robinson, « the term was developed due to growing frustrations about the appropriation and monopolization of long held medicinal and agriculture knowledge about nature, as well as the related physical resources... »<sup>119</sup>. Deere explique que le choix du terme vient contrer l'utilisation par les pays du Nord du terme *piraterie* pour désigner les produits, notamment pharmaceutiques, fabriqués dans les pays du Sud où ils n'étaient pas protégés par un brevet<sup>120</sup>.

Pendant des années, les ONG ont demandé aux gouvernements des pays du Nord de ne pas utiliser le terme *piraterie* à propos de ces produits, dont la production était conforme à la législation locale. Les ONG se sont donc appropriées le mot employé par l'hémisphère

---

<sup>117</sup> Leticia Borges da Silva, « Os Conhecimentos Tradicionais das Comunidades Indígenas e Locais Face aos Direitos de Propriedade Intelectual » dans Patricia Luciane de Carvalho, dir, *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*, vol 1, Curitiba, Juruá, 2005, 373 à la p 382.

<sup>118</sup> Robinson *supra* note 22 à la p 16.

<sup>119</sup> *Ibid* à la p 14.

<sup>120</sup> Deere, *supra* note 59 à la p 174. Un brevet, comme l'explique Correa, *Integrating, supra* note 50 à la p xiv, est un titre octroyé pour protéger une invention, normalement pour une période de vingt ans.

Nord pour attirer l'attention sur l'utilisation illégitime des ST<sup>121</sup>. Cette expression a été largement utilisée par des activistes et des ONG depuis lors, le plus souvent délibérément et stratégiquement de façon vague mais, elle représente aussi une préoccupation des communautés traditionnelles quant à l'exploitation de savoirs qu'elles ont développés pendant des siècles<sup>122</sup>. En effet, parfois un ST appartient au patrimoine culturel d'une vaste gamme de personnes ou de communautés de sorte qu'il est difficile de déterminer qui est spolié a priori, c'est-à-dire qui est victime de la biopiraterie<sup>123</sup>.

Il y a lieu d'indiquer que l'on note une hésitation à utiliser le terme de biopiraterie dans le contexte des négociations internationales vu l'absence d'une définition précise de la biopiraterie mais aussi en raison du discours sur la biopiraterie qui, dans ce contexte, est politisé, réactif et souvent imprécis<sup>124</sup>.

Le nombre de biopirateries commises est incertain en raison du manque d'information et de différenciation entre l'exploitation légitime et l'exploitation frauduleuse, ce qui complexifie davantage la problématique de ladite biopiraterie<sup>125</sup>. Selon Dutfield<sup>126</sup>, dont les points de vue s'assimilent aux critiques des pratiques commerciales conventionnelles, les compagnies n'arrivent pas à comprendre qu'elles ont l'obligation morale de compenser la communauté

---

<sup>121</sup> Deere, *supra* note 59 à la p 174; Wandscheer, *supra* note 107 à la p 339.

<sup>122</sup> Robinson *supra* note 22 aux pp xiii, 14-15.

<sup>123</sup> Graham Dutfield, *Developing and Implementing National Systems for Protecting Traditional Knowledge: A Review of Experiences in Selected Developing Countries*, 2000 en ligne: C.N.U.C.E.D. <[http://www.unctad.org/trade\\_env/docs/dutfield.pdf](http://www.unctad.org/trade_env/docs/dutfield.pdf)> [Dutfield, *Developing*] aux pp 5-8.

La problématique des ST partagés par plusieurs communautés ainsi que celle de l'identification des victimes de la biopiraterie font l'objet de certaines des législations nationales analysées dans cette thèse. Elles doivent être prises en compte lors de l'élaboration de nouveaux mécanismes de protection de ST par PI, comme on le verra dans les développements qui vont suivre.

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> *Ibid* à la p 8.

<sup>126</sup> *Ibid.*

qui fournit le matériel génétique pour leur contribution intellectuelle, même quand l'on présume qu'il s'agit d'un matériel « naturel ». De même, il peut souvent aussi s'agir des ressources génétiques considérées comme des « dons de la nature », mais qui sont en fait le résultat de plusieurs générations de reproduction sélective et de gestion du terrain.

La piraterie est une pratique ancienne d'appropriation de richesse. Aujourd'hui, nous considérons la piraterie comme l'appropriation d'un trésor. Plus spécifiquement, quand il s'agit de trésors de la biodiversité, nous parlons de biopiraterie.

Pour ce qui est des ressources biologiques, si l'on remonte à l'époque coloniale, à ce moment, il était tout à fait licite que la métropole (pays du Nord) s'approprie des ressources de la colonie (pays du Sud). Ce transfert était rarement vu comme un vol par aucune des parties, ni pour ceux qui partageaient leurs ressources biologiques, ni pour ceux qui en bénéficiaient. En outre, même si quelques plantes ont été récupérées par la force, cette activité n'a pas privé les habitants originaux des colonies de leur surplus<sup>127</sup>. Tout se passait comme si ces ressources étaient une sorte de *res nullius*<sup>128</sup>. Comme les colonies étaient un territoire appartenant à la métropole, cette dernière avait la souveraineté sur leurs ressources. C'est ce qui s'est passé avec les ST, considérés comme « naturels » et pour l'avantage de tous<sup>129</sup>. Souvent, et de façon commode, les ST sont présumés être la propriété

---

<sup>127</sup> Mushita et Thompson, *supra* note 65 à la p 21.

<sup>128</sup> Voir Emmanuel Kant, *Vers la paix perpétuelle. Que signifie s'orienter dans la pensée? Qu'est-ce que les lumières? Et autres textes*, traduit par Jean-François Poirer et Françoise Proust, Paris, Flammarion, 1991 à la p 95 : « les pays habités par les nègres, les îles des épiceries, le Cap, etc., furent, pour ceux qui les découvrirent, des pays qui n'appartenaient à personne, car ils comptaient les habitants pour rien. »

<sup>129</sup> Johanna Gibson, *Community Resources: Intellectual Property, International Trade and Protection of Traditional Knowledge*, Burlington (Vt), Ashgate, 2005 à la p 1.

du domaine public. Cette perception des choses encourage la présomption selon laquelle personne n'est affectée et aucune règle n'est violée quand les institutions de recherche et les entreprises l'utilisent librement. Évidemment, c'est une idée fautive mais l'acceptation de cette présomption peut être nuisible aux communautés traditionnelles<sup>130</sup>.

Plus récemment, on a parlé des pirateries commises par les industries pharmaceutiques et agrochimique, qui ont, pendant une longue période, utilisé des matériaux biologiques provenant des plantes, des animaux et des microbes trouvés dans les pays du Sud riches en biodiversité. La biopiraterie est donc un nouveau terme qualifiant une vieille pratique consistant en un refus de compenser ou même de reconnaître les détenteurs originaux du ST<sup>131</sup>. Pour ce qui est d'un produit pharmaceutique fondé sur des ST, le comportement le plus fréquent consiste en ce qu'une industrie pharmaceutique s'approprie un certain ST, améliore la technique ou identifie le processus qui rend le médicament efficace et brevète le produit dans le pays d'origine de la compagnie. Le brevet donne à la compagnie le droit exclusif de produire et de commercialiser l'invention brevetée dans le territoire du pays qui a octroyé le brevet. Une partie du profit que la compagnie fait grâce à la commercialisation de cette invention brevetée devait être retournée à la source du ST. Quand cette démarche n'a pas eu lieu, c'est alors un cas de biopiraterie. Dans la majorité des cas, on peut dire qu'aux pays du Nord sont octroyés l'« invention » et les profits correspondants, alors

---

<sup>130</sup> Dufield, « TRIPS-Related », *supra* note 92 à la p 238.

<sup>131</sup> Tobin, « Setting », *supra* note 3 à la p 107; Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5 à la p 25; Hayden, *supra* note 116 à la p 2; Mushita et Thompson, *supra* note 65 aux pp 15, 21.

qu'aux pays du Sud, on impose le coût de préserver la biodiversité et la privation du partage des avantages<sup>132</sup>.

Il y a d'autres problématiques qui se posent. Ainsi, il faudra vérifier si une telle compagnie a demandé l'autorisation du détenteur du ST pour utiliser le ST et si ce dernier n'était pas déjà protégé par le DPI<sup>133</sup>.

Le terme *biopiraterie* a été forgé pour susciter une perspective critique et inciter un activisme politique quant au rôle des DPI dans la distribution faussée des avantages du biocommerce. Malgré cette intention d'origine, le terme est devenu fort utilisé, notamment par des délégations des pays du Sud, même dans des négociations officielles<sup>134</sup>.

Selon Stenton<sup>135</sup>, il y a trois types de biopiraterie. Le premier type de biopiraterie est la bioprospection, par laquelle on découvre une plante ou un organisme complètement inconnu. Celle-ci représente la catégorie la moins piratée puisqu'on ne soustrait rien à personne, mais paradoxalement aucune protection par brevet ne lui est offerte puisque les découvertes sont exclues de la brevetabilité. Dans ce cas, la biopiraterie n'est pas commise contre une communauté mais contre la nation; on prélève un spécimen de la ressource naturelle sans l'autorisation de l'autorité nationale compétente, sans l'APA, sans transfert de

---

<sup>132</sup> Charles R. McManis, « Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge: Thinking Globally, Acting Locally » (2003) 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 547 [McManis, « Intellectual Property »] à la p 549; Ghosh, « Traditional Terms », *supra* note 46 à la p 599.

<sup>133</sup> *Ibid* à la p 600. Ceci constitue le critère de base afin de déterminer s'il y a eu un acte de biopiraterie.

<sup>134</sup> Dutfield, « TRIPS-Related », *supra* note 92 à la p 237.

<sup>135</sup> Stenton, *supra* note 7 à la p 23.



technologie. L'accord entre Merck et le Costa Rica, que nous examinerons, est un bon exemple d'instrument par lequel on peut éviter ce type de biopiraterie..

Le deuxième cas de biopiraterie est la découverte de propriétés inconnues dans une plante ou organisme déjà connu. Ici on a déjà la réalisation d'un progrès à partir d'un matériel figurant dans la nature, l'objet de la découverte étant brevetable, ce qui donnera lieu à des compensations financières.

Le dernier cas de biopiraterie est l'exploitation des ST. C'est le plus fréquent et le moins cher, car il n'induit presque pas de coût en termes de recherche. Les ST sont des objets de PI complètement intangibles, qui ne rentrent pas nécessairement dans le modèle de brevet, ce qui les rend faciles à pirater.

Dans le cadre de cette étude, nous nous intéresserons au dernier type. On y rencontre trois sous-catégories de biopiraterie, distinguées par Robinson<sup>136</sup>. La première sous-catégorie est *fondée sur brevet*; il s'agit de l'hypothèse où l'on brevète un savoir traditionnel sans autorisation ou partage de bénéfices<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p 21.

<sup>137</sup> Selon Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 aux pp 8-10:

« As for the patent-related version of 'biopiracy', there is little doubt that companies are in an advantageous position in that sense that while a useful characteristic of a plant or animal may be well-known to a traditional community, without being able to describe the phenomenon in the language of chemistry or molecular biology, the community cannot obtain a patent even if it could afford to do so. While it is unlikely that a company could then obtain a patent for simply describing the mode of action or the active compound, it quite possibly could claim a synthetic version of the compound or even a purified extract. In the absence of a contract or specific regulation, the company would have no requirement to compensate the communities concerned. Many people from the private sector would argue that since more is required than merely reformulating TK to acquire a patent, this is not piracy at all. However, it seems reasonable to counter that in some cases the most inventive activities are the discovery of the useful characteristic and the development of the 'traditional' techniques and procedures to apply it. Subsequent isolation and elucidation of the active

Quant à la deuxième sous-catégorie, elle se fonde sur la protection des ST par un autre titre que le brevet; on protège les savoirs traditionnels par un autre mécanisme de PI que le brevet et ce, sans autorisation ou partage de bénéfices<sup>138</sup>.

La troisième sous-catégorie de biopiraterie repose sur l'exploitation du savoir traditionnel sans autorisation ou partage de bénéfices, sans que celui qui exploite cherche à obtenir une légitimation subséquente par le droit. Au contraire des deux premières sous-catégories, dans ce cas, il n'y a pas l'octroi d'un DPI sur le ST à celui qui a commis la biopiraterie. On pourrait y inclure le *free-riding* qui, comme l'explique Dutfield, se produit lorsque des compagnies considèrent qu'elles peuvent violer les droits de propriété de compagnies plus petites, d'inventeurs indépendants et de communautés traditionnelles sans vergogne,

---

principle may be relatively routine tasks. [...] Another consequence is that claims within a patent are likely to overlap with those in others held by competitors. This situation is sometimes exacerbated by the mistaken award of patents with overly broad claims encompassing non-original products or processes. This is often due to the lack of time for patent examiners to seek out all relevant prior art, but *may* also be caused by the deliberate omission from patent applications of prior art that might endanger the validity of the 'invention'. In many cases it may be left to the courts finally to determine the scope of a patent. While in theory indigenous communities and developing country governments could seek to have a patent award overturned on the grounds that their knowledge or, say, folk varieties, had been fraudulently or erroneously claimed, lack of financial and other resources makes this extremely difficult. ».

<sup>138</sup> Les deux premières sous-catégories de biopiraterie sont comprises dans la définition proposée par Vandana Shiva, *Protect or Plunder: Understanding Intellectual Property Rights*, Winnipeg, Fernwood Publishing, 2001 à la p 58; Selon Vandana Shiva, *Protecting Our Biological and Intellectual Heritage in The Age of Biopiracy*, New Delhi, Research Foundation for Science, Technology and Natural Resources Policy, 1996 [Shiva, *Protecting*] à la p 9, la biopiraterie, sans compensation et reconnaissance des contributions des communautés traditionnelles, peut être définie comme l'utilisation des systèmes de PI pour légitimer le contrôle et la propriété exclusive sur des ressources biologiques et des ST, utilisés pendant des siècles par les communautés traditionnelles, pour les intérêts commerciaux occidentaux. Ceux-ci demandent la protection par PI sur des produits et des innovations dérivés de ST qui pour l'instant ne sont protégés d'aucune façon, fait qui stimule la croissance de la biopiraterie. Ces sous-catégories se trouvent aussi dans la portée de la définition proposée par Dutfield, « TRIPS-Related », *supra* note 92 à la p 237, pour qui la biopiraterie est généralement liée à l'usage commercial non autorisé de ressources biologiques et ST associés des pays du Sud ou l'obtention de DPI sur des inventions redevables à de tels savoirs ou ressources, ou l'obtention de n'importe quel autre DPI sur elles, sans compensation et reconnaissance des contributions des communautés traditionnelles.

puisqu'elles savent que les autres parties n'ont pas le pouvoir économique pour contester leurs actions<sup>139</sup>.

La première sous-catégorie est la forme la plus fréquente. Dans ce cas de figure, la formulation de la plainte de biopiraterie souligne fréquemment le manque de nouveauté, souvent en raison de l'existence de ST correspondant ou d'usage antérieur documenté. Prenons par exemple le cas du camu-camu (*Myrciaria dubia*). Elle attire l'attention principalement à cause de son fruit très riche en vitamine C, caractéristique déjà mise en exergue auparavant par l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et agriculture. Un autre document note l'utilité du camu-camu comme jus et crème glacée. Le Pérou a présenté au Conseil de l'ADPIC un document intitulé *Analyse de cas éventuels de piratage biologique*<sup>140</sup> dans lequel il expose brièvement un nombre de cas potentiels de biopiraterie, en se concentrant sur celui du camu-camu. Cette plante a été identifiée par les autorités péruviennes dans plusieurs brevets étrangers, surtout au Japon<sup>141</sup>, où il y avait des demandes de brevets pour des extraits cosmétiques du camu-camu contenant du jus ou des agents de conservation à base de camu-camu. La plante en question se retrouve en grande quantité en Amazonie péruvienne<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> Dutfield, *Developing*, supra note 123 à la p 9.

<sup>140</sup> OMC, « *Analyse* », supra note 25. José Calzada Benza, *143 Frutales Nativos*, Lima, El Estudiante, 1980 aux pp 75-80, fait référence à des usages déjà connus du camu-camu, tels que l'utilisation du fruit pour préparer des jus et des liqueurs à partir de la pulpe, ainsi que des glaces et des marmelades.

<sup>141</sup> Selon Dutfield, *Developing*, supra note 123 à la p 9, le Japon, ainsi que les États-Unis et quelques autres pays, ne reconnaissent pas le ST étranger non-documenté comme information disponible (*prior art*), ce qui permet dans ces pays la demande de brevet sur un ST.

<sup>142</sup> OMC, « *Analyse* », supra note 25. Les usages traditionnels du camu-camu sont assez restreints par rapport aux emplois commerciaux récents. Selon Diana Flores, « *Uso histórico : camu-camu* » (31 août 2010) en ligne: Peru Biodiverso <perubiodiverso.pe/assets/Camu-camu-Uso-Historico-LAST1.pdf>, l'écorce est

Un autre cas qui intéresse les autorités péruviennes est celui des brevets du maca (*Lepidium meyenii*). Il s'agit d'une plante dont la racine (comestible) avait déjà été utilisée par les communautés traditionnelles au Pérou durant une longue période pour des fins alimentaires ou nutritionnelles. En outre, elle regorge de propriétés revitalisantes « pour traiter la malnutrition, pour faciliter la convalescence ainsi que pour restaurer la capacité physique et mentale »<sup>143</sup>. De même, ladite plante contient des propriétés médicinales telles que les traitements de fertilité (pour les animaux et les humains), de frigidité, d'impuissance sexuelle, de régulation de la menstruation et de la ménopause, en plus d'être anticancéreux et de soulager aussi bien l'insomnie que la perte de la vision et de l'audition. Dans un rapport du Pérou au CIG de l'OMPI, intitulé *Brevets portant sur Lepidium meyenii (maca) : réponse du Pérou*<sup>144</sup>, les autorités du pays critiquent deux brevets octroyés aux États-Unis à la compagnie étasunienne Pure World Botanicals. Celle-ci a breveté un médicament pour le dysfonctionnement érectile à base d'extrait de racines de maca et un autre brevet pour des applications pharmaceutiques en général. Le Pérou a allégué le fait que ces brevets ont été obtenus sur la base des ressources et des droits qu'il détient en tant que pays d'origine et qui n'ont pas été pris en compte et encore moins respectés. Le document péruvien démontre que les utilisations du maca revendiquées par les brevets en question découlent en fait des ST de certaines communautés traditionnelles du pays. En effet, la plante et son usage

---

utilisée pour le traitement des rhumatismes et pour les douleurs musculaires; macérée avec les racines, pour la diarrhée; les feuilles, pour la fièvre.

<sup>143</sup> OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Brevets portant sur Lepidium meyenii (maca) : réponse du Pérou* (12 mai 2003), OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/5/13, en ligne: OMPI <www.wipo.int> (date de consultation: 7 octobre 2010) [OMPI, *réponse du Pérou*] para 50.

<sup>144</sup> *Ibid* para 2, 46-49.

traditionnel ont été décrits par les colonisateurs depuis le XVI<sup>e</sup> siècle<sup>145</sup>. De plus, le document explique que plusieurs « inventeurs » ont admis avoir obtenu des racines de maca au Pérou en 1998, mais ils n'ont pas réussi à prouver qu'ils l'ont fait par des moyens légaux et qu'ils ont partagé les avantages. Nonobstant la documentation sur l'usage traditionnel des racines de maca et le fait que l'extrait de la plante était bien connu de ceux qui travaillaient avec des herbes médicinales, des brevets ont été octroyés. Les racines avaient été retirées du Pérou apparemment sans autorisation et sans aucun accord de partage des avantages.

Comme autre illustration de ce cas de biopiraterie, nous pouvons citer en exemple l'*ayahuasca* (*Banisteriopsis caapi*). Native de la forêt amazonienne, les communautés traditionnelles en usent pour des cérémonies sacrées et religieuses<sup>146</sup>. Autrement dit, cette plante est utilisée sous forme de boisson comportant des propriétés hallucinogènes non seulement par les communautés traditionnelles mais aussi par les adeptes de quelques cultes dans notre société qui croient qu'ils ne peuvent comprendre Dieu que sous l'effet du thé

---

<sup>145</sup> *Ibid* para 2, 4, 31-33.

<sup>146</sup> Selon Federico Lenzerini, « Indigenous Peoples' Cultural Rights and the Controversy over Commercial Use of Their Traditional Knowledge » dans Francesco Francioni et Martin Schein, dir, *Cultural Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, 119 à la p 120, la législation brésilienne a reconnu l'usage sacramentel de l'*ayahuasca* en 1987.

Voir aussi : Robinson, *supra* note 22 à la p 69; Center for International Environmental Law, « U.S. Patent Office Admits Error, Rejects Patent Claim on Sacred 'Ayahuasca' Plant » (4 novembre 1999), en ligne: CIEL <<http://www.ciel.org/Biodiversity/AyahuascaREJETPR.html>> (date de consultation: 22 octobre 2010) [CIEL, « U.S. Patent Office »]; Glenn Wiser, « PTO Rejection of the 'Ayahuasca' Patent Claim » (novembre 2009), en ligne : CIEL <<http://www.ciel.org/Biodiversity/ptoREJET.html>> (date de consultation: 22 octobre 2010) [Wiser, « PTO Rejection »]; Glenn Wiser, « U.S. Patent and Trademark Office Reinstates Ayahuasca Patent » (25 juin 2001), en ligne : CIEL <[www.ciel.org](http://www.ciel.org)> (date de consultation: 22 octobre 2010) [Wiser, « U.S. Patent »]; Carlos Maria Correa, *Propiedad Intelectual y Salud Pública*, Buenos Aires, La Ley, 2006 à la p 16.

d'ayahuasca<sup>147</sup>. Dans d'autres communautés, les shamans utilisent les visions pour interpréter les maladies de leurs patients. Durant le dernier siècle, cet usage médicinal de l'ayahuasca a été extrêmement documenté<sup>148</sup> et reconnu (il a même été l'objet d'une série télévisée)<sup>149</sup>. Cependant, en 1986, Loren Miller a obtenu le brevet étasunien numéro PP5,751 après avoir supposément découvert une « nouvelle et distincte » variété d'ayahuasca (appelée 'Da Vine') dans un jardin domestique de l'Amazonie<sup>150</sup>. La Coordinatrice des organisations autochtones du bassin amazonien (COICA) a découvert l'octroi du brevet en 1994 et, en mars 1999, le Center for International Environmental Law (CIEL) a présenté une requête au nom de la COICA pour la révision du brevet<sup>151</sup>. Le bureau étasunien de brevets (USPTO) a rejeté le brevet le 3 novembre 1999 au motif d'un manque de nouveauté. Toutefois, en raison des erreurs procédurales de l'USPTO, Loren Miller a pu soumettre des preuves et des arguments, mais le CIEL n'a pu faire de même, car il s'agissait d'un tiers, et en tant que tel il n'avait pas le droit de questionner la

---

<sup>147</sup> Richard Dawkins, *The God Delusion*, Londres (R-U), Black Swan, 2007 à la p 44.

<sup>148</sup> Wisner, « PTO Rejection », *supra* note 146.

<sup>149</sup> Pour avoir une idée de la cérémonie, voir l'épisode 10 (The Love Circle Overlap) de la quatrième saison de la série *Weeds*, 2008, DVD, Toronto, Maple Pictures, 2009. Pour en savoir plus sur l'usage de l'Ayahuasca en Amazonie, voir Eliana Rodrigues, *Usos rituais de plantas que indicam ações sobre o Sistema Nervoso Central pelos índios Krahô, com ênfase nas psicoativas*, thèse de doctorat en médecine, Universidade Federal de São Paulo, 2001 [non publiée], à la p 3.

<sup>150</sup> Wisner, « PTO Rejection », *supra* note 146; Wisner, « U.S. Patent », *supra* note 146; Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica, « Situación de la patente de la ayahuasca » (4 juillet 2003), en ligne : COICA <[http://www.coica.org.ec/sp/ma\\_documentos/ayahuasca\\_sp01.html](http://www.coica.org.ec/sp/ma_documentos/ayahuasca_sp01.html)> (date de consultation: 22 octobre 2010) [COICA, « Situación »].

<sup>151</sup> David R. Downes *et al.*, « Detailed Statement in Support of Request for Re-examination of U.S. Plant Patent No. 5,571 », en ligne : CIEL <<http://www.ciel.org/Publications/ReexaminationofUSPlantPatent5751.pdf>> (date de consultation: 22 octobre 2010).

décision<sup>152</sup>. Les nouvelles preuves de Miller ont été acceptées par l'USPTO, qui a révisé le rejet du brevet le 26 janvier 2001 et a permis que le brevet demeure valide pour les deux ans qui lui restaient puisque, selon eux, la taille et la forme des feuilles de la Da Vine étaient différentes de celles de l'ayahuasca. De plus, l'examineur a soutenu que la plante ayant été trouvée dans une zone cultivée (domestique), elle rentrait dans le cadre de la protection de la loi de brevet étasunien<sup>153</sup>.

Par ailleurs, le curcuma est lui aussi un bon exemple que l'on peut relever. Ainsi, une épice en poudre de la plante du curcuma (*Curcuma longa*) est utilisée traditionnellement en Inde pour le traitement de blessures, cette utilité étant largement reconnue. La poudre contient un agent antibactérien naturel qui inhibe l'infection. Cette propriété a aussi fait l'objet d'un brevet aux États-Unis, octroyé à l'University of Mississippi Medical Center, lequel, après l'action du gouvernement indien, a été révoqué, car il a été considéré comme étant un ST<sup>154</sup>.

Ces exemples sont représentatifs de la première sous-catégorie de biopiraterie. Pour la deuxième sous-catégorie, il y a lieu d'indiquer le cas de l'açaï (*Euterpe oleracea*), qui s'avère faire partie des nombreux cas que le bureau brésilien de PI (INPI) poursuit aux États-Unis, au Japon, en Italie et au Royaume-Uni, à propos de l'utilisation du nom brésilien de la plante et de son fruit comme marque de commerce. L'açaï est

---

<sup>152</sup> CIEL, « U.S. Patent Office », *supra* note 146; COICA, « Situación », *supra* note 150; Wisner, « PTO Rejection », *supra* note 146; Wisner, « U.S. Patent », *supra* note 146.

<sup>153</sup> United States Department of Commerce, Patent and Trademark Office, « Notice of Intent to Issue Re-examination Certificate » (25 janvier 2001), en ligne : CIEL <[http://www.ciel.org/Publications/PTO\\_Examiner\\_Transcript.pdf](http://www.ciel.org/Publications/PTO_Examiner_Transcript.pdf)>.

<sup>154</sup> Graham Dutfield, *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, Londres (R-U), Earthscan, 2004 [Dutfield, *Intellectual Property*] à la p 50.

traditionnellement utilisé comme nourriture et médicament en Amazonie, mais récemment est devenu très recommandé pour une meilleure santé au Brésil et dans plusieurs autres pays. Autrement dit, le fruit aurait des propriétés antioxydantes et il améliorerait la performance sexuelle. Il est consommé comme jus ou supplément alimentaire. Le nom *açaï* a été enregistré (par entier ou en partie) comme marque de commerce aux États-Unis et au Japon pour la nourriture et les produits nutritionnels<sup>155</sup>.

Pour ce qui est de la troisième sous-catégorie de biopiraterie, les compagnies utilisent les ST sans avoir recours aux brevets ou autres mécanismes de PI, comme dans le cas du taro d'Hawaii<sup>156</sup>.

Les ST sont souvent à la base des recherches des produits naturels, puisqu'ils font épargner à cette industrie jusqu'à 400% du temps de recherche nécessaire à la mise au point d'un

---

<sup>155</sup> Robinson, *supra* note 22 aux pp 91-92; Tove Iren S. Gerhardsen, « Brazil Publishes Biodiversity Generic Name List » *Intellectual Property Watch* (4 août 2006), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2006/08/04/brazil-publishes-biodiversity-generic-name-list/>> (date de consultation: 22 octobre 2010).

<sup>156</sup> Selon International Centre for Trade and Sustainable Development, « Taro Patents to Be Given Back to Hawaii's Indigenous People » *Bridges Trade BioRes* (16 juin 2006) et Robinson, *supra* note 22 aux pp 49-51, trois variétés de cette plante ont fait objet de trois brevets différents, sans le consentement des communautés. À part la question de l'utilisation de la plante par les communautés face au droit d'exclusivité détenu par autrui, la question qui nous mène à mentionner cet exemple est le fait que ladite plante symbolise l'ancestral sacré du peuple hawaïen. Ceci étant, elle ne peut pas être utilisée librement par n'importe qui, quand bien même elle serait protégée par DPI ou dans le domaine public. D'ailleurs, la plante a été reconnue comme faisant partie du domaine public. Même si l'appropriation induite a fini pour ne pas résulter en un DPI, les détenteurs du ST se sont sentis exploités et non respectés, car leur savoir sacré est tombé dans le domaine public et peut maintenant être utilisé à des fins commerciales. En plus du non respect, ce fait signifie aussi que les communautés n'auront aucune participation aux avantages qui peuvent découler de l'usage commercial ni la reconnaissance morale sur leur savoir. Voir aussi: Gregory K. Schlais, « The patenting of Sacred Biological Resources, the Taro Patent Controversy in Hawai'i: A Soft Law Proposal » (2007) *U. Haw. L. Rev.* 581; Walter Ritte et Le'a Malia Kanehe, « Kuleana No Honoa (Responsibility for Taro) Protecting the Sacred Ancestor from Ownership and Genetic Modification » dans Arahoa Te Pareake Mead et Steven Ratuva, *Pacific Genes & Life Patents*, Call of the Earth Llamado de la Tierra et l'United Nations University Institute of Advanced Studies, 2007, 130; A. W. Reed, *Myths and Legends of Polynesia*, Wellington, A. H. & A. W. Reed, 1974 aux pp 39-45.



nouveau médicament, soit une économie qui se chiffre en millions de dollars<sup>157</sup>. De plus, les communautés traditionnelles au travers des ST contribuent à la valeur ajoutée des compagnies. Ainsi, en associant leur image à ces communautés, les produits ou les entreprises paraissent responsables du point de vue environnemental et social. Prenons pour exemple la publicité de produits cosmétiques de la marque Ekos de l'entreprise brésilienne Natura<sup>158</sup> :

La gamme Ekos est issue des richesses de la biodiversité brésilienne et des traditions populaires ancestrales, dans le respect des principes du développement durable. Elle puise ses bienfaits au cœur des forêts, dans des essences dotées de bienfaits cosmétiques, dont la nature semble lui avoir réservé les secrets. Conjuguant propriétés protectrices et vertus<sup>159</sup>.

Cependant l'industrie pharmaceutique a réduit considérablement l'investissement octroyé dans la recherche de produits naturels depuis le milieu des années 1960<sup>160</sup>. Correa<sup>161</sup> avance plusieurs raisons justifiant la diminution de l'intérêt des compagnies pharmaceutiques pour

---

<sup>157</sup> Mgbeoji, *supra* note 8 à la p 142.

<sup>158</sup> Tustin, *supra* note 23 aux pp 132, 138; Lima, *supra* note 14 à la p 5; Robinson, *supra* note 22 à la p 12. L'exemple est donné par une entreprise brésilienne, originaire donc d'un pays du Sud, qui agit comme une entreprise d'un pays du Nord, ce qui corrobore l'affirmation du professeur Koutouki selon laquelle « A Legal Placebo » *supra* note 5 à la p 28, il y a dans les pays du Sud un héritage de la période coloniale sous la forme d'une élite qui a éventuellement des intérêts économiques similaires à ceux des pays du Nord. Ce fait – qui s'explique mais n'excuse pas le comportement - confirme aussi l'affirmation de Catherine Saez, « Biodiversity: Bountiful Source for Cosmetics, but Needs Respect, Group Says » *Intellectual Property Watch* (21 avril 2010), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/webloge/2010/04/21/biodiversity-bountiful-source-for-cosmetics-but-needs-respect-group-says/>> (date de consultation: 07 janvier 2012), que l'industrie cosmétique a un intérêt croissant pour la biodiversité.

<sup>159</sup> Natura Brasil, « Ekos » (2010), en ligne: Natura Brasil <<http://www.naturabrasil.fr/produits/par-gamme/ekos>> (date de consultation: 7 octobre 2010).

<sup>160</sup> Reid *et al.*, *supra* note 39 à la p 1.

<sup>161</sup> Carlos M. Correa, *Protection and Promotion of Traditional Medicine – Implications for Public Health in Developing Countries*, Buenos Aires, Université de Buenos Aires, 2002 [Correa, *Protection*].

ce qui concerne le domaine de la bioprospection<sup>162</sup>. Parmi celles-ci, on note le désir des industries pharmaceutiques de réduire le risque de se voir associées systématiquement au phénomène de la biopiraterie et leur volonté de se mobiliser véritablement en vue de la mise sur pied de politiques plus favorables d'accès et de partage des avantages. Ceci découle du fait que, après la mise sur pied de la CDB, la bioprospection n'est plus une activité libre comme elle était auparavant c'est-à-dire une activité dépourvue de l'exigence d'obtenir un droit d'accès de la part du pays et de la communauté traditionnelle où se trouvent la ressource et le ST. Autrement dit, cette activité n'est plus gratuite. Ainsi, il y a maintenant une obligation de partage des avantages en contrepartie des informations à but lucratif reçues des communautés traditionnelles, comme nous le constaterons, par exemple, dans les développements subséquents eu égard à l'accord passé entre l'Institut national de biodiversité du Costa Rica (ci-après INBio) et le laboratoire Merck<sup>163</sup>.

---

<sup>162</sup> Au rang de ces raisons figurent l'ouverture de nouvelles perspectives de recherche représentées par la génomique, la chimie combinatoire et la protéomique.

<sup>163</sup> Louka, *supra* note 116 à la p 303. Selon Correa, *Protection, supra* note 161, un accord comme celui qui existe entre le laboratoire INBio et le laboratoire Merck a été passé entre la compagnie brésilienne Extracta et Glaxo-Wellcome. Cet accord avait pour but d'étudier des composants naturels afin d'en faire usage sous la forme d'antibiotiques ou encore pour servir de traitement contre les maladies tropicales comme la dengue. Il n'y a pas encore d'informations disponibles sur les avantages commerciaux découlant de ce contrat, puisqu'il prendra encore plusieurs années avant de produire des résultats commerciaux. D'après Hayden, *supra* note 116 aux pp 1-4, ce type d'accord préconise le partage des profits en vue de la conservation de la biodiversité, la revitalisation des communautés traditionnelles et la construction des structures scientifiques dans les pays du Sud avec lesquels l'accord est signé. Ainsi, la promesse faite pour les compagnies va au-delà du partage des avantages. Autrement dit, elle inclut plusieurs ressources en termes de médicaments, d'infrastructures de santé, de conservation de la biodiversité, d'argent pour les pays pauvres du Sud et pour les communautés qui détiennent le ST. Néanmoins, le paradoxe qui existe dans ce genre d'accord vient du fait que les dispositions de partage des avantages, offertes par les compagnies comme une forme de redistribution de la richesse et de la technologie ou même comme un acte éthique, ne font que souligner l'inégalité historique du rapport de force entre les acteurs. Les redevances acceptées par les compagnies participantes se situant entre 1 % et 10 %, ne sont pas suffisantes pour remédier à la question complexe des iniquités historiques et futures au travers desquelles a lieu la bioprospection. Au contraire, ces promesses ne font qu'amplifier la diffusion et

La valeur de la biodiversité est beaucoup plus grande pour l'intérêt commun que ce que l'industrie pharmaceutique et biotechnologique peut en tirer comme valeur commerciale. En effet, les principes éthiques et la rationalité économique devraient conduire les pays et les communautés à conserver la biodiversité indépendamment des intérêts qu'ils peuvent tirer de la bioprospection<sup>164</sup>.

À la différence des autres connaissances utilisées par la biotechnologie, les ST ne sont pas protégés par des DPI dans la sphère internationale, de même qu'ils sont rarement protégés au niveau national<sup>165</sup>. Cet état de fait facilite leur biopiraterie, causant ainsi des préjudices de divers ordres. L'impact le plus connu de la biopiraterie est d'ordre commercial. En fait, il s'agit de l'exclusion des producteurs du droit de participer à la vente ou à l'exportation en vertu d'un brevet (ceci pourrait avoir lieu dans les cas de l'açaï et du maca, par exemple).

---

l'exacerbation lesdites iniquités. C'est pour cette raison que la bioprospection est une des contradictions les plus patentes du néolibéralisme et du capitalisme.

<sup>164</sup> Reid *et al.*, *supra* note 39 à la p 3.

<sup>165</sup> L'asymétrie dans la protection des connaissances par DPI, mentionnée par Jonge et Louwaars, *supra* note 32 aux pp 41-44, est apparue au cours du XXe siècle. Les pays du Nord ont commencé à élargir leurs systèmes de propriété intellectuelle pour inclure de nouvelles variétés de plantes et matériaux génétiques. Cette inclusion est par la suite devenue une obligation globale par le biais de l'ADPIC. Les brevets protègent les inventions qui répondent aux critères de nouveauté, d'inventivité et d'applicabilité industrielle. Alors que les ST utilisés par les communautés traditionnelles au cours des siècles sont donc, en principe, non susceptibles d'être brevetés, les nouveaux produits développés par l'industrie le sont. Quant aux ST, ils appartiennent en principe à la collectivité de sorte qu'ils ne peuvent être attribués facilement à un détenteur individuel de PI. Cette asymétrie dans l'allocation des DPI était à la base du concept de biopiraterie. Comme nous le verrons par la suite, il existe actuellement plusieurs exemples de biopiraterie ainsi que des accusations de biopiraterie qui sont la pierre angulaire du débat sur le partage des avantages. Une proposition consistant à faire le lien entre le partage des avantages et les DPI repose sur la divulgation de l'origine du ST. Autrement dit, il s'agirait d'indiquer la source ou la provenance légale des ressources génétiques et/ou ST dans les demandes de brevet. Ainsi, cette exigence pourrait devenir une condition de fond si des aménagements sont réalisés dans le futur, au niveau international, concernant la protection juridique des ST. En effet, ladite exigence consisterait en une démonstration du consentement préalable et du partage des avantages, ce qui aurait pour avantage de déplacer le fardeau de la preuve des communautés vers les industries, notamment pharmaceutiques, ainsi que les centres de recherche. En bref, la motivation de base de cette approche est la lutte contre la biopiraterie et le déséquilibre des DPI entre les pays du nord et ceux du sud. Le mécanisme fixe un système de droits compensatoires pour établir l'équité de droits sur les ressources génétiques et les ST.

Ladite exclusion provient généralement des poursuites initiées par des concurrents, ce qui dans le cas de la biopiraterie entraîne des pertes économiques pour les producteurs. Mais la biopiraterie induit aussi des conséquences d'ordre social et moral. En effet, c'est une iniquité que les communautés traditionnelles ainsi que les chercheurs, les compagnies et les organes gouvernementaux locaux soient exclus du processus de développement commercial des produits à base de ST en raison du manque de partage des avantages, du partage de redevances, d'investissements étrangers directs, de création d'emplois, de formation ou encore d'échanges scientifiques. Bien plus, c'est un affront culturel ou spirituel que le ST soit utilisé sans le consentement préalable ou simplement qu'il soit utilisé en dehors de la communauté, parce que l'usage commercial de certains ST peut être vu comme offensant. Finalement, il y a l'affront dû au fait que des scientifiques annoncent avoir fait une « grande découverte », alors qu'ils se sont servis des ST pour y arriver, mais décident tout de même d'ignorer cet état de fait<sup>166</sup>.

Les menaces les plus graves concernent néanmoins l'environnement. La surexploitation des ressources biologiques en vertu de l'accroissement de l'intérêt et de la demande pour les produits peut être une conséquence directe ou indirecte de la biopiraterie fondée sur brevet ou d'autre DPI<sup>167</sup>. Mais il y a surtout le risque de disparition des ST, qui constitue une

---

<sup>166</sup> Robinson, *supra* note 22 aux pp 101-02,105, 108-12; Daniel Robinson et Jakkrit Kuanpoth, « The Traditional Medicines Predicament: A Case study of Thailand » (2009) 11 *Journal of World Intellectual Property* 375; Jerry I.-H. Hsiao, « Patent Protection for Chinese Herbal Medicine Product Invention in Taiwan » (2007) 10 *Journal of World Intellectual Property* 1.

<sup>167</sup> Sans exclusion des dispositions du droit de l'environnement, la menace potentielle représentée par l'exploitation des ST pourrait être neutralisée par la réglementation de ce sujet par DPI. Ce sera notre proposition, vu que le DPI n'est pas seulement un outil de droit économique, mais aussi une alternative à laquelle fait recours le droit de l'environnement, dans la CDB notamment. Comme le rappelle Raphaël Romi, *Droit de l'environnement*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2010 aux pp 5, 8-9, le droit de l'environnement est un

menace réelle. Étant transmis oralement de génération en génération, la continuité de ce patrimoine est rattachée à l'existence de la communauté, qui ne survivra que si l'écosystème où elle vit perdure. De plus, si l'écosystème tend à se modifier ou disparaît, les savoirs perdront de leur utilité pour les individus qui demeurent dans la communauté et ne seront donc plus transmis aux générations suivantes<sup>168</sup>. Ainsi, on ne peut envisager une absence de protection des ST soit par PI<sup>169</sup>, soit par un autre mode de protection, comme le contrat, par exemple<sup>170</sup>, soit par l'adoption de nouvelles politiques des programmes de développement de médicaments à base de plantes<sup>171</sup>, ou encore par l'adoption du droit

---

"droit carrefour" à plusieurs niveaux, y inclus son intersection avec le droit économique, étant donné que des aspects économiques ont été intégrés au droit de l'environnement d'où résultent des concepts tel que le développement durable.

Selon Correa, *Integrating*, *supra* note 50 à la p 16:

« If the philosophy underpinning patent law is that broad protection can foster inventive activity, then biological material exception may seem unnecessary, or even counterproductive. Moreover, some developing countries may worry that excluding substances found in nature from patentability could conceivably hinder investment in some local activities, including activities that might otherwise lead to patents on products derived from traditional knowledge or specific local skills or know-how. The extent of any such disincentive, however, would depend on local industrial capabilities and on the existence of laws providing alternative forms of protection, including utility model laws or propose laws to protect non-secret know-how. »

<sup>168</sup> Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5 à la p 20.

<sup>169</sup> Comme nous le suggérons dans cette thèse.

<sup>170</sup> Tel que suggéré par Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5. Voir aussi: Espíndola Corrêa, *supra* note 59 à la p 27.

<sup>171</sup> Comme propose Norman R. Farnsworth, « Screening Plants for New Medicines » dans E. O. Wilson et Frances M. Peter, dir, *Bioiversity*, Washington (DC), National Academy Press, 1988, 83 à la p 95:

« ...future programs of drug development from higher plants should include a careful evaluation of historical as well as current claims of the effectiveness of plants as drugs from alien cultures. Such information is rapidly disappearing as our own culture and ideas permeate the less developed countries of the world where there remains a heavy dependence on plants as source of drugs. »

Selon Correa, *Integrating*, *supra* note 50 à la p 16, dans les pays du Sud il est estimé que 7 500 plantes sont utilisées dans la médecine autochtone, et plusieurs d'entre elles ont des usages multiples dans le cadre de la médecine occidentale. Selon Vogt, *supra* note 52 aux pp 13-14, la médecine traditionnelle est la source principale de soins de santé de 80% de la population mondiale, et 85% de cette médecine demande l'usage de plantes. Cependant, les taux de pertes en espèces animales et végétales dans les forêts de l'Amérique latine, par exemple, sont alarmants. Combinées, on parle d'un chiffre entre 10 mil et 150 mil espèces par an, dont la perte est imputable pour la plupart à des facteurs anthropiques. Ceci se passe dans la région où se trouvent le pays que nous allons étudier au chapitre 2. Dans un futur proche l'accès à grand nombre de plantes d'intérêt médicinal pourra devenir restreint ou même discontinué, au niveau mondial. En fait la perte de seulement une

coutumier en lien avec l'accès, l'utilisation et la protection du territoire ainsi que des ressources<sup>172</sup>. En effet, l'absence de protection peut mettre en péril les communautés traditionnelles en les privant de leur habitat, peuplé depuis des générations, ainsi que de leurs moyens de subsistance. Selon le choix de protection fait dans cette thèse (la PI), ceci pourrait se produire si l'on continue à ignorer les droits de propriété des communautés traditionnelles sur leurs savoirs<sup>173</sup>.

### *Domaine public*

Selon Boyle<sup>174</sup>, l'expression "domaine public" a d'abord été largement utilisée pour décrire les étendues de terres publiques situées aux États-Unis. Il a par la suite été utilisé dans le contexte de la PI par la Convention de Berne<sup>175</sup>. Ainsi, le domaine public est constitué par l'ensemble des biens non susceptibles d'appropriation privée ou qui ne le sont plus, et qui n'appartiennent à personne de sorte que tout le monde est libre d'y accéder et de les utiliser<sup>176</sup>. Dans le cas spécifique de cette thèse, nous parlerons d'un bien immatériel, en l'occurrence le savoir, eu égard au domaine public. Il est difficile d'indiquer de façon générale quels sont les types d'informations que l'on est susceptible de retrouver dans le

ou deux espèces peut déjà affecter la forme comme une communauté traite certaines maladies, vu qu'il est difficile de les remplacer par d'autres.

<sup>172</sup> Par contre, les lois existantes en matière de protection de la biodiversité semblent ne pas être assez effectives, puisque la dégradation de la biodiversité et les conséquences qu'elle induit pour les communautés traditionnelles et leurs savoirs continuent de sévir longtemps après leur apparition. Tout au plus, ces lois modèrent quelque peu la vitesse de la dégradation.

<sup>173</sup> Rose, *supra* note 48 à la p. 252.

<sup>174</sup> James Boyle, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain » (2003) 66 *Law & Contemp Probs* 33 à la p 58.

<sup>175</sup> *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 9 septembre 1886 en ligne : OMPI <www.wipo.int> (dernière modification : 28 septembre 1979).

<sup>176</sup> Ghosh, « Globalization », *supra* note 46 à la p 112; Inge Kaul *et al.*, « Why Do Global Public Good Matter Today » dans Inge Kaul *et al.*, dir, *Providing Global Public Goods*, New York (NY), Le Programme des Nations Unies pour le développement, 2003, 2 à la p 8.

domaine public et notamment celles relatives aux ST. Ainsi, le domaine public a trois acceptions, chacune menant à un scénario différent pour ce qui a trait aux ST<sup>177</sup>.

Ainsi, pour ce qui est de la première acception, l'information se retrouve dans le domaine public du fait que les délais des DPI correspondants sont échus. En réalité, la protection qui fût appropriée à un moment donné ne l'est plus, car ladite information ne répond pas aux critères formels des lois de PI en lien avec la protection et se retrouve du même coup hors du champ d'application de la législation. Dans ce cas de figure, hormis quelques exceptions, les ST seront considérés comme faisant partie du domaine public et aucune autorisation ne sera requise pour les utiliser. De même, cet usage n'oblige pas à donner une compensation aux communautés traditionnelles. En outre, ces dernière ne pourront éviter l'usage du savoir qu'elles détiennent<sup>178</sup>.

Eu égard à la deuxième acception du domaine public, la notion de domaine public est plus restrictive. Ainsi, elle intègre seulement ce qui pourrait être protégé, mais qui pour une raison quelconque n'a pas obtenu la protection par PI. De même, il pourrait aussi s'agir d'un ST qui était partagé auparavant et de façon concomitante et qui finalement est tombé dans le domaine public. Cette dernière hypothèse est celle que l'on retrouve dans l'ADPIC. Ainsi, par rapport à cette assertion, les ST qui ne sont pas sujets à protection par PI conventionnels ne feront pas partis du domaine public. Par conséquent, les détenteurs de ces savoirs pourront exercer les droits qui leur sont reconnus par les législations nationales

---

<sup>177</sup> Carlos M. Correa, « Access to Knowledge: The case of Indigenous and Traditional Knowledge » dans Gaëlle Krikorian et Amy Kapczynski, dir, *Access to Knowledge in the Age of Intellectual Property*, New York (NY), Zone Books, 2010, 237 aux pp 239-43.

<sup>178</sup> *Ibid.*

sur les savoirs qu'ils détiennent et demander qu'on requiert leur autorisation lorsqu'on fait usage de ces savoirs ou exiger tout simplement un émolument financier en contrepartie de cet usage<sup>179</sup>.

Pour ce qui est de la troisième acception, l'information dans le domaine public peut être comprise de façon extensive et être définie comme une information qui peut être utilisée gratuitement et librement. Le critère pour déterminer si un ST fait ou non partie du domaine public est le fait d'être ou non librement accessible et librement utilisable<sup>180</sup>.

Les DPI ont une durée limitée définie par la loi. Après la fin de cette période, l'objet de la protection tombe dans le domaine public. La concession pour des périodes de protection limitées est en lien avec le temps jugé nécessaire pour garantir un marché pour l'information et un retour pour le producteur. Puis, l'information tombe dans le domaine public au bénéfice de la société. Cependant, le ST ne se réduit pas à une simple information; il est élément de la culture des communautés traditionnelles. Par conséquent, il est aussi bien un produit pouvant être utilisé comme subsistance alimentaire que la marque de l'appartenance à une identité. Le fait d'intégrer ce savoir dans le domaine public peut donc parfois compromettre leur valeur originale et même porter atteinte à l'identité culturelle ou à la totalité spirituelle. Ainsi, quand une communauté consent à ce qu'un ST soit utilisé, l'idéal serait que cette permission ne mette pas fin à ses droits sur le savoir. Par conséquent, le consentement ne justifie pas que, par la suite, le savoir puisse se retrouver

---

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> *Ibid.*



dans le domaine public. En plus, idéalement, il faudrait requérir un nouveau consentement pour chaque aspect spécifique du ST<sup>181</sup>.

Parfois les ST sont obtenus par fraude, coercition, vol ou appropriation indue. Dans ces cas de figure, l'application du principe du domaine public sans référence à la façon par laquelle le ST a été obtenu ou sans faire référence aux obligations relatives à cette obtention, notamment la référence au droit coutumier ou autre, servirait à légitimer l'expropriation du ST. Eu égard à cette situation, les communautés traditionnelles demeurent encore plus préoccupées quant à leurs droits en lien avec les ST. La volonté de contrôler leur ST, et de partager les avantages qui en découlent, conduisent ces communautés à faire des efforts en vue d'étendre leurs droits aux savoirs qui sont tombés dans le domaine public. Dans le cas de la législation péruvienne, elle reconnaît le droit des communautés traditionnelles à la compensation même sur les ST déjà tombés dans le domaine public. Un projet de loi modèle au Pacifique Sud est allé encore plus loin en proposant que les droits des détenteurs de ST, qui se trouvent dans le domaine public, puissent continuer à exister eu égard à la manière par laquelle le ST a été obtenu<sup>182</sup>. De même, il s'agit, par le biais de ce projet de loi modèle, de faire comprendre aux communautés qu'elles ne détiennent plus aucun droit sur

---

<sup>181</sup> Gibson, *supra* note 129 à la p 121, 292.

<sup>182</sup> Brendan Tobin, « The Role of Customary Law and Practice in the Protection of Traditional Knowledge Related to Biological Diversity » dans Christoph Antons, dir, *Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Intellectual Property Law in the Asia-Pacific Region*, Austin (Tex), Wolter Kluwer, 2009, 127 [Tobin, « The Role »] aux pp 143-44.

les ST qui se retrouvent dans le domaine public. Pour ce faire, le projet met en exergue cinq problématiques ci-après qui méritent une réponse appropriée<sup>183</sup> :

- 1) si l'intention de partager le ST était claire, quel était l'objectif du partage?
- 2) Est-ce qu'une permission a été donnée pour publier ou disséminer le ST?
- 3) Est-ce que les communautés étaient au courant de l'usage commercial potentiel?
- 4) Est-ce que les communautés étaient au courant qu'elles allaient perdre des droits sur leurs savoirs?
- 5) Quel est l'impact pour leur intégrité culturelle et spirituelle<sup>184</sup>?

Le débat sur la protection des droits sur les ST dans le domaine public est arrivé à un stade où des efforts croissants sont faits pour éviter la limitation de l'accès à l'information qui se trouvait dans le domaine public en conséquence de l'octroi des DP. L'effort pour assurer la reconnaissance des droits sur les ST dans le domaine public semble être, à première vue, contradictoire avec le désir de garder le domaine public le plus extensible possible. Cependant des initiatives, telles que les *creative commons*<sup>185</sup>, sont perçues par quelques

---

<sup>183</sup> *Ibid* à la p 144.

<sup>184</sup> *Ibid*.

<sup>185</sup> Le *creative commons* est une organisation à but non-lucratif qui permet le partage et l'usage de savoirs par le biais d'outils légaux et gratuits, selon ce qui est indiqué dans leur site Creative Commons, « About », en ligne : Creative Commons <<http://creativecommons.org/about>> (dernier accès 24 décembre 2013). Le sujet des *creative commons* est traité par : Christopher Arup, « How Are the Different Views of Traditional Knowledge Linked by International Law and Global Governance? » dans Christoph Antons, dir, *Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Intellectual Property Law in the Asia-Pacific Region*, Austin (Tex), Wolter Kluwer, 2009, 67 à la p 69; Chidi Oguamanam, « Documentation and Digitization of Traditional Knowledge and Intangible Cultural Heritage: Challenges and Prospects » dans Toshiyuki Kono,

communautés comme un moyen de protéger les ST. Ces communautés se sont rendues rapidement compte de la valeur potentielle de ces procédures, et des propositions ont été avancées pour le développement d'un système de licences *open source* de ST, fondé sur le droit et la pratique coutumière<sup>186</sup>.

Selon une compréhension assez étroite, la détermination et l'énumération des ST dans un registre les placeraient dans le domaine public, ce qui réduirait les cas de biopiraterie. Tout le monde aurait accès libre au savoir sans exclure d'autres intervenants comme, par exemple, les détenteurs originaux du savoir. On part de la présomption que, quand le ST est placé dans le domaine public, les détenteurs originaux et ceux qui leur succèdent peuvent accéder également au savoir mais, en réalité, ceci est très rarement le cas. L'accès au ST dans le domaine public induit indubitablement des questions d'égalité distributionnelle. Ainsi, quand le ST est répertorié et officiellement incorporé au domaine public, la capacité des pays de les exploiter est affectée par plusieurs considérations qui ont tendance à favoriser les pays du Nord<sup>187</sup>.

En principe le concept de domaine public dans le contexte des DPI n'est pas statique. Au contraire, au cours de l'histoire des lois de PI des nouveaux DPI sont sortis du domaine public et ont été transformés en objet de protection, comme les droits voisins d'interprètes

---

dir, *Intangible Cultural Heritage and Intellectual Property: Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development*, Anvers, Intersentia, 2009, 357 [Oguamanam, « Documentation »] à la p 377.

<sup>186</sup> Tobin, « The Role », *supra* note 182 aux pp 143-44.

<sup>187</sup> Oguamanam, « Documentation », *supra* note 185 aux pp 378-79.

et de diffusion entre autres<sup>188</sup>. Lewinski<sup>189</sup> fait aussi une analogie entre le concept de *terra nullius*<sup>190</sup> en indiquant que le domaine public est la *scientia nullius* des lois de PI.

---

<sup>188</sup> Comme explique Kamil Idris, « A Importância do Uso de Ativos de Propriedade Intelectual » (2005) 74 Revista da ABPI 3 à la p 10, les droits voisins dans le cadre de droits d'auteur sont ceux qui protègent les intérêts de ceux qui, malgré le fait de ne pas être les auteurs de l'œuvre, ont contribué pour que l'œuvre soit communiquée au public. Parmi eux on trouve trois grands groupes de bénéficiaires de droits voisins: les artiste-interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogramme et les organismes de radiodiffusion. Ces droits sont réglés par la *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, Rome, 26 octobre 1961, en ligne : OMPI <www.wipo.int>.

<sup>189</sup> Silke von Lewinski, « Final Considerations » dans Silke von Lewinski, dir, *Indigenous Heritage and Intellectual Property : Genetic Ressources, Traditional Knowledge and Folklore*, Austin (Tex), Wolter Kluwer, 2008, 507 à la p 522.

<sup>190</sup> Principe utilisé par les Européens lors de la colonisation de l'Australie, où la terre était déclarée *terra nullius*, pouvant être utilisée librement sans égard pour les droits des aborigènes.

## 1.2 Cadre théorique : Le constructivisme

La protection des ST exigera l'harmonisation entre les législations nationales, d'une part, et les régimes internationaux, d'autre part. Cette concertation suppose une certaine porosité entre le champ des relations internationales et les structures organisationnelles internes à chaque État, de sorte qu'une influence réciproque puisse avoir lieu entre ces deux niveaux. La possibilité d'une telle communication est postulée par l'approche constructiviste, et c'est pour cette raison que nous l'avons adoptée comme cadre théorique. Voici en bref en quoi consiste ce courant.

### *Présentation du constructivisme*

Vers la fin du XXe siècle, le domaine des relations internationales<sup>191</sup> et du droit international était dominé par les théories néolibérales et néoréalistes, qui peuvent être réunies sous la rubrique de rationalistes. La réflexion rationaliste prend, comme point de départ, des idées qui ont pour origine la pensée politique classique, à savoir la conception pessimiste de la nature humaine, la conviction que les relations internationales sont conflictuelles et que, à la limite, les conflits se résolvent par la guerre, la valorisation de la sécurité nationale, la survie de l'État. Elle se nourrit aussi du scepticisme qui se dégage eu égard à la possibilité de l'évolution de la politique internationale vers des niveaux où elle

---

<sup>191</sup> Selon Johanna von Braun, *The Domestic Politics of Negotiating International Trade: Intellectual Property Rights in US-Colombia and US-Peru Free Trade Agreements*, New York, Routledge, 2012 à la p 9, le domaine de la théorie des RI s'occupe fondamentalement d'essayer de comprendre et prévoir les résultats des délibérations interétatiques.

devra être plus dépendante de la coopération entre États que de l'utilisation de la force pour résoudre les conflits<sup>192</sup>.

Pour les rationalistes, la scène internationale est régie par l'anarchie. Autrement dit, c'est un système dépourvu d'une autorité qui exerce le gouvernement mondial. Les États y sont les acteurs dominants, lesquels entretiennent des rapports définis par la distribution, entre eux, de la force et du pouvoir. Leur tendance égoïste et belliqueuse génère un système individualiste, où la sécurité prend une valeur absolue. L'anarchie est inhérente à ce système, dit de « self-help »<sup>193</sup>, qui établit une relation compétitive, dérivée du dilemme de la sécurité, et qui exclut la coopération<sup>194</sup>.

Le système international est une structure<sup>195</sup> de pouvoir, où les États se présentent déjà porteurs d'identité et d'intérêts donnés de façon exogène et où ils agissent toujours dans la poursuite de leur propre intérêt. Les intérêts se déduisent de la répartition mondiale du pouvoir matériel et se traduisent par la recherche de « gains absolus »<sup>196</sup>. Le processus<sup>197</sup> et

---

<sup>192</sup> Voir: Robert Jackson et Georg Sorensen, *Introduction to International Relations Theories and Approaches*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

<sup>193</sup> Le « self-help » est un principe de la pensée réaliste selon lequel aucun État ne peut s'attendre à l'aide d'un autre État pour garantir sa survie. Selon Cathal J. Nolan, dir, *The Greenwood Encyclopedia of International Relations*, Westport (Conn), Greenwood Publishing, 2002, vol 4, *sub verbo* « self-help », « [i]nternational relations theory: some analysts see an assumed, underlying condition of international anarchy as dictating that each state must always look to its own security, making self-help an ineluctable characteristic of the international system. In this view, use of unilateral force by states and general non-cooperation and conflict are seen as structural features of world politics ».

<sup>194</sup> Thierry Braspenning, « Constructivisme et réflexivisme en théorie des relations internationales », (2002) III AFRI 314 à la p 318.

<sup>195</sup> Le terme est ici employé dans un de ses significés courants, mais il convient d'indiquer que Alexander Wendt, « Anarchy is what States Make of It: the Social Construction of Power Politics » (1992) 46 *International Organization* 391 [Wendt, « Anarchy »] à la p 391, et d'autres constructivistes, l'utilisent pour parler de l'anarchie et de la distribution de puissance.

<sup>196</sup> *Ibid* à la p 392.

les institutions peuvent changer le comportement des États, mais non leur identité et leur intérêt. Puisque les préférences sont fixées une fois pour toutes, le réalisme aurait du mal à expliquer le changement.

Dès les années 1960, certains théoriciens comme McDougall ou d'autres provenant de l'école du *legal process*<sup>198</sup> considéraient que le droit devait être perçu comme un processus de pouvoir, de nature sociale et d'étendue mondiale. Les règles peuvent alors jouer un rôle de guide du comportement des acteurs internationaux afin de structurer la vie internationale. Cette vision du droit international et des relations internationales, qui ne repose pas uniquement sur des postulats individualistes et matérialistes, servira de base aux théoriciens constructivistes pour s'opposer à ces deux approches générales<sup>199</sup>, considérées comme des outils « a-historique[s] et congénitalement inapte[s] à expliquer le changement »<sup>200</sup>.

---

<sup>197</sup> Chez Wendt, « Anarchy », *supra* note 195 à la p 391, le processus comprend l'interaction et l'apprentissage.

<sup>198</sup> Tel que M. McDougall, « International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception » (1953) 82:1 RCADI 133; Harold Hongju Koh, « Transnational Legal Process » (1996) 75 Neb L Rev 181.

L'école du *legal process* interprète le droit international comme une construction multidisciplinaire dont l'objectif est de réguler les relations interétatiques sur la base de certaines valeurs, s'inspirant de prémisses similaires à celles des observations «réalistes», telles l'inégalité des sujets de droit et la recherche de pouvoir. Mais elle va au-delà du réalisme, en suggérant des solutions à leurs constatations empiriques relativement aux relations internationales, c'est-à-dire en donnant une «vocation», une «mission» au droit international. Enfin, le rôle du juriste, selon ces approches, est totalement différent de celui que lui réserve l'approche positiviste, puisque le juriste ne doit plus se contenter de dire ce qu'est le droit, d'en décrire les règles et leur validité juridique, mais bien d'orienter et de guider la décision des autorités par rapport aux différentes alternatives que le droit présente et ses effets sur les valeurs communes de la communauté.

<sup>199</sup> Maja Zehfuss, *Constructivism in International Relations: The Politics of Reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

<sup>200</sup> Audie Klotz et Cecelia Lynch. « Le constructivisme dans la théorie des relations internationales » (1999) 2 Critique internationale 51 à la p 52.

Au début des années 1980, les discussions théoriques entre néoréalistes et néolibéraux et le contexte historique de la fin de la guerre froide ont contribué à ce que le constructivisme devienne une option théorique très significative, principalement en Amérique du Nord. Ce courant, qui est apparu dans le cadre de l'étude des relations internationales puis dans celui du droit international, était guidé par une volonté d'être en opposition aux approches rationalistes, en affirmant qu'il n'y a pas une réalité sociale externe objective et que les institutions peuvent modifier l'identité et les intérêts des États<sup>201</sup>.

L'approche constructiviste est née et s'est développée dans le cadre d'autres domaines que le droit international et les relations internationales. Au rang de ces domaines figurent la sociologie<sup>202</sup> et la philosophie<sup>203</sup>. Fondée sur la production et la reproduction de pratiques

---

<sup>201</sup> Jackson et Sorensen, *supra* note 192 aux pp 160-61.

<sup>202</sup> Le constructivisme est très influencé par des approches sociologiques, comme l'interactionnisme symbolique. Anthony Giddens, *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*, Berkeley (Cal), University of California Press, 1984, propose le concept de structuration comme chemin pour l'analyse du rapport entre les structures et les acteurs. Selon lui, la structure, comme les règles et conditions qui orientent les actions sociales, ne détermine pas les actions des acteurs d'une façon mécanique. Ceci est une impression qu'on pourrait avoir de la vision néoréaliste en pensant que la structure de l'anarchie contraint les acteurs étatiques. En effet, le rapport entre la structure et les acteurs inclut la compréhension intersubjective. Les structures contraignent les acteurs. Toutefois les acteurs peuvent aussi transformer les structures en pesant sur elles et en agissant d'une nouvelle façon. La notion de structuration mène à une vision moins rigide et plus dynamique du rapport entre structure et acteurs. Les constructivistes des RI utilisent cette réflexion comme un point de départ pour suggérer une vision moins rigide de l'anarchie.

Sur le rapport entre la sociologie et l'approche constructiviste, voir aussi Mónica Salomón, « La teoría de las relaciones internacionales en los albores del siglo XXI: Diálogo, disidencia, aproximaciones » (2002) 4 REEI 36 à la p 40.

<sup>203</sup> Le constructivisme n'est pas une toute nouvelle approche. Par certains aspects, il remonte au moins jusqu'au XVIIIe siècle, dans le travaux du philosophe italien Giambattista Vico, « [The First New Science] The Principles of a New Science of the Nature of Nations Leading to the Discovery of the Principles of a New System of the Natural Law of the Gentes » dans Leon Pompa, dir, *Vico: Selected Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, 79 et Giambattista Vico, « [The Third New Science] Principles of a New Science Concerning the Common Nature of Nations » dans Leon Pompa, dir, *Vico: Selected Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, 156, selon qui l'histoire n'est pas une sorte de processus qui se déroule ou évolue de façon externe aux problématiques humaines. Les êtres humains font leur propre histoire. Ils mettent aussi sur pied des États, qui sont construits historiquement. Les États sont des créations artificielles



sociales situées dans des sphères particulières telles que l'histoire, la politique<sup>204</sup>, l'économie et la géographie<sup>205</sup>, le constructivisme a trouvé racines dans les théories sociales de Durkheim et de Weber<sup>206</sup>. Il se présente comme l'étude du rôle que la culture, les institutions<sup>207</sup> et les normes jouent dans le développement de l'identité<sup>208</sup> de l'État et de leur influence sur le comportement des acteurs.

---

et leur système l'est aussi artificiel. Les êtres humains ont créé le système et, s'ils le souhaitent, peuvent aussi le changer ou développer une nouvelle manière de procéder.

Emmanuel Kant, *Critique de la raison pure*, traduit par Alain Renaut, Paris, GF-Flammarion, 2001, est un autre précurseur du constructivisme social. Il argue le fait que, le savoir sur le monde que l'on peut obtenir est toujours une construction subjective, dans le sens qui il est filtré par la conscience humaine.

Max Weber, *Critique of Stammer*, traduit par Guy Oakes, Londres (R-U), The Free Press, 1977; Max Weber, *Economy and Society*, traduit par Ephraim Fischhoff *et al.*, Berkeley (Cal), University of California Press, 1978, *et*; Max Weber, *Roscher and Knies: The Logical Problems of Historical Economics*, traduit par Guy Oakes, Londres (R-U), The Free Press, 1975, soulignait que le monde social est fondamentalement différent du monde naturel c'est-à-dire des phénomènes physiques. L'être humain a confiance en la compréhension de chaque action des autres et lui accorde un 'signifié'. Pour comprendre l'interaction humaine, on ne peut pas la décrire de la même manière qu'on décrit un phénomène physique, tel un bloc de roche qui est tombé d'une falaise. En effet, on aura besoin de plusieurs approches différentes afin de mieux cerner ladite interaction humaine.

Selon Jackson et Sorensen, *supra* note 192 à la p 162, « [c]onstructivists rely on such insights to emphasize the importance of 'meaning' and 'understanding' ».

<sup>204</sup> Selon Martha Finnemore et Kathryn Sikkink, « International Norm Dynamics and Political Change » (1998) 52 *International Organization* 887 à la p 891, « constructivists in political science talk a language of norms ».

<sup>205</sup> Klotz et Lynch, *supra* note 200 à la p 51.

<sup>206</sup> Selon Finnemore et Sikkink, *supra* note 204 à la p 891:

« [...] constructivists in political science talk a language of norms, sociologists talk a language of "institutions" to refer to these same behavioral rules [...] One difference between "norm" and "institution" (in the sociological sense) is aggregation: the norm definition isolates single standards of behavior, whereas institutions emphasize the way in which behavioral rules are structured together and interrelate [*sic*] (a "collection of practices and rules"). The danger in using the norm language is that it can obscure distinct and interrelated [*sic*] elements of social institutions if not used carefully. For example, political scientists tend to slip into discussions of "sovereignty" or "slavery" as if they were norms, when in fact they are (or were) collections of norms and the mix of rules and practices that structure these institutions has varied significantly over time. Used carefully, however, norm language can help to steer scholars toward looking inside social institutions and considering the components of social institutions as well as the way these elements are renegotiated into new arrangements over time to create new patterns of politics. »

<sup>207</sup> Klotz et Lynch, *supra* note 200 à la p 53.

<sup>208</sup> Qu'on pourrait définir comme la perception que l'État a de lui-même.

Le terme *constructivisme* a été introduit dans le cadre de la réflexion sur les relations internationales par Nicholas Onuf lorsque, dans *World of Our Making*<sup>209</sup>, il affirme que sa position philosophique de départ est celle qu'il qualifie de « constructiviste ». À première vue, son idée est simple: « in my view, people always construct, or constitute, social reality, even as their being, which can only be social, is constructed for them. »<sup>210</sup> Pour lui, la réalité sociale est construite selon un processus où la causalité a deux pôles, les relations sociales et l'homme, en condition de simultanéité. Les hommes font le monde tel qu'il est et par la force de cette dialectique, les relations sociales constituent les hommes tels qu'ils sont. Les rapports entre l'homme et le monde s'établissent selon des règles, l'action humaine prenant son sens par ces règles, qui la précèdent et l'encadrent. Le sens n'est ni une variable exogène, ni tout à fait endogène. Les règles constituées par les acteurs sociaux définissent ces acteurs, qui participent à des pratiques sociales délimitées par un ensemble de règles.

Les hommes constituent la réalité par ce qu'ils font aux autres et par ce qu'ils disent aux autres. L'anarchie et le pouvoir, par exemple, ne sont pas des réalités toutes faites auxquelles l'homme ne peut que s'adapter. Ce sont des aspects d'un ensemble de pratiques sociales dont les règles ainsi que le sens qui en découle sont ouvertes à une réinterprétation permanente.

---

<sup>209</sup> Nicholas Greenwood Onuf, *World of Our Making: Rules and Rule in Social Theory and International Relations*, Columbia, University of South Carolina Press, 1989.

<sup>210</sup> *Ibid* à la p 1.

Les actions des agents créent des pratiques qui, en même temps que les règles, conduisent à la formation des institutions, soit des modèles stables de règles et de pratiques qui constituent l'espace de rationalité, où les agents sociaux cherchent leurs objectifs. Dans ce scénario surgissent des asymétries, tantôt de ressources matérielles tantôt de pouvoirs sur la capacité d'atteindre les objectifs, ce qui peut renforcer d'éventuelles asymétries d'origine entre les agents sociaux. Lorsque s'établit un modèle de conduite par lequel certains agents cherchent à avoir un contrôle sur les autres, on assiste au passage des règles à *la règle*, un modèle stable et asymétrique de rapport par lequel certains agents cherchent à tirer profit des autres. Le concept de règle est valable soit à l'intérieur d'une société pourvue d'une autorité supérieure, comme les États, soit entre les États, vu que tous ces ensembles sont marqués par des asymétries<sup>211</sup>.

En 1989, Friedrich Kratochwil a publié un autre important travail constructiviste sur la production des normes internationales intitulé *Rules, Norms and Decisions*<sup>212</sup>. Kratochwil y soutient que la distinction entre un domaine politique interne ordonné hiérarchiquement par la présence d'un pouvoir central incontesté et un domaine politique international marqué par l'équivalence formelle entre les États souverains et, donc, par l'anarchie, est la source de divers problèmes théoriques qui peuvent être mieux résolus simplement en abandonnant cette dichotomie apparemment essentielle. Une difficulté théorique du maintien d'une telle dichotomie réside dans le fait que la sphère internationale est perçue comme fondée sur

---

<sup>211</sup> Nicholas Onuf, « Constructivism: a user's manual », dans Vendulka Kubálková *et al*, dir, *International relations in a constructed world*, Armonk (NY), M. E. Sharpe, 1998 [Onuf, « Constructivism »] aux pp 61-63.

<sup>212</sup> Friedrich V. Kratochwil, *Rules, Norms, and Decisions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989 [Kratochwil, *Rules*].

l'absence de certaines règles. Pour être plus explicite, il s'agit de l'absence de normes légales contraignantes et des institutions qui, à l'instar d'États nationaux sur le plan interne, soient détentrices de la volonté souveraine sur ces États. Au contraire, l'ordre interne est fondé sur la loi qui, à son tour, l'est sur l'existence d'une institution spécifique pourvue du pouvoir d'assurer l'obéissance aux lois. Pour construire son cheminement théorique, Kratochwil commence par surmonter ce qu'il appelle l'amnésie des origines. Ainsi, il propose une reconstruction des jalons théoriques des RI, en particulier l'hobbesien, en essayant de montrer que l'absence d'un Léviathan ne se traduit pas nécessairement par une situation de guerre de tous contre tous<sup>213</sup>. Ensuite il articulera la question de comment les normes et les règles fonctionnent pour façonner le processus de prise de décision. C'est à l'intérieur de cette discussion que s'insèrent les contributions de Kratochwil sur la théorie des régimes<sup>214</sup>, de même que ses commentaires sur la notion de « gouvernance internationale »<sup>215</sup>.

La notion d'ordre peut être comprise comme un ensemble de règles et de normes qui, prises ensemble, constituent des pratiques sociales dans lesquelles sont partagés intersubjectivement le sens et l'intentionnalité de l'action. La légitimité et, avec elle, la frontière de ce qui est perçu comme juste ou non dans un ensemble donné de normes et de règles, constituent une contribution significative de l'apport théorique de Kratochwil,

---

<sup>213</sup> *Ibid* à la p 250.

<sup>214</sup> L'auteur développe son avis sur cette théorie dans Friedrich Kratochwil, « Contract and Regimes : Do Issue Specificity and Variations of Formality Matter? » dans Volker Rittberger et Peter Mayer, dir, *Regime Theory and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 73.

<sup>215</sup> Ce concept est mieux développé dans Friedrich Kratochwil et John Gerard Ruggie, « International Organization : A State of the Art on an Art of the State » (1986) 40 *International Organization* 753.

comme il ressort de sa critique sur les tentatives de comprendre la stabilité d'un système international à partir de la seule analyse des structures matérielles de pouvoir<sup>216</sup>.

La notion d'ordre chez Kratochwil<sup>217</sup> est très éloignée de la compréhension réaliste de l'ordre comme l'équilibre résultant de la distribution des capacités de pouvoir à chaque moment historique. Pour les constructivistes, l'ordre est une œuvre ouverte, soumise en permanence à des révisions au fur et à mesure que les acteurs politiques cherchent à influencer la sémantique sociale qui est à la base de l'entendement de ce qui est possible et de ce qui est légitime au sein de la société<sup>218</sup>. Selon Kratochwil, l'émergence de ce qu'il appelle « a moral point of view » permet de comprendre pourquoi les règles et les normes sont respectées et dans quel contexte cela se passe<sup>219</sup>.

La mention de l'émergence de la dimension morale, qui représente une distinction importante par rapport à l'univers amoral des réalistes, offre la possibilité d'échapper à un certain relativisme où toutes les valeurs sont égales ou encore à un idéalisme épistémologique dans lequel la réalité est résolue à l'intérieur du discours que l'on fait sur elle. Dans les deux cas, il y a le risque que, à la limite, il ne soit plus possible de parler de

---

<sup>216</sup> *Ibid* aux pp 215, 257. Selon Alexandre Guido Lopes Parola, *A Ordem Injusta*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2007 à la p 249, l'un des aspects essentiels de la contribution de Kratochwil réside dans l'incorporation de la dimension évaluative au fondement ontologique qui constitue la réalité. Les normes font partie intégrante du tissu de la réalité sociale. Contrairement à la description du monde faite par les réalistes, qui sont prompts soit à bannir la perspective normative, soit à la traiter comme un épiphénomène de la puissance, chez Kratochwil les règles et les normes occupent le centre même de ce qui définit l'ordre politique.

<sup>217</sup> Kratochwil, *Rules*, *supra* note 212 à la p 215.

<sup>218</sup> Parola, *supra* note 216 à la p 248.

<sup>219</sup> Kratochwil, *Rules*, *supra* note 212 à la p 123.

justice par manque d'un point de référence externe au discours qui fonctionne comme mesure<sup>220</sup>.

De façon générale, les deux axes de réflexion qui guident la réflexion de Kratochwil sont l'ontologique et le méthodologique<sup>221</sup>. La prémisse ontologique consiste à reconnaître que le monde social est artificiel, au sens strict. En d'autres termes, le monde humain n'est pas simplement ordonné par la nature. Il est construit par les actions des acteurs eux-mêmes, non seulement sur le plan physique mais aussi, et surtout, sur le plan social, au moyen des significés apportées par ces mêmes actions. Si le monde humain n'est pas seulement une construction matérielle, mais plutôt une toile de significés, on ne peut pas l'étudier en se servant d'une méthodologie positive, issue des sciences de la nature. Cet objet, qui résulte de l'action, de la *praxis* des acteurs, pose donc la question méthodologique ou plutôt épistémologique des critères pour comprendre cette action, entendue comme la pratique constitutive du monde. La question se ramène à déterminer comment s'articule le sens de l'action qui guide les acteurs (ontologie) et comment peut-on l'étudier (méthodologie). La perspective ontologique initiale se traduit par l'exigence d'une approche capable d'appréhender cette action qui constitue le monde en créant l'intersubjectivité, dans laquelle l'action prend tout son sens<sup>222</sup>.

---

<sup>220</sup> *Ibid* aux pp 215-18.

<sup>221</sup> Friedrich V. Kratochwil, « Constructivism as an Approach to Interdisciplinary Study » dans Karin M. Fierke et Knud Erik Jorgensen, dir, *Constructing International Relations: The Next Generation*, Armonk, M. E. Sharpe, 2001, 13 à la p 15.

<sup>222</sup> Kratochwil reconnaît dans la théorie des relations internationales une « pauvreté épistémologique ». Pour cette critique, voir Friedrich Kratochwil, « Errors Have their Advantage » (1984) 38 *International Organization* 305.

Principal auteur de la triade constructiviste qu'il forme avec Onuf et Kratochwil, Alexander Wendt avait déjà identifié en 1987 le sujet central de la problématique constructiviste, à savoir la constitution mutuelle des structures sociales et des agents dans les relations internationales<sup>223</sup>. Wendt a fait sa première exposition du projet constructiviste en 1992 au travers de *Anarchy is what States Make of it : The Social Construction of Power Politics*<sup>224</sup>, dans lequel il reprend le terme constructiviste d'après la pensée d'Onuf.

Le travail de Wendt prend comme point de départ la controverse entre néoréalistes et néolibéraux à propos de l'influence exercée sur les États par la structure en opposition au processus et aux institutions. Cette controverse est basée sur la conviction que les identités et les intérêts des agents sont octroyés de façon exogène et que ces agents sont des « self-interested states ». Le processus se réduit donc à une interaction comportementale entre des acteurs constitués de manière exogène. Or une telle approche n'est pas capable d'expliquer le changement, impossibilité qui est liée au fait que les rationalistes n'expliquent pas non plus la façon par laquelle se forment les identités et les intérêts qui, on vient de le constater, sont considérés comme exogènes.

Wendt défend la thèse constructiviste selon laquelle les institutions internationales peuvent transformer les identités et les intérêts des États<sup>225</sup>. Le « self-help » et la « power

---

<sup>223</sup> Alexander E. Wendt, « The Agent-Structure Problem in International Relations Theory » (1987) 41:3 *International Organization* 335.

<sup>224</sup> Wendt, « Anarchy », *supra* note 195 aux pp 392-93.

<sup>225</sup> Selon Christian Reus-Smit, « Politics and International Legal Obligation » (2003) 9 *European Journal of International Relations* 591 [Reus-Smit, « Politics »] à la p 614, c'est le contexte historique qui définira la constitution des intérêts (concept subjectif d'idéologie), un « bain idéologique » qui peut aussi modifier les institutions.

politics »<sup>226</sup> ne découlent pas de l'anarchie, laquelle est en fait due au processus et non à la structure, comme expliqué ci-après :

There is no "logic" of anarchy apart from the practices that create and instantiate one structure of identities and interests rather than another; structure has no existence or causal powers apart from process. Self-help and power politics are institutions, not essential features of anarchy.<sup>227</sup>

Il est erroné d'attribuer le « self-help » et la politique de pouvoir à des entités prises comme des a priori, à savoir la nature humaine ou encore l'anarchie. Ce sont les pratiques qui déterminent le caractère de l'anarchie. Il critique la conception de la sécurité basée sur le « self-help » en indiquant que celui-ci n'est pas une propriété constitutive de l'anarchie. Le « self-help » et la politique de pouvoir compétitive peuvent résulter du processus d'interaction entre les États, ce que l'anarchie ne fait que permettre. Son argumentation passe par la démonstration que le « self-help » est une institution, et non un trait constitutif de l'anarchie.

---

<sup>226</sup> Wendt, « Anarchy », *supra* note 195, défend que la *power politics*, ainsi que le *self-help*, est une institution, et non un trait essentiel de l'anarchie. En tant qu'institution, la *power politics* est une construction sociale accomplie sous l'anarchie. Dans l'article, il utilise l'expression "power politics" selon son sens habituel dans la langue commune : « politics based primarily on the use of power (as military and economic strength) as a coercive force rather than on ethical precepts » tel que défini dans *Merriam-Webster Collegiate Dictionary*, 11<sup>e</sup> éd, *sub verbo* « power politics ». Selon Cathal J. Nolan, dir, *The Greenwood Encyclopedia of International Relations*, Westport (Conn), Greenwood Publishing, 2002, vol 3, *sub verbo* « power politics », « [t]he approach to international relations analysis or to *statecraft* which see *states* as ends in themselves, grades them according to their *capabilities*, and stresses the use of whatever means are necessary and at hand to the dedicated pursuit of the national interest. It is especially identified with the threat or use of force. »

<sup>227</sup> Wendt, « Anarchy », *supra* note 195 aux pp 394-95.



Pour en arriver à la notion d'institution<sup>228</sup>, Wendt fera recours à la notion d'« intersubjectivité », laquelle soutient le concept d'identité<sup>229</sup>, qui, à son tour, est à la base de celui d'intérêt<sup>230</sup>.

Wendt repoussera le comportementalisme rationaliste en démontrant que l'identité, l'intérêt et l'institution puisent leur substance dans l'intersubjectivité. Plus spécifiquement, les identités et les intérêts sont endogènes comme indiqué ci-après :

Identities and such collective cognitions do not exist apart from each other; they are "mutually constitutive". On this view, institutionalization is a process of internalizing new identities and interests, not something occurring outside them and affecting only behavior; socialization is a cognitive process, not just a behavioral one.<sup>231</sup>

---

<sup>228</sup> Selon Wendt, « Anarchy », *supra* note 195 à la p 399:

« An institution is a relatively stable set or "structure" of identities and interests. Such structures are often codified in formal rules and norms, but these have motivational force only in virtue of actors' socialization to and participation in collective knowledge. Institutions are fundamentally cognitive entities that do not exist apart from actors' ideas about how the world works. This does not mean that institutions are not real or objective, that they are "nothing but" beliefs. As collective knowledge, they are experienced as having an existence "over and above the individuals who happen to embody them at the moment. »

<sup>229</sup> Selon Wendt, « Anarchy », *supra* note 195 aux pp 397-398: « Actors acquire identities - relatively stable, role-specific understandings and expectations about self - by participating in such collective meanings. Identities are inherently relational ». Comme argumente Peter Berger, « Identity as a Problem in the Sociology of Knowledge » (1966) 7 *European Journal of Sociology* 105 à la p 111: « Identity, with its propiate attachments of psychological reality, is always identity within a specific, socially constructed world ».

<sup>230</sup> Selon Wendt, « Anarchy », *supra* note 195 à la p 398:

« Identities are the basis of interests. Actors do not have a "portfolio" of interests that they carry around independent of social context; instead, they define their interests in the process of defining situations. »

<sup>231</sup> *Ibid* à la p 399.

Par la suite, Wendt tâche de démontrer que les institutions transforment les identités et les intérêts dans un cadre orienté par les principes de souveraineté, de reconnaissance et de sécurité. Ce cadre admet la possibilité de coopération, même si elle doit faire face à des contraintes de taille, comme en témoigne la citation ci-après :

Even if egoistic reasons were its starting point, the process of cooperating tends to redefine those reasons by reconstituting identities and interests in terms of new intersubjective understandings and commitments. [...] Over time, this will tend to transform a positive interdependence of outcomes into a positive interdependence of utilities or collective interest organized around the norms in question<sup>232</sup>.

Finalement, Wendt cherche à justifier la posture étatique adoptée tout au long de l'exposé, tout en admettant le déclin de l'importance de l'État face aux corporations multinationales, aux mouvements sociaux et aux organisations transnationales et intergouvernementales<sup>233</sup>.

Comme on peut le constater, le constructivisme est à la fois une théorie sociale et une théorie des relations internationales. Comme théorie sociale, elle met l'accent sur la construction sociale de la réalité et des identités. Les relations humaines et les relations internationales consistent en pensées et idées et non essentiellement en conditions matérielles ou de forces. Autrement dit, le monde social n'est pas quelque chose qui existe indépendamment de la pensée et des idées des individus qui s'y trouvent. Il n'est pas une réalité externe dont les lois peuvent être découvertes par une recherche scientifique et qui

---

<sup>232</sup> *Ibid* aux pp 417-22.

<sup>233</sup> *Ibid* à la p 424.

peut être expliquée par une théorie scientifique, car le monde social ou encore, le politique ne font pas partie de la nature. L'histoire n'est pas un processus d'évolution externe qui est indépendant de la pensée et des idées humaines. Tout ce qui se passe dans le monde social des hommes est construit par eux et c'est ce fait même qui le rend intelligible. Le monde social est modelé par la conscience humaine, les pensées, les convictions, les idées, les concepts, des langages, des discours, des signaux, de la compréhension entre les êtres humains de même qu'un ensemble d'êtres humains regroupés au travers des États et des nations<sup>234</sup>. Bien entendu, il ne s'agit pas d'un monde du solipsisme, réduit à des représentations personnelles. En réalité, il est constitué par une activité objective qui constitue l'intersubjectivité.

Les constructivistes<sup>235</sup> analysent les relations internationales comme si elles avaient lieu dans une société dont les normes et les agents s'influencent mutuellement. Les préférences des agents sont formées dans ce processus. *Grosso modo*, les acteurs modèlent et renforcent leur identité et leurs intérêts selon la façon dont ils sont traités par les autres, comme si ceux-ci étaient des « miroirs » dans lesquels l'un (*self*) voit son image projetée. Les normes créent un consensus intersubjectif entre les acteurs qui, à leur tour, constituent ou reconstituent leur identité et leurs intérêts<sup>236</sup>.

---

<sup>234</sup> Jackson et Sorensen, *supra* note 192 aux pp 160-63.

<sup>235</sup> Selon Finnemore et Sikkink, *supra* note 204 à la p 890, d'autres auteurs constructivistes se sont distingués dès les années 1980 : Peter Katzenstein, Christian Reus-Smit, John Ruggie, Emanuel Adler, Michael Barnett, Ted Hopf et Martha Finnemore

<sup>236</sup> Salomón, *supra* note 202 à la p 37.

Le constructivisme rejette la réduction de la structure du système international aux aspects matériels du pouvoir militaire et économique. Les constructivistes n'ignorent cependant pas le rôle du pouvoir dans la formation de l'intérêt, mais ils ne voient pas le pouvoir uniquement comme une répartition mondiale du pouvoir matériel et l'envisagent plutôt comme une composante du pouvoir social<sup>237</sup>. Ils se concentrent sur l'intersubjectivité, l'aspect le plus important des relations internationales étant le social et non le matériel.

Étant donné l'attention portée à la construction sociale et au rôle des acteurs dans la légitimation des normes, cette approche finit par mettre en lumière les questions éthiques<sup>238</sup>.

La question qui se pose par rapport au constructivisme est celle de savoir s'il offre une nouvelle approche ou seulement de nouvelles solutions ancrées dans d'anciennes approches. D'aucuns pourraient rattacher le constructivisme au libéralisme ou l'interpréter comme une voie médiane entre des approches dominantes qui s'opposent.

#### *Justification du choix du cadre*

La formulation de la réponse à nos objectifs exigera une prise de position théorique par rapport à la nature de l'ordre juridique qui soutient les rapports entre les acteurs de la scène internationale, de façon générale, et plus spécifiquement les valeurs récemment acquises relatives à l'environnement. Nous avons choisi le constructivisme comme cadre théorique

---

<sup>237</sup> Mais, selon Klotz et Lynch, *supra* note 200 à la p 54, non dans le sens libéral d'une somme algébrique des intérêts individuels.

<sup>238</sup> *Ibid* aux pp 12, 60-61.

parce que la question environnementale doit être vue en tant que matière d'organisation sociale humaine, dont la réglementation dépendra de l'harmonie entre les législations nationales et internationales. Ceci suppose que le système international admette la coopération entre les États et la possibilité qu'ils puissent changer d'intérêts.

La question qui se pose ici est de savoir si les États cherchent à agir de sorte qu'ils puissent se percevoir et être perçus comme des États respectant l'environnement et leurs habitants et se préoccupant du développement durable et de la santé des générations présentes et futures, comme des États cohérents par rapport, parmi d'autres aspects, à leurs politiques de PI, par exemple. Une réponse affirmative nous pousse à nous demander si, étant donnée l'identité qu'ils veulent se construire, ils peuvent se mettre en porte-à-faux contre la protection des savoirs traditionnels.

Dans l'approche constructiviste, la structure découle du comportement et de l'identité de l'agent, comme stipulé ci-après :

[Si l']identité nationale d'un État sous-tend une question de valeurs qui est soumise au processus de construction sociale sur comment ce dernier se perçoit au niveau national et international [...] le changement de cap des capacités aux identités signifie une fissure entre ce qu'un État peut faire en fonction de sa position dans la structure, à ce qu'il veut faire par rapport à la manière qu'il se perçoit dans sa relation avec autrui<sup>239</sup>.

---

<sup>239</sup> Voir Marc-André Anzueto, « Au-delà de l'identité : la non-ratification de la convention américaine des droits de l'homme par le Canada » (19 mars 2008), en ligne : Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie <<http://www.chaire-mcd.uqam.ca/upload/files/Publications/documents-travail/ANZ-19032008.pdf>> aux pp 2, 14.

Les constructivistes soulignent l'idée selon laquelle les structures sociales, y compris celles qui réglementent les interactions internationales, sont socialement construites<sup>240</sup>. Leurs perceptions des choses peuvent aider à comprendre les changements dans les structures. En ce sens, cette approche propose des outils qui permettent la compréhension du changement des comportements des États par rapport à la protection des ST par des mécanismes de PI, ainsi que l'utilisation de ces mécanismes dans la réglementation de l'APA des ST.

---

<sup>240</sup> Salomón, *supra* note 202 à la p 37.

## 1.3 Méthodologie

Cette section présentera les procédés utilisés dans le cadre de cette recherche, ainsi que les catégories d'analyse jugées pertinentes. Ce travail est de nature documentaire et doctrinaire. Trois catégories de sources documentaires ont alimenté notre réflexion. Il s'agit des textes législatifs des États étudiés ainsi que de la doctrine qui leur est associée, des documents régionaux (y compris des documents officiels et divers rapports de la Communauté andine), des textes internationaux, ainsi que la doctrine qui apporte des réflexions sur ces textes. Quant à la législation nationale des pays d'Amérique latine contre la biopiraterie de ST, nous nous sommes limités aux lois qui reviennent plus fréquemment dans la doctrine et qui nous ont semblé les plus créatives, efficaces et respectueuses des intérêts des communautés traditionnelles et de la préservation de l'environnement.

Pour l'analyse des lois du Pérou, du Costa Rica et du Brésil, nous avons consulté directement les textes officiels. Ceux des lois péruviennes ont été téléchargés directement du site du journal officiel péruvien *El Peruano* (<http://www.elperuano.com.pe>), où ils ont été publiés originalement. C'est le cas de la *Loi de propriété industrielle*<sup>241</sup>, de la *Loi sur la conservation et l'usage durable de la diversité biologique*<sup>242</sup>, de la *Loi qui établit le régime*

---

<sup>241</sup> *Ley de propiedad industrial* du 23 avril 1996, *El Peruano* 24 avril 1996.

<sup>242</sup> *Ley sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica* du 8 juillet 1997, *El Peruano* 16 juillet 1997 [*Ley 26839*].

*de protection des savoirs collectifs des peuples indigènes liés aux ressources biologiques*<sup>243</sup> et la *Loi qui modifie, incorpore et régleme plusieurs dispositions de l'accord de libre-échange entre le Pérou et les États-Unis de l'Amérique — Loi 29316*<sup>244</sup>. Le journal officiel du Costa Rica, *Gaceta*, est la source directe des lois de ce pays et les textes ont été téléchargés de son site (<http://www.gaceta.go.cr/gaceta/>). Au Brésil, le journal officiel est le *Diario Oficial da Uniao* (D.O.U.); néanmoins, pour la législation brésilienne nous nous sommes servis du site officiel de la Présidence de la République, appelé *Portal Planalto* (<http://www.planalto.gov.br>), dont la section de législation réunit tous les documents légaux fédéraux. Nous y avons consulté la législation mentionnée, comme la *Mesure provisoire 2.186*<sup>245</sup>, le *Décret 2.519*<sup>246</sup> et le *Décret 5459*<sup>247</sup>. Les textes des législations analysées, dont les articles sont cités en français, traduits par nous, se trouvent dans leurs versions originales en espagnol ou en portugais dans les annexes.

Une fois la quête de sources terminée, le travail a consisté, en grande partie, en une analyse documentaire systématique afin de réunir le corps des données à analyser, de documenter la problématique et de trouver des exemples de solutions.

---

<sup>243</sup> *Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos* du 24 juillet 2002, El Peruano 10 août 2002 [*Ley 27811*]. Voir Annexe A.

<sup>244</sup> *Ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el acuerdo de promoción comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América* du 13 janvier 2009, El Peruano 14 janvier 2009 [*Ley 29316*].

<sup>245</sup> *Medida provisória 2,186-16* de 23 de agosto de 2001, D.O.U., 24 août 2001 [*MP*]. Voir Annexe C

<sup>246</sup> *Decreto N.º 2.519* du 16 mars 1998, D.O.U., 17 mars 1998 [*Décret 2.519*].

<sup>247</sup> *Decreto N.º 5.459* du 7 juin 2005, DOU 21 juin 2005 [*Décret 5.459*].



En ce qui concerne la littérature, nous avons consulté celle traitant de l'approche constructiviste du droit international ainsi que d'autres approches en rapport avec notre thème, ainsi que la doctrine portant sur la question des ST, des DPI, de la biopiraterie et celle sur l'accès et le partage des avantages. Nous avons mené la recherche bibliographique en nous concentrant sur certains travaux comme la littérature universitaire, les monographies spécifiques sur les sujets concernés (la PI, la biopiraterie, l'accès et le partage des avantages et les ST), les traités qui couvrent certains de ces sujets dans leurs chapitres, des documents et publications des organismes internationaux concernés par la problématique, ainsi que des publications de présentations de colloques sur le sujet. Nous nous sommes aussi servis de périodiques, principalement le *Bridges Weekly*, qui traite de l'actualité relative aux questions de PI, ainsi que *Intellectual Property Watch*.

Par la suite, afin de dresser le portrait du cadre juridique existant en ce qui concerne la protection des ST, nous avons analysé les instruments juridiques, tels que les traités et les accords internationaux traitant des ST, de la biopiraterie, de la PI, de l'accès et du partage des avantages, ainsi que les documents provenant des OI, au rang desquels on peut citer l'OMC, l'OMPI, la CDB<sup>248</sup>, le Programme des Nations Unies pour l'environnement (ci-après PNUE), la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (ci-après UNESCO), des sous-organismes de l'*Organisation des Nations Unies (ci-après NU)*, ainsi

---

<sup>248</sup> Y compris les décisions, rapports et documents de la Conférence des parties.

que des organisations non gouvernementales, comme l'Institut international du développement durable.

La recherche a été faite parmi les documents disponibles en français, en anglais, en portugais et en espagnol. Quant à la nature de la documentation, nous avons tenté de consulter les législations disponibles sur Internet. Nous avons choisi comme cadre temporel de la recherche l'intervalle entre 1992, date de la signature de la CDB, et 2012.

Passons maintenant aux catégories d'analyse. Les exemples de biopiraterie évoqués illustrent bien une situation problématique commune. La plupart des préoccupations relatives à la biopiraterie de ST consistent en leur transfert à des chercheurs ou industries, transferts qui souvent mènent à la protection desdits ST par DPI dans une juridiction étrangère. De cette situation découle le besoin d'aborder le sujet dans la sphère internationale, puisqu'une protection nationale ne peut pas empêcher l'enregistrement du ST dans une autre juridiction<sup>249</sup>. Il est nécessaire de trouver une solution au niveau international qui, tout en étant contraignante, équilibre le régime de PI et les systèmes juridiques d'accès et de partage des avantages et de protection de ST<sup>250</sup>.

La protection des ST exigera certes une révision de l'ensemble des mécanismes de protection des DPI ou encore la création de nouveaux mécanismes qui soient mieux adaptés.

---

<sup>249</sup> Robinson, *supra* note 22 aux pp 101, 117.

<sup>250</sup> OMC, « *Analyse* », *supra* note 25 para 9.

Eu égard à ce cadre de travail, l'idée qui orientera l'étude est la recherche de moyens juridiques, nationaux et internationaux, en vue d'accroître l'efficacité de la protection des ST. Il s'agit d'assurer la préservation de la biodiversité et des ST, tout en garantissant l'accès des pays du Nord à ces savoirs sous condition du consentement des communautés concernées, afin que tous puissent bénéficier des médicaments développés à l'aide des ST sans, cependant, porter préjudice à l'environnement et aux communautés traditionnelles. Il faut, au contraire, s'assurer du partage des avantages.

Le point de départ s'articule autour du constat selon lequel les lois nationales ne sont pas suffisantes pour empêcher la biopiraterie des ST et doivent être complétées par un traité international contraignant. Ce serait un moyen pour assurer la protection des ST à contenu environnemental, agricole et médicinal, qui sont des facteurs fondamentaux pour la survie des populations pauvres de par le monde, en plus de la valeur qu'ils représentent pour les industries biotechnologiques, comme l'industrie pharmaceutique<sup>251</sup>.

Voilà ce que nous envisageons dans la problématique de cette thèse. Ainsi, puisque dans la vision constructiviste, les identités<sup>252</sup> des pays du Sud ont changé à cause du système de PI, ces idées les poussent aujourd'hui à revendiquer le changement du système de PI dans le but d'adopter le mécanisme de protection de ST.

---

<sup>251</sup> Rosemary J. Coombe, « Protecting Traditional Environmental Knowledge and New Social Movements in the Americas: Intellectual Property, Human Rights, or Claims to an Alternative Form of Sustainable Development? » (2005) 17 Fla. J. Int'l L. 115 aux pp 115-16.

<sup>252</sup> Selon Anzueto, *supra* note 239 à la p 15, « [l]e concept d'identité aide à comprendre et à prévoir le type de comportement envisagé par un État... ».

Dans le cadre de la PI, l'objectif principal de la protection serait de reconnaître que la communauté traditionnelle est l'auteur de ses savoirs et, par conséquent, de leur accorder une compensation pour l'usage commercial desdits savoirs. Ceci aura lieu soit par l'exclusion de l'usage non-autorisé par des tiers ou encore, il s'agirait d'assurer un droit à la rémunération (partage des avantages) pour un tel usage<sup>253</sup>. Comme l'exprime Correa, « [p]roposals for the protection of traditional knowledge [...] are often based, explicitly or implicitly, on equity considerations. »<sup>254</sup>

Dutfield<sup>255</sup> et Tobin et Taylor<sup>256</sup>, qui se sont penchés sur ces questions, proposent un certain nombre de critères que nous utiliserons lors de notre analyse. On peut rattacher ces critères à quatre domaines, à savoir la nature des droits des communautés sur leurs ST, la nature des ST qui sont pris en compte, les mécanismes administratifs et d'interface envisagés, ainsi que le processus législatif.

#### *La nature des droits des communautés à leurs ST*

Le point de départ du législateur doit être la configuration du droit des communautés à leurs ST, en identifiant les éléments qui composent ce droit. Ceci requiert une réflexion puisqu'il ne s'agit pas simplement d'un droit sur une chose qui est objet de propriété. Cet objet, par sa nature, est un élément constitutif de l'identité même de ceux qui le possèdent. C'est pour cette raison que les lois ou les traités sur les ST seront de nature déclaratoire et ce, du fait

---

<sup>253</sup> Shiva, *Protecting*, supra note 138 à la p 2; Correa, *Protection*, supra note 161.

<sup>254</sup> *Ibid.*

<sup>255</sup> Dutfield, *Developing*, supra note 123.

<sup>256</sup> Tobin et Taylor, supra note 19.

que les droits des communautés sur les ST leur sont inhérents et non une conséquence de la loi. Dans l'optique où les registres de ST sont mis sur pied, ils aideront à protéger les savoirs, mais le registre en soi ne devra pas être une condition pour la reconnaissance du droit.

Le titulaire de ce droit est une entité diffuse, de laquelle dérive son deuxième caractère, à savoir son inaliénabilité. Ce sont des droits détenus au bénéfice de générations présentes et futures<sup>257</sup>. C'est pour cette raison que la protection ne doit pas affecter le droit des communautés consistant à continuer à utiliser le ST et les produits qui en dérivent.

La protection peut donc varier du droit de propriété complet, avec un monopole et des droits exclusifs sur l'usage, à une simple reconnaissance des droits moraux, sans un monopole ou un droit d'exclusivité sur l'usage. Le premier cas pourrait être la préférence des pays du Sud, et qui demandent une licence pour tous les usages, alors que les pays du Nord préféreront limiter la protection à un droit de compensation (partage des avantages)<sup>258</sup>.

Nous avons déjà évoqué avec conviction, dans les développements précédents, que les DPI représentent à court terme la protection la plus efficace pour ce qui est des ST, même si par

---

<sup>257</sup> Selon Brush, *supra* note 47 aux pp 1-2 :

« Among peasant farmers and tribal inhabitants of the tropical forest are men and women who are versed in the diversity and uses of local plant life. These folk perpetuate legacies of cultural knowledge and they have few peers as stewards of biological resources. Peasant landscapes and door yards are often *de facto* botanical gardens [...] Yet this stewardship by uneducated farmers is rarely recognized and almost never rewarded [...] Threats to biological diversity of tropical forests and traditional crop inventories also imperil cultures that have nurtured and amplified biological resources in the past. The subjects of conservation biology and cultural survival are inexorably bound together. »

<sup>258</sup> Cottier et Panizzon, *supra* note 66 aux pp 389, 392.

ailleurs ladite protection n'est pas la solution idéale. Il y a lieu à cet égard de se poser des questions sur la législation que nous sommes en train d'analyser afin de déterminer si elle envisage un nouveau mécanisme de DPI pour mettre en place la protection ou non des ST. En d'autres termes, une fois établi que les communautés traditionnelles ont des droits sur leurs ST, il faut définir la forme positive que prendront lesdits droits dans la législation. On peut penser aux DPI usuels ou bien à de nouveaux DPI.

Notre conviction vient du fait que les DPI sont, à la fois, une forme de garantie pour la reconnaissance des droits économiques et moraux des détenteurs sur leurs ST ainsi qu'un moyen permettant à l'industrie pharmaceutique d'avoir accès auxdits ST. Ce deuxième aspect répond à une nécessité, du point de vue de la santé et de l'intérêt public pour l'ensemble de l'humanité, en raison de l'importance de ces connaissances pour le développement de médicaments. Cet aspect peut se poser sous la forme antinomique par rapport à une condition qui constitue l'un de nos critères d'efficacité, à savoir le consentement préalable des communautés et de leur subséquent droit de veto. En cas de conflit entre ces deux impératifs, à notre humble avis, l'intérêt général en matière de santé publique doit prévaloir, comme c'est le cas dans le cadre de la licence obligatoire en lien avec des médicaments protégés par brevet.

### *Le cadre de protection*

Les régimes peuvent être spécifiques pour la protection des ST ou accommoder la protection des ST dans des objectifs plus larges en incluant par exemple la protection des

ST dans la réglementation de la biodiversité<sup>259</sup>. Ce dernier cas de figure a été le choix du Costa Rica, tandis que le Pérou a opté pour le premier cas de figure pour ce qui est de son Régime de protection du savoir collectif des peuples autochtones.

#### *Les mécanismes administratifs d'interface envisagés*

Chaque pays doit mettre en place une autorité locale responsable chargée de faire le lien entre les communautés et les personnes intéressées à leur savoir traditionnel. Il s'agit en fait aussi bien de faciliter le processus de négociation et de formalisation, afin de le rendre clair et explicite pour toutes les parties, que d'assurer la mise en vigueur et le respect de leurs droits et obligations.

#### *Le processus législatif*

Les communautés traditionnelles détentrices du ST doivent être invitées à participer au processus législatif (élaboration, développement, adoption et mise en œuvre), auquel elles pourront apporter leurs visions, aspirations et attentes, qui devront se refléter dans la loi<sup>260</sup>. Cette participation leur permettra aussi d'en apprendre plus sur les conséquences positives et négatives de l'adoption d'une forme ou d'une autre en lien avec l'adoption d'un régime de protection, ainsi que les avantages potentiels qui pourraient résulter de l'adoption d'un régime qui facilite l'accès aux ST. En réalité, il s'agirait enfin de répondre aux intérêts des usagers commerciaux comme l'industrie pharmaceutique. Néanmoins, toute décision

---

<sup>259</sup> Dans le cas de cette thèse, nous étudions la possibilité de protection des ST dans la réglementation de l'APA.

<sup>260</sup> Frederick M. Abbott *et al.*, *International Intellectual Property in an Integrated World Economy*, 2<sup>e</sup> éd, New York, Wolters Klower Law & Business, 2011 à la p 660

provenant des communautés doit être fondée sur l'information de possibles impacts négatifs et positifs d'une proposition législative, quelle qu'elle soit<sup>261</sup>.

Cette participation, si elle est effective, attribuera au processus législatif et à la future loi un sceau d'authenticité et de légitimité. Comme l'explique Tobin

...the role of the State in the protection of indigenous peoples' rights must be to facilitate indigenous people in the development of regimes which reflect their aspirations, interests and customary law and practices, rather than as protagonist and arbiter of the objectives, form and content of *sui generis* legislation<sup>262</sup>.

De plus, selon le même auteur, la participation effective des communautés traditionnelles à la prise des décisions, l'adoption et la mise en œuvre des législations, programmes et projets pertinents sera cruciale pour assurer l'identification des objectifs communs ainsi que la cohérence et l'adéquation des mesures légales ou autres pour la protection des ST<sup>263</sup>, comme celles de nature administrative.

Dans l'analyse des législations nationales, nous évaluerons le processus législatif, qui naturellement précédera la promulgation de la loi. Ceci étant, nous utiliserons les critères suivants, que nous présentons sous la forme d'une « check-list », pour analyser les législations du Pérou, du Costa Rica et du Brésil.

---

<sup>261</sup> Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 57.

<sup>262</sup> *Ibid.*

<sup>263</sup> Tobin, « Setting », *supra* note 3 à la p 114.



- La loi doit être de nature déclaratoire quant aux droits des communautés sur leurs ST. L'État n'attribue pas ces droits aux communautés par la loi; il les reconnaît simplement. Par conséquent, le registre formel du ST ne doit pas être nécessaire pour assurer sa protection légale, ce dernier n'ayant qu'une fonction complémentaire.
- La législation doit prévoir l'établissement d'une interface fonctionnelle entre les communautés traditionnelles et les corps administratifs et judiciaires<sup>264</sup>.
- Le système doit s'occuper des besoins de formation des membres des communautés en prévoyant des procédés adéquats à cet effet afin d'assurer leur préparation et leur capacité pour accéder à la justice ainsi que les solutions légales en cas de violation du contrat ou d'appropriation indue de leurs ST. En plus, il doit garantir la formation des autorités communautaires ou des agents accrédités par les communautés dans le développement de leurs capacités d'assurer la mise en oeuvre effective de leurs propres systèmes de droit et pratiques coutumières dans ce qui touche à l'accès à leurs ST.

---

<sup>264</sup> Selon Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 54, l'interface est essentielle pour bâtir des ponts entre les régimes de droit coutumier et de droit positif et leurs autorités respectives à tous les niveaux. Il est aussi nécessaire de bâtir des liens avec les corps judiciaires et administratifs pour ce qui est de la résolution des différends, ainsi qu'avec les organismes chargés de l'application de la loi. L'adéquation de ces liens pourra être mesurée par leur habileté à assurer aux communautés traditionnelles l'accès à la justice, en vue des solutions pour les violations de contrat et actes de biopiraterie.

- Le système national doit imposer des conditions aux compagnies et aux organisations pour l'obtention des DPI, à la fois faisables et suffisantes pour empêcher la biopiraterie, comme la preuve du consentement préalable de la communauté.
- Le contrat écrit avec les détenteurs du ST doit être obligatoire dans le cas de son usage à des fins commerciales<sup>265</sup>.
- La loi doit favoriser l'accès à la justice et des solutions en lien aussi bien avec la rupture de contrat que dans le cadre de la biopiraterie du ST dans la juridiction nationale ou étrangère.

Dans l'analyse, nous utiliserons en plus les critères suivants, qui s'appliquent aussi aux traités internationaux :

- Le document légal doit spécifier la (les) catégorie(s) de ST dont il s'occupe<sup>266</sup>;

---

<sup>265</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 43, font plusieurs suggestions sur la structure du contrat. Selon ces auteurs, il serait intéressant d'incorporer les principes de droit coutumier dans le contrat pour élargir la juridiction dudit droit au-delà des frontières des communautés et cette pratique pourrait devenir la coutume dans le droit national. L'inclusion de principes contractuels bien établis et de modèles de licences communs au secteur biotechnologique entre autres rendra plus facile la négociation d'un accord fonctionnel, pourvu que des principes contractuels et des modèles de licence ne signifient pas de formulaires tout prêts et qu'ils n'excluent pas la perspective des communautés. Finalement, les communautés peuvent utiliser les accords de bioprospection comme un moyen de développer leurs propres activités de R&D. D'ici découle le besoin d'incorporer les obligations de formation, l'accès aux résultats de la recherche et aux produits développés à partir de leurs ST et ressources biologiques, en plus du droit aux licences gratuites pour utiliser les inventions à leur propre bénéfice dans leurs activités futures de R&D. Quand elles font ce genre de contrat, les communautés doivent établir des procédures claires à propos de la modification des accords (extension, changement des parties, révision du partage des avantages, etc.).

<sup>266</sup> Selon Dutfield, *Developing, supra* note 123 à la p 4, l'important ici est que l'approche législative soit fondée sur une définition claire de l'objet de la protection, à l'instar de DPI comme des brevets, qui offrent une protection aux inventions, ou encore les droits d'auteur, qui protègent des œuvres littéraires ou artistiques. Idéalement, l'objet de la protection doit être défini dans une consultation avec les bénéficiaires

- Les chercheurs sont obligés de passer des accords avec les communautés/détenteurs du ST et ce, afin d'obtenir leur consentement préalable<sup>267</sup>;
- Les communautés doivent disposer du droit de veto absolu sur les demandes de l'usage de leurs ST;
- La législation doit faire une différence entre la bioprospection commerciale et la bioprospection universitaire;
- Le fait que le ST soit connu en dehors de la communauté qui l'a créé ne signifiera pas qu'il soit dans le domaine public;
- L'instrument, national ou international, de protection des ST doit prendre en compte les droits collectifs, les lois et pratiques coutumières<sup>268</sup>, le respect des dimensions spirituelles des ST<sup>269</sup>;

---

présumés. Le niveau de protection est plus fort quand on définit des catégories de ST et, à l'envers, le niveau est plus faible si la loi se contente d'une définition large de ST.

<sup>267</sup> Selon Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 43, l'appui de la communauté pour la bioprospection est vital pour assurer la légitimité de la négociation et de l'accord d'accès et d'usage du ST. Dans la mesure du possible, cette approbation doit avoir lieu selon les pratiques coutumières.

<sup>268</sup> Nous sommes conscients de l'importance du droit coutumier des communautés dans la protection de leurs ST. Pour cette raison, nous avons retenu comme critères d'analyse des mécanismes la référence au droit coutumier des communautés et la participation des communautés à l'élaboration des législations, en sorte qu'elles puissent apporter des éléments de leur droit coutumier à la législation en cours d'élaboration.

<sup>269</sup> Selon Posey, « Introduction », *supra* note 81 à la p 4, la connaissance de l'environnement ne dépend pas seulement du rapport entre les hommes et la nature, mais aussi du rapport entre le monde visible et le monde spirituel. Pour cette raison, Barsh, *supra* note 86 à la p 22, explique que les communautés traditionnelles croient que, pour protéger effectivement leurs savoirs, il faut que leurs lois soient reconnues de même que leurs propres processus de découverte et d'enseignement.

Voir aussi : Catherine Saez, « Panel: Indigenous Rights Integral to Treaty on Knowledge, Folklore and Genes » *Intellectual Property Watch* (10 mai 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/10/panel-indigenous-rights-integral-to-treaty-on-knowledge-folklore-and-genes/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/10/panel-indigenous-rights-integral-to-treaty-on-knowledge-folklore-and-genes/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 mai 2011); Abbott *et al.*, *supra* note 260 à la p 660.

- La nature de la contrepartie qui doit être octroyée à la communauté en retour doit être fixée de façon claire;
- Le document légal devra indiquer, de façon claire et précise, les détenteurs du droit.

En partant de la prémisse selon laquelle la protection des ST est présentement inefficace sinon inexistante<sup>270</sup>, nous présenterons trois mécanismes nationaux de protection de ST ainsi que les mécanismes internationaux disponibles. Nous les analyserons par rapport à leur effectivité dans la protection des ST et à leur capacité, en même temps, d'assurer le développement économique.

Toutefois, avant d'entamer ladite analyse, une mise en garde s'impose quant à l'étendue de la protection des ST. Même si cette étude s'intéresse aux mesures de PI relatives à l'APA, il faut tenir compte du fait que la protection de ST signifie non seulement la mise en place de la garantie de l'APA, mais il s'agit aussi de s'assurer que le système de savoir dans lequel il a été développé va être gardé et entretenu<sup>271</sup>. Les communautés traditionnelles ont besoin de contrôler et de conserver une quantité significative de ressources biologiques qui sont aussi utiles pour les industries et l'humanité en général, raison pour laquelle présentement les ressources sont autant menacées que les communautés<sup>272</sup>.

---

<sup>270</sup> McManis, « Intellectual Property », *supra* note 132 à la p 547; Erin Mackay, « Indigenous Traditional Knowledge, Copyright and Art – Shortcomings in Protection and an Alternative Approach » (2009) 32(1) UNSWLJ 1 à la p 1.

<sup>271</sup> Tobin, « Setting », *supra* note 3 à la p 109.

<sup>272</sup> Brush, *supra* note 47 à la p 2.

La PI est un moyen intéressant pour encourager le partage des ST associés aux ressources biologiques, car elle protège non seulement les ST, mais aussi les ressources et les communautés, étant donné les liens qui les unissent. Les ST mènent à un usage durable des écosystèmes, ce qui protège la biodiversité<sup>273</sup>.

Cette analyse nous semble nécessaire puisque la plupart des pays *mégadivers*<sup>274</sup> ont éprouvé des difficultés à mettre en place des mécanismes effectifs d'APA. Ces difficultés s'articulaient principalement autour de la définition de l'autorité responsable chargée de recevoir les bénéfices potentiels ainsi qu'à la possibilité d'intégrer dans la législation les procédures d'octroi d'accès aux ST. Il semble que de nouvelles orientations au niveau du contenu et du format des transactions individuelles soient nécessaires, malgré l'adoption, par la Conférence des parties de la CDB (ci-après CdP), des *Lignes directrices de Bonn*, censées clarifier ces questions ainsi que de l'élaboration du Protocole de Nagoya, qui contient des avancées notables pour ce qui est des mesures contre l'appropriation frauduleuse et les standards internationaux d'accès. De plus, il y a un manque de spécialistes pour rédiger des accords et établir le montant des bénéfices devant être remis<sup>275</sup>.

---

<sup>273</sup> *Ibid.*

<sup>274</sup> Le terme *mégadivers* est employé pour qualifier la région où la diversité est véritablement intense. Selon la Professeure Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5 aux pp 27-28, il y a douze pays mégadivers : la Malaisie, le Brésil, la Chine, le Mexique, l'Australie, l'Indonésie, le Pérou, l'Équateur, l'Inde, le Zaïre, la Madagascar et la Colombie. Dans leur ensemble, ces pays détiennent entre 60% à 70% de la faune et de la flore mondiales.

<sup>275</sup> Peter-Tobias Stoll, « Access to GRs and Benefit Sharing – Underlying Concepts and the Idea of Justice » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 3 aux pp 13-14.

Nous examinerons maintenant le cadre institutionnel existant, en commençant par l'analyse des systèmes nationaux des pays choisis en Amérique latine, pour ensuite passer aux systèmes internationaux. Cette démarche nous permettra d'identifier, parmi les mécanismes nationaux de protection de ST contre la biopiraterie et de partage des avantages, des suggestions qui pourraient être intégrées dans la législation internationale, en vue de la rendre éventuellement plus efficiente ou plus coercitive.

## Chapitre 2 : Les régimes nationaux

Les pays du Sud ont plusieurs raisons pour mettre sur pied une réglementation de protection efficace, adéquate et effective des ST. La toute première raison tient à l'impératif d'assurer les conditions de survie des communautés traditionnelles, sur le plan matériel comme sur le plan spirituel, en plus de sauvegarder leur identité culturelle. En préservant les savoirs, les pratiques et les cultures traditionnelles, on contribue aussi à une mise en valeur durable et équitable de l'environnement et à sa bonne gestion. Enfin la réglementation adéquate de l'exploitation des ST pourra apporter des avantages pour l'économie nationale<sup>276</sup>. À ces raisons s'ajoute la nécessité de créer des instruments légaux de protection contre des menaces économiques, surtout sous la forme de la biopiraterie.

Au lendemain de la CDB, plusieurs pays du Sud ont établi des régimes de protection des ST, introduisant la notion d'APA dans leur législation<sup>277</sup>. Parmi ceux-ci se trouvent le Pérou, le Costa Rica et le Brésil, que nous avons retenu comme des exemples pour notre d'étude. Nous analyserons dans ce chapitre les régimes de ces trois pays.

Leurs législations nationales avaient déjà incorporé des dispositions juridiques en lien avec la propriété intellectuelle, afin de se conformer aux traités internationaux en la matière. Or on peut se demander si l'incorporation de la PI a influencé le développement subséquent de leur législation au sujet de la protection des savoirs traditionnels. Ces considérations sont au centre de notre réflexion appuyée sur l'approche constructiviste.

---

<sup>276</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 6.

<sup>277</sup> Varela, *supra* note 31 à la p 175.

Il convient de reprendre ici les circonstances qui entourent l'adoption de dispositions de protection aux DPI. Elle a été la réponse des pays du Sud à la pression exercée par les pays du Nord<sup>278</sup>, qui étaient, et demeurent, intéressés à protéger leur industrie et leurs produits contre la production et la commercialisation de produits similaires sans autorisation et sans le paiement de redevances. Pour l'économie des pays du Sud, il serait plus rentable d'opérer sans DPI, qu'ils ont dû accepter pour des raisons de stratégie. Les pays du Nord se sont servis de leur puissance pour imposer les DPI à ceux du Sud, non parce que les DPI expriment des valeurs morales supérieures, mais parce que les DPI conviennent à leurs intérêts. Les pays du Sud qui ont signé l'ADPIC ne l'ont toutefois pas fait par simple résignation; ils pouvaient ne pas le signer et rester en marge. Ils calculaient que, en acceptant les DPI, ils élargiraient leur accès aux marchés du Nord. Ce serait un échange peut-être fort dissymétrique, mais toujours un échange : les uns vendent des produits sur lesquels existent des DPI, les autres exportent des produits primaires, sans DPI agrégé.

La question qui se pose est de connaître le destin des DPI dans les pays qui les ont incorporés à leur législation. Est-ce qu'ils seront encapsulés comme un corps étranger, comme un tribut à payer à un suzerain? Ou bien ils seront assimilés et intégrés à l'ordre

---

<sup>278</sup> Selon Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5 à la p 33, les pays du Sud n'avaient pas une stratégie cohérente pour faire face à cette pression, ce qui pourrait l'avoir soulagée. On pourrait peut-être interpréter aussi qu'accepter une protection forte par PI serait une façon de compenser le Nord, étant donné les droits sur la biodiversité que les pays du Sud avaient obtenu l'année précédente avec la CDB. Cependant, les détenteurs de ST n'ont pu se manifester en aucun de ces deux fora. Selon Felix Dodds *et al.*, *Only one Earth: The Long Road via Rio to Sustainable Development*, Londres (R-U), Routledge, 2012, à la p 41, pendant les négociations de la CDB, les pays du Nord, spécialement les États-Unis, défendaient l'idée que leurs compagnies méritaient le libre accès aux ressources, mais continuaient à exiger, dans l'autre forum, que les DPI de leurs compagnies soient protégés. Selon Shiva, *Protecting*, *supra* note 138 à la p 19, l'ADPIC n'était pas le résultat de négociations démocratiques entre le Nord et le Sud, mais une imposition des valeurs et des intérêts du Nord.



national? Dans le premier cas, l'État aurait changé de comportement; dans le second, il aurait changé d'identité.

Sur le plan international, le changement d'identité est un phénomène plus intéressant que le changement de comportement, parce que la nouvelle identité produit des répercussions plus amples sur le système, qui peut lui aussi changer. Le système ne change pas seulement par une nouvelle distribution de puissance mais aussi par la force des idées<sup>279</sup>.

Ceci étant, peut-on avancer l'hypothèse selon laquelle les normes internationales jouent un rôle fondamental dans la détermination de l'identité des États? Plus spécifiquement, est-ce que les normes internationales influent, de façon fondamentale, sur les législations nationales? L'analyse des législations nationales nous permettra d'apporter des éclaircissements ou des explications eu égard aux problématiques évoquées précédemment.

---

<sup>279</sup> Finnemore et Sikkink, supra note 204 aux pp 888, 894.

## 2.1 Pérou

Le Pérou est un pays qui regorge de caractéristiques importantes en lien avec notre sujet de recherche. D'entrée de jeu, une grande partie de la population péruvienne appartient à des communautés traditionnelles<sup>280</sup>. Comprenant trois zones naturelles – la côte, les Andes et l'Amazonie<sup>281</sup> -, son territoire comprend une très grande variété de ressources biologiques<sup>282</sup>. Bien plus, le pluriculturalisme qui marque cette partie du globe, associée à sa multiethnicité, font du Pérou, un des pays les plus riches au monde en terme de savoirs traditionnels; ce qui constitue par conséquent un terrain d'expertise idéal pour le développement de politiques et de lois relatives aux savoirs traditionnels<sup>283</sup>. En effet, lesdites lois et politiques ont été développées depuis l'entrée en vigueur de la CDB en 1993 (le Pérou étant un des premiers signataires de la CDB) sous la forme de plusieurs projets, programmes et lois, aussi bien au niveau national que régional<sup>284</sup>. Plus spécifiquement, il s'agit de la négociation et de la mise sur pied de l'accord de l'*International Cooperative Biodiversity Group* (ci-après ICBG)<sup>285</sup>, des négociations au sein de la Communauté andine,

---

<sup>280</sup> Selon Tobin et Taylor, *supra* note 19 aux pp 27-28 et Manuel Ruiz *et al.*, « The Protection of Traditional Knowledge in Peru: A Comparative Perspective » (2004) 3 Wash. U. Global Stud. L. Rev 755 à la p 770, le Pérou compte 44 groupes culturels ethniques autochtones répertoriés sur l'ensemble du pays notamment, entre les Andes et l'Amazonie. Spécifiquement dans cette zone, on y dénombre 48 peuples autochtones et 42 groupes linguistiques. La population autochtone au Pérou est d'environ 9.3 millions de personnes soit 47% du total de la population, formée en majorité des Quechuas et des Aymaras des Andes.

<sup>281</sup> *Ibid*; Beatriz Garcia, *The Amazon from an International Law Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011 à la p 132.

<sup>282</sup> Selon Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 770 et Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 28, le Pérou détient plus de quatre mille plantes médicinales et plus de cent-trente espèces de culture native. Cinq espèces d'animaux domestiques sont originaires du Pérou (lama, alpaga, vigogne, cochon d'Inde et chinchilla). En plus, ce pays compte un nombre remarquable d'espèces d'oiseaux, de reptiles et de mammifères.

<sup>283</sup> *Ibid*.

<sup>284</sup> *Ibid* aux pp 27-28, 31.

<sup>285</sup> Selon Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 772, l'ICBG est un programme basé aux États-Unis et commandité par l'Institut national de santé, qui offre des subventions pour des projets de R&D relatifs à des plantes médicinales de différentes régions du monde. Le projet de bioprospection au Pérou est connu sous le vocable

la loi sur les ST, de même que la participation active du Pérou aux groupes de travaux de la CDB et au Comité de l'OMPI. Depuis la fin du dernier siècle, ce pays a énormément innové pour tout ce qui a trait aux mesures de protection des ST. Ainsi, les innovations incluent les initiatives des communautés pour protéger la diversité des cultures traditionnelles et des espèces de plantes médicinales; des contrats fondés sur le droit coutumier pour le rapatriement de la variété des cultures traditionnelles, des accords de licence contenant le savoir-faire des ST pour la R&D de nouveaux produits pharmaceutiques et l'adoption de législations nationales relatives aux savoirs collectifs des communautés traditionnelles liés à la biodiversité<sup>286</sup>.

La législation péruvienne relative à la protection des ST s'inspire beaucoup des règles de la communauté andine en matière de protection des ST<sup>287</sup>. C'est pour cette raison que, dans la prochaine section, nous examinerons au préalable les décisions de la communauté andine

---

« Peru Initiative » et a commencé en 1993 avec le Musée d'histoire naturel du Pérou, l'Université Caytano Heredia du Pérou, Washington University, Searle Pharmaceuticals et la communauté autochtone Aguaruna, représentée par la Confédération nationale des nationalités amazoniennes. Le projet avait pour objectif d'entreprendre la R&D de plantes médicinales de l'Amazonie péruvienne par le biais de l'accès aux ST des communautés autochtones du Pérou. Une variété de contrats a été établie entre les institutions et les organisations participantes. Selon Correa, *Protection*, *supra* note 161, seulement un brevet étasunien résulte du programme ICBG, malgré le fait que deux cent mille espèces ont été ciblées.

<sup>286</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 aux pp 2, 28.

<sup>287</sup> Selon Garcia, *supra* note 281 à la p 132, la Communauté andine est une organisation régionale qui a développé un cadre significatif de normes et d'institutions durant les dernières années. Les décisions prises par ses organes politiques sont contraignantes et s'appliquent directement aux systèmes légaux nationaux des pays membres, qui actuellement sont la Bolivie, la Colombie, l'Équateur et le Pérou. Selon Paulo de Bessa Antunes, *Direito Ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010 [Antunes, *Direito*] à la p 481, ce groupe de pays se caractérise par l'immense contribution des peuples autochtones à sa population. Certains de ces pays ont même reconnu le caractère multiethnique de leur peuple. Ceci explique le fait que les membres de la Communauté andine soient très actifs dans la défense des intérêts des communautés traditionnelles, ainsi que les mesures que le bloc a adopté au sujet de la protection des ST associés à la biodiversité.

afin de mieux appréhender aussi bien le contexte régional que les origines de la législation péruvienne.

### *Le contexte andin*

La Décision 391 de juillet 1996 relative au *Régime commun sur l'accès aux ressources génétiques*<sup>288</sup>, et qui fait référence aux ST associés, a adopté le *Système commun sur l'accès aux ressources génétiques*. L'élaboration de ce régime a commencé en 1993 dans le cadre d'un processus sans précédent de participation de la société civile qui cherchait, entre autres, à établir les bases pour la reconnaissance et l'appréciation des ressources génétiques, leurs dérivés et les ST associés (individuels ou collectifs) de valeur réelle ou potentielle, protégés ou non par le DPI<sup>289</sup>.

Ledit régime, qui a été le premier créé pour mettre en œuvre la CDB<sup>290</sup>, va plus loin tant eu égard à la Convention<sup>291</sup> qu'aux *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation*<sup>292</sup>.

---

<sup>288</sup> Communauté andine, *Decisión 391*, 1996, en ligne : Communauté andine <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D391.htm>> (date d'accès : 8 juillet 2012) [*Décision 391*].

<sup>289</sup> Selon Ruiz *et al.*, *supra* note 280 aux pp 768, 772, les négociations de cette décision ont commencé en 1993. Selon Margarita Florez, « La Decisión 391 sobre acceso al recurso genético: un gran esfuerzo sin muchos resultados » dans André Lima et Nurit Bensusan, dir, *Quem cala consente?: subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*, São Paulo, Instituto Sociambiental, 2003, 81 à la p 82, la Décision est fondée sur trois concepts fondamentaux à savoir, la souveraineté des pays sur la diversité et les ressources génétiques; la reconnaissance de la contribution des communautés traditionnelles, et le concept de pays d'origine.

<sup>290</sup> Carlos M. Correa, *Derechos de Propiedad Intelectual, Competencia y Protección del Interés Público: La nueva ofensiva en materia de observancia de los derechos de propiedad intelectual y los intereses de los países en desarrollo*, Montevideo, B de F, 2009 [Correa, *Derechos*] à la p 248.

<sup>291</sup> Selon Florez, *supra* note 289 à la p 85, ce régime s'inspire de la CDB.

<sup>292</sup> Le Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation*, Montréal,

Ainsi, pour être plus explicite, dans son article 1<sup>er</sup>, la Décision établit les concepts de « composante intangible » et de « fournisseur du composant intangible »<sup>293</sup>. Bien plus, au travers de son article 6, elle donne son aval non seulement à la protection des ST, mais aussi à la protection des innovations et des modes de vie des communautés traditionnelles<sup>294</sup>. Par ailleurs, son article 7 reconnaît les droits des communautés traditionnelles à contrôler l'accès et l'usage de leur ST selon la loi nationale<sup>295</sup>. La Décision requiert une preuve de consentement préalable, de partage d'avantages et de divulgation d'origine pour l'octroi du brevet. Pour être plus explicite à ce propos, même si la Décision 391 ne fait pas mention expresse au droit coutumier dans l'obtention du consentement préalable des communautés, elle peut conditionner l'octroi du brevet au droit coutumier pour ce qui est spécifiquement de l'accès et de l'usage des ST<sup>296</sup>. Quant à sa deuxième disposition complémentaire, la Décision détermine que les pays membres ne reconnaissent pas des DPI octroyés sur des ressources génétiques, sur des produits dérivés ou encore, sur des savoirs traditionnels associés qui n'ont pas été obtenus à partir d'une activité d'accès

---

Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2002 [*Lignes directrices de Bonn*]. Ces lignes directrices seront vues en détail dans la section sur la CDB plus bas.

<sup>293</sup> *Decisión 391*, *supra* note 288 art 1:

« Article 1. – Pour les effets de la présente Décision se comprendra par:

[...]

COMPOSANTE INTANGIBLE : tout savoir, innovation ou pratique individuelle ou collective, avec valeur réelle ou potentielle, associés à la ressource génétique, ou à ses produits dérivés ou à la ressource biologique qui les contient, protégé ou non par les régimes de propriété intellectuelle.

[...]

FOURNISSEUR DE LA COMPOSANTE INTANGIBLE: celui qui par le biais du contrat d'accès et dans le Cadre de cette Décision et de la législation nationale complémentaire est habilité à fournir le composant intangible associé à la ressource génétique ou à ses produits dérivés. »

<sup>294</sup> *Ibid* art 6.

<sup>295</sup> *Ibid* art 7.

<sup>296</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 25.

respectant les termes établis dans la Décision<sup>297</sup>. Ainsi, au vu des analyses développées ci-dessus, il y a lieu de constater que la Décision 391 stipule que la Communauté andine prise dans son ensemble doit développer et mettre en place aussi bien un régime commun pour la protection des ST que des principes directeurs et ce, pour une gestion efficace du régime de protection desdits ST.<sup>298</sup>

La Décision 486 en lien avec le *Régime régional de la Communauté andine en lien avec la propriété intellectuelle*<sup>299</sup> qui s'inspire des principes découlant de la Décision 391, va plus loin que cette dernière pour ce qui est des mesures de protection des ST<sup>300</sup>. Ainsi, elle fixe des obligations claires, concises et précises par rapport à l'APA et aux ST, reconnaissant les droits et l'autorité des communautés traditionnelles pour contrôler leurs savoirs collectifs<sup>301</sup>. Bien plus, elle affirme que les demandes de brevet faites auprès d'un pays membre doivent contenir une copie du contrat d'accès si le produit ou procédé dont on demande le brevet a été obtenu ou développé à partir d'une ressource génétique ou de son dérivé ou encore d'un savoir traditionnel originaire d'un pays membre<sup>302</sup>. En plus, le cas échéant, le demandeur du brevet doit fournir un document certifiant l'octroi de l'autorisation des autorités des pays membres à utiliser le ST des communautés des pays membres où le produit ou le procédé a été obtenu ou développé et ce, que le ST se situe

---

<sup>297</sup> *Decisión 391*, supra note 288.

<sup>298</sup> Ruiz *et al.*, supra note 280 à la p 769.

<sup>299</sup> Communauté andine, *Decisión 486*, 2000, en ligne : Communauté andine <<http://www.comunidadandina.org>> [*Decisión 486*]

<sup>300</sup> Ruiz *et al.*, supra note 280 à la p 769.

<sup>301</sup> Tobin et Taylor, supra note 19 à la p 25.

<sup>302</sup> *Decisión 486*, supra note 299 art 3.

dans le domaine public ou non<sup>303</sup>. Il y a lieu de spécifier dans ce cas de figure que ce principe est déjà en soi très novateur dans le domaine de la propriété intellectuelle<sup>304</sup>. De plus, la Décision établit que sa mise en œuvre doit se faire en conformité avec la Décision 391 établissant ainsi un lien entre la reconnaissance des DPI, l'accès aux ST ainsi qu'aux ressources génétiques<sup>305</sup>. Par conséquent, cette Décision a créé un précédent en subordonnant l'octroi du brevet à la législation nationale régionale et internationale relative à l'acquisition des ressources génétiques ainsi qu'aux savoirs traditionnels<sup>306</sup>. La Décision prévoit aussi que, *ex officio* ou à la demande d'une partie, l'autorité nationale compétente pourra en tout temps, déclarer nul un brevet si le demandeur n'a pas réussi à démontrer une preuve valide de l'octroi au préalable du consentement de la communauté concernée aux fins d'utilisation de leur ST<sup>307</sup>.

*Le Régime régional de la Communauté andine en lien avec la propriété intellectuelle* (Décision 486<sup>308</sup>) exige que la demande de brevet s'accompagne aussi bien de la divulgation d'origine du ST et de la ressource génétique<sup>309</sup> que du consentement

---

<sup>303</sup> Deere, *supra* note 59 aux pp 90, 96-97.

<sup>304</sup> Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 769.

<sup>305</sup> Deere, *supra* note 59 aux pp 90, 96-97.

<sup>306</sup> Ruiz *et al.*, *supra* note 280 aux pp 769-70; Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 25.

<sup>307</sup> Mais eu égard à Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 770, cette problématique a été mise en exergue. Ainsi, comme alternative à la déclaration de nullité du brevet, les critiques ont suggéré que le détenteur du brevet soit tenu de partager les avantages de n'importe quelle exploitation commerciale du brevet avec le pays d'origine et les communautés dont les ST ont été objet d'appropriation induue. Cependant, l'alternative proposée n'est pas non plus exempte de critique car cela signifierait que l'on pourrait acheter le défaut de consentement.

<sup>308</sup> *Decisión 486 supra* note 299.

<sup>309</sup> *Ibid* art 3.

préalable<sup>310</sup>. Ce régime établit aussi la procédure pour l'annulation du brevet quand les conditions que nous venons de mentionner ne sont pas respectées<sup>311</sup>.

En outre, la Communauté andine a adopté, en 2002, une stratégie régionale pour la biodiversité, qui fait appel à l'établissement d'une politique commune pour renforcer et protéger les ST et ce, avec la participation des communautés traditionnelles. L'un des objectifs poursuivis par ladite stratégie était la création d'un régime commun andin de protection des ST. Afin d'y parvenir, la Communauté andine a mis sur pied un groupe de réflexion qui s'est penché sur la création d'un régime *sui generis* andin en lien avec les ST. Ledit groupe a déjà initié une proposition dans ce sens étant donné que ladite proposition regorge de plusieurs principes déterminants au rang desquels figure par exemple le consentement préalable. Cette proposition contient une définition large de ST qui inclut non seulement les ST directement liés à la biodiversité mais aussi, les expressions traditionnelles ainsi que le folklore. Ladite proposition reflète la préférence des communautés pour une vision holistique des ST qui aurait été compromise en cas d'adoption de la fragmentation des ST en plusieurs catégories fondées sur les catégories

---

<sup>310</sup> Qui, comme l'explique Correa, *Integrating, supra* note 50 à la p xv, est une demande légale qui décrit l'invention et spécifie la revendication.

<sup>311</sup> *Decisión 486 supra* note 299 art 75(h), qui lit:

« Article 75. L'autorité nationale compétente décrètera d'office ou par sollicitation de n'importe qui et à n'importe quel moment la nullité absolue du brevet quand :

[...]

h) Dans le cas où, la copie du document d'accréditation ou de licence d'usage de savoirs traditionnels des communautés autochtones, afro-américaines ou locales d'un pays membre n'a pas été présentée, quand les produit ou procédés dont la protection est demandé ont été obtenus ou développés à partir desdits savoirs originaires de n'importe quel des pays membres » - notre traduction.



existantes de PI. Ladite fragmentation pourrait conduire à la séparation des ST ayant une valeur commerciale de ceux qui n'en ont pas<sup>312</sup>.

En tout état de cause, actuellement, la Communauté andine est en train de négocier le développement d'un régime *sui generis* de ST<sup>313</sup>.

### *Le contexte péruvien*

Dans le cadre national péruvien, deux textes légaux ont précédé celui qui fera objet de notre analyse. Le premier est le Décret législatif 823<sup>314</sup> entré en vigueur en avril 1996. Il a établi la *Loi de propriété industrielle*<sup>315</sup> qui a exprimé, pour la première fois, la préoccupation du législateur péruvien à l'égard des ST. Ce décret prévoit la possibilité d'adopter un système *sui generis* de protection des ST ainsi qu'un registre des ST<sup>316</sup>. Il reconnaît aussi les ST comme patrimoine culturel des communautés traditionnelles et leur accorde le droit de partage des avantages dérivés des savoirs qui se trouvent dans le domaine public<sup>317</sup>.

Le deuxième texte date de juillet 1997, c'est-à-dire au moment où le Pérou a adopté la *Loi 26839 sur la conservation et l'usage durable de la diversité biologique*<sup>318</sup>. Cette loi met

---

<sup>312</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 26.

<sup>313</sup> Tobin, « Setting », *supra* note 3 à la p 114.

<sup>314</sup> *Ley de propiedad industrial*, *supra* note 241.

<sup>315</sup> *Ibid.*

<sup>316</sup> *Ibid* art 63 lit:

« Par Décret Suprême homologué par le Ministère de l'Industrie, du Tourisme, de l'Intégration et des Négociations Commerciales Internationales, il pourra s'établir un régime spécial de protection et, si nécessaire, un registre des savoirs des communautés natives et paysannes » (notre traduction).

Selon Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 772, cette disposition a été incluse dans le Décret par l'INDECOPI et constitue le fondement légal pour le développement d'une réglementation spécifique pour la protection des ST.

<sup>317</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 10.

<sup>318</sup> *Ley 26839*, *supra* note 242.

en œuvre, en partie, la Décision 391 de la Communauté andine et reconnaît que les communautés traditionnelles du Pérou ont le contrôle sur l'accès à leurs ST reconnus par ailleurs comme leur patrimoine culturel<sup>319</sup>. Cette reconnaissance se fait eu égard à la distinction qui existe entre le patrimoine des communautés traditionnelles et le patrimoine national. La loi détermine que le consentement préalable de la communauté est un prérequis légal pour l'accès et l'usage du ST, et que les avantages découlant de son utilisation doivent faire l'objet d'un partage juste et équitable. Elle ne donne toutefois pas davantage de précisions sur le fait de savoir s'il s'agit du consentement d'une communauté qui est requis ou de toutes les communautés qui détiennent le même ST<sup>320</sup>.

#### *Loi de 2002*

C'est dans ce contexte que nous examinerons les lois nationales en la matière, en commençant par la *Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos*, du 24 juillet 2002 - *Ley 27811*<sup>321</sup> dénommée ci-après loi 27811. Ses objectifs peuvent être résumés ainsi : a) promouvoir le respect des ST, leur protection, leur préservation, augmenter leur application et leur développement ; b) promouvoir la distribution juste et équitable des avantages qui découlent de l'usage des ST ; c) assurer que l'usage des ST aura lieu avec le consentement préalable des communautés ; d) promouvoir le renforcement et le développement des

---

<sup>319</sup> *Ibid* art 23; Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 52; Antunes, *Direito*, *supra* note 287 à la p 486; Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 772.

<sup>320</sup> *Ley 26839*, *supra* note 242 art 3(b); Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 53.

<sup>321</sup> *Ley 27811*, *supra* note 243.

capacités des communautés traditionnelles et des mécanismes qu'elles utilisent traditionnellement, pour distribuer et placer collectivement les avantages générés, et ; e) éviter l'octroi de brevet pour des inventions obtenues ou développées avec l'usage des ST des communautés traditionnelles péruviennes, de façon indue<sup>322</sup>.

Cette loi<sup>323</sup> est le résultat d'une longue réflexion initiée par une proposition élaborée par le gouvernement dans le cadre d'un projet de bioprospection en Amazonie avec la participation de la branche pharmaceutique de Monsanto — Searle et le peuple Aguaruna<sup>324</sup>. Entamée en 1996, cette négociation contractuelle a eu lieu dans le cadre du programme de l'ICBG qui finira par influencer la loi<sup>325</sup>.

Il y a lieu d'indiquer au préalable que ce projet de bioprospection a été l'objet de vives controverses. En effet, il a mis en lumière le potentiel commercial ou économique dont regorgent les ST, les possibilités de partenariats qui peuvent exister entre les communautés traditionnelles et le secteur privé ainsi que les possibilités d'exploitation de celles-ci<sup>326</sup>. Les négociations en vue du développement du projet se sont soldées par un échec. En cause entre autres, le manque d'un cadre légal adéquat ou encore le déséquilibre de forces entre

---

<sup>322</sup> Correa, *Derechos*, *supra* note 290 à la p 255; Manuel Ruiz et Isabel Lapena, « Nueva Ley peruana establece un régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos » dans André Lima et Nurit Bensusan, dir, *Quem cala consente?: subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*, São Paulo, Instituto Sociambiental, 2003, 75 à la p 78.

<sup>323</sup> *Ley 27811*, *supra* note 243.

<sup>324</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 23; Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 51.

<sup>325</sup> *Ibid*; Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 32. Selon Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 773, ce contrat constituait en fait, une « licence de savoir-faire » :

« This license set forth the conditions for the use of Aguaruna's medicinal plants. It also established short and long-term benefit-sharing provisions, which included initial payments, milestone payments, and royalty rates. »

<sup>326</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 23.

les parties en présence. Cette expérience a démontré que les négociations à propos du consentement préalable supposent en amont l'existence d'une législation qui reconnaît et régleme les droits des communautés traditionnelles sur leurs savoirs, qui offre des moyens de résolution des différends entre les communautés ou encore, qui établit, au moyen de définitions claires et précises, les droits des communautés traditionnelles sur leurs savoirs qui se trouvent dans le domaine public<sup>327</sup>.

En janvier 1996, la Société péruvienne de droit de l'environnement et les conseillers des Aguaruna dans leur négociation avec Searle et la Washington University (qui était aussi partie à l'accord de bioprospection), tous impliqués dans le processus de la Décision 391, ont approché le *Bureau d'inventions et nouvelles technologies de l'institut national de défense de la concurrence et de la protection de la propriété intellectuelle* (ci-après INDECOPI) afin de mettre en exergue les avantages dont peuvent bénéficier les pays si ces derniers venaient à adopter le système de protection des ST<sup>328</sup>.

L'INDECOPI a répondu promptement et, avec le Ministère de l'Agriculture, a décidé d'établir plusieurs groupes de travail, ayant pour mandat de développer un cadre légal pour la protection des savoirs des communautés traditionnelles<sup>329</sup>. Ceci a abouti à la loi du 24 juillet 2002<sup>330</sup>, dont la mise en œuvre est administrée par l'INDECOPI<sup>331</sup>.

---

<sup>327</sup> Tobin, « Redefining », *supra* note 51 aux pp 51-52.

<sup>328</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 23.

<sup>329</sup> *Ibid*; Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 52; Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 757.

<sup>330</sup> *Ley 27811*, *supra* note 243.

<sup>331</sup> Young-Ing, *supra* note 29 à la p 109.

Cette loi définit les ST comme un « savoir accumulé et transgénérationnel développé par les peuples et communautés autochtones, relatifs aux propriétés, usages et caractéristiques de la diversité biologique »<sup>332</sup>. Ses objectifs sont fixés dans l'article 5<sup>333</sup>, son but spécifique étant de protéger les ST collectifs associés aux ressources biologiques<sup>334</sup>. Toutes les autres catégories de ST sont exclues comme les échanges traditionnels entre les communautés traditionnelles et l'usage par le marché interne de ce qui n'a pas encore été industrialisé<sup>335</sup>.

Les articles 6 et 7 de la loi 27811<sup>336</sup> prévoient les conditions d'accès aux ST; le premier établit les conditions générales (consentement préalable), le deuxième les conditions spécifiques pour l'accès à des fins commerciales ou industrielles (partage des avantages)<sup>337</sup>. La même loi prévoit, en son article 26<sup>338</sup>, que les personnes intéressées par les ST, devront négocier et signer un contrat écrit de licence avec la communauté détentrice du ST, sans faire de distinction entre des utilisateurs commerciaux ou universitaires. Ce contrat, renouvelable, devra être d'une durée minimale d'un an et d'une durée maximale de trois ans, et être rédigé en espagnol et dans la langue de la communauté<sup>339</sup>. Selon l'article 27<sup>340</sup>, ce contrat doit renfermer des dispositions qui assurent une compensation adéquate, dont le

---

<sup>332</sup> *Ley 27811, supra* note 243 art 2(b) - notre traduction.

<sup>333</sup> *Ibid* art 5.

<sup>334</sup> Les objectifs de ce régime sont définis par la *Ley 27811, supra* note 243 art 2(e). Selon Ruiz *et al., supra* note 280 à la p 777, plusieurs communautés étaient mécontentes, notamment de l'étroitesse du champ d'application de ce régime, qui exclut de la protection leurs costumes, icônes sacrées, artisanat, céramiques, ainsi que les savoirs associés à leur spiritualité.

<sup>335</sup> *Ley 27811, supra* note 243 art 3-4.

<sup>336</sup> *Ibid* art 6-7.

<sup>337</sup> *Ibid*.

<sup>338</sup> *Ibid* art 26.

<sup>339</sup> *Ibid*.

<sup>340</sup> *Ibid* art 27.

paiement initial ne peut être de moins de 5% de la valeur avant les impôts prélevés sur les ventes en gros résultant de la commercialisation des produits développés directement ou indirectement à partir desdits ST ou encore, du partage des avantages découlant de leur utilisation. De plus, selon le même article, le contrat doit contenir des informations suffisantes sur les objectifs, les risques et les conséquences de l'activité d'accès<sup>341</sup>. Les contrats de licence doivent être enregistrés auprès de l'INDECOPI<sup>342</sup>.

Le régime péruvien crée un système *sui generis*, qui reconnaît aux communautés traditionnelles péruviennes des droits sur leurs ST, ainsi que sur la façon dont ces connaissances seront utilisées<sup>343</sup>. Autrement dit, pour accéder à un ST qui fait l'objet du champ d'application de la loi (ST associé aux ressources biologiques) et qui ne se trouve pas dans le domaine public, il faut le consentement préalable de la communauté traditionnelle qui détient les ST dont on veut obtenir l'accès à des fins commerciales ou pour des objectifs en lien avec la recherche universitaire<sup>344</sup>.

Bien plus, en vertu de la loi, les informations en lien avec le contrat sont transférées aux principaux bureaux de brevets à travers le monde afin qu'elles soient prises en compte lors de l'analyse des critères de nouveauté et d'activité inventive pour la décision d'octroi ou non du brevet. Il s'agit en fait d'éviter l'octroi d'un brevet sur un savoir traditionnel déjà

---

<sup>341</sup> *Ibid.*

<sup>342</sup> *Ibid.*

<sup>343</sup> Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 757.

<sup>344</sup> Ley 27811, *supra* note 243 art 6-7.

enregistré au Pérou<sup>345</sup>. Le Titre VIII<sup>346</sup> de la loi 27811 s'occupe de l'annulation du registre ou de la licence d'usage, qui peut avoir lieu en tout temps, d'office ou sur demande d'une partie, quand il a été octroyé en contravention au régime établi par la loi ou face à la preuve que des données essentielles à la demande sont fausses ou inexactes<sup>347</sup>.

La loi 27811 distingue entre les savoirs qui se trouvent déjà dans le domaine public et ceux qui sont confidentiels et par conséquent susceptibles d'être brevetés. Dans le cas où le ST est passé dans le domaine public au cours des vingt dernières années, la loi prévoit qu'un pourcentage sur le volume des ventes (avant les impôts) de produits dérivés dudit ST doit être apporté au Fonds pour le développement des peuples autochtones<sup>348</sup>. Le Fonds recevra aussi un minimum de 10 % du volume des ventes avant impôt qui proviennent de la commercialisation de produits développés à partir des ST<sup>349</sup>.

Puisqu'il s'agit d'un système *sui generis* instauré pour protéger les ST des communautés traditionnelles avec comme objectif premier d'encadrer leurs droits, le régime péruvien diffère en cela de celui du Costa Rica comme nous le constaterons plus loin<sup>350</sup>. Il y a lieu d'indiquer que c'est une législation de nature déclaratoire, car elle n'octroie donc pas de

---

<sup>345</sup> *Ibid* art 23.

<sup>346</sup> *Ibid* art 34-36.

<sup>347</sup> *Ibid* art 34.

<sup>348</sup> Borges da Silva, « É possível », *supra* note 103 à la p 320. Selon Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 24:

« The Fund is intended to contribute to the development of indigenous peoples by funding community projects, and will be administered *inter alia* by individuals representing indigenous peoples' organizations. With respect to knowledge in the public domain, indigenous peoples will still be able to make an agreement with and request compensation from outside parties. Again, 0.5 percent of the value of sales of product developed from the knowledge must go to the Fund. »

<sup>349</sup> *Ley 27811*, *supra* note 243 art 8.

<sup>350</sup> *Ibid* art 2.

droit sur le ST mais reconnaît ces droits<sup>351</sup>. Autrement dit, les ST collectifs sont considérés comme un héritage culturel des communautés<sup>352</sup>.

Tout comme la loi de 1997<sup>353</sup>, celle de 2002<sup>354</sup> reconnaît que les ST font partie du patrimoine culturel des communautés qui les détiennent et qui, pour cette raison, ont des droits sur eux, ainsi que la faculté de décider de leur utilisation. En outre, elle permet aux communautés de négocier individuellement l'usage des ST qu'elles détiennent, à la condition bien entendu qu'elles en fassent part aux autres communautés qui partagent lesdits ST et qu'elles recherchent par ailleurs leur appui pour la négociation<sup>355</sup>. Les communautés sont individuellement libres de participer à des accords sur l'usage de savoirs partagés avec d'autres communautés mais, le fait qu'une communauté conclut un accord sur un ST partagé avec d'autres communautés n'empêche pas les autres communautés de conclure des accords similaires sur le même ST<sup>356</sup>.

#### *Loi de 2009*

Finalement, il faut mentionner que le Pérou a adopté la *Loi qui modifie, incorpore et régleme plusieurs dispositions de l'accord de libre-échange entre le Pérou et les États-Unis de l'Amérique — Loi 29316*<sup>357</sup> en 2009, qui fait suite à l'accord de libre-échange avec

---

<sup>351</sup> Correa, *Derechos*, supra note 290 aux pp 254-55.

<sup>352</sup> Dutfield, *Developing*, supra note 123 à la p 24.

<sup>353</sup> *Ley 26839*, supra note 242 art 23-24.

<sup>354</sup> *Ley 27811*, supra note 243 art 11.

<sup>355</sup> *Ibid* art 6.

<sup>356</sup> Tobin et Taylor, supra note 19 à la p 29.

<sup>357</sup> *Ley 29316*, supra note 244.



les États-Unis<sup>358</sup>. Cette loi contient un certain nombre de dispositions relatives à la mise en œuvre de la Décision 486 de la Communauté andine et au système national *sui generis* de la loi sur les ST.

Les aspects les plus controversés de la Loi 29316 sont, d'une part, son incapacité à permettre l'annulation d'un brevet qui a été octroyé même s'il n'y a pas eu de consentement préalable pour l'usage des ST. D'autre part, la Loi de 2002<sup>359</sup> n'était pas claire sur le point de savoir si le consentement préalable était requis pour l'usage du ST qui se trouve dans le domaine public<sup>360</sup>. Pour ce qui est du domaine public spécifiquement, la nouvelle loi exclut expressément la nécessité d'un consentement préalable pour les ST qui s'y trouvent<sup>361</sup>, disposition qui n'induit pas forcément de conséquences à l'échelle nationale étant donné que, dans le système *sui generis*, les ST qui se trouvent dans le domaine public ne sont pas, de toute manière, brevetable. Cependant, ladite loi se met en porte-à-faux avec la position du Pérou lors des fora internationaux mentionnés ci-dessus dans la mesure où ce pays prône la protection de tous les ST, y compris ceux qui se trouvent dans le domaine public<sup>362</sup>.

---

<sup>358</sup> Selon Tobin et Taylor, supra note 19 à la p 33, en dépit du fait que le Pérou a inclus, dans ses sujets de négociation, les questions de la souveraineté nationale sur les ressources génétiques ainsi que le droit des communautés traditionnelles sur leurs savoirs, le texte final fait seulement référence au fait que les parties reconnaissent l'importance de respecter et préserver les ST qui contribuent à la conservation et à l'usage durable de la biodiversité.

<sup>359</sup> Ley 27811, supra note 243.

<sup>360</sup> Tobin et Taylor, supra note 19 à la p 32.

<sup>361</sup> Ley 29316, supra note 244 art 13.

<sup>362</sup> Tobin et Taylor, supra note 19 à la p 33.

Pour ce qui est du consentement préalable, la Loi 29316<sup>363</sup> ne modifie pas les dispositions de la Décision 486<sup>364</sup>, qui est entrée immédiatement en vigueur au Pérou. De même, par rapport aux conditions de brevetabilité; la Loi 29316<sup>365</sup>, de façon générale, n'altère pas les dispositions concernant l'octroi de brevet établies par la Décision 486<sup>366</sup>, telles que l'obligation de fournir la copie du contrat d'accès et les licences ou l'autorisation pour l'usage du ST originaire d'un pays membre de la Communauté andine. Ces dispositions sont toujours en vigueur, ainsi que les conditions formelles qui doivent être accomplies préalablement à la demande de brevet.

La Loi 29316<sup>367</sup> ne change pas non plus la Décision 486<sup>368</sup> en ce qui touche aux recours dans le cas où un brevet serait octroyé sans que le demandeur ait fourni l'autorisation d'accès et d'usage au ST. En réalité, c'est toujours l'article 75(h) de la Décision 486 en lien avec l'annulation d'un brevet qui permet aux autorités nationales, lorsque toutes les conditions sont légitimement réunies, de procéder à ladite annulation *ex officio* ou à la demande d'une des parties et ce, à n'importe quel moment<sup>369</sup>. Cependant, l'article 8 de la loi établit une nouvelle condition pour que l'annulation puisse avoir lieu<sup>370</sup>. Cette nouvelle condition détermine que la raison de l'annulation doit être de la même nature que celle par laquelle on refuserait l'octroi du brevet dès sa demande. Ceci pourrait exclure l'absence de

---

<sup>363</sup> Ley 29316, *supra* note 244.

<sup>364</sup> Decisión 486, *supra* note 299.

<sup>365</sup> Ley 29316, *supra* note 244.

<sup>366</sup> Decisión 486, *supra* note 299.

<sup>367</sup> Ley 29316, *supra* note 244.

<sup>368</sup> Decisión 486, *supra* note 299.

<sup>369</sup> *Ibid* art 75(h); Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 32.

<sup>370</sup> Ley 29316, *supra* note 244 art 8.

consentement préalable parmi les raisons pour l'annulation puisqu'elle n'est pas une condition de fond pour l'octroi du brevet<sup>371</sup>.

Les recours prévus par la loi ne sont pas nécessairement les plus adéquats pour la préservation des droits relatifs aux ST. Actuellement, il est difficile de savoir si hormis le cas de l'annulation du brevet, le Pérou a le droit d'adopter une législation nationale qui modifie les dispositions de la Décision 486 y compris celles qui sont sous la juridiction nationale, ce qui n'est pas le cas de l'annulation de brevets.

Cependant, l'article 8 prévoit l'annulation d'un brevet en cas de fraude, d'appropriation frauduleuse ou de conduite inéquitable. Une interprétation extensive de la loi peut raisonnablement inclure des cas de biopiraterie, tels que : absence de consentement ou consentement obtenu par coercition; appropriation frauduleuse; corruption; situations où le partage des avantages s'est déroulé de façon inéquitable; et situations où les vrais objectifs de l'exploitation n'ont pas été révélés à la communauté lors du consentement<sup>372</sup>.

Il existe un flou juridique quant au lien qui doit exister entre le demandeur de brevet et celui qui a commis la fraude, l'appropriation frauduleuse ou une conduite inéquitable, afin que le brevet puisse être annulé. Cette question est importante non seulement pour les détenteurs du ST, mais aussi pour ses utilisateurs commerciaux. En réalité la Loi 29316, au lieu d'atténuer le niveau du flou juridique de la législation péruvienne en matière d'octroi des brevets d'invention sur les ST, cette loi l'a plutôt aggravé. Ceci aura un effet néfaste sur

---

<sup>371</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 32.

<sup>372</sup> Ley 29316, *supra* note 244 art 8.

les communautés détentrices de ST, qui auront moins confiance dans la capacité des régimes nationaux et internationaux à protéger leur ST contre la biopiraterie, réduisant du même coup leur disposition à en offrir l'accès. De même, du côté des utilisateurs, lorsque le niveau d'insécurité juridique est assez élevé, ils peuvent avoir des réticences à investir leurs fonds dans le domaine de la PI de ST. En raison des ambiguïtés de la loi 29316, les utilisateurs potentiels de ST devront se conformer, de façon parallèle, aux deux législations. La prolifération des lois n'est toujours pas la bonne démarche à suivre<sup>373</sup>.

#### *Analyse de la Loi de 2002*

Revenons à la *Loi qui établit le régime de protection aux savoirs collectifs de peuples autochtones associés aux ressources biologiques* du 24 juillet 2002 c'est-à-dire la *Loi 27811*. Il s'agirait dans ce cas de figure d'analyser son effectivité selon les critères établis ci-dessus. En effet, ce document reflète le premier effort d'une autorité nationale à répondre aux demandes des communautés pour instaurer un régime *sui generis* destiné à assurer la protection des ST associés à la biodiversité<sup>374</sup>. Autrement dit, il s'agit d'une loi déclaratoire qui exige le consentement préalable des communautés traditionnelles pour accéder à leurs ST<sup>375</sup>. De même, elle établit des mesures de partage des avantages ainsi que des règles visant à prévenir, ou encore à réduire, la biopiraterie.

---

<sup>373</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 33.

<sup>374</sup> Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 773; Ruiz et Lapena, *supra* note 322 aux pp 75-76; Tobin, « Redefining », *supra* note 51 aux pp 51, 54; Tobin, « Setting », *supra* note 3 aux pp 112-13.

<sup>375</sup> *Ley 27811*, *supra* note 243 arts 2(c), 6.

Un groupe de travail a commencé à développer la première version du texte au début de l'année 1996<sup>376</sup>. Le groupe était formé de représentants de l'INDECOPI, de ministres et de représentants de deux ONG<sup>377</sup>. Au départ, les communautés traditionnelles n'y étaient pas représentées. Néanmoins, cette situation s'est modifiée après quelques réunions. Le projet de cette loi fut l'objet de plusieurs débats en mai 1998 avec le secteur privé, des ONG et des représentants des communautés traditionnelles, qui, malgré les efforts du gouvernement, ont démontré peu d'appui et d'enthousiasme par rapport à cette initiative<sup>378</sup>.

En avril et en mai 1999 ont eu lieu deux ateliers avec les communautés pour discuter de la législation. L'INDECOPI a aussi envoyé des copies du projet de loi à plusieurs communautés de la région andine afin de recevoir leurs commentaires. Le projet a été publié dans la presse officielle péruvienne en octobre 1999, où il y était déterminé de façon expresse que des commentaires ou des suggestions pouvaient être envoyés dans un délai de 60 jours, délai qui a été reporté au 20 mai 2000 suite à des critiques de la société civile y compris des communautés traditionnelles qui ont estimé que le délai initial était assez limité<sup>379</sup>.

Le 31 août 2000, une version amendée a été publiée, avec plus de 30 commentaires et suggestions faites par le gouvernement, les universitaires (péruviens et étrangers), les

---

<sup>376</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 24.

<sup>377</sup> Selon Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 773, la Société péruvienne de droit environnemental (Sociedad Peruana de Derecho Ambiental - SPDA) et le Centre d'études et promotion du développement (Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo - DESCO).

<sup>378</sup> Selon Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 773, le processus péruvien peut avoir eu des limitations dûs à la nouveauté du sujet et à une problématique en lien avec la politique.

<sup>379</sup> Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 52.

politiciens, les ONG, les associations commerciales péruviennes, les OI et les représentants des communautés traditionnelles. Ces derniers y ont suggéré seulement deux propositions parmi les trente reçus par l'INDECOPI, ce qui démontre l'échec de la participation effective des communautés dans ledit processus. L'INDECOPI a imputé ce fait au manque de financement<sup>380</sup>. Cependant, d'autres sont d'avis que, compte tenu des circonstances politiques du moment ainsi que des conditions du processus en soi, le processus participatif aurait pu être plus extensif. Il s'est trouvé limité notamment en raison de la quantité et de la qualité des participants et malgré les efforts de l'INDECOPI visant à obtenir une large participation<sup>381</sup>. Par conséquent, cet échec a contribué à amoindrir la légitimité du processus législatif, qui a précédé la promulgation de la loi, par ailleurs formellement correct quant à l'ouverture à la participation informée des communautés traditionnelles détentrices des ST associés aux ressources biologiques<sup>382</sup> et aux droits sur ceux-ci<sup>383</sup>.

Le projet de cette loi a été publié par le gouvernement péruvien le 21 octobre 1999, résultat de quatre ans de délibérations d'un groupe de travail national pour ce faire, ledit projet a été une importante étape dans la reconnaissance du besoin de protection légale des ST<sup>384</sup>. Malgré la longue période de gestation du projet, le processus n'a pas réussi à impliquer effectivement les communautés traditionnelles dans les discussions. L'expérience péruvienne du régime *sui generis* souligne les dangers d'un processus d'élaboration

---

<sup>380</sup> *Ibid* aux pp 52-53.

<sup>381</sup> Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 773.

<sup>382</sup> *Ley 27811*, *supra* note 243 art 3.

<sup>383</sup> *Ibid* art 1.

<sup>384</sup> Ruiz et Lapena, *supra* note 322 à la p 75.

technique qui marginalise les communautés et tente de définir les objectifs, les champs d'application et les modalités de protection sans s'assurer de l'engagement des communautés traditionnelles dans ledit processus<sup>385</sup>.

C'est une loi qui vise exclusivement la protection des ST, sans cependant créer un nouveau mécanisme de DPI en vue de leur protection<sup>386</sup>. En effet, la loi octroie des pouvoirs à l'INDECOPI afin que ce dernier empêche la publication de matériel relatif aux ST en violation des droits des communautés. Bien plus, cette disposition protège les ST en utilisant le mécanisme de protection des renseignements non divulgués lorsque le ST ne fait pas partie du domaine public<sup>387</sup>. Lorsque ce droit est violé, la communauté peut

---

<sup>385</sup> Tobin, « Redefining », *supra* note 51 aux pp 47-48.

<sup>386</sup> Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 773.

<sup>387</sup> *Ley 27811*, *supra* note 243 arts 63-66. Les renseignements non divulgués sont protégés sur cette base par l'article 39 de l'ADPIC. Selon Cottier et Panizzon, *supra* note 66 aux pp 392-393, cet article a établi une nouvelle catégorie de DPI dans le droit international. On peut arguer du fait que l'usage de cette information sur un savoir, produit par d'autres et exprimé dans un produit spécifique, est injuste dans la mesure où il sert à faciliter la production des copies ou un produit dérivé et ce, sans le consentement du créateur.

Selon Carlos M. Correa, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford, Oxford University Press, 2007 [Correa, *Commentary*] aux pp 366-67, l'ADPIC est le premier régime international qui aborde la question des renseignements non divulgués. À cet égard, c'est une grande innovation de l'Accord ADPIC. En effet, l'article 39.1 établit que « [e]n assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10*bis* de la Convention de Paris », les membres doivent protéger les renseignements non divulgués « et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes » comme conditions pour l'approbation de la mise en marché de produits pharmaceutiques et agrochimiques. Même si l'article fait référence aux « renseignements non divulgués » et aux « données communiquées » aux gouvernements comme s'agissant de deux problématiques divisibles, il est évident que dans le deuxième cas de figure, les données doivent aussi être « non divulguées » afin de faire l'objet d'une protection par l'Accord.

Selon l'article 1.2 de l'ADPIC, les renseignements non divulgués sont une catégorie de PI, comme les brevets, les marques de commerce et autres dont s'occupe l'Accord. Il y a eu, dans les milieux académiques, ceux qui se sont positionnés de façon contraire, en assimilant de tels renseignements aux formes traditionnelles de protection de PI. Pour eux, il s'agissait plutôt d'appliquer des règles de concurrence déloyale, car l'utilisation du concept de « propriété » par rapport aux renseignements non divulgués était généralement rejetée dans les concepts de droit continental. Par opposition, la majorité de la doctrine de la *common law* a adopté la théorie de l'existence des droits de propriété dans le *know-how*. Cette divergence est largement fondée eu égard aux différents concepts de « propriété » qui prédominent dans ces systèmes de

entreprendre une action légale pour assurer le respect de son droit et, dans ce cas de figure, la charge de la preuve repose sur l'autre partie<sup>388</sup>. L'article 15<sup>389</sup> de la loi établit un système de registre de ST afin d'offrir à la communauté une protection défensive et positive. Ainsi, selon Abbott *et al.*<sup>390</sup>, pour les détenteurs de ST, la protection positive assure le droit d'intenter des actions en justice et ce, eu égard à certaines formes d'appropriation illicite de ST. De même, au niveau gouvernemental, la protection positive accroît aussi bien la capacité des autorités nationales à protéger le ST enregistré contre l'appropriation indue que le maintien de la transmission intergénérationnelle du ST. De même, la protection défensive sauvegarde les intérêts des communautés traditionnelles contre des DPI illégitimes obtenus sur des ST. Selon Tobin et Taylor<sup>391</sup>, la protection défensive est atteinte par le biais de la prévention à l'encontre de l'octroi des brevets indus en facilitant aux examinateurs des demandes de brevet les recherches sur la condition de nouveauté. Ainsi, deux types de demandes relatives au système de PI ont été mises en exergue dans les débats sur les politiques relatives à la protection des ST. La première demande est relative à la reconnaissance des droits des détenteurs de ST sur ces savoirs. Quant à la deuxième, elle s'articule autour de la problématique de l'obtention non autorisée des DPI sur les ST par des tierces parties. Par conséquent, à partir de ces demandes, deux formes de protection par

---

droit. Ainsi, pendant que, dans le système continental, la reconnaissance de la propriété est limitée par le principe de *numerus clausus*, les juges de la *common law* disposent d'une grande latitude quant à la détermination libre de nouvelles formes de propriété. Mais, même si le concept de « propriété » sur les renseignements non divulgués prévalait dans les pays de *common law*, son application a fait l'objet de vives controverses.

<sup>388</sup> Ley 27811, *supra* note 243 art 42-46.

<sup>389</sup> *Ibid* art 15.

<sup>390</sup> Abbott *et al*, *supra* note 260 à la p 660.

<sup>391</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 30.



PI ont été développées et mises en œuvre. Il y a lieu de préciser, dans ce cas de figure, que les deux mesures mentionnées doivent être appliquées de manière complémentaire.

Le registre fonctionne comme une mesure défensive puisque, par la compilation des ST, il aide à assurer leur préservation. Parallèlement, il permet aux communautés traditionnelles de contrôler la dissémination des ST dans la mesure où leur enregistrement permet de rejeter les demandes de brevet faites en ignorant que le savoir prétendu se trouve déjà enregistré<sup>392</sup>. Ce système de contrôle inclut le Registre national public<sup>393</sup> de ST et le registre national confidentiel de ST<sup>394</sup>, qui sont tous les deux sous la responsabilité de l'INDECOPI. En outre, cet organisme devra aider les communautés à mettre sur pied un troisième registre, en l'occurrence le registre local de savoirs collectifs des peuples autochtones détenus par les communautés. Ce registre contiendra des mécanismes spécifiques fondés sur les lois ou coutumes de la communauté en cause. Néanmoins, le rôle de ce registre n'a pas encore été clairement identifié<sup>395</sup>.

---

<sup>392</sup> Selon Ruiz *et al.*, *supra* note 280 aux pp 782-83, ces moyens, qui permettent d'accéder facilement aux registres d'informations et ce, par le biais des bureaux de brevets, peuvent au moins partiellement, prévenir la biopiraterie fondée sur un brevet.

<sup>393</sup> Selon Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 783, toutes les informations et les données liées aux ST déjà existantes dans le domaine public y seront répertoriées et utilisées pour assister les autorités de brevet à travers le monde dans leur analyse de nouveautés et d'activités inventives des demandes de brevet fondées, de façon directe ou indirecte, sur des ST.

<sup>394</sup> Selon Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 783, ce registre était une proposition des communautés traditionnelles lors de la mise sur pied de la loi et ce, dans le but de protéger le ST dont les communautés, pour une raison ou pour une autre, préfèrent garder l'information liée au ST confidentielle. Dans cette hypothèse, le ST sera sauvegardé dans le registre et inaccessible à des tiers.

<sup>395</sup> *Ley 27811*, *supra* note 243 art 15. Voir aussi Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 783; Correa, *Derechos*, *supra* note 290 à la p 256.

Il est à noter que le registre n'est pas obligatoire et qu'il ne constitue pas une condition *sine qua non* pour la protection. En effet, les communautés traditionnelles détiennent des droits sur leurs ST qu'ils soient enregistrés ou non<sup>396</sup>. Cependant, l'inclusion du ST dans un registre assure aux communautés une position assez confortable leur permettant de mieux défendre leurs droits<sup>397</sup>. Elles peuvent demander ainsi l'enregistrement de leurs ST par le biais de leurs organismes représentatifs ou créer leurs propres registres locaux<sup>398</sup>.

Nous pouvons constater qu'à plusieurs reprises, la loi fait mention du respect des pratiques du partage des avantages en lien avec les communautés traditionnelles ainsi que de la notion de consentement préalable<sup>399</sup> de la communauté qui est un prérequis légal pour l'accès et l'usage du ST. La législation péruvienne assure le droit des communautés de s'opposer à l'accès à leurs savoirs pour des raisons culturelles, spirituelles, sociales, économiques ou autres<sup>400</sup>.

La protection prévue dans cette loi s'articule autour de la notion de divulgation, d'acquisition ou d'usage des ST lorsqu'une des actions mentionnées s'est faite de façon déloyale<sup>401</sup>. Cependant, la loi ne définit pas de façon claire, concise et précise le concept de « déloyale ».

---

<sup>396</sup> *Ibid* aux pp 256-57. Selon Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 53, dans son article 1, le régime reconnaît que le droit des communautés traditionnelles sur leur ST émane de l'existence du ST en soi, et non d'aucun acte de l'État, c'est-à-dire qu'il a une existence indépendamment de toute forme de registre formel du ST.

<sup>397</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 25.

<sup>398</sup> Correa, *Derechos*, *supra* note 290 à la p 256.

<sup>399</sup> *Ley 27811*, *supra* note 243 arts 1, 2(c).

<sup>400</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 26.

<sup>401</sup> *Ley 27811*, *supra* note 243 art 42.

De plus, elle n'octroie pas de droits exclusifs, car la communauté garde le droit d'utiliser le ST comme elle l'a toujours fait<sup>402</sup> et de l'échanger avec d'autres communautés<sup>403</sup>.

La protection défensive de ST contre la biopiraterie fondée sur les DPI n'est pas le seul objectif du régime péruvien, puisque l'usage industriel des ST est vu comme une possibilité qui, dans des circonstances favorables, peut être avantageuse aux communautés traditionnelles<sup>404</sup>. En effet, le registre prévu par la loi péruvienne peut permettre aux communautés de négocier dans une position plus forte, puisqu'elle aura déjà la preuve qu'elle détient le ST<sup>405</sup>.

Dans son article 5(e), la loi affirme qu'un de ses objectifs est de promouvoir la capacité des communautés à user de leurs droits :

#### Titre IV

#### DES OBJECTIFS

#### Article 5 – Objectifs du régime

e) Promouvoir le renforcement et le développement des capacités des peuples autochtones et des mécanismes traditionnellement employés par eux pour

---

<sup>402</sup> *Ibid* art 12.

<sup>403</sup> *Ibid* art 4.

<sup>404</sup> *Ibid*. Selon Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 774, les objectifs établis dans cet article se concentrent sur deux questions clés. La première consiste à assurer un certain niveau de contrôle des communautés sur l'usage de leur ST ainsi que la contrepartie de l'usage desdits ST en termes d'avantages. La deuxième a trait à la prévention de la biopiraterie par le biais d'un usage contrôlé du système de brevets. Ces problématiques reflètent les inquiétudes qui se situent au niveau international par rapport à l'usage de ST et soulignent l'importance de trouver des outils pour assurer une protection adéquate

<sup>405</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 aux pp 26-27.

partager et distribuer les avantages générés collectivement, dans le cadre du présent régime<sup>406</sup>.

Les articles 37 à 39 développent davantage ce sujet, en créant un fond affecté aux peuples autochtones, en vue de leur développement:

#### Titre IX

#### DU FONDS POUR LE DÉVELOPPEMENT DES PEUPLES AUTOCHTONES

##### Article 37 – Objectif du Fonds pour le Développement des Peuples Autochtones

Est créé le Fonds pour le Développement des Peuples Autochtones avec l'objectif de contribuer au développement intégral des peuples autochtones par le moyen du financement de projets et d'autres activités. Ce fonds jouira d'autonomie technique, économique, administrative et financière.

##### Article 38 – Accès aux ressources du Fonds pour le Développement des Peuples et Communautés Autochtones

Les peuples autochtones ont droit d'accéder aux ressources du Fonds pour le Développement des Peuples Autochtones par l'intermédiaire de leurs organisations représentatives et par le moyen de projets de développement, évalués et approuvés antérieurement par le Comité Administrateur.

##### Article 39 – Administration du Fonds pour le Développement des Peuples Autochtones

Le Fonds pour le Développement des Peuples Autochtones sera administré par 5 représentants des organisations représentatives des peuples autochtones, et 2 représentants de la Commission Nationale des Peuples Andins, Amazoniens et Afro-péruviens, les mêmes qui formeront le Comité Administrateur.

Ce Comité devra utiliser, dans la mesure du possible, les mécanismes traditionnellement employés – par les peuples autochtones – pour partager et distribuer les avantages générés collectivement.

Le Comité Administrateur devra informer trimestriellement les organisations représentatives des peuples autochtones sur les ressources reçues<sup>407</sup>.

---

<sup>406</sup> *Ley 27811, supra* note 243 art 5(e) – notre traduction.

<sup>407</sup> *Ibid* arts 37-39 – notre traduction.

Dutfield souligne que « the Fund for the Development of Indigenous Peoples is potentially a very important mechanism for community capacity-building »<sup>408</sup>.

Ainsi, les objectifs de ce nouveau cadre légal sont plus larges, car ils incluent la protection des ST, leur préservation, une interprétation extensive de ces savoirs, ainsi que la notion de partage des avantages. Il y a lieu d'indiquer par ailleurs qu'il n'y a pas d'innovation quant aux instruments de protection et de préservation déjà adoptés. Autrement dit, l'enregistrement du savoir ainsi que le partage des avantages sont, tous les deux, des mécanismes déjà connus dans la littérature juridique. C'est une législation qui met davantage l'accent sur les moyens de réglementer et de faciliter la commercialisation des ST que sur le rétablissement, la consolidation et le renforcement des systèmes de ST, éléments nécessaires consistant à assurer la viabilité de la source du savoir. Ce cadre légal témoigne aussi de la volonté de créer un équilibre entre les droits des communautés et les intérêts des usagers potentiels<sup>409</sup>.

Bien plus, l'instrument national de protection des ST tient aussi compte du respect de la dimension spirituelle des ST que leur octroient les communautés traditionnelles comme nous allons le constater dans les développements qui vont suivre et notamment au travers du Titre V<sup>410</sup>:

## Titre V

---

<sup>408</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 26.

<sup>409</sup> Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 56.

<sup>410</sup> *Ley 27811*, *supra* note 243 arts 6-8; Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 774.

## DES PRINCIPES GÉNÉRAUX

### Article 6 – Conditions d'accès aux savoirs collectifs

Les intéressés à l'accès aux savoirs collectifs aux fins d'application scientifique, commerciale ou industrielle devront demander le consentement informé préalable des organisations représentatives des peuples autochtones qui possèdent un savoir collectif.

L'organisation représentative des peuples autochtones, dont le consentement informé préalable a été demandé, devra communiquer sa participation à une négociation au plus grand nombre possible de peuples autochtones possesseurs du savoir et prendre en compte leurs intérêts et soucis, tout spécialement ceux liés à leurs valeurs spirituelles ou croyances religieuses.

L'information accordée se limitera à la ressource biologique sur laquelle porte le savoir collectif objet de la négociation en cours, en sauvegardant les intérêts de l'autre partie de garder secrets les détails de la négociation.

### Article 7 – Accès aux fins d'application commerciale ou industrielle

Dans le cas d'accès aux fins d'application commerciale ou industrielle, on devra solliciter une licence qui prévoit les conditions pour une rétribution adéquate du dit accès, en assurant le partage équitable des avantages qui en découleront.

### Article 8 – Pourcentage destiné au Fonds pour le Développement des Peuples Autochtones.

Il sera destiné au Fonds pour le Développement des Peuples Autochtones auquel se rapportent l'article 37 et suivants un pourcentage non inférieur à 10 % de la valeur des ventes brutes avant les impôts, résultante de la commercialisation des produits développés à partir d'un savoir collectif.

Les parties pourront accorder un pourcentage plus grand, compte tenu du degré d'utilisation ou d'incorporation directe desdits savoirs au produit final résultant, et du degré de l'apport desdits savoirs à la réduction des coûts de recherche et développement des produits dérivés, entre autres<sup>411</sup>.

Par le biais de ces articles, il y est aussi précisé le type d'avantage qui doit être attribué à la communauté en contrepartie du partage de leur ST. En effet, le système impose, au travers de ses articles 6 à 8, un certain nombre de conditions aux compagnies pour l'obtention des DPI<sup>412</sup>. Il va de soi que les chercheurs seront obligés de conclure des accords avec les

---

<sup>411</sup> *Ley 27811, supra* note 243 arts 6-8 – notre traduction.

<sup>412</sup> *Ibid.*

communautés détentrices de ST qui ont un droit de veto absolu sur les activités de bioprospection ou qui peuvent nier l'usage commercial de leurs savoirs.

Ces conditions sont plus détaillées dans le Titre VII de la loi 27811<sup>413</sup>, comme observé précédemment lors de la présentation de cette loi. Nous y apprenons en outre qu'il y a une différence entre les activités liées à la bioprospection commerciale et les activités menées à des fins de recherche<sup>414</sup>. La loi établit que l'usager commercial ou industriel demande une licence sous la forme d'un contrat écrit<sup>415</sup> avec les détenteurs du ST où sera fixée la forme du partage d'avantages. Cependant, il n'y a pas de prévision expresse concernant l'attribution des DPI, ce qui suppose par conséquent l'absence d'octroi à cet égard. Pour faciliter la gestion des relations commerciales, la loi fixe une interface fonctionnelle entre les communautés traditionnelles et les corps administratif et judiciaire - l'INDECOPI.

Le titre XI<sup>416</sup> prévoit des infractions, le titre XIII<sup>417</sup> les recours administratifs alors que le titre XIV<sup>418</sup>, quant à lui, est dévolu à la procédure devant le tribunal.

Cette loi reconnaît aux communautés traditionnelles le droit d'intenter une action en justice afin de prévenir la révélation d'informations fournies secrètement ou obtenues de façon illégale. Ces actions peuvent être entreprises pour prévenir une révélation imminente ou un transfert de ST sans approbation, dans le but d'empêcher la révélation non-autorisée de se

---

<sup>413</sup> *Ibid* arts 25-33.

<sup>414</sup> *Ibid* art 6-7.

<sup>415</sup> Dont on trouve la définition dans *Ley 27811, supra* note 243 art 2(d).

<sup>416</sup> *Ibid* arts 47-62.

<sup>417</sup> *Ibid* arts 67-69.

<sup>418</sup> *Ibid* arts 70-71.

retrouver dans le domaine public et ce, à titre de protection des renseignements non divulgués<sup>419</sup>. Dans ces cas, le fardeau de la preuve revient à l'utilisateur, qui doit démontrer que l'utilisation ou la divulgation contestée est légale<sup>420</sup>.

Cependant, chaque communauté individuelle peut signer un accord pour l'usage de son ST même si ce ST est partagé avec d'autres communautés<sup>421</sup>. Les différends découlant de ce fait entre les communautés détentrices d'un même ST peuvent être résolus en se basant sur le droit coutumier des communautés, mais il ne s'agit pas d'une juridiction obligatoire<sup>422</sup>. Cette situation dérive du fait que les communautés traditionnelles au Pérou n'ont pas une autorité centrale et sont structurées en plusieurs organisations locales et régionales, sans aucune hiérarchie. Demander à toutes les communautés qui détiennent un même ST de participer à l'accord n'est donc pas praticable<sup>423</sup>. L'exigence d'un consentement unanime représenterait un moratoire sur la bioprospection guidée par les ST<sup>424</sup>. Mais des efforts doivent être faits pour informer toutes les communautés des négociations en cours. En tout état de cause, l'existence du Fonds pour le Développement des Peuples Autochtones vise aussi à assurer que, indépendamment du fait qu'une certaine communauté soit en train de

---

<sup>419</sup> *Ibid* art 43.

<sup>420</sup> *Ibid* art 44.

<sup>421</sup> Tobin, « Setting », *supra* note 3 à la p 113. Cette autonomie peut s'avérer fort problématique dans la mesure où le consentement préalable n'est pas tout à fait libre, puisque si une communauté décide de partager ses savoirs, elle pourrait rendre caduc le veto des autres communautés détentrices du même savoir.

<sup>422</sup> *Ley 27811*, *supra* note 243 art 46.

<sup>423</sup> Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 781.

<sup>424</sup> Tobin, « Setting », *supra* note 3 à la p 113. Compte tenu des conflits potentiels que peuvent générer le partage d'un savoir et du caractère irréparable du partage, un tel moratoire peut se justifier du moins jusqu'à ce qu'on arrive à une solution acceptable pour l'ensemble des communautés. Les difficultés d'ordre pratique justifient l'idée selon laquelle les avantages pourraient prendre la forme d'un fonds devant bénéficier à toutes les communautés d'une nation ou région.



participer activement au processus de négociation d'accès et d'utilisation des ST, toutes auront le droit de participer aux avantages que le fonds générera dans le futur<sup>425</sup>.

Les ST sont reconnus comme patrimoine culturel des communautés traditionnelles. Eu égard à cet état de fait, ces droits sont inaliénables et imprescriptibles étant donné qu'ils sont précieusement conservés pour les générations futures<sup>426</sup>. Dans le régime péruvien, seuls les savoirs collectifs font l'objet d'une protection<sup>427</sup>.

Quant aux ST situés dans le domaine public, la loi péruvienne de 2002<sup>428</sup> établit qu'ils peuvent seulement être considérés comme des connaissances antérieures pour les vérifications de demandes de brevet. Il s'agit donc d'une disposition à double tranchant, car elle élimine aussi les droits futurs des communautés sur leur ST. En effet, une fois dans le domaine public, la loi établit qu'ils ne peuvent plus être brevetés, puisqu'ils ne remplissent pas les conditions d'octroi de brevet. Mais il peut être partiellement remédié à cette situation si les communautés traditionnelles parviennent à conclure des contrats de licence structurés de façon à garder le ST confidentiel<sup>429</sup>. Les ST qui se situent dans le domaine public peuvent cependant être utilisés en échange d'un partage des avantages, comme prévu dans l'article 13 ci-après :

---

<sup>425</sup> Ruiz *et al.*, *supra* note 280 aux pp 781, 793.

<sup>426</sup> Ley 27811, *supra* note 243 art 11-12.

<sup>427</sup> *Ibid* art 2(b), 3, 10.

<sup>428</sup> *Ibid* 321.

<sup>429</sup> Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 780.

### Article 13 – Savoirs collectifs tombés dans le domaine public

Aux fins du présent régime, un savoir collectif sera tombé dans le domaine public s'il a été accessible à d'autres personnes que les peuples autochtones par les moyens de communication de masse, comme les publications, ou s'il se rapporte à des propriétés, usages ou caractéristiques d'une ressource biologique qui sont largement connus en dehors du milieu des peuples et communautés autochtones.

Dans les cas où ces savoirs sont tombés dans le domaine public dans les 20 dernières années, il sera destiné au Fonds pour le Développement des Peuples Autochtones auquel font référence l'article 37 et suivants un pourcentage de valeur de ventes brutes, avant les impôts, résultant de la commercialisation des produits développés à partir de ces savoirs collectifs<sup>430</sup>.

Selon Ruiz *et al.*, cette loi est un outil dynamique qui demandera des aménagements au cours du processus de sa mise en œuvre. Elle n'est pas une fin en soi, mais plutôt un mécanisme pour promouvoir l'équité et la justice dans l'accès et l'usage des ST, d'autant plus qu'elle a été conçue comme une alternative complémentaire aux outils traditionnels de DPI<sup>431</sup>.

Le Pérou n'est pas le seul pays d'Amérique latine dont la législation traduit une préoccupation constante aussi bien eu égard à la protection des ST contre la commercialisation illicite (biopiraterie) qu'à une recherche d'équilibre entre les avantages financiers tirés de la commercialisation licite des ST<sup>432</sup>. Le Costa Rica traduit aussi ce souci dans sa législation.

---

<sup>430</sup> Ley 27811, *supra* note 243 art 13 – notre traduction.

<sup>431</sup> Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 773.

<sup>432</sup> Gibson, *supra* note 129 à la p 3.

## 2.2 Costa Rica

Le Costa Rica est un pays couvert par des forêts tropicales et des zones montagneuses. Écartelé entre l'océan atlantique et l'océan pacifique, son territoire néanmoins détient 4 à 5% de la biodiversité mondiale. Par ailleurs, le Costa Rica se différencie des autres pays de la région par son uniformité culturelle car, si quelques groupes autochtones représentent 2,4% de la population, ladite population est majoritairement d'origine européenne<sup>433</sup>.

Avant l'adoption de la CDB en septembre 1991, l'INBio, une organisation privée à but non-lucratif, et la compagnie pharmaceutique étasunienne Merck ont annoncé un accord selon lequel l'INBio fournirait à Merck des extraits chimiques des plantes sauvages, insectes et micro-organismes des zones réservées du Costa Rica pour le programme de criblage de Merck à des fins de recherches de nouveaux médicaments. En contrepartie, l'industrie pharmaceutique paierait des redevances sur n'importe quel produit commercial qui en résulterait<sup>434</sup> dont 50% seraient destinées au Fonds des parcs nationaux du gouvernement du Costa Rica<sup>435</sup>. INBio a contribué à 10% du budget pour deux ans et Merck a accordé l'assistance technique et la formation pour aider à créer des centres de recherche dans les

---

<sup>433</sup> Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 764; Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 19; Dutfield, *Intellectual Property*, *supra* note 154 à la p 148; Rodrigo Gamez, « The Link Between Biodiversity and Sustainable Development: Lessons From INBio's Bioprospecting Programme in Costa Rica » dans Charles R. McManis, dir, *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Londres (R-U), Earthscan, 2007, 77 à la p 77; Antunes, *Direito*, *supra* note 287 à la p 479.

<sup>434</sup> Reid *et al.*, *supra* note 39 à la p 1. Antunes, *Direito*, *supra* note 287 à la p 479, parle de 2% à 3% du montant obtenu avec la commercialisation au titre des redevances.

<sup>435</sup> Reid *et al.*, *supra* note 39 à la p 1. Selon Antunes, *Direito*, *supra* note 287 à la p 479, Merck a payé un million de dollars américains pour que l'INBio analyse dix mille échantillons de plantes, animaux et micro-organismes.

Il n'y a pas de prévision de rétribution pour les communautés traditionnelles, ce qui suscite la question de la destination des avantages. En fait, ladite rétribution ou non des avantages aux communautés traditionnelles relève du pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Si le Costa Rica décide de verser une partie des fonds reçus de Merck en faveur des parcs, son gouvernement pourra toujours justifier ce choix par le fait que la somme obtenue à partir de la biodiversité a ainsi été investie dans la conservation de ladite biodiversité.

pays centraméricains, en échange du permis d'utiliser le matériel (échantillon de plantes, animaux et micro-organismes ) dans ces recherches pour développer des médicaments<sup>436</sup>.

Ce pays dispose d'un territoire assez restreint caractérisé entre autres par un pourcentage assez élevé de zones réservées, par une population extrêmement éduquée, une capacité scientifique considérable ou encore, par des communautés traditionnelles qui représentent une partie relativement faible de la population. Toutes ces caractéristiques offrent finalement un contexte favorable pour l'essai de nouvelles structures en lien avec la gestion de la biodiversité. Ce projet pilote sera déterminant pour les zones tropicales des autres pays qui ont aussi besoin d'une meilleure gestion de la biodiversité<sup>437</sup>. Même si les solutions ne seront pas identiques pour chaque pays, on pourra toujours s'inspirer de l'expérience costaricaine<sup>438</sup>.

---

<sup>436</sup> *Ibid*; Reid *et al.*, *supra* note 39 à la p 1.

<sup>437</sup> Selon Antunes, *Direito*, *supra* note 287 aux pp 479-80, après l'accord avec Merck, l'INBio a poursuivi son projet par le biais de la conclusion de plusieurs accords avec des institutions scientifiques spécialisées en bioprospection. Le but desdits accords était d'élargir sa propre capacité scientifique et technologique. Il a développé des projets de bioprospection dans les zones sauvages protégées du pays, avec la collaboration étroite du Ministère de l'environnement et de l'énergie. Tous les travaux ont été exécutés en partenariat avec des institutions universitaires et des entreprises, parmi lesquelles l'Université du Costa Rica, l'Université Nationale, l'École d'agriculture de la région tropicale humide, l'Institut technologique du Costa Rica, l'Université de Strathclyde, l'Université de Düsseldorf, l'Institut Lausanne, l'Université du Massachusetts, l'Université de Cornell, Bristol Myers Squibb, Merck & Co, Ecos-La Pacifica, Indena, Givaudan Roure, Diversa pour ne citer que ceux-là. Le financement et la rémunération des activités de bioprospection ont été effectués de la façon suivante : 10% du budget a été alloué à la recherche et 50% des profits qui en découlaient ont été réaffectés au Ministère de l'environnement du Costa Rica afin d'être réinvestis dans le domaine de la conservation, tel qu'établi par *Ley de biodiversidad du 30 avril 1998*, Gaceta 27 mai 1998 [*Loi 7788*] art 76 (voir Annexe B). Le reliquat du budget a été destiné à l'appui d'infrastructures scientifiques et aux activités de R&D liées à la conservation et à l'usage durable de la biodiversité. La plupart des ressources de l'INBio sont générées par lui-même, ce qui démontre aussi bien la viabilité des recherches qu'une meilleure protection de la biodiversité.

<sup>438</sup> Antunes, *Direito*, *supra* note 287 à la p 479; Reid *et al.*, *supra* note 39 à la p 5.

Il s'agit d'un tournant dans l'histoire de la bioprospection étant donné que, depuis des années, les écologistes et les environnementalistes soutenaient que les applications pharmaceutiques de la biodiversité constituaient des raisons majeures pour justifier sa conservation. L'accord indique, d'une part, un changement d'intérêt de l'industrie et le vrai potentiel économique des ressources biogénétiques et, d'autre part, une formule selon laquelle les compagnies peuvent retourner une partie des avantages des développements pharmaceutiques au pays d'où le composant chimique est originaire. En plus, il assure qu'une partie de ces procédures financera directement la conservation, alors que l'autre partie financera indirectement la conservation par le biais de la R&D de la biodiversité au moyen d'une association des compagnies avec les parcs nationaux. À l'époque, l'accord a validé les négociations de la CDB en ce qui a trait au partage des avantages<sup>439</sup>.

À la suite de l'accord, en avril 1998, ce pays a adopté la *Loi sur la biodiversité*<sup>440</sup>, qui traite de la conservation et de la gestion de la biodiversité et cherche à mettre en place un processus pour développer un système *sui generis* de protection des droits intellectuels des communautés locales. Cette loi est une des plus ambitieuses à mettre en œuvre la CDB, dans un effort clair de conciliation des obligations par rapport à la Convention et par rapport à l'ADPIC. La loi a comblé un vide législatif dans la protection des ressources biologiques et génétiques, et par conséquent des ST associés, ainsi que concernant l'APA<sup>441</sup>. Pour ce qui est des ST, la loi les aborde à travers deux champs d'application à

---

<sup>439</sup> *Ibid* à la p 2.

<sup>440</sup> *Loi 7788, supra* note 437 art 80.

<sup>441</sup> Antunes, *Direito, supra* note 287 aux pp 477, 479; Dutfield, *Developing, supra* note 123 aux pp 15, 19.

savoir: la réglementation de l'accès et les droits exclusifs (DPI et droits intellectuels collectifs *sui generis*)<sup>442</sup>.

L'objectif général de la loi est de conserver la biodiversité, d'utiliser les ressources de façon durable et de partager de manière juste les avantages et les coûts<sup>443</sup>. Ses 107 articles couvrent tous les sujets traités par la CDB, dont la biosécurité, la conservation et l'usage durable des écosystèmes et espèces, l'accès aux éléments génétiques et biochimiques de la biodiversité, le consentement préalable, la protection des ST par DPI et/ou système *sui generis*, l'éducation publique, le transfert de technologie<sup>444</sup>, etc. En plus, elle a créé la *Commission nationale de gestion de la biodiversité* (ci-après CONAGEBIO<sup>445</sup>), qui a pour mandat la formulation et la coordination des politiques et la surveillance de la mise en œuvre de la loi elle-même<sup>446</sup>.

La loi régleme l'usage, la gestion, le savoir associé et le partage des avantages et des coûts découlant de l'utilisation des éléments de la biodiversité avec trois exclusions, que l'on verra par la suite<sup>447</sup>.

Il est prévu, dans l'article 80, une obligation de divulgation de l'origine géographique des ressources génétiques et des ST dans les demandes de brevet. Si cette exigence n'est pas

---

<sup>442</sup> Young-Ing, *supra* note 29 à la p 105.

<sup>443</sup> *Loi 7788*, *supra* note 437 art 1.

<sup>444</sup> Selon Carlos M. Correa, « El nuevo escenario para la transferencia de tecnología: repercusiones en los países en desarrollo » (1994) 44 Comercio Exterior 746 à la p 746, le transfert de technologie joue un rôle central dans les systèmes nationaux d'innovation qui incorporent un niveau élevé de technologie étrangère. L'élément clé ou important dans les stratégies technologiques des pays du Sud réside dans l'acquisition efficiente de technologie et son adaptabilité aux conditions spécifiques du pays récepteur.

<sup>445</sup> Pour les membres de la Commission, voir Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 21.

<sup>446</sup> *Loi 7788*, *supra* note 437 arts 13, 14.

<sup>447</sup> *Ibid* art 4.

remplie, cela induit comme conséquence l'échec de la demande de brevet ou encore, la révocation du brevet<sup>448</sup>. Cette loi reconnaît des DPI *sui generis* aux communautés traditionnelles sur leurs ST<sup>449</sup>.

Les articles 4<sup>450</sup>, 10<sup>451</sup>, 66<sup>452</sup> et 82<sup>453</sup> nous intéressent particulièrement. La problématique des propriétés biochimiques et génétiques de la biodiversité sauvage et domestique est

---

<sup>448</sup> Stenton, *supra* note 7 à la p 24.

<sup>449</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 35.

<sup>450</sup> *Loi 7788*, *supra* note 437 art 4,

« ARTICLE 4- Exclusions

Cette loi ne s'applique pas à l'accès au matériel biochimique et génétique humain, qui est toujours réglementé pour la Loi générale de santé, No 5395, du 30 octobre 1973, et par des lois connexes.

Ces dispositions ne s'appliquent non plus à l'échange de ressources biochimiques et génétiques ni au savoir associé résultant de pratiques, usages et coutumes à but non lucratif entre les peuples autochtones et les communautés locales.

La stipulation de cette loi n'affecte pas non plus l'autonomie universitaire au sujet de l'enseignement et de la recherche dans le domaine de la biodiversité sauf si les recherches sont à but lucratif. » – notre traduction.

<sup>451</sup> Cet article de la *Loi 7788*, *supra* note 437, s'articule autour de certains objectifs et plus spécifiquement, celui qui est en lien avec notre sujet et que l'on retrouve à l'article 10.6 comme suit :

« Article 10 – objectifs

Cette loi veut atteindre les objectifs suivants ci-après :

- 1 – Intégrer la conservation et l'usage durable des éléments de la biodiversité dans le développement de politiques socioculturelles, économiques et environnementales.
- 2 – Promouvoir la participation active de tous les secteurs sociaux dans la conservation et dans l'usage écologiquement durable de la biodiversité, pour chercher la durabilité sociale, économique et culturelle.
- 3 – Promouvoir l'éducation et la conscience publique sur la conservation et l'utilisation de la biodiversité.
- 4 – Régler l'accès et permettre le partage équitable des avantages sociaux, environnementaux et économiques en faveur de tous les secteurs de la société, spécialement des communautés locales et des peuples autochtones.
- 5 – Améliorer la gestion en sorte qu'elle soit effective et efficace des éléments de la biodiversité.
- 6 – Reconnaître et fournir des compensation pour le savoir, les pratiques et les innovations des peuples autochtones et communautés locales et ce, eu égard à la conservation et à l'usage écologique et durable des composantes de la biodiversité
- 7 – Reconnaître les droits qui proviennent de la contribution du savoir scientifique pour la conservation et l'usage écologiquement durable des éléments de la biodiversité.
- 8 – Garantir à tous les citoyens la sécurité environnementale comme assurance de durabilité sociale, économique et culturelle.
- 9 – Ne pas limiter la participation de tous les secteurs dans l'usage durable des éléments de la biodiversité et le développement de l'investigation et la technologie.
- 10 – Promouvoir l'accès aux éléments de la biodiversité et le transfert de technologie associé.

traitée plus en profondeur dans l'article 6<sup>454</sup>. La question de la souveraineté exclusive sur tous les éléments de la biodiversité *per se* est l'objet de l'article 2<sup>455</sup>, duquel découle le fait

11 – Fomenter la coopération internationale et régionale pour atteindre la conservation, l'usage écologiquement durable et le partage des avantages découlant de la biodiversité, spécialement dans les régions de frontière ou de ressources partagées.

12 – Promouvoir l'adoption des incitatifs et la rétribution des services environnementaux pour la conservation, l'usage durable et les éléments de la biodiversité.

13 – Établir un système de conservation de la biodiversité, qui atteint la coordination entre le secteur privé, les citoyens et l'État, pour assurer l'application de cette loi. » - notre traduction. À propos de cet article voir Antunes, *Direito*, *supra* note 287 à la p 477.

<sup>452</sup> *Loi 7788*, *supra* note 437 art 66:

« Article 66 – Droit à l'objection culturelle

Le droit des communautés locales et peuples autochtones à s'opposer à n'importe quel accès à leurs ressources et savoir associé, soit pour des raisons, culturelles, spirituelles, sociales, économique ou autre, est reconnu. » - notre traduction.

<sup>453</sup> *Ibid* art 82:

« Article 82 – Droits intellectuels collectifs *sui generis*

L'État reconnaît expressément et protège, sous la dénomination commune de droits intellectuels collectifs *sui generis*, les savoirs, pratiques et innovations des peuples autochtones et communautés locales associés à l'usage de composantes de la biodiversité et savoirs associés. Le droit existe et est légalement reconnu par la simple existence de la pratique culturelle ou savoir associé aux ressources génétiques et biochimiques ; il ne demande pas de déclaration préalable, reconnaissance explicite ou registre officiel. Il peut inclure donc les pratiques qui n'acquerront ce statut que dans le futur.

Cette reconnaissance implique qu'aucune des formes de protection des droits de propriété intellectuelle ou industrielle réglementées dans ce chapitre, les lois spéciales ou le droit international, n'affecte ces pratiques historiques. » – notre traduction.

Selon Dutfield, *Intellectual Property*, *supra* note 154 à la p 152, pour assurer le respect de cette disposition, le Bureau national de semences et le Registre de propriété intellectuelle et industrielle devront consulter la CONAGEBIO avant d'octroyer la protection par DPI aux innovations relatives aux éléments de la biodiversité. Dans tous les cas, un certificat d'origine émis par le Bureau technique de la CONAGEBIO et une déclaration de consentement préalable devront accompagner la demande de DPI. Dans le cas où la bioprospection a eu lieu dans le territoire des communautés traditionnelles, le consentement de leurs autorités est requis. Par conséquent, le fardeau de la preuve pèse sur les requérants du DPI.

<sup>454</sup> *Loi 7788*, *supra* note 437 art 6 :

ARTICLE 6

« Les propriétés biochimiques et génétiques des éléments de la biodiversité sauvage ou domestique font partie du domaine public.

L'État autorisera l'exploitation, l'investigation, la bioprospection, l'usage et le profit des éléments de la biodiversité qui font partie du domaine public, comme l'utilisation de toutes les ressources génétiques et biochimiques, par mesure des normes d'accès établies dans le chapitre V de cette loi. » – notre traduction.

<sup>455</sup> *Ibid* art 2 :

« ARTICLE 2

L'État exercera une souveraineté complète et exclusive sur les éléments de la biodiversité. » – notre traduction.



que personne, à part l'État, ne peut être propriétaire desdites ressources, tel que reconnu par la CDB dans son préambule et aux articles 3 et 15(1)<sup>456</sup>.

L'article 82<sup>457</sup> est spécialement important pour cette étude. Ainsi, il mentionne les DPI qui sont l'objet de la section III de la loi (articles 77 à 85)<sup>458</sup>. En l'occurrence l'article 77 reconnaît que les DPI sont nécessaires à la protection des ST, faisant ainsi une référence spécifique, entre autres, aux brevets, aux renseignements non-divulgués, aux droits intellectuels collectifs *sui generis* et aux droits d'auteur. Pour une loi sur la biodiversité, il est remarquable que le champ d'application des DPI permis par l'État soit défini de façon aussi explicite.

Le système impose des conditions à la demande de protection par DPI faite par des compagnies et des institutions de recherche, telles que l'obtention du certificat d'origine<sup>459</sup>.

À ce propos, l'article 83 prévoit ce qui suit :

ARTICLE 83.- Processus participatif pour déterminer la nature et la portée des droits intellectuels communautaires *sui generis*

---

<sup>456</sup> Pour Eberman, *supra* note 48 à la p 31, la souveraineté nationale conduit, du moins en principe, à une utilisation plus efficace des ressources. D'une part, elle simplifie les transactions entre les fournisseurs que sont les gouvernements nationaux, et les utilisateurs qui s'assimilent, dans ce cas de figure, aux compagnies transnationales. Par ailleurs, la biodiversité étant l'une des principales richesses de plusieurs pays du Sud, il est avantageux économiquement pour eux de contrôler leurs ressources. La souveraineté nationale permet un usage plus durable des ressources, durabilité qui contribue au développement économique.

Néanmoins, en dehors de cet aspect pratique, la souveraineté nationale est un concept difficile à mettre en œuvre notamment, lorsqu'il s'agit de la détermination de la nature des droits des communautés autochtones en lien avec leur territoire ou encore, lorsqu'il est question de ressources génétiques. Il s'agit certes d'un sujet important, mais qui dépasse largement le cadre des objectifs de cette thèse.

<sup>457</sup> *Loi 7788, supra* note 437 art 82.

<sup>458</sup> *Ibid* arts 77-85.

<sup>459</sup> Dutfield, *Developing, supra* note 123 à la p 26.

Dix-huit mois après l'entrée en vigueur de cette loi, la Commission, par son Bureau technique et en association avec le Conseil Autochtone et le Conseil Paysan, devra définir un processus participatif avec les communautés autochtones et paysannes, pour déterminer la nature, la portée et les conditions de ces droits pour leur réglementation définitive. La Commission et les organisations impliquées détermineront sur la forme, la méthodologie et les éléments de base du processus participatif<sup>460</sup>.

Dans tous les cas, un certificat d'origine<sup>461</sup> délivré par le Bureau technique de la CONAGEBIO et une déclaration de consentement préalable de la communauté - quand la

---

<sup>460</sup> *Loi 7788, supra* note 437 art 83 – notre traduction.

<sup>461</sup> Selon Tobin, « Redefining », *supra* note 51 aux pp 57-58, tous les pays, soient-ils du Nord ou du Sud, doivent adopter des mesures d'importation, de transfert et d'usage commercial de ressources génétiques pour mettre en œuvre les exigences de la CDB relatives au consentement préalable dans les pays d'origine. De telles mesures peuvent offrir plus de sécurité aux pays originels et aux communautés traditionnelles permettant ainsi de réduire les problématiques liées aux échanges traditionnels et à l'usage de ST par les communautés traditionnelles. Lesdites mesures permettraient aussi d'amoindrir le besoin d'adopter des mesures extrêmes de restriction d'accès aux pays originels. L'utilisation de mécanismes de marché qui placent le fardeau de la preuve sur l'utilisateur qui doit ainsi apporter la preuve du droit légal à l'usage peut être l'instrument le plus effectif pour contrôler l'usage illégal de ST à court terme. En réalité, il s'agirait d'établir l'obligation nationale et internationale d'identifier la provenance légale des ressources génétiques et du ST comme condition à l'octroi du DPI ainsi que la reconnaissance du DPI étranger appelé système de certificat d'origine. Cette proposition est largement partagée et acceptée par différents auteurs dans la sphère internationale à part Tobin lui-même qui approfondit le thème dans Brendan Tobin, « Certificates of Origin: A Role for IPR Regimes in Securing Prior Informed Consent » dans John Mugabe *et al*, dir, *Access to Genetic Resources: Strategies for Sharing Benefits*, Nairobi, ACTS Press, 1997, 329 et Brendan Tobin, « The Search for an Interim Solution » dans Kathy Whimp et Mark Busse, dir, *Protection of Intellectual, Biological and Cultural Property in Papua New Guinea*, Canberra, Asia Pacific Press, 2000, 169. Voir: Graham Dutfield, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity: Seeds and Plant Varieties*, Londres (R-U), Earthscan, 2000 à la p 113; Stoll, *supra* note 275 à la p 13; Winter, *supra* note 60 à la p 25; Anne N. Angwenyi, « The Law-Making Process of Access and Benefit-Sharing Regulations - The Case of Kenya » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 173 à la p 181; Jorge Cabrera Medaglia, « The Role of the National Biodiversity Institute in the Use of Biodiversity for Sustainable Development - Forming Bioprospecting Partnerships » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 243 aux pp 248-49. 252; Geoff Burton, « Australian ABS Law and Administration - A Model Law and Approach » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 271 aux pp 275, 283, 304; Evanson C. Kamau, « Disclosure Requirement - A Critical Appraisal » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 399 à la p 401; Christine Godt, « Enforcement of Benefit-Sharing Duties in User Countries » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional*

bioprospection a lieu dans son territoire - devront accompagner la demande de DPI et devront être vérifiés avant l'octroi des DPI pour des innovations qui ont rapport aux éléments de la biodiversité. Les communautés sont en droit de refuser l'accès à leur savoir pour n'importe quelle raison.

Par le biais de cette loi, le Costa Rica reconnaît expressément l'existence et la validité des ST ainsi que le besoin de les protéger<sup>462</sup>. Les articles 82 à 85, qui traitent spécifiquement des droits intellectuels des communautés traditionnelles<sup>463</sup>, reconnaissent implicitement qu'une solution complète en lien avec cette problématique n'a pas encore été développée. Ladite solution débiterait par un processus consultatif d'élaboration d'un régime *sui generis* approprié, qui déterminerait l'ampleur et la nature des droits intellectuels *sui generis* des communautés traditionnelles. Ce processus a pour objectif de dresser un inventaire des droits intellectuels *sui generis* des communautés qu'elles désirent protéger<sup>464</sup>. Son développement compte avec la participation de la principale organisation des communautés autochtones et celle des communautés paysannes, mais il n'est pas encore achevé. Bien plus, il y aura lieu de déterminer, par le biais de ce processus, la nature, l'ampleur et les conditions requises pour l'obtention du droit intellectuel

---

*Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 419 à la p 420; Lyle Glowka, « Towards a Certification System for Bioprospecting Activities » (2001) 2 *Grundlagen der Wirtschaftspolitik* i.

<sup>462</sup> Antunes, *Direito*, *supra* note 287 à la p 477.

<sup>463</sup> *Loi 7788*, *supra* note 437 arts 82-85.

<sup>464</sup> Isaac Rojas, « Los derechos comunitarios: experiencia costarricense », *Biodiversidad* (avril 2010) en ligne: <<http://www.grain.org/article/categories/207-biodiversidad-abr-2010>> (date de consultation: 13 mars 2013); Correa, *Derechos*, *supra* note 290 aux pp 251-52.

communautaire<sup>465</sup> *sui generis*, y compris la forme qu'elle empruntera et enfin, les titulaires et les destinataires des avantages<sup>466</sup>.

---

<sup>465</sup> Selon Dutfield, *Developing, supra* note 123 à la p 25, La *Loi 7788, supra* note 437 a adopté le terme « droit intellectuel communautaire », inspiré par la loi modèle élaborée par l'ONG Third World Network - « The Main Elements of a Community Rights Act » (30 avril 1999), en ligne: Third World Network <<http://www.twinside.org.sg/title/comm-cn.htm>> - laquelle a opté stratégiquement pour utiliser le terme « communautaire » au lieu de « propriété », supposant (douteusement) que les DPI conventionnels sont culturellement inappropriés et qu'ils représenteraient une imposition aux communautés qui supposément partagent leurs savoir même quand ils ont un potentiel commercial :

« THE MAIN ELEMENTS OF A COMMUNITY RIGHTS ACT

1. The community is declared and recognised as the owners of community knowledge. They hold this right as custodians for past, present and future members of the community.

This means the following:

- a. Their knowledge and all innovation within the community belong to the community or communities.
- b. It belongs to them in perpetuity.
- c. The community's or communities' prior informed consent must be sought for any access to their knowledge.
- d. Such consent can be refused.
- e. The integrity of the knowledge cannot be impaired. This means that no exclusive monopoly, or similar, rights can be claimed or given in respect of that knowledge. It therefore means that the knowledge is inalienable.

2. All elements of the culture, system and practices of communities are formally recognised.

This means:

- a. The entire identity and integrity of the knowledge system replete with its values, rituals and sacredness is accorded recognition.
- b. This includes the practice of free exchange of knowledge and innovations between communities.
3. The community is entitled to allow for the commercial utilisation of its knowledge and innovation on mutually agreed terms.
4. If evidentiary proof of the knowledge is required, any declaration by the community in a manner and form accepted by the cultural practices of the community shall be sufficient evidence of its existence.

This implies also that the onus will lie on any person contending otherwise to prove its claim.

5. More than one community may be the owner of the knowledge and the innovation.

6. Any payments made for the use of the knowledge shall be paid into a fund to be co-administered by the community. The funds shall be used for, *inter alia*, the protection, development, strengthening and maintenance of the community and its knowledge and resources. »

<sup>466</sup> En plus des discussions en cours, le gouvernement a promulgué le *Decreto n.º 31-514*, Gaceta 15 décembre 2003, qui entre autres choses régleme la *Loi 7788, supra* note 437. Ce décret fait mention des droits intellectuels *sui generis* des communautés traditionnelles seulement dans son article 25, qui est stipulé comme suit:

« Article 25. Droits intellectuels

Le Bureau technique s'opposera au registre de brevets, secrets commerciaux, droits du développeur d'innovation phylogénétique, droits intellectuels communautaires *sui generis*, droit d'auteur, droit des agriculteurs et autres, si les institutions autorisées par les lois en vigueur à octroyer ces types de protection ne respectent pas les conditions fixées par l'article 80 de la Loi sur la biodiversité. Pour ceci, le Bureau technique prendra en compte ce qu'ont établi et délimité à ce sujet les articles 77 (Reconnaissance des formes d'invention), 78 (Forme et limite de protection), 81 (Licences) et 82 (Les droits intellectuels communautaires

Les conditions pour l'accès incluent, entre autres, le transfert de technologie et le partage équitable des avantages<sup>467</sup>. La loi exige aussi que toutes les demandes d'accès aux éléments de la biodiversité soient accompagnées d'une preuve du consentement préalable de l'autorité de la communauté traditionnelle, si l'activité a lieu dans ses territoires, ainsi que du directeur de la zone de conservation<sup>468</sup>. Par la suite, le consentement préalable doit être approuvé par le Bureau technique de la Commission<sup>469</sup>. Par le biais de ce processus, un registre sera créé, contenant les droits intellectuels communautaires au préalable enregistrés au bureau technique de la Commission. Ce registre sera volontaire et gratuit. Ceci contraint le Bureau technique à s'opposer à une demande de DPI si elle est requise pour un élément ou savoir déjà enregistré par une ou plusieurs communautés. Il n'est pas nécessaire que le droit soit officiellement enregistré pour refuser l'octroi d'un DPI fondé sur lui. Il suffit que la décision soit suffisamment motivée. L'État reconnaît expressément et protège ce qui est décrit comme des « droits intellectuels communautaires *sui generis* », notamment les savoirs, innovations et pratiques des communautés traditionnelles. Ceci inclut, selon l'article 82<sup>470</sup>, des pratiques qui acquerront ce statut dans le futur, témoignant ainsi du fait que, au Costa Rica, les ST ne se confondent pas avec le savoir ancestral et qu'il n'est pas

---

*sui generis* de la Loi sur la biodiversité), ainsi que les lois nationales sur les renseignements non-divulgués, brevet et droit d'auteur. » - Notre traduction.

<sup>467</sup> Loi 7788, *supra* note 437 art 63.3.

<sup>468</sup> Correa, *Derechos*, *supra* note 290 aux pp 251-52; Young-Ing, *supra* note 29 à la p 106.

<sup>469</sup> *Ibid.*

<sup>470</sup> Loi 7788, *supra* note 437 art 82.

obligatoire que le savoir remonte à des temps immémoriaux pour être protégé. Il suffit qu'il soit, ou qu'il devienne, produit dans une communauté traditionnelle<sup>471</sup>.

L'article 7<sup>472</sup>, qui traite des définitions, mérite d'être mentionné pour sa conception de la « biodiversité », qui inclut les « éléments intangibles »<sup>473</sup>. D'après cette loi, l'État reconnaît et protège les savoirs, les innovations et les pratiques des communautés traditionnelles, attachés à l'usage des éléments de la biodiversité, et les savoirs connexes comme des droits intellectuels *sui generis*. Ce droit est légalement reconnu parce qu'il y a reconnaissance du fait que la pratique culturelle et le savoir sont reliés aux ressources génétiques et biochimiques existantes. Ils ne requièrent aucune déclaration préalable, reconnaissance expresse ou registre officiel<sup>474</sup>.

Débutons l'analyse de cette loi – qui emploiera les critères établis ci-dessus – en explicitant ses origines. Le Costa Rica est un pays conscient du fait que les écosystèmes ne sont pas un capital abondant et inépuisable, à l'abri des conséquences de l'activité économique<sup>475</sup>. Fort de cette constatation, son gouvernement a commencé le processus d'élaboration de la loi sur la biodiversité<sup>476</sup>, en comptant sur la participation des parties intéressées, telles que les communautés traditionnelles, scientifiques et représentants du secteur privé. Le but des consultations était d'identifier les éléments de base de la législation avant la rédaction de sa

---

<sup>471</sup> Antunes, *Direito*, *supra* note 287 à la p 478.

<sup>472</sup> *Loi 7788*, *supra* note 437 art 7.

<sup>473</sup> Selon Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 21, ce concept a été emprunté de la *Décision 391*, *supra* note 288.

<sup>474</sup> Correa, *Derechos*, *supra* note 290 aux pp 251-52.

<sup>475</sup> Gretchen C. Daily *et al.*, « The Value of Nature and the Nature of Value » (2000) 289 *Science* 395 à la p 395.

<sup>476</sup> *Loi 7788*, *supra* note 437 art 80.

première version, publiée en 1996. Ce premier texte a circulé et les suggestions ont été reçues. Une nouvelle version plus élaborée a été rédigée. Ensuite, la Commission environnementale a établi une Sous-commission mixte spéciale pour rédiger une deuxième version de la loi, complétée en novembre 1997, et approuvée par l'Assemblée législative en mai 1998<sup>477</sup>. De ce point de vue, la loi ne manque pas de légitimité.

Il s'agit d'une loi qui vise la protection de la biodiversité en général; par conséquent, la protection des ST associés à la biodiversité<sup>478</sup> fait partie de ses objectifs. La loi envisage un nouveau mécanisme de DPI *sui generis* pour protéger les ST<sup>479</sup>.

Le système s'occupe des besoins de développer la capacité des communautés en fournissant plusieurs mesures comme des incitatifs pour la participation de la communauté à la conservation et à l'usage durable de la biodiversité, ainsi que l'octroi d'un financement et d'une assistance pour la gestion communautaire de la biodiversité<sup>480</sup>.

---

<sup>477</sup> Pour les membres de la sous-commission mixte spéciale, voir Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 20.

<sup>478</sup> *Loi 7788*, *supra* note 437 art 82.

<sup>479</sup> *Ibid.*

<sup>480</sup> *Ibid* :

« ARTÍCULO 101.- Incitativos para la participación comunitaria

La participación de la comunidad a la conservación y al uso sostenible de la diversidad biológica es alentada por el apoyo de la asistencia técnica y de los incentivos señalados en esta ley y en su reglamento, especialmente en las zonas donde se han identificado especies amenazadas de extinción, endémicas o raras.

ARTÍCULO 102.- Financiamiento y asistencia a la gestión comunitaria

El Ministerio de Ambiente y Energía, en coordinación con las autoridades públicas competentes y la sociedad civil, dará prioridad a las modalidades de financiamiento y apoyo técnico o de otra naturaleza para los proyectos de gestión comunitaria de la biodiversidad. » - Notre traduction.

La loi prévoit déjà que le registre formel du ST n'est pas nécessaire pour assurer la protection légale du savoir<sup>481</sup>. Cependant, l'inexistence du registre cause une situation juridique difficile, puisque théoriquement des tiers pourront alléguer l'ignorance du ST. C'est le résultat du processus mentionné à l'article 83 qui déterminera si les chercheurs sont dans l'obligation de conclure des accords avec les communautés/détenteurs du ST<sup>482</sup>. Dans la législation du Costa Rica, le registre du droit intellectuel communautaire est une mesure essentiellement défensive pour empêcher des tentatives de réclamation de protection par DPI sur des ST existants<sup>483</sup>. La loi ne s'applique pas à la bioprospection académique sans but lucratif selon son article 4.

L'établissement d'une interface fonctionnelle entre les communautés traditionnelles et les corps administratif et judiciaire est prévu dans l'article 84 :

ARTICLE 84.- Détermination et registre des droits intellectuels communautaires *sui generis*

Par le moyen du procédé indiqué dans l'article antérieur, on dressera l'inventaire des droits intellectuels communautaires *sui generis* spécifiques pour lesquels les communautés demandent la protection, et on maintiendra ouverte la possibilité que, dans le futur, d'autres qui réunissent les mêmes caractéristiques s'inscrivent ou soient reconnus.

La reconnaissance de ces droits au Registre du Bureau technique de la Commission est volontaire et gratuite; elle devra avoir lieu officieusement ou sur la sollicitation des intéressés, sans soumission à aucune formalité.

L'existence de telle reconnaissance dans le Registre obligera le Bureau technique à répondre négativement à n'importe quelle consultation relative à la reconnaissance de droits intellectuels ou industriels sur le même élément

---

<sup>481</sup> *Ibid* art 82.

<sup>482</sup> Antunes, *Direito*, *supra* note 287 à la p 478.

<sup>483</sup> Ruiz *et al.*, *supra* note 280 à la p 796; Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 26.



ou savoir. Telle dénégation, pourvu qu'elle soit dûment fondée, pourra avoir lieu pour le même motif même quand le droit *sui generis* ne sera pas inscrit officiellement<sup>484</sup>.

Cependant, la loi ne fait pas mention de la nécessité d'un contrat écrit pour l'usage commercial. Par conséquent, elle ne prévoit pas la préparation et la formation des communautés, les moyens d'accès à la justice et des recours contre la rupture de contrat ou encore, la biopiraterie de ST dans la juridiction nationale ou étrangère.

Ces lacunes peuvent remettre en cause le caractère effectif du droit de veto absolu des communautés sur la bioprospection commerciale. Car il est effectif seulement sur cette bioprospection et ce, dans les cas expressément prévus à l'article 66 de la loi<sup>485</sup>. Il s'agit spécifiquement de l'objection culturelle, l'hypothèse où l'octroi d'accès implique la violation des pratiques traditionnelles, religieuses, spirituelles, sociales, économiques ou autres des communautés traditionnelles. Cet état de fait démontre que la loi cherche à sauvegarder les valeurs fondamentales des communautés traditionnelles et que l'accès aux ST associés à la biodiversité ne peut pas devenir un instrument de désagrégation culturelle et sociale des groupes fournisseurs de ST associés. Grâce à cette loi, les communautés traditionnelles du Costa Rica peuvent exercer leur droit consistant à s'opposer à leur accès pour des raisons culturelles lorsqu'elles estiment que leurs valeurs fondamentales sont menacées<sup>486</sup>. Il y a lieu d'indiquer au regard des développements précédents que

---

<sup>484</sup> *Loi 7788, supra* note 437 art 84 – notre traduction.

<sup>485</sup> *Ibid* art 66.

<sup>486</sup> Antunes, *Direito, supra* note 287 à la p 477.

l'instrument national de protection des ST respecte les dimensions spirituelles des ST, comme l'atteste par exemple l'article 9.3 :

ARTICLE 9.- Principes Généraux

Constituent des principes généraux pour les fins de mise en œuvre de cette loi, entre autres, les suivants:

[...]

3.- Respect de la diversité culturelle.

La diversité de pratiques culturelles et savoirs associés aux éléments de la biodiversité doit être respectée et encouragée, conformément au cadre juridique national et international, particulièrement dans les cas des communautés paysannes, les peuples autochtones et autres groupes culturels<sup>487</sup>.

Le consentement préalable de la communauté est un prérequis légal pour l'accès et l'usage du ST selon l'article 65 de la loi :

ARTICLE 65.- Consentement préalablement informé

Le Bureau technique devra prévenir les intéressés que, lors de la sollicitation de plusieurs sortes d'accès aux éléments de la biodiversité, ils doivent démontrer le consentement préalablement informé, octroyé par le propriétaire du fond où se développera l'activité ou par l'autorité de la communauté autochtone si celle-ci a lieu dans ses territoires, et au Directeur de la Zone de Conservation<sup>488</sup>.

Tel que souligné, parmi les exceptions aux DPI, figurent les inventions essentiellement dérivées de ST qui appartiennent au domaine public. Pour s'assurer du respect des

---

<sup>487</sup> *Loi 7788, supra* note 437 art 9.3 – notre traduction. Au sujet de cet article, voir Antunes, *Direito, supra* note 287 à la p 477.

<sup>488</sup> *Loi 7788, supra* note 437 art 65 – notre traduction.

exceptions, les registres de propriété intellectuelle et industrielle du Costa Rica doivent consulter la CONGEBIO. Cela n'affecte en rien le droit d'utilisation à des fins non commerciales de ce ST par la communauté.

Pour l'instant les détenteurs du droit intellectuel communautaire *sui generis* sur les ST ne sont pas encore définis<sup>489</sup>. Mais la question fait l'objet de l'article 85 :

ARTICLE 85.- Usage du droit intellectuel communautaire *sui generis*  
 La forme selon laquelle le droit intellectuel communautaire *sui generis* sera utilisé et qu'exercera son détenteur sera déterminée par le moyen du processus participatif. Celui-ci identifiera aussi les destinataires de ses avantages<sup>490</sup>.

La question relative au type d'avantage qui reviendra à la communauté en retour pour l'utilisation de son ST n'est pas prise en considération par la loi, qui ne parvient même pas à identifier le destinataire du partage des avantages découlant de l'utilisation commerciale ou industrielle des ST, même si l'article 10.6<sup>491</sup> fait mention d'une compensation aux communautés pour leurs ST et leur rôle dans la préservation de la biodiversité. D'ailleurs, le texte légal ne fait pas mention de la forme de la compensation. Ces lacunes représentent une faiblesse du régime du Costa Rica.

---

<sup>489</sup> Young-Ing, *supra* note 29 à la p 105; Antunes, *Direito*, *supra* note 287 à la p 478.

<sup>490</sup> *Loi 7788*, *supra* note 437 art 85 – notre traduction.

<sup>491</sup> *Ibid* art 10.6.

## 2.3 Brésil

### *Introduction au cas brésilien*

Le Brésil est un pays connu par la richesse de sa diversité biologique et culturelle<sup>492</sup>. L'Amazonie brésilienne recèle 22 % des espèces de plantes connues dans le monde et 50 % de la biodiversité mondiale, dont 15 % se trouve dans les territoires des communautés autochtones, où elles sont mieux conservées qu'ailleurs. Sa flore constitue environ la moitié des plantes médicinales du monde; néanmoins, le pays bénéficie le moins de la transformation de ses ressources en produits pharmaceutiques, alors que la Suisse — avec vingt fois moins de ressources — est le pays qui bénéficie le plus de leur commercialisation<sup>493</sup>.

Selon Petrova<sup>494</sup>, chaque année, vingt mille échantillons de ces plantes médicinales disparaissent de la forêt. Par conséquent, le Brésil est, avec d'autres pays semblables, l'une des plus grandes victimes de la biopiraterie internationale. Le phénomène n'est pas

---

<sup>492</sup> John B. Kleba, « A Socio-legal Inquiry into the Protection of Disseminated Traditional Knowledge – Learning from Brazilian Cases » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 118 à la p 118.

<sup>493</sup> Catherine Saez, « Indigenous Peoples Walk Out Of WIPO Committe On Genetic Resources » *Intellectual Property Watch* (22 février 2012), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2012/02/22/indigenous-peoples-walk-out-of-wipo-committee-on-genetic-resources/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2012/02/22/indigenous-peoples-walk-out-of-wipo-committee-on-genetic-resources/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 28 janvier 2014); Alben P. Petrova, « From the Amazon to the Alps: A Comparison of the Pharmaceutical Biodiversity Legal Protection in Brazil and Switzerland », (2003) 15 *Pace Int'l. L. Rev.* 247aux pp 249-50, 266.

<sup>494</sup> *Ibid* à la p 249.

récent<sup>495</sup>, mais s'est considérablement accentué dans les dernières 40 années, principalement en raison du besoin de l'industrie pharmaceutique de chercher des réponses effectives en lien avec les maladies que l'on retrouve dans le monde moderne. Il n'y a pas de chiffre exact, mais l'*Institut brésilien de l'environnement et des ressources naturelles renouvelables* (ci-après IBAMA) estime que les pertes du pays liées à la biopiraterie se chiffrent, en dollars américains, à 600 millions par année<sup>496</sup>.

Cependant, l'espoir brésilien de participer au développement biotechnologique, tout en assurant le traitement équitable des détenteurs des ST, a laissé place au désenchantement. Ainsi, alors que la bioprospection prospère, les scientifiques professionnels et les compagnies préfèrent ne pas réaliser d'expériences au Brésil, car ils sont découragés par les

---

<sup>495</sup> En effet, Joe Jackson, *The Thief at the End of the World: Rubber, Power, and the Seeds of Empire*, New York, Viking, 2008, nous indique qu'en 1876 soixante-dix mille semences d'hévéa (*Hevea brasiliensis*), ont été trafiquées du Brésil vers l'extrême Orient, dans une opération où la Couronne britannique a été impliquée. Cette action, que l'on peut qualifier de biopiraterie et qui a parfaitement réussi, a eu des impacts négatifs au Brésil mettant ainsi fin à une période de prospérité de l'économie du nord du pays connu comme le fief du caoutchouc. Jusqu'à cette date, du Brésil provenait 95 % de la production globale de latex, matière première utilisée dans la fabrication de la gomme. Les semences, qui ont fait l'objet de la biopiraterie, ont été amenées à Kew, où elles ont germé et ont été par la suite transportées dans des aires tropicales situées sous le joug de l'Empire britannique (notamment le Sri Lanka et la Malaisie). Elles ont donné naissance à la première plantation d'hévéa hors de l'Amazonie. Trente ans après, le latex, matière produite intensivement dans les plantations anglaises, a envahi le marché, à un prix beaucoup moins cher que le latex « sauvage » produit à base du caoutchouc des arbres natifs de l'Amazonie. L'économie brésilienne de la gomme n'a pas résisté à ce coup de massue. Ainsi, en 1928 l'Amazonie en fabriquait seulement pour 2,3 % de la consommation mondiale. *Contra* Joe Kaplinsky, « Protecting Superstition » (2000) 55:2 IPA Review 8, qui, en traitant la question de l'hévéa comme biopiraterie, nous rappelle les voyages de Sir John Banks avec le capitaine Cook qui, par la suite, a fondé les jardins botaniques royaux de Kew. Selon Mushita et Thompson, *supra* note 65 à la p 22, même si, en général, ces jardins botaniques reconnaissent ou non l'apport des cultivateurs innovateurs originaux, ils ont tout au moins eu le mérite de faire perdurer la tradition consistant à partager librement – parfois gratuitement, parfois moyennant un petit frais. lesdits jardins tout en conservant les plantes dans le domaine public

<sup>496</sup> « O prejuízo com a biopirataria », *Gazeta do Povo* (28 décembre 2009) 2.

coûts des transactions et par les incertitudes juridiques. Ceci retarde le développement de nouveaux médicaments d'importance globale<sup>497</sup>.

La première tentative pour changer cette situation a été faite le 9 novembre 1995, quand Marina Silva, alors sénatrice, a présenté un projet de loi sur les instruments de contrôle de l'accès aux ressources génétiques du pays et d'autres mesures. Le projet avançait l'incorporation de la CDB au droit interne brésilien, qui s'est réalisée en 1998<sup>498</sup>. Cette tentative s'est soldée par un échec, le projet ayant été archivé au Sénat le 9 avril 2007<sup>499</sup>.

Un deuxième pas a été fait avec l'envoi d'un projet de loi à la Chambre des députés en août 1998, qui a été remplacé par la Mesure provisoire (ci-après MP) 2052/98 dans le but d'améliorer le projet. Cette MP a été renouvelée en décembre 2000<sup>500</sup> et finalement remplacée par une MP<sup>501</sup> adoptée en 2001, qui pour l'instant établit le régime d'accès aux ressources génétiques et aux ST pour des fins commerciales et de recherche<sup>502</sup>. Elle définit les droits, les obligations et les procédures qui sont en rapport avec l'APA des ressources génétiques et des ST. Avant de l'analyser, il nous faut expliquer brièvement ce que signifie concrètement la mesure provisoire en droit brésilien.

---

<sup>497</sup> Kleba, *supra* note 492 aux pp 118-19; Petrova, *supra* note 493 à la p 249.

<sup>498</sup> *Décret 2.519*, *supra* note 246.

<sup>499</sup> PLS 306, *Dispõe sobre os instrumentos de controle do acesso aos recursos genéticos do país e dá outras providências*, Brésil, 1995.

<sup>500</sup> *Medida provisória 2,052* de 29 de junho de 2000, D.O.U., 30 juin 2000.

<sup>501</sup> *MP*, *supra* note 245 art 7.

<sup>502</sup> Dias, *supra* note 104.

*La Mesure provisoire en droit brésilien*

Prévue par l'article 62 de la Constitution brésilienne de 1988<sup>503</sup>, la MP est un instrument dont dispose le président de la République lui permettant d'édicter des actes normatifs ayant force de loi. Il s'agit d'un acte en forme de loi qui se produit sans la participation du pouvoir législatif, qui sera appelé à la discuter et à l'approuver ultérieurement<sup>504</sup>. La justification de la MP est l'urgence et l'importance du sujet, conditions appréciées cumulativement.

La nature juridique de la mesure provisoire est très controversée. Elle n'est pas un acte administratif car il ne suffit pas d'être une création du pouvoir exécutif pour avoir cette qualification. Il ne s'agit pas non plus d'un acte législatif, vu que la MP n'est pas une production du pouvoir législatif<sup>505</sup>. Elle pourra être un acte exécutif, dans la mesure où il s'agit d'un produit de l'actuation du pouvoir exécutif; mais cela a lieu aussi avec l'acte administratif, qui a la même origine.

---

<sup>503</sup> *Constituição da República Federativa do Brasil*, 5 de octobre de 1988 [*Constituição*] art 62.

<sup>504</sup> Paulo Napoleão Nogueira da Silva, « Artigos 59 ao 69 », dans Paulo Bonavides et al. (ed), *Comentários à Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro, Forense 2009, 979 aux pp 987-88, nous rappelle que les MP sont plus utilisées dans les régimes parlementaires, où leur rejet par le pouvoir législatif met fin au mandat du gouvernement. Ainsi, plus spécifiquement, dans les régimes parlementaires comme ceux d'Espagne et d'Italie, les gouvernements peuvent émettre des mesures provisoires à leurs risques et périls. Par contre, dans un régime présidentiel, comme celui du Brésil, le rejet d'une MP n'affecte pas le mandat du gouvernement. Pour cette raison, cet instrument n'est pas adapté au présidentielisme. Pour plus de renseignements à propos de la MP en droit italien, veuillez consulter: André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2009, aux pp 1241-42.

<sup>505</sup> José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, à la p 457.

Il faudra donc faire attention à la fonction exécutive qui donne origine aux mesures provisoires<sup>506</sup>. La mesure provisoire peut être considérée comme un acte de gouvernement, puisqu'elle résulte de l'exercice des fonctions de gouvernement de l'exécutif. Elle est comprise dans ces activités qui reflètent les facultés du titulaire, qui les utilise ou non selon les critères d'opportunité et de convenance, comme les fonctions politiques et les fonctions législatives. Matériellement, elle possède force de loi et produit les mêmes effets qu'une loi régulière. Cependant, d'un point de vue technique, il ne s'agit pas d'une loi *stricto sensu*, puisqu'il lui manque le caractère qui découle de la séparation des pouvoirs, soit le processus législatif préalable.

Comme mentionné précédemment, le chef de l'Exécutif peut adopter des MP uniquement lorsque le sujet est important et que l'on se trouve en situation d'urgence; or l'abus du recours à la mesure provisoire retire de cet instrument sa légitimité démocratique<sup>507</sup>. De plus, elles doivent être soumises ultérieurement au Congrès national. La MP entre en vigueur à la date de son édition et reste en vigueur pendant 60 jours à compter de sa publication. Elle peut être prorogée pour plus de 60 jours<sup>508</sup>. Ces délais sont suspendus pendant les vacances des parlementaires<sup>509</sup> c'est-à-dire, entre le 15 décembre et le 15 février. Il y a lieu d'indiquer que la MP peut aussi perdre son efficacité si le Congrès

---

<sup>506</sup> *Ibid.*

<sup>507</sup> Selon Silva, *supra* note 505 à la p 457, les conditions du recours à la MP n'ont jamais été vraiment respectées ; on a édité des MP sur des sujets dépourvus d'importance ou d'urgence. Nogueira da Silva, *supra* note 504 à la p 988, donne comme exemple une MP éditée pour acheter une voiture destinée au Vice-président de la République.

<sup>508</sup> *Constituição*, *supra* note 503 art 62 para 3.

<sup>509</sup> *Ibid* art 62 para 4.



national l'a approuvée et l'a convertie en loi, ce qui la rend en fait effective<sup>510</sup>, ou s'il l'a rejetée, ou encore si elle n'a pas été examinée dans les délais prévus à cet effet<sup>511</sup>. Si la MP perd son efficacité, le Congrès national devra édicter un décret législatif qui s'occupera des situations juridiques établies pendant le temps de l'application de la MP. Si le Congrès n'édicte pas ce décret dans un délai de 60 jours, ces situations resteront réglementées par la MP, comme si elle était encore en vigueur<sup>512</sup>. En conséquence de la perte d'efficacité ou du renvoi, la MP ne produit plus de nouveaux rapports juridiques, mais ceux produits pendant qu'elle était en vigueur ne sont pas affectés par l'extinction de la MP.

Si la MP a été rejetée ou encore, si elle a perdu de son efficacité, elle pourra être rééditée lors de la prochaine session législative<sup>513</sup>.

Ce que nous venons de voir est en rapport avec la rédaction actuelle de l'article 62 de la Charte constitutionnelle de 1988. Cette rédaction ne constitue pas la version originale puisqu'elle découle de l'Amendement constitutionnel 32, daté de 11 septembre 2001<sup>514</sup>. Ce

---

<sup>510</sup> Selon Silva, *supra* note 505 à la p 457, la conversion de la MP en loi implique une double transformation. Ainsi, la première transformation consiste à muter un acte de gouvernement (exécutif) en un acte législatif. Quant à la deuxième transformation, la mutation s'opère dans le sens où la loi, au sens matériel, devient loi au sens formel.

<sup>511</sup> *Constituição*, *supra* note 503 art 62 para 3.

<sup>512</sup> *Ibid* art 62 para 11.

<sup>513</sup> *Ibid* art 62 para 10.

<sup>514</sup> *Amendement constitutionnel 32* du 11 septembre 2001, DOU 12 septembre 2001. Rédaction originale : « Art. 62. En cas d'importance et d'urgence, le Président de la République pourra adopter des mesures provisoires, avec force de loi, et devra les soumettre immédiatement au Congrès National, qui, étant en vacances, sera convoqué extraordinairement pour se réunir dans le délai de cinq jours. Paragraphe unique. Les mesures provisoires perdront de leur efficacité, dès leur édicton, si elles ne sont pas converties en loi dans le délai de trente jours, à compter de leur publication. Il appartient au Congrès d'ordonner les rapports juridiques qui en découlent ». Cette rédaction n'excluait pas la possibilité de rééditer les MP de façon illimitée et ce, tout en leur assurant une mise en vigueur continue.

même amendement, par son article 2, établit qu'une MP éditée antérieurement à sa publication demeurera en vigueur jusqu'à ce qu'une nouvelle MP la révoque expressément

« Art. 62. En cas d'importance et d'urgence, le Président de la République pourra adopter des mesures provisoires, avec force de loi, et devra les soumettre immédiatement au Congrès national.

§ 1<sup>er</sup> Il est interdit d'édicter des mesures provisoires au sujet :

I – relatif à :

- a) Nationalité, citoyenneté, droits politiques, partis politiques et droit électoral;
- b) Droit pénal, procédure pénale et procédure civile;
- c) Organisation du Pouvoir judiciaire et du Parquet général, la carrière et la sûreté de ses membres;
- d) Plans pluriannuels, directives budgétaires, budget et crédits additionnels et supplémentaires, à l'exception de ce qui est prévu à l'art. 167, § 3e;

II – qui a pour objectif la détention ou la saisie de biens, d'épargne populaire ou n'importe quel autre actif financier;

III – réservé à la loi complémentaire;

IV- déjà discipliné en projet de loi approuvé par le Congrès national, qui attend la sanction ou le veto du Président de la République.

§ 2e La mesure provisoire qui implique l'institution ou la majoration des impôts, à l'exception de ceux prévus aux arts. 153, I, II, IV, V et 154, II, seulement produira effet dans l'exercice financier suivant si elle a été convertie en loi jusqu'au dernier jour de l'an où elle a été édictée.

§ 3e Les mesures provisoires, assurées par les dispositions des §§ 11 et 12, perdront leur efficacité, dès leur édicition, si elles ne sont pas converties en loi dans le délai de soixante jours, prorogeable, dans les termes du § 7, une fois pour la même période, le Congrès national devra discipliner, par décret législatif, les rapports juridiques qui en découlent.

§ 4e Le délai auquel fait référence le § 3 sera comptabilisé dès la publication de la mesure provisoire, suspendue pendant les périodes de vacances du Congrès national.

§ 5e La délibération de chacune des chambres du Congrès national sur le fond des mesures provisoires sera conditionnelle au jugement préalable quant au fait de savoir si elle répond aux présupposés constitutionnels.

§ 6e Si la mesure provisoire n'est pas appréciée après quarante et cinq jours à compter de sa publication, elle entrera dans le régime d'urgence, subséquemment, dans chacune des chambres du Congrès national, restant suspendues, jusqu'à la fin de la votation, toutes les autres délibérations législatives de la chambre où elles ont cours.

§ 7e On prorogera une seule fois pour la même période la vigueur de la mesure provisoire qui dans le délai de soixante jours, à compter de sa publication, n'ait pas eu sa votation terminée dans les deux chambres du Congrès national.

§ 8e Les mesures provisoires auront leur votation initiée dans la Chambre des députés.

§ 9e Il revient à la commission mixte de Députés et Sénateurs d'examiner les mesures provisoires et de fournir un avis, avant qu'elles soient appréciées, en sessions séparées, par la plénière de chacune des chambres du Congrès national.

§ 10e Est interdit la réédition, dans la même session législative, de mesures provisoires ayant été rejetées ou ayant perdu leur efficacité pour perte du délai.

§ 11e Si le décret législatif auquel fait référence le § 3e n'a pas été édicté jusqu'à soixante jours après la non-approbation de la mesure provisoire ou sa perte d'efficacité, les rapports juridiques, constitués et découlant des actes pratiqués pendant qu'elle était en vigueur demeureront régis par elle.

§ 12e En cas d'approbation du projet qui convertit la MP en loi, en modifiant le texte original, la MP demeurera intégralement en vigueur jusqu'à ce que le nouveau projet soit objet de sanction ou de veto. » — Notre traduction.

ou jusqu'à la délibération définitive du Congrès national<sup>515</sup>. Or la MP qui nous intéresse a été publiée avant cet amendement, de sorte qu'elle bénéficie de cette survie, qui la rend « permanente » sans besoin d'être renouvelée à chaque 30 jours. Elle est devenue *de facto* un acte légal permanent, même si *de jure* elle demeure toujours une mesure provisoire, et non une loi régulière.

*Présentation de la mesure provisoire 2.186-16*

L'objectif de la MP est de réglementer l'accès au patrimoine génétique, la protection et l'accès aux ST associés, le partage des avantages et l'accès à la technologie et au transfert de technologie pour leur conservation. Elle ne s'applique pas au patrimoine génétique humain ni aux échanges et à la diffusion du patrimoine génétique humain et du ST associé qui a lieu entre les communautés pour leur propre avantage, fondés sur leurs lois ou pratiques coutumières<sup>516</sup>.

Le régime établi par la MP n'est pas donc destiné à la protection des ST en général. En réalité, il s'agit d'un régime qui réglemente l'APA du patrimoine génétique national et des ST associés à ce patrimoine<sup>517</sup>. Le patrimoine génétique et le savoir associé sont définis comme suit : « *patrimoine génétique* – information d'origine génétique, contenue dans des échantillons de spécimen (complet ou partiel) végétal, fongique, microbien ou animal, sous la forme de molécules et de substances provenant du métabolisme de ces êtres vivants ou morts, trouvés *in situ*, notamment dans des conditions domestiques, ou conservés dans des

---

<sup>515</sup> *Ibid* art 2.

<sup>516</sup> *MP, supra* note 245 art 1. Voir: Antunes, *Direito, supra* note 287 à la p 404.

<sup>517</sup> *MP, supra* note 245 art 1.

collections *ex situ*, pourvu que collectés *in situ* sur le territoire national, dans la plateforme continentale ou dans la zone économique exclusive; *savoir traditionnel associé* – information ou pratique, individuelle ou collective, d’une communauté autochtone ou d’une communauté locale, avec une valeur réelle ou potentielle, associée au patrimoine génétique »<sup>518</sup>. Les ST associés à la biodiversité sont considérés comme faisant partie du patrimoine culturel brésilien<sup>519</sup>.

Quant à la protection des ST, elle est explicitée à l’article 8<sup>520</sup>, qui les protège contre l’utilisation et l’exploitation illicite et d’autres actions nuisibles ou non autorisées par l’autorité compétente ou par une institution accréditée<sup>521</sup>.

Le système d’APA s’articule autour du Conseil de gestion du patrimoine génétique (ci-après CGEN)<sup>522</sup>, qui est chargé d’autoriser l’accès aux ressources génétiques et aux ST

---

<sup>518</sup> *Ibid* art 7 — notre traduction.

<sup>519</sup> *Ibid* art 8 para 2.

<sup>520</sup> *Ibid* art 8, qui lit :

« Cette Mesure provisoire protège le savoir traditionnel des communautés autochtones et des communautés locales, associé au patrimoine génétique, contre l'utilisation et l'exploitation illicite et d'autres actions nuisibles ou non autorisées par le Conseil de gestion visé à l'article 10, ou par une institution accréditée.

§ 1er L'État reconnaît le droit des communautés autochtones et des communautés locales de décider de l'usage de leur savoir traditionnel associé au patrimoine génétique du Pays, dans les termes de cette Mesure provisoire et de sa réglementation.

§ 2e Le savoir traditionnel associé au patrimoine génétique dévolu à cette Mesure provisoire intègre le patrimoine culturel brésilien et pourra faire l’objet d’un registre selon les dispositions du Conseil de gestion ou d’une législation spécifique.

§ 3e La protection octroyée par cette Mesure provisoire, ne pourra pas être interprétée de sorte à empêcher la préservation, l'utilisation et le développement des savoirs traditionnels des communautés autochtones ou des communautés locales.

§ 4e La protection ici instituée n’affectera pas, ne portera pas préjudice et ne limitera pas les droits relatifs à la propriété intellectuelle. » — notre traduction.

<sup>521</sup> *Ibid* art 8.

<sup>522</sup> Établi par la *MP*, *supra* note 245 art 10-15, le CGEN est un organe de l’administration fédérale avec fonctions législative et délibérative, composé par des représentants de plusieurs entités gouvernementales, telles que les Ministères (environnement, science et technologie, santé, agriculture, justice, défense, culture,

associés, à la demande de compagnies ou d'institutions de recherche<sup>523</sup>. L'article 10 fixe sa constitution et l'article 11 ses compétences<sup>524</sup>. L'article 15 traite de l'organisation administrative du CGEN au sein du Ministère de l'Environnement et autorise la création d'une unité qui lui servira de secrétariat<sup>525</sup>.

Ce Conseil a vu le jour en 2002, à la suite du Décret 3.945 de 2001<sup>526</sup>, qui est un résultat direct de la MP et représente la mise en œuvre de ses articles 10 à 19<sup>527</sup>. Le décret règle la mise en œuvre du CGEN, spécifiant sa composition<sup>528</sup>, la fréquence de ses réunions<sup>529</sup>, sa

---

relations extérieures, développement, industrie et commerce extérieur), l'IBAMA, l'Institut de recherche du Jardin botanique du Rio de Janeiro, l'Institut national de recherche de l'Amazonie, le Conseil national de développement scientifique et technologique, la Fondation Oswaldo Cruz, l'Entreprise brésilienne de recherche agronomique et d'élevage, la Fondation nationale des autochtones, la Fondation culturelle Palmares et l'INPI, entre autres. Cependant, selon Marina Moreau, « Lei de Acesso é Mais Nociva do que Parece » dans Beto Ricardo et Fany Ricardo, dir, *Povos Indígenas do Brasil 2006/2010*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2011, 73 à la p 75, le CGEN ne permet pas la participation délibérative de représentants de la société civile.

<sup>523</sup> *MP, supra* note 245 art 11 (IV). Selon *Ibid* à la p 73 et Kleba, *supra* note 492 à la p 118, cette demande doit être accompagnée d'une preuve de l'accord de consentement préalable et d'un contrat pour l'usage du patrimoine génétique ou du ST associé et du partage des avantages, passé entre fournisseurs et usagers. Selon Cristine Derani, *ABS in Practice : Navigating Access and Benefit Sharing Procedures in Brazil*, 2011, en ligne : [http://www.ethicalbiotrade.org/dl/UEBT\\_ABS\\_CRIS\\_DERANI\\_final.pdf](http://www.ethicalbiotrade.org/dl/UEBT_ABS_CRIS_DERANI_final.pdf) (date de consultation: 25 avril 2012), il y a lieu d'incorporer aussi à la demande les rapports anthropologiques, la description détaillée des négociations et des explications sur les procès et produits recherchés. Le CGEN demande souvent plus d'informations.

<sup>524</sup> *MP, supra* note 245 art 11.

<sup>525</sup> *Ibid* art 15.

<sup>526</sup> *Decreto N. 3.945* du 28 septembre 2001, D.O.U., 3 octobre 2001 [*Decreto 3945*].

<sup>527</sup> *MP, supra* note 245 arts 10-19.

<sup>528</sup> *Decreto 3945, supra* note 526 art 2

<sup>529</sup> *Ibid* art 2 para 4

procédure délibérative<sup>530</sup> et ses compétences<sup>531</sup>. Ses décisions sont prises à la majorité absolue et son président détient le vote prépondérant<sup>532</sup>.

Une fois mis en place, le CGEN a commencé à fixer des lignes directrices pour les contrats d'usage de ressources génétiques et le partage des avantages. Il a aussi établi des critères pour autoriser l'accès et l'envoi à l'étranger de ressources génétiques et ST associés, ainsi que d'autres critères techniques pour la mise en œuvre des obligations concernées, telles que la création d'une base de données pour le registre des informations sur les ST associés. Ce registre, de caractère complémentaire, a une nature déclaratoire, de sorte que le registre formel du ST n'est pas nécessaire pour assurer la protection légale du ST<sup>533</sup>. Ces autorisations ont commencé à être livrées en 2003, mais la première autorisation d'accès pour la bioprospection n'a été accordée qu'en 2004<sup>534</sup>.

Selon l'article 16, l'accès aux ressources génétiques *in situ* et aux ST associés se fera par le biais de la collecte d'échantillons et d'informations par une institution nationale publique ou privée de R&D, autorisée préalablement<sup>535</sup>. Vers la fin de l'expédition, elle doit fournir une déclaration qui énumère le matériel recueilli<sup>536</sup> tandis que des sous-échantillons du matériel collecté doivent être déposés *ex situ*, dans une institution accréditée<sup>537</sup>. S'il y a une

---

<sup>530</sup> *Ibid* art 4

<sup>531</sup> *Ibid* art 3.

<sup>532</sup> Paulo de Bessa Antunes, *Diversidade Biológica e Conhecimento Tradicional Associado*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002 [Antunes, *Diversidade*] à la p 51.

<sup>533</sup> *MP*, *supra* note 245 art 8 para 2.

<sup>534</sup> Derani, *supra* note 523.

<sup>535</sup> *MP*, *supra* note 245 art 16.

<sup>536</sup> *Ibid* art 16 para 1-2.

<sup>537</sup> *Ibid* art 16 para 3.

perspective d'usage commercial de la ressource génétique *in situ* et de son ST associé, l'accès sera octroyé seulement après la signature d'un accord de partage des avantages<sup>538</sup>. Par ailleurs, si le potentiel économique s'est révélé alors que la permission d'accès a déjà été octroyée, l'accord de partage des avantages doit être signé aussitôt que le potentiel économique devient une certitude<sup>539</sup>. L'accès par des institutions étrangères sera octroyé seulement en association avec une institution nationale publique qui coordonnera les activités. Cette association suppose que l'activité principale des deux institutions est la R&D en rapport avec la biologie<sup>540</sup>. Le pouvoir d'autorisation est délégué au Conseil national de recherche (CNPq) quand une institution étrangère fait partie des activités de collecte de ressource génétique et d'accès aux ST dans une activité non associée à la bioprospection, conformément à l'article 12<sup>541</sup>.

L'envoi d'échantillons à l'étranger suppose une autre autorisation préalable émanant de l'autorité nationale compétente, de la communauté autochtone et de l'agence officielle autochtone (FUNAI), quand l'accès a lieu dans un territoire autochtone<sup>542</sup>.

L'État reconnaît aux communautés traditionnelles le droit de décider de l'utilisation de leurs ST. Elles peuvent même empêcher que de tierces parties non autorisées utilisent ou réalisent des essais ou des enquêtes liées au savoir associé ou divulguent, transmettent ou

---

<sup>538</sup> *Ibid* art 16 para 4.

<sup>539</sup> *Ibid* art 16 para 5.

<sup>540</sup> *Ibid* art 16 para 6.

<sup>541</sup> *Ibid* art 12.

<sup>542</sup> *Ibid* art 16 paras 8-9.

retransmettent des données ou informations qui intègrent ou constituent le ST associé<sup>543</sup>. Elles ont aussi droit aux avantages découlant de l'exploitation économique, par de tierces parties, de leurs ST associés, avantages qui doivent leur être retournés<sup>544</sup>, ce qui comprend le droit à la mention de l'origine de leur savoir dans toutes les publications, usages, exploitations et divulgations<sup>545</sup>.

Par contre, les communautés traditionnelles disposent d'un droit de veto absolu<sup>546</sup>. Les communautés peuvent refuser l'usage commercial de leurs savoirs. En cas d'intérêt public, l'article 17 prévoit la dispense d'autorisation préalable des propriétaires pour l'entrée dans des zones publiques ou privées, même celles des communautés traditionnelles, afin d'y accéder et de faire la cueillette d'échantillons de ressources de la biodiversité, les propriétaires devant en être informés par avance. Cette exception ne s'applique pas aux ST.

L'article 21<sup>547</sup> prévoit que l'institution étrangère qui reçoit des échantillons de ressources génétiques ou un ST associé doit faciliter l'accès à la technologie ainsi que le transfert de technologie relative à l'utilisation et à la conservation de la ressource génétique ou du ST associé. Le transfert sera fait à l'institution nationale responsable de l'accès ou à une autre institution nationale suggérée par la première.

---

<sup>543</sup> *Ibid* art 9(II).

<sup>544</sup> *Ibid* art 9(III).

<sup>545</sup> *Ibid* art 9.

<sup>546</sup> *Ibid* art 8 para 1, art 9 (II) .

<sup>547</sup> *Ibid* art 21.



L'usage commercial (même potentiel<sup>548</sup>) du ST suppose la rédaction d'un contrat écrit défini par l'article 7(XIII)<sup>549</sup> et décrit dans l'article 28<sup>550</sup>. Il doit être soumis au CGEN et ne sera effectif qu'après son accord<sup>551</sup>. Les contrats qui ne respectent pas les dispositions de la MP et de son règlement sont nuls<sup>552</sup>.

L'article 30 traite des infractions administratives contre le patrimoine génétique ou les ST associés, qui ont été définies de façon assez générique : constitue une infraction, toute

---

<sup>548</sup> *Ibid* art 16 para 4-5, qui se lit comme suit :

« Article 16 L'accès à des composants du patrimoine génétique et aux savoirs traditionnels associés existant en condition *in situ* sur le territoire national, notamment dans la plateforme continentale et dans la zone économique exclusive, aura lieu par collecte d'échantillon et d'information, et sera ouvert seulement à des institutions nationales, publiques ou privées, qui exercent des activités de recherche et de développement dans les domaines biologiques et connexes, avec consentement préalable, dans la forme de cette Mesure provisoire :

[...]

4 – En cas de perspective d'usage commercial, l'accès à l'échantillon du composant du patrimoine génétique, en condition *in situ*, et au savoir traditionnel associé pourra seulement avoir lieu après la signature du Contrat d'utilisation du patrimoine génétique et de partage des avantages. »

<sup>549</sup> *Ibid* art 7(XIII), qui se lit comme suit :

« Article 7 Outre les concepts et définitions contenus dans la Convention sur la diversité biologique, on considère aux fins de cette Mesure provisoire :

[...]

XIII - Contrat d'utilisation du patrimoine génétique et de partage des avantages : instrument juridique multilatéral, qui qualifie les parties, l'objet et les conditions d'accès et d'envoi des composants du patrimoine génétique et des savoirs traditionnels associés, ainsi que les conditions pour le partage des avantages. »

<sup>550</sup> *Ibid* art 28, qui se lit comme suit :

« Article 28 Les clauses essentielles du Contrat d'utilisation du patrimoine génétique et de partage des avantages, dans la forme du règlement, sans préjudice des autres, sont celles qui s'articulent autour de :

I - objet, éléments, quantification de l'échantillon et usage prétendu;

II - délai;

III - forme de partage juste et équitable des avantages et, selon le cas, l'accès à la technologie et au transfert de technologie;

IV - droits et responsabilités des parties;

V - droit de propriété intellectuelle;

VI - rescision;

VII - pénalités;

VIII - juridiction compétente au Brésil.

Paragraphe unique. Quand l'Union est partie, le contrat référé dans le texte introductif de cet article sera régi par le régime juridique de droit public. »

<sup>551</sup> *Ibid* art 29.

<sup>552</sup> *Ibid* art 29 para unique.

action ou omission qui viole les normes de la MP et les dispositions légales qui en découlent. Par contre, les sanctions applicables forment une liste de treize types.

### *Analyse de la mesure provisoire*

La MP a apporté un certain nombre de contributions intéressantes pour la conception de la protection des ST associés au patrimoine génétique (soit la catégorie de ST dont la MP s'occupe)<sup>553</sup>, parmi lesquelles figurent deux idées centrales. La première est l'affirmation claire qu'il n'y a pas de libre accès aux recours de la diversité biologique; celle-ci est un patrimoine de la nation et se trouve sous le contrôle de l'État<sup>554</sup>. La deuxième idée découle de la première : l'accès aux recours du patrimoine génétique ne peut avoir lieu que dans le régime d'autorisation avec le consentement préalable de la communauté détentrice du ST<sup>555</sup>. Dans ce régime, l'autorisation prend la forme d'une licence dont la MP établit les termes du contrat<sup>556</sup>. Un autre aspect positif de MP consiste en ce qu'elle reconnaît la nature déclaratoire des droits de la communautés sur leur ST et leur droit de veto sur l'usage du ST<sup>557</sup>, soit dans le cas de la bioprospection universitaire ou commerciale, différence faite par la MP<sup>558</sup>. La MP établit aussi que tous les ST sont collectifs, dans le sens qu'ils

---

<sup>553</sup> *Ibid* art 1(II).

<sup>554</sup> *Ibid* art 1.

<sup>555</sup> *Ibid* art 8.

<sup>556</sup> *Ibid* art 28.

<sup>557</sup> *Ibid* art 8.

<sup>558</sup> *Ibid* art 7.

appartiennent à la communauté, même s'ils sont détenus par seulement un de ses membres<sup>559</sup>.

Par contre, ce régime présente quatre limites de taille: la nature de l'acte qui l'a créé, le peu d'ampleur de son objet, la lourdeur du système de mise en œuvre et les lacunes laissées ouvertes dans le traitement de plusieurs aspects.

Nous l'avons déjà constaté dans les développements précédents, la première de ces fragilités est congénitale. Le régime a été introduit par une mesure légale provisoire. Or, ce genre d'acte légal devrait en principe être validé par le pouvoir législatif. Or, dans ce cas spécifique, la MP ne sera pas soumise au législatif, ce qui lui enlève la légitimité. Par cet aspect, le régime brésilien se trouve bien au-deçà du péruvien. En effet, la MP ne résulte pas d'un processus législatif régulier; elle n'a pas été élaborée dans le cadre d'une loi *stricto sensu*, avec la participation de la société en général, représentée par les députés, et des États-membre de la fédération, représentés par les sénateurs.

Si le processus adopté avait eu l'ampleur d'un débat national, on aurait tout au moins consulté le secteur de la population directement concerné, à savoir les communautés traditionnelles, qui ne sont pas représentées de manière spécifique dans les chambres législatives. Ainsi, pour compenser cet état de fait, la MP prévoit la réalisation par le CGEN des débats et des consultations publiques sur les sujets dont elle a la charge<sup>560</sup>. Or il s'agira toujours d'une participation *post facto*, postérieure à la publication de la MP. Évidemment,

---

<sup>559</sup> *Ibid* art 9 para unique.

<sup>560</sup> *Ibid* art 10(VI).

cette prévision tardive ne satisfait pas notre critère d'efficacité par rapport à la participation des communautés à l'élaboration de la législation.

Cependant, un fait externe a favorisé un climat propice à la mise sur pied d'une nouvelle loi. En effet, l'approbation du Protocole de Nagoya représentait pour le Brésil une condition *sine qua non* à l'acceptation de l'ensemble des décisions de la dixième conférence des parties de la CDB (ci-après CdP 10). Les autorités brésiliennes pensent que le Protocole devra être complété par de nouvelles règles internationales sur l'APA et qu'il devra stimuler la création d'une législation nationale sur le sujet, laquelle se trouve en discussion au sein du gouvernement dès la publication de la MP. La question est complexe et suscite des conflits d'intérêt légitimes, peut-être plus nombreux dans la propre sphère gouvernementale que dans la société en général. En mars 2013, après 5 ans de débat, un avant-projet de loi est sorti de la sphère ministérielle et est arrivé au Cabinet civil de la Présidence de la République. Toutefois la Présidence n'a pas fixé un délai pour envoyer le projet à l'appréciation du pouvoir législatif, où le projet ferait certainement l'objet d'un grand débat sur les modalités de partage des avantages<sup>561</sup>.

On s'attend à ce que le projet de loi soit plus favorable à la recherche et à l'innovation technologique, au contraire de la MP, qui était le résultat de la préoccupation du pays avec la biopiraterie, la fuite des éléments de la biodiversité et des ST, et, de ce fait, a établi une réglementation peu fonctionnelle, comme nous le verrons.

---

<sup>561</sup> Danilo Fariello, « Depois de longo impasse, governo vai regulamentar acesso à biodiversidade », *O Globo [du Rio de Janeiro]* (17 mars 2013) 8.

On espère que le projet, par contre, offre plus de sécurité juridique aux entreprises et moins de bureaucratie pour réaliser de la bioprospection. D'ailleurs, cet avant-projet a déjà l'avantage d'avoir promu des discussions avec les industries de médicaments, cosmétique et alimentaire, ainsi qu'avec des représentants des communautés traditionnelles et scientifiques<sup>562</sup>. Ce procédé remplacerait le rite monocratique d'une proposition faite à huis clos dans les bureaux de l'exécutif qui, selon ce qu'a reconnu le gouvernement à plusieurs reprises, est inutile et obsolète<sup>563</sup>.

Ayant pour but de prévenir la biopiraterie<sup>564</sup>, la MP ne s'occupe que d'une catégorie de ST, le « savoir traditionnel associé au patrimoine génétique, important pour la conservation de la diversité biologique, l'intégrité du patrimoine génétique du pays et l'utilisation de ses composants »<sup>565</sup>. Autrement dit, elle ne réglemente pas la protection des ST *per se* mais plutôt l'accès au patrimoine génétique national et aux ST associés. De ce fait, la MP ne fait pas mention des savoirs traditionnels qui se trouvent dans le domaine public.

Le régime brésilien a mis en place un système très lourd pour faire la gestion du patrimoine génétique. La structure du système comprend les organismes administratifs responsables et l'ensemble des normes et des procédés qui sont à la base de leur fonctionnement.

---

<sup>562</sup> *Ibid*; Fabiane Ziolla Menezes, « Avançamos com a COP-10? », *Gazeta do Povo [de Curitiba]* (3 novembre 2010) 18; Entrevue de Bráulio Ferreira de Souza Dias, secrétaire de biodiversité et forêts du Ministère de l'Environnement du Brésil (présentement secrétaire exécutif de la CDB), faite par Herton Escobar, « Não tem mais o que negociar. Agora é agir », *Estadão* (26 janvier 2012) en ligne: [Estadao.com.br<www.estadao.com.br/noticia>](http://Estadao.com.br<www.estadao.com.br/noticia>).

<sup>563</sup> Fariello, *supra* note 561.

<sup>564</sup> Correa, *Derechos*, *supra* note 290 à la p 250.

<sup>565</sup> *MP*, *supra* note 245 art 1(II).

Le CGEN est l'autorité chargée d'établir le lien entre les communautés traditionnelles et les personnes intéressées aux savoirs traditionnels détenus par lesdites communautés. Dès son début, ce conseil a connu des rapports difficiles avec la communauté scientifique et les entreprises, qui l'accusent d'être bureaucratique et inefficace<sup>566</sup>. Ce fait serait dû aux déficiences de la MP, qui finit par restreindre l'actuation des scientifiques et par compliquer le travail du gouvernement lui-même, qui marche sur des œufs pour classer la qualité des recherches et distinguer la recherche scientifique de l'exploitation commerciale<sup>567</sup>. La MP définit la bioprospection sans différencier la bioprospection commerciale de la bioprospection universitaire<sup>568</sup>. Par exemple, en principe, la procédure prend sept mois maximum, mais deux ans sont une estimation beaucoup plus réaliste d'une procédure réussie d'obtention de l'autorisation d'APA<sup>569</sup>.

La participation de l'IBAMA au contrôle de l'accès a commencé en 2005, en application du Décret 5459<sup>570</sup>, qui a pris effet afin de préciser les conditions de la mise en œuvre de l'article 30 de la MP<sup>571</sup>. Ce document légal a édicté un certain nombre d'infractions administratives pour sanctionner les fautes commises contre le patrimoine génétique ou ST associés découlant du non-respect des procédures d'APA établies dans la MP. Finalement,

---

<sup>566</sup> Herton Escobar, « Lei de acesso a recursos genéticos da biodiversidade continua travada », *O Estado de S. Paulo* (31 mars 2009) A14.

<sup>567</sup> Fariello, *supra* note 561.

<sup>568</sup> MP, *supra* note 245 art 7 (VII).

<sup>569</sup> Derani, *supra* note 523.

<sup>570</sup> Décret 5.459, *supra* note 247.

<sup>571</sup> MP, *supra* note 245 art 30.

ce décret<sup>572</sup> désigne l'IBAMA comme agence environnementale fédérale responsable de la surveillance et la sanction pour la violation des règles établies dans la MP.

En août 2007, face à l'impossibilité de traiter légalement les demandes pour des produits existants, le CGEN a décidé de ne plus analyser ces demandes, de sorte qu'il s'occupe principalement des demandes d'institutions de recherche, à l'exception de cinq autorisations octroyées à l'entreprise cosmétique Natura Cosméticos et une à la compagnie Extracta<sup>573</sup>.

En conséquence, en novembre 2010, l'IBAMA a commencé à appliquer des amendes substantielles aux compagnies dont les demandes portaient sur des produits existants, puisque, s'ils existaient déjà, c'était une indication que les compagnies demandaient la régularisation pour des activités menées de façon irrégulière. Il se peut que les compagnies en question exerçaient leurs activités antérieurement à l'adoption des normes pertinentes, et dans ce cas elles contesteront l'amende, en invoquant le principe de la légalité. Cet état de fait montre que le système en vigueur au Brésil n'est pas efficace<sup>574</sup>.

À partir de mars 2011, l'IBAMA a demandé des informations aux compagnies qui n'avaient jamais fait une demande de CGEN, mais dont les produits, selon leurs étiquettes ou publicités, démontraient qu'ils utilisaient des espèces de la biodiversité brésilienne. Face

---

<sup>572</sup> *Décret 5.459, supra note 247 art 4.I.*

<sup>573</sup> *Derani, supra note 523.*

<sup>574</sup> *Ibid.*

à ces actions, le CGEN a renouvelé ses efforts pour développer un cadre réglementaire plus efficace, qui, pour l'instant, consiste en un projet de décret<sup>575</sup>.

La bureaucratie brésilienne, qui se caractérise par sa lourdeur de même que par sa lenteur, induit nécessairement des effets négatifs au regard de la bioprospection, étant cause du nombre réduit de demandes provenant des compagnies qui veulent respecter les procédures d'APA. En réalité, elles sont perçues comme complexes et extrêmement coûteuses, de sorte que plusieurs compagnies prennent plutôt le risque d'ignorer lesdites réglementations car leur respect serait plus onéreux pour elles. De même, les universités et les entreprises brésiennes intéressées par la responsabilité sociale et à faire de la bioprospection de façon légitime se retrouvent même sous la surveillance de l'IBAMA. Les unes comme les autres doivent faire face à un processus interminable pour l'obtention de l'autorisation. D'où l'option, choisie aussi bien par certaines d'entre elles que par quelques multinationales, de l'utilisation des ressources génétiques et de leurs ST associés sans autorisation du CGEN<sup>576</sup>. Par conséquent, ils attribuent leurs pratiques de biopiraterie à une lourdeur administrative trop élevée, ce qui saurait expliquer leur conduite, mais non la justifier.

Ceci n'est pas un trait exclusif de la protection aux ST par le MP brésilienne. Les acteurs économiques dans bien d'autres secteurs argumentent que les systèmes réglementaires envisagés sont trop complexes et coûteux pour s'affranchir du contrôle étatique.

---

<sup>575</sup> *Ibid.*

<sup>576</sup> Moreau, *supra* note 522 à la p 75.



Dans ces situations, il faut distinguer ce qui est dû au plan normatif et ce qui résulte du plan simplement administratif. L'une des conséquences de cette pratique stimulée par la MP est bien spécifique aux ST: pour réduire ces entraves, les demandeurs décident de ne pas mentionner la contribution du ST associé à leurs recherches, même lors d'une demande d'accès à des ressources génétiques<sup>577</sup>.

Enfin, le système en vigueur au Brésil finit par inciter les acteurs intéressés aux ST à nier même la reconnaissance morale aux communautés traditionnelles. Évidemment les communautés détentrices du ST sont les seules victimes, à la fois d'un système, qui ne les protège pas, et des agents économiques, qui préfèrent oublier les compensations dues et se concentrer sur leurs profits. Cette situation montre que le Brésil nécessite un mécanisme effectif de protection des ST, qui idéalement serait simple. S'il était complexe, il faudrait qu'il soit au moins capable d'empêcher qu'au but du compte les communautés soient amenées à payer le prix d'un mauvais système. Même si cela est difficile, il est plus faisable de changer le système que d'essayer de rendre les intéressés aux ST plus respectueux, sans pour autant faire retomber sur eux tout le poids de la loi.

Ce que l'on constate c'est que la MP n'ouvre pas une voie large et fluide pour ceux qui s'intéressent à l'accès. Examinons maintenant ce qu'elle offre aux communautés traditionnelles. Pour ce qui est du partage des avantages, les déterminations de la MP sont assez floues et incertaines. L'avantage qui doit être octroyé à la communauté n'est pas

---

<sup>577</sup> *Ibid.*

clairement spécifié par la MP<sup>578</sup>. La MP se limite à décrire les formes possibles de partage des avantages, qui repose sur la division de profits, le paiement de redevances, l'accès et le transfert de technologie, le licenciement gratuit de produits et procédés et la formation de ressources humaines<sup>579</sup>. Selon Antunes<sup>580</sup>, cet article, au lieu de définir la forme de partage des avantages, en donne des exemples, de sorte que toute forme de partage des avantages établie entre les parties contractantes est valide et légale, si après la signature du contrat il y a une amélioration concrète pour la partie qui en contrôle l'accès. Il faudra donc réglementer de façon plus stricte le partage des avantages afin de prévenir des éventuels abus qui se traduisent en préjudice contre ceux qui détiennent les ST et sauvegardent la biodiversité.

La réglementation de la MP n'apporte aucune indication sur le partage, sauf quant aux sanctions applicables aux cas d'omission de partage des avantages et d'omission de l'indication de l'origine du ST, fixées par le *Décret 5.459*<sup>581</sup>.

Par ailleurs, à propos des DPI, la MP se caractérise encore par des dispositions vagues quant aux différentes formes de propriété. En effet, le système brésilien n'impose pas de conditions spécifiques aux compagnies et organisations pour l'obtention des DPI. La MP précise que « [l]a protection maintenant instituée n'affectera pas, ne portera préjudice, ne

---

<sup>578</sup> MP, *supra* note 245 art 24.

<sup>579</sup> *Ibid* art 25.

<sup>580</sup> Antunes, *Direito supra* note 287 à la p 423.

<sup>581</sup> *Décret 5.459, supra* note 247, qui réglemente l'article 30 de la MP, *supra* note 245. Il détermine les sanctions applicables aux conduites et activités nuisibles au patrimoine génétique ou aux ST associés, entre autres mesures.

limitera pas les droits relatifs à la propriété intellectuelle »<sup>582</sup>. Le Chapitre VII de la MP (articles 24 à 29), relatif au partage des avantages, est conforme à la CDB en ce qu'elle adopte la possibilité que le partage des avantages ait lieu par DPI ou par un droit *sui generis*.

Finalement, pour ce qui est de la protection des ST, deux résolutions<sup>583</sup> sont entrées en vigueur le 2 janvier 2007, relatives à la concession du certificat d'origine pour des fins de demande de brevet issu des ressources biogénétiques et des savoirs traditionnels. Ce document, appelé *Certificat d'origine légale*<sup>584</sup>, consiste dans la mise en œuvre de l'article 31 de la MP<sup>585</sup>, lequel conditionne l'octroi de DPI sur procès ou produit obtenu à partir d'un échantillon du patrimoine génétique. Malgré le nom de *certificat*, il s'agit de deux formulaires qui accompagnent la demande de brevet. Le premier est la *Déclaration d'accès au patrimoine génétique*, dans laquelle le demandeur du brevet doit indiquer le numéro d'autorisation d'accès obtenu auprès du CGEN et l'origine du matériel génétique ou ST. Le second est la *Déclaration négative d'accès au patrimoine génétique*, dans laquelle le demandeur déclare à l'INPI que l'objet du brevet n'a pas été obtenu à partir d'un échantillon du patrimoine génétique national après le 30 juin 2000 (date de la MP<sup>586</sup>). Fournir ces informations est une condition pour la continuité du processus de demande de brevet. Des

---

<sup>582</sup> *Ibid* art 8 para 4.

<sup>583</sup> *Resolução N.º 23* du 10 novembre 2006, DOU 28 décembre 2006 de la part du CGEN et *Resolução N.º 134* du 13 décembre 2006, DOU 28 décembre 2006 de la part de l'INPI. Ces résolutions ont été remplacées par la *Resolução N.º 34* du 12 février 2009, DOU 30 avril 2009 de la part du CGEN et *Resolução N.º 69* du 18 mars 2013, DOU 18 mars 2013, de la part de l'INPI, tous les deux sont actuellement en vigueur.

<sup>584</sup> Gervais, *L'Accord*, *supra* note 80 à la p 97.

<sup>585</sup> *MP*, *supra* note 245 art 31.

<sup>586</sup> *Ibid*.

champs similaires ont été inclus aussi dans le formulaire *Traité de coopération en matière de brevet*<sup>587</sup> - *étape nationale* pour les demandes faites à partir du 2 janvier 2007. Si des informations fausses sont identifiées dans le formulaire, le signataire est sujet à des actions administratives et pénales. Le certificat est une déclaration volontaire de l'intéressé faite dans la demande de brevet. C'est la raison pour laquelle il faut disposer d'un système complémentaire pour contrôler les demandes de brevet biotechnologique afin de s'assurer de l'exactitude et de la vérité des déclarations et pour réagir en cas de violation de la norme. L'article 10(VIII) du *Décret 5.459*<sup>588</sup> prévoit déjà comme sanction la suspension ou l'annulation du registre, du brevet, de la licence ou de l'autorisation.

Par rapport aux détenteurs du droit, la MP les identifie comme « la communauté, même quand seulement un individu, membre de cette communauté, détient ce savoir »<sup>589</sup>. Selon Antunes<sup>590</sup>, l'intention est de protéger le savoir des *shamans*, guérisseurs et autres individus qui théoriquement détiennent le ST associé reconnaissant le caractère social et collectif du ST, car les pratiques demeurent collectives même si elles ont une expression individualisée<sup>591</sup>. Cependant, pour Kleba<sup>592</sup>, la MP ne spécifie pas comment la communauté doit être démarquée. À cet égard, il y a lieu de signaler un problème patent dans la mesure

---

<sup>587</sup> *Traité de coopération en matière de brevets*, 19 juin 1970 en ligne : OMPI <www.wipo.int> (dernière modification : 3 octobre 2001).

<sup>588</sup> *Décret 5.459*, *supra* note 247 art 31.

<sup>589</sup> *MP*, *supra* note 245 art 9 para unique.

<sup>590</sup> Antunes, *Direito*, *supra* note 287 à la p 470.

<sup>591</sup> Anne-Claire Gayet, « La protection du savoir traditionnel comme partie intégrante d'une nouvelle approche de la propriété intellectuelle », (2009) 14 *Lex Electronica* 1 aux pp 2-3, réaffirme que les ST sont rarement liés à des auteurs individuels mais, plus usuellement, à une communauté.

<sup>592</sup> Kleba, *supra* note 492 à la p 122-23.

où quelques groupes d'une même ethnie bénéficient de la reconnaissance de leur autonomie lors des accords de partage des avantages, tandis que d'autres n'en bénéficient pas. Par exemple, dans le cas du peuple *Krahô*, leurs savoirs sont partiellement partagés entre eux et quatre autres groupes de la famille linguistique *Timbira*<sup>593</sup>, ainsi qu'avec quelques voisins géographiques comme les *Xerente*. Même parmi les *Krahô* il semble que leur homogénéité soit évidente seulement aux yeux des blancs, car les *Kenpocatêjê*, qui se sont auto-nommés *Krahô*, sont rivaux des *Makraké*, qui sont considérés comme des *Krahô* malgré leur origine *Makraké*, et alors les deux peuples affirment qu'ils sont les vrais *Krahô*. Partant, quand Rodrigues<sup>594</sup> a passé un accord avec l'association *Vyty-Cati*, qui se dit représentante de tous les peuples *Timbira*, le CGEN n'as pas accepté, car elle n'a pas prouvé que le ST était restreint à seulement ce groupe ethnique au Brésil ou même en Amérique. Par contre, les *Krahô*, représentés par l'association *Kapéy*, sont de l'avis que seulement eux ont le droit de négocier leur ST et non tous les *Timbira*. Bref, si un ST négocié seulement avec les *Krahô* permet la production d'un médicament mondialement reconnu, les *Krahô* seront les seuls bénéficiaires de l'accord d'APA. Les *Canela* néanmoins pourront prouver devant la Cour qu'ils partagent le même ST et demander la participation dans un nouveau contrat de partage des avantages. On trouve aussi des exemples de la situation inverse : dans le cas de l'usage médicinal de la sécrétion de la grenouille *Phyllomedusa bicolor*, les chefs du groupe *Katukina* ont décidé d'attribuer le ST au groupe ethnique situé dans l'État brésilien de l'Acre et au Pérou, même si son usage est associé plus spécifiquement à quelques

---

<sup>593</sup> Selon Rodrigues, *supra* note 149 à la p 30 *Apinajé, Canela, Krikati et Gaviao*.

<sup>594</sup> *Ibid.*

regroupements à l'intérieur de ce groupe ethnique. On n'observe pas une uniformité de critères dans la reconnaissance de certains droits en lien avec les communautés traditionnelles.

La MP a laissé dans l'ombre plusieurs points, ce qui produit une certaine incertitude. Par exemple, elle n'a pas établi de normes relatives à l'exercice des différentes formes de droit de propriété, matérielle ou non, liées à un élément du patrimoine génétique ou au ST dont on a obtenu l'accès ou au lieu où il a été collecté<sup>595</sup>.

Par conséquent, le détenteur du droit du produit résultant de l'utilisation de la ressource génétique et le détenteur du ST doivent tous les deux chercher ailleurs la base légale pour exercer leurs droits. Il se pourra que l'un s'appuie sur un document légal différent de celui auquel l'autre fait appel.

De même, les dispositions de la MP demeurent véritablement floues aussi bien quant à la forme que le consentement doit prendre qu'aux conditions qui entourent l'obtention dudit consentement. Ainsi, la MP indique que les chercheurs sont obligés d'obtenir le consentement préalable des communautés détentrices du ST pour pouvoir y accéder mais charge le CGEN de délibérer à ce propos<sup>596</sup>. Le consentement préalable doit être présenté au CGEN qui, à son tour, donnera ou non l'autorisation<sup>597</sup>. Il faudra, en quelque sorte,

---

<sup>595</sup> Antunes, *Diversidade*, *supra* note 532 à la p 39.

<sup>596</sup> *MP*, *supra* note 245 art 11 (IV).

<sup>597</sup> *Ibid* art 16 para 9 (I).

demander le consentement deux fois, l'une à la communauté et l'autre au CGEN, au risque d'obtenir une réponse négative la deuxième fois.

Par ailleurs, la MP est aussi dépourvue de toute solution en cas de litige lors de la rupture d'un contrat. En effet, la MP n'a pas prévu de procédures d'accès à la justice ni d'axes de solutions consistant à remédier à la problématique de la biopiraterie en lien avec le ST.

Un autre exemple de traitement lacunaire est celui conféré aux communautés traditionnelles. Exclues dans la création du système, c'est-à-dire dans l'élaboration de la MP, elles le sont aussi dans la mise en œuvre du système, une fois qu'on leur refuse la participation effective au sein du CGE. La FUNAI, qui est l'organisme du gouvernement fédéral chargé des politiques autochtones, siège au CGEN, mais elle ne représente pas les communautés autochtones, qui enfin ne sont pas représentées dans ce Conseil, d'après les dispositions légales. La Fondation Palmares siège aussi au CGEN mais, malgré son nom, qui est celui de la première communauté *quilombola* du Brésil<sup>598</sup>, elle est aussi une fondation du gouvernement fédéral rattachée au Ministère de la culture. Sa mission est de préserver les manifestations culturelles afro-brésiliennes en général, parmi lesquelles se trouvent certes les ST des communautés *quilombolas*, mais elle ne les représente pas. Et même si c'était le cas, on parlerait du représentant de seulement une communauté locale parmi environ 200 peuples autochtones que l'on retrouve sur le territoire national du

---

<sup>598</sup> Antunes, *Diversidade*, supra note 532 à la p 50.

Brésil<sup>599</sup>. En conséquence de la pression faite par des mouvements autochtones et de la société civile en général, le CGEN a fait une concession et a invité les représentants de ces mouvements à participer à des réunions, cependant sans droit de vote.

Il est préoccupant que les décisions sur les ST soient prises par des institutions dépourvues d'un mécanisme de participation des communautés qui détiennent ces savoirs, alors qu'il serait indispensable de prévoir leur participation effective, avec un droit de vote<sup>600</sup>.

Bien plus, la MP ne prend pas en compte les droits collectifs, les lois et pratiques coutumières ou encore, la notion de respect et ce, eu égard aux dimensions spirituelles des ST.

La MP ne prévoit pas non plus la préparation et la formation de représentants de la communauté chargés de leurs intérêts auprès des instances administratives et judiciaires. La MP mentionne la formation à l'article 22(II) comme modalité de transfert de technologie<sup>601</sup> et à l'article 25(V) comme forme de partage des avantages<sup>602</sup>, mais sous une forme assez générale, car les communautés traditionnelles n'y sont pas expressément mentionnées. Néanmoins, il y a lieu de supposer qu'elles y sont incluses. Par la suite, l'article 33 établit,

---

<sup>599</sup> Dias, *supra* note 104.

<sup>600</sup> Joao Neves et Luciene Pohl, « A difícil tarefa de explicar conhecimentos e garantir participação informada » dans Nurit Bensusan *et al*, dir, *Biodiversidade: é para comer, vestir ou para passar no cabelo? Para mudar o mundo!*, São Paulo, Peiropolis, 2006, 342 à la p 346.

<sup>601</sup> MP, *supra* note 245 art 22(II).

<sup>602</sup> *Ibid* art 25(V).



de façon trop générale, que les ressources obtenues par l'Union<sup>603</sup> comme partage des avantages de l'exploitation commerciale du patrimoine génétique, et non des ST, seront utilisées *inter alia* dans « la formation des ressources humaines associées au développement des activités en rapport avec l'usage et la conservation du patrimoine génétique »<sup>604</sup>. Si on interprète ces dispositions de façon extensive, on pourrait y inclure les membres des communautés traditionnelles.

Pour l'instant, les instruments légaux adoptés pour le Brésil finissent par empêcher l'usage de la biodiversité et des ST dans le développement de nouveaux produits. Ceci porte préjudice non seulement aux bénéficiaires du partage des avantages qui veulent participer à un tel commerce, mais aussi à la population en général, qui perd l'opportunité de disposer de produits que l'industrie pharmaceutique pourrait avoir mis au point. Bien plus, la lourdeur et la complexité de la réglementation associées à l'inertie du gouvernement induisent le fait que, pour la plupart des compagnies, la biopiraterie demeure l'alternative la plus efficace. Si des négociations efficaces avec les communautés traditionnelles deviennent presque impossibles, les compagnies décident simplement d'ignorer lesdites communautés et leurs droits.

---

<sup>603</sup> L'Union (*União* en portugais) est la personne morale de droit public qui représente le gouvernement fédéral brésilien, tel que défini par l'article 18 de la *Constituição*, supra note 503.

<sup>604</sup> *MP*, supra note 245 art 33 para unique - notre traduction.

## 2.4 Suggestions pour les législations nationales

Dans la conception et la mise en œuvre des lois nationales de protection des ST, le législateur a la possibilité de s'inspirer des accords ou traités auxquels le pays est partie ou encore, des initiatives nationales comme celles étudiées précédemment. Elles peuvent apporter des indications précieuses en ce qui touche à l'élaboration, l'adoption et la mise en œuvre de la législation<sup>605</sup>. Ceci étant, nous présenterons quelques indications et quelques pistes de réflexion qui s'appuieront sur l'analyse faite.

---

<sup>605</sup> Tobin, « Setting », *supra* note 3 à la p 112. Comme cette étude évoque en principe le mouvement *bottom-top* des mécanismes de protection de ST par PI des législations nationales vers les traités internationaux, nous n'avons pas pris en compte les suggestions de mécanismes que les traités peuvent apporter aux législations nationales. D'ailleurs, les dispositions des traités ne sont pas des suggestions aux pays qui les signent, mais plutôt des obligations. On y reviendra beaucoup plus en profondeur dans le prochain chapitre. Cependant, il y a lieu de rappeler que les législations nationales doivent tenir compte de ce qui est prévu dans les accords internationaux dont elles font partie. Dans le cas du Brésil, par exemple, il s'agit de la CDB et de l'ADPIC. Selon Catherine Saez, « Nations Begin Signing Protocol on Biodiversity Access and Benefit-Sharing » *Intellectual Property Watch* (7 février 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/07/nations-begin-signing-protocol-on-biodiversity-access-and-benefit-sharing/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/07/nations-begin-signing-protocol-on-biodiversity-access-and-benefit-sharing/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> [Saez, « Nations Begin »] (date de consultation: 29 janvier 2014); Catherine Saez, « Long Week Ahead for WIPO Experts Considering Treaty on IP and Genetic Resources » *Intellectual Property Watch* (28 février 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/28/long-week-ahead-for-wipo-experts-considering-treaty-on-ip-and-genetic-resources/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/28/long-week-ahead-for-wipo-experts-considering-treaty-on-ip-and-genetic-resources/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 29 janvier 2014); Catherine Saez, « Two More Countries Sign Nagoya Protocol, 42 To Go » *Intellectual Property Watch* (8 avril 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/04/08/two-more-countries-sign-nagoya-protocol-42-to-go/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/04/08/two-more-countries-sign-nagoya-protocol-42-to-go/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 29 janvier 2014); Convention sur la diversité biologique, « Nagoya Protocol – Open for Signature » (2011) 2 Monthly Bulletin of Activities of the Convention on Biological Diversity, le Brésil — à côté de l'Algérie, de la Colombie et du Yémen — a été le premier à signer le Protocole de Nagoya. D'après l'entrevue de Paulino Franco de Carvalho Neto, chef de la division d'environnement du Ministère des Affaires Étrangères du Brésil, faite par Fabiane Ziolla Menezes, « Avançamos com a COP-10? », *Gazeta do Povo [de Curitiba]* (3 novembre 2010) 18, il faut que le Protocole soit approuvé par le Congrès national brésilien pour qu'il soit ratifié; cependant, selon l'entrevue de Braulio Ferreira de Souza Dias, *supra* note 562, le Protocole n'a pas encore été envoyé au Congrès. Le Brésil est aussi membre de l'OMPI et participe aux négociations du CIG.

Nos suggestions pour ce qui est des pays qui n'ont pas encore de législation de protection des ST auront pour fondement ou s'inspireront des législations du Pérou, du Costa Rica ainsi que de la MP brésilienne. Il se peut (et on le souhaite) que le Brésil, comme d'autres pays mégadivers<sup>606</sup>, ait dans le futur une vraie loi de protection des ST, à la place de l'actuel régime, institué par la MP. Au cours de l'élaboration de cette loi, il pourra, en plus de la MP, bénéficier de l'expérience législative des autres pays<sup>607</sup>. Ceci étant, nous établirons quelques indications et quelques pistes de réflexion qui s'appuieront sur l'analyse faite et ce, afin que ces pays puissent disposer d'une véritable législation effective.

Nous débuterons par le processus législatif. Ainsi, au Pérou et au Costa Rica, les détenteurs de ST ont participé, dans une certaine mesure, à l'élaboration de la législation. Même si l'impact de cette participation sur le résultat final n'est pas clair, il est tout de même important que les communautés traditionnelles aient eu cette possibilité dans la sphère nationale, ce qui fait desdits processus un développement positif, malgré leurs

---

<sup>606</sup> Selon Rodrigues, *supra* note 149 à la p xiii, parmi les pays mégadivers le Brésil est celui qui est le plus fourni. Bien plus, il se caractérise par le fait qu'il détient la plus grande quantité d'espèces exclusives situées dans une certaine région géographique (endémisme) et des ST variables selon les écosystèmes. Ceci constitue une raison valable pour que le Brésil par rapport aux autres pays tropicaux ait été principalement ciblé pour le développement de nouveaux médicaments. À cet égard, la thèse de Rodrigues évoque l'usage de plantes capables d'agir sur le système nerveux central fabriqué dans un contexte rituel par les autochtones de l'ethnie Krahô. Ainsi, tout au long de sa recherche dont le but était de mettre en exergue des ressources végétales potentiellement bioactives, Rodrigues a trouvé 548 recettes, 164 espèces végétales et 139 indications thérapeutiques. Selon Kleba, *supra* note 492 aux pp 120-21, ce travail a été la première phase d'un projet contenant deux phases de bioprospection à usage rituel de plantes par les Krahô, initié en 1999 avec emphase sur leurs effets psycho actifs.

<sup>607</sup> *Ibid.* Notre analyse a en vue les pays qui ne disposent pas encore de lois de protection des ST, ce qui n'exclut pas la possibilité que les systèmes déjà mis en place par le Pérou, le Costa Rica et le Brésil puissent en bénéficier. Notre mention au Brésil s'explique par le fait qu'il est en train de préparer une vraie loi pour réglementer la question, et nous ne ferons pas de suggestions spécifiques pour le Pérou et le Costa Rica.

imperfections<sup>608</sup>. Ces expériences sont remarquables par comparaison avec ce qui s'est passé au Brésil, où l'instrument juridique de protection est une MP, soit un acte discrétionnaire du président de la République, qui ne découle d'aucun processus collectif.

L'idée de remplacer la MP par une loi de protection des ST peut un jour s'imposer dans la scène politique. Dans ce cas de figure, son élaboration devra découler d'un processus législatif avec la participation informée des communautés traditionnelles détentrices des ST, idéalement d'une façon plus effective que celle observée au Pérou.

Par rapport aux mesures juridiques de protection, ce processus doit considérer qu'il y a plusieurs approches possibles, qui se retrouvent entre deux catégories<sup>609</sup>. Ainsi, la première catégorie consiste à adapter ou à renforcer de façon appropriée les régimes ou instruments juridiques existants, c'est-à-dire la loi coutumière (qui peut être codifiée ou reconnue nationalement), les DPI<sup>610</sup>, les concepts de droit civil ou de la *common law* (concurrence déloyale) ou encore les contrats (licences de *savoir-faire*, accords de transfert matériel)<sup>611</sup>.

La deuxième approche consiste à développer de nouvelles catégories dans le cadre de réglementations existantes (par exemple, dans le cadre de la PI, des DPI *sui generis*) ou des régimes qui soient complètement nouveaux (*sui generis*) pour protéger spécifiquement les

---

<sup>608</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123.

<sup>609</sup> *Ibid* à la p 10.

<sup>610</sup> Brevet, modèle d'utilité, droit de protection végétale, droit d'auteur, marque de commerce, secret commercial, IG (qui selon Selon Sunder, « The Invention », *supra* note 68 à la p 15, aident à préserver la diversité géographique en soi) etc., lesquels peuvent être modifiés avec des certificats d'origine, la bibliothèque numérique de ST, le bureau d'ombudsman, ou un système de domaine public payant.

<sup>611</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 aux pp 10-12.

ST en général ou certains aspects des ST<sup>612</sup>. Les cas du Pérou et du Costa Rica sont intéressants, car ils établissent de nouvelles catégories de DPI ou d'APA ou de systèmes de conservation ou de gestion de la biodiversité. Par contre, la MP brésilienne ne fait que mentionner en passant la possibilité d'utilisation des DPI existants tels quels.

Nous avons examiné trois types de régimes. Celui du Pérou est un régime autonome spécifique de protection des ST, qui s'occupe de leur protection en rapport avec la biodiversité et la PI. Il consiste en un système original de DPI. À notre humble avis, c'est un assez bon régime<sup>613</sup>. Le régime du Costa Rica quant à lui est un régime hybride en ce sens qu'il s'occupe de la protection de la biodiversité en général et non du ST en particulier, qui en est un aspect. Quant aux ST, plus spécifiquement, elle traite des DPI qui les concernent directement<sup>614</sup>. Le fait qu'il s'agisse d'un régime général de protection de la biodiversité n'empêche pas les communautés traditionnelles de protéger leur ST contre la biopiraterie. Quoiqu'il ne soit pas idéal, ce régime demeure quand même acceptable. Pour ce qui est des mécanismes établis au Costa Rica, on peut s'attendre à ce qu'ils soient effectifs une fois complètement réglementés. Enfin, il y a lieu de mentionner le régime brésilien, qui s'occupe comme celui du Costa Rica de la biodiversité en général, dont les ST demeurent un aspect parmi tant d'autres. Cependant, à la différence des deux autres régimes cités précédemment, il n'aborde pas la question des PI, qui demeurent un régime autonome. Ainsi, eu égard à cet état de fait, le régime brésilien ne peut servir d'exemple.

---

<sup>612</sup> *Ibid* à la p 11.

<sup>613</sup> Nous avons déjà signalé que la loi locale ne prévoit pas la préparation et la formation des communautés pour défendre leurs intérêts en justice.

<sup>614</sup> Correa, *Derechos*, *supra* note 290 à la p 257.

Idéalement, la loi devrait envisager un nouveau mécanisme de DPI pour mettre en place la protection, comme l'a fait le Costa Rica. Autrement dit, il faudra adapter les mécanismes existants aux caractéristiques spécifiques des ST. Pour l'instant, le bureau brésilien de propriété intellectuelle (ci-après INPI) a l'intention de protéger les savoirs traditionnels par les mécanismes existants de PI en y intégrant des adaptations peu significatives<sup>615</sup>.

Le document légal devra spécifier la ou les catégories de ST dont il s'occupe. Dans les trois systèmes analysés, la protection est limitée aux ST associés à la biodiversité<sup>616</sup>, ce qui s'explique par le fait qu'ils constituent la mise en œuvre de la CDB. Cependant, rien n'empêche que la loi protège d'autres catégories spécifiques de ST. Néanmoins le législateur devra être conscient que plus la portée de la loi est ample, plus les dispositions tendent à être génériques, au risque d'être vagues; au contraire, les normes peuvent être spécifiques et même plus claires si les catégories sont restreintes, mais dans ce cas la loi aura une portée réduite.

Même dans le cadre du CIG, les négociations ont été subdivisées en plusieurs catégories, mais pour l'instant, même en cas d'issue favorable des négociations conduisant à un traité,

---

<sup>615</sup> Juliana Santilli, « Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção » dans André Lima et Nurit Bensusan, dir, *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2003, 53 aux pp 59-60. Selon Moreau, *supra* note 522 à la p 75, depuis 2006 l'INPI et le CGEN ont établi des résolutions pour les demandes de brevet obtenues à partir de l'accès au patrimoine génétique national. Selon ces résolutions, les demandes de brevet doivent être accompagnées de l'autorisation d'accès obtenue auprès du CGEN et d'indication de l'origine de la ressource génétique et du ST associé dans le cas échéant. Cette stratégie a été appuyée par le Ministère des relations extérieures, puisqu'il prétend défendre l'inclusion de cette exigence dans l'ADPIC, comme nous verrons *infra*, à la section 4.2.

<sup>616</sup> Correa, *Derechos*, *supra* note 290 à la p 257.

rien n'est encore prédéfini quant à savoir si ledit traité regroupera les trois groupes de négociations ou s'il existera d'emblée un traité spécifique pour chacun d'eux.

Quant aux mécanismes de protection, il faut que le système s'occupe des besoins de formation des communautés traditionnelles. La MP brésilienne, qui aborde la question de la formation de façon assez vague, n'est pas du tout un exemple à suivre. La législation du Costa Rica l'est encore moins, étant donné qu'elle n'aborde même pas la question de la formation. À cet égard, on ne peut que s'inspirer de la loi 27811 du Pérou, qui, par ailleurs, est un bon exemple à suivre. Les besoins de formation des communautés se trouvent parmi les aspects traités par son article 5 (e).

Quant aux conditions d'obtention du DPI, la législation brésilienne requiert un certificat d'origine du ST, ce qui est intéressant. Cette exigence découle néanmoins d'une entente simplement administrative<sup>617</sup>, qui régleme l'article 31 de la MP, relatif à la divulgation d'origine<sup>618</sup>. Idéalement cette question aurait dû être traitée dans une loi qui s'occupe des ST, et non par des résolutions administratives, qui changent beaucoup. L'autre critique qu'on pourra adresser au système brésilien c'est que le certificat d'origine consiste en une déclaration de l'utilisateur de ST, au lieu d'un certificat émis par l'autorité responsable. Peut-on vraiment se fier à la *bonna fides* de ceux qui, on croit, risquent de commettre des actes de biopiraterie? Cela dit, un aspect très positif du certificat d'origine brésilien est le

---

<sup>617</sup> Moreau, *supra* note 522 à la p 75.

<sup>618</sup> MP, *supra* note 245 art 31.

fait qu'il a été inclus dans la partie nationale du Traité de coopération en matière de brevet<sup>619</sup>, ce qui finit par avoir des effets contre la biopiraterie internationale.

Même si elle n'emploie pas l'expression « certificat d'origine », la législation péruvienne demande une licence pour l'obtention du DPI, sous la forme d'un document plus complet que celui réclamé au Brésil, et dont les conditions sont établies par la loi. Sur ce sujet, le Pérou est un exemple à suivre. Pareillement, l'article 80 de la loi du Costa Rica demande la divulgation d'origine du ST comme condition pour l'octroi du brevet, ce qui est fait par le biais d'un certificat d'origine et d'une déclaration de consentement préalable, qui doivent accompagner la demande du brevet. De façon générale, l'idéal pour une nouvelle législation serait de prendre les aspects positifs des trois solutions analysées et de fixer sous forme législative les conditions pour l'obtention de la licence.

Le registre formel du ST ne doit pas être nécessaire pour assurer sa protection légale. Les régimes du Pérou et du Costa Rica considèrent le registre des ST comme un moyen de protection, mais il faut noter que, selon les deux systèmes, les droits des détenteurs de ST ne dépendent pas de la mention du savoir dans le registre<sup>620</sup>. La MP brésilienne mentionne le registre comme un instrument devant être traité par le CGEN ou par une législation spécifique<sup>621</sup>.

Il est indispensable d'établir une interface fonctionnelle entre les communautés traditionnelles et les corps administratif et judiciaire, comme l'INDECOPI et la

---

<sup>619</sup> *Traité de coopération en matière de brevets*, *supra* note 587.

<sup>620</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 26.

<sup>621</sup> *MP*, *supra* note 245 art 8 para 2.



CONGEBIO, qui s'occupent de la formation des communautés traditionnelles quant aux possibilités d'accès à la justice, ainsi que des axes de solutions eu égard à la rupture d'un contrat ou en cas de biopiraterie en lien avec le ST et ce, que ce soit dans une juridiction nationale ou étrangère. Le CGEN brésilien n'a aucune de ces fonctions.

L'usage commercial doit se réaliser au travers d'un contrat écrit, comme le prévoit la MP brésilienne, mais une future loi devrait prévoir que ce document sera rédigé dans la langue nationale et dans la langue de la communauté, à l'instar du modèle péruvien. Sur ce point, nous constatons une faiblesse du régime du Costa Rica, qui passe sous silence la question du contrat.

Le consentement préalable de la communauté doit être un prérequis légal dont la forme et les conditions doivent être établies par la loi, tel que le font le Costa Rica et, de façon très vague, le Brésil. De même, la loi doit obliger les chercheurs à conclure des accords avec les détenteurs du ST, comme le prévoit le régime péruvien.

Si l'accord n'est pas possible, la communauté doit avoir le droit de veto sur la bioprospection ou nier l'usage commercial de ses savoirs, tel qu'établi dans les trois régimes analysés.

Bien plus, la législation doit faire une différence entre bioprospection commerciale et bioprospection académique, comme le font la loi 27811 du Pérou, dans ses articles 6 et 7, et la MP brésilienne, dont l'article 1<sup>er</sup><sup>622</sup> prévoit l'accès aux ressources génétiques destinées à

---

<sup>622</sup> MP, *supra* note 245 art 1.

des fins de recherche scientifique, de développement technologique ou encore de bioprospection commerciale. La loi du Costa Rica fait aussi la distinction dans son article 4<sup>623</sup>, pour affirmer qu'elle ne s'applique pas à la bioprospection universitaire, ce qui, à notre humble avis, n'est pas une bonne solution.

En outre, la loi doit aussi s'assurer que la condition des ST dans le domaine public n'épuise pas les droits de la communauté sur le savoir. La loi du Costa Rica traite les ST dans le domaine public comme des exceptions et la MP ne s'occupe pas de cet aspect, de sorte que la loi péruvienne servira mieux de modèle sur ce point.

Pour la conversion d'un processus d'extraction à sens unique en un échange multilatéral (redevances, transfert de technologies, formation scientifique, projets de développement communautaire, argent...) <sup>624</sup>, on pourrait s'inspirer de la loi péruvienne pour établir le type d'avantages qui devra être octroyé à la communauté. La MP brésilienne n'est pas claire à ce sujet et renvoie la question à sa réglementation tandis que la loi du Costa Rica, pour sa part, ne traite pas de ce sujet.

La loi péruvienne et la loi du Costa Rica donnent de bonnes indications quant aux droits collectifs, à la reconnaissance des lois et aux pratiques coutumières pour le contrôle des ST et de leur accès <sup>625</sup>, en plus d'imposer le respect des dimensions spirituelles des

---

<sup>623</sup> *Loi 7788, supra* note 437 art 4.

<sup>624</sup> Hayden, *supra* note 116 à la p 2.

<sup>625</sup> Tobin, « Redefining », *supra* note 51 aux pp 62-64.

communautés traditionnelles. Le législateur doit prendre en compte ces aspects, ce que la MP brésilienne ne fait pas.

La définition du détenteur du droit sur le ST est un point bien traité par la MP brésilienne, qui attribue toujours la condition de titulaire du droit à la communauté, même si le ST est détenu seulement par un de ses membres. Au Pérou, ce sont les communautés qui détiennent les droits, mais la loi n'est pas stricte par rapport aux ST détenus individuellement, et pour cette raison c'est l'exemple brésilien qui est à suivre. Cette question n'est pas encore définie au Costa Rica, car elle fait partie des sujets qui se trouvent dans le cadre d'un processus consultatif pour élaborer le régime *sui generis*. Ce processus consultatif est, d'ailleurs, un des aspects remarquables de la législation du Costa Rica; néanmoins, si l'on décide d'adopter ce mécanisme, il conviendrait d'éviter la distance entre la prévision légale de la consultation et sa mise en œuvre.

Les cas du Pérou, du Costa Rica et du Brésil nous font percevoir que les régimes nationaux expriment tantôt un rapport de force à l'intérieur de la société, tantôt une direction choisie par l'État. Au Brésil, le gouvernement a choisi d'ignorer un long débat sur la question, qui était et demeure encore discutée dans la société et entre les mouvements sociaux, et a adopté le modèle utilitariste imposé par la CDB, qui s'occupe uniquement de la réglementation de l'accès au patrimoine génétique et ST associés. Ces faits ne sont pas étrangers aux considérations théoriques énoncées ci-dessous.

*Réflexion à la lumière du cadre théorique*

Le rapport d'influence mutuelle entre les normes nationales et internationales forme un cercle continu. Nous avons choisi de commencer notre étude par l'influence exercée sur la sphère nationale par le cadre international, constitué par la CDB, spécialement dans ce qu'elle touche aux DPI, et par l'ADPIC. Et, au début de ce chapitre, nous avons avancé l'hypothèse selon laquelle les normes internationales jouent un rôle dans la détermination de l'identité des États. Plus précisément, nous nous demandons si les normes internationales influent de façon fondamentale sur les législations nationales, notamment quant aux DPI, dans la protection des ST. Maintenant, pour bien évaluer cette hypothèse selon l'approche constructiviste, il nous faudra prendre une perspective historique.

Les sujets relatifs à l'environnement et à la préservation de la nature ne se sont imposés à l'opinion publique d'Amérique latine que vers les années 80. Évidemment, plusieurs communautés épistémiques locales traitaient déjà de ces sujets en syntonie avec leurs homologues des pays du Nord, mais leur dissémination dans la société nationale s'est faite avec beaucoup de retard. Au Brésil et au Pérou, ces idées ont dû attendre l'accalmie des programmes de développement adoptés par les régimes militaires pour dresser le bilan des pertes écologiques imposées ou tolérées.

C'était le moment aussi de réévaluation du rôle de l'État et de ses capacités, qui a donné de l'espace au débat au sein de la société civile et au fleurissement des ONG. Ces organisations ont joué un rôle capital dans l'éveil d'une conscience écologique.

Les gouvernements ont incorporé peu à peu la thématique de l'environnement à leurs préoccupations, ce qui a produit un nouveau discours politique, qui animera une série d'initiatives, sous la forme de grandes rencontres, nationales et internationales, et de la création de normes et d'organismes de protection.

À la veille de la *Conférence des NU sur l'environnement et le développement*, tenue à Rio de Janeiro en juin 1992, le Brésil, le Costa Rica et le Pérou ne disposaient pas de normes de protection de ST. Cependant ils étaient en mesure de participer sous une forme consciente et utile aux réunions préparatoires et d'influer sur la forme que prendraient l'évènement et les documents qui lui étaient associés. Ils avaient des intérêts clairs et définis sur un certain nombre de sujets, quoique superficiels à plusieurs égards.

Les pays du Nord avaient l'expectative initiale que la Conférence s'occuperait surtout du réchauffement global et que les débats seraient dominés par des questions relatives à la forme et au financement d'une convention cadre<sup>626</sup>. Le sujet de la

---

<sup>626</sup> Selon Fiona McConnel, *The Biodiversity Convention: A Negotiating History*, Londres (R-U), Kluwer Law International, 1996 à la p 11, « [t]he main environmental issue of the GC was supposed to be global warming,

biodiversité était en principe voué à un ajournement indéterminé, mais les pays du Sud l'ont imposé :

The US was still a firm champion on an umbrella convention<sup>[627]</sup> but reacted strongly against proposals to include biotechnology. Developing countries in their turn made it clear that if biotechnology was excluded they would oppose any new convention. They put forward arguments that would be carefully and skilfully developed during subsequent negotiations<sup>628</sup>.

C'est seulement en 1989 que les États-Unis ont consenti à un instrument légal international qui porte sur des questions économiques et sociales, ainsi que sur l'usage de ressources génétiques dans le développement biotechnologique<sup>629</sup>. Ceci a permis de faire avancer les négociations en 1990<sup>630</sup>.

L'inclusion de la biodiversité suscitait un risque néanmoins. Il fallait contrer l'avancement du concept selon lequel les ressources biologiques constituent un patrimoine commun de l'humanité, auquel tous auraient également droit. Ce concept légitimerait l'exploitation des ressources biologiques du Sud par des compagnies du

---

but debate foundered on procedural matters: how and under whose auspices a framework convention should be negotiated. »

<sup>627</sup> Selon Dodds *et al.*, *supra* note 278 à la p 41 et Lakshman D. Guruswamy, *International Environmental Law in a Nutshell*, 2<sup>e</sup> éd, St. Paul (Minn), Thomson-West, 2003 aux pp 133-34, une convention parapluie est une convention qui couvre un ensemble de traités.

<sup>628</sup> McConnel, *supra* note 626 à la p 11.

<sup>629</sup> Dodds *et al.*, *supra* note 278 à la p 41.

<sup>630</sup> Selon Laurence R. Helfer, « Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking » (2004) 29 *Yale J Int'l L* 1 aux pp 30-32, parmi les pays du Nord qui ont joué un rôle important dans les négociations de la CDB on trouve les États-Unis, le Royaume-Uni, la France, l'Italie et la Suisse. Voir aussi Petrova, *supra* note 493 à la p 263 et Hayden, *supra* note 116 à la p 2.

Nord. Le Brésil a déployé des efforts de négociation en vue de la reconnaissance de la souveraineté nationale sur ces ressources, en convertissant en principe de droit positif ce qui n'était qu'un principe de la *Déclaration de Stockholm*<sup>631</sup>. Il y a lieu de signaler que, pour beaucoup de pays du Sud, la reconnaissance de la souveraineté nationale était tout ce qu'ils envisageaient à propos de la biodiversité<sup>632</sup>, alors que d'autres songeaient à en faire une monnaie d'échange, le compromis de préservation de la nature contre des financements.

Les pays du Sud ont demandé d'au moins participer aux profits de l'usage commercial des ressources biologiques, puisque le coût de la conservation a un grand impact dans leur développement économique<sup>633</sup>. Ces pays voulaient aussi décider par eux-mêmes de la destination de l'argent perçu pour la conservation<sup>634</sup>. En plus, s'il était déjà inacceptable qu'ils ne profitaient pas de produits dérivés de leurs ressources et ST, c'était encore moins admissible qu'ils n'avaient pas le droit de produire ces produits eux-mêmes<sup>635</sup>. Pendant les négociations, le Brésil a fait un effort pour traiter

---

<sup>631</sup> *Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Stockholm, 16 juin 1972, en ligne: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=fr>. Voir: André Aranha Corrêa do Lago, *Estocolmo, Rio, Joanesburgo: O Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*, Brasília, Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. PNU

<sup>632</sup> *Ibid* à la p166.

<sup>633</sup> Dodds *et al.*, *supra* note 278 à la p 41; Guruswamy, *supra* note 627 aux pp 135-36.

<sup>634</sup> Lakshman D. Guruswamy, *International Environmental Law in a Nutshell*, 2<sup>e</sup> éd, St. Paul (Minn), Thomson-West, 2003 à la p 136.

<sup>635</sup> Dodds *et al.*, *supra* note 278 à la p 41; James S. Miller *et al.*, « History of a Landmark Collecting Agreement: The Origin of the National Cancer Institute Letter of Intent, a Precursor to Modern Bioprospecting Agreements », dans Charles McManis, dir, *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Londres (R-U), Earthscan, 2007, 68 à la p 68.

de la question liée à la forme selon laquelle les communautés locales partageraient la compensation pour les ressources génétiques. Il a insisté pour que chaque État en décide de manière souveraine.

L'APA<sup>636</sup>, à son tour, introduira la question de la protection de la propriété intellectuelle par des DPI. Voilà des résultats de la CDB auxquels les pays du Sud ne s'attendaient peut-être pas : la protection de leur biodiversité leur revient et l'instrumentalisation de la protection comprendra forcément les DPI. Ces deux éléments auront le pouvoir d'induire des changements d'intérêts et, par conséquent, un changement d'identité des pays.

Les pays concernés par notre étude présentaient les conditions de maturité politique pour absorber ces impositions de la CDB sous la forme d'une complète assimilation institutionnelle. D'une part, leurs législations avaient déjà accompli des progrès sur le terrain soit du droit environnemental, soit du droit de propriété intellectuelle. D'autre part, les acteurs de la scène politique étaient conscients de l'importance de ces sujets.

Les trois pays ne sont pas les mêmes, avant et après la Conférence de Rio de 1992. Leur discours a changé : la souveraineté n'est plus un instrument assurant à leurs gouvernements la légitimité pour tout faire sur le territoire national, mais un principe

---

<sup>636</sup> Selon Varella, *supra* note 31 à la p 175 c'est seulement après la CDB en 1992 que la question de l'APA a pris une dimension internationale.



pour garantir leur autodétermination. Ce qui se passe dans le territoire d'un pays peut intéresser de façon légitime d'autres pays, mais la responsabilité pour les questions locales revient au gouvernement national. Ces pays n'ont plus à accepter l'agenda environnemental imposé par les pays industrialisés ; malheureusement eux aussi souffrent des problèmes liés à l'environnement, peut-être moins le Costa Rica et plus le Brésil. Et finalement ces pays ont intégré les DPI à leur législation.

En conclusion, l'analyse permet d'affirmer que les systèmes nationaux examinés ci-dessus expriment un haut niveau d'absorption des principes externes, ce qui peut s'interpréter comme un changement d'identité. Ce changement, à son tour, peut conduire à l'adoption de nouvelles attentes et demandes dans le cadre international ou à un nouveau positionnement. Enfin, on peut s'attendre à ce que les normes nationales de protection de ST influent l'élaboration des normes internationales de protection des ST.

## Chapitre 3 : Les régimes internationaux

Les ST sont le point de mire de plusieurs fora internationaux qui fondent leur réflexion sur la question de leur pérennité et de leur développement à long terme, de même que sur les effets néfastes que peut engendrer la biopiraterie<sup>637</sup>. La multiplicité des fora est l'une des caractéristiques des réseaux internationaux. De chaque société émergent des contextes culturels et historiques différents, de sorte qu'il en découle nécessairement des différences aussi bien des structures institutionnelles que des constitutions. Par conséquent, la problématique des ST est discutée au sein de plusieurs institutions différentes, telles que la CDB, l'OMPI, l'ADPIC, et ce, d'une manière différente et avec plusieurs objectifs. Reus-Smit résume ladite problématique comme suit : « States create fundamental institutions that reflect their social identity, and as that identity changes, so too do the basic institutional practices »<sup>638</sup>.

Ceci étant, il n'est pas surprenant qu'il existe plusieurs traités qui réglementent les droits de propriété intellectuelle – l'OMPI s'occupe à elle seule de 24 d'entre eux<sup>639</sup> –, mais il n'y en a aucun qui s'occupe des ST *per se*<sup>640</sup>. Malgré cela, on peut s'attendre à ce que les mécanismes internationaux jouent un rôle important dans la prévention de la biopiraterie dans un futur proche et que, par ailleurs, ils aident à améliorer la qualité de la protection par

---

<sup>637</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 4.

<sup>638</sup> Christian Reus-Smit, *The Moral Purpose of the State: Culture, Social Identity, and Institutional Rationality in International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1999 aux pp 27, 39.

<sup>639</sup> Selon OMPI, *Savoirs traditionnels: Besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle*, Genève, OMPI, 2001 [OMPI, *Savoirs*] à la p 15 : « dans les domaines du droit d'auteur, des droits connexes, des brevets, des dessins et modèles industriels et des marques ».

<sup>640</sup> Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5 à la p 22.

DPI, la promotion des innovations dérivées des ST et, potentiellement, l'amélioration de la réglementation des activités de bioprospection<sup>641</sup>. Tous ces accords ont aussi des effets directs sur les activités des communautés traditionnelles partout dans le monde<sup>642</sup>. Cependant, les signataires desdits accords déterminent toujours leur mise en œuvre au niveau national.

Dans le cas de la CDB, en ce qui concerne l'APA,

Les mesures de mise en œuvre d'un accès et du partage d'avantages peuvent prendre la forme de stratégies, de politiques, de législations, de réglementations et de codes de conduites nationaux ou régionaux. Ces mesures énoncent des informations et mettent en place de procédures pertinentes, désignant par exemple l'autorité nationale compétente pour autoriser l'accès [...], décrivent la manière d'obtenir un consentement préalable en connaissance de cause, ou encadrent la conclusion, entre utilisateurs et fournisseurs, de conditions convenues de commun accord<sup>643</sup>.

Les législations du Brésil, du Costa Rica et du Pérou, comme nous l'avons vu dans les développements précédents, se sont inspirées de la CDB<sup>644</sup>.

Les préoccupations relatives à la biopiraterie sont liées, pour la plupart, au transfert international de ressources biologiques et de ST, ce qui aboutit à un cadre de protection par

---

<sup>641</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p 117.

<sup>642</sup> Valérie Peugeot, « Agriculture, savoirs traditionnels, biopiraterie » dans Valérie Peugeot, dir, *Pouvoir Savoir: Le développement face aux biens communs de l'information et à la propriété intellectuelle*, Caen, C&F éditions, 2005, 81 à la p. 81.

<sup>643</sup> Secrétariat CDB, *Kit*, *supra* note 42.

<sup>644</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 3.

les DPI dans une juridiction étrangère. Et c'est davantage pour cette raison qu'il est important de traiter de la problématique de la biopiraterie à l'échelle internationale<sup>645</sup>.

Dans cette section, nous analyserons les mécanismes internationaux existants de protection des ST, qui s'articulent autour de l'industrie pharmaceutique, de la notion d'APA en lien avec les DPI, ainsi que, les cadres dans lesquels ces mécanismes se développent, soit la CDB (complétée par le Protocole de Nagoya et les travaux du Groupe de travail sur l'article 8j) et le *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore* de l'OMPI.

En dernier lieu, on ne peut développer un sujet sur les ST sans évoquer l'ADPIC, qui fait partie intégrante de l'OMC. Il ne régleme pas la problématique des ST même si, par ailleurs, on discute présentement de la question des ST afin d'amender son article 29.bis<sup>646</sup>. Il demeure néanmoins, à l'heure actuelle, l'accord le plus coercitif au niveau international en matière de protection des DPI. Le Conseil sur les ADPIC a déjà fourni des explications sur la question des ST dans le cadre des négociations en lien avec la notion d'indication

---

<sup>645</sup> Robinson, supra note 22 à la p 117.

<sup>646</sup> Actuellement l'article 29 de l'ADPIC lit:

« Article 29

*Conditions imposées aux déposants de demandes de brevets*

1. Les Membres exigeront du déposant d'une demande de brevet qu'il divulgue l'invention d'une manière suffisamment claire et complète pour qu'une personne du métier puisse l'exécuter, et pourront exiger de lui qu'il indique la meilleure manière d'exécuter l'invention connue de l'inventeur à la date du dépôt ou, dans les cas où la priorité est revendiquée, à la date de priorité de la demande.
2. Les Membres pourront exiger du déposant d'une demande de brevet qu'il fournisse des renseignements sur les demandes correspondantes qu'il aura déposées et les brevets correspondants qui lui auront été délivrés à l'étranger. »

géographique (ci-après IG)<sup>647</sup>. Bien plus, l'ADPIC est un accord incontournable en matière de ST, car même si les négociations au sein de l'OMC eu égard à l'ADPIC se déroulent en même temps que celles qui se passent au niveau de l'OMPI pour ce qui est de la CDB, les négociations alternent d'une institution à une autre concernant notamment la divulgation d'origine. Nous évoquerons l'ADPIC au chapitre 4, dans le cadre de la formulation des

---

<sup>647</sup> Selon Correa, *Commentary, supra* note 387 aux pp 209-30, les IG ont trois fonctions de base. Ainsi, elles fournissent des informations sur le nom du produit, l'origine géographique du produit et la qualité, réputation ou caractéristiques attribuées à une région géographique.

Comme dans les cas des marques de commerce, les IG permettent au consommateur d'associer le nom ou un autre signe à un produit. Même si les IG et les marques de commerce ont des fonctions semblables, elles ont aussi de différences importantes. Une IG identifie une région géographique où une ou plusieurs entreprises sont localisées et produisent le produit dans lequel l'IG est utilisée, pendant que la marque de commerce identifie l'entreprise qui offre un certain produit ou service. L'usage des deux mécanismes peut donc être combiné pour indiquer un producteur spécifique dans la région géographique.

Une autre caractéristique importante des IG est que tous les producteurs localisés dans la région à laquelle l'IG se rapporte ont le droit d'utiliser l'IG pour les produits originaires d'une telle région, dès que sera respectée une certaine qualité et d'autres conditions.

Une IG réussie devient un atout pour le producteur autorisé à l'utiliser, car elle agrège une réputation accumulée. Sans une telle protection, il serait difficile pour les producteurs de bénéficier des avantages résultant du maintien de la qualité ou d'autres attributs du produit, et, par conséquent, ils auront peu ou aucun incitatif pour investir dans cet objectif. Et ici réside la justification pour considérer les IG ou un mécanisme semblable pour protéger les ST.

Les IG sont de plus en plus reconnues comme un outil pour assurer la loyauté des consommateurs et pour établir le lien entre les qualités d'un produit et son origine géographique. En des termes économiques, l'IG permet d'augmenter les revenus des producteurs qui offrent un produit différencié, ce qui est une forme de concurrence monopolistique où il y a des éléments de monopole et de concurrence parfaite en même temps.

Évidemment, la valeur économique des IG n'est pas limitée au revenu supplémentaire qu'elle donne aux producteurs; il y a d'autres avantages - moins mesurables -, tels que la possibilité de produire des emplois, augmenter la rente ou maintenir la population dans une certaine région, ce qui est un des objectifs de la protection de ST.

L'IG d'une source est un signe utilisé en connexion avec le bien pour indiquer son origine géographique. Conceptuellement deux types d'IG de source peuvent être distingués. L'un est l'IG simple, qui est neutre par rapport à la qualité du produit, sans suggestion de lien direct entre les attributs du produit et son origine géographique. L'indication de la source dans le produit découle uniquement du fait qu'il est originaire de l'endroit désigné par l'indication de la source. L'autre indication est « qualifiée », qui a un sens qualitatif à cause des caractéristiques, qualité ou réputation qui sont essentiellement attribuables à un pays, région ou localité. Ces indications consistent dans un nom qui est utilisé pour désigner un produit, fréquemment nommé « appellation d'origine ».

suggestions pour des traités internationaux découlant de l'analyse réalisée dans le cadre de cette thèse<sup>648</sup>.

Avant d'examiner la CDB et les travaux de l'OMPI ainsi que de mettre en exergue les raisons pour lesquelles l'ADPIC est l'accord le plus contraignant et le plus effectif en matière de propriété intellectuelle<sup>649</sup>, nous analyserons au préalable les autres accords internationaux existants en lien avec les ST.

Notre thèse traite uniquement des ST qui intéressent l'industrie pharmaceutique; ceci explique que nous ne nous arrêterons pas au *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* (ci-après TIRPGAA), adopté en 2001 dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture. Ce traité a été négocié dans le but premier d'être en harmonie avec la CDB. Dans cette perspective, l'un de ses objectifs est la conservation, l'usage durable et le partage des avantages découlant de l'usage des ressources génétiques des plantes et du ST agricole pour

---

<sup>648</sup> Tobin, « Setting », *supra* note 3 à la p 102.

<sup>649</sup> Ceci est notre modeste avis, qui est partagé par la plupart des auteurs consultés; nous verrons l'opinion de quelques-uns d'entre eux dans la section 4.2 ci-bas. Cependant il ne s'agit pas d'une unanimité. La Commission on Intellectual Property Rights, *supra* note 30 à la p v, affirme que la mise en œuvre de l'ADPIC n'a pas réussi à changer l'avis de ses détracteurs; au contraire, elle a même renforcé leur position contraire à l'effectivité de l'Accord. Pour Victor Sales Pinheiro, « Subsídios para a proteção da biodiversidade e do conhecimento tradicional », en ligne: (2005) Jus Navegandi 6399 <<http://jus.com.br/947775-victor-sales-pinheiro/artigos>>, il est impossible de concilier l'ADPIC et la CDB et, encore plus, il est impossible d'envisager une protection des ST par l'ADPIC tel qu'il est. Suman Sahai, « L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et la biodiversité » dans Valérie Peugeot, dir, *Pouvoir Savoir: Le développement face aux biens communs de l'information et à la propriété intellectuelle*, Caen, C&F éditions, 2005, 95 aux pp 107-08 va plus loin et affirme que, étant donné que la mise en œuvre de l'ADPIC s'est faite au détriment de la biodiversité, la question de la biodiversité doit être retirée de l'Accord, et dans l'impossibilité de le faire, il faut suspendre l'article 27.3(b) et éviter à tout prix une extension de l'ADPIC. Encore pour l'auteur, en même temps, les pays du Sud doivent différer la mise en œuvre de l'ADPIC dans leurs propres législations. Il suggère aussi une autre solution, qui consisterait dans le fait de négocier, dans la sphère internationale, la prééminence de la CDB sur l'ADPIC ayant pour base l'article 22 de la CDB, en même temps qu'ils travaillent pour que la mise en œuvre de l'ADIC devienne compatible avec la CDB.

l'alimentation, l'agriculture et la sécurité alimentaire<sup>650</sup>. Par ailleurs, la *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques* (ci-après CCNUCC)<sup>651</sup> mentionne les ST en évoquant plus spécifiquement le consentement préalable ainsi que la partage des avantages pour tout ce qui a trait à la problématique du carbone. Ainsi, ces deux traités abordent les ST selon des perspectives et des contextes éloignés de ceux relatifs aux développements qui vont suivre. Pour la même raison, il faut mentionner que nous ne nous occuperons pas des développements quant à la protection des ST au sein de l'UNESCO, car il se concentre plutôt sur la protection du folklore<sup>652</sup>.

---

<sup>650</sup> Charles R. McManis, « Biodiversity, Biotechnology and Traditional Knowledge Protection: Law, Science and Practice » dans Charles McManis, dir, *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Londres (R-U), Earthscan, 2007, 1 [McManis, « Biodiversity »] à la p 2. Pour en savoir plus sur les ST qui intéressent à l'agriculture, voir: OCDE, *Improving Agricultural Knowledge and Innovation Systems: OECD Conference Proceedings*, Paris, Éditions OCDE 2012.

<sup>651</sup> *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, New York, 9 mai 1992, en ligne: UNFCCC < <http://unfccc.int> >.

<sup>652</sup> Il faut que nous mentionnions aussi l'Accord commercial anti-contrefaçon (ci-après ACAC), même si pour l'instant il ne relève pas directement de la problématique de la présente étude. L'ACAC est un traité international multilatéral sur la propriété intellectuelle qui vise à augmenter les niveaux de protection et renforcer la mise en vigueur des DPI. Son champ d'action s'étend ainsi aux marchandises (notamment aux produits contrefaits), aux médicaments génériques ainsi qu'aux infractions au droit d'auteur sur Internet. En créant un nouveau cadre et son propre organisme de gouvernance en dehors des institutions internationales déjà existantes, il prétend compléter les efforts des gouvernements pour encourager les autres pays à respecter les standards d'observance de l'ADPIC (sans lui apporter aucun changement), ainsi que d'autres accords internationaux au sujet des DPI.

Le texte de l'accord, dont les négociations ont commencé en 2006, a été divulgué à la fin de 2010 et il était ouvert aux ratifications du 1er mai 2011 au 1er mai 2013. Le gouvernement du Japon en est le dépositaire. L'Accord deviendra contraignant après six ratifications; en juillet 2012, dix parties l'avaient signé: le Canada, le Japon, le Maroc, la Nouvelle-Zélande, la Singapour, la Corée du Sud et l'Union européenne. Le Japon l'a ratifié. L'Accord néanmoins a été rejeté par le Parlement européen et la question de sa ratification est rendue à la Cour européenne de justice. Les États-Unis l'ont signé, mais un sénateur est en train de contester le pouvoir de l'Administration de l'avoir négocié et signé sans approbation du Congrès, ce qui devrait être nécessaire s'il était contraignant. À son tour, l'Administration allègue qu'il s'agit d'un Accord uniquement exécutif, qui ne demande pas l'approbation du pouvoir législatif; mais, en affirmant ceci, l'Administration admet que l'Accord ne produit aucune obligation internationale et qu'il n'est pas donc contraignant.

Le Mexique a signé, mais la ratification n'est pas assurée. La même chose se passe en Australie, où le parlement n'a pas l'intention de ratifier avant que certaines conditions ne soient accomplies. La Suisse a décidé d'attendre des informations sur le processus en Europe avant de le signer. L'intention originelle était

Parmi les documents internationaux, il y en a deux sur lesquels il faut s'attarder en raison de leur importante contribution au plan moral : *la Déclaration des Nations Unies sur les*

de susciter l'appui des pays où la contrefaçon et la piraterie sont plus problématiques, c'est-à-dire les pays du Sud (principalement la Chine, l'Inde et le Brésil). Cet appui serait déterminant pour que l'accord ait une valeur réelle, puisque ce sont ces pays qui ont des problèmes de mise en vigueur des DPI, et non les pays du Nord, où le niveau de mise en vigueur est déjà élevé. Cependant, les pays du Sud n'ont pas appuyé l'accord; au contraire, ils ont même remis en cause la compatibilité de l'ACAC avec les règles de l'OMC. En plus, il y a des mesures ADPIC-plus qui peuvent avoir une influence sur les non-parties à l'ACAC. Cet Accord reste encore troublant; il peut s'interpréter comme le signe d'un *forum-shifting*, dont l'acceptation peut être même imposée aux pays du Sud par les accords de libre-échange et des accords bilatéraux d'investissement.

Bref, l'ACAC pourra devenir un nouveau forum pour la question des ST ou au moins un exemple de nouvelle construction d'accord international pour un traité spécifique hors des cadres existants. Mais à présent il n'est pas certain qu'il survive au processus de signature et ratification. Et même s'il survit, sans l'Europe il sera d'une portée bien limitée.

Voir : Yusong Chen, « Ensuring the Benefits of Intellectual Property Rights to Development: A Competition Policy Perspective » dans Xuan Li et Carlos M. Correa, dir, *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009, 189 aux pp 201-02; Correa, *Derechos*, supra note 290 aux pp 144-45; Ahmed Abdel Latif, « ACTA : Original Expectations and Future Implications » 14:4 *News and Analysis* (décembre 2010); International Centre for Trade and Sustainable Development, « European Parliament Rejects Anti-Counterfeiting Pact » 16:26 *Bridges Weekly Trade News Digest* (4 juillet 2012); International Centre for Trade and Sustainable Development, « Mexico inks Anti-Counterfeiting Pact » 16:28 *Bridges Weekly Trade News Digest* (18 juillet 2012); International Centre for Trade and Sustainable Development, « Eight Countries Sign Anti-Counterfeiting Trade Pact » 15:33 *Bridges Weekly Trade News Digest* (5 octobre 2011); International Centre for Trade and Sustainable Development, « EU Inks Anti-Counterfeiting Pact as Cyber Piracy Debates Ramps Up » 16:4 *Bridges Weekly Trade News Digest* (1 février 2012); International Centre for Trade and Sustainable Development, « Anti-Counterfeiting Pact Referred to European Court of Justice » 16:7 *Bridges Weekly Trade News Digest* (22 février 2011); William New, « US Senator Question Constitutionality Of ACTA » *Intellectual Property Watch* (12 octobre 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/10/12/us-senator-questions-constitutionality-of-acta/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/10/12/us-senator-questions-constitutionality-of-acta/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 27 janvier 2014); William New, « Mexican Senate Urges REJET Of ACTA » *Intellectual Property Watch* (23 juin 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2011/06/23/mexican-senate-rejects-acta/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2011/06/23/mexican-senate-rejects-acta/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation : 27 janvier 2014); William New, « Swiss Government Postpones ACTA Signature » *Intellectual Property Watch* (10 mai 2012), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2012/05/10/swiss-government-postpones-acta-signature/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2012/05/10/swiss-government-postpones-acta-signature/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation : 27 janvier 2014); Monika Ermert, « Still a Long Way to Go for Anti-Counterfeiting Trade Agreement » *Intellectual Property Watch* (8 septembre 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2011/09/08/still-a-long-way-to-go-for-anti-counterfeiting-trade-agreement/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2011/09/08/still-a-long-way-to-go-for-anti-counterfeiting-trade-agreement/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation : 27 janvier 2014); Monika Ermert, « ACTA: Will It Ever Become a Valid International Treaty » *Intellectual Property Watch* (13 septembre 2012), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2012/09/13/acta-will-it-ever-become-a-valid-international-treaty/>> (date de consultation : 27 janvier 2014); International Centre for Trade and Sustainable Development, « TRIPS Council Anti-Counterfeiting Trade Pact Raises Eyebrows » 15:37 *Bridges Weekly Trade News Digest* (2 novembre 2011).



*droits des peuples autochtones*<sup>653</sup> et la *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*<sup>654</sup>, aussi connue comme *Convention (no 169) relative aux peuples indigènes et tribaux*, ci-après *Convention (no 169)*, adoptée par l'Organisation internationale du travail (ci-après OIT) en 1989, laquelle est entrée en vigueur en 1991. Ces documents sont issus d'organisations internationales très respectables et énoncent des valeurs humaines et sociales vers lesquelles les pays doivent s'orienter en matière de respect des peuples autochtones. Quoiqu'ils ne constituent pas d'instruments effectifs, ces documents restent importants parce qu'ils se présentent comme des éléments précurseurs d'un nouvel ordre juridique. La conscience morale devance son expression juridique.

*Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*

La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* consiste en un vaste programme, qui doit être adopté par les États pour accueillir leurs peuples autochtones, en reconnaissant leur droit à l'autodétermination et en établissant avec eux des relations harmonieuses et de coopération, fondées sur les principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de non-discrimination et de bonne foi. Le document demeure donc pertinent et nous allons énoncer les standards qu'il propose en matière de protection des savoirs autochtones et qui pourraient être comparés à ceux des autres instruments internationaux portant sur la question des ST.

---

<sup>653</sup> *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, supra note 57.

<sup>654</sup> *Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, Genève, 27 juin 1989, en ligne : OIT <[www.ilo.org](http://www.ilo.org)> [*Convention (no 169)*].

La Déclaration évoque des ST dans son préambule:

[...]

*Considérant* que le respect des savoirs, des cultures et des pratiques traditionnelles autochtones contribue à une mise en valeur durable et équitable de l'environnement et à sa bonne gestion<sup>655</sup>,

Cette mention dans le préambule ne fait que justifier le besoin de protéger les ST en raison de leur contribution à la préservation et à l'utilisation durable de l'environnement. Quelques articles de la Déclaration mentionnent aussi les ST, au rang desquels figurent:

*Article 11*

1. Les peuples autochtones ont le droit d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes. Ils ont notamment le droit de conserver, de protéger et de développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et du spectacle et la littérature.

2. Les États doivent accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces – qui peuvent comprendre la restitution – mis au point en concertation avec les peuples autochtones, en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, ou en violation de leurs lois, traditions et coutumes.

*Article 12*

1. Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels ; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé ; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer ; et le droit au rapatriement de leurs restes humains.

---

<sup>655</sup> *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, supra note 57 au préambule.*

2. Les États veillent à permettre l'accès aux objets de culte et aux restes humains en leur possession et/ou leur rapatriement, par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés.

*Article 13*

1. Les peuples autochtones ont le droit de revivifier, d'utiliser, de développer et de transmettre aux générations futures leur histoire, leur langue, leurs traditions orales, leur philosophie, leur système d'écriture et leur littérature, ainsi que de choisir et de conserver leurs propres noms pour les communautés, les lieux et les personnes.

2. Les États prennent des mesures efficaces pour protéger ce droit et faire en sorte que les peuples autochtones puissent comprendre et être compris dans les procédures politiques, juridiques et administratives, en fournissant, si nécessaire, des services d'interprétation ou d'autres moyens appropriés.

[...]

*Article 24*

1. Les peuples autochtones ont droit à leur pharmacopée traditionnelle et ils ont le droit de conserver leurs pratiques médicales, notamment de préserver leurs plantes médicinales, animaux et minéraux d'intérêt vital. Les autochtones ont aussi le droit d'avoir accès, sans aucune discrimination, à tous les services sociaux et de santé.

2. Les autochtones ont le droit, en toute égalité, de jouir du meilleur état possible de santé physique et mentale. Les États prennent les mesures nécessaires en vue d'assurer progressivement la pleine réalisation de ce droit.

[...]

*Article 31*

1. Les peuples autochtones ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle. Ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles.

2. En concertation avec les peuples autochtones, les États prennent des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice.

[...]

*Article 38*

Les États prennent, en consultation et en coopération avec les peuples autochtones, les mesures appropriées, y compris législatives, pour atteindre les buts de la présente Déclaration.

*Article 40*

Les peuples autochtones ont le droit d'avoir accès à des procédures justes et équitables pour le règlement des conflits et des différends avec les États ou d'autres parties et à une décision rapide en la matière, ainsi qu'à des voies de recours efficaces pour toute violation de leurs droits individuels et collectifs. Toute décision en la matière prendra dûment en considération les coutumes, traditions, règles et systèmes juridiques des peuples autochtones concernés et les normes internationales relatives aux droits de l'homme

*Article 43*

Les droits reconnus dans la présente Déclaration constituent les normes minimales nécessaires à la survie, à la dignité et au bien-être des peuples autochtones du monde<sup>656</sup>.

Nous trouvons aux articles 31 et 38 de la Déclaration un élément qui fait partie de nos critères d'analyse de l'efficacité des mécanismes de protection de ST qui intéressent l'industrie pharmaceutique. En effet, les États, lors de l'élaboration des lois nationales de reconnaissance et de protection de ST, doivent le faire en concertation avec les communautés. Sur cet aspect, la Déclaration peut servir de base aux négociations<sup>657</sup>. Finalement l'article 40 établit que les législations nationales prévoiront que la solution de différends entre les communautés et d'autres parties devra prendre en compte le droit coutumier des communautés<sup>658</sup>.

Il faut néanmoins observer, à la lecture de ces articles, qu'ils n'apportent aucun mécanisme de protection. Les articles 11 et 43 affirment que les États doivent assurer le droit des

---

<sup>656</sup> *Ibid* au préambule et art 11-13, 24, 31, 38, 40 et 43.

<sup>657</sup> *Ibid* à la p 4.

<sup>658</sup> *Ibid* au préambule et art 11-13, 24, 31, 38 et 40.

communautés autochtones à conserver et à développer des ST sans pour autant fixer des mécanismes de mise en œuvre. On constate aussi ce vide juridique pour les réparations que l'État doit accorder aux communautés, disposition qui pourrait être interprétée de manière extensive comme applicable aux ST objet de biopiraterie. L'article 12 ne fait que réaffirmer ce droit sans en indiquer les mécanismes. L'article 13 s'occupe d'assurer le droit à transmettre les ST en déterminant que les États doivent prendre des mesures efficaces, sans mentionner par ailleurs la nature de ces dernières. La seule référence plus précise au ST en lien avec ce travail de recherche se trouve à l'article 24. Excepté cette précision quant au type de savoir dont il s'agit, cet article s'identifie véritablement aux autres dans le sens où il affirme tout simplement que les parties ont l'obligation d'assurer le droit des communautés sur leur ST, sans mentionner la forme dans laquelle elles doivent y parvenir. Quand la Déclaration parle de protection des ST des autochtones, on peut supposer qu'elle se rapporte à une protection par PI puisqu'il s'agit de biens immatériels<sup>659</sup>. En dehors de l'interprétation précitée, nous ne pouvons pas déduire la nature de la protection par PI prévue par la Déclaration : existant, existant adapté ou *sui generis*<sup>660</sup>. Il résulte de cette analyse que, selon ladite Déclaration, les États disposent du libre choix eu égard à la forme de protection par PI. Il y a lieu d'indiquer que, selon cette thèse, la Déclaration en question ne fait pas l'objet de développements subséquents. Elle vient juste corroborer le choix de la PI comme voie de protection des ST.

---

<sup>659</sup> Gayet, *supra* note 591 à la p 3, mentionne les articles 11.1, 27 et 28 comme concernant la protection par PI.

<sup>660</sup> *Ibid* à la p 4.

*Convention (no 169) relative aux peuples indigènes et tribaux*

La Convention (no 169) reflète l'attention que l'OIT porte à la question des travailleurs indigènes et tribaux et de leurs droits sociaux<sup>661</sup>. Jusqu'à présent, la Convention a été ratifiée par vingt-deux pays, pour la plupart d'Amérique latine dont le Pérou, la Costa Rica et le Brésil<sup>662</sup>. Malgré cela, la Convention demeure un instrument clef, qui a établi des niveaux minimaux de reconnaissance de droits autochtones. Son importance a quelque peu diminué du fait que le sujet des peuples autochtones est aujourd'hui traité par un document spécifique et compréhensif de la NU, à savoir la Déclaration que nous venons d'examiner. En plus, la Convention laisse de la place à des améliorations<sup>663</sup>.

La Convention a influencé l'élaboration de normes, politiques et programmes en rapport avec les peuples autochtones, sur le plan national comme international<sup>664</sup>. En plus, son caractère de traité contraignant produit des obligations pour les pays qui l'ont ratifiée<sup>665</sup>.

Le document traite des sujets suivants: politique générale, terres, recrutement et conditions d'emploi, formation professionnelle, artisanat et industries rurales, sécurité sociale et santé, éducation et moyens de communication, contact et coopération à travers les frontières,

---

<sup>661</sup> Mushita et Thompson, *supra* note 65 à la p 75.

<sup>662</sup> Selon Neves et Pohl, *supra* note 600 à la p 345, les peuples intéressés doivent lutter encore beaucoup pour sa mise en œuvre. Selon les auteurs, cela est dû au fait que les gouvernements ont du mal à comprendre les ST comme un tout. Ils s'occupent des ST de manière partielle, c'est-à-dire de ceux associés à la biodiversité, et plus spécifiquement de ceux associés aux ressources génétiques.

<sup>663</sup> Oguamanam, International, *supra* note 13 aux pp 78-79, 82.

<sup>664</sup> Tobin, « The Role », *supra* note 182 à la p 138.

<sup>665</sup> Oguamanam, International, *supra* note 13 aux pp 72, 78, 91.

administration, dispositions générales et dispositions finales. Les articles en lien direct avec notre sujet sont les suivants :

*Article 2*

1. Il incombe aux gouvernements, avec la participation des peuples intéressés, de développer une action coordonnée et systématique en vue de protéger les droits de ces peuples et de garantir le respect de leur intégrité.

2. Cette action doit comprendre des mesures visant à:

(a) assurer que les membres desdits peuples bénéficient, sur un pied d'égalité, des droits et possibilités que la législation nationale accorde aux autres membres de la population;

[...]

*Article 4*

1. Des mesures spéciales doivent être adoptées, en tant que de besoin, en vue de sauvegarder les personnes, les institutions, les biens, le travail, la culture et l'environnement des peuples intéressés.

[...]

*Article 5*

En appliquant les dispositions de la présente convention, il faudra:

(a) reconnaître et protéger les valeurs et les pratiques sociales, culturelles, religieuses et spirituelles de ces peuples et prendre dûment en considération la nature des problèmes qui se posent à eux, en tant que groupes comme en tant qu'individus;

(b) respecter l'intégrité des valeurs, des pratiques et des institutions desdits peuples;

(c) adopter, avec la participation et la coopération des peuples affectés, des mesures tendant à aplanir les difficultés que ceux-ci éprouvent à faire face à de nouvelles conditions de vie et de travail.

*Article 6*

1. En appliquant les dispositions de la présente convention, les gouvernements doivent:

(a) consulter les peuples intéressés, par des procédures appropriées, et en particulier à travers leurs institutions représentatives, chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement;

[...]

2. Les consultations effectuées en application de la présente convention doivent être menées de bonne foi et sous une forme appropriée aux circonstances, en vue de parvenir à un accord ou d'obtenir un consentement au sujet des mesures envisagées.

*Article 7*

1. Les peuples intéressés doivent avoir le droit de décider de leurs propres priorités en ce qui concerne le processus du développement, dans la mesure où celui-ci a une incidence sur leur vie, leurs croyances, leurs institutions et leur bien-être spirituel et les terres qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et d'exercer autant que possible un contrôle sur leur développement économique, social et culturel propre. En outre, lesdits peuples doivent participer à l'élaboration, à la mise en œuvre et à l'évaluation des plans et programmes de développement national et régional susceptibles de les toucher directement.

[...]

4. Les gouvernements doivent prendre des mesures, en coopération avec les peuples intéressés, pour protéger et préserver l'environnement dans les territoires qu'ils habitent.

*Article 8*

1. En appliquant la législation nationale aux peuples intéressés, il doit être dûment tenu compte de leurs coutumes ou de leur droit coutumier.

2. Les peuples intéressés doivent avoir le droit de conserver leurs coutumes et institutions dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les droits fondamentaux définis par le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international. Des procédures doivent être établies, en tant que de besoin, pour résoudre les conflits éventuellement soulevés par l'application de ce principe.

[...]

*Article 12*

Les peuples intéressés doivent bénéficier d'une protection contre la violation de leurs droits et pouvoir engager une procédure légale, individuellement ou par l'intermédiaire de leurs organes représentatifs, pour assurer le respect effectif de ces droits. Des mesures doivent être prises pour faire en sorte que, dans toute procédure légale, les membres de ces peuples puissent comprendre et se faire comprendre, au besoin grâce à un interprète ou par d'autres moyens efficaces.

*Article 13*

1. En appliquant les dispositions de cette partie de la convention, les gouvernements doivent respecter l'importance spéciale que revêt pour la culture et les valeurs spirituelles des peuples intéressés la relation qu'ils entretiennent avec les terres ou territoires, ou avec les deux, selon le cas,



qu'ils occupent ou utilisent d'une autre manière, et en particulier des aspects collectifs de cette relation.

2. L'utilisation du terme *terres* dans les articles 15 et 16 comprend le concept de territoires, qui recouvre la totalité de l'environnement des régions que les peuples intéressés occupent ou qu'ils utilisent d'une autre manière.

[...]

*Article 15*

1. Les droits des peuples intéressés sur les ressources naturelles dont sont dotées leurs terres doivent être spécialement sauvegardés. Ces droits comprennent celui, pour ces peuples, de participer à l'utilisation, à la gestion et à la conservation de ces ressources<sup>666</sup>[...]

Dans la perspective du sujet que nous traitons, les États signataires doivent reconnaître comme légitime l'aspiration des communautés traditionnelles à avoir le contrôle de leurs institutions et de leurs modes de vie et à conserver et développer leur identité. Cette reconnaissance s'exprimera par la protection des savoirs des communautés traditionnelles, ainsi que de leur environnement<sup>667</sup>. En plus, les États doivent respecter leurs droits sur les ressources naturelles et leur capacité à décider de leurs priorités dans l'exploitation de ces ressources. Des tiers ne pourront avoir accès à ces ressources et aux ST associés sans le consentement des communautés traditionnelles, qui exercent même un droit de veto sur leur exploitation. La législation nationale prendra en compte les coutumes et le droit coutumier des communautés<sup>668</sup>, qui d'ailleurs seront consultées au préalable à propos de décisions qui les concernent. Les États appuieront la formation des communautés afin qu'elles puissent défendre leurs intérêts et leurs droits dans les sphères administratives et judiciaires. De

---

<sup>666</sup> *Convention (no 169)*, *supra* note 654 art 2, 4, 5-8, 12-13, 15.

<sup>667</sup> Oguamanam, International, *supra* note 13 à la p 79.

<sup>668</sup> *Convention (no 169)*, *supra* note 654 art 8.

plus, l'article 25<sup>669</sup> indique le besoin de tenir compte des méthodes de soins préventifs, pratiques de guérison et remèdes traditionnels des autochtones, reconnaissant les ST thérapeutiques et médicinaux<sup>670</sup>. Il faut dire que cette Convention endosse implicitement le recours aux DPI pour la protection des ST autochtones en général et plus particulièrement les ST thérapeutiques<sup>671</sup>.

De forme semblable à la Déclaration des NU que l'on vient d'examiner, cette Convention n'établit donc pas de mécanismes de protection susceptibles d'être analysés dans le cadre de cette thèse. Elle se contente d'établir des lignes directrices ou des recommandations, au niveau soit des mesures légales et administratives devant être adoptées, soit des politiques d'État<sup>672</sup>. Plusieurs de ces indications coïncident avec quelques-uns de nos critères d'analyse, parmi lesquels se trouve celui de consulter les peuples intéressés chaque fois que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de les toucher directement<sup>673</sup>.

### *Réflexion à la lumière du cadre théorique*

Dans les deux sections qui vont suivre, nous analyserons deux systèmes de normes internationales en lien avec les ressources biologiques, la CDB/Protocole de Nagoya, qui

---

<sup>669</sup> *Ibid* art 25.

<sup>670</sup> Oguamanam, International, *supra* note 13 aux pp 92-93, 187.

<sup>671</sup> Halewood, *supra* note 79 à la p 970; Oguamanam, International, *supra* note 13 aux pp 109, 146-47, 153.

<sup>672</sup> *Ibid* à la p 79.

<sup>673</sup> S. James Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2<sup>e</sup> éd, New York (NY), Oxford University Press, 2004 à la p 59. D'ailleurs, selon Gibson, *supra* note 129 à la p 254, la Convention elle-même n'a pas compté sur la participation des autochtones pour son élaboration.

est un système existant déjà et qui influence plus ou moins les États Membres, ainsi que le CIG/OMPI, qui est encore en cours de conception par les représentants des États et des experts. À la fin du chapitre, nous reprendrons cette problématique sous l'angle théorique.

L'examen de ces deux systèmes sera le moment de vérifier si la thèse du constructivisme permet d'éclairer les relations entre les États. Autrement dit, il s'agira de vérifier si le système international est capable de changement et de coopération. Les États du Sud misent sur cette possibilité. En effet, ils souhaitent que l'ordonnement juridique international assure la protection des ST et réprime la biopiraterie, qui reste l'apanage pour l'instant de certains États puissants du Nord. L'espoir des pays du Sud réside dans le fait que les États puissent changer d'identité et ce, afin d'entretenir des rapports coopératifs.

Selon Wendt<sup>674</sup>, la base des relations entre États se détermine selon les processus de formation de l'identité dans le cadre de l'anarchie, orientés par l'impératif de sécurité. Or le concept de sécurité varie selon le mode par lequel un État s'identifie en termes cognitifs en face de l'autre, c'est-à-dire le signifié de l'anarchie et de la distribution du pouvoir dépend de cette variation cognitive. Cela permet de déterminer que les systèmes de sécurité se rangent selon un continuum. Wendt<sup>675</sup> illustre cette idée avec la gradation formée par trois systèmes : le premier est le système *compétitif*. C'est le modèle hobbesien et réaliste du monde, dans lequel un État évalue sa sécurité par comparaison à la sécurité de l'autre État, sur une base négative : ce que l'un possède signifie une perte pour l'autre (gain relatif).

---

<sup>674</sup> Wendt, « Anarchy », *supra* note 195.

<sup>675</sup> *Ibid.*

Dans un tel système, de l'un contre tous, l'action collective est impossible. Le deuxième système est celui des néolibéraux, *individualiste*, qui se caractérise par l'indifférence d'un État par rapport à la sécurité de l'autre. L'État a pour but d'augmenter sans cesse son niveau de sécurité (gain absolu). Dans ces deux modèles, la sécurité est de la responsabilité de chaque État (*self-help*), mais le deuxième ouvre déjà la voie à des actions collectives. Dans le troisième modèle de sécurité, dit *coopératif*, la sécurité de chaque État fait l'objet de la responsabilité de tous les autres. Il ne s'agit plus d'un système de *self-help*, puisque les intérêts sont définis en communauté, de sorte que les intérêts nationaux coïncident avec les intérêts internationaux. Évidemment, ce système est tout à fait favorable à des actions collectives, bien que l'on puisse aussi considérer des niveaux d'intégration communautaire.

Les trois systèmes présentés par l'exemple de Wendt constituent des formes distinctes de culture politique, entendue comme un ensemble de normes, valeurs et intérêts qui orientent l'action de l'État dans le domaine international. En incorporant la composante cognitive à la réflexion, Wendt<sup>676</sup> permet de supposer que les réalités du système international sont des constructions sociales bâties sur un fond matériel. Étant sociales, ces constructions sont sujettes à des changements.

Or on vient de constater, au cours des développements précédents, que les régimes internationaux ont influencé, dans une large mesure, les intérêts de plusieurs pays du Sud, qui ont modifié en conséquence leur ordonnancement juridique, en adoptant les lignes

---

<sup>676</sup> *Ibid.*

directrices de la CDB puis celles de l'ADPIC. Il faut rappeler que, du point de vue de l'économie de la plupart de ces pays, il serait plus intéressant d'opérer sans DPI et que l'incorporation des DPI s'est accomplie en vue de la possibilité d'accès aux marchés des pays développés. Les DPI, qui ne présentaient pas d'intérêt pour les pays du Sud, sont devenus des motifs d'intérêt, c'est ce que l'on peut voir avec la complète assimilation du principe de protection de la propriété intellectuelle. Il y a eu un changement d'intérêts, mais est-ce qu'il y a eu aussi un changement d'identité? Si les pays latino-américains constituent un bon exemple, on peut dire que les gouvernements et les politiciens ont un nouveau discours, qui prend pour acquis les principes de la CDB et de l'ADPIC, par l'effet combiné d'une évolution interne et d'une pression extérieure. Dans ce sens, on ne doute pas de l'existence d'une nouvelle identité.

Des pays pauvres ont changé d'identité sous la pression, directe ou indirecte, de pays puissants. Le problème, qui se pose maintenant, est de savoir si ce changement est toujours le fait d'une asymétrie dans les rapports entre les États, comme celle qui existe entre les pays du Sud et du Nord. Est-il possible d'induire un changement d'identité même de la part de pays puissants par des moyens qui ne s'appuient pas sur la puissance au sens hobbesien?

En reprenant la réflexion de Wendt, selon laquelle les éléments fonctionnels du système international sont des constructions sociales, modelées par les idées, il est évident que produire et faire circuler des idées constitue une capacité générale propre à toutes les sociétés et que toutes les nations peuvent contribuer à un fond commun d'idées, qui est à la

base de la culture politique internationale. On peut penser que les pays du Sud ont la possibilité d'induire un changement d'identité de grande ampleur, en produisant et divulguant des idées qui pénètrent le contexte international. Si les asymétries dans les rapports empêchent que les pays du Sud induisent directement un changement d'identité des pays du Nord, leur action pourra en tout cas être indirecte, en influant les fora et les systèmes internationaux, par exemple. En affermissant de nouvelles idées, de nouveaux principes et de nouvelles valeurs, ces pays pourraient peut-être créer une atmosphère qui provoque le changement d'intérêts et d'identité de la part des pays puissants.

Ce serait un chemin possible pour que les ST soient également protégés dans le Nord comme dans le Sud, en enrayant la biopiraterie à l'échelle internationale. Toutefois, il est question de savoir si cette voie est véritablement faisable sur un plan pratique. C'est ce que nous tâcherons d'analyser au cours des développements qui vont suivre.

### 3.1 La CDB

Adoptée en 1992 par 158 pays (présentement 194) et entrée en vigueur le 29 décembre 1993, la CDB fait partie de la deuxième génération d'instruments de protection environnementale, qui contient des outils plus génériques et un champ d'action plus extensif que les instruments antérieurs. Cette mutation signifie que l'on commence à se préoccuper de façon générale de la nature et plus spécifiquement de certains aspects particuliers, comme les espèces menacées ou les zones humides<sup>677</sup>. Selon De Jonge et Louwaars, l'idée de base de la CDB est de promouvoir la conservation et l'usage durable de la biodiversité, d'un côté par la création d'incitatifs (par exemple, la promesse de partage des avantages) pour que les pays du Sud protègent les ressources génétiques de plantes, qui ont potentiellement une grande valeur et, d'un autre côté, en les aidant à avoir accès aux moyens de conservation par la promotion de la circulation de l'information, de la technologie et des ressources financières comme, par exemple, le partage des avantages<sup>678</sup>.

La CDB traite la question de la biodiversité non seulement dans le cadre de la conservation des ressources existantes mais, pour la première fois, par une approche d'utilisation durable desdites ressources et de l'APA<sup>679</sup>.

---

<sup>677</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 20; Mireille Jardin, « Global Biodiversity Governance: The Contribution of the Main Biodiversity-Related Conventions » dans Raphael Billé *et al.*, dir, *Global Governance of Biodiversity: New Perspectives on a Shared Challenge*, Paris, IFRI, 2010, 6 aux pp 7-8, 31.

<sup>678</sup> Jonge et Louwaars, *supra* note 32 à la p 40.

<sup>679</sup> Jardin, *supra* note 677 aux pp 7-8.

Ainsi, contrairement aux instruments de première génération, la CDB a un champ d'application large, conçu pour englober les questions de la biodiversité d'une façon holistique, établissant de nouveaux principes et de nouvelles ambitions globales de protection. Ces grandes ambitions soulèvent, par contre, une difficulté de mise en œuvre, car les obligations de la Convention envers les États sont très peu nombreuses et vagues, demeurant elle-même un instrument très général, qui comporte des principes plutôt que des mesures spécifiques ou des plans d'action. Elle n'offre aucun recours en cas de non-respect, confiant ainsi sa mise en œuvre à la responsabilité des États<sup>680</sup>.

Depuis le début des discussions qui ont abouti à son adoption, la CDB était conçue comme un outil global pour établir des obligations pour la préservation de la biodiversité ainsi qu'un cadre pour l'action, exigeant par ailleurs l'adoption de plusieurs protocoles spécifiques afin d'élaborer des dispositions précises. Cependant, actuellement, il n'y a que le protocole de Cartagena<sup>681</sup> portant sur la prévention des risques biotechnologiques qui est entré en vigueur. En 1987, en même temps que la CDB était en train d'être formulée et que l'Union internationale pour la conservation de la nature (ci-après UICN) amorçait l'élaboration des principes, le PNUE a commencé à examiner la possibilité de l'adoption d'une convention parapluie afin de rationaliser les activités dans le domaine de la biodiversité. Or, la CDB n'a pas été constituée comme une convention parapluie. Les négociations ont duré plus de trois ans. Il y a lieu d'indiquer que, dès le début des

---

<sup>680</sup> *Ibid* aux pp 7-8, 32, 40.

<sup>681</sup> *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, 29 janvier 2000, en ligne : CBD <<http://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-fr.pdf>>. [*Protocole de Cartagena*]



négociations, on a noté une divergence de points de vue entre les pays du Nord et ceux du Sud<sup>682</sup>, ces derniers ayant joué un rôle central dans les négociations, car en plus de détenir la majeure partie de la biodiversité disponible à grand potentiel commercial, leurs frontières regorgent de la majorité des communautés traditionnelles<sup>683</sup>.

Le texte final du document s'est fondé sur trois piliers, à savoir, la conservation, l'usage durable de la biodiversité et le partage des avantages<sup>684</sup>. La CDB a introduit de nouvelles notions et problématiques dans le domaine de la conservation comme l'idée de DPI et de droit collectif des communautés traditionnelles<sup>685</sup>. Pour la Convention, l'usage durable des éléments de la biodiversité est aussi important que la conservation en soi. Par ailleurs, les notions de biotechnologie, de ressources génétiques, de transfert de technologie ainsi que les savoirs traditionnels étaient au cœur des négociations<sup>686</sup>.

À notre humble avis, cet accord est de nature non contraignante, étant donné la nature purement indicative de la plupart de ses dispositions ainsi que l'absence de mécanisme de coercition et de sanction en cas de non respect desdites dispositions. Néanmoins, l'affirmation selon laquelle la CDB serait non contraignante fait l'objet d'une controverse.

En effet, il y a des auteurs qui pensent que la CDB est un traité contraignant alors que d'autres sont d'avis contraire. Ainsi, parmi ceux qui regardent la CDB comme un accord

---

<sup>682</sup> Jardin, *supra* note 677 aux pp 31, 35.

<sup>683</sup> Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5 à la p 28.

<sup>684</sup> Guruswamy, *supra* note 627 aux pp 134, 144.

<sup>685</sup> La notion de droits collectifs est toujours bien acquise dans d'autres contextes.

<sup>686</sup> Jardin, *supra* note 677 à la p 32.

contraignant, on retrouve Faizi<sup>687</sup>, qui considère que la CDB est un traité contraignant mais non effectif. Autrement dit, selon lui, la convention est un traité multilatéral que les parties sont légalement obligées de mettre en œuvre. Pour cet auteur, elle n'est pas une convention-cadre comme d'aucuns veulent la décrire. L'idée de la CDB comme convention-cadre aurait été rejetée pendant les négociations. Cependant des articles, qui commencent par « s'efforce » ou par « dans la mesure du possible » ne peuvent avoir qu'un faible poids. Selon l'auteur<sup>688</sup>, à l'exception de deux problématiques qui méritent d'être développés<sup>689</sup> les autres articles de la CDB sont là pour être mis en vigueur. Pour Faizi<sup>690</sup>, ce fait, combiné avec celui que la CDB affirme explicitement qu'elle ne prévoit pas d'exceptions et qu'elle dispose aussi d'un mécanisme de résolution des différends intégré, mais qui n'a jamais été activé, font la CDB contraignante.

Encore pour Faizi<sup>691</sup>, la CDB a été négociée, signée, ratifiée et est entrée en vigueur conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui sert de fondement à la mise en place de tous les traités multilatéraux. Le G-77 a longuement négocié pour parvenir au texte final du traité et il est surprenant que ses dispositions, pourtant si vigoureusement négociées, soient jugées, de façon hâtive, comme non contraignantes. En réalité, il s'agit d'une question qui demande l'attention des parties. Un traité légalement contraignant peut ne pas être coercitif sur le plan pratique du fait de la pression provenant de programmes de

---

<sup>687</sup> S. Faizi, « Rescue CBD from Legal Limbo » (2012) 41 ECO 1 aux pp 1-2.

<sup>688</sup> *Ibid.*

<sup>689</sup> Il s'agit de la problématique de la biosécurité (*CDB, supra* note 2 art 19.3) ainsi que de celle de la responsabilité et de la compensation et ce, au-delà de la juridiction nationale (*CDB, supra* note 2 art 14.2).

<sup>690</sup> Faizi, *supra* note 687 aux pp 1-2.

<sup>691</sup> *Ibid.*

travail, de plans stratégiques ainsi que de la formulation de nouveaux objectifs sélectifs qui ne sont pas légalement contraignants. Par conséquent, tout ce processus affaiblit les dispositions générales et coercitives du traité. Les États-Unis se sont véritablement aperçus de la force légale du traité et ont néanmoins pris leur distance vis-à-vis dudit traité par peur que ce dernier ne compromette leurs intérêts économiques. Mais, l'application de la CDB a démontré que leurs craintes étaient excessives. Selon Faizi<sup>692</sup>, la Convention s'est montrée ineffective pour combattre la biopiraterie, qui continue à avoir lieu, en violation évidente des dispositions contraignantes de la Convention, sans qu'elles soient évoquées. Il n'y a pas un Secrétariat qui surveille les infractions et le non-respect des dispositions de la CDB. L'article 15.7<sup>693</sup> demande aux parties de prendre des mesures législatives, administratives et politiques pour le partage des avantages. Au cours des deux dernières décennies, la CdP n'a été l'objet ni d'une révision ni d'une quelconque initiative devant l'échec des parties à promulguer ces mesures. Les traités, même s'ils sont contraignants, sont mis en œuvre eu égard à l'interprétation que les États dotés d'une puissance économique en font<sup>694</sup>. En d'autres termes, la CDB n'est pas effective.

La CDB met en exergue les mesures qui doivent être prises par les États, les seules parties à l'accord, mais n'apporte pas en elle-même des mécanismes efficaces de mise en vigueur. En outre, même s'il s'agit du principal accord qui traite de cette problématique, la Convention ne réussit toujours pas à réduire le risque de biopiraterie. Ce document affirme

---

<sup>692</sup> *Ibid.*

<sup>693</sup> *CDB, supra* note 2 art 15.7.

<sup>694</sup> Faizi, *supra* note 687 aux pp 1-2.

que les États ont le contrôle de l'accès à leurs ressources et de leurs ST et ont l'obligation d'établir des conditions pour encadrer cet accès, y compris le partage des avantages<sup>695</sup>.

La logique de la CDB, qui semble simple a priori, demeure difficile dans sa mise en œuvre sur le plan pratique, étant donné que ses dispositions sont formulées de façon assez vague, avec des objectifs larges et difficilement atteignables. Par conséquent, ce constat entraîne nécessairement un manque de confiance entre les parties<sup>696</sup>.

L'intérêt pour l'établissement de règles assurant que la bioprospection garantit aux groupes participants la conservation de la biodiversité, a culminé dans les dispositions sur le partage des avantages<sup>697</sup>. En effet, l'article 15 de la CDB, dans ses paragraphes 1 (détermination gouvernementale), 4 (l'accès doit être mutuellement accordé) et 5 (consentement préalable), donne à la notion d'accès une connotation légale comme nous allons le constater ci-après<sup>698</sup> :

#### Article 15. Accès aux ressources génétiques

1. Étant 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.

[...]

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

---

<sup>695</sup> Evanson C. Kamau et Gerd Winter, « Introduction » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, xxiii à la p xxiii.

<sup>696</sup> *Ibid* à la p xxiii; Tustin, *supra* note 23 à la p 132.

<sup>697</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p 13.

<sup>698</sup> Stoll, *supra* note 275 aux pp 5-6.

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. [...] <sup>699</sup>

Ainsi, conformément à cet article, l'accès suppose une structure légale établie par l'État qui octroie, par ailleurs, les droits et les procédures. Il nécessite aussi une structure capable d'encadrer la négociation, le consentement préalable donné en connaissance de cause ou encore, la conclusion et l'exécution des accords de partage des avantages. Stoll désigne cet ensemble sous le terme de *mécanismes d'accès* <sup>700</sup>.

Le partage des avantages résultant de l'accès et de l'utilisation est établi aux articles 1 et 15.7 de la CDB, qui se lit comme suit:

#### Article premier. Objectifs

Les objectifs de la présente Convention, dont la réalisation sera conforme à ses dispositions pertinentes, 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.

#### Article 15. Accès aux ressources génétiques

[...]

7. Chaque Partie contractante prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées, conformément aux articles 16 et 19 et, le cas échéant, par le biais du mécanisme de financement créé en vertu des articles 20 et 21, pour assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de

---

<sup>699</sup> CDB, *supra* note 2 art 15.

<sup>700</sup> Stoll, *supra* note 275 aux pp 5-6.

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<sup>701</sup>.

Ce dernier article oblige les États utilisateurs à partager de façon juste les résultats de R&D et les avantages commerciaux ou autres. Par conséquent, ces États doivent adopter une législation pour orienter l'accomplissement de cette obligation, mais jusqu'à maintenant, en majorité, ils sont demeurés passifs<sup>702</sup>.

Le troisième objectif de la CDB exige que chaque partie crée des conditions pour faciliter l'APA, « including the standards of fairness and equity »<sup>703</sup>. Pour ce qui est des obligations des parties par rapport à l'APA, l'article 15 de la Convention détermine que les parties mettent en place des mécanismes pour faciliter l'accès aux ST et s'assurent que les avantages découlant de son utilisation seront partagés de façon juste et équitable<sup>704</sup>.

Les modalités de partage des avantages peuvent être nombreuses, monétaires et non-monétaires, comme suit<sup>705</sup> :

- Échange/collaboration de recherche entre les pays ou institutions du Nord et du Sud, incluant le partage de données et publications conjointes (même si la CDB traite des questions plutôt commerciales qu'académiques)<sup>706</sup>;

---

<sup>701</sup> CDB, *supra* note 2 arts 1, 15.

<sup>702</sup> Winter, *supra* note 60 à la p 24.

<sup>703</sup> Stoll, *supra* note 275 à la p 11.

<sup>704</sup> Secrétariat de la CDB, *Kit*, *supra* note 42.

<sup>705</sup> *Ibid.*

<sup>706</sup> Stoll, *supra* note 275 à la p 11.

- Approvisionnement d'équipements, infrastructures d'appui et technologies<sup>707</sup>;
- Paiement de redevances;
- Accès préférentiel ou prix réduit au pays d'origine du ST aux médicaments produits avec son utilisation;
- Partage du DPI entre les détenteurs du ST et l'utilisateur commercial;
- Formation de scientifiques et chercheurs du pays d'origine du ST pour maximiser son utilisation.

L'importance d'un régime international d'APA réside dans le fait qu'il met en place un cadre clair et transparent sur la forme que devront prendre l'accès et le partage. Par le biais du transfert de technologies, de résultats de recherche, de la formation et des profits, l'APA peut contribuer à la réduction de la pauvreté et au développement durable des pays du Sud. En plus, il contribue à l'avancement de la R&D, en maximisant le bien-être humain par la création de nouveaux médicaments.

La CDB est gouvernée par la *Conférence des parties*, qui a lieu tous les deux ans. La dernière (CdP 11) a eu lieu à New Delhi en 2012. Les décisions de la CdP sont mises en oeuvre par le Secrétariat, qui est géré par le PNUE et dont le siège se trouve à Montréal<sup>708</sup>.

---

<sup>707</sup> *Ibid.*

<sup>708</sup> Raphael Billé *et al.*, « Should We Be Disappointed by the Year of Biodiversity? » dans Raphael Billé *et al.*, dir, *Global Governance of Biodiversity: New Perspectives on a Shared Challenge*, Paris, IFRI, 2010, 86 [Billé *et al.*, « Should »] à la p 90; Jardin, *supra* note 677 aux pp 9, 32.

Dans le cadre de la Convention, les questions pertinentes pour ce travail font l'objet de groupes de travail dont la tâche est d'identifier les bonnes voies pour sa mise en oeuvre. C'est le travail de ces groupes que nous analyserons par la suite.

Le *Groupe de travail sur l'accès et le partage des avantages (APA)* est le résultat de la décision - prise pendant la CdP 4 en 1998 - d'établir un groupe d'experts avec le mandat de clarifier les principes et les concepts liés à l'APA. Constitué lors de la CdP 5, en 2000, ce groupe a fixé les *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation*<sup>709</sup>, adoptées en 2002 à la CdP 6 à La Haye<sup>710</sup>. La décision de mettre en œuvre un régime d'accès et de partage des bénéfices a été prise pendant le Sommet mondial pour le développement durable à Johannesburg, en 2002. Un des plus grands défis de la négociation est de façonner un mécanisme de partage des avantages du brevet entre le pays où la PI est enregistrée et celui qui en est la source. De plus, il faut arriver à un mécanisme qui soit compatible avec l'ADPIC, car la plupart des pays membres de la CDB sont aussi membres de l'OMC et

---

<sup>709</sup> Les *Lignes directrices de Bonn*, *supra* note 292, étaient volontaires et avaient pour objectif de guider les parties dans la mise en œuvre des dispositions d'APA de la CBD, en établissant des mesures administratives, législatives ainsi que des politiques et formes de négociation des accords sur l'APA. Selon Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 20, ces lignes directrices, quoique non contraignantes, étaient supposées être un guide pratique pour l'adoption d'une réglementation nationale d'APA, dans le but de créer un système international prévisible et efficient qui répondrait aux besoins de toutes les parties. Selon Helfer, *supra* note 630 à la p 34, parmi les suggestions apportées par les lignes directrices, se trouvent celles sur la manière d'aborder la question des ST de façon équitable et la divulgation de l'origine des ST dans les demandes de brevet afin de vérifier si le demandeur a obtenu le consentement préalable du pays d'origine et respecté les conditions d'accès imposées par ce pays.

<sup>710</sup> Les parties réunies à La Haye ont déclaré que la CDB a une responsabilité primaire dans la réglementation de la biodiversité et spécialement des savoirs traditionnels, comme on peut le vérifier à la CdP 6, *Décision adoptée par la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique à sa sixième réunion*, Doc. Off. COP 6 CDB NU (19 avril 2002), Doc UNEP/CB/COP/6/20, en ligne : CDB <<http://www.cbd.int>> (date de consultation: 2 juin 2011) [CdP 6, UNEP/CB/COP/6/20] à V/10.



peuvent être accusés devant l'OMC, lors de la mise en œuvre nationale du mécanisme, d'utiliser ces lois pour créer des barrières non tarifaires, puisque actuellement, si l'ADPIC n'empêche pas la protection des savoirs traditionnels, il ne la prévoit pas non plus expressément.

À la CdP 8 (Curitiba, 2006), il a été exigé du groupe de travail qu'il termine ses travaux pour 2010<sup>711</sup>. Le groupe de travail a tenu sa dernière réunion, la neuvième, à Cali, du 22 au 28 mars 2010, celle-ci ayant pour but de déterminer le régime d'accès et de partage des avantages devant être adopté à la CdP 10 à Nagoya, en octobre 2010<sup>712</sup>.

Le groupe n'est pas parvenu à conclure un accord lors de cette réunion, car les pays du Nord, à l'exception de la Suisse et de la Norvège, ne voulaient pas d'obligations contraignantes ainsi que l'obligation de divulgation de l'origine lors de la demande d'attribution de DPI<sup>713</sup>. À leur tour, les pays du Sud n'étaient pas satisfaits des avantages proposés dans le texte parce qu'ils considéraient que ces bénéfices n'étaient pas une contrepartie suffisante contre la biopiraterie commise chez eux par des entreprises du Nord. Ils se plaignaient, de plus, que le texte n'incluait pas la création de voies de recours pour

---

<sup>711</sup> International Centre for Trade and Sustainable Development, « Biodiversity Meeting Delves into Access and Benefit Sharing » 14:26 *Bridges Weekly Trade News Digest* (14 juillet 2010) [ICTSD, « Biodiversity »]; Billé *et al.*, « Should », *supra* note 708 à la p 88.

<sup>712</sup> Kaitlin Mara, « Biodiversity Negotiations Seek to Finalize Draft Access, Benefit-Sharing Regime » *Intellectual Property Watch* (22 mars 2010), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2010/03/22/biodiversity-negotiators-seek-to-finalise-draft-access-benefit-sharing-regime/>> (date de consultation: 30 janvier 2014).

<sup>713</sup> Kaitlin Mara, « UN Claims Victory in Biodiversity Talks, but Outcome not Certain » *Intellectual Property Watch* (6 avril 2010), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2010/04/06/un-claims-victory-in-biodiversity-talks-but-outcome-not-certain/>> (date de consultation: 30 janvier 2014) [Mara, « UN »].

qu'ils puissent faire face à la biopiraterie<sup>714</sup>. Les membres du groupe ont seulement réussi à rédiger un avant-projet de protocole, qui est resté ouvert à des modifications<sup>715</sup>.

La réunion a été ajournée jusqu'à celle du 10 au 16 juillet 2010, à Montréal<sup>716</sup>. L'objectif de la continuation de la réunion à Montréal était d'arriver à préparer un avant-projet avec comme condition d'être présenté à la CdP 10, en octobre, à Nagoya<sup>717</sup>. Toutefois, les membres ont eu des difficultés à s'entendre sur différents paragraphes et plusieurs d'entre eux ont proposé des amendements au texte<sup>718</sup>, en particulier à l'article 4 portant sur le partage équitable des avantages; à l'article 5, sur l'accès aux ressources génétiques; à l'article 5 bis, sur l'accès aux ST; et à l'article 12, sur le respect de la législation internationale et nationale relative à l'accès et au partage des avantages<sup>719</sup>.

En lien avec ce qui nous intéresse, le Canada a proposé de retirer la mention des ST de l'article 4 et de traiter le partage des avantages de ST dans une disposition séparée. Cette

---

<sup>714</sup> ICTSD, « Biodiversity », *supra* note 711.

<sup>715</sup> Mara, « UN », *supra* note 712.

<sup>716</sup> *Ibid.*

<sup>717</sup> ICTSD, « Biodiversity », *supra* note 711.

<sup>718</sup> Catherine Saez, « Hopes Fading for Concluding Biodiversity Access and Benefit Sharing Negotiations? » *Intellectual Property Watch* (16 juillet 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/07/16/hopes-of-concluding-access-and-benefit-sharing-negotiations-fading/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/07/16/hopes-of-concluding-access-and-benefit-sharing-negotiations-fading/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 30 janvier 2014) [Saez, « Hope »].

<sup>719</sup> Pour le document dont on parle, voir PNUÉ, *Réunion du Groupe de négociation interrégional*, Doc. Off. WG-ABS CDB PNUÉ NU (16 octobre 2010), Doc UNEP/CBD/WG-ABS/9/ING/2 [PNUÉ, UNEP/CBD/WG-ABS/9/ING/2].

proposition a rencontré l'opposition des pays du Sud<sup>720</sup>. Dans l'article 5 bis, les délégations ne se sont pas mises d'accord sur les sanctions pour usage d'un ST acquis illégalement<sup>721</sup>.

Cependant, l'Union européenne et le Canada ont défendu très fortement la thèse selon laquelle la proposition sur les ST devait être transférée à l'OMPI – son Comité intergouvernemental traitant du sujet (comme nous le verrons plus loin) – car elle serait plus apte à traiter du sujet. Cette proposition n'a pas été bien accueillie par les pays du Sud, qui considèrent l'OMPI comme un forum pro-Nord et estiment que la CDB peut offrir des mécanismes plus efficaces contre la biopiraterie de ST<sup>722</sup>.

Lors de la réunion tenue à Montréal, il a été décidé de réunir le Groupe de négociation interrégionale (ci-après GNI), créé par le Groupe de travail entre le 18 et le 21 septembre, pour poursuivre les négociations du Protocole provisoire et soumettre ses résultats au Groupe de travail lors de la reprise de sa neuvième réunion, le 16 octobre, à Nagoya<sup>723</sup>. Toutefois, la réunion a été marquée par de nombreux débats. Par exemple, les communautés traditionnelles ont quitté la table de négociations du groupe de contact sur les ST suite au rejet d'une proposition de texte qu'elles avaient présentée et qui n'était pas

---

<sup>720</sup> Saez, « Hope », *supra* note 718.

<sup>721</sup> Catherine Saez, « Consensus on Binding Biodiversity Agreement Elusive, to Reconvene in September » *Intellectual Property Watch* (20 juillet 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/07/20/consensus-on-binding-biodiversity-agreement-elusive-to-reconvene-in-september/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/07/20/consensus-on-binding-biodiversity-agreement-elusive-to-reconvene-in-september/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 30 janvier 2014) [Saez, « Consensus »].

<sup>722</sup> International Centre for Trade and Sustainable Development, « ABS Text Advances in Montreal but Much Work Remains » 14:27 *Bridges Weekly Trade News Digest* (21 juillet 2010).

<sup>723</sup> Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Notification*, SCDB Doc. SCDB/SEL/OJ/SG/73029 (10 août 2010), en ligne : SCDB <<http://www.cbd.int/doc/notifications/2010/ntf-2010-153-abs-stakeholder-fr.pdf>> (date de consultation: 30 janvier 2014); PNUE, *Réunion du Groupe de Négociation interrégionale*, Doc. Off. WG-ABS CDB PNUE NU (21 septembre 2010), Doc UNEP/CBD/WG-ABS/9/ING/1.

appuyée par un membre de la CDB<sup>724</sup>. Après d'après discussions avec ceux qui étaient restés à la table de négociation, les membres ont conclu qu'ils ne pouvaient pas traiter du sujet des ST sans la participation des représentants des communautés. Après quelques échanges verbaux, des mesures ont été prises pour répondre à la demande des communautés, qui sont enfin revenues à la table<sup>725</sup>. Malgré ces efforts, les progrès se sont toutefois avérés insuffisants. Cette réunion s'est poursuivie entre le 13 et le 15 octobre à Nagoya<sup>726</sup>.

Le texte contenait toujours bon nombre de parenthèses suite à cette reprise de la réunion du GNI à Nagoya<sup>727</sup>. Néanmoins, après 12 jours de discussions, un texte présenté par le Japon est parvenu à surmonter les divergences à l'intérieur du Groupe, spécifiquement entre les

---

<sup>724</sup> Saez, « Consensus », *supra* note 721, rappelle que, dans toutes les négociations de ce groupe de travail, il faut remarquer que les communautés traditionnelles ont le droit de proposer des textes, qui sont pris en considération seulement s'ils sont appuyés par un membre de la CDB.

<sup>725</sup> Entrevue de Merle Alexandre par Intellectual Property Watch (8 octobre 2010) sur « Inside Views: A Rights-Poor Protocol For Biodiversity Access & Benefit-Sharing » *Intellectual Property Watch*, en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/08/inside-views-a-rights-poor-protocol-for-biodiversity-access-benefit-sharing/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/08/inside-views-a-rights-poor-protocol-for-biodiversity-access-benefit-sharing/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 30 janvier 2014); Catherine Saez, « As Negotiations Launch Talks on Biodiversity, Industry Requests IP Protection » *Intellectual Property Watch* (15 octobre 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/15/as-negotiators-launch-talks-on-biodiversity-industry-requests-ip-protection/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/15/as-negotiators-launch-talks-on-biodiversity-industry-requests-ip-protection/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 30 janvier 2014).

<sup>726</sup> Catherine Saez, « Burdened with Brackets, Biodiversity ABS Protocol Needs Political Will to Survive » *Intellectual Property Watch* (28 septembre 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/09/28/burdened-with-brackets-biodiversity-abs-protocol-needs-political-will-to-survive/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/09/28/burdened-with-brackets-biodiversity-abs-protocol-needs-political-will-to-survive/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 30 janvier 2014). Selon Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Notification*, SCDB Doc. SCDB/SEL/OJ/SG/74179, en ligne : SCDB <<http://www.cbd.int/doc/?meeting=ABSWG-ING-02>> (date de consultation: 12 octobre 2010), l'ordre des négociations était le suivant :

«Utilisation (Article 2, and specific references in Articles 4, 5, and 12); Benefit-sharing (Article 4); Access (Article 5); Compliance (Article 12, 13, 13bis, 14, 14bis); Traditional Knowledge (Articles 5bis and 9, and specific references in Articles 4, 5 and 14); Other issues (Articles 14bis to 19); Secretariat (Article 22) and Subsidiary Bodies (Article 21); Scope and relationship with other instruments (Articles 3, 3 bis, 6); Use of Terms (Article 2); Preamble. »

<sup>727</sup> PNUE, UNEP/CBD/WG-ABS/9/ING/2, *supra* note 719.

pays du Nord et du Sud<sup>728</sup>. Le *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique* a été adopté le 29 octobre 2010<sup>729</sup>. Même les États-Unis, qui ne font pas partie de la CDB, ont pu prendre la parole pendant les négociations<sup>730</sup>. L'objectif du Protocole, qui en constitue l'une des dispositions les plus importantes, est libellé comme suit :

#### Article Premier

##### OBJECTIF

L'objectif du présent Protocole est le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des technologies pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux technologies et grâce à un financement adéquat, contribuant ainsi à la conservation de la diversité biologique et à l'utilisation durable de ses éléments constitutifs<sup>731</sup>.

En bref, l'objectif du Protocole est d'appuyer et de faciliter la mise en œuvre du troisième objectif de la CDB, en l'occurrence le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques. Il établit de nouvelles règles internationales afin de

---

<sup>728</sup> Billé *et al.*, « Should », *supra* note 708 à la p 88.

<sup>729</sup> *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relative à la Convention sur la diversité biologique*, 29 octobre 2010, en ligne : CDB <<http://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-fr.pdf>> [*Protocole de Nagoya*].

<sup>730</sup> Catherine Saez, « Ministers Arrive to Help Reach Outcome at UN Convention on Biodiversity » *Intellectual Property Watch* (27 octobre 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/27/ministers-arrive-to-help-reach-outcome-at-un-convention-on-biodiversity/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/27/ministers-arrive-to-help-reach-outcome-at-un-convention-on-biodiversity/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 30 janvier 2014).

<sup>731</sup> *Protocole de Nagoya*, *supra* note 729 art 7.

réglementer au mieux l'accès à la biodiversité en lien avec la recherche et le développement ainsi que le partage des avantages. Ainsi, le Protocole aide à clarifier la notion de ressources génétiques ainsi que le genre d'avantage qui peut être l'objet de partage. Il incite également les systèmes nationaux d'APA à traiter de la manière dont les équipes de recherche transportent les échantillons au travers des frontières<sup>732</sup>. En plus, il s'agit de mettre fin à la biopiraterie<sup>733</sup>.

D'autres dispositions sont à mentionner comme, entres autres, l'élaboration des principes et conditions pour le partage juste et équitable des avantages<sup>734</sup> et pour l'accès aux ressources et aux savoirs traditionnels, plusieurs mécanismes de mise en œuvre y compris un mécanisme multilatéral de partage des avantages, un Centre d'échange d'accès et de partage des avantages, des mesures visant à promouvoir le respect des conditions réglementaires et légales, des conditions mutuellement agréées et, enfin, des mesures pour promouvoir des activités de sensibilisation<sup>735</sup>.

---

<sup>732</sup> Union for Ethical BioTrade, *Beauty of Sourcing with Respect 2011: The Strategic Importance of Biodiversity*, Genève, Union for Ethical BioTrade, 2011 aux pp 1-2; Union for Ethical BioTrade, *New Rules on Benefit Sharing: Understanding the Implications for Industry*, Genève, Union for Ethical BioTrade, 2011.

<sup>733</sup> Billé *et al.*, « Should », *supra* note 708 à la p 88.

<sup>734</sup> Selon Catherine Saez, « Nations Begin Signing Protocol on Biodiversity Access and Benefit-Sharing » *Intellectual Property Watch* (7 février 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/07/nations-begin-signing-protocol-on-biodiversity-access-and-benefit-sharing/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/07/nations-begin-signing-protocol-on-biodiversity-access-and-benefit-sharing/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 30 janvier 2014) [Saez, « Nations Begin »], il ne s'agit pas seulement des avantages économiques, mais aussi du partage de R&D ou encore du transfert de technologie.

<sup>735</sup> Maria Julia Oliva, *Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing – Technical Brief*, Genève, Union for Ethical BioTrade, 2010.

L'article 7 prévoit que les parties doivent s'assurer que l'accès aux ST soit fait avec le consentement préalable et dans des conditions convenues d'un commun accord<sup>736</sup>. Le Protocole évoque aussi la possibilité de s'appuyer sur des protocoles communautaires. Ceux-ci ne doivent pas être simplement réduits aux stipulations des droits des autochtones. D'une part, ils doivent aussi préserver les ressources biologiques irremplaçables et encourager le développement durable. D'autre part, ils doivent clarifier les attentes eu égard à l'industrie et aux gouvernements<sup>737</sup>.

En tant qu'instrument permettant la mise en œuvre de la CDB relativement à l'accès et au partage des avantages<sup>738</sup>, le Protocole met en place des règles internationales pour l'usage de la biodiversité. Cela inclut les savoirs qui y sont liés et le Protocole peut donc notamment réglementer le transfert de fonds à un pays pour un médicament produit depuis les savoirs traditionnels qui y sont localisés<sup>739</sup>. Il assure donc une rétribution du pécule au profit des industries, notamment des laboratoires pharmaceutiques, qui utilisent des ressources biogénétiques et les savoirs traditionnels. Par conséquent, cette situation pourrait

---

<sup>736</sup> *Protocole de Nagoya*, *supra* note 729 art 1. Nous traiterons davantage de ces dispositions, à propos de l'analyse du Protocole, ultérieurement.

<sup>737</sup> International Institute for Environment and Development, « Consent and Conservation: Getting the Most from Community Protocols » *Briefing* (octobre 2012).

<sup>738</sup> Oliva, *supra* note 735.

<sup>739</sup> « Conferência da ONU discute alternativas para reduzir perda de biodiversidade » *Folha de São Paulo* (18 octobre 2010), en ligne : <http://tools.folha.com.br/print?url=http%3A%2F%2Fwww1.folha.uol.com.br%2Fambiente%2F816080-conferencia-da-onu-discute-alternativas-para-reduzir-perda-de-biodiversidade.shtml&site=emcimadahora> (date de consultation: 30 janvier 2014). Nous nous occuperons de cette question plus loin.

signifier des milliards de dollars perdus pour les pays du Sud qui détiennent pourtant la plupart des richesses naturelles de la planète<sup>740</sup>.

Le Protocole se présente donc comme un moyen consistant à protéger les pays contre l'appropriation illégale de leurs ressources génétiques et de leurs ST ainsi que comme un instrument visant à assurer le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation desdites ressources et savoirs<sup>741</sup>.

Quant aux dispositions sur l'accès et le partage, elles requièrent que les parties créent des mécanismes pour appuyer le développement des protocoles communautaires et d'autres procédures et outils fondés sur les communautés. Dans le même temps, elles déterminent que les parties préservent les usages et les échanges coutumiers entre les communautés<sup>742</sup>.

Finalement, le document indique qu'il faut évaluer la mise en œuvre de ces dispositions touchant aux savoirs lors de la première révision du Protocole, soit quatre ans après son entrée en vigueur. La révision devra prendre en compte le travail de l'OMPI<sup>743</sup> et d'autres OI importantes.

---

<sup>740</sup> « Divergência entre países ricos e pobres se acentuam na COP-10 » *Folha de São Paulo* (22 octobre 2010), en ligne : Folha.com  
<<http://tools.folha.com.br/print?url=http%3A%2F%2Fwww1.folha.uol.com.br%2Fambiente%2F818669-divergencias-entre-paises-ricos-e-pobres-se-acentuam-na-cop-10.shtml&site=emcimadahora>> (date de consultation: 30 janvier 2014).

<sup>741</sup> Catherine Saez, « Biodiversity Benefit-Sharing Treaty Negotiations Tackle New Text as Clock Ticks » *Intellectual Property Watch* (26 octobre 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/26/biodiversity-benefit-sharing-treaty-negotiators-tackle-new-text-as-clock-ticks/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/26/biodiversity-benefit-sharing-treaty-negotiators-tackle-new-text-as-clock-ticks/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 30 janvier 2014); Menezes, *supra* note 562.

<sup>742</sup> Oliva, *supra* note 735.

<sup>743</sup> Même si le document n'y fait pas référence expressément, les DPI doivent être considérés pourvu qu'ils soient compatibles avec les objectifs du Protocole.



Il s'agit d'un instrument international nouveau et séparé, qui doit être signé et ratifié par les parties<sup>744</sup>, pour lesquelles il sera contraignant. Seuls les pays qui font partie de la CDB peuvent signer le Protocole. Celui-ci était ouvert aux signatures du 1<sup>er</sup> février 2011 au 1<sup>er</sup> février 2012, et il entrera en vigueur quatre-vingt-dix jours après la cinquantième ratification<sup>745</sup>. Selon le seizième objectif d'Aichi<sup>746</sup>, le Protocole doit être en vigueur et opérationnel en 2015.

En mars 2011, à l'initiative du Japon, a été créé un *Fonds de mise en œuvre du Protocole de Nagoya* visant à faciliter l'entrée en vigueur et la mise en œuvre rapide du Protocole dans le cadre du Fonds pour l'environnement mondial.

---

<sup>744</sup> Oliva, *supra* note 735. Selon International Centre for Trade and Sustainable Development, « CBD Reaches Agreement on Access and Benefit Sharing, But Some Question its Effectiveness » 14:38 *Bridges Weekly Trade News Digest* (3 novembre 2010) [ICTSD, « CBD Reaches »], les services de secrétariat et de règlement de différends du protocole sont ceux établis par la CDB.

<sup>745</sup> Oliva, *supra* note 735. À présent on compte 92 signataires et 29 ratifications.

<sup>746</sup> Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique, *Plan stratégique 2011-2020 et objectifs d'Aichi relatifs à la diversité biologique*, PNUE Doc. UNEP/CBD/COP/DEC/X/2, en ligne : CDB <<http://www.cbd.int/decision/cop/?id=12268>> (date de consultation : 6 juillet 2010). Ainsi que le Protocole de Nagoya, les Objectifs d'Aichi relatifs à la diversité biologique ont été adoptés à la CdP 10 à Nagoya en 2010. Ces Objectifs ont été adoptés dans le cadre du plan stratégique 2011-2020 pour la diversité biologique dont le but est de promouvoir une mise en œuvre plus efficace de la CDB, ainsi que le renforcement de l'application cohérente des dispositions de la CDB et de la CdP, y inclus le Protocole de Nagoya. Ils comprennent des aspirations devant être satisfaites au niveau mondial. Par ailleurs, ils fournissent aussi un cadre beaucoup plus souple visant à élaborer des objectifs nationaux et régionaux. En plus du seizième objectif déjà mentionné, l'autre qui intéresse particulièrement notre travail est le dix-huitième: « Objectif 18 : D'ici à 2020, les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales qui présentent un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, ainsi que leur utilisation coutumière durable, sont respectées, sous réserve des dispositions de la législation nationale et des obligations internationales en vigueur, et sont pleinement intégrées et prises en compte dans le cadre de l'application de la Convention, avec la participation entière et effective des communautés autochtones et locales, à tous les niveaux pertinents ».

Lors d'une rencontre tenue à Montréal du 11 au 14 avril 2011, pour discuter des modalités d'opération de l'APA, des experts<sup>747</sup> ont formulé des commentaires quant au rôle du mécanisme global de partage des avantages dans la mise en œuvre du Protocole de Nagoya et l'établissement de priorités pour sa phase pilote, ainsi que sur les occasions de collaboration avec les systèmes existants. Ces résultats ont été évalués lors de la première réunion du *Comité intergouvernemental spécial à composition non limitée pour le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation* (ci-après CIPN), tenue en juin 2011 à Montréal<sup>748</sup>. Le Comité s'est concentré sur la disposition en lien avec le mécanisme global de partage des avantages, qui doit être prêt pour la première CdP du Protocole<sup>749</sup>, tel que

---

<sup>747</sup> Huit par région et dix observateurs provenant de plusieurs domaines, tels que les organisations internationales, les industries, les institutions de recherche, les jardins botaniques, les détenteurs de collections *ex situ*, les organisations non-gouvernementales et enfin, les communautés traditionnelles.

<sup>748</sup> Convention sur la diversité biologique, « Expert Meeting on the Modalities of Operations of the ABS Clearing House Montreal, Canada » (2011) 4 Monthly Bulletin of Activities of the Convention on Biological Diversity 2; International Centre for Trade and Sustainable Development, « Agreement Reached on Access and Benefit-sharing » 14:4 *News and Analysis* (décembre 2010) [ICTSD, « Agreement Reached »]; Saez, « Nations Begin », *supra* note 734.

<sup>749</sup> Selon IISD Reporting Services, « Summary of the Second Meeting of the Intergovernmental Committee for the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing to the Convention on Biological Diversity: 2-6 July 2012 » 9:579 *Earth Negotiations Bulletin* (9 juillet 2012) [IISD, « Summary »] aux pp 1, 14, l'expectative est que le Protocole prenne encore deux ans avant d'entrer en vigueur. Par conséquent, sa première CdP devrait se dérouler probablement en 2014, en conjonction avec la CdP 12 de la CDB. Selon Saez, « Nations Begin », *supra* note 734, lors de la première rencontre des parties du Protocole et ce, conformément à la CdP 11, il se peut qu'un mécanisme de respect soit adopté. En réalité, l'idéal serait qu'il se fasse sur le modèle du *Protocole de Cartagena*, *supra* note 681. Néanmoins, selon Catherine Saez, « New Biodiversity Benefit-Sharing Protocol Relies on National Rules, Experts Say » *Intellectual Property Watch* (7 février 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/07/new-biodiversity-benefit-sharing-protocol-relies-on-national-rules-experts-say/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/07/new-biodiversity-benefit-sharing-protocol-relies-on-national-rules-experts-say/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 30 janvier 2014), cet idéal ne sera probablement pas atteint. Bien plus, elle considère même qu'un mécanisme supportant ledit idéal sera difficilement adopté par consensus comme cela devrait pourtant être normalement le cas.

prévu dans son article 14, paragraphe 4<sup>750</sup>. Avant cette réunion, un atelier de renforcement des capacités sur l'APA a eu lieu les 4 et 5 juin 2011 et l'élection du Bureau du CIPN s'est tenue le 6 juin. La deuxième réunion du CIPN s'est déroulée du 2 au 6 juillet 2012, à New Delhi<sup>751</sup>, précédée d'un atelier de renforcement des capacités sur la CDB et du TIRPGAA qui a eu lieu les 30 juin et 1<sup>er</sup> juillet 2012. Lors de ladite réunion, les participants ont adopté huit recommandations pour la première CdP du Protocole<sup>752</sup>.

L'on ne pourrait étudier la CDB sans mettre en exergue une de ses caractéristiques essentielles à savoir, son ampleur. En effet, comme on l'a déjà mentionné lors des développements précédents, la majorité des traités antérieurs relatifs à la biodiversité se limitaient à une espèce particulière ou à un écosystème en sus du fait qu'il s'agissait de

---

<sup>750</sup> *Protocole de Nagoya, supra* note 729 art 14, para 4.

<sup>751</sup> Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Notification*, SCDB Doc. SCDB/ABS/VN/SG/78678, en ligne : SCDB <<http://www.cbd.int/doc/notifications/2012/ntf-2012-022-abs-en.pdf>> (date de consultation: 30 janvier 2014). L'ordre du jour pour la réunion était:

- « a) Développement d'un budget de programme pour la période biennale suivant l'entrée en vigueur du Protocole;
- b) Élaboration de l'orientation concernant le mécanisme financier (article 25);
- c) Élaboration de l'orientation concernant la mobilisation de ressources aux fins d'application du Protocole;
- d) Examen du règlement intérieur de la Conférence des Parties siégeant en tant que réunion des Parties au Protocole (article 26, paragraphe 5);
- e) Élaboration de l'ordre du jour provisoire de la première réunion de la Conférence des Parties siégeant en tant que réunion des Parties au Protocole (article 26, paragraphe 6);
- f) Nécessité et modalités d'un mécanisme mondial multilatéral d'accès et de partage des avantages (article 10);
- g) Suite de l'examen des questions abordées à la première réunion du Comité intergouvernemental, si nécessaire. »

<sup>752</sup> Selon IISD, « Summary », *supra* note 749 à la p 1:

« ...modalities of operation of the ABS clearing-house; measures to assist in capacity building, capacity development and strengthening of human and institutional capacities in developing countries; measures to raise awareness of the importance of genetic resources and associated traditional knowledge; cooperative procedures and institutional mechanisms to promote compliance with the Protocol and address cases of non-compliance; the need for, and modalities of, a global multilateral benefit-sharing mechanism (Article 10); guidance for the financial mechanism; guidance for resource mobilization for the Protocol's implementation... »

traités régionaux. La CDB est le premier traité soutenu par les États qui tente de traiter de la question de la biodiversité de façon globale et de reconnaître les droits des communautés traditionnelles sur leurs savoirs, en admettant la nécessité du consentement préalable des communautés avant l'utilisation de leurs ST, de même que le partage découlant de cet usage<sup>753</sup>.

La CDB reconnaît que les ST sont importants pour la conservation de la biodiversité et que les communautés traditionnelles ont une dépendance étroite et traditionnelle envers les ressources biologiques. Leur mode de vie et leur subsistance dépendent desdites ressources, lesquelles façonnent en quelque sorte leur quotidien<sup>754</sup>. C'est pour cette raison que l'article 10(c) oblige les parties à protéger et à encourager l'usage coutumier des ressources biologiques selon les pratiques culturelles traditionnelles pour les conserver<sup>755</sup>. Plus loin, selon l'article 18.4, les parties sont obligées de développer et d'utiliser de façon durable, les techniques traditionnelles afin, d'une part, de conserver la biodiversité et, d'autre part, d'utiliser de façon durable ses composantes<sup>756</sup>. À cet égard, la CDB protège une double vulnérabilité à savoir, la menace qui pèse aussi bien sur la nature que sur les communautés traditionnelles et qui découle de la façon dont l'économie moderne se développe<sup>757</sup>.

---

<sup>753</sup> Louka, *supra* note 116 aux pp 299, 301, 303.

<sup>754</sup> Shiva, *Protecting*, *supra* note 138 à la p 2.

<sup>755</sup> CDB, *supra* note 2 art 10(c).

<sup>756</sup> *Ibid* art 18.4.

<sup>757</sup> Kleba, *supra* note 492 à la p 119.

La Convention reconnaît la nature innovatrice des ST dans son article 8(j) et recommande la participation et l'approbation des communautés quant à l'usage desdits savoirs<sup>758</sup>. En exigeant le partage des avantages, la CDB essaye d'établir des bases éthiques dans les rapports entre les communautés traditionnelles et les agents du marché économique<sup>759</sup>.

Toutefois, le caractère vague et incertain qui caractérise l'article 8 (j) ne représente pas un compromis généralisé des parties pour protéger les ST de façon effective. En fait, cette incertitude découle directement de la pression des ONG, dont l'influence a résulté de la manière ou de la façon dont a eu lieu le processus de négociation de la CDB. Cependant, de nos jours, la situation a évolué dans la mesure où plusieurs gouvernements et organisations internationales (OMPI depuis 1998 et OMC depuis 1999) ont adhéré à la problématique de la protection des ST même si, par ailleurs, un certain malaise est perceptible eu égard à certains pays, comme les États-Unis, où sont domiciliées la plupart des compagnies accusées de biopiraterie par les pays du Sud. Ainsi, cet état de fait incite les pays du Sud à ramener la question de la protection des ST au sein de l'ADPIC en sus du fait que cette problématique est évidemment déjà gérée au sein de l'OMPI et de la CdP de la CDB<sup>760</sup>.

Dans les négociations qui ont mené à l'adoption de la Convention en 1992, les pays du Sud, riches en biodiversité mais pauvres en technologies, ont cherché les avantages financiers et le transfert de technologies comme incitatifs pour conserver les ressources génétiques à

---

<sup>758</sup> CDB, *supra* note 2 art 8(j).

<sup>759</sup> Kleba, *supra* note 492 à la p 118.

<sup>760</sup> Dutfield, « TRIPS-Related » *supra* note 92 à la p 237.

l'intérieur de leurs frontières. À leur tour, les pays pauvres en biodiversité mais riches en technologies du Nord ont cherché à minimiser les avantages et le transfert de technologies, maximisant leur accès aux ressources. La reconnaissance par la CDB des DPI a facilité un compromis entre les deux positions, permettant au pays du Nord d'appuyer le transfert de technologies en échange de l'accès<sup>761</sup>. C'est pour cette raison que la Convention a été reconnue comme « *the grand bargain* » eu égard au fait qu'elle essaye d'équilibrer l'accès avec le partage des bénéfices qui en découle<sup>762</sup>. Curieusement, la même logique a été utilisée par E. Richard Gold *et al.* à propos de la négociation de l'ADPIC dans le cadre des débats au sein de l'OMC, comme formulé ci-après : « linkage-bargain diplomacy through which the TRIPS Agreement was negotiated [...] as part of the process of linkage-bargain diplomacy through which the WTO was negotiated, [les pays du Sud] agreed to TRIPS in exchange for trade concessions from the developed world in such areas as agriculture<sup>763</sup> ».

Malgré le fait que la CDB soit un document légal, elle manque d'effectivité<sup>764</sup>. Cette situation s'explique, entre autres, par le fait que plusieurs États du Sud ne réunissent pas les conditions favorables à l'établissement d'une législation pour mettre en œuvre ses dispositions. De plus, même s'ils pouvaient le faire, il est à noter que la biopiraterie provient des États du Nord qui n'ont pas pour obligation d'assurer le respect des

---

<sup>761</sup> Charles Lawson et Jay Sanderson, « The Evolution of the CBD's Development Agenda that may Influence the Interpretation and Development of TRIPS » dans Justin Malbon et Charles Lawson, dir, *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement- Is it Fair?*, Cheltenham, Edward Elgar, 2008, 131, à la p 133; Helfer, *supra* note 630 à la p 28.

<sup>762</sup> Voir Robinson, *supra* note 22 à la p. 26; OMPI, *réponse du Pérou*, *supra* note 143 para 9, 19.

<sup>763</sup> E. Richard Gold *et al.*, « The Unexamined Assumptions of Intellectual Property: Adopting an Evaluative Approach to Patenting Biotechnological Innovation » (2004) 18 Public Affairs Quarterly 299 à la p 312, 332.

<sup>764</sup> Githae, *supra* note 18 à la p 97.

législations nationales d'APA<sup>765</sup>. Nous devons d'ailleurs rappeler que les États-Unis n'ont jamais ratifié la Convention en alléguant le fait qu'elle affecterait les DPI étasuniens<sup>766</sup>, ce qui nuit davantage à son efficacité<sup>767</sup>. Ce pays s'est même opposé aux faibles mesures de PI adoptées dans l'article 16(2) et (5) de la CDB<sup>768</sup>. En plus, il est à noter que, pendant la négociation et l'approbation de la déclaration, les États-Unis négociaient en même temps plusieurs traités bilatéraux de libre échange, avec des clauses ADPIC-plus, y compris avec le Pérou<sup>769</sup>. Il ne faut pas oublier non plus que le Royaume-Uni, la France, l'Italie et la Suisse ont ratifié la convention « but open to interpretative statements »<sup>770</sup>.

Passons maintenant à l'analyse de la CDB selon les critères mentionnés ci-dessus pour évaluer les mécanismes internationaux. Dans son préambule, la CDB reconnaît l'interdépendance entre la conservation de la biodiversité et la protection des communautés traditionnelles. Dans son article 8(j) notamment, elle se réfère aux ST qui intéressent la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité<sup>771</sup>. On a souvent tendance à oublier que, selon cette disposition, l'État ne doit assurer la protection et la manipulation des ST, selon sa propre législation nationale, que dans la mesure où le ST est pertinent pour la conservation de la diversité biologique. L'État doit « encourager » le partage des avantages

---

<sup>765</sup> Selon Louka, *supra* note 116 à la p 300, la CDB suppose que la biodiversité peut être protégée plus effectivement au niveau national. Ceci n'est pas le cas pour les ST.

<sup>766</sup> McManis, « Intellectual Property », *supra* note 132 à la p 548.

<sup>767</sup> Robinson, *supra* note 22 aux pp 27, 74.

<sup>768</sup> Helfer, *supra* note 630 à la p 32.

<sup>769</sup> Correa, *Derechos*, *supra* note 290 à la p 112.

<sup>770</sup> Helfer, *supra* note 630 à la p 32.

<sup>771</sup> CDB, *supra* note 2 préambule, art 8(j).

qui résultent de l'usage des innovations fondées sur le ST. Cet article stipule aussi qu'en principe, l'État recevra le partage des avantages économiques découlant des innovations développées à partir des ST des communautés traditionnelles et qu'il est encouragé à en partager les revenus avec le détenteur du ST. Il n'y a rien, dans les principes de la CDB mis en exergue dans cette section, qui impose vraiment une obligation positive ferme à un État d'agir selon ces recommandations<sup>772</sup>. En fait, de façon globale, les stipulations de la CDB ne reconnaissent pas explicitement l'existence, et encore moins ne créent, un droit de propriété sur les ST<sup>773</sup>. Dutfield rappelle que l'utilisation du mot « innovation » dans la CDB indique que les États parties ont adhéré à la conception selon laquelle les ST peuvent être aussi originaux que n'importe quelle autre sorte de savoir « non-traditionnel ». Le mot « pratiques », par contre, suggère des techniques répétées et des processus qui peuvent être établis depuis longtemps, mais qui sont encore dynamiques et méritent une protection. Comme pour le terme « innovations », l'emploi du mot « technologies » implique que les brevets sont la forme la plus appropriée en termes de protection<sup>774</sup>.

En effet, même si la CDB crée l'obligation de respecter, préserver et maintenir les ST ainsi que de promouvoir leur usage plus large, avec l'approbation des communautés traditionnelles, elle ne décrit pas la forme que prendra cette obligation<sup>775</sup>.

---

<sup>772</sup> Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5 à la p 22.

<sup>773</sup> Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 50.

<sup>774</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 3.

<sup>775</sup> Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 52.



Tel que nous l'avons vu dans la première partie, la CDB *per se* est très limitée quant à sa capacité de mise en œuvre et à son efficacité. Bien plus, elle est largement considérée comme un accord impossible à mettre en œuvre du fait qu'elle dépend en grande partie de la volonté des parties pour sa mise en œuvre. En effet, à notre humble avis, la CDB est une convention-cadre dont le texte contient davantage d'objectifs larges<sup>776</sup> que de règles contraignantes. Elle essaye de créer de grandes lignes pour un régime de protection de la biodiversité centré sur la conservation *in situ* et est très peu préoccupée par la restauration des écosystèmes détériorés. La déclaration de souveraineté nationale sur les ressources naturelles, les DPI et le transfert de technologie sont de véritables règles de base servant de fondement audit régime. Parmi les règles non-contraignantes de la CDB figure celle qui permet aux pays du Sud, riches en biodiversité, d'agir comme des gardiens, en imposant aux parties privées des conditions d'accès aux ressources ou banques génétiques<sup>777</sup>. L'accès n'aura lieu que moyennant la promesse, de la part des parties privées, de fournir une compensation et d'opérer un transfert de technologies, en plus d'autres avantages, dans le cas où l'utilisation des ressources serait commercialement rentable. Tout cela sans toutefois préciser les conditions dans lesquelles l'accès sera octroyé ni les termes dans lesquels le partage des avantages aura lieu, ce qui doit être établi par les lois nationales.

En termes généraux, la CDB souligne que les chercheurs sont obligés de conclure des accords avec les communautés/détenteurs du ST pour obtenir le consentement préalable de

---

<sup>776</sup> Parmi lesquels elle reconnaît l'importance de préserver les ST et de l'APA, qui, selon Hayden, *supra* note 116 aux pp 1-2, est un des mandats les plus caractéristiques et vulnérables.

<sup>777</sup> Louka, *supra* note 116 aux pp 299-300.

la communauté, condition qui constitue un prérequis légal pour l'usage du ST<sup>778</sup>. Cependant, la CDB ne fait pas mention expresse d'un droit de veto absolu des communautés sur la bioprospection ou d'un droit des communautés à nier l'usage commercial de leurs savoirs<sup>779</sup>.

Puisqu'il s'agit d'une convention générale, elle ne parvient pas à faire une différence entre bioprospection commerciale et bioprospection universitaire. Pour la même raison, elle ne parvient pas non plus à étayer les différentes catégories de ST, comme les ST qui sont dans le domaine public. Elle traite seulement du ST de façon générale. L'article 8(j) demande aux gouvernements de promouvoir l'usage étendu des savoirs, innovations et pratiques des communautés traditionnelles avec leur approbation. Ceci doit être interprété de façon à inclure les ST dans le domaine public. Sinon, l'exigence du consentement serait redondante, puisque les communautés traditionnelles peuvent contrôler l'accès à l'information qui n'est pas encore dans le domaine public. Il faut noter que quelques acteurs du secteur privé ont déjà démontré leur volonté de respecter les droits des communautés traditionnelles sur leurs ST quand bien même ils appartiennent au domaine public<sup>780</sup>.

---

<sup>778</sup> CDB, *supra* note 2 art 8(j).

<sup>779</sup> Ce qui s'inscrit en porte-à-faux avec la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, *supra* note 57.

<sup>780</sup> Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 55 donne l'exemple qui suit:

« In the Peruvian ICBG agreement, Searle & Co., albeit after hard negotiation, accepted the proposition that all traditional knowledge of the Agurana and Huambisa peoples, associated with the biological resources collected, should be denied in the agreement as know-how, whether or not in public domain. To the extent that this signifies a departure from the conventional definition of know-how it is to be welcomed, signalling

Cependant, il faudrait que la loi établisse les limites entre le ST des communautés traditionnelles qui se situe dans le domaine privé de celui qui se trouve dans le domaine public. Ces limites doivent être établies en référence aux principes de l'égalité et de la justice, qui peuvent être tirés de toute source légale, y compris du droit coutumier et des pratiques des communautés traditionnelles<sup>781</sup>.

Quand la CDB a reconnu la souveraineté des États sur les ressources biologiques, elle a retiré tous les droits de bioprospection du domaine public. Dans le même sens, on pourrait arguer du fait que, en faisant sortir les droits de bioprospection du domaine public et en demandant aux États l'obtention du consentement avant de faire un usage plus large de ST, la Convention a en effet sorti la prospection de ST associés aux ressources de la biodiversité du domaine public. Ainsi, la Convention a éprouvé le besoin de redéfinir les limites entre droits sur le ST et domaine public<sup>782</sup>. On doit prendre en considération certains critères quand vient le moment à partir duquel le ST intègre le domaine public c'est-à-dire, n'est plus sous le contrôle des communautés traditionnelles. Lesdits critères sont les suivants :

- L'intention des communautés quand elles partagent leurs ST;
- Le niveau de prise de conscience eu égard au fait que le ST pourrait être utilisé à des fins commerciales;

---

indigenous peoples determination to demand redefinition of legal principles to secure equitable protection of their moral and human rights. »

<sup>781</sup> *Ibid* aux pp 55-56.

<sup>782</sup> *Ibid*.

- Un degré de connaissances suffisamment élevé permettant de comprendre que le partage du savoir avec un non-membre de la communauté entraînera la perte de contrôle sur l'usage subséquent;
- La relation entre celui qui a eu accès aux ST et le détenteur du ST, dans les cas où il y a une obligation implicite de garder confidentiel le ST ou que le ST consiste en un traitement curatif de celui qui a eu accès ou de quelqu'un qui lui est associé;
- L'idée selon laquelle l'usage non autorisé du ST peut avoir un impact négatif sur l'intégrité spirituelle et culturelle des communautés traditionnelles<sup>783</sup>.

Selon une certaine doctrine fallacieuse, l'information qui a intégré le domaine public ne peut jamais devenir un objet de protection par PI. Selon Cottier et Panizzon<sup>784</sup>, les DPI qui stimulent l'innovation et la création sont généralement limités dans le temps. Après une période durant laquelle les innovateurs profitent de leur prix, l'innovation entre dans le domaine public du savoir humain et devient disponible gratuitement. Dans le cas des ST, le processus est inversé. Les ST résident dans le domaine public sans être privatisés par force de loi. Par la suite, ils deviendront objet d'un DPI appartenant à un individu ou à une communauté en raison d'un changement législatif.

Les législateurs européens, japonais et étasuniens ont trouvé l'occasion d'octroyer la protection par PI à l'information que l'on retrouvait dans le domaine public afin de protéger les bases de données, les dessins architecturaux ainsi que les publications. Par conséquent,

---

<sup>783</sup> *Ibid.*

<sup>784</sup> Cottier et Panizzon, *supra* note 66 à la p 393.

une bonne argumentation peut être étayée pour attribuer des droits aux communautés traditionnelles, notamment le contrôle de l'usage des ST se trouvant dans le domaine public. Il faudra verser, par des mécanismes appropriés, des compensations aux communautés traditionnelles pour des diffusions non autorisées antérieurement, l'appropriation illicite ou encore l'expropriation de leur savoir. Il y a lieu d'indiquer qu'arriver à cet état de fait sera probablement long dans la mesure où les choses ne se feront pas forcément du jour au lendemain. Cependant, en attendant d'y parvenir, il faudra faire un véritable pas vers la reconnaissance des droits des communautés traditionnelles afin d'éviter ou encore d'enrayer la spoliation des ST<sup>785</sup>.

La CDB établit des lignes directrices générales sur des sujets qui lui sont dévolus et ce, eu égard aux législations nationales. Spécifiquement, pour ce qui est des ST, les questions de droits collectifs, de pratiques coutumières ou encore du respect de la dimension spirituelle des ST sont dévolues au législateur national.

De plus, eu égard aux avantages qui doivent être octroyés en contrepartie à la communauté, la CDB n'indique pas d'orientations générales qui doivent être intégrées par les États Membres dans leurs législations nationales<sup>786</sup>. Ainsi, selon nos critères d'analyse, l'élaboration de la législation doit se faire avec la participation des communautés, ce qui n'est pas chose facile ou aisée aussi bien du point de vue pratique ou encore, du point de vue théorique si l'on songe au contexte colonial par exemple. Par ailleurs, comme analysé

---

<sup>785</sup> Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 56.

<sup>786</sup> CDB, *supra* note 2 arts 15-17.

précédemment, les travaux relatifs à la question des ST ont débuté par un atelier en 1997 destiné aux représentants des gouvernements et des communautés traditionnelles. Par la suite, la CdP a constitué un Groupe de travail *ad hoc*, dont le mandat incluait l'offre de conseils légaux sur la protection des ST. Depuis sa première réunion en mars 2000, le groupe a recommandé plusieurs stratégies pour protéger les ST, comme des systèmes *sui generis* de protection des ST, entre autres. Par la suite, le travail du groupe a été dirigé par la CdP parmi d'autres organisations internationales comme l'OMPI et l'OMC, qui ont été invitées à contribuer à une série d'études y compris l'analyse de la divulgation du pays d'origine et du consentement préalable dans les demandes de brevet.<sup>787</sup> Tous ces développements ont finalement abouti à la mise sur pied du Protocole de Nagoya<sup>788</sup>.

Cette analyse démontre que la CDB permet de mettre sur pied des législations plus effectives et plus efficaces qu'elle-même et ce, à partir des mécanismes existants. Le Protocole de Nagoya<sup>789</sup> illustre bien cet état de fait puisque, intrinsèquement, son régime se veut être un instrument de droit international plus effectif que la CDB. Autrement dit, il s'agit d'octroyer aux pays du Sud, des avantages sur leurs ressources biologiques. Cela ne veut pas dire que la CDB va véritablement enrayer la biopiraterie mais, pour l'instant, elle sert de plate-forme afin de la combattre à long terme<sup>790</sup>.

---

<sup>787</sup> Helfer, *supra* note 630 aux pp 33-34.

<sup>788</sup> *Protocole de Nagoya*, *supra* note 729.

<sup>789</sup> *Ibid.*

<sup>790</sup> Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5 à la p 22; « O prejuízo com a biopirataria », *supra* note 496.

Pour ce qui est du protocole de Nagoya, il n'oblige pas seulement les pays qui détiennent les ressources ou ST à mettre en œuvre les dispositions contre la biopiraterie. Autrement dit, ceux qui exploitent, industriellement ou commercialement, ces ST sont aussi concernés par ces dispositions. Ainsi, les prescriptions ou mesures en lien avec la biopiraterie concernent aussi bien les pays du Nord que ceux du Sud<sup>791</sup>. Par conséquent, par ces dispositions, le protocole répond aux préoccupations des pays du Sud eu égard au partage des avantages, mais également à celles des pays du Nord en réglementant l'accès aux ST de façon claire, concise et précise<sup>792</sup>.

Le Protocole de Nagoya protège les ST associés à la biodiversité, comme nous pouvons le constater au travers de son introduction et de son article 3<sup>793</sup> :

[...] De plus, les dispositions du Protocole sur l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales amélioreront la capacité de ces communautés à profiter de l'utilisation de leurs connaissances, de leurs innovations et de leurs pratiques.

En encourageant l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées à celles-ci, et en consolidant les occasions de partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, le Protocole contribuera à stimuler la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments constitutifs, et à accroître la contribution de la diversité biologique au développement durable et au bien-être humain.

[...]

Article 3

CHAMP D'APPLICATION

---

<sup>791</sup> Oliva, *supra* note 735.

<sup>792</sup> Raphaël Billé *et al.*, « La CdP 10 de Nagoya: un succès pour la gouvernance mondiale de la biodiversité? » (2010) 6 Synthèses 1 [Billé *et al.*, « La CdP 10 »] aux pp 2, 4.

<sup>793</sup> *Protocole de Nagoya*, *supra* note 729 art 3.

Le présent Protocole s'applique aux ressources génétiques qui entrent dans le champ d'application de l'article 15 de la Convention ainsi qu'aux avantages découlant de l'utilisation de ces ressources. Le présent Protocole s'applique également aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui entrent dans le champ d'application de la Convention et aux avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances<sup>794</sup>.

D'une certaine façon, le préambule du Protocole tient compte des droits collectifs, des lois et des pratiques coutumières, du respect des dimensions spirituelles des ST, tout en reconnaissant que ce sont les communautés qui ont le pouvoir de définir qui est le détenteur du droit comme défini ci-après :

[...] *Sachant* que les communautés autochtones et locales ont le droit d'identifier les détenteurs légitimes de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques au sein de leurs communautés, *Reconnaissant également* les formes particulières sous lesquelles certains pays possèdent des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, que ces formes soient orales, documentaires ou autres, et qui reflètent un riche patrimoine culturel présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique [...] <sup>795</sup>.

Pour ce qui est de la question d'un droit de veto absolu des communautés sur la bioprospection et de la possibilité de nier l'usage commercial de leurs savoirs, les articles 5.2 et 5.5<sup>796</sup> confient ces problématiques aux législations nationales comme indiqué ci-après :

---

<sup>794</sup> *Ibid* Introduction, art 3

<sup>795</sup> *Ibid* Préambule.

<sup>796</sup> *Ibid* arts 5.2, 5.5.



## Article 5

## PARTAGE JUSTE ET ÉQUITABLE DES AVANTAGES

[...]

2. Chaque Partie prend des mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, dans le but d'assurer que les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques qui sont détenues par les communautés autochtones et locales, conformément à la législation interne relative aux droits établis desdites communautés sur ces ressources, sont partagés de manière juste et équitable avec ces communautés selon des conditions convenues d'un commun accord.

[...]

5. Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, afin que les avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques soient partagés de manière juste et équitable avec les communautés autochtones et locales détentrices de ces connaissances. Ce partage s'effectue selon des conditions convenues d'un commun accord<sup>797</sup>.

Les communautés traditionnelles ne sont pas satisfaites de l'article 7<sup>798</sup>, car il détermine que l'accès doit être réglementé par les législations nationales des parties. Pour ces communautés, cette décision de soumettre leurs droits aux législations nationales était hors du mandat de la CDB<sup>799</sup>.

Le texte du Protocole préconise, dans son article 7<sup>800</sup>, que les législations nationales établissent des conditions pour l'accès et l'usage du ST, soit le consentement préalable

---

<sup>797</sup> *Ibid.*

<sup>798</sup> *Ibid* art 7.

<sup>799</sup> Catherine Saez, « Protocol on ABS Could Further Impoverish Indigenous Peoples, Groups Claim » *Intellectual Property Watch* (26 octobre 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/26/protocol-on-abs-could-further-impoverish-indigenous-peoples-groups-claim/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/26/protocol-on-abs-could-further-impoverish-indigenous-peoples-groups-claim/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014).

<sup>800</sup> *Protocole de Nagoya, supra* note 729 art 7 :  
« Article 7

donné en connaissance de cause ou bien l'accord et la participation des communautés. L'article 8(a)<sup>801</sup> du Protocole fait une différence entre bioprospection commerciale et bioprospection à des fins de recherche. Bien plus, par le biais de son annexe, le Protocole met en exergue les sortes d'avantages qui doivent être octroyés à la communauté<sup>802</sup>.

#### ACCÈS AUX CONNAISSANCES TRADITIONNELLES ASSOCIÉES AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES

Conformément à son droit interne, chaque Partie prend, selon qu'il convient, les mesures appropriées pour faire en sorte que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales soit soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation de ces communautés autochtones et locales, et que des conditions convenues d'un commun accord soient établies. » Cette disposition laisse donc une vaste marge de manoeuvre aux États.

<sup>801</sup> *Ibid* art 8(a) :

« Article 8

#### CONSIDÉRATIONS SPÉCIALES

En élaborant et en mettant en œuvre ses dispositions législatives ou réglementaires en matière d'accès et de partage des avantages, chaque Partie :

(a) Crée des conditions propres à promouvoir et encourager la recherche qui contribue à la conservation de la diversité biologique et à son utilisation durable, en particulier dans les pays en développement, notamment par des mesures simplifiées d'accès pour la recherche à des fins non commerciales, compte tenu de la nécessité de prendre en considération le changement d'intention quant aux objectifs de cette recherche; »

<sup>802</sup> *Ibid* Annexe :

« Annexe

#### AVANTAGES MONÉTAIRES ET NON MONÉTAIRES

1. Les avantages monétaires peuvent comprendre ce qui suit sans y être limités :

- a) Droits d'accès/droits par échantillon collecté ou autrement acquis;
- b) Paiements initiaux;
- c) Paiements par étapes;
- d) Paiement de redevances;
- e) Droits de licence en cas de commercialisation;
- f) Droits spéciaux à verser à des fonds d'affectation spéciale en faveur de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique;
- g) Salaires et conditions préférentielles s'il en est convenu d'un commun accord;
- h) Financement de la recherche;
- i) Coentreprises;
- j) Copropriété des droits de propriété intellectuelle pertinents.

2. Les avantages non monétaires peuvent comprendre ce qui suit sans y être limités :

- a) Partage des résultats de la recherche et de la mise en valeur;
- b) Collaboration, coopération et contribution aux programmes de recherche scientifique et de mise en valeur, notamment aux activités de recherche biotechnologique, autant que possible dans la Partie qui fournit les ressources génétiques;

Cependant, plusieurs réserves peuvent être émises quant au protocole de Nagoya. Pour ce qui est de sa première limite, il y a lieu d'indiquer que le Protocole ne fait aucune mention des ST qui se situent dans le domaine public. Par ailleurs, une autre réserve, plus générale, s'articule autour du fait que plusieurs problématiques évoquées sont laissées à l'appréciation de la sphère nationale, y compris les mécanismes de respect qui doivent être *appropriés, effectifs et proportionnels*. En définitive, le véritable problème réside dans le fait que le Protocole n'explique même pas ces concepts, dont la définition incomberait aux autorités nationales. Par conséquent, le Protocole finit par offrir une certaine incertitude juridique puisque son effectivité, ou encore son efficacité, pour ce qui a trait à la biopiraterie dépendra, en grande partie, des États dans la mise en œuvre de cet instrument

- 
- c) Participation au développement de produits;
  - d) Collaboration, coopération et contribution à l'éducation et à la formation;
  - e) Accès aux installations de conservation *ex situ* de ressources génétiques et aux bases de données;
  - f) Transfert, au fournisseur des ressources génétiques, des connaissances et technologies à des conditions équitables et qui soient les plus favorables, y compris à des conditions privilégiées et préférentielles s'il en est ainsi convenu, en particulier 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) Renforcement des capacités en matière de transfert de technologie;
  - h) Renforcement des capacités institutionnelles;
  - i) Ressources humaines et matérielles nécessaires au renforcement des capacités pour l'administration et l'application des règlements d'accès;
  - j) Formation relative aux ressources génétiques avec la pleine participation des pays qui les fournissent et, autant que possible, dans ces pays;
  - k) Accès à 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) Apports à l'économie locale;
  - m) Recherche orientée vers les besoins prioritaires, tels que la sécurité alimentaire et la santé, compte tenu des utilisations internes des ressources génétiques dans la Partie qui fournit les ressources génétiques;
  - n) Relations institutionnelles et professionnelles qui peuvent découler d'un accord d'accès et de partage des avantages et des activités de collaboration ultérieures;
  - o) Avantages en matière de sécurité alimentaire et de moyens de subsistance;
  - p) Reconnaissance sociale;
  - q) Copropriété et droits de propriété intellectuelle pertinents. »

sur le plan national. Autrement dit, l'action ou l'inaction des États membres sera assez déterminante étant donné l'inexistence dans ledit Protocole de dispositions coercitives<sup>803</sup>.

Cependant, malgré les réserves du Protocole, on peut noter, à partir de son adoption, une avancée assez considérable quant à l'objectif d'un partage juste et équitable des avantages<sup>804</sup>. Bien plus, même si ce document ne contient pas de règles précises, il indique au moins que les pays fournisseurs et les utilisateurs de la biodiversité doivent se mettre d'accord pour chaque nouveau brevet produit<sup>805</sup>.

Selon la Ministre de l'environnement du Brésil, par exemple, le Protocole est fondamental pour surmonter le déficit de la mise en œuvre de la Convention, ainsi que pour combattre la biopiraterie<sup>806</sup>.

Puisque les négociations ont très mal commencé, le Protocole est un bon compromis, même si bon nombre de sujets controversés ont été retirés du texte ou définis de façon très générale pour atteindre le consensus. Par conséquent, certains points cruciaux demeurent vagues et le Protocole a subi le même sort que la plupart des accords à savoir, une déclaration de principes plutôt que des règles opérationnelles réelles, lesquelles devront être

---

<sup>803</sup> ICTSD, « Agreement Reached », *supra* note 748.

<sup>804</sup> *Ibid.*

<sup>805</sup> Selon Billé *et al.*, « La CdP 10 » *supra* note 792 à la p 1, les trois objectifs fixés pour la Conférence et finalement atteints sont : le Protocole, qui était déjà un des trois objectifs de la CDB en soi; « la définition d'un nouveau plan stratégique tendant à stopper l'érosion de la biodiversité à l'horizon 2020 et enfin, une stratégie de mobilisation des ressources visant notamment à augmenter les niveaux actuels d'aide publique au développement en soutien à la biodiversité ».

<sup>806</sup> Entrevue de Izabella Teixeira par Catherine Saez (27 octobre 2010) sur « Ministers arrive To Help Reach Outcome At UN Convention On Biodiversity » *Intellectual Property Watch*, en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/ministers-arrive-to-help-reach-outcome-at-un-convention-on-biodiversity/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/ministers-arrive-to-help-reach-outcome-at-un-convention-on-biodiversity/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014); ICTSD, « CBD Reaches », *supra* note 744.

établies dans le futur par les États membres du Protocole. Le Protocole a tout de même réussi à fixer un cadre international pour lequel les gains dérivés de l'utilisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés seront partagés avec les pays d'origine sur la base du consentement préalable et par le biais de la signature d'un contrat, sous réserve des législations nationales<sup>807</sup>.

Aussi, le langage ambigu du texte laisse entrevoir des doutes sur l'exactitude de ce qui a été accordé sur des questions fondamentales, telles que le champ d'application<sup>808</sup> substantif et temporel<sup>809</sup> de l'accord, ce qui pourrait engendrer des conflits d'interprétation<sup>810</sup>.

Le protocole demeure un point de départ vers le troisième objectif de la CDB<sup>811</sup>. Selon Billé et al., de façon générale, les négociations ont plutôt abouti à des accords de principe (*soft law*) non contraignants et non assortis de mécanismes de sanctions, plutôt qu'à des règles opérationnelles, pour lesquelles un mandat a été donné aux futurs États parties pour les négocier. Ce seront les législations nationales qui pourront concrétiser la contribution du protocole à l'équité internationale et à la bonne gestion de la biodiversité<sup>812</sup>. Les mêmes auteurs identifient

quelques points cruciaux qui sont restés dans le flou [*sic*] :  
[...]

---

<sup>807</sup> Billé *et al.*, « Should », *supra* note 708 à la p 89.

<sup>808</sup> Qui, selon Oliva, *supra* note 735, est fondé sur le champ d'application des dispositions sur l'accès et le partage des avantages de la Convention.

<sup>809</sup> *Protocole de Nagoya*, *supra* note 729 art 3.

<sup>810</sup> ICTSD, « Agreement Reached », *supra* note 748; ICTSD, « CBD Reaches », *supra* note 744.

<sup>811</sup> *Ibid.*

<sup>812</sup> Billé *et al.*, « La CdP 10 » *supra* note 792 aux pp 2, 4.

- les modalités d'un mécanisme multilatéral mondial pour assurer le partage des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées pour lesquelles il n'est pas possible d'accorder ou d'obtenir le consentement préalable en connaissance de cause ;
- la relation avec d'autres instruments internationaux traitant des échanges de matériel génétique et du partage des avantages [...] <sup>813</sup>

Par ailleurs, l'examen de la CDB doit s'étendre au Groupe de travail *ad hoc* créé pour la mise en œuvre de l'article 8(j) <sup>814</sup>, pendant la CdP 4 à Bratislava, en 1998, avec l'objectif d'orienter et de faciliter les discussions entre les États, les communautés traditionnelles et les autres parties intéressées aux ST <sup>815</sup>. Par la suite, à la CdP 5, en 2000, ce Groupe a élaboré un programme de travail pour rendre effectif les dispositions de cet article. Le programme de travail pour les années 2006-2008 incluait le développement d'éléments pour un système *sui generis* de protection des ST, pour que les deux organismes - la CdP et l'OMPI - travaillent en collaboration sur le sujet, en créant une synergie, et non une multiplication du travail <sup>816</sup>.

En 2002, à la Haye, la CdP 6 s'est fondée sur les résultats du Groupe de travail pour indiquer que les stratégies de protection des ST devaient être :

---

<sup>813</sup> *Ibid* à la p 2.

<sup>814</sup> Santilli, *supra* note 615 à la p. 58.

<sup>815</sup> Secrétariat de la CDB, *Kit*, *supra* note 42.

<sup>816</sup> COP 5, *Programme of Work on the Implementation of Article 8(j) and Related Provisions of the Convention on Biological Diversity – IV, Ways and Means*, Doc. Off. COP 5 CDB NU (22 juin 2000), Doc COP 5 CDB NU V/16, en ligne : CDB <<http://www.cbd.int>> (date de consultation: 7 octobre 2010).

(...) fondées sur un ensemble d'approches appropriées, dans le respect des pratiques et du droit coutumier, y compris les mécanismes existants relatifs à la propriété intellectuelle, les systèmes *sui generis*, les arrangements contractuels, les registres de connaissances traditionnelles et les directives et codes de pratique (...) <sup>817</sup>

En 2004, les parties ont adopté le document *Akwé: Kon - 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 des sites sacrés et sur des terres ou des eaux occupées ou utilisées traditionnellement par des communautés autochtones et locales* <sup>818</sup>. Ces résultats sont encore à vérifier.

Les résultats présentés à la CdP 9 à Bonn, en 2008, traitent de plusieurs aspects relatifs à la question des ST, notamment des *Considérations relatives aux lignes directrices pour la documentation des connaissances traditionnelles* <sup>819</sup>, du développement des éléments pour un système *sui generis* de protection des ST, ainsi que des éléments d'un code de conduite éthique pour les parties. Lors d'une réunion à Montréal en 2009, le Groupe a adopté, encore

---

<sup>817</sup> CDP 6, UNEP/CB/COP/6/20, *supra* note 710 à V/10.

<sup>818</sup> Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Lignes directrices facultatives Akwé: Kon 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 des sites sacrés et sur des terres ou des eaux occupées ou utilisées traditionnellement par des communautés autochtones et locales*, Montréal, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2004.

<sup>819</sup> COP 9, *ARTICLE 8(j) et dispositions connexes*, Doc. Off. COP 9 CDB NU (9 octobre 2008), Doc COP 9 CDB NU IX/13, en ligne : CDB <<http://www.cbd.int>> (date de consultation: 7 octobre 2010).

une fois, des recommandations pour le code de conduite éthique et a coopéré avec le groupe de travail APA<sup>820</sup>.

La CdP 10 a décidé de convoquer une réunion intersession du Groupe de travail. Ce groupe s'est réuni à Montréal entre le 31 octobre et le 4 novembre 2011 et a adopté des recommandations. Celles-ci ont été soumises à la CdP 11, qui s'est tenue du 8 au 19 octobre 2012 à Hyderabad, en Inde. Parmi les recommandations adoptées par le groupe de travail, on retrouve notamment l'idée de prendre en compte l'adoption du Protocole de Nagoya et les travaux menés par le CIG; l'élargissement des discussions sur le système *sui generis* de protection des ST pour y inclure sa préservation et sa promotion; l'acceptation ou la reconnaissance du fait que le Protocole de Nagoya soit un cadre favorable à l'élaboration du système *sui generis* ou encore l'invitation des communautés traditionnelles à donner leur avis soit sur le Protocole de Nagoya soit sur les systèmes *sui generis* adoptés ou en cours d'élaboration au plan national ou régional<sup>821</sup>. D'après ce survol, nous pouvons constater que, malgré leur importance, les travaux du groupe n'ont pas encore produit de suggestions de modèles de protection des ST.

Lors de la dernière CdP (CdP 11), les parties se sont appesanties sur la problématique des fonds en se posant la question de savoir comment on pouvait les obtenir<sup>822</sup>. Par ailleurs, il y

---

<sup>820</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 21; IISD Reporting Services, « Résumé de la septième réunion du groupe de travail sur l'article 8(J) de la Convention sur la diversité biologique, 31 octobre – 4 novembre 2011 » (2011) 9 Bulletin des Négociations de la Terre 1 [IISD, « Résumé de la septième »].

<sup>821</sup> Billé *et al.*, « Should », *supra* note 708 à la p 90; Jardin, *supra* note 677 aux pp 9, 32.

<sup>822</sup> Patralekha Chatterjee, « UN High-Level Meeting in India on Biodiversity Addresses Access and Benefit-Sharing » *Intellectual Property Watch* (12 octobre 2012), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2012/10/12/un->



a lieu d'indiquer que deux points traités dans cette section faisaient partie de l'ordre du jour de cette CdP. Il s'agissait en l'occurrence, d'une part, du progrès réalisé dans l'avancement des travaux eu égard à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya et, d'autre part, de l'article 8(j) de la CDB<sup>823</sup>. En outre, au cours de la première semaine de la CdP, les discussions ont été plus procédurales que substantives, notamment pour ce qui avait trait aux questions de l'APA et de la mise en œuvre du Protocole de Nagoya<sup>824</sup>. À la fin de ladite CdP, il a été décidé qu'une nouvelle réunion du Comité intergouvernemental pour le Protocole de Nagoya (ci-après CIPN) serait à nouveau convoquée<sup>825</sup>. Elle devrait avoir lieu du 24 au 28 février 2014 à Pyeongchang en Corée du Sud<sup>826</sup>. On a aussi invité les parties à la CDB à accélérer les processus de ratification par internet.

Quant au Groupe de travail qui s'est penché sur l'article 8(j), la CdP a reconnu les progrès réalisés par ce Groupe et pris note des décisions de leur dernière réunion que nous venons de mentionner. La CdP a aussi décidé d'organiser une nouvelle réunion du groupe du 7 au 11 octobre 2013 à Montréal<sup>827</sup>. Dans cette réunion le Groupe de travail a adopté des

---

high-level-meeting-in-india-on-biodiversity-sees-need-for-capacity-building-on-access-and-benefit-sharing/?utm\_source=weekly&utm\_medium=email&utm\_campaign=alerts> (date de consultation: 31 janvier 2014).

<sup>823</sup> IISD Reporting Services, « Résumé de la onzième Conférence des parties de la Convention sur la diversité biologique: 8 au 19 octobre 2012 » (2012) 9 Bulletin des Négociations de la Terre 1[IISD, « Résumé de la onzième »] à la p 1.

<sup>824</sup> Chatterjee, *supra* note 822.

<sup>825</sup> IISD, « Résumé de la onzième » *supra* note 823 à la p 4.

<sup>826</sup> Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Notification*, SCDB Doc. SCDB/ABS/SB/jh/82347, en ligne : SCDB <<https://www.cbd.int/doc/notifications/2013/ntf-2013-064-icnp3-sh-en.pdf>> (date de consultation: 31 janvier 2014).

<sup>827</sup> Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Notification*, SCDB Doc. SCDB/MPO/NP/JS/DM/81844, en ligne : SCDB <<http://www.cbd.int/doc/notifications/2013/ntf-2013-046-tk-en.pdf>> (date de consultation: 31 janvier 2014).

résolutions qu'il présentera à la CdP 12 et qui portent sur les sujets suivants: la mise en œuvre du programme de travail sur l'Article 8(j); des mécanismes visant la participation effective des communautés traditionnelles aux travaux de la CDB; un projet de plan d'action sur l'utilisation coutumière durable; des lignes directrices pour le rapatriement de ST; l'étude sur la forme comme les tâches du groupe relatives au partage des avantages et la biopiraterie de ST peuvent contribuer aux travaux de la Convention et du Protocole de Nagoya; les systèmes *sui generis* de protection, de préservation et de promotion des ST; des recommandations à l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones, et; des dialogues sur la forme d'approfondir la liaison entre les systèmes de ST et la science dans le cadre de la Plateforme intergouvernementale sur la biodiversité et les services écosystémiques<sup>828</sup>. Celle-ci a été une réunion préparatoire pour la la CdP 12<sup>829</sup>, en Corée du Sud, du 6 au 7 octobre 2014<sup>830</sup>, et cherchera à analyser les rapports produits lors des réunions préparatoires, à réviser les Objectifs d'Aichi, et à s'occuper de la question de l'APA, du statut du Protocole de Nagoya et des questions relatives à l'article 8(j)<sup>831</sup>.

On peut aussi évoquer, à titre de groupe de travail intéressant sur le savoir traditionnel, le CIG qui se situe à l'OMPI et qui est une institution spécialisée des NU s'occupant de la

---

<sup>828</sup> IISD Reporting Services, « Compte-rendu de la 8<sup>e</sup> réunion du Groupe de travail sur l'article 8(J) et 17<sup>e</sup> réunion de l'Organe subsidiaire chargé de fournir des avis scientifiques, techniques et technologiques de la Convention sur la diversité biologique » (2013) 9 Bulletin des Négociations de la Terre 1.

<sup>829</sup> IISD, « Résumé de la onzième », *supra* note 823 à la p 12. Voir aussi: John Scott, « COP 11 Decisions Affecting Indigenous and Local Communities » (2013) 8 Square Brackets 14; Caroline de Jong et Holly Jonas, « Time for the CBD to Adopt the Term 'Indigenous Peoples' » (2013) 8 Square Brackets 16.

<sup>830</sup> Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Notification*, SCDB Doc. SCDB/OES/BD/AR/81752, en ligne: SCDB <<http://www.cbd.int/doc/notifications/2013/ntf-2013-035-cop12-mop7-en.pdf>> (date de consultation: 31 janvier 2014).

<sup>831</sup> Conférence des parties de la Convention sur la diversité biologique, *Provisional Agenda*, PNUE Doc. UNEP/CBD/COP/12/1 du 12 décembre 2013.

protection de la PI<sup>832</sup> sur le plan international par le biais de la coopération des États et en collaboration avec d'autres OI. Dans ce cadre, l'OMPI s'occupe d'activités comme la facilitation de la conclusion de nouveaux traités internationaux en la matière<sup>833</sup>. Actuellement, des débats ont lieu, au sein de ladite institution, à propos de la mise sur pied d'un instrument en lien avec la protection des ST comme nous allons le voir au cours des développements suivants.

---

<sup>832</sup> Selon l'OMPI, *Savoirs, supra* note 639 à la p 15, la PI inclut les œuvres littéraires, artistiques et scientifiques, l'interprétation et l'exécution par des artistes, les enregistrements sonores et les émissions de radiodiffusion, les inventions dans tous les domaines de l'activité humaine, les découvertes scientifiques, les dessins et modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, les marques de services et les noms et désignations commerciaux, la protection contre la concurrence déloyale ou encore tout autre droit résultant de l'activité intellectuelle dans les domaines industriels, scientifiques, littéraires ou artistiques.

<sup>833</sup> *Ibid.*

### **3.2 Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI**

L'autre possibilité qui s'offre à nous pour une protection internationale des ST est un traité spécifique actuellement débattu au sein de l'OMPI. Cependant, lesdits débats ou négociations sont pour l'instant dans l'impasse, car les pays du Nord ne sont pas du tout d'accord sur la possibilité de mettre sur pied un accord contraignant.

En 2000, l'OMPI a commencé son étude sur les ST et a formé le CIG<sup>834</sup>. Lors de ses réunions, le comité a débattu à propos des problématiques suivantes :

- les conditions de la divulgation de brevets relatifs aux savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques;
- l'utilisation d'un système juridique *sui generis* pour la protection des savoirs traditionnels déterminé par leurs particularités;
- le développement de pratiques contractuelles de PI relatives à la distribution des profits aux communautés traditionnelles et à l'accès aux ressources génétiques (des orientations, des directives et des clauses modèles);

---

<sup>834</sup> Deere, *supra* note 59 à la p 125. Voir OMPI, Assemblée générale, *Questions concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore*, OMPI Doc. WIPO/GA/26/6 (25 août 2000), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)> (date de consultation: 12 octobre 2010).

- la révision des critères en vigueur applicables à l'octroi de brevets (nouveau, innovation) - car ils ne s'appliquent pas aux savoirs traditionnels - et la nécessité de développer de nouveaux critères pour les savoirs traditionnels afin de permettre de les cataloguer; et,

- la création d'un guide pratique sur le sujet [notre traduction]<sup>835</sup>.

Ces discussions ont mené à la conclusion selon laquelle, il serait opportun d'établir un traité relatif aux ST. Eu égard à la situation actuelle, le Comité suggère la création d'un mécanisme *sui generis* international de protection des ST, qui consisterait en l'adaptation des mécanismes existants de protection de PI, en mettant l'accent sur les caractéristiques spécifiques de ces savoirs. Le Comité accorde aussi une attention particulière à la constitution de registres et de bases de données des ST qui peuvent fonctionner comme une protection préventive. Autrement dit, si le savoir est dans la base de données, il n'est pas nouveau et il est donc impossible de le breveter. La reconnaissance formelle des ST, par leur inscription dans la base de données, peut aussi être considérée comme une protection positive et une forme de droit *sui generis*<sup>836</sup>.

---

<sup>835</sup> Raul Di Sergi Baylão et Nurit Bensusan, « A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos nos fóruns internacionais » dans André Lima et Nurit Bensusan, dir, *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2003, 17 aux p 18-19.

<sup>836</sup> Catherine Aubertin *et al.* « L'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages : une question conflictuelle – exemples du Brésil et de la Bolivie » dans Catherine Aubertin *et al.*, dir, *Les marchés de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007, 121 à la p. 139.

L'Inde et la Chine sont en train d'instaurer ces « bibliothèques numériques » en respectant les critères de la Classification internationale des brevets (CIB) de l'OMPI<sup>837</sup>. Ces pays permettent aux analystes des brevets du monde entier d'accéder à ces bases de données afin de savoir si chaque demande d'attribution de DPI découle ou non d'un ST et, le cas échéant, de ne pas octroyer le brevet. En plus d'une protection capable de mettre fin ou, à tout de moins, de diminuer la biopiraterie, en empêchant l'octroi de brevet sur les ST à un tiers autre que les communautés traditionnelles ou à des personnes sans leur consentement, la documentation des ST permet aussi « la conservation, la promotion et une possible exploitation des savoirs traditionnels » [notre traduction]<sup>838</sup>.

Toutefois, lors de sa réunion du 29 juin au 3 juillet 2009<sup>839</sup>, le Comité s'est heurté à un mur lors des débats en lien avec la mise sur pied d'un mécanisme consistant à protéger les ST par DPI. Le groupe des pays africains<sup>840</sup> a déclaré que le Comité devait élaborer un document légal contraignant et négocier le texte du document. Les pays du Nord s'y sont opposés en déclarant que le Comité devait d'abord dresser une ébauche et ensuite

---

<sup>837</sup> Selon l'OMPI. *Classification internationale des brevets (CIB)*, en ligne : OMPI <<http://www.wipo.int/classifications/ipc/fr/>> (date de consultation: 12 octobre 2010), « La classification internationale des brevets (CIB), créée par l'Arrangement de Strasbourg de 1971, est un système hiérarchique de symboles indépendants de la langue pour le classement des brevets et des modèles d'utilité selon les différents domaines technologiques auxquels ils appartiennent ».

<sup>838</sup> Carlos Maria Correa, dir, *Temas de derecho industrial y de la competencia: propiedad intelectual y políticas de desarrollo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2005 aux pp 216-218.

<sup>839</sup> Kaitlin Mara, « WIPO Work Likely to Continue on Traditional Knowledge, But How? » *Intellectual Property Watch* (30 juin 2009), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2009/06/30/wipo-work-likely-to-continue-on-traditional-knowledge-but-how/>> (date de consultation: 31 janvier 2014).

<sup>840</sup> Secrétariat du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI, *Proposition du groupe des pays africains concernant le mandat du Comité intergouvernemental* (26 juin 2009), OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/14/8 Rev., en ligne : OMPI <[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo\\_grtkf\\_ic\\_14/wipo\\_grtkf\\_ic\\_14\\_8\\_rev.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_14/wipo_grtkf_ic_14_8_rev.pdf)> (date de consultation: 31 janvier 2014).

déterminer si la forme la plus appropriée était un accord contraignant ou non. Les pays du Sud croient qu'un accord contraignant est la seule façon de protéger les ST de la biopiraterie, mais quelques représentants des pays du Nord (notamment le Canada, l'Union européenne, la Suisse et les États-Unis) considèrent qu'ils ont besoin de mieux comprendre cette problématique avant de déterminer le type d'accord le plus convenable<sup>841</sup>.

L'Assemblée générale de l'OMPI a renouvelé et renforcé le mandat du Comité, lors de sa réunion du 22 septembre au 1<sup>er</sup> octobre 2009, pour qu'il poursuive les négociations sur le texte afin d'en arriver à un accord sur un ou plusieurs instruments juridiques pour protéger de façon efficace les ST, les ressources génétiques et les expressions culturelles traditionnelles<sup>842</sup>.

---

<sup>841</sup> Pour le texte de la proposition de l'Union européenne ainsi que les commentaires eu égard à la proposition du groupe de pays africains, voir les liens dans l'article : Kaitlin Mara, « WIPO Members Seek Deal to Negotiate on Traditional Knowledge Protection » *Intellectual Property Watch* (3 juillet 2009), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2009/07/03/wipo-members-seek-deal-to-negotiate-on-traditional-knowledge-protection/>> (date de consultation: 31 janvier 2014), selon lequel c'était la première fois que les pays du Sud demandaient une protection pour leurs DPI dans un forum traitant de propriété intellectuelle puisque normalement ce sont les DPI des pays du Nord qui sont protégés. La création d'un instrument contraignant est nécessaire pour des questions d'équité et de justice entre les deux groupes.

<sup>842</sup> Voir : OMPI, Assemblée générale, *Rapport*, OMPI Doc. WO/GA/38/20 (1 octobre 2009), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)> (date de consultation: 9 décembre 2010) [OMPI, WO/GA/38/20 »] para 217, selon lequel les négociations sur le texte ont eu pour fondement (non-exclusivement) trois textes, à savoir:

- OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : objectifs et principes révisés*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/4 (9 janvier 2006), en ligne: OMPI <[http://www.wipo.int/meetings/fr/doc\\_details.jsp?doc\\_id=55137](http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=55137)> (date de consultation: 31 janvier 2014);

- OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *La protection des savoirs traditionnelles: objectifs et principes révisés*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/5 (9 janvier 2006), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)> (date de consultation: 9 août 2010);

- OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Ressources génétiques : liste d'options*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/11/8(a) (3 juin 2007), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)> (date de consultation: 9 août 2010).

On a aussi décidé que le Comité comporterait pendant son mandat, qui s'établissait de 2010 à 2011, cinq sessions ordinaires (décembre 2009<sup>843</sup>, mai 2010<sup>844</sup>, décembre 2010<sup>845</sup>, mai

---

<sup>843</sup> OMPI, Assemblée générale, *Rapports d'information sur les autres comités de l'OMPI*, OMPI Doc. WO/GA/39/9 (20 juillet 2010), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)> (date de consultation: 9 décembre 2011) [OMPI, « WO/GA/39/9 »], Annexe, para 1-2 :

« À sa quinzième session, tenue du 7 au 11 décembre 2009 [...] l'IGC a repris son travail de fond après une longue période, durant les précédentes années, consacrée aux questions de procédure. Les participants de la session ont examiné les projets de dispositions internationales relatives à la la protection des expressions culturelles traditionnelles et des savoirs traditionnels ainsi que des options pour la poursuite des travaux sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques ouvrant ainsi la voie à la tenue de "négociations fondées sur un texte" [...]. Les projets de dispositions relatives aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles, ainsi que le document relatif aux ressources génétiques ont également été ouverts aux suggestions de modifications et aux observations au cours d'un processus de commentaires intersessions (jusqu'à février 2010) et le Secrétariat a été prié de publier les versions suivantes des documents pour la seizième session de l'IGC en mai 2010. Lors de sa quinzième session, le comité s'est également penché sur les dispositions à prendre concernant les groupes de travail intersessions (IWG) visés dans le nouveau mandat en particulier celles liées à leur composition, leur mandat, leur présidence ou encore, à d'autres questions connexes. Les délibérations relatives à ces modalités d'organisation ont eu lieu dans une large mesure sur la base d'une proposition formelle du groupe des pays africains. Des propositions ont aussi été présentées pendant la réunion par le groupe des pays industrialisés (groupe B) et par le groupe des pays d'Europe centrale et des États baltes ».

Par contre, selon Kaitlin Mara, « WIPO Traditional Knowledge Meeting Stalls, But Begins to Breach 'Trust Gap' » *Intellectual Property Watch* (14 décembre 2009), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2009/12/14/wipo-traditional-knowledge-meeting-stalls-but-begins-to-breach-%E2%80%98trust-gap%E2%80%99/>> (date de consultation: 31 janvier 2014), il n'y a pas eu d'accord sur la question de savoir comment il fallait conduire les réunions d'un groupe de travail intersession. Autrement dit, les discordances portaient sur son objectif ou son caractère, sur la question de savoir si les réunions devaient être ouvertes ou fermées ou encore, comment devait être organisé l'ordre du jour.

<sup>844</sup> Selon OMPI, « WO/GA/39/9 », *supra* note 843, annexe, para 3 :

« L'IGC s'est réuni pour la seizième fois du 3 au 7 mai 2010 [...]. Les délégués ont commencé les négociations sur le fond des projets de dispositions relatives à la protection des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, sur la base des versions élaborées à la suite de la quinzième session et des observations formulées durant le processus de commentaires intersessions mentionné. Le comité a demandé que de nouvelles versions de ces dispositions rendant compte des délibérations de la session soient établies par le Secrétariat. Plusieurs notes d'information portant sur certaines questions fondamentales ont également été demandées au Secrétariat. Des négociations constructives ont également eu lieu sur les options consistant à faire progresser les travaux relatifs aux questions de propriété intellectuelle liées aux ressources génétiques et à ce sujet, un nouveau document de travail contenant des objectifs et de principes relatifs aux ressources génétiques a été présenté par l'Australie, le Canada, les États-Unis d'Amérique, la Norvège et la Nouvelle-Zélande [...].

À cette seizième session, l'IGC s'est accordé sur les dispositions à prendre concernant les travaux de groupe provenant des intersessions. Ainsi, dans une décision détaillée [...] il a abordé des questions telles que le mandat ou encore, la composition et la présidence des groupes de travaux intersessions (IWG). La première session du groupe de travail intersession, prévue du 19 au 23 juillet 2010, était consacrée aux expressions culturelles traditionnelles. Le document de travail pour cette session sera la prochaine version des projets



2011, début septembre 2011<sup>846</sup>) et trois réunions d'un groupe de travail intersessions (février/mars 2010<sup>847</sup>, octobre 2010 et février/mars 2011<sup>848</sup>)<sup>849</sup>.

---

relatifs aux expressions culturelles traditionnelles à la suite des délibérations qui ont eu lieu sur la question durant la seizième session de l'IGC [...] ».

Selon Kaitlin Mara, « WIPO Traditional Knowledge Committee Opens with Hope for Text-Based Talks » *Intellectual Property Watch* (3 mai 2010), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2010/05/03/wipo-traditional-knowledge-committee-opens-with-hope-for-text-based-talks/>> (date de consultation: 10 mai 2010), les négociations sur le texte reflètent l'intérêt des pays du Sud de présenter un avant-projet à l'Assemblée générale de l'OMPI en 2011.

Cependant, selon Kaitlin Mara, « WIPO Traditional Knowledge Committee Moving Toward Legal Agreement » *Intellectual Property Watch* (7 mai 2010), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2010/05/07/wipo-traditional-knowledge-committee-moving-toward-legal-agreement/>> (date de consultation: 31 janvier 2014), lors de cette réunion certaines problématiques ont été reportées faute de consensus, et ont été de nouveau mises en exergue lors des négociations qui ont suivi, avant d'arriver à un texte final.

<sup>845</sup>OMPI, Assemblée générale, *Questions concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC)*, OMPI Doc. WO/GA/40/7 (12 août 2011), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)> (date de consultation: 9 décembre 2011) [OMPI, « WO/GA/40/7 »] para 5 :

« À sa dix-septième session, tenue du 6 au 10 décembre 2010, l'IGC s'est réuni pour examiner les résultats de la première réunion de l'IWG portant sur les expressions culturelles traditionnelles et pour reprendre les discussions sur les prochaines versions des documents pertinents concernant les savoirs traditionnels et les ressources génétiques. [...] L'IGC a décidé d'utiliser le texte de la première réunion de l'IWG sur les expressions culturelles traditionnelles comme point de départ pour ses travaux en cours, et un groupe de rédaction informel à composition non limitée a ensuite amélioré et rationalisé le texte. La dix-septième session de l'IGC a défini les travaux que devront mener les deux groupes de travaux intersessions sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques, qui devaient se réunir en février 2011. Des glossaires sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles, visant à compléter le glossaire sur les ressources génétiques, ont été élaborés pour faciliter les négociations... ».

Selon Kaitlin Mara, « Officials Work to Advance WIPO Treaty to Protect Biological, Traditional Resources » *Intellectual Property Watch* (6 décembre 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/12/06/officials-work-this-week-to-advance-wipo-treaty-to-protect-biological-traditional-resources/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/12/06/officials-work-this-week-to-advance-wipo-treaty-to-protect-biological-traditional-resources/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014), la réunion a aussi discuté du Protocole de Nagoya.

<sup>846</sup> Selon OMPI, « WO/GA/40/7 », *supra* note 845 para 10, la réunion a finalement eu lieu entre le 18 et le 22 juillet 2011. Encore d'après le même document, au para 12 :

« Pour ce qui est du fond, pour chacun des trois thèmes considérés (expressions culturelles traditionnelles, savoirs traditionnels et ressources génétiques), l'IGC a discuté des projets de texte en vigueur en séance plénière. Concernant les expressions culturelles traditionnelles et les savoirs traditionnels, le débat a principalement porté sur l'article premier et les articles 2, 3 et 5 du document sur les expressions culturelles traditionnelles ainsi que sur l'article premier et les articles 2, 3 et 6 du document sur les savoirs traditionnels. Des "modérateurs" ont ensuite synthétisé et simplifié les documents, que l'IGC réuni en plénière a accepté d'utiliser comme point de départ pour ses travaux futurs. Les documents tels qu'ils ont été établis par les modérateurs, portant respectivement sur les expressions culturelles traditionnelles, les savoirs traditionnels et

La deuxième réunion du groupe de travail intersessions dédiée aux ST a finalement eu lieu entre le 21 et le 25 février 2011 et « a abouti à l'élaboration d'un texte de synthèse simplifié sur la protection des savoirs traditionnels, qui a été renvoyé à la session suivante de [le CIG]... »<sup>850</sup>. C'est sur le document intitulé *The Protection of Traditional Knowledge: Revised Objectives and Principles*<sup>851</sup> que s'est penché le groupe de travail intersession

---

les ressources génétiques, ont été renvoyés par l'IGC à sa session suivante. Le texte sur les ressources génétiques comprend également certaines modifications apportées par l'IGC en séance plénière ».

<sup>847</sup> Selon OMPI, « WO/GA/40/7 », *supra* note 845 para 4, la réunion a finalement eu lieu entre le 19 et le 23 juillet 2010, et en bref, encore selon le même document :

« L'IWG 1 a examiné la question des expressions culturelles traditionnelles. Les experts ont travaillé de manière intensive et ont produit un projet d'articles sur les expressions culturelles traditionnelles, qui a été transmis à la session suivante de l'IGC... ».

<sup>848</sup> Selon OMPI, « WO/GA/40/7 », *supra* note 845 para 7 :

« L'IWG 3, qui portait sur les ressources génétiques, s'est réuni [...] du 28 février au 4 mars 2011 [...]. Les experts ont élaboré un projet de texte sur les objectifs et les principes, qui a été soumis à la session suivante de l'IGC [...]. L'IWG 3 a aussi mené un débat approfondi, technique et interactif sur les différentes options concernant les futurs travaux relatifs aux ressources génétiques, y compris la proposition concernant une exigence de divulgation obligatoire, des bases de données défensives et l'introduction de clauses de propriété intellectuelle dans les conditions convenues d'un commun accord en matière d'accès et de partage équitable des avantages. Plusieurs approches existantes et proposées ont été examinées. Un résumé de ce débat a été soumis à l'IGC à sa session suivante ».

Même sans être en possession d'un document servant de base de travail, le Groupe de travail intersession a néanmoins réussi sa mission en se servant du document produit par l'Australie, le Canada, le Japon, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les États-Unis et amendé par le Groupe africain. Il a produit un nouveau document intitulé : OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Troisième Groupe de travail intersession, Secrétariat, *Draft Summary Report of the Third Intersessional Working Group*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IWG/3/16 Prov. (4 mars 2011), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/wp-content/uploads/2011/03/IWG-3-Draft-summary-report-4-March-11.pdf>> (date de consultation: 31 janvier 2014), qui présente des objectifs et principes en lien avec un traité potentiel. En outre, ce document qui contient un bon nombre d'options ouvertes pour chacun des pays y ayant pris part a été présenté à la dix-huitième session de l'IGC.

Selon Catherine Saez, « WIPO Draft Treaty Text On Genetic Resources Joins Folklore, Traditional Knowledge » *Intellectual Property Watch* (4 mars 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/03/04/wipo-draft-treaty-texts-on-folklore-traditional-knowledge-genetic-resources-now-ready/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/03/04/wipo-draft-treaty-texts-on-folklore-traditional-knowledge-genetic-resources-now-ready/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014), le Secrétariat devrait préparer un sommaire des discussions du troisième groupe avec une matrice démontrant les liens entre les options reliés aux objectifs.

<sup>849</sup> OMPI, « WO/GA/38/20 », *supra* note 842 para 217.

<sup>850</sup> OMPI, « WO/GA/40/7 », *supra* note 845 para 6.

<sup>851</sup> OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Secrétariat, *The Protection of Traditional Knowledge: Revised Objectives and Principles*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/17/5 (15 septembre 2010), en ligne: OMPI

formé par des experts, qui n'était pas des négociateurs. Il s'agissait de mettre sur pied un texte plus concis et plus clair en sus d'élaborer des options lorsqu'une seule formulation n'était pas atteinte<sup>852</sup>. D'ailleurs, c'est ce scénario qui s'est passé pour la majorité des articles. C'est notamment le cas pour l'article 1 portant sur l'objet de la protection des ST, y compris la définition de ST, le critère d'éligibilité et les ST secrets. Il en est de même de l'article 3 relatif au champ d'application de la protection et de l'article 4 en lien avec les sanctions, les moyens d'y remédier ainsi que l'exercice des droits. C'est également le cas pour l'article 6, relatif aux exceptions et limitations<sup>853</sup>, et pour l'article 10 qui porte sur la compatibilité avec le cadre juridique général. La question du règlement des différends était l'objet des articles 4 et 10. Le Secrétariat a fait des modifications structurelles dans le document afin que ladite structure soit plus en conformité avec celui relatif aux expressions traditionnelles et au folklore. Le Secrétariat a accueilli la demande faite par les gouvernements et a préparé deux glossaires<sup>854</sup> notamment, l'un sur la PI et les expressions

---

<[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17\\_5.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_5.pdf)> (date de consultation: 31 janvier 2014).

<sup>852</sup> Catherine Saez, « Experts Work on WIPO Traditional Knowledge Draft Treaty Text » *Intellectual Property Watch* (21 février 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/21/experts-work-on-wipo-traditional-knowledge-draft-treaty-text-this-week/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/21/experts-work-on-wipo-traditional-knowledge-draft-treaty-text-this-week/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014); Catherine Saez, « WIPO Traditional Knowledge Experts In Small Groups To Craft Treaty Text » *Intellectual Property Watch* (23 février 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/23/wipo-traditional-knowledge-experts-in-small-groups-to-craft-treaty-text/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/23/wipo-traditional-knowledge-experts-in-small-groups-to-craft-treaty-text/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014) [Saez, « WIPO Traditional Knowledge »].

<sup>853</sup> Catherine Saez, « Negotiators Work From New Text of Traditional Knowledge Treaty at Wipo » *Intellectual Property Watch* (25 février 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/25/negotiators-work-from-new-text-of-traditional-knowledge-treaty-at-wipo/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/25/negotiators-work-from-new-text-of-traditional-knowledge-treaty-at-wipo/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014).

<sup>854</sup> Saez, « WIPO Traditional Knowledge », *supra* note 852.

culturelles traditionnelles/expressions du folklore et l'autre sur la PI et les ST et ce, afin de rendre beaucoup plus accessibles, les termes qui devaient être utilisés lors des négociations<sup>855</sup>.

Du 9 au 13 mai 2011, a eu lieu la dix-huitième session du CIG avec pour objectif d'examiner les travaux des groupes de travail intersession 2 (portant sur les ST) et 3 (portant sur les ressources génétiques). Le CIG s'est penché sur le texte élaboré par le groupe de travail intersession 2 et l'a accepté comme point de départ pour les négociations. Un groupe informel de rédaction a élaboré un texte simplifié qui a été transmis à la session suivante du Comité<sup>856</sup>.

Finalement, pour ce qui est des ST, il restait encore un bon chemin à parcourir à propos de trois thèmes à savoir, la durée et l'étendue de la protection des ST, la prise en considération des nations comme bénéficiaires des ST plutôt que les seules communautés ou encore, l'inclusion ou non dans la définition des ST des notions de secrets. Quant aux ressources génétiques, le grand débat s'articulait autour de la problématique de la divulgation

---

<sup>855</sup> Kaitlin Mara, « WIPO Members Move to Detail Talks Toward Folklore Treaty » *Intellectual Property Watch* (11 décembre 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/12/11/wipo-members-move-into-detailed-talks-toward-folklore-treaty/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/12/11/wipo-members-move-into-detailed-talks-toward-folklore-treaty/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014).

<sup>856</sup> OMPI, « WO/GA/40/7 », *supra* note 845 para 8-9. Toujours selon le même document, notamment pour ce qui a trait aux ressources génétiques, « l'IGC a accepté d'utiliser le texte de l'IWG 3 sur les objectifs et les principes concernant la relation entre propriété intellectuelle et ressources génétiques comme point de départ pour ses travaux en cours, et un groupe de rédaction informel à composition non limitée a été constitué pour améliorer et rationaliser le texte. Le groupe de rédaction a accompli des progrès et l'IGC a pris note des objectifs et des principes modifiés en séance plénière et les a renvoyés à la session suivante de l'IGC [...]. Des discussions ont également été menées à la dix-huitième session de l'IGC, sur les options relatives aux travaux futurs concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, sur la base du résumé des discussions de l'IWG 3 ».

d'origine de la ressource dans les demandes de brevet. En effet, les pays du Sud sont d'accord, car ils la considèrent comme un élément clé pour la protection des ressources; les pays du Nord s'y opposent, car ils croient que la divulgation obligatoire<sup>857</sup> de l'origine de la ressource comme condition pour l'octroi du brevet ne fera qu'entraver le système de brevet et l'innovation<sup>858</sup>.

En outre, l'élément central de cette réunion consistait dans le fait que, les communautés n'avaient pas pu participer directement aux négociations dans la mesure où, en raison d'une décision des membres de l'OMPI, ils s'étaient fait représenter par un pays et ce, même si par ailleurs, le Secrétariat avait financé leur participation à la réunion. Elles avaient protesté avec véhémence contre le fait que leurs propositions avaient été ignorées ou carrément retirées du texte quand les délégués des pays qui les représentaient se trouvaient hors de la salle. La présence de représentants des communautés à la réunion ne signifiait pas que leur consentement avait été requis, même s'ils ne s'opposaient pas par ailleurs à un traité contre la biopiraterie. Autrement dit, même en reconnaissant le besoin d'une protection

---

<sup>857</sup> Selon Robinson, *supra* note 22 à la p 124, il est généralement acquis que la divulgation d'origine doit être obligatoire pour avoir un effet significatif. Nous analyserons ce débat beaucoup plus en détail au cours des développements qui vont suivre, notamment dans la section consacrée à l'OMC.

<sup>858</sup> International Centre for Trade and Sustainable Development, « Govts Divide over Disclosure at WIPO Talks on Genetic Resources, Traditional Knowledge » 15:18 *Bridges Weekly* (18 mai 2011); Catherine Saez, « WIPO Members Tee up Negotiations on Traditional Knowledge, Cultural expressions » *Intellectual Property Watch* (13 mai 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/13/wipo-members-tee-up-negotiation-on-traditional-knowledge-cultural-expressions/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/13/wipo-members-tee-up-negotiation-on-traditional-knowledge-cultural-expressions/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014); Catherine Saez, « New Texts in Play in WIPO Traditional Knowledge, Genetic Resources Talks » *Intellectual Property Watch* (12 mai 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/12/new-texts-in-play-in-wipo-traditional-knowledge-genetic-resources-talks/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/12/new-texts-in-play-in-wipo-traditional-knowledge-genetic-resources-talks/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014).

internationale à ce sujet, elles se sont vivement opposées quant à la façon selon laquelle se sont déroulées les négociations. De plus, quelques pays ont protesté contre le fait que l'organisation de la réunion en sous-groupes leur a porté préjudice dans la mesure où ils disposaient seulement d'un membre dans la délégation, fait majeur qui a véritablement empêché leur participation aux trois sous-groupes<sup>859</sup>.

La question de la participation des communautés a persisté pendant la vingtième session du CIG, qui a eu lieu du 14 au 22 février 2012. Pendant cette réunion, dont le but était de débattre à propos des ressources génétiques<sup>860</sup>, les représentants des communautés ont même quitté les négociations puisqu'il n'y avait pas eu de changements dans la procédure relative à leur participation, mais ils ont fini par reconsidérer cette décision<sup>861</sup>.

---

<sup>859</sup> *Ibid*; Catherine Saez, « Indigenous Peoples Won't Be 'Whished Away' in Traditional Knowledge Treaty Talks » *Intellectual Property Watch* (14 mai 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/14/indigenous-peoples-won%E2%80%99t-be-%E2%80%9Cwished-away%E2%80%9D-in-traditional-knowledge-treaty-talks/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/14/indigenous-peoples-won%E2%80%99t-be-%E2%80%9Cwished-away%E2%80%9D-in-traditional-knowledge-treaty-talks/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014).

<sup>860</sup> OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Initial Draft Report*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/20/10 PROV. (29 mars 2012), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)> (date de consultation: 25 avril 2012), suite à des négociations sur plusieurs textes, un accord portant sur un texte unique et servant de base à un futur instrument a été trouvé. Ledit document dénommé *Document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relatif aux ressources génétiques* et qui, selon ses propres stipulations, « constitue un travail en cours, sans préjudice eu égard à la position des participants », « sera transmise à l'Assemblée générale de l'OMPI pour examen et ce, conformément au mandat du comité... ». Ainsi, ledit document inclut une liste d'objectifs suivie d'une liste d'articles comprenant plusieurs options. Il contient aussi un grand nombre de textes figurant entre parenthèses y compris toutes les mentions à la « propriété intellectuelle » et au « brevet ».

<sup>861</sup> Catherine Saez, « WIPO Achieves Single Legal Text on Genetic Resources; Indigenous Peoples Back » *Intellectual Property Watch* (23 février 2012), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2012/02/23/wipo-delegates-reach-single-legal-text-on-genetic-resources-indigenous-peoples-back/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2012/02/23/wipo-delegates-reach-single-legal-text-on-genetic-resources-indigenous-peoples-back/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014).

La vingt-et-unième session du CIG, qui a eu lieu entre le 16 et le 20 avril pour débattre des ST, a accompli quelques progrès avec la mise sur pied d'un projet de texte intitulé *La protection des savoirs traditionnels : projets d'articles*<sup>862</sup> ainsi qu'un projet d'articles qui fera l'objet d'une analyse beaucoup plus approfondie au cours des développements ultérieurs. Ce document a été transmis à l'Assemblée générale de l'OMPI, qui s'est tenue en septembre 2012, pour révision car il y incluait aussi bien des points de convergence que des points de discordance notamment, à propos de la définition des savoirs traditionnels, de la détermination de ses bénéficiaires ainsi que du champ d'application d'un instrument potentiel. Tous ces points faisaient partie du mandat renouvelé du Comité, qui prévoyait que cette session devait avoir pour objet la protection des bénéficiaires, le champ d'application de la protection ainsi que les limitations et les exceptions<sup>863</sup>.

La vingt-deuxième réunion du CIG a eu lieu du 9 au 13 juillet 2012 pour débattre de la protection des expressions culturelles traditionnelles<sup>864</sup>. Elle a été retardée par la difficulté à parvenir à un accord sur l'ordre du jour. Néanmoins, des progrès ont été accomplis dans le texte, car il présente quelques zones de convergence<sup>865</sup>. La question a été renvoyée à

---

<sup>862</sup> OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *La protection des savoirs traditionnels : projet d'articles*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/21/REF/FACILITATORS TEXT (27 avril 2012), en ligne : OMPI <[http://www.wipo.int/meetings/fr/doc\\_details.jsp?doc\\_id=203839](http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=203839)> (date de consultation : 31 janvier 2014).

<sup>863</sup> International Centre for Trade and Sustainable Development, « Differences Plague WIPO Negotiations on Traditional Knowledge » 16:16 *Bridges Weekly* (25 avril 2012).

<sup>864</sup> OMPI, « WO/GA/40/7 », *supra* note 845 para 16.

<sup>865</sup> Catherine Saez, « WIPO Governments Push on New Folklore Treaty Text; Indigenous Peoples Disappointed » *Intellectual Property Watch* (13 juillet 2012), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2012/07/13/wipo-governments-push-on-folklore-treaty-text-indigenous-peoples-disappointed/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2012/07/13/wipo-governments-push-on-folklore-treaty-text-indigenous-peoples-disappointed/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014); William New, « WIPO Folklore Talks Headed to Assembly, Treaty Negotiations Unlikely in

l'Assemblée générale de l'OMPI, qui s'est tenue du 1 au 9 octobre 2012 et a déterminé un plan d'un an<sup>866</sup> pour intensifier les négociations d'un (des) instrument(s) légal(aux) sur la protection des ressources génétiques, des ST et du folklore. Dans ce cadre, il a été décidé que le CIG devait se tenir au cours de trois réunions étalées sur cinq jours, la dernière devant être allongée de trois jours afin de préparer la recommandation de l'Assemblée générale<sup>867</sup>. Pour être plus explicite quant à la forme de ces réunions, la première a porté sur les ressources génétiques<sup>868</sup>, la deuxième sur les ST et, quant à la troisième sur le folklore.

---

2013 » *Intellectual Property Watch* (13 juillet 2012), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2012/07/13/wipo-folklore-talks-headed-to-assembly-treaty-negotiation-not-likely-in-2013/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2012/07/13/wipo-folklore-talks-headed-to-assembly-treaty-negotiation-not-likely-in-2013/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014); International Centre for Trade and Sustainable Development, « Procedural Sparring Slows WIPO Traditional Cultural Expressions Talks » 16:28 *Bridges Weekly Trade News Digest* (18 juillet 2012).

<sup>866</sup> Très similaire à celui de l'année précédente ayant abouti à quelques progrès mais sans véritable percée.

<sup>867</sup> IISD, « Résumé de la septième », *supra* note 820; William New, « WIPO Members (Again) Intensify Talks on Genetic Material, TK, Folklore » *Intellectual Property Watch* (7 octobre 2012), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2012/10/07/wipo-members-again-intensify-talks-on-genetic-material-tk-folklore/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2012/10/07/wipo-members-again-intensify-talks-on-genetic-material-tk-folklore/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014) [New, « WIPO Members (Again) »].

<sup>868</sup> Du 4 au 8 février 2013. Selon Catherine Saez, « WIPO: Positions Locked on Protection of Genetic Resources; Experts to the rescue » *Intellectual Property Watch* (5 février 2013), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2013/02/05/wipo-positions-locked-on-protection-of-genetic-resources-experts-to-the-rescue/print>> (date de consultation: 31 janvier 2014); International Centre for Trade and Sustainable Development, « WIPO: Text on Genetic Resources in Final Stages of 'Relay' » 17:5 *Bridges Weekly Trade News Digest* (13 février 2013), au cours de cette session, les experts ont travaillé à l'amélioration du texte lors de la dernière session sur les ressources génétiques qui a eu lieu en février 2012. La session est parvenue à un texte concis contenant des articles et des options claires qui ont été transmis à l'Assemblée générale en septembre 2013 comme un texte encore en négociation. Il renfermait un nombre significatif de parenthèses, ce qui démontrait, d'une part, qu'il y avait encore des divergences à surmonter (principalement sur la révélation obligatoire de l'origine de la ressource) et que, d'autre part, beaucoup de travail restait encore à faire, notamment sur la forme que devrait emprunter le retraçage de l'origine du matériel génétique dans les demandes de brevet. Par ailleurs, il incluait les concepts de source et d'innovation qui devaient être directement fondés sur des ressources génétiques et les ST, les sanctions préalables et postérieures à l'octroi du DPI ainsi que la procédure de notification *inter alia*. Selon Catherine Saez, « Protecting Traditional Knowledge: WIPO Members Back to the Drafting Table » *Intellectual Property Watch* (22 avril 2013), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2013/04/22/protecting-traditional-knowledge-wipo-members-back-to-the-drafting-table/print>> (date de consultation: 31 janvier 2014) [Saez, « Protecting »], cette réunion a été précédée d'une rencontre informelle de représentants de 18 États membres en Inde.



La deuxième réunion, en l'occurrence la vingt-quatrième session du CIG, a eu lieu à Genève du 22 au 26 avril 2013 et a porté sur quatre articles clef : l'objet de la protection, les bénéficiaires, le champ d'application de la protection ainsi que les limitations et les exceptions. Néanmoins, il y a lieu de noter que ladite session ne se limitait pas à traiter exclusivement des thèmes précités d'autant que le texte soumis au débat contradictoire regorgeait encore de parenthèses, d'options et de variantes<sup>869</sup>. Cette réunion a été précédée d'une rencontre informelle de 18 États membres, invités par l'Afrique du Sud à Pretoria pour traiter de problématiques cruciales en lien avec l'instrument en discussion, mais non du texte en lui-même. Ainsi, la discussion s'est plutôt articulée sur les préoccupations des participants à propos du travail du CIG et sur des questions beaucoup plus générales comme la raison pour laquelle les débats en lien avec la protection des ST ont lieu dans l'enceinte de l'OMPI et non à la CDB; la problématique consistant à savoir si l'OMPI est le lieu approprié pour débattre des lois nationales ou des normes internationales; si la protection des ST doit se réaliser par le biais de la PI conventionnelle ou par une forme *sui generis*; la détermination de la problématique du domaine public ou encore la question consistant à savoir si les instruments administrés par l'OMPI sont des déclarations politiques ou des traités<sup>870</sup>.

---

<sup>869</sup> OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *La protection des savoirs traditionnels: projet d'articles*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/24/4 (10 janvier 2013), en ligne : OMPI <<http://www.wipo.int>> (date de consultation : 12 avril 2013) [OMPI, « WIPO/GRTKF/IC/24/4 »].

<sup>870</sup> Saez, « Protecting », *supra* note 868.

La troisième et dernière réunion était la vingt-cinquième session du CIG et a eu lieu à Genève du 15 au 24 juillet 2013. Cette réunion a confirmé l'adoption des textes issus des rencontres précédentes<sup>871</sup>. Pour ce qui touche au folklore, des efforts ont été réalisés pour réduire le nombre de parenthèses avant d'envoyer le texte à l'Assemblée générale de septembre 2013. Cependant, on constate moins de progrès pour ce qui est en lien avec les ST<sup>872</sup>. Finalement, les membres n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur les travaux futurs et ont transféré la décision sur ce point à l'Assemblée générale<sup>873</sup>.

L'Assemblée générale, qui a eu lieu du 23 septembre au 2 octobre 2013 à Genève, a renouvelé le mandat du CIG et a établi un programme de travail pour l'année suivante<sup>874</sup>,

---

<sup>871</sup> Celui relatif aux ST est le: OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *La protection des savoirs traditionnels: Projet d'articles*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/25/6 (24 juillet 2013), en ligne : OMPI <<http://www.wipo.int>> (date de consultation : 4 août 2013) [OMPI, « WIPO/GRTKF/IC/25/6 »].

<sup>872</sup> OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Décisions de la vingt-cinquième session du comité*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/25/REF/DECISIONS (24 juillet 2013), en ligne : OMPI <<http://www.wipo.int>> (date de consultation : 4 août 2013) aux pp 2-3; Catherine Saez, « WIPO Committee to Decide Fate of Treaties to Protect TK, Genetic Resources, Folklore » *Intellectual Property Watch* (23 juillet 2013), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2013/07/23/wipo-committee-to-decide-fate-of-treaties-to-protect-tk-genetic-resources-folklore/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2013/07/23/wipo-committee-to-decide-fate-of-treaties-to-protect-tk-genetic-resources-folklore/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014).

<sup>873</sup> Catherine Saez, « WIPO General Assembly Left to Decided Future Work of TK Committee » *Intellectual Property Watch* (25 juillet 2013), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2013/07/25/wipo-general-assembly-left-to-decide-future-work-of-tk-committee/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2013/07/25/wipo-general-assembly-left-to-decide-future-work-of-tk-committee/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014).

<sup>874</sup> Selon William New, « WIPO Members Reach Tentative Deal on TK Treaties; External Offices Mired » *Intellectual Property Watch* (27 septembre 2013), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2013/09/27/wipo-members-reach-tentative-deal-on-tk-treaties-external-offices-mired/>> (date de consultation: 14 janvier 2014) et Catherine Saez, « WIPO Assembly Approves New Work Mandate on GR, TK Protection » *Intellectual Property Watch* (30 septembre 2013), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2013/09/30/wipo-assembly-approves-new-work-mandate-on-gr-tk/>> (date de consultation: 31 janvier 2014), seront trois réunions: cinq jours en février pour s'occuper des ressources génétiques; dix jours en avril pour s'occuper de ST et folklore et trois jours en juillet pour s'occuper de questions liées aux trois sujets.

dont les résultats seront soumis à l'Assemblée générale de 2014, qui décidera de la convocation d'une conférence diplomatique en 2014 ou 2015<sup>875</sup>.

Cette présentation faite, nous examinerons le dernier texte sur les ST, qui a été discuté lors de la vingt-cinquième session du CIG<sup>876</sup>.

Dans les CIG, on constate une nette séparation entre la protection des ST, les ressources génétiques, ainsi que le folklore. En d'autres termes, le document porté à notre analyse ne s'occupe que des ST excluant, du même coup, les expressions culturelles, le folklore et les ressources génétiques *per se*. Autrement dit, même si ledit document traite des ST dans son article 1.1(c), le texte mentionne des catégories spécifiques de ST auxquelles il se rapporte à savoir les domaines « agricoles, environnementaux, sanitaires et aux connaissances médicales autochtones et traditionnelles, [associés] à la biodiversité, à des modes de vie traditionnels, aux ressources naturelles et génétiques, [...] architectures traditionnelles et aux techniques de construction traditionnelles »<sup>877</sup>. En fait, la nature de cette disposition est tellement descriptive que les rapporteurs du CIG responsables de ce texte sont d'avis

---

<sup>875</sup> Cependant, selon William New, « WIPO Annual Assembly Breaks down; Extraordinary Meeting Eyed for December » *Intellectual Property Watch* (3 octobre 2013), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2013/10/03/wipo-annual-assembly-breaks-down-extraordinary-meeting-eyed-for-december/>> (date de consultation: 31 janvier 2014) et Catherine Saez, « WIPO Extraordinary General Assembly to Meet on 10-12 December » *Intellectual Property Watch* (4 novembre 2013), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2013/11/04/wipo-extraordinary-general-assembly-to-meet-on-10-12-december/>> (date de consultation: 31 janvier 2014), les membres n'ont pas réussi à s'accorder sur la question du budget pour 2014/2015 et la convocation d'une conférence diplomatique pour l'adoption d'un traité sur les dessins industriels entre autres. Par conséquent, la réunion a été suspendue et a été reprise entre le 10 et le 12 décembre 2013 pour discuter seulement desdites questions, et non pour rouvrir les discussions sur les points déjà retenus en septembre/octobre.

<sup>876</sup> OMPI, « WIPO/GRTKF/IC/25/6 », *supra* note 871 art 1.1.

<sup>877</sup> *Ibid.*

qu'elle devrait figurer dans le préambule plutôt que dans un article qui traite de la définition de ST<sup>878</sup>. En effet, l'article 1.3 indique que la protection est accordée aux ST associés à l'identité (culturelle et sociale) ou au patrimoine culturel des bénéficiaires<sup>879</sup>, alors que, ailleurs dans le texte, la protection est accordée à tous les ST *per se* ou, comme l'indique bien l'article 9.1, à « l'ensemble des savoirs traditionnels »<sup>880</sup>.

L'article 3.3 établit une différence entre la bioprospection commerciale et la bioprospection universitaire lorsqu'il définit le terme « utilisation » toujours employé dans le texte en référence à l'utilisation à des fins lucratives ou commerciales<sup>881</sup>. L'article 6 autorise les parties à adopter des limitations ou exceptions à la protection, prévue dans le texte, pour des fins académiques<sup>882</sup>.

Le texte en discussion au CIG présente un intérêt en ce qui concerne les critères d'évaluation d'efficacité établis précédemment. En effet, un des objectifs<sup>883</sup> dudit document est la promotion de l'accès aux ST qui se trouvent dans le domaine public. Cet accès est associé à deux principes : le premier reconnaît que les ST dans le domaine public constituent le patrimoine commun de l'humanité<sup>884</sup>; l'autre est celui de « protection, de préservation et de développement du domaine public »<sup>885</sup>. Par conséquent, l'article 1.4 exclut complètement les ST situés dans le domaine public de l'objet de la protection du

---

<sup>878</sup> OMPI, « WIPO/GRTKF/IC/24/4 », *supra* note 869.

<sup>879</sup> OMPI, « WIPO/GRTKF/IC/25/6 », *supra* note 871 art 1.3.

<sup>880</sup> *Ibid* art 9.1.

<sup>881</sup> *Ibid* art 3.3.

<sup>882</sup> *Ibid* art 6.

<sup>883</sup> *Ibid* para (xviii).

<sup>884</sup> *Ibid* para (k).

<sup>885</sup> *Ibid* para (l).

document<sup>886</sup>. Bien plus, l'article 6.11 inclut les ST qui font partie du domaine public dans la liste des exceptions à la protection prévue par le texte<sup>887</sup>. En outre, l'article 7 établit que le domaine public épuise la protection accordée<sup>888</sup>. Cette disposition constitue le point le plus faible de la version actuelle, qui en général répond bien aux autres critères. Malgré cette faiblesse, le texte pourrait servir de base à un traité efficace, pourvu qu'il soit contraignant. D'ailleurs, ce point faible pourrait être assoupli, d'une certaine façon, avec l'inclusion d'une définition très stricte et précise du domaine public.

Le consentement préalable de la communauté apparaît expressément au travers de l'article 3bis.1, qui détermine que l'utilisation du ST doit être conforme aux conditions établies dans le consentement, y compris le partage des avantages. Cependant, le texte n'oblige pas, de façon expresse, à passer des accords avec les détenteurs<sup>889</sup>. En réalité, il mentionne seulement des accords convenus en commun, qui peuvent même faire l'objet de bases de données nationales<sup>890</sup>. Le rôle des autorités nationales consiste autant à déterminer si le consentement préalable a été obtenu qu'à conseiller les détenteurs des ST à propos du partage des avantages. Il s'agit aussi pour lesdites autorités de superviser le partage en soi<sup>891</sup> en appliquant la législation nationale sur l'APA et le consentement préalable<sup>892</sup>. Le

---

<sup>886</sup> *Ibid* art 1.4.

<sup>887</sup> *Ibid* art 6.11.

<sup>888</sup> *Ibid* art 7.

<sup>889</sup> Même si, idéalement, pour en assurer l'effectivité, l'instrument devrait prévoir, a priori et de façon expresse, aussi bien les éléments de l'accord que la forme, c'est-à-dire qu'il faudrait qu'il soit écrit de préférence. Historiquement, selon Reid *et al.*, *supra* note 39 à la p 5, ces accords peuvent prendre plusieurs formes, écrites ou implicites. Dans tous les cas, l'important sur ce point c'est qu'il assure le partage juste et équitable des avantages et qu'il soit respecté.

<sup>890</sup> OMPI, « WIPO/GRTKF/IC/25/6 », *supra* note 871 art 5.

<sup>891</sup> *Ibid* arts 5-5bis.

consentement préalable de la communauté est une condition préalable à l'accès et à l'usage du ST, qu'il soit commercial ou académique. Considéré en tant que tel, il est un outil pour la sauvegarde des ST d'après les objectifs du document<sup>893</sup>. Ceux-ci font aussi mention du consentement préalable comme condition d'octroi des DPI<sup>894</sup> et, alternativement, comme instrument permettant d'éviter la biopiraterie. Cela devient une obligation à l'article 4*bis*.1<sup>895</sup>.

Le texte prend en compte les droits collectifs, les lois et les pratiques coutumières. Il établit, parmi ses objectifs, la reconnaissance et le respect des valeurs spirituelles<sup>896</sup> et de l'identité holistique<sup>897</sup> des ST, qui deviennent une obligation, pour les utilisateurs, à l'article 3.1(b)(ii)<sup>898</sup>. L'article 6 interdit l'exception à la protection dans le cas des ST secrets et sacrés<sup>899</sup>, laquelle selon l'article 7 doit être absolue<sup>900</sup>. Parmi les objectifs figurent aussi : a) le respect et la facilitation de la transmission et des échanges coutumiers de ST<sup>901</sup>; b) la sauvegarde des ST et la préservation des moyens coutumiers de leur développement<sup>902</sup>; c)

---

<sup>892</sup> *Ibid* art 5.

<sup>893</sup> *Ibid* para (ix)-(xii), (xv).

<sup>894</sup> *Ibid* para (xiv).

<sup>895</sup> *Ibid* art 4*bis*.1.

<sup>896</sup> *Ibid* para (i)-(ii).

<sup>897</sup> *Ibid* para (xvi) qui se lit comme suit:

*« xvi) tenir compte de la protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore, en respectant le fait que, pour de nombreuses communautés traditionnelles, leurs savoirs et leurs expressions culturelles font indissociablement partie de leur [identité holistique] ».*

<sup>898</sup> *Ibid* art 3.1(b)(ii).

<sup>899</sup> *Ibid* art 6.

<sup>900</sup> *Ibid* art 7.

<sup>901</sup> *Ibid* para (vi).

<sup>902</sup> *Ibid* para (vii).

la garantie de la sauvegarde des ST avec fondement sur les lois coutumières et des protocoles et procédures communautaires<sup>903</sup>.

Le texte établit aussi comme principe le respect de l'usage et de la transmission coutumière des ST<sup>904</sup>. Les articles 3 et 6 déterminent que les États prennent des mesures d'ordre juridique, politique et administratif pour encourager l'utilisation de ST d'une façon qui respecte les normes et pratiques culturelles des détenteurs<sup>905</sup>. Pour ce qui est de l'article 5, il indique que le consentement préalable doit être obtenu conformément au droit coutumier du détenteur du ST<sup>906</sup>.

En plus, l'article 3 inclut une disposition pour assurer le consentement préalable et le partage des avantages et pour garantir aux communautés le droit d'octroi ou de négation de l'accès au ST et à son usage commercial<sup>907</sup>.

Dans ses objectifs, le texte mentionne le partage des avantages monétaires et non monétaires découlant de l'utilisation des ST<sup>908</sup>, en restant donc très générique quant à la sorte d'avantages qui doit être donnée à la communauté en retour, même si l'un des objectifs est de promouvoir le partage des avantages<sup>909</sup>. Les objectifs donnent encore une autre piste par rapport à cette compensation lorsqu'ils déterminent que, pour l'octroi d'un DPI, il faut vérifier si les clauses de partage des avantages respectent la législation en

---

<sup>903</sup> *Ibid* para (xi).

<sup>904</sup> *Ibid* para (h).

<sup>905</sup> *Ibid* arts 3, 6.

<sup>906</sup> *Ibid* art 5.

<sup>907</sup> *Ibid* art 3.

<sup>908</sup> *Ibid* para (xii).

<sup>909</sup> *Ibid* para (viii).

vigueur du pays d'origine du ST. Ainsi, cet objectif insinue, en substance, que cette question devra être réglée par les lois nationales<sup>910</sup>. Le partage des avantages figure aussi parmi les principes du texte<sup>911</sup>.

Par rapport aux détenteurs du droit, les négociations n'ont pas encore abouti à un consensus, notamment sur la question de savoir s'ils seront considérés dans le texte comme des détenteurs ou comme des propriétaires de ST. Mais, de toute façon, pour ce qui est de leur droit en soi, le texte parle de « bénéficiaires de la protection », le mot bénéficiaire étant assimilé, au travers de son article 2, aux peuples et communautés autochtones, aux communautés locales, aux communautés traditionnelles, aux familles, aux nations ou encore, aux catégories semblables qui, selon la législation nationale, sont membres d'une des catégories. Par ailleurs, selon les stipulations dudit texte, il faudrait que les communautés précitées développent, utilisent, détiennent, ou encore conservent les ST<sup>912</sup>.

Dans le cadre du CIG, les pays du Nord essayent de ralentir les avancées de ce travail, d'orienter les études vers leurs intérêts ou de bloquer les recommandations auxquelles ils s'opposent. Même dans ce contexte, les négociations au CIG avancent plus rapidement que celles qui se déroulent au sein de l'OMC, où on n'arrive pas toujours à parachever le Cycle de Doha. Bien plus, le CIG permet l'élaboration de règles de PI plus cohérentes alors que ce serait l'effet inverse si les débats avaient lieu au sein de l'OMC. En réalité, ce phénomène s'explique par le fait que la problématique de la protection du ST est le seul

---

<sup>910</sup> *Ibid* para (xiv).

<sup>911</sup> *Ibid* para (e).

<sup>912</sup> *Ibid* art 2.



thème abordé au sein du CIG alors qu'une multitude de sujets sont examinés au sein de l'OMC. En outre, même si l'environnement de l'OMPI et de l'OMC est très politisé, celui de l'OMPI demeure quand même plus technique dans la mesure où ce cadre offre un environnement beaucoup plus adéquat permettant ainsi de mettre sur pied des règles efficaces en matière de ST, comparativement à celui de l'OMC. Dans le CIG, la participation des communautés est plus envisageable que dans le cadre de l'OMC, même si elle se fait sous une forme qui est loin d'être idéale, comme nous l'avons vu.

De plus, les pays du Nord aussi bien que les pays du Sud tirent leur épingle du jeu dans le cadre du CIG. En effet, concernant les pays du Nord, ils sont satisfaits de la pratique du processus de *soft law* qui s'y déroule. Quant aux pays du Sud, le CIG facilite leurs efforts pour la création de normes de PI cohérentes avec les ST<sup>913</sup>.

Les allégations selon lesquelles les systèmes de brevet favorisent la biopiraterie sont contredites par l'OMPI, pour qui les cas de biopiraterie, comme celui de l'ayahuasca, sont la conséquence de mauvais brevets, et non d'un mauvais système de PI<sup>914</sup>. Mais, si cette hypothèse était fondée, l'OMPI ne serait pas en train de réfléchir à la façon dont il est possible d'améliorer les mécanismes existants de PI ou même à la possibilité d'en créer d'autres afin de mieux protéger les ST. Ainsi, il y a lieu de préciser qu'il reste des améliorations à apporter non seulement aux systèmes de brevets actuels, mais au système

---

<sup>913</sup> Helfer, *supra* note 630 aux pp 80-81.

<sup>914</sup> Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 47.

de PI en général, pour que des cas de biopiraterie, comme ceux qui viennent d'être mentionnés, cessent d'avoir lieu.

Ces développements méritent un commentaire à la lumière des nos réflexions théoriques. Ainsi, la CDB a démontré, encore une fois, l'influence que les régimes internationaux ont aussi bien sur les législations nationales que dans la formation de l'identité des États. Le Protocole de Nagoya a, pour sa part, incité les États à naviguer dans le sens contraire. En effet, les pays du Sud, ayant leurs identités déjà modifiées en raison de l'adoption de la CDB et de l'ADPIC, ont changé leur comportement lors de la négociation du Protocole afin d'arriver à une structure internationale, en l'occurrence le Protocole de Nagoya. En cherchant à obtenir la coopération internationale, les États précités ont réussi à modifier le régime international. En fait, avec le Protocole de Nagoya, les États ont créé un nouveau régime d'APA, c'est-à-dire une structure qui répond aussi aux intérêts des pays du Sud.

À présent, le même processus d'inversion a eu lieu au CIG. En effet, les États du Sud, qui ont changé leurs identités et intérêts, font maintenant appel à la PI pour défendre leurs intérêts notamment environnementaux, alors qu'il y a quelques années ce phénomène était inimaginable<sup>915</sup>.

---

<sup>915</sup> Parfois il est difficile de démêler les aspects environnementaux des aspects économiques. La problématique des ST, nous l'avons déjà mentionné ci-dessus, se trouve au carrefour du droit international de l'environnement et du droit international économique. Selon Martin Gallié, *L'Accord de Cotonou et les contradictions du droit international : l'intégration des règles de l'organisation mondiale du commerce et des droits humains dans la coopération ACP-CE*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 2006 [non publiée] à la p. 20, ces deux branches du droit international ont généralement été étudiées comme si elles n'étaient pas liées l'une à l'autre, comme si chacune énonçait des normes parallèles et donnait lieu à des

Cependant, le phénomène n'est pas nouveau. En fait, on observe une certaine porosité entre les normes nationales et internationales. Ainsi, plusieurs normes internationales prennent naissance dans les normes nationales et deviennent internationales par les efforts des « norm entrepreneurs »<sup>916</sup> de diverses sortes. D'ailleurs, ce fait peut induire comme conséquence la production de variations importantes dans le respect, ainsi que dans l'interprétation desdites normes. Même dans des situations où il pourrait sembler à première vue que les normes internationales l'emportent sur les normes nationales, ce que l'on voit normalement est un processus dans lequel l'« entrepreneur de la norme » nationale qui est défenseur d'une position minoritaire utilise les normes internationales pour renforcer sa position dans le débat national<sup>917</sup>. Ainsi,

« [T]here is a two-level norm game occurring in which the domestic and the international norm tables are increasingly linked. We argue later, however, that all these domestic influences are strongest at the early stage of a norm's life cycle, and domestic influences lessen significantly once a norm has become institutionalized in the international system. »<sup>918</sup>

---

institutions distinctes qui ne posaient pas de risque d'incompatibilité juridique. Surtout après le *Protocole sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 16 septembre 1987, en ligne : PNUE <<http://www.unep.org/ozone/pdf/Montreal-Protocol2000.pdf>> (date de consultation: 7 octobre 2010), l'articulation entre le droit international environnemental et le droit international économique semble se positionner comme un enjeu incontournable dans le champ du droit international public et suscite de nombreuses discussions, l'une d'elles étant la relation entre ST et PI.

<sup>916</sup> Finnemore et Sikkink, *supra* note 204 à la p 893.

<sup>917</sup> *Ibid.*

<sup>918</sup> *Ibid.*

Ce jeu se présente comme un outil pour l'étude des négociations internationales<sup>919</sup> dans le champ économique, en approchant les domaines de relations internationales, économie politique internationale et politique comparative<sup>920</sup>. Il s'agit d'une métaphore qui cherche à intégrer les politiques nationales (appelées de « niveau II ») aux négociations internationales (appelées de « niveau I »). La métaphore réaffirme que les deux niveaux sont interreliés et doivent être analysés comme tels. Cette métaphore, construite en politique comparative et en relations internationales pour l'étude des négociations, contribue à l'analyse des facteurs politiques nationaux quant à leur influence sur la forme que prend la négociation au niveau international et, inversement, les répercussions internes des négociations internationales. Le jeu propose, par exemple, d'analyser la forme selon laquelle les structures politiques, les institutions et les acteurs clés nationaux, ainsi que leurs préférences, influencent le processus et le résultat des négociations internationales<sup>921</sup>.

En effet, certains protagonistes de ce jeu à deux niveaux peuvent alléguer le fait que certaines parties utilisent activement la politique locale et utilisent des contraintes nationales pour pouvoir renforcer leur pouvoir de négociation lors des délibérations internationales. Dans le même sens, d'autres protagonistes indiquent que les négociations internationales pourraient être utilisées afin d'élaborer des réformes qui autrement seraient

---

<sup>919</sup> Ce jeu peut aussi être utilisé dans l'étude de la politique nationale dans son rapport avec la politique internationale.

<sup>920</sup> Le jeu a été introduit originalement par Robert D. Putnam, « Diplomacy and Domestic Politics : The Logic of Two-Level Games » (1988) 41 *International Organizations* 427 à la p 433, et développé par la suite par plusieurs auteurs, qui l'ont appliqué à une gamme d'études de cas. Putnam part de l'analyse du Cycle de Tokyo du GATT, ce qui n'est pas loin de notre étude relative à la PI et principalement de l'ADPIC, que nous verrons plus bas.

<sup>921</sup> Selon Braun, *supra* note 191 aux pp 7, 10.

politiquement difficiles ou impossibles à concevoir. Ce jeu offre une gamme de concepts utiles pour mieux comprendre les négociations internationales et les rapports complexes entre acteurs nationaux et internationaux<sup>922</sup>.

Le suffrage des femmes, par exemple, a débuté dans certains pays sous la forme d'une demande de changement au niveau national et n'a produit que des normes locales. Par la suite, lesdites normes ont eu des incidences directes sur plusieurs normes internationales relatives aux droits des femmes, lesquelles sont entrées en compétition directe avec des normes nationales. Naturellement, de nombreux États n'avaient aucun intérêt à promouvoir de telles normes internationales. Pour ce qui est du suffrage des femmes, le premier stade de l'émergence de la norme a duré plus de quatre-vingt-dix ans (1848-1930) et pas plus de vingt pays l'ont adopté au cours de cette période. Les premiers pays à avoir adopté cette législation ont été la Nouvelle-Zélande, l'Australie et la Finlande, qui à l'époque n'occupaient pas le devant de la scène internationale. Cependant, pendant les vingt années qui ont suivi l'émergence de ladite norme, le droit de vote des femmes s'est appliqué dans quarante-huit pays<sup>923</sup>.

Nous croyons que le même cheminement caractérisera le principe de protection des ST. De plus, son universalisation prendra peut-être moins de temps vu la rapidité et l'effectivité avec lesquelles les États ont internationalisé la CDB, de même que la pression exercée par l'ensemble de ces États sur l'agenda international.

---

<sup>922</sup> *Ibid* à la p 7.

<sup>923</sup> Finnemore et Sikkink, *supra* note 204 aux pp 893-96.

## Chapitre 4 : Vers une protection internationale

Les pays du Sud doivent certes disposer des lois qui protègent leurs ST mais même une bonne législation nationale ne pourra pas empêcher la biopiraterie si cette législation n'est pas complétée par des lois, dans les pays du Nord, qui assurent le respect des lois d'accès du pays source<sup>924</sup>. Ainsi, on note un besoin de complémentarité entre les législations du Sud et du Nord pour empêcher, de façon effective, la biopiraterie. En effet, les limitations des législations nationales de protection des ST et la nature du commerce des ST s'orientent vers la nécessité d'un régime international prenant en compte les droits sur les ST<sup>925</sup>.

En ce qui concerne les pays du Nord, il faudrait s'assurer que l'usage commercial et scientifique des ST soit conditionné par le respect des législations des pays d'origine desdits savoirs. Mais une réglementation internationale générale aiderait tous les pays à développer leurs propres lois et à assurer le respect des règles existantes relatives au cheminement du ST c'est-à-dire de son détenteur original jusqu'à son application commerciale ou scientifique. Par conséquent, cette réglementation établirait une certitude juridique pour toutes les parties<sup>926</sup>. Des suggestions, découlant des analyses de ce système international de protection, constituent l'objet des développements qui vont suivre.

---

<sup>924</sup> Selon Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 61, les législations du Nord devraient attribuer à l'utilisateur le fardeau de la preuve de l'obtention légitime du ST.

<sup>925</sup> *Ibid* à la p 58.

<sup>926</sup> *Ibid* à la p 61.

## **4.1 Propositions de deux alternatives pour une protection internationale efficiente des ST**

Le développement scientifique, les nouveaux concepts commerciaux de R&D et les progrès de la mondialisation ont élargi l'accès à de nouveaux domaines du savoir partout dans le monde. Dans ce contexte, le ST a été graduellement découvert comme une vaste source de savoir-faire pour les investissements publics et privés. La compréhension de la nature, du terrain et du comportement des espèces, dans certaines régions, a prouvé qu'il était essentiel pour la planification et le génie environnemental. Le savoir sur les plantes et l'usage qu'on peut en faire dans le domaine de la santé intéressent fortement le secteur pharmaceutique en raison de son potentiel, en plus de la valeur sociale qu'ils renferment pour les communautés traditionnelles<sup>927</sup>.

Ces faits se reflètent, à l'intérieur du droit international, par un mouvement vers la valorisation et la protection positive des savoirs selon des formes plus générales qui, contrairement au droit de la PI historiquement associé à l'avancement des préoccupations commerciales, favorise la reconnaissance et la protection de formes plus variées de savoirs. Ce mouvement prend ses racines dans les droits humains, le travail et l'environnement, comme c'est le cas des ST<sup>928</sup>.

---

<sup>927</sup> Abbott *et al.*, *supra* note 260 à la p 658; Gibson, *supra* note 129 à la p 1.

<sup>928</sup> Halewood, *supra* note 79 à la p 955.

En effet, selon Halewood<sup>929</sup>, ce mouvement pour la protection des ST a plusieurs implications potentiellement d'une grande importance. En réalité, au niveau macro, il a un potentiel limité, dans une certaine mesure, pour réorienter la dépense asymétrique de récompenses et d'incitatifs offerts aux innovateurs high-tech par les lois de PI. Les pays du Sud qui, normalement, ne bénéficient pas de la protection pour des innovations high-tech peuvent obtenir des avantages en contrepartie de la protection (majoritairement *low-tech*) de ST qui se trouvent à l'intérieur de leurs frontières. Bien plus, les communautés ou individus, dont le savoir est protégé, auront un moyen de contrôle sur l'usage et la dissémination de leur savoir qu'ils n'auraient pas d'une autre manière. Selon la force du droit conféré au savoir protégé, les parties qui cherchent à l'utiliser pourront être obligées d'obtenir un permis du détenteur du droit, et de le récompenser ou, au moins, le reconnaître formellement comme étant à l'origine dudit savoir.

Dans le cadre du droit international, il se dessine donc une tendance à protéger les ST, principalement ceux associés à la biodiversité, et à créer des droits, des privilèges et des obligations relatives à la reconnaissance légale desdits savoirs<sup>930</sup>. Il faut toujours rappeler, néanmoins, que les lois nationales ne seront pas suffisantes pour lutter contre la biopiraterie internationale. Autrement dit, la solution consiste en la mise sur pied d'un traité international effectif, comme nous le verrons au cours de la prochaine section. Ce traité pourrait s'inspirer de quelques mécanismes adoptés par les législations nationales, capables d'être effectifs pour prévenir la biopiraterie. Tel était l'objectif de l'analyse des

---

<sup>929</sup> *Ibid.*

<sup>930</sup> *Ibid.*



propositions et modèles de certaines législations nationales à savoir faciliter l'identification d'éléments opportuns et efficaces pour un régime international adéquat en lien avec la protection des ST.

Ainsi, au regard des développements précédents, on peut espérer que les acteurs de la scène internationale s'intéressent à un traité capable, de manière efficiente ou efficace, d'encadrer les ST. Ledit traité pourrait être par exemple mis sur pied dans le cadre d'une OI. De plus, si on élabore une analyse constructive, nous en déduisons que les OI doivent être des structures décisives ou décisionnelles et non de simples organes d'exécution au service des États comme en atteste la citation ci-après :

[OI] are powerful because they are bureaucracies and because they pursue liberal social goals considered attractive by other major actors [... OI] have compulsory power in that they control material resources that can be used to influence others. For example, the World Bank has money and the UN peacekeepers have weapons, another form of compulsory power is made up of normative resources<sup>931</sup>.

Ces ressources normatives sont le genre de pouvoir que détiennent les OI dont nous parlons dans cette étude (CDB, OMPI, OMC). En effet, le pouvoir institutionnel des OI se limite tout simplement à guider le comportement des États de façon beaucoup plus indirecte, puisqu'elles exercent une influence significative sur ce qui est discuté et éventuellement sur ce qui est décidé<sup>932</sup>. Tel est le cas de la Déclaration de Doha, dont les paragraphes 31 à 33 portent sur le rapport entre le commerce et l'environnement. Ladite déclaration, qui est la

---

<sup>931</sup> Jackson et Sorensen, *supra* note 192 à la p 170.

<sup>932</sup> Le CIG à l'OMPI, le groupe de travail sur l'article 8(j) et les discussions à l'OMC, par exemple.

résultante d'une rencontre de ministres des États parties à l'OMC<sup>933</sup>, démontre que l'ordre légal international est toujours en train de s'élargir, principalement au niveau du droit international économique.

Les OI ont aussi un pouvoir productif, qui se rapporte à leur rôle dans la constitution d'un problème qui doit être résolu, comme la biopiraterie ou encore l'APA pour ce qui est des savoirs traditionnels. Plus spécifiquement, les OI se comportent comme des autorités chargées de formuler et de présenter des problématiques aux différents protagonistes en cause. Par ailleurs, leur rôle de médiateur mérite d'être mis en exergue puisqu'elles jouent aussi un rôle non négligeable dans la résolution des conflits en proposant des solutions et en essayant de persuader les différents protagonistes de les accepter<sup>934</sup>.

Il y a lieu d'indiquer que les modifications, qui surviennent au niveau international, ont forcément des impacts dans les législations nationales des États. En fait, ces derniers subissent une véritable pression pour s'arrimer à la législation internationale comme cela a été le cas tant pour la majorité des accords mis sur pied dans le cadre de l'OMC que pour le protocole de Nagoya<sup>935</sup>.

Ainsi, au travers des sections qui composent ce chapitre, nous analyserons deux alternatives qui pourraient mieux encadrer la protection juridique des ST au niveau international. De

---

<sup>933</sup> Gayet, *supra* note 591 à la p 7.

<sup>934</sup> Jackson et Sorensen, *supra* note 192 à la p 171.

<sup>935</sup> *Ibid*; Oliver Diggelman et Tilman Altwicker, « Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism » (2008) 68 *ZaöRV* 623 aux pp 626-28; Helfer, *supra* note 630 à la p 67; et David Enriquez, « Batallas en el sistema multilateral de comercio : Críticas y réplicas contemporáneas en torno de la OMC » (2005) 11 *Foro Constitucional Iberoamericano* 1 à la p 26.

prime abord, il s'agirait de déterminer les éléments qui favoriseraient la mise sur pied d'un traité spécifique et efficace pour la protection des ST, d'après ce que notre analyse nous a appris. Par la suite, l'autre possibilité serait d'entrevoir la perspective d'amender le traité ADPIC<sup>936</sup>. Nous examinerons la solution qui consisterait en l'adoption d'un chemin inverse à celui déjà emprunté par le Brésil, le Costa Rica et le Pérou. Les mécanismes de PI pour la protection des ST adoptés par ces pays peuvent influencer l'élaboration d'une réglementation internationale de la question et favoriser ainsi l'élaboration et l'adoption de mécanismes de protection de ST dans les pays qui n'ont pas encore légiféré sur le sujet ou en la matière.

Notre réflexion s'articulera autour de la problématique de la protection internationale dans le cadre de l'influence réciproque entre les acteurs de la scène nationale et ceux de la scène internationale. Dans la première section, nous aborderons la problématique qui est au cœur de la discussion des constructivistes consistant à se poser la question de savoir qui peut être dénommé acteur au niveau de la scène internationale. Leur participation, qui a été l'un de

---

<sup>936</sup> Puisque, selon OMC, *W/362, supra* note 72 para 7-8 :

« Depuis plusieurs années, les connaissances traditionnelles font, dans divers pays membres de l'OMC, l'objet d'études visant à élaborer une législation *sui generis* dans le cadre national et/ou régional. Toutefois, le fait d'être reconnu comme objet de protection au niveau international permettrait aux dépositaires des connaissances ainsi protégées de faire valoir leurs droits devant des tribunaux étrangers et de bénéficier ainsi des avantages matériels qu'ils pourraient procurer. Cela tendrait aussi à réduire les pratiques d'appropriation induite et d'exploitation non autorisée de ces connaissances et à limiter le risque d'érosion ou de destruction de ces biens incorporels et des cultures qui les ont produits.

Un cadre normatif international devrait permettre aux dépositaires légitimes de connaissances traditionnelles d'exercer un contrôle effectif sur l'accès, l'usage, la mise en valeur, la reproduction, l'imitation, l'exploitation et la transmission ou les autres opérations commerciales relatives à ces connaissances ou à leurs expressions et manifestations, et de prévoir pour assurer le respect de ces droits des mesures efficaces qui ne devront pas être moins rigoureuses que celles prévues dans l'Accord sur les ADPIC ».

nos principaux critères d'analyse, nous imposera une réflexion sur l'agent dans l'approche constructiviste, qui sera reprise à la fin du chapitre.

Pour ce qui est de l'influence réciproque des législations internationales sur la scène nationale et inversement, il convient d'apporter quelques éclaircissements sur la loi des PI. En effet, la loi de PI constitue une structure qui façonne celle des marchés et d'autres mécanismes dans lesquels les produits de PI sont disséminés. Les DPI peuvent donc être utilisés pour atteindre plusieurs objectifs sociaux désirés<sup>937</sup>. Si on considère l'ADPIC comme une structure, elle a bien sûr été créée dans le but de rejoindre les intérêts des États, comme

... résultat d'un processus continu d'évolution répondant au désir d'accélérer le développement commercial et technologique. La portée de la propriété intellectuelle s'est étendue au fil du temps à mesure que de nouveaux objets bénéficiaient d'une protection. Cette extension a revêtu deux formes: l'inclusion de régimes spéciaux (*sui generis*) de protection et l'élargissement des domaines traditionnels de la protection à de nouveaux éléments. Au cours des dernières décennies, la législation des Membres de l'OMC et les instruments internationaux ont par exemple étendu la protection aux variétés végétales (années 1950 et 1960), aux matières biologiques, aux animaux et aux plantes (années 1970 et 1980), aux schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés (année 1980), aux logiciels (années 1980 et 1990) et aux compilations et bases de données (années 1980 et 1990).

L'histoire des régimes de propriété intellectuelle montre que leur évolution et leur extension à de nouveaux droits et à de nouveaux objets de protection ont été suscitées par les besoins légitimes des secteurs et branches de production qui avaient intérêt à ce que leurs créations et innovations puissent bénéficier de dispositions qui les protègent. Les besoins et les attentes de ces secteurs ont été en leur temps pris en compte par les gouvernements des pays

---

<sup>937</sup> Ghosh, « Traditional Terms », *supra* note 46 aux pp 600-01.

membres concernés et soumis aux instances internationales en vue de l'adoption des textes officiels voulus<sup>938</sup>.

En l'état actuel du droit international, l'ADPIC exerce une véritable influence sur l'identité des États. Ainsi, si on considère l'ADPIC comme une structure dans laquelle ses membres souverains opèrent sous les restrictions de l'Accord en étant tenus de respecter certains DPI, ces droits s'étendent à d'autres États membres par le biais du principe du traitement national<sup>939</sup>.

Les pays membres ont aussi la capacité de limiter ces droits, puisque ladite limitation est prévue aux articles 30<sup>940</sup> et 31<sup>941</sup> de l'ADPIC. En fait, la structure que l'ADPIC crée dans

---

<sup>938</sup> OMC, *W/362*, *supra* note 72 para 2-3.

<sup>939</sup> Ghosh, « Traditional Terms », *supra* note 46 aux pp 596-97.

<sup>940</sup> Correa, *Commentary*, *supra* note 387 aux pp 303, 306-07, trois conditions doivent être respectées par les exceptions. La première, elles doivent être « limitées », mais le texte ne spécifie pas si cette limitation est relative au champ d'application, à la durée ou encore à une autre sorte de limitation. Deuxièmement, les exceptions doivent être raisonnables. Troisièmement, les limitations ne peuvent pas être préjudiciables aux intérêts du détenteur du brevet au-delà du raisonnable. Ces conditions doivent être appliquées en vue de l'intérêt légitime de tiers.

Le texte de l'article mène donc à une analyse au cas par cas des situations où les exceptions peuvent être octroyées. En ce moment, les exceptions suivantes peuvent être considérées comme légitimes dans le champ d'application de l'article 30, selon Correa, *Commentary*, *supra* note 387 à la p 303 : « i) importation of a product that has been put in the market elsewhere by the patent, with his consent or by an otherwise authorized person; ii) acts done privately and on non-commercial scale or for non-commercial purpose; iii) using the invention for research and experimentation and for teaching purposes; iv) seeking regulatory approval for marketing products before the expiry of the patent; v) preparation of medicines for individual cases according to prescription; vi) use of the invention by a third party who started – or undertook *bona fide* preparatory acts – before the application for the patent (or of its publication) ».

Une exception peut être considérée comme limitée au regard de certains paramètres. Par exemple, pour ce qui touche aux actes liés à ladite exception, on peut y inclure l'importation, l'exportation, l'évaluation, les objectifs de l'usage tels que l'usage privé ou l'éducation, les personnes qui peuvent invoquer l'exception ou encore la durée de l'exception. Une exception peut être limitée aussi bien au champ technologique qu'au champ alimentaire ou pharmaceutique. La deuxième condition établie dans cet article est que l'exception ne doit pas entrer en conflit de façon déraisonnable avec l'exploitation ordinaire du brevet. Cette rédaction exige une détermination s'il y a un conflit avec l'exploitation normale du brevet et, dans le cas affirmatif, s'il est déraisonnable.

chaque État membre, c'est-à-dire l'institution des lois de PI, peut être modulée différemment pour chaque État dans le but d'atteindre leurs objectifs politiques, sociaux, économiques, du moment que les limites de la structure de l'ADPIC sont respectées. C'est eu égard à cette liberté, consistant en la possibilité de modeler la loi nationale de PI, que les pays du Sud ont saisi l'opportunité d'inclure les ST dans la protection par PI<sup>942</sup>, et ce, d'autant plus que,

... toute l'évolution moderne de la propriété intellectuelle s'est située dans le cadre de principes et de régimes qui ont tendu à laisser de côté un grand secteur de la créativité humaine: celui constitué par les connaissances traditionnelles des communautés locales et autochtones [...] modalités qui ont une valeur aussi bien économique et commerciale que culturelle<sup>943</sup>.

Pour en revenir aux DPI, nous constatons, à notre humble avis, que cette structure a été mise sur pied dans l'intérêt des États du Nord (agents) qui, par le biais des DPI (structure), influence l'identité des États du Sud (agents). De même, lorsque nous scrutons la problématique des savoirs traditionnels, la même constatation que celle précédemment soulignée a tendance à prendre le dessus, même si un mouvement contraire se dessine à l'horizon. C'est de ce mouvement dont il sera question dans ce travail. Ces États du Sud ont

---

<sup>941</sup> Selon Correa, *Commentary*, supra note 387 aux pp 313-15, l'ADPIC ne fait par référence à la notion de licence obligatoire. Cependant, la plupart des pays ont milité en faveur des licences obligatoires lors de la négociation de l'Accord. L'article 31 de l'ADPIC contient des conditions détaillées ainsi que des limitations pour l'octroi de cette licence. En scrutant l'article, les pays du Nord ont essayé de limiter l'espace pour l'utilisation du système des licences obligatoires, même si leur application a été assez limitée par le passé, à l'exception des États-Unis.

<sup>942</sup> Ghosh, « Traditional Terms », supra note 46 aux pp 596-97.

<sup>943</sup> OMC, *W/362*, supra note 72 para 4.

incorporé les DPI dans leur identité. Par conséquent, les pays riches en biodiversité, et notamment en ST, veulent désormais utiliser ces droits pour protéger ou encadrer leurs savoirs, mais la structure (DPI) ne les protège pas ou ne leur en donne pas la possibilité.

On assiste donc à un mouvement opposé ou à un mouvement en sens contraire. Autrement dit, les États du Sud, dont l'identité a été influencée par la structure bâtie dans l'intérêt des États du Nord, veulent influencer cette même structure à cause de leur intérêt porté véritablement à la protection des savoirs traditionnels. Par la suite, cette structure (DPI) influencera l'identité des États du Nord avec pour finalité la protection des savoirs traditionnels.

Ce travail s'efforcera de démontrer que les initiatives nationales reflètent aussi une certaine idéologie nationale, qui peut aboutir à une protection internationale des ST, qui aura par la suite un impact véritable au niveau de la sphère nationale (notion de circularité).

Un traité international repose sur la possibilité d'un changement d'identité et d'intérêt, ou encore d'un changement de la culture internationale, sous la pression des États du Sud. D'un point de vue technique, la protection internationale des ST peut prendre la forme de deux instruments alternatifs à savoir, la mise sur pied d'un nouveau traité, comme nous le verrons dans la section suivante, ou l'extension d'un cadre déjà existant, analyse qui sera mise en exergue dans la deuxième section de ce chapitre. En outre, la protection adéquate des ST, au niveau international par le biais d'un traité, dépendra de l'effectivité de l'instrument, notamment par l'existence ou l'absence d'un certain nombre d'éléments clés

inhérents audit traité qui vont soit le rendre coercitif, soit affaiblir sa mise en œuvre par les parties.



## 4.2 Jalons pour un futur traité en matière de savoirs traditionnels

Quand on parle de protection de ST dans le cadre international, on parle en effet de la protection de ST par le biais d'un traité. De plus, tout traité qui intègre la PI pour la protection des ST fera partie, dans une certaine mesure, du droit international économique et devra être en conformité aussi bien avec l'ADPIC qu'avec les autres normes du droit international économique découlant de l'accord de Bretton Woods et qui forment l'articulation centrale de cette branche du droit international<sup>944</sup>. Cet état de fait se démontre aisément, comme en témoigne l'expérience de l'élaboration de la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*<sup>945</sup> (ci-après CITES) en 1973. Ainsi, le secrétariat de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (General Agreement on Tariffs and Trade, ci-après GATT)* a formulé des conseils techniques pour la rédaction de mesures liées à ce commerce, en les rendant cohérentes avec le GATT<sup>946</sup>.

Nous observons une situation similaire dans le cas de l'OMC à propos des paragraphes 31 à 33 de la Déclaration de Doha. Autrement dit, le paragraphe 31.1 de la déclaration traite de

---

<sup>944</sup> Enriquez, *supra* note 935 à la p 3.

<sup>945</sup> *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, 3 mars 1973, en ligne : CITES <<http://www.cites.org/fra/disc/text.shtml#texttop>> (date de consultation: 28 janvier 2014).

<sup>946</sup> Steve Charnovitz, « A New WTO Paradigm for Trade and the Environment » (2007) 11 SYBIL 15 à la p 16.

la relation de l'OMC avec les accords multilatéraux en général, alors que l'article 31.2 s'occupe de la collaboration de l'OMC avec les secrétariats de ces accords<sup>947</sup>.

En outre, si des mesures internationales sont indispensables pour encadrer juridiquement les ST, il y a lieu de réfléchir beaucoup plus actuellement à certaines propositions qui devraient figurer dans un futur traité international, qui serait de nature contraignante, auquel devront participer les pays du Nord. Il s'agit ici de s'inspirer des mécanismes prévus dans les législations nationales analysées précédemment en vue de la mise sur pied d'un instrument pourvu d'effectivité selon les critères identifiés par l'analyse.

La mise sur pied de ce traité, notamment l'étape de sa négociation et de son élaboration, devra se faire dans la mesure du possible avec la participation des communautés traditionnelles comme le prévoit la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Actuellement, les modèles les plus réussis reflétant cet état de fait sont les groupes de travaux mis sur pied lors de la CDB, notamment celui dont découle le Protocole de Nagoya ainsi que ceux du CIG. Cependant, comme nous l'avons relevé précédemment, cette participation des communautés traditionnelles aux différents groupes de travaux précités reste encore assez imparfaite dans la mesure où lesdites communautés y sont marginalisées même si, par ailleurs, ces structures ont créé des mécanismes de financement pour assurer la participation des communautés comme observateurs aux négociations. Bien plus, dans cet effort d'intégration des communautés traditionnelles aux négociations, les

---

<sup>947</sup> Voir Sandra Cecilia Negro, « De Marrakech a Cancún : La Organización Mundial de Comercio y las Conferencias Ministeriales » dans Carlos Maria Correa, dir, *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia 6: derecho del Comercio internacional – Acuerdos Regionales y OMC*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004, 343 à la p 369.

membres des dites structures ont été invités à inclure les représentants des communautés dans leurs délégations, en sus d'établir des procédures visant à assurer une plus grande participation des communautés dans les négociations<sup>948</sup>. Dans cet ordre d'idées, Tobin<sup>949</sup> estime que les négociateurs internationaux de la protection des ST, et ce dans n'importe quel forum, peuvent s'inspirer de l'expérience d'élaboration de la loi péruvienne eu égard à la participation des communautés traditionnelles au processus d'élaboration de la réglementation en lien avec la protection des ST. Selon l'expérience péruvienne, les communautés doivent participer au processus dès le début. Ainsi, cette forme de participation contribue à établir les aspects essentiels du processus de réglementation de leurs droits, y compris la définition du cadre, le contenu et les questions devant être examinées dans chaque consultation. Elles doivent être complètement intégrées dans la conception des programmes d'information et de formation, afin qu'elles s'assurent par elles-mêmes que les programmes précités sont culturellement appropriés, compréhensibles et équilibrés. De même, on doit former un groupe consultatif composé de représentants des communautés traditionnelles et d'experts en DPI, qui représentent les divers courants doctrinaux de la PI, dans le but tant de clarifier le débat que de le démystifier. De plus, il serait utile de soumettre au groupe consultatif, avec l'aide des États membres de l'OMC, de la CDB et des organisations représentatives des communautés traditionnelles, les questions les plus fréquemment posées à propos des DPI, des droits humains ou encore des ST.

---

<sup>948</sup> Tobin, « Setting », *supra* note 3 à la p 110.

<sup>949</sup> Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 59.

L'objet de la protection du traité<sup>950</sup> doit être les ST individuels ou collectifs associés ou potentiellement associés aux ressources génétiques ou biochimiques, protégés ou non par le système de PI ou par un système *sui generis* de registre, tel que celui prévu par l'article 7 de la loi du Costa Rica<sup>951</sup>. La convention doit couvrir les ST associés à la biodiversité, soit dans un traité spécifique à ce genre de ST, soit dans un traité comprenant plusieurs formes de ST. En toute hypothèse, le traité reconnaîtra simplement les droits, c'est-à-dire qu'il sera déclaratoire. Aucune exigence ne doit être imposée aux communautés pour obtenir des droits qu'elles ont toujours possédés de façon originelle. En fait, l'obligation ou la nécessité qui s'impose consiste à reconnaître ces droits, comme l'a fait le Costa Rica<sup>952</sup>. Autrement dit, il s'agit d'accorder une reconnaissance semblable à celle qui existe dans le cadre des droits d'auteur où les droits existent sans qu'il y ait besoin d'une déclaration préalable ou d'une publication au registre officiel.

En outre, les chercheurs doivent être obligés de conclure des accords avec les communautés ou les détenteurs individuels du ST eu égard au modèle proposé par la loi péruvienne. En d'autres termes, l'accord devra prendre la forme d'un contrat rédigé dans la langue du pays et dans celle de la communauté concernée. Les informations du contrat doivent être envoyées aux bureaux des brevets des pays signataires pour qu'elles soient consultées lors de l'analyse des critères de nouveauté et d'activité inventive afin d'éviter que quelqu'un

---

<sup>950</sup> Il convient de rappeler que, par le biais de ce travail, nous nous consacrons essentiellement aux ST associés à la biodiversité, qui intéressent par ailleurs l'industrie pharmaceutique. En réalité, il s'agit d'une réflexion menée sur la mise sur pied de certains objectifs devant figurer dans un traité spécifique de protection relatif à cette catégorie de ST. Autrement dit, c'est une restriction volontaire en vue d'un travail universitaire mais qui n'exclut pas la possibilité et l'intérêt d'avoir un traité sur les ST en général.

<sup>951</sup> *Loi 7788, supra* note 437 art 7.

<sup>952</sup> *Ibid* art 82.

devienne propriétaire d'un savoir traditionnel enregistré ailleurs<sup>953</sup>. En outre, il faudrait aussi que le traité établisse la divulgation d'origine du ST comme condition pour l'obtention du DPI sur le modèle de l'article 80 de la loi du Costa Rica<sup>954</sup>, sous peine du refus de la demande ou de la révocation du DPI.

Le consentement préalable de la communauté doit être un prérequis légal pour l'accès et l'usage du ST. Il pourrait s'inspirer de l'article 26<sup>955</sup> de la loi péruvienne, qui requiert le consentement préalable de la communauté qui le détient, condition *sine qua non* pour tous ceux qui veulent accéder au ST à des fins scientifiques, commerciales ou industrielles. Par le biais de ce futur traité, on peut introduire la différence, qui existe déjà dans les législations précitées, entre la bioprospection commerciale et la bioprospection universitaire. Cependant, le consentement préalable de la communauté qui détient le ST devrait demeurer une condition, même pour la bioprospection universitaire, comme le prévoit la législation du Costa Rica.

Bien plus, le traité devrait prévoir un droit de veto absolu sur la bioprospection ou encore la possibilité de nier l'usage commercial de leurs savoirs pour des raisons fondées sur le respect des dimensions spirituelles des ST, comme c'est le cas dans la législation du Pérou et du Costa Rica<sup>956</sup>.

De même, on pourrait aussi s'inspirer de la loi péruvienne eu égard au fait que l'épuisement des droits de la communauté ne s'applique pas aux ST qui se retrouvent dans le domaine

---

<sup>953</sup> Ley 27811, *supra* note 243 art. 26.

<sup>954</sup> Loi 7788, *supra* note 437 art 80.

<sup>955</sup> Loi 7788, *supra* note 437.

<sup>956</sup> *Ibid* art 4.

public. En effet, le droit des dites communautés sur leur savoir doit être préservé par des mesures d'exclusion identiques à celles prévues à l'article 4 de la loi du Costa Rica<sup>957</sup>.

En outre, parmi les perspectives existantes pour une protection efficace des ST, le meilleur système de partage des avantages est celui du Pérou. Ainsi, pour les ST à usage commercial ou industriel, une licence non-exclusive doit être requise entraînant automatiquement des frais d'accès en sus d'un pourcentage du montant sur les ventes futures qui doivent être destinées à un fonds (national ou international) pour les communautés traditionnelles. En réalité, l'idée d'un fonds se justifie pour deux considérations au rang desquels figure, d'une part, la conception selon laquelle le partage des avantages ne se limite pas à l'utilisateur et à la communauté qui ont partagé le savoir, mais peut s'appliquer éventuellement aux autres membres de la communauté qui le détiennent mais qui n'ont pas participé aux négociations en cours. D'autre part, certaines communautés ne sont pas familières avec la notion d'argent, de sorte qu'elles ne sauront pas ou ne voudront pas gérer les avantages par elles-mêmes.

En outre, le futur traité devrait indiquer, sur le modèle des lois du Pérou et du Costa Rica, que les détenteurs du droit sont les communautés traditionnelles, indication qui doit être clairement mise en exergue afin que ledit traité soit efficace. Bien plus, cette stipulation assurerait aussi les principes même de dignité et d'équité relativement à la protection octroyée aux savoirs non-traditionnels<sup>958</sup>, car l'un des objectifs poursuivis par lesdites

---

<sup>957</sup> Voir *supra* note 450 pour le texte de l'article 4 de la Loi 7788,

<sup>958</sup> Gibson, *supra* note 129 à la p 1. *Contra* Kaplinsky, *supra* note 495.

communautés résident aussi bien dans la reconnaissance de leur créativité que dans leur contribution à la science et à la culture<sup>959</sup>.

De même, la protection des ST par le biais d'un traité international pourrait se faire de plusieurs façons. D'une part, ladite protection pourrait se faire au travers d'un traité préexistant comme l'ADPIC et, dans ce cas de figure, il faudrait le réviser pour adapter ses mécanismes à la protection des savoirs traditionnels ou ajouter de nouveaux mécanismes spécifiques pour cette fin, comme nous le verrons dans la section suivante<sup>960</sup>. D'autre part, il pourrait s'agir d'un traité spécifique mis sur pied dans le cadre de l'OMPI et qui serait la résultante d'un groupe de travail. De même, il pourrait s'agir d'un traité spécifique créé au sein de l'UNESCO, du PNUE<sup>961</sup> ou même hors de tout cadre international existant. Quant à la CDB, même si l'on parvient à la réviser pour y inclure des mécanismes de protection des ST, elle demeurera inefficace pour assurer le respect de ses mécanismes et la mise en œuvre de la protection contre la biopiraterie, car elle ne fournira pas un cadre international contraignant. Dans le domaine de cette Convention, la seule solution envisageable serait un protocole à la Convention, cohérent avec l'ADPIC, établissant des sanctions pour le non-respect de ses dispositions. En fait, peu importe le cadre, car le traité devra maintenir un

---

<sup>959</sup> Sunder, « Invention », *supra* note 68 à la p 17.

<sup>960</sup> Voir la prochaine section.

<sup>961</sup> Frederick Abbott, « The Future of IPRs in the Multilateral Trading System » dans Christophe Bellmann *et al*, dir, *Trading in Knowledge: Development Perspectives on TRIPS, Trade, and Sustainability*, Londres (R-U), Earthscan, 2003, 36 à la p. 38.

certain rapport de cohérence et de complémentarité avec la CDB<sup>962</sup>, le Protocole de Nagoya ou encore, l'ADPIC.

Dans tous les cas, si on prend en considération la variété des communautés traditionnelles existant dans le monde ainsi que la variété des coutumes et pratiques en ce qui a trait au contrôle de l'accès et de l'usage du ST qui existe entre elles, il est pratiquement impossible de mettre sur pied un modèle satisfaisant pour tous. En réalité, le régime envisagé dans ce cas de figure doit faire preuve de flexibilité pour être en mesure aussi bien de soutenir et de promouvoir le développement des ST et des systèmes d'innovation que d'assurer le respect des coutumes et pratiques des détenteurs du ST comme pré-requis pour tout usage externe à des fins scientifiques ou commerciales<sup>963</sup>.

Étant donné la matrice culturelle des ST, une protection *sui generis* doit définir le champ de protection pour le ST, y compris la nature des droits sur l'information appartenant au domaine public. De même, ladite protection doit établir un mécanisme de résolutions des différends ainsi qu'une procédure de révision de l'accès aux ST. Par ailleurs, tout régime *sui generis* doit avoir comme premier objectif la pérennisation aussi bien des ST que de leur système d'innovation. Il doit aussi inclure des incitatifs appropriés pour la revalorisation et la protection des ST, la promotion de leur usage ou encore

---

<sup>962</sup> Il y a lieu de préciser que ce système devra être compatible avec les dispositions et les conditions de la CDB, notamment le principe du consentement préalable donné en connaissance de cause ainsi que le partage des bénéfices. De même, ledit système doit coexister avec les autres régimes et mécanismes de DPI. En effet, tous les dispositifs que nous venons de mentionner devront interagir de façon complémentaire.

<sup>963</sup> Tobin, « Redefining », *supra* note 51 à la p 61.



l'encouragement des activités de recherche, d'innovation et de développement ayant pour point de départ le savoir traditionnel<sup>964</sup>.

Par ailleurs, la participation des communautés traditionnelles à l'élaboration d'un traité, fait l'objet de plusieurs discussions ou encore, suscite plusieurs considérations théoriques. En effet, Klotz et Lynch désignent sous le terme « agent », les États, les élites, les communautés épistémiques, les mouvements sociaux et même la société en soi, qu'elle soit nationale ou internationale<sup>965</sup>. Ainsi, pour eux, limiter les acteurs aux seuls États, comme le fait Wendt, simplifie le scénario et rend plus compréhensible le raisonnement du théoricien des relations internationales. Si on considère cependant comme agents toutes ces autres catégories, on ira plus loin dans la question de la formation des identités. Autrement dit, si la notion d'agent en droit international s'applique au-delà des États en intégrant par exemple d'autres types d'acteurs sociaux, il faut alors se poser la question de savoir qui ils sont réellement et quelle est leur importance dans la structure sociale internationale au regard du rôle des acteurs étatiques. Par ailleurs, Brunée et Toope déterminent aussi la notion d'agent en la définissant comme étant un ensemble regroupant les acteurs étatiques et non étatiques, sans toutefois préciser la notion d'acteur non étatique dans le cadre constructiviste<sup>966</sup>. L'acceptation la plus large de la notion d'agent permettrait, selon Klotz et

---

<sup>964</sup> *Ibid.*

<sup>965</sup> Klotz et Lynch, *supra* note 200 à la p 59.

<sup>966</sup> Jutta Brunnée et Stephen J. Toope, « International Law and Constructivism: Elements of an International Theory of International Law », (2000) 39 Colum. J. Transnat'l L. 19 à la p 33.

Lynch, de « prendre en considération un nombre accru de mécanismes de changement »<sup>967</sup>, surmontant ainsi les difficultés des néoréalistes et néolibéraux à expliquer les changements.

Le constructivisme s'intéresse aux calculs que font les agents à propos de la scène politique et sociale et à la manière dont cette interprétation les mène à croire à ce qu'ils peuvent ou veulent accomplir, d'où l'importance de l'« intentionnalité ». De même, on ne peut pas considérer le comportement des agents seulement comme étant instrumental, altruiste ou utopique. Autrement dit, le comportement doit être analysé selon sa signification sociale. Les variantes interprétatives du constructivisme s'attachent à comprendre la façon dont les agents, lors de l'expression de leurs conceptions normatives ou lors de la promotion de nouvelles institutions sociales, reflètent en même temps qu'ils dépassent les structures existantes, menant à un intérêt renouvelé de la société elle-même en tant que lieu et qu'objet politiquement signifiant du changement<sup>968</sup>.

D'après les mêmes auteurs<sup>969</sup>, les constructivistes et les autres théoriciens des relations internationales sont opposés sur deux points essentiels à savoir, les origines de l'intérêt ainsi que le rôle des agents de changement.

Bien plus, même si, au niveau de la scène du droit international, les États sont les acteurs principaux, nous ne pouvons nier l'importance du rôle joué par les groupes de la société civile dans les cinquante dernières années. Parmi ceux-ci, on retrouvera les communautés traditionnelles et les organismes qui les représentent aussi bien au sein de chaque État que

---

<sup>967</sup> Klotz et Lynch, *supra* note 200 à la p 59.

<sup>968</sup> *Ibid.*

<sup>969</sup> *Ibid* à la p 51.

sur le plan international. Ces groupes exercent une influence, aussi modeste qu'elle puisse être, sur l'évolution du droit international<sup>970</sup>.

De même, au regard du droit international, seuls les États sont des acteurs de la scène internationale. En réalité, et de façon formelle, il est pratiquement impossible pour les communautés traditionnelles de se faire entendre, même pour celles qui sont capables d'assimiler la *rationale* et le *modus operandi* du droit international<sup>971</sup>. Mais, sur le plan matériel, les choses se passent différemment. À cet égard, il convient de rappeler que, jusqu'à la généralisation du droit de vote des femmes, celles-ci n'exerçaient aucune fonction gouvernementale ni ne participaient directement à la politique internationale. Or, actuellement, la situation a beaucoup évolué à leur avantage. Si nous établissons un parallèle avec le domaine de la protection des ST, nous constatons que l'élaboration des droits desdits ST n'en est qu'à ses balbutiements mais que le futur reste largement prometteur, notamment au regard de la dernière législation internationale en lien avec la protection juridique des ST, en l'occurrence le Protocole de Nagoya.

---

<sup>970</sup> Voir Hyndman, *supra* note 82.

<sup>971</sup> Évidemment, certaines communautés sont incapables d'assimiler le mode de fonctionnement du droit international - ou bien ne désirent même pas le faire - , qui a été bâti dans un environnement culturel autre que le leur. Voir Edward F. Fischer, *Cultural Logics and Global Economy : Maya Identity on Thought and Practice*, Austin, University of Texas Press, 2001; Fergus MacKay, *A Guide to Indigenous People's Rights in the Inter-American Human Rights System*, Copenhagen, IWGIA, 2002; George J. Sefa Dei *et al.*, dir, *Indigenous Knowledge in Global Contexts: Multiple Regarding of our World*, Toronto, University of Toronto Press, 2000; Gerald P. Neugebauer III, « Indigenous Peoples as Stakeholders : Influencing Resource Management Decisions Affecting Indigenous Community Interests In Latin America » (2003) 78 NYUL Rev. 1227; Daniel Gervais, *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 4<sup>e</sup> éd, Londres (R-U), Sweet & Maxwell, 2012; Gordon Prain *et al.*, dir, *Biological and Cultural Diversity : The Role of Indigenous Agricultural Experimentation in Development*, Londres (R-U), Intermediate Technology Publications, 1999.

### 4.3 L'ADPIC

Parallèlement à l'entrée en vigueur de la CDB pour les parties contractantes en date du 29 décembre 1993, les niveaux minimums de protection des DPI étaient en train d'être établis et codifiés dans le Cycle d'Uruguay du GATT, qui a abouti à la création de l'OMC<sup>972</sup>. Ainsi, le système multilatéral de commerce s'articule autour de cette organisation qui a pour mission d'obtenir la libéralisation, la plus large possible, du commerce de biens et services à l'échelle mondiale<sup>973</sup>. De plus, au niveau international, l'OMC est la seule organisation avec un mécanisme de mise en œuvre capable d'imposer une pression significative sur les parties afin que ces dernières puissent respecter leurs obligations<sup>974</sup>.

Pour être plus explicite à cet égard, avant l'OMC, la majorité des pays du Sud étaient exclus de l'élaboration de la plupart des traités internationaux de PI, plusieurs d'entre eux ayant été négociés pendant la période coloniale<sup>975</sup>. Deere identifie trois phases pour la participation des pays du Sud au système international de PI<sup>976</sup>. La première a commencé à l'époque coloniale quand les métropoles ont imposé leur régime légal aux colonies, y compris les lois relatives à la PI. La deuxième phase a eu lieu lors de la période post

---

<sup>972</sup> Lawson et Sanderson, *supra* note 761 à la p 131.

<sup>973</sup> Enriquez, *supra* note 935 à la p 1.

<sup>974</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 24.

<sup>975</sup> Comme cela fût le cas des pays de l'Organisation Africaine de la propriété intellectuelle : voire Nicole Florence Matip, *L'Organisation africaine de la propriété intellectuelle et l'Accord relatif aux aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, thèse de doctorat en droit, Université Jean Moulin Lyon 3, 2006 [non publiée] aux pp 21-25.

<sup>976</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 34.

coloniale, c'est-à-dire à la fin des années 1960, lorsque les pays du Sud, notamment ceux de l'Amérique du Sud<sup>977</sup> et l'Inde, ont adopté une approche différente de la réglementation des DPI de celle des pays du Nord. En réalité, ladite approche consistait à mettre sur pied un régime de DPI qui favoriserait l'industrialisation de ces pays, ainsi que leur accès aux technologies et au savoir. Pour ce qui est de la troisième phase, elle a eu lieu au cours des années 1980, lorsque les pays du Sud ont commencé à faire face à la pression des pays du Nord, ainsi qu'à celle des entreprises multinationales fondées sur le savoir (entreprises multinationales œuvrant dans le pharmaceutique ou dans le domaine du logiciel, par exemple) pour accepter l'inclusion des DPI dans le système multilatéral de commerce<sup>978</sup>. Selon des mesures différentes appliquées à chacun de ces domaines, la PI subissait alors des changements importants dans les pays du Sud en vertu des demandes formulées par les pays du Nord. Ces derniers ont davantage milité pour une élévation globale des niveaux de

---

<sup>977</sup> Dans le cas de l'Amérique latine et des Caraïbes, la création de lois locales de PI a commencé au lendemain de l'indépendance par rapport à l'Espagne et au Portugal, au début du XIXe siècle. Plusieurs de ces pays ont promulgué des lois de PI avant même les pays de l'hémisphère Nord, explique Deere, *supra* note 59 à la p 35.

<sup>978</sup> Selon Sunder, « IP<sup>3</sup> », *supra* note 60 aux pp 315-19, au cours du XXe siècle, le champ d'application des DPI et leur durée ont augmenté considérablement, de sorte qu'aujourd'hui plusieurs de ces droits sont devenus presque perpétuels et inconditionnels. En plus, on abandonne la compréhension de la PI comme utile à l'intérêt public, en faveur d'une compréhension du régime qui conçoit les droits presque exclusivement comme un droit économique du créateur, concentrant les DPI dans les mains de peu d'individus. Mais cette conception de la loi de PI a été contestée par la Déclaration de Doha, qui affirme que la PI doit servir aux valeurs humaines. La PI est vue de façon différente, comme étant limitée par les droits personnels et de propriété des autres. Elle n'est plus soutenue par une théorie d'incitation économique toute seule. Ceci ne doit pas être surprenant ou alarmant. L'expansion de DPI dans le monde, touchant des milliards de personnes dans plusieurs pays de différents niveaux de développement économique et social induit indubitablement que la PI aura des conséquences au niveau social de sorte qu'il est nécessaire de mener une analyse plus profonde sur la façon dont la PI devra s'accommoder des effets précités. L'aspiration des détenteurs de ST pour le respect et la reconnaissance de leurs droits intellectuels, les revendications des pays du Sud en faveur des rapports sociaux et économiques plus équitables, la préoccupation publique envers la santé des plus démunis requièrent un bouleversement de grande ampleur. Aujourd'hui les détenteurs de ST revendiquent leur droit à la reconnaissance et à la participation aux marchés globaux de marchandises culturelles.

protection de la PI sous l'influence du lobby exercé par les industries pharmaceutique<sup>979</sup>, agrochimique, électronique, du logiciel et du divertissement, qui se sentaient menacées par un phénomène qui prenait de plus en plus d'ampleur dans les pays du Sud, en l'occurrence la « piraterie »<sup>980</sup>. C'est véritablement cette raison que les pays du Nord ont argué pour inclure la PI dans l'agenda du Cycle d'Uruguay du GATT. Autrement dit, il s'agissait, dans les années 1980, c'est-à-dire à une époque antérieure à la création de l'OMC, de transférer les discussions sur la PI de l'OMPI au GATT, où les perspectives d'obtention de mesures de protection beaucoup plus coercitives et efficaces étaient plus élevées<sup>981</sup>. Bref, le débat sur les DPI, pendant le Cycle d'Uruguay, avait pour objectif de moduler les DPI afin qu'ils soient beaucoup plus coercitifs à l'échelle mondiale afin de prévenir la piraterie par les pays du Sud<sup>982</sup>.

---

<sup>979</sup> Selon Carlos M. Correa et Salvador D. Bergel, *Patentes y Competencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1996 aux pp 7, 124/149, dans les années 1980, une cinquantaine de pays du Sud ne protégeaient pas les produits pharmaceutiques par les DPI. Eu égard aux pressions provenant des pays du Nord notamment des États-Unis qui réclamaient la protection desdits produits, plusieurs pays du Sud ont modifié leur législation. Il s'agissait en l'occurrence de l'Indonésie, de la Chine, du Mexique, du Chili, des pays du pacte andin pour ne citer que ceux-là. Les pays qui n'ont pas changé leurs politiques de PI par rapport aux produits pharmaceutiques à ce moment précis ont été obligés de le faire quelques années plus tard à cause de l'avènement de l'ADPIC.

<sup>980</sup> Selon Shiva, *Protecting*, *supra* note 138 à la p 18:

« The framework for the TRIPs agreement was conceived and shaped by the Intellectual property Committee (USA), Keidanren (Japan) UNICE (Europe). IPC is a coalition of thirteen major U.S. Corporation dedicated to the finalisation of TRIPs in GATT. The members of IPC are Bristol Myres, Dupont, General Electric, General Motors, Hewlett Packard, IBM, Johnson and Johnson, Merck, Monsanto, Pfizer, Rockwell and Warner. Keidanren is the Japanese Federation of Economic Organizations. UNICE is the Union of Industrial and Employees Confederation of Europe and is recognized as an official spokesman for European Business and Industry. »

<sup>981</sup> Lors du début des négociations de l'ADPIC, la majorité des pays du Sud ainsi que plusieurs pays du Nord avaient des niveaux de protection plus faibles que ceux établis par l'Accord final. Par contre, les pays de l'Amérique latine avaient une législation de PI adaptée aux besoins de leurs politiques nationales de développement et plusieurs pays africains avaient les mêmes lois depuis la colonisation, explique Deere, *supra* note 59 aux pp 8-9, 51.

<sup>982</sup> Shiva, *Protecting*, *supra* note 138 à la p 10.

L'inclusion de la PI dans les négociations du Cycle d'Uruguay à la demande des pays du Nord a été plus qu'une surprise pour la plupart des participants. En plus du fait que le GATT est un accord essentiellement centré sur la modulation des tarifs douaniers et du commerce, comme sa dénomination l'indique, il est aussi caractérisé par la différence assez patente qui existe, au niveau économique, entre les pays du Sud et les pays du Nord. Cela entraîne du même coup un rapport de force qui se solde toujours au détriment des pays du Sud du fait justement de leur niveau économique faiblement élevé. Par conséquent et au regard de cet état de fait, la PI ne devait pas faire l'objet des négociations commerciales au sein du GATT<sup>983</sup>. L'inclusion de la question de la PI au Cycle d'Uruguay était fondée « sur une conception du développement économique et technologique qui reconnaît que la propriété intellectuelle est un élément nécessaire et un préalable indispensable pour atteindre les objectifs de développement du commerce mondial »<sup>984</sup>.

Les négociations sur la PI au Cycle de l'Uruguay ont commencé à la demande des pays du Nord, demande doublée d'une opposition considérable provenant des pays du Sud. L'objectif premier des pays du Nord était d'assurer aux détenteurs de DPI l'exploitation de leurs actifs protégés dans tous les pays faisant partie du GATT. Ils ont mis en exergue l'importance de la protection des DPI comme incitatifs à l'innovation même si, par ailleurs, les problématiques relatives à l'exploitation desdits droits ont été laissées à la discrétion de leurs détenteurs. Pour ce qui est des pays du Sud, leur opposition résidait dans le fait qu'un renforcement de la protection octroierait davantage de pouvoirs à leurs détenteurs de même

---

<sup>983</sup> Koutouki, « A Legal Placebo » *supra* note 5 à la p 21.

<sup>984</sup> OMC, *W/362*, *supra* note 72 para 1.

qu'il limiterait l'accès et le transfert de technologie dans leurs pays. Du coup, ils ont entamé ces négociations en ayant conscience de leurs insuffisances dans le domaine des sciences et de la technologie. Pour bien spécifier cette situation, il suffisait d'observer l'investissement alloué à la R&D qui n'était qu'une fraction du total dépensé partout dans le monde entier dans ce secteur. Il y a lieu d'indiquer à cet effet que la situation n'a guère évolué depuis.

Les négociations à propos de la PI (où les ST ne figuraient pas à l'ordre du jour) ont abouti à la mise sur pied de l'ADPIC. Plusieurs pays du Sud ont perçu l'ADPIC comme une concession faite aux pays du Nord<sup>985</sup> et ce, sans véritable contrepartie pour eux. En effet,

---

<sup>985</sup> Dutfield, « TRIPS-Related », *supra* note 92 à aux pp 236, 238-39. Selon Carlos M. Correa et Abdulqawi A. Yusuf, *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*, 2<sup>e</sup> éd., Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2008 à la p 229 et Correa, *Commentary*, *supra* note 387 aux pp 101, 104-05, 271-275, l'article 27.1 de l'ADPIC est la disposition la plus réussie de l'Accord pour ce qui touche aux attentes des pays du Nord et peut-être la plus grande concession faite par les pays du Sud pendant les négociations par rapport à leur position originale et ce, d'autant plus que la majorité d'entre eux excluait la protection des produits pharmaceutiques et agrochimiques de la protection par brevet dans leurs législations. Autrement dit, au début des négociations, plus de cinquante pays n'offraient pas de protection par brevet dans au moins un des domaines précités, principalement dans le domaine pharmaceutique.

La résistance des pays du Sud à octroyer des brevets pharmaceutiques était fondée sur plusieurs considérations, parmi lesquelles des raisons de santé publique, la crainte de la hausse des prix en sus de la crainte de la limitation de l'accès aux médicaments. Cependant, l'article 8 de l'ADPIC laisse entrevoir que des mesures peuvent être adoptées par les États pour prévenir ou remédier les abus de DPI dans ce secteur. Quoiqu'il en soit, les lois nationales doivent respecter les dispositions de l'ADPIC. Ce respect doit se vérifier à la lumière de l'article 7 et du Préambule. Autrement dit, lesdites lois doivent être mises sur pied en respectant aussi bien l'équilibre des droits et obligations, les DPI ne pouvant pas être vus comme un fin en soi ou un droit absolu, mais plutôt comme une recherche d'équilibre entre le bien-être économique et les considérations sociales. Plus spécifiquement, rien dans l'ADPIC ne doit être interprété de façon à empêcher les membres d'adopter des mesures de protection de la santé publique. Il s'agit aussi de respecter véritablement les prescriptions de l'article 8 de l'ADPIC stipulé comme suit :

« Article 8 Principes

1. Les Membres pourront, lorsqu'ils élaboreront ou modifieront leurs lois et réglementations, adopter les mesures nécessaires pour protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord.
2. Des mesures appropriées, à condition qu'elles soient compatibles avec les dispositions du présent accord, pourront être nécessaires afin d'éviter l'usage abusif des droits de propriété intellectuelle par les détenteurs de



aucune concession majeure n'avait été faite par le pays du Nord, mis à part l'ouverture des marchés du Nord aux biens et services provenant des pays du Sud<sup>986</sup>.

Selon Dutfield, il y a quatre explications selon lesquelles les pays du Sud souhaitent maintenant placer la problématique des ST sous le joug de l'OMC. La première consiste en ce que les pays du Sud peuvent avoir identifié un problème avec l'ADPIC, en l'occurrence l'accès gratuit aux ST, de sorte qu'ils désirent éradiquer ledit problème. La deuxième explication réside dans le fait que les pays du Sud aspirent à aller encore plus loin dans la réalisation de leurs objectifs. En fait, ils aspirent véritablement à une nouvelle modulation des DPI au travers de l'ADPIC capable de protéger de manière efficace les ST. Pour ce qui est de la troisième explication, l'intérêt des pays du Sud pour la protection des ST par

---

droits ou le recours à des pratiques qui restreignent de manière déraisonnable le commerce ou sont préjudiciables au transfert international de technologie. »

Selon Correa, *Commentary, supra* note 387 aux pp 104-05, le but des mesures proposées dans l'article 8.1 peut s'articuler autour de deux objectifs distincts. En effet, le premier a pour but de protéger la santé publique et la nutrition tandis que le deuxième but consiste en la promotion de l'intérêt public dans les secteurs d'importance vitale comme le développement socio-économique ou encore, le développement technologique. Ainsi, contrairement à la proposition des pays du Sud sur laquelle il est fondé, l'article ne fait aucune référence à des lois et à des règlements en lien avec les DPI, mais à des mesures adoptées dans d'autres domaines, comme ceux qui occasionnent des restrictions à la production ou à la commercialisation de biens protégés par les DPI. Des questions concernant l'article 8.1 peuvent donc apparaître dans deux contextes dont un se trouve entièrement dans le domaine des DPI alors que l'autre est complètement hors de ce domaine mais a d'implications dans la protection des DPI.

Le débat Nord-Sud sur la brevetabilité des produits pharmaceutiques reflète l'importance sociale des médicaments et la profonde asymétrie dans les capacités innovatrices et productives existantes dans ce domaine.

Un des principaux arguments mis en exergue afin de reconnaître les brevets sur les produits pharmaceutiques réside dans le fait que la protection par brevet octroyée universellement est essentielle afin d'assurer le futur de R&D. Cet argument est fondé sur l'indéniable contribution que la R&D de l'industrie a apportée pour le développement de produits destinés à éradiquer ou à prévenir une vaste gamme de maladies humaines. Telles contributions n'auraient pas été possibles si les entreprises ne pouvaient pas récupérer leur investissement en R&D et faire du profit. Les brevets offrent donc un mécanisme qui encourage les futurs travaux en vue de la création de nouveaux produits, en échange d'un usage exclusif des résultats de R&D pendant un certain laps de temps. Cependant, les brevets offrent seulement des incitatifs si un marché profitable existe pour les produits. En principe, la question des ST ne doit pas représenter un impact significatif sur le développement des produits pharmaceutiques dans des pays du Sud.

<sup>986</sup> Dutfield, « TRIPS-Related », *supra* note 92 aux pp 238-39.

l'accord ADPIC ne se fonde nullement sur la poursuite du respect des principes d'équité et de justice à l'intention des pays du Sud ou par le fait que le ST offre un avantage commercial compétitif mais réside essentiellement dans le fait qu'ils souhaitent obtenir des concessions de la part des pays du Nord dans l'ADPIC. En fait, à l'exception des Philippines, de l'Inde, du Pérou ou encore du Costa Rica, les autres pays du Sud n'adoptent aucune véritable législation coercitive en lien avec la propriété intellectuelle capable d'assurer une protection véritable et efficiente des ST. Quant à la quatrième explication, elle repose sur le fait que les pays du Nord désirent traiter la problématique de la véritable protection des ST par le biais de l'OMC afin d'obtenir des concessions des pays du Sud lors d'autres accords de l'OMC. Toutes ces possibilités peuvent être résumées en une question de respect, car les pays du Nord ont conscience que, s'ils ne réussissent pas à bien traiter la problématique des ST, cette négligence pourrait se traduire sur le terrain par le non-respect des dispositions de l'ADPIC de la part des pays du Sud. D'autant plus que, et c'est un fait notoirement connu, ces pays ne trouvent pas l'Accord très favorable à leurs intérêts économiques<sup>987</sup>.

Aujourd'hui, l'adoption de l'ADPIC est une condition *sine qua non* pour tous les pays qui aspirent à devenir membres de l'OMC, peu importe leur niveau de développement. Associé au système de règlement des différends de l'OMC, l'ADPIC a fait des DPI un des droits les plus effectifs dans la sphère du droit international<sup>988</sup>. Ceux qui ont proposé cet accord ont argué du fait qu'un niveau élevé de protection dans certains domaines stimule la créativité

---

<sup>987</sup> *Ibid.*

<sup>988</sup> Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5 à la p 21.

et l'innovation, attire des investissements étrangers et encourage un transfert de technologie beaucoup plus rapidement. Des lois nationales efficaces et coercitives sont essentielles pour la croissance économique et le développement. Concrètement, ceux qui l'ont proposé arguent du fait que l'ADPIC s'assimile à une partie de l'offre de l'OMC à destination des pays du Sud et se traduit, sur le plan concret, par un accès libre pour ces pays aux marchés des pays du Nord. En contrepartie, ces pays doivent respecter les dispositions de l'ADPIC afin de protéger les DPI étrangers<sup>989</sup>.

Ainsi, eu égard à cette justification, les gouvernements qui importent des produits de PI acceptent de souffrir des pertes, pendant une brève période de temps, imposées par une forte protection de PI, en échange des avantages et concessions immédiates qu'ils reçoivent des accords de l'OMC<sup>990</sup>.

À l'époque du Cycle de l'Uruguay, deux raisons ont motivé les États-Unis et l'Union européenne à répondre aux pressions provenant de leurs industries de PI et visant à transférer le processus législatif de PI de l'OMPI à celui qui était encore le GATT. La première raison s'articulait autour du fait qu'ils n'étaient pas satisfaits par les négociations qui se déroulaient au sein de l'OMPI. Quant à la deuxième raison, elle était liée aux caractéristiques institutionnelles inhérentes à l'OMC, qui facilitaient de fait l'adoption de niveaux de protection beaucoup plus coercitifs. Pour être plus explicite, l'ADPIC oblige les gouvernements nationaux à octroyer des DPI dans des domaines tels que les ressources

---

<sup>989</sup> Helfer, *supra* note 630 aux pp 2-3.

<sup>990</sup> *Ibid* à la p 3.

génétiques, pharmaceutiques et les variétés végétales qui étaient exclues du régime national de protection des DPI pour des raisons morales ou culturelles et religieuses<sup>991</sup>. Curieusement, avant l'ADPIC, les questions relatives à la biodiversité, aux ressources génétiques végétales pour l'alimentation et pour l'agriculture, à la santé publique et aux droits humains ne recevaient pas une grande attention ou une attention particulière dans la sphère internationale. À cet effet, Helfer a fait observer ce qui suit :

In the wake of TRIPs, however, developing nations, aided by NGOs and (less frequently) by officials of intergovernmental organizations, have adopted a strategy of regime shifting to move intellectual property lawmaking into fora where it was only nascent and to raise intellectual property issues for the first time in other venues<sup>992</sup>.

Par conséquent, cette relative attention aux domaines précités a conduit à l'élaboration de nouveaux traités, à la réinterprétation des accords existants ou encore à la formulation de recommandations ainsi qu'à la mise sur pied de lignes directrices non-contraignantes. On y retrouve, d'une part, des oppositions à l'endroit de l'ADPIC, oppositions fondées sur les domaines de protections visés par l'ADPIC ainsi que pour les domaines exclus de leur

---

<sup>991</sup> *Ibid* aux pp 20, 27; Commission on Intellectual Property Rights, *supra* note 30 aux pp 78-79; Sean D. Murphy, « Biotechnology and International Law » (2001) 42 Harv Int'l LJ 47 à la p 65; Sunder, « Invention » *supra* note 68 à la p 17.

<sup>992</sup> Helfer, *supra* note 630 à la p 27.

champ d'application, comme la protection des ST, et, d'autre part, le niveau de protection par les DPI eu égard à l'ADPIC<sup>993</sup>.

L'OMC a fixé des normes minimales pour la protection des DPI dans le cadre de l'ADPIC. Ainsi, contrairement aux autres accords sous les auspices des NU (ceux de la CDB et ceux de l'OMPI<sup>994</sup>), il est le seul accord international contraignant en vigueur susceptible de protéger les ST de façon efficace, notamment grâce au lien dont il dispose avec le système de règlement des différends de l'OMC<sup>995</sup>. Cependant, il ne mentionne pas ces savoirs.

Cet Accord représente une victoire fondamentale pour l'industrie pharmaceutique, qui a travaillé de façon efficace pour élargir la protection par brevet aux domaines précités, lorsque les négociations à l'ADPIC ont débuté, alors que ces domaines sont exclus de protection par brevet dans la majorité des pays du Sud<sup>996</sup>.

L'objectif de l'ADPIC est de globaliser le niveau de protection minimale de la PI dans les pays ayant adhéré à l'accord. Toutefois, la manière selon laquelle ces PI ont été modulés ne garantit pas non plus une protection beaucoup plus efficace ou beaucoup plus adéquate du ST que celle qu'on retrouve dans la CDB<sup>997</sup>.

Dans les négociations découlant de la Déclaration de Doha, on a tenté d'élargir le champ d'application de la protection des DPI à de nouvelles problématiques. Pour ce qui est des ST, des débats s'articulent uniquement sur les rapports entre l'ADPIC et la CDB

---

<sup>993</sup> *Ibid* aux pp 27-28.

<sup>994</sup> Au sujet des traités de l'OMPI voir *supra* l'introduction au Chapitre 3.

<sup>995</sup> Helfer, *supra* note 630 à la p 2.

<sup>996</sup> Correa, *Derechos*, *supra* note 290 à la p 82.

<sup>997</sup> Idris, *supra* note 4 à la p 132. Voir aussi Sahai, *supra* note 649 aux pp 96-97.

conformément au paragraphe 19 de la Déclaration de Doha. En outre, le paragraphe qui mentionne spécifiquement la brevetabilité des ST<sup>998</sup> est rédigé comme suit :

19. Nous donnons pour instruction au Conseil des ADPIC, dans la poursuite de son programme de travail, y compris au titre du réexamen de l'article 27:3 b), de l'examen de la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC au titre de l'article 71:1 et des travaux prévus conformément au paragraphe 12 de la présente déclaration, d'examiner, entre autres choses, la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, la protection des savoirs traditionnels et du folklore et autres faits nouveaux pertinents relevés par les Membres conformément à l'article 71:1. Dans la réalisation de ces travaux, le Conseil des ADPIC sera guidé par les objectifs et principes énoncés aux articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC et tiendra pleinement compte de la dimension développement<sup>999</sup>.

---

<sup>998</sup> Charnovitz, *supra* note 946 à la p 33.

<sup>999</sup> Selon Correa, *Commentary, supra* note 387 aux pp 91-92, l'article 7 est fondé sur une proposition présentée par les pays du Sud. Il illustre un compromis entre les deux positions à savoir, celle des pays du Nord qui mettent en exergue le rôle des DPI dans l'innovation et celle des pays du Sud qui sont préoccupés par l'impact des DPI eu égard à leur développement économique et social. Cet article met en lumière l'argument principal concernant l'octroi des DPI dans les champs technologiques ou des domaines semblables, la promotion de l'innovation, mais aussi les préoccupations de pays du Sud concernant le transfert et la dissémination de la technologie. Bien plus, conjointement avec l'article 8, il ressort des éléments importants permettant l'interprétation et la mise en œuvre des droits et obligations de l'ADPIC. En outre, même si ledit article mentionne les DPI de façon générale, plus spécifiquement il s'appesantit uniquement sur les innovations et les technologies et se concentre par conséquent sur certains mécanismes de DPI tels que les brevets, certaines catégories de secrets commerciaux et les topographies de circuits intégrés. Les objectifs des DPI sur les droits d'auteurs et droits connexes, les marques de commerce, les IG et les dessins industriels ne sont pas englobés dans cet article. Ce déséquilibre est probablement dû à la préoccupation des pays du Sud à propos de l'impact des niveaux plus hauts de protection par DPI dans l'accès à l'innovation ainsi qu'aux produits et aux services qui en découlent. Les négociations sur les questions qui n'étaient pas liées à l'accès et à l'usage de technologies ont été en général moins controversées entre les pays du Nord et ceux du Sud. Ceci ne signifie pas pour autant que l'article 7 ne s'applique pas à tous les DPI prévus par l'ADPIC.

Ce paragraphe a été intégré à la Déclaration de Doha eu égard à la révision de l'article 27.3(b) de l'ADPIC<sup>1000</sup>, qui est la seule disposition dans l'Accord à prévoir un réexamen quatre ans après l'entrée en vigueur de l'*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce* (le 1<sup>er</sup> janvier 1995). Même si le réexamen a formellement commencé en 1999, de fortes divergences de points de vue demeurent jusqu'à présent, y compris sur l'interprétation du mandat établi<sup>1001</sup>.

En effet, les pays du Sud sont d'avis que l'article prévoit une révision substantielle, alors que les pays du Nord considèrent qu'elle doit seulement constituer en une révision de l'obligation de mise en œuvre de l'Accord. Cette divergence n'est pas récente car l'exception contenue dans l'article 27.3(b) reflète les différences remarquables existant à l'époque des négociations de l'ADPIC entre, d'une part, les pays du Nord et, d'autre part, entre eux et les pays du Sud sur la brevetabilité de plantes et des animaux<sup>1002</sup>.

Dans la mise en œuvre de ce mandat, le Conseil sur les ADPIC discute présentement, entre autres à propos

- de la révision des dispositions de l'article 27.3(b);
- du rapport entre l'ADPIC et la CDB et enfin,
- de la protection des ST et du folklore.

---

<sup>1000</sup> United Nations Conference on Trade and Development et International Center for Trade and Sustainable Development, *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 à la p 395.

<sup>1001</sup> Correa et Yusuf, *supra* note 985 à la p 235.

<sup>1002</sup> *Ibid* à la p 235; Correa, *Commentary*, *supra* note 387 à la p 293.

Le Conseil examine ensemble les sujets susmentionnés, vu les rapports qu'ils entretiennent. Les membres n'ont pas réussi à régler leurs différends sur ces questions et ont fait plusieurs propositions sur le sujet. Les pays du Sud ont notamment proposé d'amender l'ADPIC afin d'établir, comme condition pour l'octroi du brevet lié aux ressources biologiques ou aux ST, que le demandeur divulgue la source et le pays d'origine de la ressource biologique et du ST utilisé dans l'invention, présente la preuve du consentement préalable, approuvé par les autorités dans le cadre du régime national concerné, ou encore, offre la preuve du partage des avantages dans le cadre du régime national concerné. Cette manœuvre, visant à imposer les obligations de la CDB par le biais de l'ADPIC, se heurte à l'opposition d'un nombre important de pays du Nord, qui estiment que le CIG représente le forum adéquat pour ces discussions. C'est pour cette raison que les discussions au Conseil sur les ADPIC se sont centrées sur l'identification du bon forum pour la protection des ST. Presque à l'unanimité, les pays du Sud exigent que la négociation puisse avoir lieu dans le cadre de l'OMC, car d'autres fora tels que l'OMPI n'offrent pas les moyens de mise en œuvre des droits (manque d'effectivité – *soft law*). À leur tour, les pays du Nord s'opposent à cette exigence et insistent sur le fait que le CIG de l'OMPI soit choisi comme forum de discussions de la problématique des ST, en arguant du fait que, d'une part, l'OMPI est l'agence spécialisée en ce domaine, à savoir celui de la PI, et, d'autre part, qu'un agenda de négociation aussi important que celui de Doha n'a pas les ressources suffisantes pour se lancer dans une nouvelle problématique comme celle des ST. Un autre point de désaccord réside en ce que les pays du Sud défendent une protection illimitée pour les ST, comme



celle des IG, alors que les pays du Nord soulignent la nécessité de préserver le domaine public<sup>1003</sup>.

Mais après l'adoption de la Déclaration ministérielle de Doha<sup>1004</sup>, qui mentionne expressément les ST dans son paragraphe 19<sup>1005</sup>, le Conseil des ADPIC a reçu un mémoire intitulé *Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et protection des savoirs traditionnels*<sup>1006</sup> provenant du Brésil<sup>1007</sup>. Ce mémoire s'articule autour du besoin de modifier l'ADPIC afin d'empêcher la biopiraterie. Pour atteindre cet objectif, le document propose des conditions pour l'octroi de brevets sur des ressources génétiques et des savoirs traditionnels, telles que la divulgation du pays d'origine ainsi que la preuve du consentement préalable et du partage d'avantages<sup>1008</sup>. Ceci est l'une des deux approches adoptées par les membres (notamment du Sud) dans le but d'incorporer la protection des ST à l'ADPIC, et la seule qui soit encore sur la table, raison pour laquelle nous la présenterons d'abord, pour ensuite considérer la deuxième approche en lien avec les IG.

Par la suite, en 2006, le Brésil, l'Inde et le Pérou ont proposé un amendement à l'ADPIC sous la forme d'un article *29bis*, qui obligerait le demandeur de brevet à révéler l'origine de

---

<sup>1003</sup> United Nations Conference on Trade and Development et International Center for Trade and Sustainable Development, *supra* note 1000 aux pp 395, 398-399.

<sup>1004</sup> OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration ministérielle* (du 20 novembre 2001), OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/1, en ligne : OMC <www.wto.org>.

<sup>1005</sup> Gervais, *L'Accord*, *supra* note 80 à la p 155 ; Robinson, *supra* note 22 à la p 30.

<sup>1006</sup> OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et protection des savoirs traditionnels* (du 24 juin 2002), OMC Doc IP/C/W/356, en ligne : OMC <www.wto.org>.

<sup>1007</sup> En son propre nom et aussi au nom de la Chine, de Cuba, de la République Dominicaine, de l'Équateur, de l'Inde, du Pakistan, de la Thaïlande, du Venezuela, du Zambie et du Zimbabwe.

<sup>1008</sup> Gervais, *L'Accord*, *supra* note 80 à la p 92.

la ressource biologique ou du savoir traditionnel dont la demande est issue, ainsi qu'à prouver qu'il a respecté la législation du pays d'origine sur le consentement préalable et sur le partage des avantages. Cette proposition a été appuyée par des dizaines d'autres pays du Sud<sup>1009</sup>. Ainsi, le Brésil, la Chine, la Colombie, Cuba, l'Inde, le Pakistan, le Pérou, la Tanzanie et la Thaïlande ont proposé une ébauche de texte pour l'article 29bis<sup>1010</sup> :

*Article 29bis*

*Divulgarion de l'origine des ressources biologiques et/ou savoirs traditionnels associés*

Afin d'établir une relation de soutien mutuel entre le présent accord et la Convention sur la diversité biologique, dans la mise en œuvre de leurs obligations, les Membres prendront en compte les objectifs et principes du présent accord et les objectifs de la Convention sur la diversité biologique.

Lorsque l'objet d'une demande de brevet concerne des ressources biologiques et/ou savoirs traditionnels associés, découle de ces ressources et/ou savoirs ou est élaboré avec ces ressources et/ou savoirs les Membres exigeront des déposants qu'ils divulguent le nom du pays fournissant les ressources et/ou savoirs traditionnels associés, le nom de la personne dans le pays fournisseur auprès de laquelle ces ressources et/ou savoirs ont été obtenus, et, tel qu'il est connu après une enquête raisonnable, le nom du pays d'origine. Les Membres exigeront aussi des déposants qu'ils communiquent des renseignements y compris des éléments de preuve indiquant la conformité avec les prescriptions légales applicables dans le pays fournisseur en ce qui concerne le consentement préalable donné en connaissance de cause pour l'accès et le partage loyal et équitable des avantages découlant de l'utilisation commerciale ou autre de ces ressources et/ou savoirs traditionnels associés.

Les Membres exigeront des déposants ou des titulaires de brevets qu'ils complètent et rectifient les renseignements y compris les éléments de preuve fournis au titre du paragraphe 2 du présent article à la lumière de tout renseignement nouveau porté à leur connaissance.

---

<sup>1009</sup> *Ibid* aux pp 96-97.

<sup>1010</sup> OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Programme de travail de Doha – Question de mise en œuvre en suspens concernant la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique* (du 5 juillet 2006), OMC Doc IP/C/W/474, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

Les Membres publieront les renseignements divulgués conformément aux paragraphes 2 et 3 du présent article conjointement avec la demande ou l'octroi, si celui-ci est antérieur. Lorsqu'un déposant ou un titulaire de brevet communique les renseignements complémentaires requis au titre du paragraphe 3 après la publication, les renseignements additionnels seront aussi publiés sans retard indu.

Les Membres mettront en place des procédures d'exécution efficaces pour assurer la conformité avec les obligations énoncées aux paragraphes 2 et 3 du présent article. En particulier, ils feront en sorte que les autorités administratives et/ou judiciaires aient le pouvoir de bloquer le traitement d'une demande ou l'octroi d'un brevet et de révoquer, sous réserve des dispositions de l'article 32 du présent accord, ou de rendre inexécutoire un brevet lorsque le déposant a, sciemment ou en ayant des motifs raisonnables de le savoir, omis de se conformer aux obligations prévues aux paragraphes 2 et 3 du présent article ou communiqué des renseignements fallacieux ou frauduleux<sup>1011</sup>.

Cette proposition a aussi reçu l'appui de plusieurs pays du Sud. Quelques pays du Nord ont abondé dans le même sens, comme la Norvège<sup>1012</sup>, dont la soumission présentée - selon Robinson - « was substantial, suggesting amendements to TRIPS (Article 29bis) and hence it was in principle well received by WTO developing-countries members »<sup>1013</sup>. Cependant, un détail du document a été perçu, à l'époque, comme problématique par plusieurs pays du Sud. Il s'agissait en fait de l'omission dans ledit document du respect de

---

<sup>1011</sup> *Ibid.*

<sup>1012</sup> OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Relation entre l'Accord sur les ADPIC, la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels - Amendement de l'Accord sur les ADPIC en vue d'instituer une obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets* (du 14 juin 2006), OMC Doc IP/C/W/473, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)> au para 4; OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Relation entre l'accord sur les ADPIC, la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels - amendement de l'accord sur les adpic en vue d'instituer une obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets - Réponses de la Norvège aux questions posées par la Suisse au Conseil des ADPIC* (du 7 mai 2007), OMC Doc IP/C/W/491, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

<sup>1013</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p 122.

la divulgation d'origine qui n'était pas considéré comme une condition de fond pouvant entraîner la révocation du brevet. Ainsi, alors que, pour la majorité des pays du Sud riches en biodiversité, la divulgation d'origine avait été envisagée avec pour objectif principal de réduire la biopiraterie fondée sur le brevet, la Norvège suggérait des options beaucoup plus souples de médiation à la place de la révocation<sup>1014</sup>.

Par ailleurs, il y a lieu de remarquer que les pays du Sud mènent, de façon simultanée, une politique défensive de la PI par rapport aux médicaments essentiels car, selon eux, ladite PI peut limiter leurs droits. En outre, ils mènent aussi une politique offensive dans le but d'amplifier la protection des ST. Eu égard à cette deuxième stratégie, en 2008, quelques pays du Sud<sup>1015</sup> ont soumis au Conseil Général une demande de mandat pour négocier la question relative aux ST au Conseil des ADPIC<sup>1016</sup>, alors que d'autres pays provenant aussi de l'hémisphère Sud luttent pour étendre l'utilisation des IG<sup>1017</sup> et ce, par le biais de

---

<sup>1014</sup> *Ibid* aux pp 119, 122.

<sup>1015</sup> Le Brésil, la Chine, la Colombie, Cuba, la République Dominicaine, l'Équateur, l'Inde, l'Indonésie, le Pakistan, le Paraguay, le Pérou, l'Afrique du Sud, la Tanzanie, la Thaïlande, le Venezuela, le Groupe des PMA et le Groupe ACP.

<sup>1016</sup> OMC, Conseil général, *Programme de travail de Doha – Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique - Mesures appropriées devant être prises/arrêtées par le Conseil général au sujet de l'Accord sur les ADPIC et la CDB* (du 28 mai 2008), OMC Doc WT/GC/W/590, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

<sup>1017</sup> Selon Correa, *Commentary, supra* note 387 aux pp 209-30, nous constatons que l'article 22.1 définit le concept d'IG pour l'ADPIC, et, à sa lecture, nous constatons qu'il s'applique seulement aux biens sans limitation par rapport à leur nature. L'IG doit identifier le bien comme originaire d'un territoire spécifique sans aucune limitation géographique ou politique, c'est-à-dire que le territoire peut être une localité, une province ou un pays. Cependant la protection n'est pas limitée au nom du territoire. Autrement dit, elle peut faire référence à des indications indirectes, telles que des images, par exemple. Les biens doivent provenir du territoire, c'est-à-dire qu'ils doivent être extraits, cultivés ou manufacturés dans ledit territoire. Par conséquent, les IG ne peuvent pas être utilisés par des producteurs établis dans un autre territoire, même si une partie du travail peut avoir lieu hors du territoire désigné. Finalement il faut établir un rapport entre la qualité, la réputation ou une autre caractéristique du bien et le territoire.

Le régime de la décision 486 de la Communauté andine offre la protection par IG.

La protection de l'article 22.2 de l'ADPIC cherche à éradiquer les indications trompeuses par rapport au vrai lieu d'origine d'un produit, même si l'accord n'émet pas de conditions permettant d'identifier l'origine réelle

mécanismes de protection de la biodiversité<sup>1018</sup>. C'est donc dire que la politique de PI des pays du Sud est défensive en ce qui concerne les DPI des produits des pays du Nord et offensive relativement aux DPI des ST.

Nous présenterons maintenant la deuxième approche à savoir, les IG utilisées par quelques membres<sup>1019</sup> pour inclure la protection des ST dans l'ADPIC. Ces membres ont l'espoir d'amender l'ADPIC pour prévenir la biopiraterie et augmenter la protection de certains

d'un produit en dehors de la présomption selon laquelle les produits ont été extraits, cultivés ou manufacturés dans la localité indiquée ou évoquée.

L'usage potentiel des IG pour protéger les ST a été mis en exergue au travers de plusieurs fora. Cependant, même si l'usage d'IG peut être associé à celui de certains ST (comme un processus particulier qui détermine une caractéristique propre à un produit), l'IG ne protège pas le ST sous-jacent en soi qui, en l'absence d'autres formes de protection, peut être utilisé par des tiers sans restriction fondée sur l'existence d'une telle indication. Comme le rappellent si bien Valérie Boisvert et Armelle Caron « Valorisation économique des ressources et nouveaux marchés » dans Catherine Aubertin *et al.*, dir, *Les marches de la biodiversité*. Paris, IRD, 2007, 195 à la p 197, « les indications géographiques sont des droits collectifs qui protègent la réputation et non l'innovation ». Elles sont applicables aux savoirs traditionnels qui ne sont pas des inventions ou des découvertes et, dans certains cas, même pas susceptibles d'application industrielle. Les indications géographiques sont aussi utiles parce qu'elles sont illimitées dans le temps et inaliénables. D'après Carlos Maria Correa, *Traditional knowledge and intellectual property: issues and options surrounding the protection of traditional knowledge – A discussion paper*, Genève, Quaker United Nations Office, 2001 à la p 11, les IG peuvent ajouter une valeur aux produits traditionnels fabriqués dans une région déterminée selon un processus qui émane d'un savoir traditionnel. Une éventuelle extension des indications géographiques aux ST peut encourager les producteurs à commercialiser leurs produits sur le marché international, en promouvant le commerce international.

En d'autres termes, les détenteurs de l'IG peuvent prévenir, lorsque leurs droits sont reconnus, la commercialisation d'un même produit sous l'indication, mais non celui d'entreprises qui utilisent leurs savoirs et le vendent sous un autre nom ou marque.

L'article 22.3 traite des conflits qui peuvent surgir entre une IG et une marque de commerce quand ladite marque contient ou est une IG. Dans ce cas de figure, l'IG préleverait, selon la définition dudit article, l'ADPIC à condition que le bien ne provienne pas du territoire désigné et que son usage par la marque de commerce trompe le consommateur, intentionnellement ou non. Dans ce cas, le refus ou l'invalidation de la marque de commerce peut s'opérer *ex officio*, à condition que ce soit permis par la législation, mais elle doit toujours être disponible sur demande de la partie intéressée. Cependant, l'article permet l'usage d'IG comme marque de commerce quand le produit est originaire du territoire désigné.

<sup>1018</sup> Sunder, « IP<sup>3</sup> », supra note 60 aux pp 296-97.

<sup>1019</sup> Dans le document: OMC, Conseil général, *Programme de travail de Doha – Extension de la protection additionnelle des indications géographiques à des produits autres que les vins et les spiritueux* (du 19 février 2008), OMC Doc WT/GC/W/587, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>, présenté par les Communautés européennes, l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Guinée, l'Inde, la Jamaïque, le Kenya, Madagascar, le Maroc, le Pakistan, la République Kirghize, le Sri Lanka, la Suisse, la Tanzanie, la Thaïlande et la Turquie.

biens par le moyen des IG, mais, comme pour la première approche, celle-ci ne bénéficie pas d'un mandat de négociation clair dans le Cycle de Doha<sup>1020</sup>. Il y a sur la table de négociations, il est vrai, une autre question relative aux IG, qui consiste à établir un registre international de vins et spiritueux<sup>1021</sup> et pour laquelle un mandat a été donné et ce, conformément aux articles 23.4 et 24.1 de l'ADPIC :

Article 23 Protection additionnelle des indications géographiques pour les vins et les spiritueux  
[...]

---

<sup>1020</sup> Même si, selon Kaitlin Mara, « IP Rights Holders Frown Proposed Changes to WTO TRIPS Agreement » *Intellectual Property Watch* (23 juillet 2008), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2008/07/23/ip-rights-holders-frown-on-proposed-changes-to-wto-trips-agreement/>> [Mara, « IP Rights Holders »] (date de consultation: 31 janvier 2014), certains organismes, comme le National Foreign Trade Council et l'Intellectual Property Owners, siégeant à Washington D.C., et l'association BusinessEurope, siégeant à Bruxelles, croient que le mandat de Doha est clair et ne fait pas référence à l'extension des IG et à l'amendement sur la biodiversité. Cependant, cet amendement préoccupe le plus les représentants des industries pharmaceutiques et biotechnologiques. Pour ces industries, le système de brevets n'est pas adéquat pour régler ces problèmes. En plus, pour eux, l'amendement à l'ADPIC saperait les négociations courantes de Doha. Ces négociations sont déjà dans un état précaire pour ce qui a trait aux questions principales de l'agriculture et l'accès aux marchés pour les produits non agricoles. Par contre, ceux qui ont posé des problèmes relatifs à l'ADPIC affirment que sans un progrès sur ces questions, il sera difficile politiquement d'arriver à un accord sur les questions principales. Une autre critique en lien avec l'amendement touche au texte, qui manquerait de spécificité technique dans la définition d'accès, de partage des avantages et de divulgation. Quant à cette dernière critique, la crainte réside dans le fait que sa définition va beaucoup plus loin qu'« un outil de recherche utilisée tangentiellement seulement » ou « information qui est offerte dans le domaine public depuis des années ». À ce niveau inacceptable d'incertitude à propos de la manière de satisfaire l'obligation de divulgation s'ajoute la crainte d'avoir le brevet révoqué après son octroi, ce qui affaiblit le principe d'incitatif à l'innovation qui est la base du système de brevet. Quelques membres de l'OMC sont d'accord avec la position selon laquelle l'inclusion de l'obligation de divulgation d'origine dans l'ADPIC ne réglerait pas le problème de la biopiraterie et de la protection de la biodiversité, car la prévention de brevets erronés est déjà dans le champ d'application du système de brevets et donc une base de données de ressources génétiques et de ST associé serait plus utile pour les examinateurs. Bref, selon cet avis, la problématique de la biopiraterie retombe sous le joug des États dans l'élaboration de leurs politiques d'APA.

<sup>1021</sup> William New, « Collapse of WTO Talks Washes Away Hope for TRIPS Changes » *Intellectual Property Watch* (29 juillet 2008), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2008/07/29/possibility-of-trips-changes-washes-away-with-collapse-of-wto-talks/>> (date de consultation: 31 janvier 2014); William New, « TRIPS Issues Still Possible at WTO, if Overall Talks Unlock » *Intellectual Property Watch* (29 juillet 2008), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2008/07/29/trips-issues-still-moving-at-wto-tie-to-overall-talks-grows/>> (date de consultation: 31 janvier 2014); Negro, *supra* note 947 à la p 363.

4. Afin de faciliter la protection des indications géographiques pour les vins, des négociations seront menées au Conseil des ADPIC concernant l'établissement d'un système multilatéral de notification et d'enregistrement des indications géographiques pour les vins susceptibles de bénéficier d'une protection dans les Membres participant au système<sup>1022</sup>.

#### Article 24 Négociations internationales; exceptions

1. Les Membres conviennent d'engager des négociations en vue d'accroître la protection d'indications géographiques particulières au titre de l'article 23. Les dispositions des paragraphes 4 à 8 ne seront pas invoquées par un Membre pour refuser de mener des négociations ou de conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux. Dans le cadre de ces négociations, les Membres seront prêts à examiner l'applicabilité continue de ces dispositions aux indications géographiques particulières dont l'utilisation aura fait l'objet de ces négociations<sup>1023</sup>.

Dans cette situation où les pays du Sud souhaitent que leurs communautés traditionnelles ne soient pas considérées seulement comme des « consommateurs » du savoir produit par les pays du Nord, mais comme des « producteurs » de ST, cette problématique discutée au sein du Conseil sur les ADPIC a finalement été rattachée aux discussions sur les IG. Ce

---

<sup>1022</sup> Selon Correa, *Commentary, supra* note 387 aux pp 209, 211, 235, il y a beaucoup de désaccords sur la manière dont le registre d'IG est mis en œuvre dans cet article. Quelques pays ont proposé d'élargir à d'autres produits la protection spéciale disponible uniquement pour les vins et spiritueux. Cette proposition a été faite aussi bien par les pays du Nord que par ceux du Sud. Dans le domaine d'IG, il n'existe pas une scission Nord-Sud, mais des groupes différents, composés de pays du Nord et du Sud qui ont des positions divergentes sur plusieurs problématiques. Ceci reflète les différentes perceptions de la valeur économique des IG dans la promotion de la commercialisation de produits nationaux, ainsi que l'implication de la reconnaissance d'IG étrangères dans l'économie locale. C'est une des raisons pour laquelle quelques pays du Sud ont démontré un enthousiasme considérable à propos des avantages possibles de la protection par IG.

Cet article - conjointement avec l'article 24.1- donne un mandat de négociation aux membres, sans aucune obligation d'atteindre un résultat spécifique. Il y a beaucoup de divergences entre les membres sur la façon de mettre en œuvre l'article 23.4. Le doute retombe sur l'aire protégée par le système proposé, car l'article fait référence seulement aux vins, mais quelques membres prétendent développer un régime qui inclut les spiritueux aussi.

<sup>1023</sup> Selon Correa, *Commentary, supra* note 387 à la p 240, d'après cet article les membres s'engagent à négocier l'augmentation de la protection donnée aux vins et spiritueux, ce qui explique que quelques membres n'étaient pas satisfaits de la protection obtenue au Cycle d'Uruguay sur ce point. Cependant l'article ne spécifie pas si cette négociation doit être bilatérale ou multilatérale. Vu que l'article fait référence à des indications « particulières », le résultat des négociations sera avantageux seulement pour les parties intéressées à la protection de telles indications.

mécanisme était originalement inclus dans l'ADPIC pour protéger les producteurs français de vin et de champagne, protection calquée sur le modèle que l'on octroie aux marques de commerce, pour distinguer les biens et services dont la qualité et la réputation découlent de la région géographique où ils sont produits.

Les pays du Sud ont espoir que la protection des ST par IG aidera les communautés à rester dans leurs habitats et à préserver leur culture. Dans cette perspective, quelques pays du Sud ont fait une alliance stratégique avec certains pays du Nord, alliance bâtie sur trois sujets : la question du registre (avec mandat dans le Cycle de Doha), l'extension du registre à d'autres produits (sans mandat dans le Cycle de Doha) et enfin la relation entre l'ADPIC et la CDB (sans mandat dans le Cycle de Doha)<sup>1024</sup>. La Chine avait déjà manifesté son intérêt à discuter de l'extension des IG en échange des discussions sur la CDB au Conseil sur l'ADPIC. En effet, le texte propose un mandat pour la négociation des deux sujets à savoir, l'extension des IG et les discussions sur la CDB au Conseil sur l'ADPIC et ce, de façon simultanée. Il y a lieu d'indiquer que cette suggestion initiée par l'Union européenne, la Suisse, l'Inde et le Brésil a, par la suite, été appuyée par d'autres pays du Sud<sup>1025</sup>. Les pays qui s'y sont opposés sont l'Australie, le Canada, le Japon, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis, avec l'appui de deux pays du Sud, l'Argentine et le Chili. Ce dernier groupe s'est aussi opposé à la discussion en lien avec la CDB dans ce cycle de négociation de Doha.

---

<sup>1024</sup> Sunder, « IP<sup>3</sup> », *supra* note 60 aux pp 298-99; Catherine Saez, « No Toast Yet to WTO Consensus on Wine and Spirits Geographical Indications » *Intellectual Property Watch* (21 avril 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/04/21/no-toast-yet-to-consensus-on-wines-and-spirits-geographical-indications/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/04/21/no-toast-yet-to-consensus-on-wines-and-spirits-geographical-indications/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 31 janvier 2014) [Saez, « No Toast Yet »].

<sup>1025</sup> L'Albanie, la Chine, l'Équateur, l'Indonésie, la République Kirghize, la Macédoine, le Pakistan, le Pérou, le Sri Lanka, la Thaïlande, la Turquie, le Groupe ACP et le Groupe africain.



Ces deux questions pourraient se rattacher à la problématique de la création d'un registre multilatéral pour les vins et spiritueux, pour laquelle il existe un mandat de négociations. Cette possibilité a été proposée dans le document dénommé W/52 (TN/C/W/52) et intitulé *Projet de modalités concernant les questions liées aux ADPIC*. Il a été présenté au Comité des négociations commerciales de l'OMC en juillet 2008<sup>1026</sup>.

Mais cette alliance a pris fin en avril 2010, quand le Brésil, l'Inde et d'autres pays du Sud se sont exclus volontairement de la coalition du groupe W/52, parce qu'ils n'ont pas trouvé un support suffisant en lien avec la question de la divulgation d'origine. En effet, le groupe essayait de trouver un accord sur trois questions auxquelles ils étaient favorables à savoir, le registre, l'extension et le rapport entre la CDB et l'ADPIC notamment, de la problématique de la divulgation de l'origine de la ressource génétique du ST dans la demande d'attribution de DPI. Cependant, ces pays ne sont pas parvenus à un consensus pour traiter les problématiques précitées ci-dessus en parallèle<sup>1027</sup>. Finalement, le Brésil, la Chine, la Colombie, l'Inde, l'Indonésie, le Pérou, la Thaïlande, le Groupe ACP et le Groupe africain ont présenté directement une proposition d'amendement de l'ADPIC, avec l'inclusion de l'article *29bis* tel que mentionné ci-dessus<sup>1028</sup>.

---

<sup>1026</sup> OMC, *Projet de modalités concernant les questions liées aux ADPIC* (du 19 juillet 2008), en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>; Abbott, *supra* note 961 à la p. 43; International Centre for Trade and Sustainable Development, « Lamy reports little progress in IP talks » 13:28 *Bridges Weekly Trade News Digest* (29 juillet 2008)

<sup>1027</sup> Saez, « No Toast Yet » *supra* note 1024.

<sup>1028</sup> OMC, Comité des négociations commerciales, *Draft Decision to Enhance Mutual Supportiveness Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity* (du 19 avril 2008), OMC Doc TN/C/W/59, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

Enfin, comme nous l'avons constaté précédemment, l'ADPIC ne contient pas de mécanismes de protection des ST pouvant être analysés ou qui puissent être adoptés dans une législation nationale ou internationale, puisque cet accord ne fait même pas mention des ST malgré la pression exercée par plusieurs pays du Sud visant à élargir le champ d'application de l'ADPIC afin d'y inclure des domaines tels que le ST<sup>1029</sup>. Ce qui existe dans le cadre de l'ADPIC est la proposition d'amendement, créée sous un mandat de discussion. Or, pour l'instant, il n'y a même pas de négociations. Malgré cet état de fait, il y a lieu d'indiquer que l'OMC pourrait devenir le cadre international idéal dans lequel des mécanismes de protection de ST pourraient être adoptés, car il contient des accords en lien avec le commerce ou encore la propriété intellectuelle qui sont les plus effectifs et les plus coercitifs sur plan international. Si des mécanismes en lien avec les ST sont éventuellement adoptés par l'OMC, une voie s'ouvrirait vers un cadre réglementaire beaucoup plus contraignant.

On propose l'amendement de l'Accord pour y inclure l'exigence de divulgation de la source et du pays d'origine de toute ressource biologique ou ST utilisés dans les inventions, comme condition pour obtenir la protection légale. Connue comme un amendement sur la biodiversité, cette proposition suggère donc un procédé qui se rapproche davantage du caractère d'*obligation* que l'on ne retrouvait pas dans les propositions d'harmonisation antérieures qui laissaient cette problématique à la discrétion de chaque membre<sup>1030</sup>. Les

---

<sup>1029</sup> United Nations Conference on Trade and Development et International Center for Trade and Sustainable Development, *supra* note 1000 à la p 59.

<sup>1030</sup> Charnovitz, *supra* note 946 à la p 33; Helfer, *supra* note 630 aux pp 67-68.

discussions s'articulent autour de la possibilité d'inclure, dans l'amendement, une disposition en lien avec le partage des avantages et pour le consentement préalable des communautés traditionnelles où se trouve la ressource génétique ou qui détiennent le ST associé. La question de savoir si un brevet peut être révoqué pour manque de divulgation suffisante fait aussi l'objet de débats<sup>1031</sup>.

Quant aux négociations à propos de la divulgation d'origine<sup>1032</sup>, peu importe le forum ou la législation, l'idée est que le fardeau de la preuve du droit à l'usage de ST doit peser sur ceux qui veulent l'utiliser et non sur les communautés<sup>1033</sup>. Cette disposition se justifie surtout par le fait que les communautés n'ont ni la capacité ni les ressources pour identifier des violations de leurs droits et tenter des actions pour révoquer le brevet de même qu'elles ne disposent d'aucune capacité pour assurer la mise en œuvre des jugements qui leur sont favorables<sup>1034</sup>. La simple utilisation de bases de données ne résout pas entièrement le problème puisqu'il y a des ST qui sont secrets de sorte qu'ils ne sont pas enregistrés. Cependant, des bioprospecteurs ou des chercheurs peuvent les obtenir. Autrement dit, ils ne se trouveraient pas dans la base de données et l'examineur n'aurait pas les moyens de savoir qu'il s'agit d'un ST de sorte que, pour ledit examineur, la demande remplira les

---

<sup>1031</sup> Mara, « IP Rights Holders », *supra* note 1020.

<sup>1032</sup> Selon Kaitlin Mara, « Panellists See Critical Moment For International Policy on Biodiversity and Trade » *Intellectual Property Watch* (23 avril 2010), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2010/04/23/panellists-see-critical-moment-for-international-policy-on-biodiversity-and-trade/>> (date de consultation : 31 janvier 2014), même si la majorité des membres de l'OMC souhaite une négociation sur l'amendement du TRIPS, il est improbable que l'on arrive à recevoir un mandat pour une telle négociation sans une solution pour le Cycle de Doha au préalable. De même, même si les tractations à propos des ST sont en cours dans plusieurs fora, il se peut que les négociations dans un autre forum puissent interférer dans les progrès de celles qui ont lieu à l'OMC.

<sup>1033</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p 120.

<sup>1034</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 33.

critères d'octroi du brevet, même si en réalité elle ne les remplit pas. En plus, la base de données ne permet pas la vérification du consentement préalable et du partage des avantages<sup>1035</sup>. Au contraire, l'obligation de divulgation d'origine aiderait à promouvoir la création de bases de données de ST. De cette façon, l'obligation de divulgation d'origine concilierait avec succès les objectifs d'APA de la CDB à celui de la protection par DPI<sup>1036</sup>.

Quant à l'amendement de l'ADPIC concernant l'obligation de la divulgation d'origine ainsi que de la preuve du consentement préalable et du partage d'avantages comme prérequis pour l'octroi du brevet, ceux qui proposent cette modification croient qu'il améliorera le processus d'examen de la demande et réduira les risques qu'un brevet erroné soit octroyé<sup>1037</sup>. Ils pensent aussi que cette disposition aura pour but d'assurer que le brevet ne soit pas octroyé si ces exigences ne sont pas respectées ou, du moins, que cela facilitera la révocation d'un brevet octroyé par erreur (une fois constaté, après coup, que les exigences n'étaient pas respectées)<sup>1038</sup>. Bien plus, cela aura pour effet d'augmenter le pouvoir des communautés traditionnelles pour ce qui est de la réglementation de l'accès et de l'usage de ST<sup>1039</sup>. En outre, la divulgation d'origine identifiera la source de ST et sa légitimité.

Cependant, dans le cadre des discussions à l'ADPIC, la manière dont la divulgation aura lieu n'a pas encore été véritablement explicitée. Peut-être demeurera-t-elle tout simplement une description de la source légale du pays d'origine ou un certificat générique indiquant

---

<sup>1035</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p 122.

<sup>1036</sup> Cottier et Panizzon, *supra* note 66 à la p 394.

<sup>1037</sup> Selon Tobin, « Setting », *supra* note 3 à la p 111, si cette disposition est adoptée dans l'amendement de l'ADPIC ladite disposition, en l'occurrence l'exigence de la preuve du consentement préalable, renforcera l'habileté des communautés traditionnelles à contrôler leurs ST selon leur coutume.

<sup>1038</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p 120.

<sup>1039</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 25.

l'obtention du consentement préalable et l'autorisation pour le transfert de la ressource et du ST. Dans ce cas de figure, la mise en œuvre s'avèrera moins difficile dans la mesure où cette forme de divulgation est déjà requise dans la majorité des pays pour l'obtention d'un permis d'exportation et d'importation. Les exigences relatives au permis d'importation et d'exportation sont des mesures très intéressantes dans un cadre beaucoup plus large du commerce international, mais échappent aux limites de cette thèse puisqu'elles ne sont pas des mesures qui s'appliquent au domaine de la PI. Naturellement, elles peuvent servir d'exemple pour l'élaboration d'instruments similaires de PI. En outre, il y a lieu d'indiquer que ces mesures sont utiles dans le cas de la biopiraterie internationale, mais non dans la sphère nationale alors que des mesures similaires prises dans le domaine de la PI seraient effectives dans les deux cas c'est-à-dire s'appliqueraient aussi bien dans la sphère nationale qu'internationale.

Pour ce qui est de la preuve du consentement préalable en lien avec le ST sous la forme d'un document écrit, elle est normalement déjà requise par les centres de recherche qui se situent dans les pays les plus réputés de l'hémisphère nord. Dans cette hypothèse, il y a lieu de préciser que cette procédure est en parfaite cohérence avec les principes de la CDB. Néanmoins, le problème demeure encore dans les entreprises les moins réputées se situant dans les pays du Sud, notamment celles qui réalisent des recherches en dehors du cadre légal. Autrement dit, il s'agit d'entreprises qui ne recherchent pas le consentement préalable des communautés traditionnelles et qui, par conséquent, ne concluent pas d'accords de partage des avantages avec lesdites communautés. Idéalement, la forme d'un tel certificat

devrait être harmonisée et validée pour la demande de brevet. Cette question continue d'être l'objet d'un grand débat au Conseil sur les ADPIC<sup>1040</sup>.

Pour que la divulgation d'origine soit effective contre la biopiraterie, il faudra néanmoins ajouter l'obligation de démontrer le consentement préalable de la communauté. Cette obligation aidera à offrir une protection adéquate aux ST même dans les pays qui n'ont pas encore élaboré une législation pertinente par rapport aux ST. Si l'on requiert aussi parallèlement la preuve du partage des avantages avec les communautés traditionnelles, cette disposition contribuera à s'assurer que les négociations avec les communautés seront guidées par le principe de bonne foi<sup>1041</sup>.

Toujours est-il qu'à ce jour, on se pose véritablement la question de savoir si l'amendement de l'ADPIC pourrait inclure la demande de preuve du partage des avantages<sup>1042</sup>, car cela outrepasserait l'objectif poursuivi<sup>1043</sup>, à savoir l'obligation de la divulgation de l'origine.

On ne peut présumer a priori que le principe de l'équité s'est appliqué audit partage du fait du transfert des avantages à une organisation représentant une communauté ou encore à une autorité traditionnelle. Il faudrait par conséquent encadrer encore beaucoup plus les communautés traditionnelles, notamment sur le plan juridique, en leur offrant aussi bien à

---

<sup>1040</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p 123.

<sup>1041</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 25.

<sup>1042</sup> Selon Robinson, *supra* note 22 aux pp 123-24, cette problématique est plus difficile à mettre en œuvre pour les chercheurs, car ceux qui sollicitent un brevet n'ont pas encore commercialisé le produit ou même déterminé s'il est apte pour un usage public (dans le cas de pharmaceutiques ils doivent être testés pour un usage humain). Néanmoins, il serait davantage préférable que les chercheurs qui demandent un brevet acceptent le compromis consistant à partager les avantages par le biais de redevances, à payer l'émolument ou autre provision par étapes successives ou encore, à transférer la technologie par anticipation si le produit est viable commercialement. Ainsi, même si cette disposition leur procure moins de sécurité, elle peut néanmoins pallier le manque de ressources en termes d'attente des détenteurs des ressources biologiques.

<sup>1043</sup> Tobin et Taylor, *supra* note 19 à la p 25.

l'échelle internationale que nationale une formation consistant à recevoir, administrer et à distribuer de façon équitable les avantages découlant de l'usage de leurs ST<sup>1044</sup>.

Par ailleurs, l'obligation de la divulgation d'origine ne serait utile que si ladite origine avait un impact réel sur l'octroi du DPI pour empêcher des cas comme celui de l'açaï<sup>1045</sup>. Autrement dit, la négociation des contrats ou d'accords par des chercheurs n'a pas réussi à mettre fin à la biopiraterie et à assurer un réel partage des avantages, puisque plusieurs chercheurs abusent de leur position dominante du fait de l'inégalité entre les parties négociantes<sup>1046</sup>.

Toutefois, dans un élan de mouvement contraire à celui de l'inclusion de la PI dans les négociations du Cycle d'Uruguay en 2005, l'Union européenne a essayé de transférer les discussions à propos de la divulgation d'origine de l'ADPIC au CIG de l'OMPI qui, selon elle, serait plus favorable à son attente. Autrement dit, en voulant changer de fora, l'Union européenne cherchait à réduire la capacité des demandeurs principaux (les pays mégadivers du Sud) à faire respecter cette exigence puisque, dans le cadre de l'OMC, elle serait sûrement contraignante. En effet, l'Organisation a « an effective dispute settlement mechanism that allows cross-retaliations (essentially sanctions) in circumstances where one party is non-compliant with WTO rules »<sup>1047</sup> alors que, dans le cadre de l'OMPI, il n'y a pas de mécanismes effectifs de mise en œuvre et la solution de règlement de différends est beaucoup plus complexe à mettre en œuvre. A priori, l'idée consistait à utiliser le CIG

---

<sup>1044</sup> *Ibid.*

<sup>1045</sup> Winter, *supra* note 60 à la p 25.

<sup>1046</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p 121.

<sup>1047</sup> *Ibid.*

comme une soupape de sécurité visant à sortir cette problématique de l'OMC et, par conséquent, à réduire la pression des pays du Sud qui souhaitaient placer ladite problématique sous le joug de l'organisation précitée. En tout état de cause, il serait plus opportun, pour les pays du Nord, de s'opposer à l'amendement de l'ADPIC pendant que la question des ST est en discussion au sein du CIG<sup>1048</sup>. Bref, eu égard à ces discussions, l'Union européenne a donné son accord pour ce qui est de la proposition de la divulgation d'origine, mais à la condition qu'elle ne soit pas *de facto* contraignante<sup>1049</sup>.

Il y a lieu de préciser, dans ce cas de figure, que l'on retrouve au sein des débats à l'OMPI une proposition similaire, en l'occurrence une proposition suisse visant à inclure dans le Traité de coopération en matière de brevet<sup>1050</sup> le principe de la divulgation d'origine comme condition de fond d'octroi du brevet, qui d'ailleurs se trouve déjà incorporé au système brésilien. Cela laisserait au législateur national la décision d'inclure ou non la divulgation d'origine comme condition de fond d'octroi du brevet<sup>1051</sup>. En tout état de cause, il y a lieu de se rappeler que l'ADPIC fixe simplement des niveaux minimaux de protection tout en laissant à la libre appréciation des parties qui ont adhéré à l'accord, la possibilité de mettre sur pied leur propre législation de PI en respectant obligatoirement et non alternativement lesdites prescriptions minimales. En effet, il n'existe pas de DPI international. Les DPI sont toujours en lien avec la juridiction nationale, mais l'on peut dire

---

<sup>1048</sup> Helfer, *supra* note 630 à la p 79.

<sup>1049</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p 121.

<sup>1050</sup> *Traité de coopération en matière de brevets*, *supra* note 587.

<sup>1051</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p 122.



que les niveaux d'harmonisation établis par l'ADPIC ont créé *de facto* un régime de PI supranationale<sup>1052</sup>.

Le rapport entre l'OMPI et l'OMC mérite quelques commentaires relativement aux considérations théoriques. Ainsi, la législation sur la protection de la PI à l'OMC a été adoptée sous le couvert du traité ADPIC même si la majorité des pays du Sud ne percevaient pas véritablement ce qu'ils obtiendraient comme contrepartie dans l'adoption d'un tel système. Ces pays avaient a priori envisagé la possibilité d'une diminution tarifaire obtenue par le biais de ladite organisation diminution qui, devait faciliter ainsi l'ouverture des marchés du Nord aux produits et aux ressources provenant des économies du Sud. C'est pour cette même raison que les pays qui ne s'attendaient pas à obtenir des contreparties ou avantages réels avec la protection des DPI ont accepté leur inclusion dans le cadre légal de l'OMC par le biais de l'ADPIC<sup>1053</sup>. En effet, l'ADPIC a été finalisé grâce au progrès dans la négociation de l'accès au marché pour les produits textiles et agricoles (principaux intérêts de l'Inde et du Brésil, respectivement, dans le Cycle), qui étaient liés aux DPI par *l'engagement unique* selon lequel les membres de l'OMC devaient accepter tous les résultats du Cycle de l'Uruguay sans exception<sup>1054</sup>.

En revenant à notre cadre théorique, nous constatons que la protection par DPI a connu de véritables contestations parallèlement à l'évolution des principes, des normes et des règles pour la préservation de la biodiversité mondiale. L'Accord fondamental du régime de la

---

<sup>1052</sup> Gold *et al.*, supra note 763 à la p 312, 328.

<sup>1053</sup> Henrique Mercer et Karla Closs Fonseca, « A propriedade intelectual nos acordos bilaterais e regionais » dans Wagner Menezes, dir, *Estudos de direito internacional*, vol X, Curitiba, Juruá, 2007, 269 à la p 271.

<sup>1054</sup> Deere, supra note 59 aux pp 8-9.

biodiversité, à savoir la CDB, réglemente les DPI comme faisant partie intégrante des engagements du traité visant à équilibrer les demandes entre les pays du Nord et ceux du Sud. Cependant, avec le temps, l'approche du régime général de la biodiversité vers la protection par PI a évolué d'une façon que l'on ne pouvait pas prévoir c'est-à-dire si on se fiait seulement à une simple lecture du texte de la Convention. Autrement dit, c'est la CdP qui a accordé une attention minutieuse à l'harmonisation des DPI dans l'ADPIC avec les objectifs de la CDB<sup>1055</sup>.

COP member states have worked towards this goal using the tools of soft lawmaking: gathering information, commissioning case studies, holding workshops, and drafting guidelines and recommendations. This generative lawmaking processes has also involved widespread participation by intergovernmental organizations, NGO, and private parties. This lawmaking has addressed, *inter alia*, two important subject areas: protecting the knowledge and innovation of indigenous communities, and access and benefit sharing issues<sup>1056</sup>.

En particulier, les pays du Sud actifs dans la CdP comme la Chine, le G77, l'Inde et plusieurs pays africains avec l'appui des ONG<sup>1057</sup> ont exprimé leur préoccupation face aux effets néfastes de l'ADPIC sur la CDB et ont cherché à exploiter les règles de PI pour promouvoir le respect de la Convention. Le travail relatif à la PI, développé par la CdP, s'est concentré sur deux domaines à savoir, la protection des ST et l'obligation des

---

<sup>1055</sup> *Ibid* aux pp 28-29.

<sup>1056</sup> *Ibid* aux pp 32-33.

<sup>1057</sup> Tels que Greenpeace, le World Wildlife Fund, l'UICN et le World Resource Institute.

demandeurs de DPI à révéler l'origine de la ressource génétique ou du ST à la base de leurs demandes. En effet, plusieurs gouvernements du Sud et plusieurs ONG pensent que ces deux problématiques sont à l'origine du déséquilibre que l'on retrouve dans l'ADPIC et qui s'est fait au détriment des pays du Sud. Par exemple, l'ADPIC ne prévoit pas la protection des ST. Il n'exige pas non plus que les demandeurs de protection par PI fournissent des informations sur l'origine des ressources génétiques. Mais les mécanismes de protection par PI que l'on retrouve dans l'ADPIC peuvent être mis en œuvre de façon à diminuer ou à enrayer les objectifs de la CDB<sup>1058</sup>. Plus spécifiquement, rien dans l'ADPIC n'oblige la mise en œuvre du principe du partage des avantages des brevets découlant de la biodiversité avec les pays ou la communauté détentrice de la ressource biologique.

[N]or does TRIPs require its member to consider unwritten traditional knowledge as a form of 'prior art', thus permitting such knowledge to be patented in its original form. Developing countries have used the CBD's soft lawmaking activities to redress these imbalances and to reshape intellectual property protection rules within the biodiversity regime to reflect their interests more accurately<sup>1059</sup>.

Ainsi, les développements précédents démontrent que les parties à la CDB considèrent plutôt les DPI comme une façon de promouvoir le respect du régime de la biodiversité. De façon subsidiaire, pour eux, la mise en œuvre des nouveaux principes, normes ou règles en lien avec les DPI doit se faire au travers d'institutions telles que l'OMC ou encore l'OMPI

---

<sup>1058</sup> Helfer, *supra* note 630 aux pp 28, 30.

<sup>1059</sup> *Ibid* à la p 30.

et ce, afin d'assurer aussi bien la divulgation d'origine du brevet provenant de la biodiversité que la protection juridique de ST<sup>1060</sup>.

Les affirmations précédentes peuvent se résumer dans l'expression de Anzueto selon laquelle « dans tous les cas, le politique réside dans la jonction du normatif et de l'instrumental, où les identités, les buts ou les objectifs, les stratégies et les ressources sont entremêlées et contestées »<sup>1061</sup>. On peut rapprocher ces éléments à ceux utilisés par Reus-Smit<sup>1062</sup> dans les interrogations qui expriment sa conception de la politique, catégorisée en termes d'identités, de buts, d'objectifs, d'instrumentalisation stratégique ou encore, d'instrumentalisation matérielle. Ces questions, qui orientent son analyse, sont celles-ci : qui sommes-nous<sup>1063</sup>? Que voulons-nous<sup>1064</sup>? Comment faisons-nous pour avoir ce que nous désirons<sup>1065</sup>? Quelles sont les ressources que nous détenons afin d'obtenir ce que nous désirons<sup>1066</sup>? Les délibérations purement instrumentales se trouvent dans les deux dernières questions et, selon Beiner, « presuppose fixed answers to the first and second questions »<sup>1067</sup>, dans le sens où ce sont des questions de départ, permanentes. La délibération purement morale se trouve dans la deuxième question, présument les réponses à la première question et ignorant les deux autres. La délibération politique confronte toutes

---

<sup>1060</sup> *Ibid* aux pp 34, 62.

<sup>1061</sup> Anzueto, *supra* note 239 à la p 9.

<sup>1062</sup> Reus-Smit, « Politics », *supra* note 225.

<sup>1063</sup> Selon Christian Reus-Smit, « The Strange Death of Liberal International Theory » (2001) 12 EJIL 573 [Reus-Smit, « Strange Death »] à la p 576, c'est la question de l'identité.

<sup>1064</sup> Selon Reus-Smit, « Strange Death », *supra* note 1063 à la p 576, c'est la question de l'objectif.

<sup>1065</sup> Selon Reus-Smit, « Strange Death », *supra* note 1063 à la p 576, c'est la question stratégique instrumentale.

<sup>1066</sup> Selon Reus-Smit, « Strange Death », *supra* note 1063 à la p 576, c'est la question stratégique matérielle.

<sup>1067</sup> Ronald Beiner, *Political Judgment*, Chicago (Ill), University of Chicago Press, 1983 à la p 145.

les problématiques de façon simultanée, ramenant du même coup les considérations d'identité, de moralité et de pragmatisme à un dialogue souvent inconfortable<sup>1068</sup>.

Si on applique le raisonnement ci-dessus à notre domaine d'étude, ce sont les mêmes questions que nous nous posons à propos des ST et de leur réglementation et ce, en vue de leur protection. L'objectif central de la protection est l'efficacité de la loi et de l'ordre juridique pertinent. Sur le plan international, ces points se ramènent à l'effectivité ou encore à la coercitivité du droit international. Pour les constructivistes, l'ensemble des États respectent la majeure partie des règles issues du droit international<sup>1069</sup>. Autrement dit, selon Reus-Smit<sup>1070</sup>, les États sont intéressés à observer les règles internationales. En effet, le non-respect desdites règles peut entamer négativement la réputation de l'État et, par conséquent, limiter sa capacité à atteindre des résultats probants dans d'autres domaines. De plus, il y a lieu d'indiquer que ce respect est le résultat de la multiplication des régimes de droit international assorti d'un mécanisme formel de sanction<sup>1071</sup>. Pour l'auteur, ces arguments individuels n'expliquent pas à eux seuls le respect. Il y a aussi le fait que la plupart des États reconnaissent cette obligation de respecter le droit international. En

---

<sup>1068</sup> Reus-Smit, « Strange Death », *supra* note 1063, *supra* note 1063 à la p 576.

<sup>1069</sup> Les constructivistes justifient ce jugement en faisant référence à James Leslie Brierty, *The Basis of Obligation in international Law*, Oxford, Clarendon Press, 1958 à la p 19: « Those who act in international affairs (in contrast to those who speculate about them), statesmen, diplomats, judges, advocates, regularly and unhesitatingly assume the existence of a judicial obligation in international law. »

<sup>1070</sup> Reus-Smit, « Politics », *supra* note 225 aux pp 591-92.

<sup>1071</sup> Parce que tous les régimes n'ont pas le même niveau de juridicité. Autrement dit, ils se différencient par rapport au niveau d'obligation imposé par les règles, par la précision des règles et par la présence éventuelle d'une délégation d'autorité confiée à une troisième partie (par exemple la cour arbitrale), explique Reus-Smit, « Politics », *supra* note 225 à la p 592.

d'autres termes, « they consider it right to comply with those rules and norms deemed legal »<sup>1072</sup>.

Pour l'auteur, le principal fondement du respect des États envers le droit international découle surtout de leur sens de l'obligation<sup>1073</sup>. C'est la raison pour laquelle, si un État reconnaît qu'il est obligé d'agir d'une certaine façon, il reconnaît aussi qu'on s'attend à ce que les autres agissent dans le même sens, même si cela va à l'encontre de leurs intérêts. L'auteur fait une distinction entre les obligations politiques<sup>1074</sup>, morales<sup>1075</sup> et légales, son intérêt résidant essentiellement dans ces dernières, et plus particulièrement envers les obligations légales internationales lorsqu'il mentionne la nature et les origines de ces obligations. Il étudie aussi le respect du droit international, car « obligation is a reason for rule observance, compliance is the fact of such observance »<sup>1076</sup>. Pour lui, les obligations ont deux aspects à savoir l'aspect psychologique et l'aspect sociologique<sup>1077</sup>.

On dit souvent qu'un acteur se « sent », ou devrait se « sentir », obligé d'agir d'une certaine façon et ce, en référence à l'aspect interne ou encore psychologique de l'obligation. Ainsi, le sens de soi, les sentiments de culpabilité, les questions de fierté, la crise de conscience, la position de principe, le sentiment d'amour ou le ressentiment font tous partie de la

---

<sup>1072</sup> *Ibid.*

<sup>1073</sup> Elle peut aussi découler du *self-interest* et de la crainte de coercition, explique Reus-Smit, « Politics », *supra* note 225 aux pp 592, 595.

<sup>1074</sup> Celles qui se rapportent aux obligations des acteurs envers les autorités politiques et à l'exercice des responsabilités civiques, explique Reus-Smit, « Politics », *supra* note 225 à la p 595.

<sup>1075</sup> Celles qui comprennent les obligations des acteurs par rapport aux règles de *right or wrong* de leurs communautés, c'est-à-dire la bonne ou la mauvaise conduite, explique Reus-Smit, « Politics », *supra* note 225 à la p 595.

<sup>1076</sup> *Ibid.*

<sup>1077</sup> *Ibid.*

psychologie de l'obligation. On dit aussi souvent qu'un acteur « reconnaît » ou « admet » une obligation de se comporter d'une certaine façon de sorte que cette expression dévoile la nature sociale inhérente de l'obligation. Au niveau le plus irréductible, l'existence de l'obligation présuppose l'existence d'une relation sociale<sup>1078</sup>.

Par ailleurs, il y a lieu d'indiquer que nous voyons croître chaque jour le nombre de régimes internationaux mais, le plus souvent, il s'agit de régimes de *soft law* (non contraignants), comme c'est le cas pour ce qui relève de la CDB<sup>1079</sup> ou du Protocole de Nagoya. Ainsi, dans les régimes de *soft law* (non contraignants), plusieurs acteurs (États) ne se sentent pas obligés de respecter lesdits régimes. En effet, le seul régime existant, qui a un système de sanction efficace et qui peut être considéré comme *hard law* (contraignant), est celui de l'OMC. À notre humble avis, étant donné son système de sanctions qui consiste en des rétorsions croisées<sup>1080</sup> découlant des accords de l'OMC (le GATT et l'ADPIC par

---

<sup>1078</sup> *Ibid.*

<sup>1079</sup> Voir *supra* note 687.

<sup>1080</sup> Comme l'expliquent Matip, *supra* note 975 à la p 253, et William A. Kerr, *Conflict, Chaos and Confusion: The Crisis in the International Trading System*, Cheltenham, Edward Elgar, 2010 à la p 80, malgré le fait que les accords de l'OMC soient administrés par des conseils individuels, ils font tous partie d'un système de règlement de différends unifié. Ceci permet donc des rétorsions croisées, qui consistent dans la possibilité, lors d'un règlement de différend au sein de l'OMC, en ce que l'État gagnant puisse appliquer des contre-mesures dans un domaine (couvert par l'OMC) différent de celui qui est à l'origine de la demande. Par exemple, appliquer une rétorsion en PI quand on a gagné une demande dans le domaine agricole, comme dans la décision *États-Unis – Subventions concernant le coton upland (Plainte du Brésil)* (2009), OMC Doc. WT/DS267/ARB/1 (Décision de l'arbitre), en ligne : OMC <[http://www.wto.org/french/docs\\_f.html](http://www.wto.org/french/docs_f.html)>, qui a invité le Brésil à suspendre certaines obligations de l'ADPIC dans un cas de subsides agricoles contre les États-Unis. Pour un autre exemple : *Communautés européennes – Régime applicable à l'importation, à la vente et à la distribution des bananes (Plainte de l'Équateur)* (2000), OMC Doc. WT/DS27/ARB/ECU (Décision de l'arbitre), en ligne : OMC <[http://www.wto.org/french/docs\\_f.html](http://www.wto.org/french/docs_f.html)>, pour plus de détails sur ce cas, voir: Andrew S. Bishop, « The Second Legal Revolution in International Trade Law: Ecuador Goes Ape in Banana Trade War with European Union », (2001) 12 Int'l Legal Persp 1; Petros C. Mavroidis, « Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place », (2000) 11 EJIL 763 aux pp 795-99, 806. Évidemment, le contraire est également possible, c'est-à-dire que, dans un différend portant sur des violations de l'ADPIC, on peut obtenir une procédure de rétorsion touchant à d'autres accords.

exemple) et qui le rend contraignant donc effectif, de nouveaux systèmes juridiques internationaux seront mis sur pied. De même, les anciens systèmes, qui se sont révélés inefficaces par le passé, seront remodelés sur la base, d'une certaine façon, des accords qui découlent de l'OMC, et notamment de l'ADPIC précité, afin qu'ils soient contraignants pour les États parties à ces accords.

En outre, l'inefficacité des systèmes de droit international, c'est-à-dire l'absence de coercitivité et donc de sanction, finit par être le reflet d'une décision politique prenant en compte l'intérêt (normalement économique) de l'État ou bien de l'instance compétente. Eu égard au mécanisme de l'OMC, même si la décision qui a mené à la sanction est en principe exclusivement juridique<sup>1081</sup>, la décision de porter plainte ou de mettre en vigueur la sanction demeure toujours soumise à l'influence de l'intérêt et de la politique.

Par ailleurs, Reus-Smit présente une deuxième thèse selon laquelle la légitimité des institutions est le fondement des relations internationales. « The legitimacy states attach to an institutional form is a primary source of the obligation they recognize to observe its rules and practices »<sup>1082</sup>. L'État se reconnaît à travers la règle. Bien plus, selon l'auteur, le contexte historique définira la constitution des intérêts<sup>1083</sup>, comme déjà vu. La rationalité est spécifique au milieu<sup>1084</sup>; c'est cette rationalité qui créera les institutions (au sens large

---

<sup>1081</sup> Évidemment, on pourra toujours se questionner sur les motivations politiques des arbitres.

<sup>1082</sup> Reus-Smit, « Politics », *supra* note 225 aux pp 612, 614.

<sup>1083</sup> Voir *supra* note 225.

<sup>1084</sup> Selon Reus-Smit, « Politics », *supra* note 225 à la p 614 : « 1. Expressions of politics and institutional rationality are milieu-specific. While the desire to realize interests in the most efficient manner possible within prevailing constraints may well be universal, how states define the terms of legitimate agency,



du terme), y compris les concepts d'identité et d'intérêt. Il y a lieu d'indiquer, dans ce cas de figure, que Wendt développe cette même idée<sup>1085</sup>.

Une objection à cet argument porte, de façon générale, sur la cohérence du droit international en l'absence d'un ordre juridique global face à la multiplication des normes et des juridictions internationales. Ce caractère multiple et éparse de la normativité peut donner lieu à des interprétations contradictoires<sup>1086</sup>. Cet état de fait se remarque principalement dans la relation entre la CDB et l'ADPIC pour ne citer que cet exemple. La question qui se pose véritablement est celle de savoir si la protection des ST par DPI, prévue dans d'autres instruments internationaux, et celle prévue par l'ADPIC sont complémentaires ou contradictoires. Mais le fait est que, même si on modifie l'ADPIC dans le sens de la protection des ST, n'importe quel autre traité qui irait dans ce sens ainsi que les lois nationales devront toujours se conformer aux prescriptions de l'ADPIC. Dans les faits, l'ADPIC représente pour l'instant les intérêts des États les plus forts en l'occurrence, ceux du Nord. Il pourrait être amendé afin de représenter aussi les intérêts des pays du Sud en ce qui concerne les ST. Autrement, il faudra négocier un accord qui soit cohérent avec celui-ci et qui soit aussi efficace et contraignant que lui.

---

construct their individual and collective interests, imagine the terrain of rightful action and understand efficiency all vary from one historical context to another.

2. Milieu-specific politics and institutional rationalities produce different institutional formations in different historical periods and contexts. In different historical periods states have answered questions differently about their social identities, the relationship between these identities and procedural ethics, and the connection between such ethics and their instrumental designs, and their answers have informed the development of markedly different international institutional forms ».

<sup>1085</sup> *Ibid* à la p 613.

<sup>1086</sup> *Ibid*.

Charles R. McManis signale que la fragmentation du débat international à propos de la protection des ST dans les fora se traduit par « *thiking globally and acting locally* »<sup>1087</sup>. Cela consiste à concilier les objectifs du développement de l'économie globale avec les objectifs de conservation et d'usage durable tant de la biodiversité que du ST ainsi que la garantie de l'APA. Parmi les cadres internationaux existants déjà analysés, on retrouve la CDB/Protocole de Nagoya ainsi que l'ADPIC. Nous pensons que l'ADPIC est la meilleure option pour assurer une protection effective des ST qui intéressent l'industrie pharmaceutique. D'une part, il constitue un cadre contraignant, au contraire de la CDB/Protocole de Nagoya. De ce caractère contraignant dérive son effectivité. Jusqu'à présent, il demeure le seul cadre juridique international contraignant ou coercitif, perspective qui peut changer si le CIG finit par adopter un traité contraignant pour la protection des ST qui intéressent l'industrie pharmaceutique. D'autre part, il ne fait pas mention des ST. Ce qui en principe serait un désavantage peut en fait s'avérer un avantage en cas d'un éventuel mandat pour inclure les ST dans l'Accord, puisque cela permettrait aux pays, principalement ceux du Sud, d'y apporter leurs expériences nationales de protection, comme celles que nous avons analysées au chapitre 2, en y intégrant les mécanismes de protection de ST les plus efficaces.

---

<sup>1087</sup> McManis, « Biodiversity », *supra* note 650 à la p 2.

## Conclusion

Vers la fin des années 1980<sup>1088</sup>, les communautés traditionnelles étaient considérées comme des laisser pour compte dans la mesure où leurs droits n'étaient pas pris en compte au niveau international, notamment dans le domaine des droits de l'homme, dans celui du ST, ou encore de la PI<sup>1089</sup>. À partir de cette époque, un intérêt a été porté à ces communautés du fait de leurs richesses culturelles, de leur connaissance approfondie dans la gestion des ressources naturelles ou encore de leur savoir concernant l'agriculture et la santé. Ce fût à un moment où un nombre croissant d'ethnobiologistes, anthropologues et activistes de la cause des communautés traditionnelles ont commencé à demander la protection légale des ST par PI. Cette mutation eu égard à l'intérêt porté aux communautés traditionnelles pouvait s'assimiler à une contribution à la survie de ces communautés dans le monde moderne<sup>1090</sup>.

En dépit de ce mouvement, encore aujourd'hui, les communautés traditionnelles éparpillées sur les continents mettent en exergue le fait que leur population diminue de manière

---

<sup>1088</sup> Stanford Zent et Egleé L. Zent, « On Biocultural Diversity from a Venezuelan Perspective: Tracing the Interrelations among Biodiversity, Culture Change and Legal Reforms » dans Charles McManis, dir, *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Londres (R-U), Earthscan, 2007, 91 à la p 91.

<sup>1089</sup> Selon Koutouki, *The Placebo Effect*, *supra* note 4 aux pp 143-44, il y a une préoccupation croissante du risque de disparition de quelques espèces que provoque la quête incessante de certains ingrédients médicinaux, dont les conséquences sont évidentes. Par ailleurs, quand le potentiel médicinal est découvert, les espèces ont déjà disparu en raison de plusieurs activités non durables. Autrement dit, sans les ingrédients, la disparition des ST est une simple conséquence.

<sup>1090</sup> Eduardo Viveiros de Castro, « A Natureza em pessoa: Sobre Outras Praticas de Conhecimento » dans Beto Ricardo et Fany Ricardo, dir, *Povos Indígenas do Brasil 2006/2010*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2011, 69 à la p 69; Gayet, *supra* note 591 aux pp 2, 5.

radicale à cause des transformations<sup>1091</sup> imposées à leur habitat. En outre, leurs langues et leurs cultures sont menacées et les écosystèmes qui ont soutenu leur mode de vie diminuent ou sont altérés de façon irrémédiable en raison de la demande croissante de ressources. Toutefois, la valeur des ST et leur pertinence pour la préservation des éléments de la diversité biologique sont des arguments supplétifs pour justifier un effort visant à empêcher leur perte. Les ST peuvent seulement être conservés *in situ* dans l'écosystème où ils ont été développés afin qu'ils soient conservés vivants et utilisables. C'est pour cette raison que les ST doivent être protégés au même titre que l'écosystème<sup>1092</sup>. Les écosystèmes du monde sont un bien capital. S'ils sont gérés de façon adéquate, ils offrent une énorme quantité de produits et de services tels que la purification de l'eau et la pollinisation en plus de leur magnificence. Néanmoins, malgré l'énorme potentiel qu'ils représentent pour les générations présentes et futures, les écosystèmes sont, la plupart du temps, délaissés notamment eu égard à leur surveillance afin d'éviter le pillage des ressources biologiques qui s'y trouvent. Par conséquent, cette situation mène, bien souvent, à leur dégradation et à leur rapide extinction. Le plus souvent, leur importance n'est reconnue qu'après leur disparition<sup>1093</sup>.

---

<sup>1091</sup> Ces transformations peuvent prendre plusieurs formes, comme l'exode rural, la déforestation, les conséquences découlant du changement climatique, etc..

<sup>1092</sup> Marcus Colchester et Andrew Gray, « Foreword » dans Andrew Gray *et al.*, dir, *From Principles to Practice: Indigenous Peoples and Biodiversity Conservation in Latin America*, Copenhagen, IWGIA, 1998, 10 à la p 11; Brush, *supra* note 47 à la p 4.

<sup>1093</sup> Daily *et al.*, *supra* note 475 à la p 395.

Or, eu égard à leur valeur financière potentielle<sup>1094</sup>, les ST ont un potentiel commercial important<sup>1095</sup>. On pourrait s’imaginer que cet aspect est susceptible d’assurer leur salut. Dans le même temps, leur exploitation sous la forme de la biopiraterie ne fait que compromettre davantage la continuité de ce patrimoine culturel.

À présent, seulement quatre compagnies maintiennent toujours des programmes d’exploitation de produits naturels (Novartis, Wyeth, Merck et Sanofi-aventis). En effet, pendant les années 1990, Bristol Myers, Squibb, Pfizer, GlaxoSmithKline et Monsanto ont mis un terme aux leurs. Elles n’ont toutefois pas abandonné la bioprospection, mais ont seulement changé de méthode. En effet, Selon Antonio Paes de Carvalho, président de l’entreprise de bioprospection brésilienne Extracta, en raison des obstacles inhérents aux régimes d’accès et de partage des avantages des pays riches en biodiversité, les entreprises travaillent maintenant sur des bases de données accumulées auparavant<sup>1096</sup>. Correa estime que quelques industries ont aussi transféré ces activités à des entreprises indépendantes de développement de médicaments, à des organisations de vente indépendantes et à des compagnies de biotechnologies, auxquelles la recherche a été sous-traitée. Les grandes industries pharmaceutiques sont aussi en train de réorganiser leurs domaines de recherche en se concentrant aussi bien sur un nombre réduit de maladies qu’à l’obtention de

---

<sup>1094</sup> Selon Correa, *Protection*, *supra* note 161, malgré les tentatives faites pour estimer la contribution de ST associés à la biodiversité à l’industrie moderne, notamment eu égard à l’industrie pharmaceutique, une estimation de la valeur totale des ST en termes monétaires est difficile sinon impossible à évaluer.

<sup>1095</sup> Koutouki, « A Legal Placebo », *supra* note 5 à la p 24.

<sup>1096</sup> Robinson, *supra* note 22 à la p. 12.

médicaments potentiels d'autres compagnies par le moyen de contrats de licence<sup>1097</sup>. Ainsi, dans les dernières années, plusieurs compagnies pharmaceutiques ont introduit des mesures radicales de réorganisation de leurs activités de R&D. GlaxoSmithKline a été la première à diviser sa R&D en domaines thérapeutiques et à créer un *Center of Excellence for Drug Discovery*. Quant au laboratoire Roche, il a créé cinq domaines en lien avec les maladies biologiques au rang desquelles figurent l'oncologie, la virologie, les inflammations, le métabolisme et le système nerveux central. Chacune de ces subdivisions s'occupe de tous les aspects de R&D, de la découverte de la molécule à la preuve du concept médical et ce, jusqu'à la commercialisation. À son tour, Pfizer a fermé cinq laboratoires de R&D et dépend davantage tant du transfert de cette activité à des entreprises tierces que de l'obtention de licences exclusives auprès d'autres entreprises. Dans tous ces cas, il faut rappeler qu'une grande partie des ST n'a pas encore été expérimentée selon des méthodes scientifiques les plus avancées, mais cette situation évolue rapidement<sup>1098</sup>. Cependant, comme nous l'avons constaté dans les développements antérieurs, la biopiraterie de ST demeure un problème.

Ceci étant, il existe au moins quatre raisons qui pourraient militer en faveur d'une protection efficiente des ST. La première raison tient à des considérations d'ordre moral c'est-à-dire qu'il faudrait respecter la dignité des membres des communautés traditionnelles de même que l'inviolabilité de leur patrimoine culturel. La deuxième motivation est

---

<sup>1097</sup> Correa, *Derechos*, *supra* note 290 à la p 88. Selon Correa, *Integrating*, *supra* note 50 à la p xiv, dans ce cas la licence est l'autorisation donnée par le détenteur du DPI à un tiers pour exercer des actes que seulement le détenteur du droit peut produire légalement.

<sup>1098</sup> Correa, *Derechos*, *supra* note 290 aux pp 88-89; Robinson, *supra* note 22 à la p. 11.

juridique et se traduit par le respect des accords internationaux. Quant à la troisième, qui est économique, elle consiste à assurer le bien-être économique local (sécurité alimentaire et sanitaire), les activités de subsistance de même que les avantages économiques et le bien-être au niveau national et international. Pour ce qui est de la dernière raison, elle est d'ordre éthique et correspond au respect des générations présentes et futures, qui consiste à améliorer la gestion durable de la biodiversité et de sa conservation<sup>1099</sup>.

La capacité à innover, la valeur travail ainsi que le partage de la culture sont des éléments intrinsèquement liés à l'être humain<sup>1100</sup>. L'OMC et l'OMPI<sup>1101</sup> ont, au fil des ans, fait des efforts pour initier les populations du Sud à protéger les DPI des entreprises provenant du Nord. Par conséquent, les organisations précitées doivent démontrer actuellement qu'elles s'occupent de la protection de la PI et non des intérêts du Nord et ce, en aidant les sociétés du Sud à protéger leur savoir<sup>1102</sup>.

La protection doit consister en ce que ceux qui ont découvert l'usage médicinal des ressources issues de la biodiversité doivent participer aux avantages qui découlent de l'exploitation commerciale de celles-ci par l'industrie pharmaceutique. C'est particulièrement le cas quand l'élément, intangible ou tangible, de la biodiversité, ou tous les deux, sont obtenus de façon frauduleuse ou par des moyens trompeurs car, autrement, il en résulterait une évidente iniquité. Autrement dit, le ST peut être obtenu en tirant avantage

---

<sup>1099</sup> Dutfield, *Developing*, *supra* note 123 à la p 10.

<sup>1100</sup> Sunder, « Invention », *supra* note 68 à la p 17.

<sup>1101</sup> Selon l'OMPI, *Savoirs*, *supra* note 639 à la p 15, faciliter la modernisation des législations nationales est une des activités principales de l'Organisation de même que celle consistant à fournir des conseils et une assistance technique aux pays du Sud.

<sup>1102</sup> Sunder, « Invention », *supra* note 68 à la p 17.

de la méconnaissance des communautés traditionnelles en ce qui concerne les traditions occidentales de PI et les normes contractuelles. De cette façon, les détenteurs du ST se retrouvent privés des avantages que quelqu'un de plus familiarisé avec les institutions occidentales pourrait avoir négocié<sup>1103</sup>.

Pour l'instant, il n'y a que trente-cinq pays qui disposent d'une législation d'APA. On en compte encore moins qui possèdent des législations de protection des ST. Parmi ces derniers, il s'agit essentiellement de pays du Sud, en sus de l'Australie et de la Norvège. Comme il n'y a pas de DPI international pour une protection efficace de la biopiraterie, les pays doivent formuler une législation sur le sujet. Ainsi, il faudrait donc stimuler et faciliter le développement de ces législations nationales.

Ayant pour assises ces circonstances, notre étude s'est proposée d'analyser les mécanismes capables de protéger contre la biopiraterie les ST associés à la biodiversité qui intéressent l'industrie pharmaceutique, en employant des mécanismes de PI existants dans le cadre international ou dans certaines législations nationales.

Dans un premier temps, nous avons établi un panorama de la législation des pays latino-américains pertinente à la matière, en utilisant les exemples du Brésil, du Costa Rica et du Pérou. Par la suite, nous avons aussi esquissé un tableau des discussions et mécanismes internationaux sur le sujet. Parmi ceux-ci, nous en avons choisi deux qui s'occupent principalement des ST des communautés traditionnelles qui intéressent l'industrie pharmaceutique, en l'occurrence la CDB/Protocole de Nagoya ainsi que le CIG de l'OMPI.

---

<sup>1103</sup> Paterson et Karjala, *supra* note 63 à la p 636; Nafziger *et al.*, *supra* note 84 aux pp 629-30.



En plus de ne pas fournir de mécanismes pour protéger les ST et de seulement préconiser l'APA sans établir de règles claires pour la mettre en œuvre, la CDB est à notre avis une convention non contraignante – *soft law* – et donc non efficiente. À ce propos, il convient de rappeler que, même ceux qui croient qu'elle est une convention contraignante sont aussi d'avis qu'elle n'est pas efficiente pour des raisons autres que le fait d'être ou non contraignante<sup>1104</sup>.

Le groupe de travail de la CDB sur l'APA, créé en 2002 en raison de la crainte des pays du Sud par rapport à la biopiraterie, a abouti au Protocole de Nagoya en 2010, qui établit un régime international d'APA qui manquait à la CDB<sup>1105</sup>. Ce Protocole a été créé et structuré pour être un instrument de mise en vigueur de la CDB, mais il est lui aussi non-contraignant. De même, comme nous l'avons constaté dans les développements antérieurs, il est considéré dans une certaine mesure comme un instrument complètement démuné de toute force probante eu égard à la proposition originelle des pays du Sud<sup>1106</sup>. Bien plus, le groupe de travail de la CDB sur l'article 8(j) institué en 2004 n'a pas encore formulé de suggestions à propos de modèles de protection de ST que l'on pourrait analyser.

Le CIG a été établi au sein de l'OMPI en 2000. Si sa mission s'articule autour d'une réflexion sur une protection juridique et efficiente des ST, son objectif consiste aussi à prodiguer des conseils sur des actions nécessaires concernant la valeur économique et culturelle des créations traditionnelles, sur des questions de conservation, de gestion,

---

<sup>1104</sup> Voir l'opinion de Faizi, *supra* note 687 à la section 3.1.

<sup>1105</sup> Entrevue de Braulio Ferreira de Souza Dias, *supra* note 562.

<sup>1106</sup> Moreau, *supra* note 522 à la p 74.

d'usage durable et de partage des avantages découlant de l'usage des ressources génétiques et ST, ainsi que sur la mise en force des droits sur les ST et le folklore. Il est le forum privilégié des pays du Nord pour discuter de la question de la divulgation d'origine comme condition d'octroi du DPI. Le CIG a reçu le mandat d'étudier les aspects de PI de l'APA dans le contexte des instruments internationaux et des lois nationales des États membres<sup>1107</sup>. Actuellement, le Comité travaille sur trois textes en vue de la mise sur pied d'un ou plusieurs éventuels traités ayant pour objet les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles et le folklore<sup>1108</sup>.

Finalement, nous avons considéré l'ADPIC de l'OMC comme cadre international effectif possible pour la protection des ST. L'ADPIC de l'OMC ne mentionne pas les ST, mais serait le forum existant le plus intéressant pour des mesures contraignantes et effectives de protection contre la biopiraterie. Présentement, le Conseil sur les ADPIC a un mandat de discussions en rapport avec la CDB et une proposition d'amendement (article 29.b) sur la table pour inclure l'obligation de divulgation d'origine du ST comme condition pour l'octroi du brevet. Dans le futur, dans le cadre d'un nouveau mandat, l'ADPIC pourrait développer et inclure des mécanismes spécifiques de protection des ST qui intéressent l'industrie.

Quant à l'analyse des législations nationales, nous allons énumérer ci-dessous les mécanismes contenus dans les législations du Brésil, du Costa Rica et du Pérou que nous

---

<sup>1107</sup> Gibson, *supra* note 129 à la p 1. *Contra* Kaplinsky, *supra* note 495.

<sup>1108</sup> OMPI, Assemblée générale, *Questions concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC)*, OMPI Doc. WO/GA/41/15 (1er août 2012), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)>.

avons identifiés comme susceptibles d'être adoptés par des pays qui n'ont pas de législation sur le sujet et notamment par le Brésil, s'il décide d'élaborer une réglementation ou une législation sur le sujet. Ainsi,

- Ces outils doivent être issus d'un processus consultatif qui prenne en compte les perspectives des détenteurs de ST, de sorte que ceux-ci puissent participer dans une certaine mesure à la conception de la législation, comme cela s'est passé au Pérou et comme cela doit avoir lieu au Costa Rica.
- Il faut aussi établir une interface fonctionnelle entre les communautés traditionnelles et les corps administratif et judiciaire - telle que l'INDECOPI et la CONGEBIO - qui couvre la préparation et la formation de représentants de la communauté traditionnelle, en plus de fournir l'accès à la justice et aux recours en cas de rupture de contrat et en cas de constat de biopiraterie de ST dans la juridiction nationale ou étrangère.
- Le modèle jugé le plus adéquat est le modèle péruvien qui se veut être un régime autonome. Il s'agit en fait d'un régime conçu spécifiquement pour la protection des ST.
- Les mécanismes qui créent de nouvelles catégories de DPI ou d'APA ou des systèmes de conservation ou de gestion de la biodiversité sont mis en place au Pérou et au Costa Rica. Idéalement, la loi devrait envisager un nouveau mécanisme de DPI pour mettre en place cette protection, comme l'a fait le Costa Rica.

- Le registre formel du ST ne doit pas être nécessaire pour assurer sa protection légale. Les régimes du Pérou et du Costa Rica offrent le registre de ST comme un moyen de protection. Mais il faut noter que les deux systèmes déterminent que les droits des détenteurs de ST ne dépendent pas de l'existence préalable du registre de ce savoir.
- L'usage commercial du ST doit reposer sur un contrat écrit et la loi doit prévoir que ce contrat suivra les modes ou les formes retenues par le législateur péruvien, c'est-à-dire que le contrat doit être rédigé dans la langue officielle du pays et dans la langue de la communauté.
- La loi péruvienne pourrait servir de modèle pour le type d'avantages devant être octroyés à la communauté en compensation de l'accès et de l'usage du ST.

Ayant évalué l'effectivité des législations nationales sélectionnées, nous avons identifié des outils qui pourraient être adoptés, dans un premier temps, dans le cadre international suivant une approche *bottom-up*. Une fois adoptés par le droit international et suivant une dynamique bien connue, ces mécanismes se diffuseraient de façon *top-bottom* entre les pays qui n'ont pas encore de législation sur le sujet. Les mécanismes suggérés pour l'adoption d'un accord international sont les suivants:

- L'élément le plus important consiste naturellement en la reconnaissance explicite des droits des communautés traditionnelles sur leurs ST, comme l'a fait le Costa Rica<sup>1109</sup>.
- L'objet de la protection du traité doit être les ST individuels ou collectifs<sup>1110</sup>, associés ou potentiellement associés aux ressources génétiques ou biochimiques, protégés ou non par le système de PI ou par un système *sui generis* de registre, tel que celui prévu par l'article 7 de la loi du Costa Rica<sup>1111</sup>.
- Les chercheurs doivent être obligés de conclure des accords avec les communautés ou détenteurs individuels du ST selon le modèle proposé par la loi péruvienne.
- Les informations contenues dans le contrat doivent être envoyées aux bureaux de brevets des pays signataires pour qu'elles soient consultées lors de l'analyse des critères de nouveauté<sup>1112</sup> et d'inventivité<sup>1113</sup> afin d'éviter que quelqu'un reçoive un brevet d'un savoir traditionnel enregistré ailleurs, comme le prévoit l'article 26 de la loi péruvienne<sup>1114</sup>.

---

<sup>1109</sup> *Loi 7788, supra* note 437 art 82.

<sup>1110</sup> Ou encore, comme pour le cas de la MP brésilienne c'est-à-dire mettre en exergue le fait que les ST seront considérés comme appartenant à la communauté même s'ils sont détenus par un seul de ses membres.

<sup>1111</sup> *Loi 7788, supra* note 437 art 7.

<sup>1112</sup> Ce critère, comme explique Correa, *Integrating, supra* note 50 à la p xiv, est une condition de brevetabilité quand une invention n'a pas été rendue disponible au public (généralement partout dans le monde) avant la date de la demande du brevet.

<sup>1113</sup> Ce critère, comme explique Correa, *Integrating, supra* note 50 à la p la p xiv, est une condition de brevetabilité qui est généralement respectée quand l'invention n'est pas évidente pour une personne ayant des habiletés de base dans le champ technologique concerné.

<sup>1114</sup> *Ley 27811, supra* note 243 art 26.

- Il faut aussi que le traité établisse la divulgation d'origine du ST comme condition d'obtention du DPI, comme le prévoit l'article 80 de la loi du Costa Rica<sup>1115</sup> et tel qu'adopté sur le plan administratif par le système brésilien actuel.
- Le traité doit prévoir un droit de veto absolu sur la bioprospection ou encore la possibilité de nier l'usage commercial de leurs savoirs pour des raisons fondées sur le respect des dimensions spirituelles des ST, comme ce que l'on retrouve dans la législation du Pérou et du Costa Rica<sup>1116</sup>.
- La loi péruvienne doit servir de modèle pour que le ST dans le domaine public n'épuise pas les droits de la communauté sur le savoir. Ledit savoir doit aussi être protégé par des mesures d'exclusion, comme celles prévues par l'article 4 de la loi du Costa Rica<sup>1117</sup>.
- Le consentement préalable de la communauté doit être un prérequis légal pour l'accès et l'usage du ST. Il pourrait en cela s'inspirer de l'article 26<sup>1118</sup> de la loi péruvienne.
- Le consentement préalable de la communauté qui détient le ST doit demeurer une condition *sine qua non* même pour la bioprospection universitaire, comme le prévoit la législation du Costa Rica.

---

<sup>1115</sup> *Loi 7788, supra* note 437 art 80.

<sup>1116</sup> *Ibid* art 4.

<sup>1117</sup> *Ibid* art 6.

<sup>1118</sup> *Ley 27811, supra* note 243.

- Parmi les options existantes, le meilleur système de partage des avantages est celui du Pérou à cause de la mise en place d'un Fonds destiné à gérer les avantages reçus.
- Le traité doit déterminer - à l'instar des lois du Pérou et du Costa Rica et de la MP brésilienne - que les détenteurs du droit sont les communautés traditionnelles.

Ceci nous conduit à conclure que, dans une approche *bottom-up*, les législations du Pérou et du Costa Rica et le système actuel brésilien, contiennent des mécanismes de PI/APA qui peuvent être adoptés dans le cadre d'un traité international contraignant et effectif (avec la participation de pays du Nord et du Sud), pour protéger contre la biopiraterie les ST associés aux ressources biogénétiques qui intéressent l'industrie pharmaceutique.

Nous sommes partis de l'idée que la PI était la meilleure façon, et non l'idéale, de protéger les ST associés aux ressources biogénétiques contre la biopiraterie, en se servant de mécanismes d'APA<sup>1119</sup>. Nous sommes persuadés que la PI en soi ne peut pas être tenue responsable de l'existence d'injustices telles que la biopiraterie car si elle est utilisée correctement, elle peut être un élément incontournable servant à bâtir un véritable rapport d'égalité entre les pays du Nord et du Sud. Par l'intermédiaire de DPI, la PI permet de récompenser les individus pour avoir partagé un savoir unique et utile. Ainsi, cet aspect constitue un effet distributif des DPI, qui fonctionne comme une sorte de partage des avantages. La même dynamique pourrait avoir lieu avec la protection des ST par DPI. Autrement dit, les détenteurs seront récompensés pour leur usage, ce qui est la principale

---

<sup>1119</sup> Il convient de rappeler que l'APA est le troisième objectif de la CDB (équité), le premier consistant en la conservation, tandis que le deuxième objectif s'articule autour de la notion de l'utilisation durable de la biodiversité.

caractéristique du partage des avantages. Compenser les communautés traditionnelles du fait qu'elles partagent leur savoir et leurs ressources constitue aussi bien une manière de reconnaître ledit savoir qu'une juste récompense méritée par lesdites communautés<sup>1120</sup>.

La perspective juridique sur les mécanismes de protection des ST devrait être complétée par l'étude des stratégies politiques pour mettre en œuvre ces mécanismes<sup>1121</sup>. La préoccupation d'ordre politique dépasse naturellement l'objectif de cette thèse. Néanmoins, on peut s'avancer quelque peu dans le champ politique et essayer d'évaluer les perspectives aussi bien de l'industrie pharmaceutique que celles des communautés traditionnelles. Pour ce qui est de l'industrie pharmaceutique, de nouveaux DPI sont constamment en train d'être formulés ou des régimes existants sont étendus pour répondre aux demandes du secteur corporatif, pour que la protection par PI accompagne les développements technologiques. Il est temps que les entreprises, principalement celles du secteur pharmaceutique, se rendent compte que, tout comme les communautés traditionnelles, elles aussi sont en attente du développement des mécanismes de protection de ST par PI pour que la biotechnologie puisse continuer à se développer. Le secteur corporatif doit adopter une attitude proactive par rapport au développement de ces mécanismes, en exerçant des pressions sur les acteurs de la scène tant nationale qu'internationale, comme ils l'ont fait auparavant pour imposer la protection des produits pharmaceutiques, par exemple.

---

<sup>1120</sup> Gold *et al.*, *supra* note 763 aux pp 312-13; Brush, *supra* note 47 à la p 1.

<sup>1121</sup> Selon Dutfield, *Intellectual Property*, *supra* note 154 à la p 3, aussitôt que la disparition des ressources génétiques et des ST associées est devenue évidente et qu'on s'est aperçu de l'augmentation de leurs valeurs économiques, l'incertitude de la situation légale est devenue une source de conflit entre et dans les États sur les questions concernant leurs conservation, commercialisation et propriété. Bien plus, lesdites relations sont devenues politisées.



Quant aux communautés traditionnelles, l'imposition de DPI a été, dans certains cas, le moyen par lequel les communautés ont subi la biopiraterie. Un constructiviste pourrait interpréter cet état de fait comme une situation où les communautés traditionnelles ont été influencées négativement par les DPI. Or, il est maintenant temps pour ces communautés d'influencer les structures de DPI nationales et internationales pour pouvoir bénéficier des avantages des DPI et, parallèlement, d'empêcher la biopiraterie

Il est opportun d'évaluer aussi le développement de la thèse. La recherche a été fructueuse quant aux résultats obtenus. L'approbation du Protocole de Nagoya, au cours du développement de ce travail, s'est avérée être une bonne surprise et, d'une certaine façon, a réduit le champ des hypothèses, tout en apportant des éléments plus concrets. Le Protocole a aussi démontré que, même si les hypothèses émises dans le travail semblent parfois utopiques, la possibilité de concrétisation existe.

Au cours du travail, nous avons fait état des avancements au CIG après une longue période d'inertie, qui persiste encore dans le groupe de travail sur l'article 8(j) et dans les négociations du Cycle de Doha à l'OMC.

Le Protocole de Nagoya a posé certains défis car, étant tout récent, il est encore difficile de trouver une bibliographie satisfaisante, ce qui nous a contraints à utiliser davantage la presse et des documents officiels comme éléments d'analyse. En plus, ses développements ne sont pas encore clairs et mutent à tout moment, rendant ainsi difficile la tâche consistant à garder les informations contenues dans cette thèse à jour. Le même phénomène a lieu

pour le CIG, où chaque réunion suscite une mise à jour non seulement des éléments d'analyse et des développements, mais aussi du texte du traité.

Il se peut donc que, lors de sa lecture, ce travail ne soit plus complètement à jour. Ce risque signifie toutefois que le choix du sujet était justifié, étant donné son importance et son dynamisme.

Notre choix du constructivisme comme cadre théorique nous est venu en aide afin de démontrer que les pays du Sud, riches en biodiversité, peuvent être un élément incitatif, pouvant contribuer au développement d'une législation internationale de protection des ST associés aux ressources biogénétiques qui intéressent l'industrie pharmaceutique. De même, ces pays peuvent offrir à ladite législation des modèles de mécanismes. En effet, le constructivisme argue du fait que les structures s'influencent mutuellement. Autrement dit, non seulement les structures internationales peuvent influencer les structures nationales comme cela a été le cas eu égard aux traités internationaux de PI (notamment de l'ADPIC) vers les lois nationales de PI, mais le schéma inverse est aussi possible; les lois nationales de protection de ST peuvent influencer les traités internationaux sur le sujet. Tel a été le cas de la protection par PI, qui a évolué de la sphère légale des pays du Nord vers une protection internationale, modèle aujourd'hui imposé au niveau international par le biais des conventions.

Un traité international contraignant sur le sujet contribuera à l'adoption de lois nationales et à leur élaboration, en établissant des lignes générales et des niveaux minimaux de protection. C'est un mouvement de construction qui suit celui d'imposition des législations

nationales de PI du fait de l'adoption de l'ADPIC. En effet, l'existence de l'ADPIC peut probablement être attribuée aux groupes de pression de l'industrie pharmaceutique et à leur habileté à convaincre le gouvernement des États-Unis de lier la PI aux questions commerciales. C'est maintenant au tour des communautés traditionnelles de convaincre les gouvernements de lier les questions de ST à la PI, et c'est aux gouvernements à leur tour de faire cet effort dans le cadre des négociations internationales, comme les États-Unis (et autres gouvernements) l'ont fait pour la PI dans le cadre du Cycle de l'Uruguay.

# Bibliographie

## TRAITÉS

*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 12 avril 1994, en ligne: OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 12 avril 1994, en ligne: OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

*Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, New York, 9 mai 1992, en ligne: UNFCCC <<http://unfccc.int>>.

*Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 9 septembre 1886 en ligne : OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)> (dernière modification : 28 septembre 1979).

*Convention concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, Genève, 27 juin 1989, en ligne : OIT <[www.ilo.org](http://www.ilo.org)>.

*Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, Rome, 26 octobre 1961, en ligne : OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)>.

*Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, Rome, 26 octobre 1961, en ligne : OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)>.

*Convention sur la diversité biologique*, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, en ligne: CBD <[www.cbd.int](http://www.cbd.int)>.

*Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, 3 mars 1973, en ligne : CITES  
<<http://www.cites.org/fra/disc/text.shtml#texttop>>.

*Déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Stockholm, 16 juin 1972, en ligne: PNUÉ  
<<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=fr>>.

*Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, New York, 13 septembre 2007, en ligne: HCDH <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/08/PDF/N0651208.pdf?OpenElement>>.

*Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, 29 janvier 2000, en ligne : CBD  
<<http://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-fr.pdf>>.

*Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, en ligne`CCNUCC  
<<http://www.unfccc.int/resource/docs/convkp/kpfrench.pdf>>.

*Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relative à la Convention sur la diversité biologique*, 29 octobre 2010, en ligne : CDB  
<<http://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-fr.pdf>>.

*Protocole sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 16 septembre 1987, en ligne : PNUÉ <<http://www.unep.org/ozone/pdf/Montreal-Protocol2000.pdf>>.

*Traité de coopération en matière de brevets*, 19 juin 1970, en ligne : OMPI  
<[www.wipo.int](http://www.wipo.int)> (dernière modification : 3 octobre 2001).

## INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX

Cour internationale de justice, *Charte des Nations Unies, Statut et Règlement de la Cour et autres textes*, New York, Cour internationale de justice, 2007.

## LÉGISLATION

### **Brésil**

*Decreto N.º 2.519* du 16 mars 1998, D.O.U., 17 mars 1998.

*Decreto N.º 3.945* du 28 septembre 2001, D.O.U., 3 octobre 2001.

*Decreto N.º 5.459* du 7 juin 2005, DOU 21 juin 2005.

*Medida provisória 2,052* de 29 de junho de 2000, D.O.U., 30 juin 2000.

*Medida provisória 2,186-16* du 23 août 2001, DOU 24 août 2001.

PLS 306, *Dispõe sobre os instrumentos de controle do acesso aos recursos genéticos do país e dá outras providências*, Brésil, 1995.

*Resolução N.º 23* du 10 novembre 2006, DOU 28 décembre 2006.

*Resolução N.º 134* du 13 décembre 2006, DOU 28 décembre 2006.

*Resolução N.º 34* du 12 février 2009, DOU 30 avril 2009.

*Resolução N.º 69* du 18 mars 2013, DOU 18 mars 2013.

### **Costa Rica**

*Decreto n.º 31-514*, Gaceta 15 décembre 2003.

*Ley de biodiversidad* du 30 avril 1998, Gaceta 27 mai 1998.

**Panama**

*Ley n<sup>o</sup>.20* du 26 juin 2000, Gaceta Oficial 27 juin 2000.

**Pérou**

*Ley de propiedad industrial* du 23 avril 1996, El Peruano 24 avril 1996.

*Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos* du 24 juillet 2002, El Peruano 10 août 2002.

*Ley que modifica, incorpora y regula diversas disposiciones a fin de implementar el acuerdo de promoción comercial suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de América* du 13 janvier 2009, El Peruano 14 janvier 2009.

*Ley sobre la conservación y el aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica* du 8 juillet 1997, El Peruano 16 juillet 1997.

**MONOGRAPHS**

Abbott, Frederick M. *et al. International Intellectual Property in an Integrated World Economy*, 2<sup>e</sup> éd, New York, Wolters Klower Law & Business, 2011.

Anaya, S. James. *Indigenous Peoples in International Law*, 2<sup>e</sup> éd, New York (NY), Oxford University Press, 2004.

Antunes, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

Antunes, Paulo de Bessa. *Diversidade Biologica e Conhecimento Tradicional Associado*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

- Aranha Corrêa do Lago, André. *Estocolmo, Rio, Joanesburgo: O Brasil e as três conferências ambientais das Nações Unidas*, Brasília, Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.
- Arbour, Jean-Maurice et Sophie Lavallée. *Droit international de l'environnement*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006.
- Barbosa, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.
- Beiner, Ronald. *Political Judgment*, Chicago (Ill), University of Chicago Press, 1983.
- Berger, Peter L. et Thomas Luckman. *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge*, Garden City (NY), Doubleday & Company, 1966.
- Biber-Klemm, Susette et Thomas Cottier, dir. *Rights to Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge: Basic Issues and Perspectives*, Wallingford, CABI, 2006.
- Blandin, Patrick. *Biodiversité: L'avenir du vivant*, Paris, Albin Michel, 2010.
- Braun, Johanna von. *The Domestic Politics of Negotiating International Trade: Intellectual Property Rights in US-Colombia and US-Peru Free Trade Agreements*, New York, Routledge, 2012.
- Calzada Benza, José. *143 Frutales Nativos*, Lima, El Estudiante, 1980.
- Commission on Intellectual Property Rights, *Intégrer les droits de propriété intellectuelle et la politique de développement : Rapport de la Commission britannique des droits de propriété intellectuelle*, Londres (R-U), Commission on Intellectual Property Rights, 2002.
- Correa, Carlos M. *Derechos de Propiedad Intelectual, Competencia y Protección del Interés Público: La nueva ofensiva en materia de observancia de los derechos de*



*propiedad intelectual y los intereses de los países en desarrollo*, Montevideo, B de F, 2009.

Correa, Carlos. *Integrating Public Health Concerns into Patent Legislation in Developing Countries*, Genève, South Centre, 2000.

Correa, Carlos M. *Protection and Promotion of Traditional Medicine – Implications for Public Health in Developing Countries*, Buenos Aires, Université de Buenos Aires, 2002.

Correa, Carlos M. *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Correa, Carlos Maria. *Propiedad Intelectual y Salud Publica*, Buenos Aires, La Ley, 2006.

Correa, Carlos Maria. *Temas de derecho industrial y de la competencia: propiedad intelectual y políticas de desarrollo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2005.

Correa, Carlos Maria *Traditional Knowledge and Intellectual Property: Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge – A Discussion Paper*, Genève, Quaker United Nations Office, 2001.

Correa, Carlos M. et Abdulqawi A. Yusuf. *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*, 2<sup>e</sup> éd., Austin, Wolters Kluwer Law & Business, 2008.

Correa, Carlos M. et Salvador D. Bergel. *Patentes y Competencia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 1996.

Dawkins, Richard. *The God Delusion*, Londres (R-U), Black Swan, 2007.

Deere, Carolyn. *The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*, New York, Oxford University Press, 2009.

- Derani, Cristine. *ABS in Practice : Navigating Access and Benefit Sharing Procedures in Brazil*, 2011, en ligne : Union for Ethical BioTrade <[http://www.ethicalbiotrade.org/dl/UEBT\\_ABS\\_CRIS\\_DERANI\\_final.pdf](http://www.ethicalbiotrade.org/dl/UEBT_ABS_CRIS_DERANI_final.pdf)> (date de consultation: 25 avril 2012).
- Dodds, Felix *et al.* *Only one Earth: The Long Road via Rio to Sustainable Development*, Londres (R-U), Routledge, 2012.
- Dutfield, Graham. *Developing and Implementing National Systems for Protecting Traditional Knowledge: A Review of Experiences in Selected Developing Countries*, 2000 en ligne: C.N.U.C.E.D. <[http://www.unctad.org/trade\\_env/docs/dutfield.pdf](http://www.unctad.org/trade_env/docs/dutfield.pdf)>.
- Dutfield, Graham. *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, Londres (R-U), Earthscan, 2004.
- Dutfield, Graham. *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity: Seeds and Plant Varieties*, Londres (R-U), Earthscan, 2000.
- Eberman, Petra. *Patents as Protection of Traditional Medical Knowledge? A Law and Economics Analysis*, Cambridge, Intersentia, 2012.
- Fischer, Edward F. *Cultural Logics and Global Economy : Maya Identity on Thought and Practice*, Austin, University of Texas Press, 2001.
- Flores, Diana. « Uso histórico : camu-camu » (31 aout 2010) en ligne: Peru Biodiverso <[perubiodiverso.pe/assets/Camu-camu-Uso-Historico-LAST1.pdf](http://perubiodiverso.pe/assets/Camu-camu-Uso-Historico-LAST1.pdf)>.
- Gallié, Martin. *L'Accord de Cotonou et les contradictions du droit international : l'intégration des règles de l'organisation mondiale du commerce et des droits humains dans la coopération ACP-CE*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 2006 [non publiée].

- Garcia, Beatriz. *The Amazon from an International Law Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.
- Gervais, Daniel. *L'Accord sur les ADPIC*, Bruxelles, Larcier, 2010.
- Gervais, Daniel. *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 4<sup>e</sup> éd, Londres (R-U), Sweet & Maxwell, 2012.
- Gibson, Johanna. *Community Resources : Intellectual Property International Trade and Protection of Traditional Knowledge*, Burlington (Vt), 2005.
- Giddens, Anthony. *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*, Berkeley (Cal), University of California Press, 1984.
- Goldsmith, Jack L. et Eric A. Posner. *The Limits of International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Guruswamy, Lakshman D. *International Environmental Law in a Nutshell*, 2<sup>e</sup> éd, St. Paul (Minn), Thomson-West, 2003.
- Hacking, Ian. *The Social Construction of What?*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- Hayden, Cori. *When Natures Goes Public: The Making and Unmaking of Bioprospecting in Mexico*, Princeton, Princeton University Press, 2003.
- Henkin, Louis. *How Nations Behave: Law and Foreign Policy*, New York, F.A. Praeger, 1968.
- Idris, Kamil. *Intellectual Property – A Power Tool for Economic Growth*, Genève, Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, 2002.
- Jackson, Joe. *The Thief at the End of the World: Rubber, Power, and the Seeds of Empire*, New York, Viking, 2008.

- Jackson, Robert et Georg Sorensen. *Introduction to International Relations Theories and Approaches*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Kant, Emmanuel. *Critique de la raison pure*, traduit par Alain Renaut, Paris, GF-Flammarion, 2001.
- Kant, Emmanuel. *Vers la paix perpétuelle. Que Signifie s'orienter dans la pensée? Qu'est-ce que les lumières? Et autres textes*, traduit par Jean-François Poirer et Françoise Proust, Paris, Flammarion, 1991.
- Koutouki, Konstantia. *The Placebo Effect: International Patent Law and the Protection of Traditional Plant Medicine*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 2007 [non publiée].
- Kratochwil, Friedrich V. *Rules, Norms, and Decisions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- Lanneau, Régis. *Les fondements épistémologiques du mouvement Law & Economics*, Paris, Fondation de Varenne, 2010.
- Louka, Elli. *International Environmental Law: Fairness, Effectiveness, and World Order*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- MacKay, Fergus. *A Guide to Indigenous People's Rights in the Inter-American Human Rights System*, Copenhagen, IWGIA, 2002.
- Mackaay, Ejan et Rousseau, Stéphane. *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008.
- Mann, Charles C. *1493: Uncovering the New World Columbus Created*, New York (NY), Alfred A. Knopf, 2011.

- Matip, Nicole Florence. *L'Organisation africaine de la propriété intellectuelle et l'Accord relatif aux aspects de droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* thèse de doctorat en droit, Université Jean Moulin Lyon 3, 2006 [non publiée].
- McConnell, Fiona. *The Biodiversity Convention: A Negotiating History*, Londres (R-U), Kluwer Law International, 1996.
- Mgbeoji, Ikechi. *Global Biopiracy: Patents, Plants and Indigenous Knowledge*, Ithaca, Cornell University Press, 2006.
- Morgenthau, Hans J. *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*, Boston (Mass), McGraw-Hill, 1993.
- Morrison, Ken. *Marx, Durkheim, Weber*, Londres (R-U), Sage, 1995.
- Mushita, Andrew et Carol B. Thompson. *Biopiracy of Biodiversity: Global Exchange as Enclosure*, Trenton, Africa World Press, 2007.
- Nafziger, James A. R. et al. *Cultural Law : International, Comparative and Indigenous*, New York, Cambridge University Press, 2010.
- Nietschmann, Bernard Q. *The Interdependence of Biological and Cultural Diversity*, Kenmore, Center for World Indigenous Studies, 1992.
- Nolan, Cathal J., dir. *The Greenwood Encyclopedia of International Relations*, Westport (Conn), Greenwood Publishing, 2002.
- OCDE, *Improving Agricultural Knowledge and Innovation Systems: OECD Conference Proceedings*, Paris, Éditions OCDE 2012.
- Oguamanam, Chidi. *International Law and Indigenous Knowledge: Intellectual Property, Plant Biodiversity and Traditional Medicine*, Toronto, University of Toronto Press, 2006.

Oliva, Maria Julia. *Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing – Technical Brief*, Genève, Union for Ethical BioTrade, 2010.

OMPI, *Propriété intellectuelle et savoirs traditionnels*, Genève, OMPI, 2008

OMPI. *Savoirs traditionnels: Besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle*, Genève, OMPI, 2001.

Onuf, Nicholas. *International Legal Theory: Essays and Engagements, 1966-2006*, Londres (R-U), Routledge-Cavendish, 2008.

Onuf, Nicholas Greenwood. *World of Our Making: Rules and Rule in Social Theory and International Relations*, Columbia, University of South Carolina Press, 1989.

Parola, Alexandre Guido Lopes. *A Ordem Injusta*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

Pompa, Leon, dir. *Vico: Selected Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.

Posey, Darrell A. et Graham Dutfield. *Beyond Intellectual Property: Towards Traditional Resource Rights for Indigenous People and Local Communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996.

Prain, Gordon *et al.* *Biological and Cultural Diversity: The Role of Indigenous Agricultural Experimentation in Development*, Londres (R-U), Intermediate Technology Publications, 1999.

Reed, A. W. *Myths and Legends of Polynesia*, Wellington, A. H. & A. W. Reed, 1974.

Reus-Smit, Christian. *The Moral Purpose of the State: Culture, Social Identity, and Institutional Rationality in International Relations*, Princeton, Princeton University Press, 1999.

- Robinson, Daniel F. *Confronting Biopiracy : Challenges, Cases and International Debates*, Londres, Washington (DC), Earthscan, 2010.
- Rodrigues, Eliana. *Usos rituais de plantas que indicam ações sobre o Sistema Nervoso Central pelos índios Krahô, com ênfase nas psicoativas*, thèse de doctorat en médecine, Universidade Federal de São Paulo, 2001 [non publiée].
- Romi, Raphaël. *Droit de l'environnement*, 7<sup>e</sup> éd, Paris, Montchrestien, 2010.
- Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique. *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation*, Montréal, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2002.
- Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique. *Lignes directrices facultatives Akwé: Kon 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 des sites sacrés et sur des terres ou des eaux occupées ou utilisées traditionnellement par des communautés autochtones et locales*, Montréal, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2004.
- Sefa Dei, George J. et al. *Indigenous Knowledge in Global Contexts: Multiple Regarding of our World*, Toronto, University of Toronto Press, 2000
- Shiva, Vandanda. *Protecting Our Biological and Intellectual Heritage in The Age of Biopiracy*, New Delhi, Research Foundation for Science, Technology and Natural Resources Policy, 1996.
- Shiva, Vandanda. *Protect or Plunder: Understanding Intellectual Property Rights*, Winnipeg, Fernwood Publishing, 2001.

Union for Ethical BioTrade, *Beauty of Sourcing with Respect 2011: The Strategic Importance of Biodiversity*, Genève, Union for Ethical BioTrade, 2011.

Union for Ethical BioTrade, *New Rules on Benefit Sharing: Understanding the Implications for Industry*, Genève, Union for Ethical BioTrade, 2011.

United Nations Conference on Trade and Development et International Center for Trade and Sustainable Development. *Resource Book on TRIPS and Development*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

Waltz, Kenneth N. *Theory of International Politics*, Reaing (Mass), Addison-Wesley, 1979.

Weber, Max. *Critique of Stammler*, traduit par Guy Oakes, Londres (R-U), The Free Press, 1977.

Weber, Max. *Economy and Society*, traduit par Ephraim Fischhoff *et al.*, Berkeley (Cal), University of California Press, 1978.

Weber, Max. *Roscher and Knies: The Logical Problems of Historical Economics*, traduit par Guy Oaks, Londres (R-U), The Free Press, 1975.

Young-Ing, Greg. *Intellectual Property Rights, Legislates Protection, Sui Generis Models and Ethical Access in the Transformation of Indigenous Traditional Knowledge*, thèse de doctorat en philosophie, University of British Columbia, 2006 [non publiée].

Zehfuss, Maja. *Constructivism in International Relations: The politics of reality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

## CHAPITRES DE LIVRES

Abbott, Frederick. « The Future of IPRs in the Multilateral Trading System » dans Christophe Bellmann *et al*, dir, *Trading in Knowledge: Development Perspectives on TRIPS, Trade, and Sustainability*, Londres (R-U), Earthscan, 2003, 36.



- Angwenyi, Anne N. « The Law-Making Process of Access and Benefit-Sharing Regulations - The Case of Kenya » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 173.
- Arup, Christopher. « How Are the Different Views of Traditional Knowledge Linked by International Law and Global Governance? » dans Christoph Antons, dir, *Traditional Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Intellectual Property Law in the Asia-Pacific Region*, Austin (Tex), Wolter Kluwer, 2009, 67.
- Aubertin, Catherine *et al.* « L'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages : une question conflictuelle – exemples du Brésil et de la Bolivie » dans Catherine Aubertin *et al.*, dir, *Les marches de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007, 121.
- Baylão, Raul di Sergi et Nurit Bensusan. « A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos nos fóruns internacionais » dans André Lima et Nurit Bensusan, dir, *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2003, 17.
- Biber-Klemm, Susette *et al.* « Global Trade and Intellectual Property: Threats to Indigenous Resources » dans Susette Biber-Klemm et Thomas Cottier, dir, *Rights to Plant Genetic Resources and Traditional Knowledge: Basic Issues and Perspectives*, Wallingford, CABI, 2006, 239
- Billé, Raphael. « Should We Be Disappointed by the Year of Biodiversity? » dans Raphael Billé *et al.*, dir, *Global Governance of Biodiversity: New Perspectives on a Shared Challenge*, Paris, IFRI, 2010, 86.
- Blumer, Herbert. « La société conçue comme une interaction symbolique » dans Pierre Birnbaum et François Chazel, dir, *Théories sociologiques*, Paris, Presses universitaires de France, 1992, 51.

- Boisvert, Valérie et Armelle Caron. « Valorisation économique des ressources et nouveaux marchés » dans Catherine Aubertin *et al.*, dir, *Les marches de la biodiversité*. Paris, IRD, 2007, 195.
- Borges da Silva, Leticia. « Os conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas e locais e os direitos de propriedade intelectual » dans Menezes, Wagner, dir, *Estudos de direito internacional*, vol 4, Curitiba, Juruá, 2005, 409.
- Borges da Silva, Leticia. « Os Conhecimentos Tradicionais das Comunidades Indígenas e Locais Face aos Direitos de Propriedade Intelectual » dans Patrícia Luciane de Carvalho, dir, *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*, vol 1, Curitiba, Juruá, 2005, 373.
- Borges da Silva, Leticia. « É possível negociar a biodiversidade? Conhecimentos tradicionais, propriedade intelectual e biopirataria » dans Welber Barral et Luiz Otavio Pimentel, dir, *Propriedade intelectual e desenvolvimento*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2007, 299.
- Brush, Stephen B. « Whose Knowledge, Whose Genes, Whose Rights? » dans Stephen B. Brush et Doreen Stabinsky, dir, *Valuing Local Knowledge: Indigenous People and Intellectual Property Rights*, Washington (DC), Island Press, 1996, 1.
- Burton, Geoff. « Australian ABS Law and Administration - A Model Law and Approach » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 271.
- Cabrera Medaglia, Jorge. « The Role of the National Biodiversity Institute in the Use of Biodiversity for Sustainable Development - Forming Bioprospecting Partnerships » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 243.

- Castro, Eduardo Viveiros de. « A Natureza em pessoa: Sobre Outras Práticas de Conhecimento » dans Beto Ricardo et Fany Ricardo, dir, *Povos Indígenas do Brasil 2006/2010*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2011, 69.
- Chen, Yusong. « Ensuring the Benefits of Intellectual Property Rights to Development: A Competition Policy Perspective » dans Xuan Li et Carlos M. Correa, dir, *Intellectual Property Enforcement: International Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar, 2009, 189.
- Colchester, Marcus et Andrew Gray, « Foreword » dans Andrew Gray *et al.*, dir, *From Principles to Practice: Indigenous Peoples and Biodiversity Conservation in Latin America*, Copenhagen, IWGIA, 1998, 10
- Corrêa, Adriana Espíndola. « Bancos de dados de conhecimentos tradicionais: da memória dos povos à digitalização dos saberes » dans José Antônio Peres Gediél et Adriana Espíndola Corrêa, dir, *Direitos Culturais e Conflitos Territoriais na Amazônia*, Curitiba, Kairós, 2011, 11.
- Davis, E. Wade. « Ethnobotany : An Old practice, A New Discipline » dans Richard Evans Schultes et Siri von Reis, dir, *Ethnobotany; Evolution of a Discipline*, Portland (Or), Dioscorides Press, 1995, 40.
- Del Nero, Patrícia Aurélia. « A Propriedade Intelectual da Biotecnologia » dans Patrícia Luciane de Carvalho, dir *Propriedade Intelectual: Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*, vol 1, Curitiba, Juruá, 2005, 349.
- Desfilhes, Jean-Marc et François Dufour. « Semences paysannes en danger » dans Valérie Peugeot, dir, *Pouvoir Savoir: Le développement face aux biens communs de l'information et à la propriété intellectuelle*, Caen, C&F éditions, 2005, 83.
- Farnsworth, Norman R. « Screening Plants for New Medicines » dans E. O. Wilson et Frances M. Peter, dir, *Bioiversity*, Washington (DC), National Academy Press, 1988, 83.

- Finger, J. Michael. « Introduction and Overview » dans J. Michael Finger et Philip Schuler, dir, *Poor People's Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Washington (DC), Banque Mondiale, Oxford University Press, 2004, 1.
- Florez, Margarita. « La Decisión 391 sobre acceso al recurso genético: un gran esfuerzo sin muchos resultados » dans André Lima et Nurit Bensusan, dir, *Quem cala consente?: subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*, São Paulo, Instituto Sociambiental, 2003, 81.
- Gamez, Rodrigo. « The Link Between Biodiversity and Sustainable Development: Lessons From INBio's Bioprospecting Programme in Costa Rica » dans Charles R. McManis, dir, *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Londres (R-U), Earthscan, 2007, 77.
- Githae, Jack K. « Potential of TK for Conventional Therapy – Prospects and Limits » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 77.
- Godt, Christine. « Enforcement of Benefit-Sharing Duties in User Countries » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 419.
- Jacob, Robin. « The Onward March of Intellectual Property Rights and Remedies » dans Rochelle Cooper Dreyfuss *et al.* (dir). *Expanding the Boundaries of Intellectual Property: Innovation Policy for the Knowledge Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001, 415.
- Jardin, Mireille. « Global Biodiversity Governance: The Contribution of the Main Biodiversity-Related Conventions » dans Raphael Billé *et al.*, dir, *Global Governance of Biodiversity: New Perspectives on a Shared Challenge*, Paris, IFRI, 2010, 6.

- Jonge, Bram de et Niels Louwaars. « The Diversity of Principles Underlying the Concept of Benefit Sharing » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 37.
- Kamau, Evanson C. « Disclosure Requirement - A Critical Appraisal » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 399.
- Kamau, Evanson C. et Gerd Winter. « Introduction » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, xxiii.
- Kamau, Evanson C. et Gerd Winter. « Preface » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, xvii.
- Kaul, Inge *et al.* « Why Do Global Public Good Matter Today » dans Inge Kaul *et al.*, dir, *Providing Global Public Goods*, New York (NY), Le Programme des Nations Unies pour le développement, 2003, 2.
- Kleba, John B. « A Socio-legal Inquiry into the Protection of Disseminated Traditional Knowledge – Learning from Brazilian Cases » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 118.
- Kratochwil, Friedrich V. « Constructivism as an Approach to Interdisciplinary Study » dans Karin M. Fierke et Knud Erik Jorgensen, dir, *Constructing International Relations: The Next Generation*, Armonk, M. E. Sharpe, 2001, 13.

- Kratochwil, Friedrich. « Contract and Regimes : Do Issue Specificity and Variations of Formality Matter? » dans Volker Rittberger et Peter Mayer, dir, *Regime Theory and International Relations*, Oxford, Claredon Press, 1993, 73.
- Lawson, Charles et Jay Sanderson. « The Evolution of the CBD Development Agenda that may Influence the Interpretation and Development of TRIPS » dans Justin Malbon e, Charles Lawson, dir, *Interpreting and Implementing the TRIPS Agreement: Is it Fair?*, Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2008, 131.
- Lenzerini, Federico. « Indigenous Peoples' Cultural Rights and the Controversy over Commercial Use of Their Traditional Knowledge » dans Francesco Francioni et Martin Schein, dir, *Cultural Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhohh Publishers, 2008, 119.
- Lima, André. « Apresentação » dans André Lima et Nurit Bensusan, dir, *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2003, 5.
- McManis, Charles R. « Biodiversity, Biotechnology and Traditional Knowledge Protection: Law, Science and Practice » dans Charles McManis, dir, *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Londres (R-U), Earthscan, 2007, 1.
- Mercer, Henrique et Karla Closs Fonseca. « A propriedade intelectual nos acordos bilaterais e regionais » dans Wagner Menezes, dir, *Estudos de direito internacional*, vol X, Curitiba, Juruá, 2007, 269.
- Miller, James S. *et al*, « History of a Landmark Collecting Agreement: The Origin of the National Cancer Institute Letter of Intent, a Precursor to Modern Bioprospecting Agreements », dans Charles McManis, dir, *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Londres (R-U), Earthscan, 2007, 68.

- Moreau, Marina. « Lei de Acesso é Mais Nociva do que Parece » dans Beto Ricardo et Fany Ricardo, dir, *Povos Indígenas do Brasil 2006/2010*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2011, 73.
- Moretti, Christian et Aubertin, Catherine. « Stratégies des firmes pharmaceutiques : la bioprospection en question » dans Catherine Aubertin *et al.*, dir, *Les marches de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007, 27.
- Negro, Sandra Cecilia. « De Marrakech a Cancún : La Organización Mundial de Comercio y las Conferencias Ministeriales » dans Carlos Maria Correa, dir, *Temas de Derecho Industrial y de la Competencia 6: derecho del Comercio internacional – Acuerdos Regionales y OMC*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2004, 343.
- Neves, Joao et Luciene Pohl, « A difícil tarefa de explicar conhecimentos e garantir participação informada » dans Nurit Bensusan *et al.*, dir, *Biodiversidade: é para comer, vestir ou para passar no cabelo? Para mudar o mundo!*, São Paulo, Peiropolis, 2006, 342.
- Oguamanam, Chidi. « Documentation and Digitization of Traditional Knowledge and Intangible Cultural Heritage: Challenges and Prospects » dans Toshiyuki Kono, dir, *Intangible Cultural Heritage and Intellectual Property: Communities, Cultural Diversity and Sustainable Development*, Anvers, Intersentia, 2009, 357.
- Onuf, Nicholas. « Constructivism: a user's manual », dans Vendulka Kubálková *et al.*, dir, *International relations in a constructed world*, Armonk (NY), M. E. Sharpe, 1998.
- Peugeot, Valérie. « Agriculture, savoirs traditionnels, biopiraterie » dans Valérie Peugeot, dir, *Pouvoir Savoir: Le développement face aux biens communs de l'information et à la propriété intellectuelle*, Caen, C&F éditions, 2005, 81.

- Posey, Darrell Addison. « Introduction: Culture and Nature – The Inextricable Link » dans Darrell Addison Posey, dir, *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity*, Londres (R-U), Intermediate Technologie, 1999, 3.
- Reid, Walter V. *et al.*, « A New Lease on Life », dans Walter V. Reid *et al.*, dir, *Biodiversity Prospecting : Using Genetic Resources for Sustainable Development*, Washington, D.C., World Resources Institute, 1993, 1.
- Ritte, Walter et Le'a Malia Kanehe. « Kuleana No Honoa (Responsibility for Taho) Protecting the Sacred Ancestor from Ownership and Genetic Modification » dans Arahoa Te Pareake Mead et Steven Ratuva, *Pacific Genes & Life Patents*, Call of the Earth Llamado de la Tierra et l'United Nations University Institute of Advanced Studies, 2007, 130.
- Rose, Carol M. « Common Property, Regulatory Property, and Environmental Protection: Comparing Community-Based Management to Tradable Environmental Allowances » dans Elinor Ostrom *et al.*, dir, *The Drama of the Commons*, Washington (DC), National Academy Press, 2002, 233.
- Ruiz, Manuel et Isabel Lapena. « Nueva Ley peruana establece un régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos » dans André Lima et Nurit Bensusan, dir, *Quem cala consente?: subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*, Sao Paulo, Instituto Sociambiental, 2003, 75.
- Sahai, Suman. « L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et la biodiversité » dans Valérie Peugeot, dir, *Pouvoir Savoir: Le développement face aux biens communs de l'information et à la propriété intellectuelle*, Caen, C&F éditions, 2005, 95.
- Santilli, Juliana. « Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção » dans André Lima et Nurit



Bensusan, dir, *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2003, 53.

Shirashi Neto, Joaquim et Fernando Antonio de Carvalho Dantas, « A ‘commoditização’ do conhecimento tradicional: Notas sobre o processo de regulamentação jurídica » dans José Antônio Peres Gediél et Adriana Espíndola Corrêa, dir, *Direitos Culturais e Conflitos Territoriais na Amazônia*, Curitiba, Kairós, 2011, 53.

Shiva, Vandana. « Global Trade and Intellectual Property: Threats to Indigenous Resources » Sheldon Krinsky et Peter Shorett, dir, *Rights and Liberties in the Biotech Age : Why We Need a Genetic Bill of Rights*, Oxford, Rowman & Littlefield, 2005, 98.

Stoll, Peter-Tobias. « Access to GRs and Benefit Sharing – Underlying Concepts and the Idea of Justice » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 3.

Taubman, Antony et Matthias Leistner, « Traditional Knowledge » dans Silke von Lewinski, dir, *Indigenous Heritage and Intellectual Property : Genetic Ressources, Traditional Knowledge and Folklore*, Austin (Tex), Wolter Kluwer, 2008, 59 à la p 64.

Tobin, Brendan. « Certificates of Origin: A Role for IPR Regimes in Securing Prior Informed Consent » dans John Mugabe *et al*, dir, *Acces to Genetic Resources: Strategies for Sharing Benefits*, Nairobi, ACTS Press, 1997, 329.

Tobin, Brendan. « Setting Protection of TK to Rights – Placing Human Rights and Customary Law at the Heart of TK Governance » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 101.

Tobin, Brendan. « The Role of Customary Law and Practice in the Protection of Traditional Knowledge Related to Biological Diversity » dans Christoph Antons, dir, *Traditional*

*Knowledge, Traditional Cultural Expressions and Intellectual Property Law in the Asia-Pacific Region*, Austin (Tex), Wolter Kluwer, 2009, 127.

Varella, Marcelo. « Typologies des lois sur l'accès aux ressources génétiques » dans Marie-Angèle Hermitte et Philippe Kahn, dir, *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 175.

Vico, Giambattista. « [The First New Science] The Principles of a New Science of the Nature of Nations Leading to the Discovery of the Principles of a New System of the Natural Law of the Gentes » dans Leon Pompa, dir, *Vico: Selected Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, 79.

Vico, Giambattista. « [The Third New Science] Principles of a New Science Concerning the Common Nature of Nations » dans Leon Pompa, dir, *Vico: Selected Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982, 156.

Visser, Coenraad J. « Making Intellectual Property Laws Work for Traditional Knowledge » dans J. Michael Finger et Philip Schuler, dir, *Poor People's Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Washington (DC), Banque Mondiale, Oxford University Press, 2004, 207.

Wandscheer, Clarissa Bueno. « Biodiversidade e conhecimento tradicional » dans Patrícia Luciane de Carvalho, dir, *Propriedade Intelectual – Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*, vol 2, Curitiba, Juruá, 2008, 327.

Winter, Gerd. « Towards Regional Common Pools of GRs – Improving the Effectiveness and Justice of ABS » dans Evanson C. Kamau et Gerd Winter, dir, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Londres (R-U), Earthscan, 2009, 19.

Zent, Stanford et Eglé L. Zent. « On Biocultural Diversity from a Venezuelan Perspective: Tracing the Interrelations among Biodiversity, Culture Change and Legal Reforms »

dans Charles McManis, dir, *Biodiversity and the Law: Intellectual Property, Biotechnology and Traditional Knowledge*, Londres (R-U), Earthscan, 2007, 91.

#### ARTICLES DE PÉRIODIQUES

« Conferencia da ONU discute alternativas para reduzir perda de biodiversidade » *Folha de São Paulo* (18 octobre 2010), en ligne : Folha.com <<http://tools.folha.com.br/print?url=http%3A%2F%2Fwww1.folha.uol.com.br%2Fambiente%2F816080-conferencia-da-onu-discute-alternativas-para-reduzir-perda-de-biodiversidade.shtml&site=emcimadahora>>.

« Divergência entre países ricos e pobres se acentuam na COP-10 » *Folha de São Paulo* (22 octobre 2010), en ligne : Folha.com <<http://tools.folha.com.br/print?url=http%3A%2F%2Fwww1.folha.uol.com.br%2Fambiente%2F818669-divergencias-entre-paises-ricos-e-pobres-se-acentuam-na-cop-10.shtml&site=emcimadahora>>.

« O prejuízo com a biopirataria », *Gazeta do Povo* (28 décembre 2009) 2.

Alexandre, Merle par Intellectual Property Watch (8 octobre 2010) sur « Inside Views: A Rights-Poor Protocol For Biodiversity Access & Benefit-Sharing » *Intellectual Property Watch*, en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/08/inside-views-a-rights-poor-protocol-for-biodiversity-access-benefit-sharing/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/08/inside-views-a-rights-poor-protocol-for-biodiversity-access-benefit-sharing/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Alvarez, José E. « Do Liberal States Behave Better? A Critique of Slaughter's Liberal Theory » (2001) 12 EJIL 183.

Anzueto, Marc-André. « Au-delà de l'identité : la non-ratification de la convention américaine des droits de l'homme par le Canada » (19 mars 2008), en ligne : Chaire de Recherche du Canada en Mondialisation, Citoyenneté et Démocratie

<<http://www.chaire-mcd.uqam.ca/upload/files/Publications/documents-travail/ANZ-19032008.pdf>>.

Barsh, Russel Lawrence. « Forest, Indigenous Peoples, and Biodiversity », (1997) 7 *Global Biodiversity* 20.

Berger, Peter. « Identity as a Problem in the Sociology of Knowledge » (1966) 7 *European Journal of Sociology* 105.

Billé, Raphaël *et al.* « La CdP 10 de Nagoya: un succès pour la gouvernance mondiale de la biodiversité? » (2010) 6 *Synthèses* 1.

Braspenning, Thierry. « Constructivisme et réflexivisme en théorie des relations internationales », (2002) III *AFRI* 314.

Brunnée, Jutta et Stephen J. Toope. « International Law and Constructivism: Elements of an International Theory of International Law », (2000) 39 *Colum. J. Transna'l L.* 19.

Center for International Environmental Law, « U.S. Patent Office Admits Error, Rejects Patent Claim on Sacred 'Ayahuasca' Plant » (4 novembre 1999), en ligne: CIEL <<http://www.ciel.org/Biodiversity/AyahuascaRejectionPR.html>>.

Charnovitz, Steve. « A New WTO Paradigm for Trade and the Environment », (2007) 11 *SYBL* 15.

Chevalier, Sophie. « Destin du Concept de "Communauté" : de la classe sociale à la culture - Le cas de la Grande-Bretagne » (2007) 10 *Esprit Critique Revue Internationale de Sociologie et Sciences Sociales* en ligne: *Esprit Critique* <<http://www.espritcritique.fr/dossiers/article.asp?t03code=62&varticle=esp1001article02&vrep=1001>>.

- Convention sur la diversité biologique, « Expert Meeting on the Modalities of Operations of the ABS Clearing House Montreal, Canada » (2011) 4 Monthly Bulletin of Activities of the Convention on Biological Diversity 2.
- Convention sur la diversité biologique, « Nagoya Protocol – Open for Signature » (2011) 2 Monthly Bulletin of Activities of the Convention on Biological Diversity.
- Coombe, Rosemary J. « Protecting Traditional Environmental Knowledge and New Social Movements in the Americas: Intellectual Property, Human Right, or Claims to an Alternative Form of Sustainable development? » (2005) 17 Fla. J. Int'l. L. 115.
- Coordinadora de las Organizaciones Indigenas de la Cuenca Amazonica, « Situacion de la patente de la ayahuasca » (4 juillet 2003), en ligne : COICA <[http://www.coica.org.ec/sp/ma\\_documentos/ayahuasca\\_sp01.html](http://www.coica.org.ec/sp/ma_documentos/ayahuasca_sp01.html)>.
- Correa, Carlos M. « El nuevo escenario para la tranferencia de tecnología: repercusiones en los países en desarrollo » (1994) 44 Comercio Exterior 746.
- Cot, Jean-Pierre. « Tableau de la pensée juridique américaine » (2006) 110 R.G.D.I.P. 537.
- Cottier, Thomas et Marion Panizzon. « Legal Perspectives on Traditional Knowledge: The Case for Intellectual Property Protection » (2004) 7:2 J. Int'l Econ. L. 371.
- Daily, Gretchen C. *et al.* « The Value of Nature and the Nature of Value », (2000) 289 Science 395.
- Diggelman, Oliver et Tilman Altwicker. « Is There Something Like a Constitution of International Law? A Critical Analysis of the Debate on World Constitutionalism » (2008) 68 ZaöRV 623.
- Dodson, Michael et Olivia Barr, « Breaking the Deadlock: Developing an Indigenous Response to Protecting Indigenous Traditional Knowledge » (2007) 11(2) AILR

Downes, David R. *et al.* « Detailed Statement in Support of Request for Reexamination of U.S. Plant Patent No. 5,571 », en ligne : CIEL <<http://www.ciel.org/Publications/ReexaminationofUSPlantPatent5751.pdf>>.

Dutfield, Graham. « TRIPS-Related Aspects of Traditional Knowledge », (2001) 33:2 Case W. Res. J. Int'l L. 233.

Enriquez, David. « Batallas en el sistema multilateral de comercio : Críticas y réplicas contemporáneas en torno de la OMC » (2005) 11 Foro Constitucional Iberoamericano 1.

Ermert, Monika. « ACTA: Will It Ever Become a Valid International Treaty » *Intellectual Property Watch* (13 septembre 2012), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2012/09/13/acta-will-it-ever-become-a-valid-international-treaty/>>.

Ermert, Monika. « Still a Long Way to Go for Anti-Counterfeiting Trade Agreement » *Intellectual Property Watch* (8 septembre 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2011/09/08/still-a-long-way-to-go-for-anti-counterfeiting-trade-agreement/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2011/09/08/still-a-long-way-to-go-for-anti-counterfeiting-trade-agreement/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Escobar, Herton. « Lei de acesso a recursos genéticos da biodiversidade continua travada », *O Estado de S. Paulo* (31 mars 2009) A14.

Fachin Dias, Eliotério. « A tutela dos conhecimentos tradicionais associados e a biodiversidade », en ligne: (2010) Jus Navegandi 17318 <<http://jus.com.br/revista/texto/17318>>.

Faizi, S. « Rescue CBD from Legal Limbo » (2012) 41 ECO 1.

Fariello, Danilo. « Depois de longo impasse, governo vai regulamentar acesso à biodiversidade », *O Globo [du Rio de Janeiro]* (17 mars 2013) 8.

- Ferreira de Souza Dias, Braulio par Herton Escobar, « Não tem mais o que negociar. Agora é agir », *Estadão* (26 janvier 2012) en ligne: Estadao.com.br <[www.estadao.com.br/noticia](http://www.estadao.com.br/noticia)>.
- Finnemore, Martha et Kathryn Sikkink. « International Norm Dynamics and Political Change » (1998) 52 *International Organization* 887.
- Firestone, Laureal A. « You Say Yes, I Say No; Defining Community Prior Informed Consent under the Convention on Biological Diversity » (2003) 16 *Geo. Int'l Envtl. L. Rev* 171.
- Franco de Carvalho Neto, Paulino par Fabiane Ziolla Menezes, « Avançamos com a COP-10? », *Gazeta do Povo [de Curitiba]* (3 novembre 2010) 18.
- Gana, Ruth L. « Has Creativity Died in the Third World? Some Implications of the Internationalization of Intellectual Property » (1995) 24 *Denv. J. Int'l L. & Pol'y* 109.
- Ganguli, Prabuddha. « Intellectual Property Rights: Mothering Innovations to Markets », (2000) 22 *World Patent Information* 43.
- Gayet, Anne-Claire. « La protection du savoir traditionnel comme partie intégrante d'une nouvelle approche de la propriété intellectuelle », (2009) 14 *Lex Electronica* 1.
- Gerhardsen, Tove Iren S. « Brazil Publishes Biodiversity Generic Name List » *Intellectual Property Watch* (4 aout 2006), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2006/08/04/brazil-publishes-biodiversity-generic-name-list/>>.
- Gervais, Daniel J. « Spiritual but not Intellectual? The Protection of Sacred Intangible Traditional Knowledge » (2004) 11 *Cardozo J Int'l & Comp L* 467.
- Ghosh, Shubha. « Traditional Knowledge, Patents, and the New Mercantilism (Part II) » (2003) 85 *J. Pat. & Trademark Off. Soc'y* 885.

- Ghosh, Shubha. « Globalization, Patents and Traditional Knowledge » (2003) 17 Colum. J. Asian L. 73.
- Ghosh, Shubha. « Reflection on the Traditional Knowledge Debate » (2003) 11 Cardozo J. Int'l & Comp L. 497.
- Ghosh, Shubha. « The Traditional Terms of the Traditional Knowledge Debate », (2003) 23 Nw. J. Int'l L. & Bus. 589.
- Githaiga, Joseph. « Intellectual Property Law and the Protection of Indigenous Folklore and Knowledge » (1998) 5 Murdoch University Eletronic Journal of Law.
- Glowka, Lyle. « Towards a Certification System for Bioprospecting Activities » (2001) 2 Grundlagen der Wirtschaftspolitik i.
- Gold, E Richard *et al.* « The Unexamined Assumptions of Intellectual Property : Adopting and Evaluating Approach to Patenting Biotechnological Innovation », (2004) 18:4 Public Affairs Quarterly 299.
- Halewood, Michael. « Indigenous and Local Knowledge in International Law: A Preface to *Sui Generis* Intellectual property Protection », (1999) 44 McGill L. J. 953.
- Hardin, Garrett. « The Tragedy of the Commons » (1968) 162 Science 1243.
- Helfer, Laurence R. « Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking », (2004) 29 Yale J. Int'l L. 1.
- Henkin, Louis. « International Law and the Behavior of Nations » (1965) 114 RCADI 167.
- Horton, Curtis M. « Protecting Biodiversity and Cultural Diversity Under Intellectual Property Law: Toward a New International System » (1995) 10 J Envtl L & Litig 1.
- Hsiao, Jerry I.-H. « Patent Protection for Chinese Herbal Medicine Product Invention in Taiwan » (2007) 10 Journal of World Intellectual Property 1.



- Hyndman, David. « Conservation through Self-Determination : Promoting the Interdependence of Cultural and Biological Diversity » (1994) 53 *Human Organization* 296.
- Idris, Kamil. « A Impotência do Uso de Ativos de Propriedade Intelectual » (2005) 74 *Revista da ABPI* 3.
- IISD Reporting Services, « Résumé de la septième réunion du groupe de travail sur l'article 8(J) de la Convention sur la diversité biologique`31 octobre – 4 novembre 2011 » (2011) 9 *Bulletin des Négociations de la Terre* 1.
- IISD Reporting Services, « Summary of the Second Meeting of the Intergovernmental Committee for the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing to the Convention on Biological Diversity: 2-6 July 2012 » 9:579 *Earth Negotiations Bulletin* (9 juillet 2012).
- International Centre for Trade and Sustainable Development. « ABS Text Advances in Montreal but Much Work Remains » 14:27 *Bridges Weekly Trade News Digest* (21 juillet 2010).
- International Centre for Trade and Sustainable Development. « Agreement Reached on Access and Benefit-sharing » 14:4 *News and Analysis* (décembre 2010).
- International Centre for Trade and Sustainable Development. « Anti-Counterfeiting Pact Referred to European Court of Justice » 16:7 *Bridges Weekly Trade News Digest* (22 février 2011).
- International Centre for Trade and Sustainable Development. « Biodiversity Meeting Delves into Access and Benefit Sharing » 14:26 *Bridges Weekly Trade News Digest* (14 juillet 2010).

International Centre for Trade and Sustainable Development. « CBD Reaches Agreement on Access and Benefit Sharing, But Some Question its Effectiveness » 14:38 *Bridges Weekly Trade News Digest* (3 novembre 2010).

International Centre for Trade and Sustainable Development. « Differences Plague WIPO Negotiations on Traditional Knowledge » 16:16 *Bridges Weekly* (25 avril 2012).

International Centre for Trade and Sustainable Development. « Eight Countries Sign Anti-Counterfeiting Trade Pact » 15:33 *Bridges Weekly Trade News Digest* (5 octobre 2011).

International Centre for Trade and Sustainable Development. « EU Inks Anti-Counterfeiting Pact as Cyber Piracy Debates Ramps Up » 16:4 *Bridges Weekly Trade News Digest* (1 février 2012).

International Centre for Trade and Sustainable Development. « European Parliament Rejects Anti-Counterfeiting Pact » 16:26 *Bridges Weekly Trade News Digest* (4 juillet 2012).

International Centre for Trade and Sustainable Development. « Govts Divide over Disclosure at WIPO Talks on Genetic Resources, Traditional Knowledge » 15:18 *Bridges Weekly* (18 mai 2011).

International Centre for Trade and Sustainable Development. « Lamy Reports Little Progress in IP Talks » 13:28 *Bridges Weekly Trade News Digest* (29 juillet 2008).

International Centre for Trade and Sustainable Development. « Mexico Inks Anti-Counterfeiting Pact » 16:28 *Bridges Weekly Trade News Digest* (18 juillet 2012).

International Centre for Trade and Sustainable Development. « Procedural Sparring Slows WIPO Traditional Cultural Expressions Talks » 16:28 *Bridges Weekly Trade News Digest* (18 juillet 2012).

- International Centre for Trade and Sustainable Development, « Taro Patents to Be Given Back to Hawaii's Indigenous People » *Bridges Trade BioRes* (16 juin 2006).
- International Centre for Trade and Sustainable Development. « TRIPS Council Anti-Counterfeiting Trade Pact Raises Eyebrows » 15:37 *Bridges Weekly Trade News Digest* (2 novembre 2011).
- International Centre for Trade and Sustainable Development, « WIPO: Text on Genetic Resources in Final Stages of 'Relay' » 17:5 *Bridges Weekly Trade News Digest* (13 février 2013).
- International Institute for Environment and Development, « Consent and Conservation: Getting the Most from Community Protocols » *Briefing* (octobre 2012).
- de Jong, Caroline et Holly Jonas. « Time for the CBD to Adopt the Term 'Indigenous Peoples' » (2013) 8 *Square Brackets* 16.
- Kaplinsky, Joe. « Protecting Superstition » (2000) 55:2 *IPA Review* 8.
- Klotz, Audie et Cecelia Lynch. « Le constructivisme dans la théorie des relations internationales » (1999) 2 *Critique internationale* 51.
- Koh, Harold Hongju. « Transnational Legal Process » (1996) 75 *Neb L Rev* 181.
- Koutouki, Konstantia. « A Legal Placebo: The Role of International Patent Law in the Protection of Indigenous Traditional Knowledge of Medicinal Plants » (2010) 26 *CIPR* 21.
- Kratochwil, Friedrich. « Errors Have their Advantage » (1984) 38 *International Organization* 305.
- Kratochwil, Friedrich et John Gerard Ruggie. « International Organization : A State of the Art on an Art of the State » (1986) 40 *International Organization* 753.

Latif, Ahmed Abdel. « ACTA : Original Expectations and Future Implications » *14:4 News and Analysis* (décembre 2010).

Lewinski, Silke von. « Final Considerations » dans Silke von Lewinski, dir, *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, Austin (Tex), Wolter Kluwer, 2008, 507.

Mackay, Erin. « Indigenous Traditional Knowledge, Copyright and Art – Shortcomings in Protection and an Alternative Approach », (2009) *32 UNSW Law Journal* 1.

Mara, Kaitlin. « Biodiversity Negotiations Seek to Finalise Draft Access, Benefit-Sharing Regime » *Intellectual Property Watch* (22 mars 2010), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2010/03/22/biodiversity-negotiators-seek-to-finalise-draft-access-benefit-sharing-regime/>>.

Mara, Kaitlin. « IP Rights Holders Frown Proposed Changes to WTO TRIPS Agreement » *Intellectual Property Watch* (23 juillet 2008), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2008/07/23/ip-rights-holders-frown-on-proposed-changes-to-wto-trips-agreement/>>.

Mara, Kaitlin. « Officials Work to Advance WIPO Treaty to Protect Biological, Traditional Resources » *Intellectual Property Watch* (6 décembre 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/12/06/officials-work-this-week-to-advance-wipo-treaty-to-protect-biological-traditional-resources/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/12/06/officials-work-this-week-to-advance-wipo-treaty-to-protect-biological-traditional-resources/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Mara, Kaitlin. « UN Claims Victory in Biodiversity Talks, but Outcome not Certain » *Intellectual Property Watch* (6 avril 2010), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2010/04/06/un-claims-victory-in-biodiversity-talks-but-outcome-not-certain/>>.

- Mara, Kaitlin. « WIPO Members Seek Deal to Negotiate on Traditional Knowledge Protection » *Intellectual Property Watch* (3 juillet 2009), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2009/07/03/wipo-members-seek-deal-to-negotiate-on-traditional-knowledge-protection/>>.
- Mara, Kaitlin. « WIPO Traditional Knowledge Committee Moving Toward Legal Agreement » *Intellectual Property Watch* (7 mai 2010), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2010/05/07/wipo-traditional-knowledge-committee-moving-toward-legal-agreement/>>.
- Mara, Kaitlin. « WIPO Traditional Knowledge Committee Opens with Hope for Text-Based Talks » *Intellectual Property Watch* (3 mai 2010), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2010/05/03/wipo-traditional-knowledge-committee-opens-with-hope-for-text-based-talks/>>.
- Mara, Kaitlin. « WIPO Traditional Knowledge Meeting Stalls, But Begins to Breach ‘Trust Gap’ » *Intellectual Property Watch* (14 décembre 2009), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2009/12/14/wipo-traditional-knowledge-meeting-stalls-but-begins-to-breach-%E2%80%98trust-gap%E2%80%99/>>.
- Mara, Kaitlin. « WIPO Work Likely to Continue on Traditional Knowledge, But How? » *Intellectual Property Watch* (30 juin 2009), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2009/06/30/wipo-work-likely-to-continue-on-traditional-knowledge-but-how/>>.
- Mara, Kaitlin. « WIPO Members Move to Detail Talks Toward Folklore Treaty » *Intellectual Property Watch* (11 décembre 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/12/11/wipo-members-move-into-detailed-talks-toward-folklore-treaty/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/12/11/wipo-members-move-into-detailed-talks-toward-folklore-treaty/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation: 12 décembre 2010).

McDougall, M. « International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception » (1953) 82:1 RCADI 133.

McManis, Charles R. « Intellectual Property, Genetic Resources and Traditional Knowledge: Thinking Globally, Acting Locally » (2003) 11 Cardozo J. Int'l & Comp. L. 547. [McManis, « Intellectual Property »]

Menezes, Fabiane Ziolla. « Avançamos com a COP-10? », *Gazeta do Povo [de Curitiba]* (3 novembre 2010) 18.

Morgenthau, Hans J. « Positivism, Functionalism, and International Law » (1940) 34 AJIL 260.

Murphy, Sean D. « Biotechnology and International Law » (2001) 42 Harv Int'l LJ 47.

Neugebauer III, Gerald P. « Indigenous Peoples as Stakeholders : Influencing Resource Management Decisions Affecting Indigenous Community Interests In Latin America » (2003) 78 NYUL Rev. 1227.

New, William. « Collapse of WTO Talks Washes Away Hope for TRIPS Changes » *Intellectual Property Watch* (29 juillet 2008), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2008/07/29/possibility-of-trips-changes-washes-away-with-collapse-of-wto-talks/>>.

New, William. « Mexican Senate Urges Rejection Of ACTA » *Intellectual Property Watch* (23 juin 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2011/06/23/mexican-senate-rejects-acta/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2011/06/23/mexican-senate-rejects-acta/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)> (date de consultation : 6 février 2012).

New, William. « Swiss Government Postpones ACTA Signature » *Intellectual Property Watch* (10 mai 2012), en ligne : < <http://www.ip-watch.org/2012/05/10/swiss->

government-postpones-acta-signature/?utm\_source=weekly&utm\_medium=email&utm\_campaign=alerts>.

New, William. « TRIPS Issues Still Possible at WTO, if Overall Talks Unlock » *Intellectual Property Watch* (29 juillet 2008), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2008/07/29/trips-issues-still-moving-at-wto-tie-to-overall-talks-grows/>>.

New, William. « US Senator Questions Constitutionality Of ACTA » *Intellectual Property Watch* (12 octobre 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/10/12/us-senator-questions-constitutionality-of-acta/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/10/12/us-senator-questions-constitutionality-of-acta/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

New, William. « WIPO Annual Assembly Breaks down; Extraordinary Meeting Eyed for December » *Intellectual Property Watch* (3 octobre 2013), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2013/10/03/wipo-annual-assembly-breaks-down-extraordinary-meeting-eyed-for-december/>>.

New, William. « WIPO Folklore Talks Headed to Assembly, Treaty Negotiations Unlikely in 2013 » *Intellectual Property Watch* (13 juillet 2012), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2012/07/13/wipo-folklore-talks-headed-to-assembly-treaty-negotiation-not-likely-in-2013/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2012/07/13/wipo-folklore-talks-headed-to-assembly-treaty-negotiation-not-likely-in-2013/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

New, William. « WIPO Members (Again) Intensify Talks on Genetic Material, TK, Folklore » *Intellectual Property Watch* (7 octobre 2012), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2012/10/07/wipo-members-again-intensify-talks-on-genetic-material-tk-folklore/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2012/10/07/wipo-members-again-intensify-talks-on-genetic-material-tk-folklore/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

New, William. « WIPO Members Reach Tentative Deal on TK Treaties; External Offices Mired » *Intellectual Property Watch* (27 septembre 2013), en ligne : <<http://www.ip->

watch.org/2013/09/27/wipo-members-reach-tentative-deal-on-tk-treaties-external-offices-mired/>.

Owen, John M. « Liberalism Produces Democratic Peace » (1994) 19 *International Security* 87.

Paterson, Robert K. et Dennis S. Karjala. « Looking Beyond Intellectual Property in Resolving protection of the Intangible Cultural Heritage of Indigenous Peoples », (2003) 11 *Cardozo J. Int'l & Comp. L.* 633.

Petrova, Albena P. « From the Amazon to the Alps: A Comparison of the Pharmaceutical Biodiversity Legal Protection in Brazil and Switzerland », (2003) 15 *Pace Int'l. L. Rev.* 247.

Pinheiro, Victor Sales. « Subsídios para a proteção da biodiversidade e do conhecimento tradicional », en ligne: (2005) *Jus Navegandi* 6399 <<http://jus.com.br/947775-victor-sales-pinheiro/artigos>>.

Putnam, Robert D. « Diplomacy and Domestic Politics : The Logic of Two-Level Games » (1988) 41 *International Organizations* 427.

Reus-Smit, Christian. « The Strange Death of Liberal International Theory » (2001) 12 *EJIL* 573.

Reus-Smit, Christian. « Politics and International Legal Obligation » (2003) 9 *European Journal of International Relations* 591.

Robinson, Daniel et Jakkrit Kuanpoth, « The Traditional Medicines Predicament: A Case Study of Thailand » (2009) 11 *Journal of World Intellectual Property* 375.

Rojas, Isaac. « Los derechos comunitarios: experiencia costarricense », *Biodiversidad* (avril 2010) en ligne: <<http://www.grain.org/article/categories/207-biodiversidad-abr-2010>>.



Ruiz, Manuel *et al.*, « The Protection of Traditional Knowledge in Peru: A Comparative Perspective » (2004) 3 Wash. U. Global Stud. L. Rev 755.

Saez, Catherine. « As Negotiations Launch Talks on Biodiversity, Industry Requests IP Protection » *Intellectual Property Watch* (15 octobre 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/15/as-negotiators-launch-talks-on-biodiversity-industry-requests-ip-protection/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/15/as-negotiators-launch-talks-on-biodiversity-industry-requests-ip-protection/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « Biodiversity Benefit-Sharing Treaty Negotiations Tackle New Text as Clock Ticks » *Intellectual Property Watch* (26 octobre 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/26/biodiversity-benefit-sharing-treaty-negotiators-tackle-new-text-as-clock-ticks/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/26/biodiversity-benefit-sharing-treaty-negotiators-tackle-new-text-as-clock-ticks/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « Biodiversity: Bountiful Source for Cosmetics, but Needs Respect, Group Says » *Intellectual Property Watch* (21 avril 2010), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/webloge/2010/04/21/biodiversity-bountiful-source-for-cosmetics-but-needs-respect-group-says/>>.

Saez, Catherine. « Burdened with Brackets, Biodiversity ABS Protocol Needs Political Will to Survive » *Intellectual Property Watch* (28 septembre 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/09/28/burdened-with-brackets-biodiversity-abs-protocol-needs-political-will-to-survive/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/09/28/burdened-with-brackets-biodiversity-abs-protocol-needs-political-will-to-survive/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « Consensus on Binding Biodiversity Agreement Elusive, to Reconvene in September » *Intellectual Property Watch* (20 juillet 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/07/20/consensus-on-binding-biodiversity-agreement-elusive-to-reconvene-in-september/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/07/20/consensus-on-binding-biodiversity-agreement-elusive-to-reconvene-in-september/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « Experts Work on WIPO Traditional Knowledge Draft Treaty Text » *Intellectual Property Watch* (21 février 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/21/experts-work-on-wipo-traditional-knowledge-draft-treaty-text-this-week/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/21/experts-work-on-wipo-traditional-knowledge-draft-treaty-text-this-week/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « Hopes Fading for Concluding Biodiversity Access and Benefit Sharing Negotiations? » *Intellectual Property Watch* (16 juillet 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/07/16/hopes-of-concluding-access-and-benefit-sharing-negotiations-fading/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/07/16/hopes-of-concluding-access-and-benefit-sharing-negotiations-fading/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « Indigenous Peoples Walk Out of WIPO Committee on Genetic Resources » *Intellectual Property Watch* (22 février 2012), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2012/02/22/indigenous-peoples-walk-out-of-wipo-committee-on-genetic-resources/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2012/02/22/indigenous-peoples-walk-out-of-wipo-committee-on-genetic-resources/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « Indigenous Peoples Won't Be 'Whished Away' in Traditional Knowledge Treaty Talks » *Intellectual Property Watch* (14 mai 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/14/indigenous-peoples-won%E2%80%99t-be-%E2%80%9Cwished-away%E2%80%9D-in-traditional-knowledge-treaty-talks/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/14/indigenous-peoples-won%E2%80%99t-be-%E2%80%9Cwished-away%E2%80%9D-in-traditional-knowledge-treaty-talks/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « Long Week Ahead for WIPO Experts Considering Treaty on IP and Genetic Resources » *Intellectual Property Watch* (28 février 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/28/long-week-ahead-for-wipo-experts-considering-treaty-on-ip-and-genetic-resources/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/28/long-week-ahead-for-wipo-experts-considering-treaty-on-ip-and-genetic-resources/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « Ministers Arrive to Help Reach Outcome at UN Convention on Biodiversity » *Intellectual Property Watch* (27 octobre 2010), en ligne :

<[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/27/ministers-arrive-to-help-reach-outcome-at-un-convention-on-biodiversity/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/27/ministers-arrive-to-help-reach-outcome-at-un-convention-on-biodiversity/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « Nations Begin Signing Protocol on Biodiversity Access and Benefit-Sharing » *Intellectual Property Watch* (7 février 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/07/nations-begin-signing-protocol-on-biodiversity-access-and-benefit-sharing/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/07/nations-begin-signing-protocol-on-biodiversity-access-and-benefit-sharing/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « Negotiators Work from New Text of Traditional Knowledge Treaty at WIPO » *Intellectual Property Watch* (25 février 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/25/negotiators-work-from-new-text-of-traditional-knowledge-treaty-at-wipo/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/25/negotiators-work-from-new-text-of-traditional-knowledge-treaty-at-wipo/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « New Biodiversity Benefit-Sharing Protocol Relies on National Rules, Experts Say » *Intellectual Property Watch* (7 février 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/07/new-biodiversity-benefit-sharing-protocol-relies-on-national-rules-experts-say/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/07/new-biodiversity-benefit-sharing-protocol-relies-on-national-rules-experts-say/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « New Texts in Play in WIPO Traditional Knowledge, Genetic Resources Talks » *Intellectual Property Watch* (12 mai 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/12/new-texts-in-play-in-wipo-traditional-knowledge-genetic-resources-talks/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/12/new-texts-in-play-in-wipo-traditional-knowledge-genetic-resources-talks/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « No Toast Yet to WTO Consensus on Wine and Spirits Geographical Indications » *Intellectual Property Watch* (21 avril 2011), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2011/04/21/no-toast-yet-to-consensus-on-wines-and-spirits->

geographical-

indications/?utm\_source=weekly&utm\_medium=email&utm\_campaign=alerts>.

Saez, Catherine. « Panel: Indigenous Rights Integral to Treaty on Knowledge, Folklore and Genes » *Intellectual Property Watch* (10 mai 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/10/panel-indigenous-rights-integral-to-treaty-on-knowledge-folklore-and-genes/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/10/panel-indigenous-rights-integral-to-treaty-on-knowledge-folklore-and-genes/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « Protecting Traditional Knowledge: WIPO Members Back to the Drafting Table » *Intellectual Property Watch* (22 avril 2013), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2013/04/22/protecting-traditional-knowledge-wipo-members-back-to-the-drafting-table/print>> (date de consultation: 29 avril 2013).

Saez, Catherine. « Protocol on ABS Could Further Impoverish Indigenous Peoples, Groups Claim » *Intellectual Property Watch* (26 octobre 2010), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/26/protocol-on-abs-could-further-impoverish-indigenous-peoples-groups-claim/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/26/protocol-on-abs-could-further-impoverish-indigenous-peoples-groups-claim/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « Two More Countries Sign Nagoya Protocol, 42 To Go » *Intellectual Property Watch* (8 avril 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/04/08/two-more-countries-sign-nagoya-protocol-42-to-go/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/04/08/two-more-countries-sign-nagoya-protocol-42-to-go/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « WIPO Achieves Single Legal Text on Genetic Resources; Indigenous Peoples Back » *Intellectual Property Watch* (23 février 2012), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2012/02/23/wipo-delegates-reach-single-legal-text-on-genetic-resources-indigenous-peoples-back/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2012/02/23/wipo-delegates-reach-single-legal-text-on-genetic-resources-indigenous-peoples-back/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

- Saez, Catherine. « WIPO Assembly Approves New Work Mandate on GR, TK Protection » *Intellectual Property Watch* (30 septembre 2013), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2013/09/30/wipo-assembly-approves-new-work-mandate-on-gr-tk/>>.
- Saez, Catherine. « WIPO Committee to Decide Fate of Treaties to Protect TK, Genetic Resources, Folklore » *Intellectual Property Watch* (23 juillet 2013), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2013/07/23/wipo-committee-to-decide-fate-of-treaties-to-protect-tk-genetic-resources-folklore/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2013/07/23/wipo-committee-to-decide-fate-of-treaties-to-protect-tk-genetic-resources-folklore/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.
- Saez, Catherine. « WIPO General Assembly Left to Decided Future Work of TK Committee » *Intellectual Property Watch* (25 juillet 2013), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2013/07/25/wipo-general-assembly-left-to-decide-future-work-of-tk-committee/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2013/07/25/wipo-general-assembly-left-to-decide-future-work-of-tk-committee/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.
- Saez, Catherine. « WIPO Members Tee up Negotiations on Traditional Knowledge, Cultural expressions » *Intellectual Property Watch* (13 mai 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/13/wipo-members-tee-up-negotiation-on-traditional-knowledge-cultural-expressions/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/05/13/wipo-members-tee-up-negotiation-on-traditional-knowledge-cultural-expressions/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.
- Saez, Catherine. « WIPO Draft Treaty Text on Genetic Resources Joins Folklore, Traditional Knowledge » *Intellectual Property Watch* (4 mars 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/03/04/wipo-draft-treaty-texts-on-folklore-traditional-knowledge-genetic-resources-now-ready/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/03/04/wipo-draft-treaty-texts-on-folklore-traditional-knowledge-genetic-resources-now-ready/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.
- Saez, Catherine. « WIPO Extraordinary General Assembly to Meet on 10-12 December » *Intellectual Property Watch* (4 novembre 2013), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2013/11/04/wipo-extraordinary-general-assembly-to-meet-on-10-12-december/>>.

Saez, Catherine. « WIPO Governments Push on New Folklore Treaty Text; Indigenous Peoples Disappointed » *Intellectual Property Watch* (13 juillet 2012), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/2012/07/13/wipo-governments-push-on-folklore-treaty-text-indigenous-peoples-disappointed/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/2012/07/13/wipo-governments-push-on-folklore-treaty-text-indigenous-peoples-disappointed/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Saez, Catherine. « WIPO: Positions Locked on Protection of Genetic Resources; Experts to the rescue » *Intellectual Property Watch* (5 février 2013), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/2013/02/05/wipo-positions-locked-on-protection-of-genetic-resources-experts-to-the-rescue/print>>.

Saez, Catherine. « WIPO Traditional Knowledge Experts in Small Groups to Craft Treaty Text » *Intellectual Property Watch* (23 février 2011), en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/23/wipo-traditional-knowledge-experts-in-small-groups-to-craft-treaty-text/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2011/02/23/wipo-traditional-knowledge-experts-in-small-groups-to-craft-treaty-text/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.

Salomón, Mónica. « La teoría de las relaciones internacionales en los albores del siglo XXI: Diálogo, disidencia, aproximaciones » (2002) 4 REEI 36.

Schlais, Gregory K. « The patenting of Sacred Biological Resources, the Taro Patent Controversy in Hawai'i: A Soft Law Proposal » (2007) U. Haw. L. Rev. 581.

Scott, John. « COP 11 Decisions Affecting Indigenous and Local Communities » (2013) 8 Square Brackets 14.

Slaughter, Anne-Marie. « International Law and International Relations » (2000) 285 RCADI 9.

Slaughter, Anne-Marie. « International Law in a World of Liberal States » (1995) 6 EJIL 503.

- Stenton, Gavin. « Biopiracy within the Pharmaceutical Industry : A Stark Illustration of how Abusive, Manipulative and Perverse the Patenting Processes Can be Towards Countries of the South » (2004) 26 EIPR 17.
- Sunder, Madhavi. « IP<sup>3</sup> », (2006) 59:2 Stan L. Rev. 257.
- Sunder, Madhavi. « The Invention of Traditional Knowledge » (2006) UC Davis Legal Studies Research Paper Series 1.
- Teixeira, Izabella par Catherine Saez (27 octobre 2010) sur « Ministers arrive To Help Reach Outcome At UN Convention On Biodiversity » *Intellectual Property Watch*, en ligne : <[http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/ /ministers-arrive-to-help-reach-outcome-at-un-convention-on-biodiversity/?utm\\_source=weekly&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=alerts](http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/ /ministers-arrive-to-help-reach-outcome-at-un-convention-on-biodiversity/?utm_source=weekly&utm_medium=email&utm_campaign=alerts)>.
- Tilford, David S. « Saving the Blueprints: The International Legal Regime for Plant Resources » (1998) 30 Case W Res J Int'l L 373.
- Tobin, Brendan. « Redefining Perspectives in the Search for Protection of Traditional Knowledge : A case study from Peru », (2001) 10:1 RECIEL 47.
- Tobin, Brendan et Taylor, Emily. « Across the Great Divide : A Case Study of Complementary and Conflict between Customary Law and TK Protection Legislation in Peru », (2009) IV:11 Initiative for the Prevention of Biopiracy Research Documents 1.
- Tustin, John. « Traditional Knowledge and Intellectual Property in Brazilian Biodiversity Law » (2005) 14 Tex. Intell. Prop. L.J. 131.
- Vogt, David B. « Protecting Indigenous Knowledge in Latin America: Maintaining Biological Diversity, Creating Relationships, and Returning Benefits to Native

Communities for Ethnobotanical Drug Discoveries – Can It be Done? » (2001) 13 Or. Rev Int'l L.

Wendt, Alexander E. « The Agent-Structure Problem in International Relations Theory » (1987) 41:3 International Organization 335.

Wendt, Alexander. « Anarchy is what States Make of It: the Social Construction of Power Politics » (1992) 46 International Organization 391.

Wendt, Alexander. « Collective Identity Formation and the International State » (1994) 88 The American Political Science Review 384.

Wiser, Glenn. « PTO Rejection of the 'Ayahuasca' Patent Claim » (novembre 2009), en ligne : CIEL <<http://www.ciel.org/Biodiversity/ptorejection.html>>.

Wiser, Glenn. « U.S. Patent and Trademark Office Reinstates Ayahuasca Patent » (25 juin 2001), en ligne : CIEL <[www.ciel.org](http://www.ciel.org)>.

#### AUTRES DOCUMENTS INTERNATIONAUX

CdP 6, *Décision adoptée par la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique à sa sixième réunion*, Doc. Off. COP 6 CDB NU (19 avril 2002), Doc UNEP/CB/COP/6/20, en ligne : CDB <<http://www.cbd.int>>.

Communauté andine, *Decision 391*, 1996, en ligne : Communauté andine <<http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D391.htm>> (date d'accès : 8 juillet 2012).

Communauté andine, *Decision 486*, 2000, en ligne : Communauté andine <<http://www.comunidadandina.org>>.

Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique, *Plan stratégique 2011-2020 et objectifs d'Aichi relatifs à la diversité biologique*, PNUE Doc.



UNEP/CBD/COP/DEC/X/2, en ligne : CDB  
<<http://www.cbd.int/decision/cop/?id=12268>>.

Conférence des parties de la Convention sur la diversité biologique, *Provisional Agenda*, PNUÉ Doc. UNEP/CBD/COP/12/1 du 12 décembre 2013.

COP 5, *Programme of Work on the Implementation of Article 8(j) and Related Provisions of the Convention on Biological Diversity – IV, Ways and Means*, Doc. Off. COP 5 CDB NU (22 juin 2000), Doc COP 5 CDB NU V/16, en ligne : CDB  
<<http://www.cbd.int>>.

COP 9, *ARTICLE 8(j) et dispositions connexes*, Doc. Off. COP 9 CDB NU (9 octobre 2008), Doc COP 9 CDB NU IX/13, en ligne : CDB <<http://www.cbd.int>>

HCDH, *Fiche d'information No.9 (Rev.1), Les droits des peuples autochtones*, en ligne : HCDH <<http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet9Rev.1fr.pdf>>.

OMC, Comité des négociations commerciales, *Draft Decision to Enhance Mutual Supportiveness Between the TRIPS Agreement and the Convention on Biological Diversity* (du 19 avril 2008), OMC Doc TN/C/W/59, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)> [OMC, *W/59*].

OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration ministérielle* (du 20 novembre 2001), OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/1, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* (du 14 novembre 2001), OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/2 en ligne: OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>

OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Analyse de cas éventuels de piratage biologique* (du 7 novembre 2005), OMC Doc IP/C/W/458, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels* (du 24 juin 2002), OMC Doc IP/C/W/356, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Relation entre l'Accord sur les ADPIC, la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels - Amendement de l'Accord sur les ADPIC en vue d'instituer une obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets* (du 14 juin 2006), OMC Doc IP/C/W/473, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Programme de travail de Doha – Question de mise en œuvre en suspens concernant la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique* (du 5 juillet 2006), OMC Doc IP/C/W/474, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Relation entre l'accord sur les ADPIC, la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels - amendement de l'accord sur les adpic en vue d'instituer une obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets - Réponses de la Norvège aux questions posées par la Suisse au Conseil des ADPIC* (du 7 mai 2007), OMC Doc IP/C/W/491, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

OMC, Conseil général, *Programme de travail de Doha – Extension de la protection additionnelle des indications géographiques à des produits autres que les vins et les spiritueux* (du 19 février 2008), OMC Doc WT/GC/W/587, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

OMC, Conseil général, *Programme de travail de Doha – Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique - Mesures appropriées devant être prises/arrêtées par le Conseil général au sujet de l'Accord sur les ADPIC et la CDB* (du 28 mai 2008), OMC Doc WT/GC/W/590, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

OMC, Conseil général, *Préparation de la conférence ministérielle de 1999: Proposition concernant la protection des droits de propriété intellectuelle relatifs aux connaissances traditionnelles des communautés locales et autochtones - Communication de la Bolivie, de la Colombie, de l'Équateur, du Nicaragua et du Pérou* (du 12 octobre 1999), OMC Doc WT/GC/W/362, en ligne : OMC <[www.wto.org](http://www.wto.org)>.

OMC, *Projet de modalités concernant les questions liées aux ADPIC* (du 19 juillet 2008), en ligne : OMC <[www.omc.org](http://www.omc.org)>. [OMC, *Projet*]

OMPI, Assemblée général, *Questions concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore*, OMPI Doc. WIPO/GA/26/6 (25 août 2000), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)>.

OMPI, Assemblée générale, *Rapport*, OMPI Doc. WO/GA/38/20 (1 octobre 2009), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)> (date de consultation: 9 décembre 2010).

OMPI, Assemblée générale, *Rapports d'information sur les autres comités de l'OMPI*, OMPI Doc. WO/GA/39/9 (20 juillet 2010), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)>.

OMPI, Assemblée générale, *Questions concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC)*, OMPI Doc. WO/GA/40/7 (12 août 2011), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)>.

OMPI, Assemblée générale, *Questions concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et*

au folklore (IGC), OMPI Doc. WO/GA/41/15 (1er août 2012), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)>.

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Brevets portant sur Lepidium meyenii (maca) : réponse du Pérou* (12 mai 2003), OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/5/13, en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)>.

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *La protection des expressions culturelles traditionnelles ou expressions du folklore : objectifs et principes révisés*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/4 (9 janvier 2006), en ligne: OMPI <[http://www.wipo.int/meetings/fr/doc\\_details.jsp?doc\\_id=55137](http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=55137)>.

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *La protection des savoirs traditionnelles: objectifs et principes révisés*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/9/5 (9 janvier 2006), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)>.

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Ressources génétiques : liste d'options*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/11/8(a) (3 juin 2007), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)>.

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Secrétariat, *The Protection of Traditional Knowledge: Revised Objectives and Principles*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/17/5 (15 septembre 2010), en ligne: OMPI <[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17\\_5.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_5.pdf)>.

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Initial Draft Report*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/20/10 PROV. (29 mars 2012), en ligne: OMPI <[www.wipo.int](http://www.wipo.int)>.

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Décisions de la vingt et unième session du Comité*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/21/REF/DECISIONS (20 avril 2012), en ligne : OMPI <[http://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting\\_id=25019](http://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting_id=25019)>.

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *La protection des savoirs traditionnels : projet d'articles*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/21/REF/FACILITATORS TEXT (27 avril 2012), en ligne : OMPI <[http://www.wipo.int/meetings/fr/doc\\_details.jsp?doc\\_id=203839](http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=203839)> (date de consultation : 6 juillet 2012).

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Secrétariat, *Draft Decisions of the Seventeenth Session of the Committee*, OMPI (10 décembre 2010).

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Troisième Groupe de travail intersession, Secrétariat, *Draft Summary Report of the Third Intersessional Working Group*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IWG/3/16 Prov. (4 mars 2011), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/wp-content/uploads/2011/03/IWG-3-Draft-summary-report-4-March-11.pdf>>.

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *La protection des savoirs*

*traditionnels: projet d'articles*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/24/4 (10 janvier 2013), en ligne : OMPI <<http://www.wipo.int>> (date de consultation : 12 avril 2013).

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Décisions de la vingt-cinquième session du comité*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/25/REF/DECISIONS (24 juillet 2013), en ligne : OMPI <<http://www.wipo.int>>.

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *La protection des savoirs traditionnels: Projet d'articles*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/25/6 (24 juillet 2013), en ligne : OMPI <<http://www.wipo.int>>.

OMPI. *Classification internationale des brevets (CIB)*, en ligne : OMPI <<http://www.wipo.int/classifications/ipc/fr/>>.

PNUE, *Réunion du Groupe de Négociation interrégional*, Doc. Off. WG-ABS CDB PNUE NU (21 septembre 2010), Doc UNEP/CBD/WG-ABS/9/ING/1.

PNUE, *Réunion du Groupe de négociation interrégional*, Doc. Off. WG-ABS CDB PNUE NU (16 octobre 2010), Doc UNEP/CBD/WG-ABS/9/ING/2.

Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Notification*, SCDB Doc. SCDB/SEL/OJ/SG/73029 (10 août 2010), en ligne : SCDB <<http://www.cbd.int/doc/notifications/2010/ntf-2010-153-abs-stakeholder-fr.pdf>>.

Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Notification*, SCDB Doc. SCDB/ABS/SB/jh/82347, en ligne : SCDB <<https://www.cbd.int/doc/notifications/2013/ntf-2013-064-icnp3-sh-en.pdf>>.

Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Notification*, SCDB Doc. SCDB/SEL/OJ/SG/74179, en ligne : SCDB <<http://www.cbd.int/doc/?meeting=ABSWG-ING-02>>.

Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Notification*, SCDB Doc. SCDB/ABS/VN/SG/78678, en ligne : SCDB <<http://www.cbd.int/doc/notifications/2012/ntf-2012-022-abs-en.pdf>>.

Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *Kit d'informations relatives à l'accès et au partage des avantages*, en ligne : SCDB <[www.cbd.int/abs](http://www.cbd.int/abs)>.

Secrétariat du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI, *Proposition du groupe des pays africains concernant le mandat du comité intergouvernemental* (26 juin 2009), OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/14/8 Rev., en ligne : OMPI <[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo\\_grtkf\\_ic\\_14/wipo\\_grtkf\\_ic\\_14\\_8\\_rev.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_14/wipo_grtkf_ic_14_8_rev.pdf)>.

### AUTRES SOURCES

Creative Commons, « About », en ligne : Creative Commons <<http://creativecommons.org/about>>.

*Merriam-Webster Collegiate Dictionary*, 11<sup>e</sup> éd.

Natura Brasil, « Ekos » (2010), en ligne: Natura Brasil <<http://www.naturabrasil.fr/produits/par-gamme/ekos>>.

Owens, Richard et Faith Odibo, « Presentation on Global Intellectual Property Issues and the LDCs », First High-Level Interregional Roundtable on Intellectual Property for the LDCs, présentée à l'organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, 30 septembre

1999, OMPI, *The New Millennium Intellectual Property and the Least Developed Countries (LDCs)*, Genève, OMPI, 1999, 45.

Third World Network - « The Main Elements of a Community Rights Act » (30 avril 1999), en ligne: Third World Network <<http://www.twinside.org.sg/title/comm-cn.htm>>.

United States Department of Commerce, Patent and Trademark Office, « Notice of Intent to Issues Re-examination Certificate » (25 janvier 2001), en ligne : CIEL <[http://www.ciel.org/Publications/PTO\\_Examiner\\_Transcript.pdf](http://www.ciel.org/Publications/PTO_Examiner_Transcript.pdf)>.

*Weeds*, 2008, DVD, Toronto, Maple Pictures, 2009.



# Annexe A: *LEY N° 27811*

## LEY N° 27811

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

La Comisión Permanente del Congreso de la República ha dado la Ley siguiente:

LA COMISIÓN PERMANENTE DEL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

### **LEY QUE ESTABLECE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LOS CONOCIMIENTOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS VINCULADOS A LOS RECURSOS BIOLÓGICOS**

#### **TÍTULO I**

#### **DEL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS SOBRE SUS CONOCIMIENTOS COLECTIVOS**

**Artículo 1°**.- Reconocimiento de derechos

El Estado peruano reconoce el derecho y la facultad de los pueblos y comunidades indígenas de decidir sobre sus conocimientos colectivos.

#### **TÍTULO II**

#### **DE LAS DEFINICIONES**

**Artículo 2°**.- Definiciones

Para los efectos del presente dispositivo se entenderá por:

**a) Pueblos indígenas**.- Son pueblos originarios que tienen derechos anteriores a la formación del Estado peruano, mantienen una cultura propia, un espacio territorial y se autorreconocen como tales. En éstos se incluye a los pueblos en aislamiento voluntario o no contactados, así como a las comunidades campesinas y nativas.

La denominación "indígenas" comprende y puede emplearse como sinónimo de "originarios", "tradicionales", "étnicos", "ancestrales", "nativos" u otros vocablos.

**b) Conocimiento colectivo**.- Conocimiento acumulado y transgeneracional desarrollado por los pueblos y comunidades indígenas respecto a las propiedades, usos y características de la diversidad biológica.

El componente intangible contemplado en la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena incluye este tipo de conocimiento colectivo.

**c) Consentimiento informado previo**.- Autorización otorgada, dentro del marco del presente régimen de protección, por la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo, de conformidad con las normas por ellos reconocidas, para la realización de determinada actividad que implique acceder y utilizar dicho conocimiento colectivo, previo suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento y, de ser el caso, el valor del mismo.

**d) Contrato de licencia de uso de conocimientos colectivos.-** Acuerdo expreso celebrado entre la organización representativa de los pueblos indígenas poseedores de un conocimiento colectivo y un tercero que incorpora términos y condiciones sobre el uso de dicho conocimiento colectivo. Estos contratos pueden constituir un anexo al contrato mencionado en el Artículo 34° de la Decisión 391 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena que establece un Régimen Común sobre acceso a los recursos genéticos.

**e) Recursos biológicos.-** Recursos genéticos, organismos o partes de ellos, poblaciones, o cualquier otro tipo del componente biótico de los ecosistemas de valor o utilidad real o potencial para la humanidad.

### **TÍTULO III**

#### **DEL ÁMBITO DE PROTECCIÓN**

**Artículo 3°.-** Ámbito de protección de la norma

El presente dispositivo establece un régimen especial de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos.

**Artículo 4°.-** Excepciones al régimen

El presente régimen no afectará el intercambio tradicional entre pueblos indígenas de los conocimientos colectivos protegidos bajo este régimen.

### **TÍTULO IV**

#### **DE LOS OBJETIVOS**

**Artículo 5°.-** Objetivos del régimen

Son objetivos del presente régimen:

- a) Promover el respeto, la protección, la preservación, la aplicación más amplia y el desarrollo de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.
- b) Promover la distribución justa y equitativa de los beneficios derivados de la utilización de estos conocimientos colectivos.
- c) Promover el uso de estos conocimientos en beneficio de los pueblos indígenas y de la humanidad.
- d) Garantizar que el uso de los conocimientos colectivos se realice con el consentimiento informado previo de los pueblos indígenas.
- e) Promover el fortalecimiento y el desarrollo de las capacidades de los pueblos indígenas y de los mecanismos tradicionalmente empleados por ellos para compartir y distribuir beneficios generados colectivamente, en el marco del presente régimen.
- f) Evitar que se concedan patentes a invenciones obtenidas o desarrolladas a partir de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas del Perú, sin que se tomen en cuenta estos conocimientos como antecedentes en el examen de novedad y nivel inventivo de dichas invenciones.

### **TÍTULO V**

#### **DE LOS PRINCIPIOS GENERALES**

**Artículo 6°.-** Condiciones para el acceso a los conocimientos colectivos

Los interesados en acceder a los conocimientos colectivos con fines de aplicación científica, comercial e industrial deberán solicitar el consentimiento informado previo de las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que posean un conocimiento colectivo.

La organización representativa de los pueblos indígenas, cuyo consentimiento informado previo haya sido solicitado, deberá informar que está entrando en una negociación al mayor número posible de pueblos indígenas poseedores del conocimiento y tomar en cuenta sus intereses e inquietudes, en particular aquellas vinculadas con sus valores espirituales o creencias religiosas. La información que proporcione se limitará al recurso biológico sobre el cual versa el conocimiento colectivo objeto de la negociación en curso, en salvaguarda de los intereses de la contraparte en mantener secretos los detalles de la negociación.

**Artículo 7º.**- Acceso con fines de aplicación comercial o industrial

En caso de acceso con fines de aplicación comercial o industrial, se deberá suscribir una licencia donde se prevean condiciones para una adecuada retribución por dicho acceso y se garantice una distribución equitativa de los beneficios derivados del mismo.

**Artículo 8º.**- Porcentaje destinado al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas

Se destinará un porcentaje no menor al 10% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de un conocimiento colectivo al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas a que se refieren los Artículos 37º y siguientes.

Las partes podrán acordar un porcentaje mayor, en función del grado de utilización o incorporación directa de dichos conocimientos en el producto final resultante, el grado de aporte de dichos conocimientos a la reducción de los costos de investigación y desarrollo de los productos derivados, entre otros.

**Artículo 9º.**- Rol de las generaciones presentes

Las generaciones presentes de los pueblos indígenas preservan, desarrollan y administran sus conocimientos colectivos en beneficio propio y de las generaciones futuras.

**Artículo 10º.**- Naturaleza colectiva de los conocimientos

Los conocimientos colectivos protegidos bajo este régimen son aquellos que pertenecen a un pueblo indígena y no a individuos determinados que formen parte de dicho pueblo. Pueden pertenecer a varios pueblos indígenas.

Estos derechos son independientes de aquellos que puedan generarse al interior de los pueblos indígenas y para cuyo efecto de distribución de beneficios podrán apelar a sus sistemas tradicionales.

**Artículo 11º.**- Conocimientos colectivos y patrimonio cultural

Los conocimientos colectivos forman parte del patrimonio cultural de los pueblos indígenas. **Artículo 12º.**- Inalienabilidad e imprescriptibilidad de los derechos

Por ser parte de su patrimonio cultural, los derechos de los pueblos indígenas sobre sus conocimientos colectivos son inalienables e imprescriptibles.

**Artículo 13º.**- Conocimientos colectivos que están en el dominio público

A efectos del presente régimen, se entenderá que un conocimiento colectivo se encuentra en el dominio público cuando haya sido accesible a personas ajenas a los pueblos indígenas, a través de medios de comunicación masiva, tales como publicaciones, o cuando se refiera a propiedades, usos o características de un recurso biológico que sean conocidos masivamente fuera del ámbito de los pueblos y comunidades indígenas.

En los casos en que estos conocimientos hayan entrado en el dominio público en los últimos 20 años, se destinará un porcentaje del valor de las ventas brutas, antes de

impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados a partir de estos conocimientos colectivos, al Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas a que se refieren los Artículos 37° y siguientes.

**Artículo 14°.-** Representantes de los pueblos indígenas

Para efectos de este régimen, los pueblos indígenas deberán ser representados a través de sus organizaciones representativas, respetando las formas tradicionales de organización de los pueblos indígenas.

## **TÍTULO VI**

### **DE LOS REGISTROS DE CONOCIMIENTOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

**Artículo 15°.- Registros de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas**

Los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas podrán ser inscritos en tres tipos de registros: a) Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas.

b) Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas.

c) Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos indígenas.

El Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas y el Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas estarán a cargo del Indecopi.

**Artículo 16°.-** Objeto de los Registros de Conocimientos Colectivos

Los Registros de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas tienen por objeto, según sea el caso:

a) Preservar y salvaguardar los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas y sus derechos sobre ellos; y

b) Proveer al Indecopi de información que le permita la defensa de los intereses de los pueblos indígenas, con relación a sus conocimientos colectivos.

**Artículo 17°.-** Carácter del Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas

El Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas contendrá los conocimientos colectivos que se encuentran en el dominio público. El Indecopi deberá registrar los conocimientos colectivos que están en el dominio público en el Registro Nacional Público de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas.

**Artículo 18°.-** Carácter del Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas

El Registro Nacional Confidencial de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas no podrá ser consultado por terceros.

**Artículo 19°.-** Registro a solicitud de los pueblos indígenas

Cada pueblo, a través de su organización representativa, podrá inscribir ante el Indecopi, en el Registro Nacional Público o en el Registro Nacional Confidencial, los conocimientos colectivos que posea. **Artículo 20°.-** Solicitudes de registro de conocimientos colectivos

Las solicitudes de registro de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas se presentarán ante el Indecopi, a través de sus organizaciones representativas, y deberán contener:

- a) Identificación del pueblo indígena que solicita el registro de sus conocimientos;
- b) Identificación del representante;
- c) Indicación del recurso biológico sobre el cual versa el conocimiento colectivo, pudiendo utilizarse el nombre indígena;
- d) Indicación del uso o usos que se dan al recurso biológico en cuestión;
- e) Descripción clara y completa del conocimiento colectivo objeto de registro; y
- f) Acta en la que figura el acuerdo de registrar el conocimiento por parte del pueblo indígena. La solicitud deberá ser acompañada de una muestra del recurso biológico sobre el cual versa el conocimiento colectivo objeto de registro. En aquellos casos en que la muestra sea de difícil transporte o manipulación, el pueblo indígena que solicita el registro podrá requerir al Indecopi que le exima de la presentación de dicha muestra y le permita presentar, en su lugar, fotografías en las que se puedan apreciar las características del recurso biológico sobre el cual versa el conocimiento colectivo. Dicha muestra, o en su caso, dichas fotografías, deberán permitir al Indecopi identificar de manera fehaciente el recurso biológico en cuestión y hacer constar en el expediente el nombre científico del mismo.

**Artículo 21°**.- Trámite de la solicitud

El Indecopi verificará, en el plazo de diez (10) días de presentada la solicitud, que la misma consigne todos los datos especificados en el artículo anterior.

En caso de que se haya producido alguna omisión, notificará al pueblo indígena que solicita el registro a efectos de que complete la solicitud, dentro del plazo de seis (6) meses, prorrogables a su solicitud, bajo apercibimiento de declarar el abandono de la solicitud.

Una vez que el Indecopi haya verificado que la solicitud consigne todos los datos especificados en el artículo anterior, procederá a registrar el conocimiento colectivo en cuestión.

**Artículo 22°**.- Envío de representantes del Indecopi

Para facilitar el registro de conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, el Indecopi podrá enviar representantes debidamente acreditados a los diferentes pueblos indígenas con el fin de recabar la información necesaria para dar trámite a las solicitudes de registro que deseen presentar.

**Artículo 23°**.- Obligación del Indecopi de enviar la información contenida en el Registro Nacional Público a las principales Oficinas de Patentes del mundo Con el fin de objetar solicitudes de patente en trámite, cuestionar patentes concedidas o influir en general en el otorgamiento de patentes relacionadas con productos o procesos obtenidos o desarrollados a partir de un conocimiento colectivo, el Indecopi deberá enviar la información contenida en el Registro Nacional Público, a las principales Oficinas de Patentes del mundo, a efectos de que sea tomada en cuenta como antecedente en el examen de novedad y nivel inventivo de las solicitudes de patente.

**Artículo 24°**.- Registros Locales de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas Los pueblos indígenas podrán organizar Registros Locales de Conocimientos Colectivos,

de conformidad con sus usos y costumbres. El Indecopi prestará asistencia técnica para la organización de estos registros, a solicitud de los pueblos indígenas.

## **TÍTULO VII**

### **DE LAS LICENCIAS**

**Artículo 25°**.- Inscripción obligatoria de contratos de licencia

Los contratos de licencia deberán inscribirse en un registro que para estos efectos llevará el Indecopi. **Artículo 26°**.- Obligatoriedad de forma escrita de los contratos de licencia

La organización representativa de los pueblos indígenas que poseen un conocimiento colectivo podrá otorgar a terceras personas licencias de uso de dicho conocimiento colectivo sólo mediante contrato escrito, en idioma nativo y castellano, y por un plazo renovable no menor de un año ni mayor de 3 años.

**Artículo 27°**.- Contenido del contrato de licencia

A efectos del presente régimen, los contratos deberán contener por lo menos las siguientes cláusulas: a) Identificación de las partes.

b) Descripción del conocimiento colectivo objeto del contrato.

c) El establecimiento de las compensaciones que recibirán los pueblos indígenas por el uso de su conocimiento colectivo. Estas compensaciones incluirán un pago inicial monetario u otro equivalente dirigido a su desarrollo sostenible; y un porcentaje no menor del 5% del valor de las ventas brutas, antes de impuestos, resultantes de la comercialización de los productos desarrollados directa e indirectamente a partir de dicho conocimiento colectivo, de ser el caso.

d) El suministro de suficiente información relativa a los propósitos, riesgos o implicancias de dicha actividad, incluyendo los eventuales usos del conocimiento colectivo y, de ser el caso, el valor del mismo.

e) La obligación del licenciataria de informar periódicamente, en términos generales, al licenciante acerca de los avances en la investigación, industrialización y comercialización de los productos desarrollados a partir de los conocimientos colectivos objeto de la licencia.

f) La obligación del licenciataria de contribuir al fortalecimiento de las capacidades de los pueblos indígenas en relación con sus conocimientos colectivos vinculados a los recursos biológicos.

En caso de que en el contrato se pacte un deber de reserva, el mismo deberá constar expresamente.

El Indecopi no registrará los contratos que no se ajusten a lo establecido en este artículo.

**Artículo 28°**.- Solicitudes de registro de contrato de licencia. Confidencialidad del contrato  
Las solicitudes de registro de un contrato de licencia que se presenten ante el Indecopi deberán contener:

a) Identificación de los pueblos indígenas que son parte en el contrato y de sus representantes;

b) Identificación de las demás partes en el contrato y de sus representantes.

c) Copia del contrato; y

d) Acta en la que figura el acuerdo de celebrar el contrato de licencia por parte de los pueblos indígenas que son parte en el contrato.

El contrato no podrá ser consultado por terceros, salvo con autorización expresa de ambas partes.

**Artículo 29°**.- Trámite de la solicitud

El Indecopi verificará, en el plazo de diez (10) días de presentada la solicitud, que la solicitud consigne todos los datos especificados en el artículo anterior.

En caso de que se haya producido alguna omisión, notificará a quien solicita el registro a efectos de que complete la solicitud, dentro del plazo de seis (6) meses, prorrogables a su solicitud, bajo apercibimiento de declarar el abandono de la solicitud.

**Artículo 30°**.- Verificación del contenido del contrato

A efectos de inscribir una licencia, el Indecopi, dentro del plazo de treinta (30) días de presentada la solicitud, verificará si se cumplen las cláusulas mencionadas en el Artículo 27°.

**Artículo 31°**.- Información adicional acerca del impacto ambiental

El Indecopi, a solicitud de parte, o de oficio, solicitará información adicional, en aquellos casos en que considere que exista el riesgo de afectar el equilibrio ambiental en los territorios que habitan los pueblos indígenas como consecuencia del contrato cuyo registro se solicita. El registro del contrato será denegado de verificarse dicho riesgo y en caso de que las partes no se comprometan a tomar las medidas necesarias para evitarlo, a satisfacción de la Autoridad Nacional Competente en materia de medio ambiente.

**Artículo 32°**.- Alcance de las licencias de uso

La licencia de uso de conocimiento colectivo de un pueblo indígena no impedirá a otros utilizarlo ni otorgar licencias sobre este mismo conocimiento. Esta licencia tampoco afectará el derecho de las generaciones presentes y futuras de seguir utilizando y desarrollando conocimientos colectivos.

**Artículo 33°**.- Prohibición de conceder sublicencias

Sólo se podrán conceder sublicencias con autorización expresa de la organización representativa de los pueblos indígenas que otorga la licencia.

**TÍTULO VIII**

**DE LA CANCELACIÓN DE REGISTRO**

**Artículo 34°**.- Causales de cancelación de registro

El Indecopi podrá cancelar, de oficio o a solicitud de parte, un registro de conocimiento colectivo o de licencia de uso, previa audiencia de las partes interesadas, siempre que:

a) Haya sido concedido en contravención de cualquiera de las disposiciones del presente régimen.

b) Se compruebe que los datos esenciales contenidos en la solicitud son falsos o inexactos.

Las acciones de cancelación que se deriven del presente artículo podrán iniciarse en cualquier momento.

**Artículo 35°**.- Solicitud de cancelación de registro

La solicitud de cancelación de registro deberá consignar o adjuntar, según el caso, lo siguiente:

a) Identificación de quien solicita la cancelación;

b) Identificación del representante o apoderado, de ser el caso;

c) Registro materia de la cancelación;

- d) Indicación del fundamento legal de la acción;
- e) Pruebas que acrediten las causales de cancelación invocadas;
- f) Domicilio donde se notificará al titular del registro cuya cancelación se solicita;
- g) En su caso, copia de los poderes que fueren necesarios; y,
- h) Copias de la solicitud y sus recaudos para el titular del registro.

**Artículo 36°**.- Trámite de la solicitud

La solicitud de cancelación se trasladará al titular del registro, a quien se le concederá un plazo de treinta (30) días para hacer su descargo. Luego de este plazo, el Indecopi resolverá con o sin la contestación respectiva.

**TÍTULO IX**

**DEL FONDO PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS**

**Artículo 37°**.- Objeto del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas

Créase el Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas con el objeto de contribuir al desarrollo integral de los pueblos indígenas a través del financiamiento de proyectos y otras actividades. Este Fondo gozará de autonomía técnica, económica, administrativa y financiera.

**Artículo 38°**.- Acceso a los recursos del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas

Los pueblos indígenas tienen derecho a acceder a los recursos del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas a través de sus organizaciones representativas y por medio de proyectos de desarrollo, previa evaluación y aprobación del Comité Administrador.

**Artículo 39°**.- Administración del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas

El Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas será administrado por 5 representantes de organizaciones representativas de los pueblos indígenas, y 2 representantes de la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, los mismos que conformarán el Comité Administrador.

Este Comité deberá utilizar, en la medida de lo posible, los mecanismos tradicionalmente empleados -por los pueblos indígenas- para compartir y distribuir beneficios generados colectivamente.

El Comité Administrador deberá informar trimestralmente a las organizaciones representativas de los pueblos indígenas sobre los recursos recibidos.

**Artículo 40°**.- Obligación de presentar declaraciones juradas de los miembros del Comité Administrador

Los miembros del Comité Administrador, al momento de asumir sus cargos y anualmente, deberán presentar a la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, una declaración jurada de bienes y rentas.

**Artículo 41°**.- Recursos del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas Los recursos del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas se obtendrán del Presupuesto Público, de la cooperación técnica internacional, de donaciones, del porcentaje de los beneficios económicos a que se refieren los Artículos 8° y 13°, de las multas a que se refiere el Artículo 62°, así como de otros aportes.

**TÍTULO X**

**DE LA PROTECCIÓN QUE CONFIERE ESTE RÉGIMEN**



**Artículo 42°.-** Derechos de los pueblos indígenas que poseen conocimientos colectivos El pueblo indígena que posea un conocimiento colectivo estará protegido contra la revelación, adquisición o uso de tal conocimiento colectivo sin su consentimiento y de manera desleal, en la medida en que este conocimiento colectivo no se encuentre en el dominio público. Asimismo, estará protegido contra la divulgación sin autorización en caso de que un tercero haya tenido acceso legítimamente al conocimiento colectivo pero con deber de reserva.

**Artículo 43°.-** Acciones por infracción de derechos de los pueblos indígenas

Los pueblos indígenas que poseen conocimientos colectivos pueden interponer acción por infracción contra quien infrinja los derechos que se precisan en el artículo anterior. También procede la acción por infracción cuando exista peligro inminente de que estos derechos puedan ser infringidos. Las acciones por infracción podrán iniciarse de oficio por decisión del Indecopi.

**Artículo 44°.-** Inversión de la carga de la prueba

En los casos en que se alegue una infracción a los derechos de un pueblo indígena poseedor de determinado conocimiento colectivo, la carga de la prueba recaerá en el denunciado.

**Artículo 45°.-** Acciones reivindicatorias e indemnizatorias

Las organizaciones representativas de los pueblos indígenas que poseen conocimientos colectivos podrán iniciar las acciones reivindicatorias e indemnizatorias que les confiera la legislación vigente contra el tercero que, de manera contraria a lo establecido en este régimen, hubiere utilizado, directa o indirectamente, dichos conocimientos colectivos.

**Artículo 46°.-** Solución de discrepancias entre pueblos indígenas

Para solucionar las discrepancias que pudieran generarse entre los pueblos indígenas en el marco de aplicación de este régimen, tales como aquéllas relacionadas con el cumplimiento por parte del pueblo indígena que ha negociado un contrato de licencia de uso de sus conocimientos colectivos de lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 6° de la presente Ley, éstos podrán recurrir al derecho consuetudinario y a sus formas tradicionales de solución de conflictos, pudiendo contar con la mediación de una organización indígena superior.

## **TÍTULO XI**

### **DE LAS ACCIONES POR INFRACCIÓN**

**Artículo 47°.-** Contenido de la denuncia

Los pueblos indígenas que deseen interponer una acción por infracción deberán presentar, a través de su organización representativa y ante la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, una solicitud que deberá contener:

- a) La identificación de la organización representativa de los pueblos indígenas que interponen la acción y de sus representantes;
- b) La identificación y domicilio de la persona que estuviere ejecutando la infracción;
- c) La indicación del número de registro que ampara el derecho del pueblo indígena denunciante o, en su defecto, la descripción del conocimiento colectivo e indicación del recurso biológico sobre el cual versa el conocimiento colectivo materia de la acción;
- d) La descripción de los hechos constitutivos de la infracción, con indicación del lugar y de los medios utilizados o presumiblemente utilizados, y cualquier otra información relevante;
- e) La presentación u ofrecimiento de pruebas; y

f) La indicación expresa de la medida cautelar que se solicita.

**Artículo 48°**- Trámite de la denuncia

Una vez admitida a trámite la denuncia, se trasladará la misma al denunciado, a fin de que éste presente su descargo. El plazo para la presentación del descargo será de cinco (5) días contados desde la notificación, vencido el cual la autoridad administrativa del Indecopi declarará en rebeldía al denunciado que no lo hubiera presentado.

En el caso de los procedimientos de oficio, el plazo para la presentación de descargos correrá a partir de la fecha en la que la autoridad administrativa notifica al denunciado los hechos materia de investigación, así como la tipificación y descripción de la presunta infracción. La autoridad administrativa del Indecopi podrá realizar las inspecciones e investigaciones que considere necesarias, antes de enviar dicha comunicación. La notificación de la denuncia podrá efectuarse simultáneamente con la realización de una inspección, ya sea a pedido del denunciante o de oficio, en caso de que la autoridad administrativa del Indecopi considere que su actuación sea pertinente.

**Artículo 49°**- Medidas cautelares

En cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la autoridad administrativa del Indecopi podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar una o varias de las siguientes medidas cautelares destinadas a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva:

- a) La cesación de los actos materia de la acción;
- b) El decomiso, el depósito o la inmovilización de los productos desarrollados a partir del conocimiento colectivo materia de la acción;
- c) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país y la salida del país de los productos desarrollados a partir del conocimiento colectivo materia de la acción;
- d) El cierre temporal del establecimiento del denunciado; y
- e) Cualquier otra medida que tenga por objeto evitar que se produzca algún perjuicio derivado del acto materia de la acción o que tenga como finalidad la cesación de éste.

La autoridad administrativa del Indecopi podrá, de considerarlo pertinente, ordenar una medida cautelar distinta a la solicitada por la parte interesada.

El afectado por una medida cautelar podrá solicitar ante el Indecopi su modificación o levantamiento, si aporta nuevos elementos de juicio que lo justifiquen.

**Artículo 50°**- Incumplimiento de la medida cautelar

Si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenada por la autoridad administrativa del Indecopi no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios que emplea la autoridad administrativa del Indecopi al emitir resoluciones finales. Dicha multa deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días de notificada, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, se podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla la medida cautelar ordenada y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que

corresponda. Las multas impuestas no impiden a la autoridad administrativa del Indecopi imponer una multa o sanción distinta al final del procedimiento.

**Artículo 51°**.- Conciliación

En cualquier estado del procedimiento, e incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, la autoridad administrativa competente del Indecopi podrá citar a las partes a audiencia de conciliación. Si ambas partes arribaran a un acuerdo respecto de la denuncia, se levantará un acta donde conste el acuerdo respectivo, el mismo que tendrá efectos de transacción extrajudicial. En cualquier caso, la autoridad administrativa del Indecopi podrá continuar de oficio el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros.

**Artículo 52°**.- Mecanismos alternativos de solución de conflictos

En cualquier estado del procedimiento, e incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, las partes podrán someterse a arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos de resolución de disputas a cargo de terceros. Si las partes decidieran someterse a arbitraje, podrán suscribir inmediatamente el convenio arbitral correspondiente, de conformidad con el reglamento que para dicho efecto aprobará el Directorio del Indecopi. En cualquier caso, la autoridad administrativa del Indecopi podrá continuar de oficio con el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros.

**Artículo 53°**.- Medios probatorios

Las partes podrán ofrecer los siguientes medios probatorios:

- a) Pericia;
- b) Documentos, incluyendo todo tipo de escritos, impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos, radiografías, cintas cinematográficas y otras reproducciones de audio y vídeo, la telemática en general y demás objetos y bienes que recojan, contengan o representen algún hecho, una actividad humana o su resultado; y,
- c) Inspección.

Excepcionalmente podrán actuarse pruebas distintas a las mencionadas, sólo si a criterio de la autoridad administrativa competente, éstas revisten especial importancia para la resolución del caso.

**Artículo 54°**.- Inspección

En caso de que fuera necesaria la realización de una inspección, ésta será efectuada por la autoridad administrativa competente del Indecopi. Siempre que se realice una inspección deberá levantarse un acta que será firmada por quien estuviera a cargo de la misma, así como por los interesados, quienes ejerzan su representación o por el encargado del establecimiento correspondiente. En caso de que el denunciado, su representante o el encargado del establecimiento se negara a hacerlo, se dejará constancia de tal hecho.

**Artículo 55°**.- Auxilio de la Policía Nacional

Tanto para la actuación de las pruebas como para la realización de las diligencias, la autoridad administrativa del Indecopi podrá requerir la intervención de la Policía Nacional, sin necesidad de notificación previa, a fin de garantizar el cumplimiento de sus funciones.

**Artículo 56°**.- Actuación de medios probatorios. Insuficiencia de pruebas

Si de la revisión de la información presentada, la autoridad administrativa del Indecopi considera necesario contar con mayores elementos de juicio, notificará a las partes a fin de que éstas absuelvan las observaciones que se establezcan en el plazo que aquélla determine, o actuará las pruebas de oficio que considere necesarias. Las partes deberán absolver las observaciones por escrito, acompañando los medios probatorios que consideren convenientes.

**Artículo 57°.-** Informe oral

La autoridad administrativa del Indecopi pondrá en conocimiento de las partes que lo actuado se encuentra expedito para resolver. Las partes podrán solicitar la realización de un informe oral ante ésta, dentro del plazo de cinco (5) días. La actuación o denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la autoridad administrativa del Indecopi, según la importancia y trascendencia del caso.

**Artículo 58°.-** Base de cálculo para las multas

El monto de las multas que aplique la autoridad administrativa del Indecopi será calculado en base a la UIT vigente en el día del pago voluntario, o en la fecha en que se haga efectiva la cobranza coactiva.

**Artículo 59°.-** Reducción de la multa

La sanción de multa aplicable será rebajada en un veinticinco por ciento (25%) cuando el infractor cancele el monto de la misma con anterioridad a la culminación del término para impugnar la resolución que puso fin a la instancia, en tanto no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución.

**Artículo 60°.-** Gastos por actuación de medios probatorios

Los gastos por los peritajes realizados, actuación de pruebas, inspecciones y otros derivados de la tramitación del proceso serán asumidos inicialmente por el Indecopi. En todos los casos, la resolución final determinará si los gastos deben ser asumidos por alguna de las partes, y reembolsados al Indecopi, de manera adicional a la sanción que haya podido imponerse.

**Artículo 61°.-** Registro de sanciones

El Indecopi llevará un registro de las sanciones aplicadas, con la finalidad de informar al público, así como para detectar casos de reincidencia.

**Artículo 62°.-** Sanciones

Las infracciones a los derechos de los pueblos indígenas que poseen conocimientos colectivos darán lugar a la aplicación de una sanción de multa, sin perjuicio de las medidas que se dicten para la cesación de los actos de infracción o para evitar que éstos se produzcan. Las multas que podrán establecerse serán de hasta ciento cincuenta (150) UIT. La imposición y graduación de las multas será determinada, teniendo en consideración el beneficio económico obtenido por el infractor, el perjuicio económico ocasionado a los pueblos y comunidades indígenas y la conducta del infractor a lo largo del procedimiento. La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente.

Si el obligado no cumple en un plazo de tres (3) días con lo ordenado en la resolución que pone fin a un procedimiento, se le impondrá una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, según los criterios a los que hace referencia el artículo precedente, y se ordenará

su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, se podrá duplicar sucesiva e ilimitadamente la multa impuesta hasta que se cumpla la resolución, sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que corresponda.

## **TÍTULO XII**

### **DE LA AUTORIDAD NACIONAL COMPETENTE Y DEL CONSEJO ESPECIALIZADO EN LA PROTECCIÓN DE CONOCIMIENTOS INDÍGENAS**

#### **Artículo 63°.- Autoridad Nacional Competente**

La Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es competente para conocer y resolver en primera instancia todo lo relativo a la protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas.

La Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi conocerá y resolverá los recursos de apelación en segunda y última instancia administrativa.

#### **Artículo 64°.- Funciones de la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías**

Serán funciones de la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi:

- a) Llevar y mantener el Registro de Conocimientos Colectivos de los Pueblos Indígenas.
- b) Llevar y mantener el Registro de Licencias de Uso de Conocimientos Colectivos.
- c) Evaluar la validez de los contratos de licencias sobre conocimientos colectivos de los pueblos indígenas, tomando en cuenta la opinión del Consejo especializado en la protección de conocimientos indígenas.
- d) Ejercer las demás funciones que se le encargan mediante el presente dispositivo.

**Artículo 65°.- Consejo especializado en la protección de conocimientos indígenas** El Consejo especializado en la protección de conocimientos indígenas estará integrado por 5 (cinco) personas especializadas en el tema, 3 (tres) designadas por las organizaciones representativas de los pueblos indígenas, y 2 (dos) designadas por la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, quienes asumirán el cargo de miembros de este Consejo de manera ad honórem.

**Artículo 66°.- Funciones del Consejo especializado en la protección de conocimientos indígenas** Serán funciones del Consejo especializado en la protección de conocimientos indígenas:

- a) Monitorear y hacer seguimiento de la aplicación de este régimen de protección;
- b) Apoyar al Comité Administrador del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, y a la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del Indecopi, en el desempeño de sus funciones;
- c) Emitir opinión en cuanto a la validez de los contratos de licencias sobre conocimientos colectivos de los pueblos indígenas;
- d) Brindar asesoría a los representantes de los pueblos indígenas que así lo soliciten en asuntos vinculados con este régimen, en particular, en la elaboración y ejecución de proyectos, en el marco de este régimen; y

e) Supervisar al Comité Administrador del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en el ejercicio de sus funciones.

Para estos efectos, podrá exigir al Comité Administrador cualquier tipo de información relacionada con la administración del Fondo, ordenar inspecciones o auditorías, examinar sus libros, documentos y designar un representante que asista con voz pero sin voto a sus reuniones. La resolución que ordene la práctica de una auditoría deberá ser motivada. Estará facultada para imponerles sanciones, tales como la amonestación, la suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones o la separación definitiva de sus cargos, en caso de que infrinjan las disposiciones del presente régimen o su reglamento, o que incurran en hechos que afecten los intereses de los pueblos y comunidades indígenas, sin perjuicio de las sanciones penales o de las acciones civiles que correspondan.

### **TÍTULO XIII**

#### **RECURSOS ADMINISTRATIVOS**

##### **Artículo 67°.- Recurso de reconsideración**

Contra las resoluciones expedidas por la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías puede interponerse recurso de reconsideración, dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación, el mismo que deberá ser acompañado con nueva prueba.

##### **Artículo 68°.- Recurso de apelación**

Procede interponer recurso de apelación únicamente contra la resolución que ponga fin a la instancia, expedida por la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, dentro de los quince (15) días siguientes a su notificación. No procede interponer recurso de apelación contra las resoluciones de primera instancia que imponen medidas cautelares o preventivas.

##### **Artículo 69°.- Sustento de recurso de apelación**

Los recursos de apelación se interpondrán cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo ser sustentados por ante la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías. Verificados los requisitos establecidos en el presente artículo y en el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Indecopi, la Oficina deberá conceder la apelación y elevar los actuados a la segunda instancia administrativa.

### **TÍTULO XIV**

#### **PROCEDIMIENTO ANTE EL TRIBUNAL**

##### **Artículo 70°.- Trámite en segunda instancia**

Recibidos los actuados por la Sala de la Propiedad Intelectual del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi, se correrá traslado de la apelación a la otra parte para que cumpla con presentar sus argumentos, dentro del plazo de quince (15) días.

##### **Artículo 71°.- Medios probatorios e informe oral**

No se admitirán medios probatorios, salvo documentos. Sin perjuicio de ello, cualquiera de las partes podrá solicitar el uso de la palabra, debiendo especificar si éste se referirá a cuestiones de hecho o de derecho. La actuación o denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la Sala del Tribunal. Citadas las partes a informe oral, éste se llevará a cabo con quienes asistan a la audiencia.

#### **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**

**PRIMERA.- Independencia de la legislación vigente en materia de propiedad intelectual** Este régimen especial de protección es independiente de lo previsto en las Decisiones 345 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, en los Decretos Legislativos Núms. 822 y 823 y en el Decreto Supremo N° 008-96-ITINCI.

**SEGUNDA.- Presentación del contrato de licencia como requisito para obtener una patente de invención**

En caso de que se solicite una patente de invención relacionada con productos o procesos obtenidos o desarrollados a partir de un conocimiento colectivo, el solicitante estará obligado a presentar una copia del contrato de licencia, como requisito previo para la concesión del respectivo derecho, a menos de que se trate de un conocimiento colectivo que se encuentra en el dominio público. El incumplimiento de esta obligación será causal de denegación o, en su caso, de nulidad de la patente en cuestión.

**DISPOSICIÓN TRANSITORIA**

**ÚNICA.- Conformación del Comité Administrador del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas**

La designación de los miembros del Comité Administrador del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas estará a cargo de la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, en coordinación con las organizaciones representativas de los pueblos indígenas.

**DISPOSICIÓN FINAL**

**ÚNICA.- Reglamento del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas**

Dentro del plazo de noventa (90) días contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, las organizaciones representativas de los pueblos indígenas alcanzarán un proyecto de Reglamento al Comité de Administración del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas a que se contrae el Artículo 39° de la presente Ley, para su aprobación. Dicho Reglamento deberá regular la organización y funcionamiento del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, en el cual se determinará el monto o porcentaje máximo de los recursos del fondo que se podrá destinar a sufragar los gastos que irroge su administración.

Comuníquese al señor Presidente de la República para su promulgación.

En Lima, a los veinticuatro días del mes de julio de dos mil dos.

CARLOS FERRERO

Presidente del Congreso de la República

HENRY PEASE GARCÍA

Primer Vicepresidente del Congreso de la República

AL SEÑOR PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA

POR TANTO:

Mando se publique y cumpla.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los ocho días del mes de agosto del año dos mil dos.

ALEJANDO TOLEDO

Presidente Constitucional de la República

LUIS SOLARI DE LA FUENTE  
Presidente del Consejo de Ministros



# **Annexe B: LEY N° 7788**

## **LEY DE BIODIVERSIDAD**

LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA  
DECRETA:

### **CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES**

#### **ARTÍCULO 1.- Objeto**

El objeto de la presente ley es conservar la biodiversidad y el uso sostenible de los recursos, así como distribuir en forma justa los beneficios y costos derivados.

#### **ARTÍCULO 2.- Soberanía**

El Estado ejercerá la soberanía completa y exclusiva sobre los elementos de la biodiversidad.

#### **ARTÍCULO 3.- Ámbito de aplicación**

Esta ley se aplicará sobre los elementos de la biodiversidad que se encuentran bajo la soberanía del Estado, así como sobre los procesos y las actividades realizados bajo su jurisdicción o control, con independencia de aquellas cuyos efectos se manifiestan dentro o fuera de las zonas sujetas a jurisdicción nacional. Esta ley regulará específicamente el uso, el manejo, el conocimiento asociado y la distribución justa de los beneficios y costos derivados del aprovechamiento de los elementos de la biodiversidad.

#### **ARTÍCULO 4.- Exclusiones**

Esta ley no se aplicará al acceso al material bioquímico y genético humano, que continuará regulándose por la Ley General de Salud, No. 5395, de 30 de octubre de 1973, y por las leyes conexas.

Tampoco se aplican estas disposiciones al intercambio de los recursos bioquímicos y genéticos ni al conocimiento asociado resultante de prácticas, usos y costumbres, sin fines de lucro, entre los pueblos indígenas y las comunidades locales.

Lo dispuesto en esta ley no afecta la autonomía universitaria en materia de docencia e investigación en el campo de la biodiversidad, excepto si las investigaciones tuvieren fines de lucro.

**TRANSITORIO.-** Las universidades públicas, en coordinación con el Consejo Nacional de Rectores, en el plazo de un año contado a partir de la vigencia de esta ley, establecerán en su reglamentación interna, los controles y las regulaciones aplicables exclusivamente a la actividad académica y de investigación que realicen, cuando implique acceso a la biodiversidad sin fines de lucro.

Las universidades que en el plazo indicado no definan los controles adecuados, quedarán sujetas a la regulación ordinaria de esta ley.

**ARTÍCULO 5.- Marco de interpretación**

Este ordenamiento jurídico servirá de marco para la interpretación del resto de las normas que regulan la materia objeto de esta ley.

**ARTÍCULO 6.- Dominio público**

Las propiedades bioquímicas y genéticas de los elementos de la biodiversidad silvestres o domesticados son de dominio público.

El Estado autorizará la exploración, la investigación, la bioprospección, el uso y el aprovechamiento de los elementos de la biodiversidad que constituyan bienes de dominio público, así como la utilización de todos los recursos genéticos y bioquímicos, por medio de las normas de acceso establecidas en el capítulo V de esta ley.

**ARTÍCULO 7.- Definiciones**

Esta ley deberá ser interpretada de acuerdo con las siguientes definiciones:

**1.- Acceso a los elementos bioquímicos y genéticos:** Acción de obtener muestras de los elementos de la biodiversidad silvestre o domesticada existentes, en condiciones ex situ o in situ y obtención del conocimiento asociado, con fines de investigación básica, bioprospección o aprovechamiento económico.

**2.- Biodiversidad:** Variabilidad de organismos vivos de cualquier fuente, ya sea que se encuentren en ecosistemas terrestres, aéreos, marinos, acuáticos o en otros complejos ecológicos. Comprende la diversidad dentro de cada especie, así como entre las especies y los ecosistemas de los que forma parte.

Para los efectos de esta ley, se entenderán como comprendidos en el término biodiversidad, los elementos intangibles, como son: el conocimiento, la innovación y la práctica tradicional, individual o colectiva, con valor real o potencial asociado a recursos bioquímicos y genéticos, protegidos o no por los sistemas de propiedad intelectual o sistemas sui generis de registro.

**3.- Bioprospección:** La búsqueda sistemática, clasificación e investigación para fines comerciales de nuevas fuentes de compuestos químicos, genes, proteínas, microorganismos y otros productos con valor económico actual o potencial, que se encuentran en la biodiversidad.

- 4.- **Biotecnología:** Cualquier aplicación tecnológica que use sistemas biológicos, organismos vivos o derivados de ellos para hacer o modificar productos o procesos de un uso específico.
- 5.- **Colecciones naturales:** Cualquier colección sistemática de especímenes, vivos o muertos, representativos de plantas, animales o microorganismos.
- 6.- **Conocimiento:** Producto dinámico generado por la sociedad a lo largo del tiempo y por diferentes mecanismos, comprende lo que se produce en forma tradicional, como lo generado por la práctica científica.
- 7.- **Conservación ex situ:** Mantenimiento de los elementos de la biodiversidad fuera de sus hábitat naturales, incluidas las colecciones de material biológico.
- 8.- **Conservación in situ:** Mantenimiento de los elementos de la biodiversidad dentro de ecosistemas y hábitat naturales. Comprende también el mantenimiento y la recuperación de poblaciones viables de especies en sus entornos naturales; en el caso de las especies domesticadas o cultivadas, en los entornos en donde hayan desarrollado sus propiedades específicas.
- 9.- **Consentimiento previamente informado:** Procedimiento mediante el cual el Estado, los propietarios privados o las comunidades locales e indígenas, en su caso, previo suministro de toda la información exigida, consienten en permitir el acceso a sus recursos biológicos o al elemento intangible asociado a ellos, las condiciones mutuamente convenidas.
- 10.- **Diversidad de especies:** Variedad de especies silvestres o domesticadas dentro de un espacio específico.
- 11.- **Diversidad genética:** Frecuencia y diversidad de los genes o genomas, que provee la diversidad de especies.
- 12.- **Ecosistema:** Complejo dinámico de comunidades de plantas, animales, hongos y microorganismos y su medio físico, interactuando como una unidad funcional.
- 13.- **Elemento bioquímico:** Cualquier material derivado de plantas, animales, hongos o microorganismos, que contenga características específicas, moléculas especiales o pistas para diseñarlas.
- 14.- **Elementos genéticos:** Cualquier material de plantas, animales, hongos o microorganismos, que contenga unidades funcionales de la herencia.
- 15.- **Especie:** Conjunto de organismos capaces de reproducirse entre sí.
- 16.- **Especie domesticada o cultivada:** Especie seleccionada por el ser humano para reproducirla voluntariamente.
- 17.- **Especie exótica:** Especie de flora, fauna o microorganismo, cuya área natural de dispersión geográfica no corresponde al territorio nacional y se encuentra en el país, producto de actividades humanas voluntarias o no, así como por la actividad de la propia especie.
- 18.- **Evaluación de impacto ambiental:** Procedimiento científico-técnico que permite identificar y predecir cuáles efectos ejercerá sobre el ambiente una acción o proyecto específico, cuantificándolos y ponderándolos para conducir a la toma de decisiones. Incluye los efectos específicos, su evaluación global, las alternativas de

mayor beneficio ambiental, un programa de control y minimización de los efectos negativos, un programa de monitoreo, un programa de recuperación, así como la garantía de cumplimiento ambiental.

**19.- Hábitat:** Lugar o ambiente donde existen naturalmente un organismo o una población.

**20.- Hongos:** Organismos unicelulares y multicelulares, carentes de clorofila y pertenecientes al filo Fungi.

**21.- Innovación:** Cualquier conocimiento que añada un uso o valor mejorado a la tecnología, las propiedades, los valores y los procesos de cualquier recurso biológico.

**22.- Manipulación genética:** Uso de la ingeniería genética para producir organismos genéticamente modificados.

**23.- Microorganismo:** Organismos unicelulares y multicelulares capaces de realizar sus procesos vitales, independientemente de otros organismos. Incluye también los virus.

**24.- Organismos genéticamente modificados:** Cualquier organismo alterado mediante la inserción deliberada, la delección, el rearrreglo u otra manipulación de ácido desoxirribonucleico, por medio de técnicas de ingeniería genética.

**25.- País de origen de recursos genéticos:** Se entiende el país que posee esos recursos en condiciones *in situ*.

**26.- País que aporta recursos genéticos:** País que suministra recursos genéticos obtenidos de fuentes *in situ*, incluidas las poblaciones de especies silvestres y domesticadas, o de fuentes *ex situ*, que pueden ser originarias o no de ese país.

**27.- Permiso de acceso:** Autorización concedida por el Estado costarricense para la investigación básica de bioprospección, obtención o comercialización de materiales genéticos o extractos bioquímicos de elementos de la biodiversidad, así como su conocimiento asociado a personas o instituciones, nacionales o extranjeras, solicitado mediante un procedimiento normado en esta legislación, según se trate de permisos, contratos, convenios o concesiones.

**28.- Recurso natural:** Todo elemento de naturaleza biótica o abiótica que se explote, sea o no mercantil.

**29.- Recurso transgénico:** Recurso natural biótico que haya sido objeto de manipulaciones por ingeniería genética, que le alteran la constitución genética original.

**30.- Restauración de la diversidad biológica:** Toda actividad dirigida a recuperar las características estructurales y funcionales de la diversidad original de un área determinada, con fines de conservación.

#### **ARTÍCULO 8.- Función ambiental de la propiedad inmueble**

Como parte de la función económica y social, las propiedades inmuebles deben cumplir con una función ambiental.

#### **ARTÍCULO 9.- Principios Generales**

Constituyen principios generales para los efectos de la aplicación de esta ley, entre otros, los siguientes:

- 1.- **Respeto a la vida en todas sus formas.** Todos los seres vivos tienen derecho a la vida, independientemente del valor económico, actual o potencial.
- 2.- **Los elementos de la biodiversidad son bienes meritorios.** Tienen importancia decisiva y estratégica para el desarrollo del país y son indispensables para el uso doméstico, económico, social, cultural y estético de sus habitantes.
- 3.- **Respeto a la diversidad cultural.** La diversidad de prácticas culturales y conocimientos asociados a los elementos de la biodiversidad deben ser respetados y fomentados, conforme al marco jurídico nacional e internacional, particularmente en el caso de las comunidades campesinas, los pueblos indígenas y otros grupos culturales.
- 4.- **Equidad intra e intergeneracional.** El Estado y los particulares velarán porque la utilización de los elementos de la biodiversidad se utilicen en forma sostenible, de modo que las posibilidades y oportunidades de su uso y sus beneficios se garanticen de manera justa para todos los sectores de la sociedad y para satisfacer las necesidades de las generaciones futuras.

#### **ARTÍCULO 10.- Objetivos**

Esta ley procura alcanzar los siguientes objetivos:

- 1.- Integrar la conservación y el uso sostenible de los elementos de la biodiversidad en el desarrollo de políticas socioculturales, económicas y ambientales.
- 2.- Promover la participación activa de todos los sectores sociales en la conservación y el uso ecológicamente sostenible de la biodiversidad, para procurar la sostenibilidad social, económica y cultural.
- 3.- Promover la educación y la conciencia pública sobre la conservación y la utilización de la biodiversidad.
- 4.- Regular el acceso y posibilitar con ello la distribución equitativa de los beneficios sociales ambientales y económicos para todos los sectores de la sociedad, con atención especial a las comunidades locales y pueblos indígenas.
- 5.- Mejorar la administración para una gestión efectiva y eficaz de los elementos de la biodiversidad.
- 6.- Reconocer y compensar los conocimientos, las prácticas y las innovaciones de los pueblos indígenas y de las comunidades locales para la conservación y el uso ecológicamente sostenible de los elementos de la biodiversidad.
- 7.- Reconocer los derechos que provienen de la contribución del conocimiento científico para la conservación y el uso ecológicamente sostenible de los elementos de la biodiversidad.
- 8.- Garantizarles a todos los ciudadanos la seguridad ambiental como garantía de sostenibilidad social, económica y cultural.

- 9.- No limitar la participación de todos los sectores en el uso sostenible de los elementos de la biodiversidad y el desarrollo de la investigación y la tecnología.
- 10.- Promover el acceso a los elementos de la biodiversidad y la transferencia tecnológica asociada.
- 11.- Fomentar la cooperación internacional y regional para alcanzar la conservación, el uso ecológicamente sostenible y la distribución de beneficios derivados de la biodiversidad, especialmente en áreas fronterizas o de recursos compartidos.
- 12.- Promover la adopción de incentivos y la retribución de servicios ambientales para la conservación, el uso sostenible y los elementos de la biodiversidad.
- 13.- Establecer un sistema de conservación de la biodiversidad, que logre la coordinación entre el sector privado, los ciudadanos y el Estado, para garantizar la aplicación de esta ley.

#### **ARTÍCULO 11.- Criterios para aplicar esta ley**

Son criterios para aplicar esta ley:

- 1.- **Criterio preventivo:** Se reconoce que es de vital importancia anticipar, prevenir y atacar las causas de la pérdida de la biodiversidad o sus amenazas.
- 2.- **Criterio precautorio o indubio pro natura:** Cuando exista peligro o amenaza de daños graves o inminentes a los elementos de la biodiversidad y al conocimiento asociado con estos, la ausencia de certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces de protección.
- 3.- **Criterio de interés público ambiental:** El uso de los elementos de la biodiversidad deberá garantizar las opciones de desarrollo de las futuras generaciones, la seguridad alimentaria, la conservación de los ecosistemas, la protección de la salud humana y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos.
- 4.- **Criterio de integración:** La conservación y el uso sostenible de la biodiversidad deberán incorporarse a los planes, los programas, las actividades y estrategias sectoriales e intersectoriales, para los efectos de que se integren al proceso de desarrollo.

#### **ARTÍCULO 12.- Cooperación Internacional**

Es deber del Estado promover, planificar y orientar las actividades nacionales, las relaciones exteriores y la cooperación con naciones vecinas, respecto de la conservación, el uso, el aprovechamiento y el intercambio de los elementos de la biodiversidad presentes en el territorio nacional y en ecosistemas transfronterizos de interés común. Asimismo, deberá regular el ingreso y salida del país de los recursos bióticos.

## **CAPÍTULO II ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**

**ARTÍCULO 13.- Organización**

Para cumplir los objetivos de la presente ley, el Ministerio del Ambiente y Energía coordinará la organización administrativa encargada del manejo y la conservación de la biodiversidad, integrada por:

- a) La Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad.
- b) Sistema Nacional de Áreas de Conservación.

**SECCIÓN I  
COMISIÓN NACIONAL PARA LA GESTIÓN  
DE LA BIODIVERSIDAD**

**ARTÍCULO 14.- De la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad**

Créase la Comisión Nacional para la Gestión de la Biodiversidad, con personería jurídica instrumental, como órgano desconcentrado del Ministerio del Ambiente y Energía. Tendrá las siguientes atribuciones:

- 1.- Formular las políticas nacionales referentes a la conservación, el uso ecológicamente sostenible y la restauración de la biodiversidad, sujetándose a la convención sobre la biodiversidad biológica y otros convenios y tratados internacionales correspondientes, así como a los intereses nacionales.
- 2.- Formular las políticas y responsabilidades establecidas en los capítulos IV, V y VI de esta ley, y coordinarlos con los diversos organismos responsables de la materia.
- 3.- Formular y coordinar las políticas para el acceso de los elementos de la biodiversidad y el conocimiento asociado que asegure la adecuada transferencia científico-técnica y la distribución justa de los beneficios que, para los efectos del título V de esta ley, se denominarán normas generales.
- 4.- Formular la estrategia nacional de biodiversidad y darle seguimiento.
- 5.- Coordinar y facilitar la realización de un amplio proceso de divulgación, con los sectores políticos, económicos y sociales del país, en torno a las políticas de conservación, el uso ecológicamente sostenible y la restauración de la biodiversidad.
- 6.- Revocar las resoluciones de la oficina técnica de la Comisión y del servicio de protección fitosanitaria en materia de las solicitudes de acceso a los elementos de la biodiversidad, materia en la que agotará la vía administrativa.
- 7.- Asesorar a otros órganos del Poder Ejecutivo, instituciones autónomas y entes privados, a fin de normar las acciones para el uso, ecológicamente sostenible, de los elementos de la biodiversidad.
- 8.- Velar porque las acciones públicas y privadas relativas al manejo de los elementos de la biodiversidad cumplan con las políticas establecidas en esta Comisión.
- 9.- Nombrar al Secretario de la Comisión, a su vez, Director Ejecutivo de la Oficina Técnica, de este mismo Órgano.

**10.-** Proponer, ante el Ministro del Ambiente y Energía, con criterios de identidad, a los representantes del país ante las reuniones internacionales relacionadas con la biodiversidad.

#### **ARTÍCULO 15.- Integración**

Integrarán la Comisión:

- a) El Ministro del Ambiente y Energía o su representante. Será, además el Presidente de la Comisión y el responsable de su buen funcionamiento.
- b) El Ministro de Agricultura o su representante.
- c) El Ministro de Salud o su representante.
- d) El Director Ejecutivo del Sistema Nacional de Áreas de Conservación.
- e) Un representante del Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura.
- f) Un representante del Ministerio de Comercio Exterior.
- g) Un representante de la Asociación Mesa Nacional Campesina.
- h) Un representante de la Asociación Mesa Nacional Indígena.
- i) Un representante del Consejo Nacional de Rectores.
- j) Un representante de la Federación Costarricense para la Conservación del Ambiente.
- k) Un representante de la Unión Costarricense de Cámaras de la Empresa Privada.

Cada sector nombrará por un plazo de tres años e independientemente a su representante y a un suplente. Además podrá prorrogarles el nombramiento y los acreditará mediante comunicación dirigida al Ministro del Ambiente y Energía, quien los instalará.

La Comisión se reunirá ordinariamente una vez al mes y extraordinariamente, cuando sea convocada por su presidente o al menos por seis de sus miembros, y deberá procurarles a sus integrantes las facilidades necesarias para la participación efectiva.

#### **ARTÍCULO 16.- Organización y estructura interna**

La Comisión ejecutará sus acuerdos y resoluciones e instruirá sus procedimientos por medio del Director Ejecutivo de la Oficina Técnica.

En asuntos de resolución compleja o que requieran de conocimientos especializados, la Comisión podrá nombrar comités de expertos ad hoc con funciones de asesores.

#### **ARTÍCULO 17.- Oficina Técnica**

La Oficina Técnica de apoyo a la Comisión estará integrada por un Director Ejecutivo y el personal indicado en el reglamento de esta ley. Para el cumplimiento de sus funciones, podrá designar comités de expertos ad hoc como asesores.



Serán funciones de la Oficina Técnica:

- 1.- Tramitar, aprobar, rechazar y fiscalizar las solicitudes de acceso a los recursos de la biodiversidad.
- 2.- Coordinar, con las Áreas de Conservación, el sector privado, los pueblos indígenas y las comunidades campesinas, lo relativo al acceso.
- 3.- Organizar y mantener actualizado un registro de solicitudes de acceso de los elementos de la biodiversidad, colecciones ex situ y de las personas físicas o jurídicas que se dediquen a la manipulación genética.
- 4.- Recopilar y actualizar la normativa referente al cumplimiento de los acuerdos y las directrices en materia de biodiversidad.

**ARTÍCULO 18.- Director Ejecutivo**

El Director Ejecutivo de la Oficina Técnica de la Comisión deberá ser un profesional idóneo, designado mediante concurso público por la propia Comisión por un período renovable de cinco años. Tendrá las siguientes atribuciones:

- 1.- Será el Secretario de la Comisión, el ejecutor de sus acuerdos y resoluciones y el encargado de darles seguimiento.
- 2.- Representará a la Comisión ante el Consejo Nacional de Áreas de Conservación.
- 3.- Llevará actualizadas las actas de la Comisión.
- 4.- Dirigirá y mantendrá actualizado el registro indicado en el inciso c) del artículo 17.
- 5.- Rendirá a la Comisión informes trimestrales sobre el funcionamiento de la Oficina Técnica y, en especial, de las decisiones tomadas respecto de las solicitudes de acceso a los elementos de la biodiversidad.
- 6.- Coordinará administrativamente con los funcionarios del Ministerio del Ambiente y Energía o de otras instituciones públicas, para ejecutar las tareas que resulten indispensables para el cumplimiento de las funciones de la Comisión.
- 7.- Participará en todas las sesiones de la Comisión, con voz, pero sin voto.

**ARTÍCULO 19.- Financiamiento de la Comisión y de la Oficina Técnica**

La Comisión y su Oficina Técnica, contarán con los siguientes recursos:

- 1.- Las partidas que se le asignen anualmente en los presupuestos ordinarios y extraordinarios de la República.
- 2.- Los legados y las donaciones de las personas físicas o jurídicas, organizaciones nacionales o internacionales, privadas o públicas y los aportes del Estado o sus instituciones.
- 3.- Los ingresos por concepto de registros, trámites de solicitudes y fiscalización.
- 4.- Las recaudaciones por multas debidas al incumplimiento de compromisos adquiridos en la ejecución de los proyectos de acceso.

- 5.- Un porcentaje de los beneficios que se establezcan en los permisos, y las concesiones relativas a la biodiversidad.
- 6.- El diez por ciento (10%) del Timbre de Parques Nacionales

#### **ARTÍCULO 20.- Administración financiera**

Lo recaudado según el artículo anterior se destinará exclusivamente a la operación de la Comisión y su Oficina Técnica de apoyo. Será administrado por el Director Ejecutivo, mediante un fideicomiso u otros mecanismos financieros que se establezcan en el reglamento de esta ley.

#### **ARTÍCULO 21.- Consulta obligatoria**

La Comisión actuará como órgano consultor del Poder Ejecutivo y de las instituciones autónomas en materia de biodiversidad, los cuales podrán consultar a la Comisión antes de autorizar los convenios, nacionales o internacionales, o de establecer o ratificar acciones o políticas que incidan en la conservación y el uso de la biodiversidad.

### **SECCIÓN II SISTEMA NACIONAL DE ÁREAS DE CONSERVACIÓN**

#### **ARTÍCULO 22.- Sistema Nacional de Áreas de Conservación**

Créase el Sistema Nacional de Áreas de Conservación, en adelante denominado Sistema, que tendrá personería jurídica propia; será un sistema de gestión y coordinación institucional, desconcentrado y participativo, que integrará las competencias en materia forestal, vida silvestre, áreas protegidas y el Ministerio del Ambiente y Energía, con el fin de dictar políticas, planificar y ejecutar procesos dirigidos a lograr la sostenibilidad en el manejo de los recursos naturales de Costa Rica.

Conforme a lo anterior, la Dirección General de Vida Silvestre, la Administración Forestal del Estado y el Servicio de Parques Nacionales ejercerán sus funciones y competencias como una sola instancia, mediante la estructura administrativa del Sistema, sin perjuicio de los objetivos para los que fueron establecidos. Queda incluida como competencia del Sistema la protección y conservación del uso de cuencas hidrográficas y sistemas hídricos.

#### **ARTÍCULO 23.- Organización administrativa del Sistema**

El Sistema estará conformado por los siguientes órganos:

- 1.- El Consejo Nacional de Áreas de Conservación.
- 2.- La Secretaría Ejecutiva.
- 3.- Las estructuras administrativas de las Áreas de Conservación.
- 4.- Los consejos regionales de Áreas de Conservación.
- 5.- Los consejos locales.

**TRANSITORIO.-** En un plazo de seis meses contados a partir de la vigencia de esta ley, el Sistema retomará todas las competencias que corresponden a la materia de hidrología. Para entonces, deberá tener la organización administrativa necesaria para tal efecto.

**ARTÍCULO 24.- Integración del Consejo Nacional**

El Consejo Nacional de Áreas de Conservación estará integrado de la siguiente manera:

- 1.- El Ministro del Ambiente y Energía, quien lo presidirá.
- 2.- El Director Ejecutivo del Sistema, que actuará como secretario del consejo
- 3.- El Director Ejecutivo de la Oficina Técnica de la Comisión.
- 4.- Los directores de cada Área de Conservación.
- 5.- Un representante de cada Consejo Regional de las Áreas de Conservación, designado del seno de cada Consejo.

**ARTÍCULO 25.- Funciones del Consejo Nacional**

Serán funciones de este Consejo:

- 1.- Definir la ejecución de las estrategias y políticas tendientes a la consolidación y desarrollo del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, y vigilar que se ejecuten.
- 2.- Supervisar y fiscalizar la correcta gestión técnica y administrativa de las Áreas de Conservación.
- 3.- Coordinar, en forma conjuntamente con la Comisión, la elaboración y actualización de la Estrategia nacional para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, la cual deberá ser ampliamente consultada con la sociedad civil y coordinada debidamente con todo el sector público, dentro del marco de cada una de las Áreas de Conservación.
- 4.- Definir estrategias y políticas relacionadas con la consolidación y el desarrollo de las áreas protegidas estatales, así como supervisar su manejo.
- 5.- Aprobar las estrategias, la estructura de los órganos administrativos de las áreas protegidas y los planes y presupuestos anuales de las Áreas de Conservación.
- 6.- Recomendar la creación de nuevas áreas protegidas que aumenten su categoría de protección.
- 7.- Realizar auditorías técnicas y administrativas para la vigilancia del buen manejo de las Áreas de Conservación y sus áreas protegidas.
- 8.- Establecer los lineamientos y directrices para hacer coherentes las estructuras, mecanismos administrativos y reglamentos de las Áreas de Conservación.
- 9.- Nombrar de una terna propuesta por los consejos regionales, los directores de las Áreas de Conservación.
- 10.- Aprobar las solicitudes de concesión indicadas en el artículo 39 de esta ley.
- 11.- Otras funciones necesarias para cumplir con los objetivos de esta y otras leyes relacionadas con las funciones del Sistema.

**ARTÍCULO 26.- Funciones del Director Ejecutivo**

El Director Ejecutivo del Sistema, será el responsable de ejecutar las directrices y decisiones del Consejo Nacional de Áreas de Conservación y actuará bajo su supervisión. Será nombrado por el Ministro del Ambiente y Energía, por un período de cuatro años, y podrá prorrogarse su nombramiento. Su responsabilidad incluye mantener informado al Consejo y al país, sobre la aplicación de esta legislación y de otras leyes cuya aplicación le corresponda al Sistema; asimismo, deberá supervisar y dar seguimiento al cumplimiento de los reglamentos, las políticas y las directrices emanadas en la materia; también representará al Consejo Nacional de Áreas de Conservación en la Comisión.

**ARTÍCULO 27.- Estructura administrativa de las Áreas de Conservación**

Las Áreas de Conservación estarán conformadas por las siguientes unidades administrativas:

- a) El Consejo Regional del Área de Conservación.
- b) La Dirección Regional de Área de Conservación.
- c) El comité científico-técnico.
- d) El órgano de administración financiera de las áreas protegidas.

**ARTÍCULO 28.- Áreas de Conservación**

El Sistema estará constituido por unidades territoriales denominadas Áreas de Conservación bajo la supervisión general del Ministerio del Ambiente y Energía, por medio del Consejo Nacional de Áreas de Conservación, con competencia en todo el territorio nacional, según se trate de áreas silvestres protegidas, áreas con alto grado de fragilidad o de áreas privadas de explotación económica.

Cada área de conservación es una unidad territorial del país, delimitada administrativamente, regida por una misma estrategia de desarrollo y administración, debidamente coordinada con el resto del sector público. En cada uno se interrelacionan actividades tanto privadas como estatales en materia de conservación sin menoscabo de las áreas protegidas. Las Áreas de Conservación se encargarán de aplicar la legislación vigente en materia de recursos naturales, dentro de su demarcación geográfica. Deberán ejecutar las políticas, las estrategias y los programas aprobados por el Consejo Nacional de Áreas de Conservación, en materia de áreas protegidas; asimismo, tendrá a su cargo la aplicación de otras leyes que rigen su materia, tales como la Ley de conservación de la vida silvestre, No. 7317, de 30 de octubre de 1992, y la Ley Forestal, No. 7575, de 13 de febrero de 1996, Ley Orgánica, No. 7554, de 4 de octubre de 1995, y la Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales, No. 6084, de 24 de agosto de 1977.

Basado en las recomendaciones del Consejo, el Ministerio del Ambiente y Energía definirá la división territorial que técnicamente sea más aconsejable para las Áreas de Conservación del país, así como sus modificaciones.

**ARTÍCULO 29.- Consejo Regional del Área de Conservación**

El Sistema ejercerá la administración de las Áreas de Conservación, por medio de un Consejo Regional, el cual se integrará mediante convocatoria pública, que realizará el representante regional del Sistema, a todas las organizaciones no gubernamentales y comunales interesadas, las municipalidades y las instituciones públicas presentes en el área.

Estará conformado por el funcionario responsable del área protegida y contará con un mínimo de cinco miembros representantes de distintos sectores presentes en el área, electos por la Asamblea de las organizaciones e instituciones convocadas para este a ese efecto; siempre deberá elegirse a un representante municipal. En aquellas circunscripciones donde no existan las organizaciones indicadas para integrar el Consejo, corresponderá a las municipalidades designarlos en coordinación con el representante del Sistema.

Estos Consejos tendrán la estructura de organización que indique el reglamento de esta ley, la cual contará, como mínimo, con un Presidente, un Secretario, un Tesorero y dos Vocales, todos electos de su seno, así como con un representante del Sistema, quien siempre funcionará como Secretario Ejecutivo.

En las Áreas de Conservación donde sea necesario, por su complejidad, podrán crearse, por acuerdo del Consejo Regional del Área de Conservación, Consejos Locales, cuya constitución se definirá en el acuerdo de creación. Cada Consejo Regional establecerá su propio reglamento en el marco de la legislación vigente, el cual será sometido al Consejo Nacional para la aprobación final. En este reglamento se establecerá un porcentaje del ingreso económico total de las Áreas de Conservación para su funcionamiento.

**ARTÍCULO 30.- Funciones del Consejo Regional**

El Consejo tendrá las siguientes funciones:

- 1.- Velar por la aplicación de las políticas en la materia.
- 2.- Velar por la integración de las necesidades comunales en los planes y actividades del Área de Conservación.
- 3.- Fomentar la participación de los diferentes sectores del Área en el análisis, la discusión y la búsqueda de soluciones para los problemas regionales relacionados con los recursos naturales y el ambiente.
- 4.- Presentar al Consejo Nacional la propuesta para el nombramiento del Director del Área, mediante una terna.
- 5.- Aprobar las estrategias, las políticas, los lineamientos, las directrices, los planes y los presupuestos específicos del Área de Conservación, a propuesta del Director del Área y del comité científico-técnico.
- 6.- Definir asuntos específicos para el manejo de sus áreas protegidas, y presentarlos al Consejo Nacional para su aprobación.

- 7.- Recomendar, al Consejo Nacional de Áreas de Conservación, la creación, modificación o el cambio de categoría de sus áreas silvestres protegidas.
- 8.- Supervisar la labor del Director y del órgano de administración financiera establecidos.
- 9.- Aprobar, en primera instancia, lo referente a las concesiones y los contratos de servicios establecidos en el artículo 39.
- 10.- Cualquier otra función asignada por la legislación nacional o por el Consejo Nacional.

#### **ARTÍCULO 31.- Director del Área de Conservación**

Cada Área de Conservación estará bajo la responsabilidad de un Director, quien será el encargado de aplicar la presente ley y otras leyes que rigen la materia, asimismo, de implementar las políticas nacionales y ejecutar las directrices del Consejo Regional de su Área de Conservación o las del Ministro del Ambiente y Energía, ante quienes responderá. Deberá velar por la integración y el buen funcionamiento del comité técnico y del órgano de administración financiera, así como por la capacitación, la supervisión y el bienestar del personal.

#### **ARTÍCULO 32.- Comités científico-técnicos**

Cada Área de Conservación deberá contar con un comité científico-técnico, cuya función será asesorar al Consejo y al director en los aspectos técnicos del manejo del área. De dicho Comité formarán parte los responsables de los programas del área, así como otros funcionarios y personas externas al área designada por el director. Este Comité es un foro permanente cuyo carácter es el máximo órgano asesor para analizar, discutir y formular planes y estrategias que serán ejecutados en las Áreas de Conservación.

#### **ARTÍCULO 33.- Órgano de Administración Financiera**

El Consejo Nacional de Áreas de Conservación, será el responsable de definir los lineamientos generales para conformar los mecanismos y los instrumentos de administración financiera para los Consejos Regionales de cada área de conservación, asegurándose de que se cumplan los siguientes principios y criterios:

- 1.- Deberá asegurar la integridad del Sistema.
- 2.- Su estructura deberá ser clara y altamente participativa en todos los aspectos, sin menoscabo de eficiencia y agilidad.
- 3.- Deberá asegurar el cumplimiento y el seguimiento de las políticas nacionales de las tareas y los fondos asignados a su responsabilidad.
- 4.- Deberá incluir mecanismos permanentes de información actualizada y oportuna, tanto para los órganos del Sistema, como para el resto del sector público y la sociedad.

#### **ARTÍCULO 34.- Comisionados de Áreas de Conservación**

Créase la figura de Comisionado de Área de Conservación; será un cargo ad honórem y deberá ser desempeñado por personas de reconocido prestigio y con trayectoria en el campo de los recursos naturales; además, deberá tener solvencia moral e interés manifiesto. Tendrá entre sus funciones velar por el buen desempeño del Área, solicitar y sugerir las medidas correctivas para cumplir sus objetivos, especialmente en lo referente a áreas silvestres protegidas, así como apoyar el área en la consecución de sus fines y recursos.

Cada Área de Conservación tendrá por lo menos un comisionado. Los comisionados serán nombrados por el Consejo Nacional, por recomendación de los consejos regionales.

**ARTÍCULO 35.- Financiamiento**

El Sistema Nacional de Áreas de Conservación deberá diseñar mecanismos de financiamiento que le permitan ejercer sus mandatos con agilidad y eficiencia. Dichos mecanismos incluirán transferencias de los presupuestos de la República, o de cualquier persona física o jurídica, así como los fondos propios que generen las áreas protegidas, incluyendo las tarifas de ingreso, el pago de servicios ambientales, los canjes de deuda, los cánones establecidos por ley, el pago por las actividades realizadas dentro de las áreas protegidas y las donaciones.

**ARTÍCULO 36.- Instrumentos financieros**

Para los efectos del artículo anterior, se autoriza al Sistema para administrar los fondos que ingresen al Sistema por cualquier concepto, por medio de fideicomisos u otros instrumentos, ya sean estos para todo el sistema, o específicos para cada Área de Conservación. El Fondo de Parques Nacionales, creado por la Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales, No. 6084, de 24 de agosto de 1977, se transforma en el Fideicomiso de áreas protegidas, dedicado exclusivamente a los fines para los que fue creado, a partir de ahora incluso al financiamiento de actividades de protección y consolidación en las otras categorías de áreas protegidas de propiedad estatal.

**ARTÍCULO 37.- Pago de servicios ambientales**

En virtud de programas o proyectos de sostenibilidad debidamente aprobados por el Consejo Nacional de Áreas de Conservación y por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, por parte de las instituciones o los entes públicos competentes para brindar un servicio real o potencial de agua o de energía, que dependa estrictamente de la protección e integridad de un Área de Conservación, la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos podrá autorizar para cobrar a los usuarios, por medio de la tarifa pertinente, un porcentaje equivalente al costo del servicio brindado y a la dimensión del programa o proyecto aprobado.

Trimestralmente, el ente al que corresponda la recolección de dicho pago deberá efectuar las transferencias o los desembolsos de la totalidad de los recursos recaudados al Fideicomiso de las áreas protegidas, que a su vez deberá realizar, en un plazo igual, los

pagos respectivos a los propietarios, poseedores o administradores de los inmuebles afectados, y los destinará a los siguientes fines exclusivos:

- 1.- Pago de servicios por protección de zonas de recarga a propietarios y poseedores privados de los inmuebles que comprenden áreas estratégicas definidas en forma conjunta por los Consejos Regionales de las Áreas de Conservación y las instituciones y organizaciones supracitadas.
- 2.- Pago de servicios por protección de zonas de recarga a propietarios y poseedores privados, que deseen someter sus inmuebles, en forma voluntaria, a la conservación y protección de las Áreas, propiedades que serán previamente definidas por los Consejos Regionales de las Áreas de Conservación.
- 3.- Compra o cancelación de inmuebles privados situados en áreas protegidas estatales, que aún no hayan sido comprados ni pagados.
- 4.- Pago de los gastos operativos y administrativos necesarios para el mantenimiento de las áreas protegidas estatales.
- 5.- Financiamiento de acueductos rurales, previa presentación de evaluación de impacto ambiental que demuestre la sostenibilidad del recurso agua.

Para el cumplimiento de este artículo, el área de conservación respectiva deberá establecer un programa que ejecute estas acciones.

#### **ARTÍCULO 38.- Autofinanciamiento**

El Sistema utilizará en las Áreas de Conservación, para su funcionamiento, la totalidad de los fondos que generen sus actividades, tales como las tarifas de ingreso a las áreas protegidas o las concesiones de servicios no esenciales.

Estos serán administrados por medio del Fideicomiso de áreas protegidas. Los fondos que generen las áreas protegidas serán exclusivamente para su protección y desarrollo, en ese orden de prioridad.

El Consejo Nacional de las Áreas de Conservación será el órgano que definirá los presupuestos anuales, de manera que el Sistema se fortalezca en su integridad.

#### **ARTÍCULO 39.- Concesiones y contratos**

Autorízase al Consejo Nacional de Áreas de Conservación, para aprobar los contratos y las concesiones de servicios y actividades no esenciales dentro de las áreas silvestres protegidas estatales, excepto el ejercicio de las responsabilidades que esta y otras leyes le encomiendan, exclusivamente, al Poder Ejecutivo por medio del Ministerio del Ambiente y Energía, tales como la definición, el seguimiento de estrategias, los planes y los presupuestos de las Áreas de Conservación. Estas concesiones y contratos en ningún caso podrán comprender la autorización del acceso a elementos de la biodiversidad en favor de terceros; tampoco la construcción de edificaciones privadas.



Los servicios y las actividades no esenciales serán: los estacionamientos, los servicios sanitarios, la administración de instalaciones físicas, los servicios de alimentación, las tiendas, la construcción y la administración de senderos, administración de la visita y otros que defina el Consejo Regional del Área de Conservación.

Estas concesiones o los contratos podrán otorgarse a personas jurídicas, con su personería jurídica vigente, que sean organizaciones sin fines de lucro y tengan objetivos de apoyo a la conservación de los recursos naturales; se les dará prioridad a las organizaciones regionales.

Los concesionarios o permisionarios deberán presentar auditorías externas satisfactorias, realizadas en el último año; todo a juicio del Consejo Regional del Área de Conservación.

#### **ARTÍCULO 40.- Adecuación a planes y estrategias**

Las concesiones y los contratos autorizados en el artículo anterior deberán basarse en las estrategias y los planes aprobados en primera instancia por el Consejo Regional y en forma definitiva por el Consejo Nacional de Áreas de Conservación, conforme a las leyes y políticas establecidas.

La formulación de estrategias y planes de las áreas protegidas, en ningún caso se verá afectada por consideraciones que no sean estrictamente técnicas.

#### **ARTÍCULO 41.- Fondos y recursos existentes**

Además, para el fiel cumplimiento de los fines y objetivos de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, No. 7317, de 30 de octubre de 1992; la Ley Forestal, No. 7575, de 13 de febrero de 1976; la Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales, No. 6084, de 24 de agosto de 1977, y la Ley Orgánica del Ambiente, No. 7554, de 4 de octubre de 1995, atender los gastos que deriven de ellas, el Sistema contará con los aportes de los presupuestos de la República y los recursos de los fondos ya existentes en el Sistema, los cuales podrán administrarse bajo la figura de un fideicomiso o con los instrumentos financieros que se definan.

#### **ARTÍCULO 42.- Tarifas**

Autorízase al Sistema para cobrar precios diferentes a residentes y no residentes en el país, por concepto de tarifas de ingreso a todas las áreas protegidas estatales, así como por la prestación de servicios en las áreas. Asimismo, se le autoriza para cobrar tarifas diferenciadas, según el área protegida y los servicios que brinde.

El Sistema fijará las tarifas conforme a los costos de operación de cada zona protegida y los costos de los servicios prestados. Igualmente, las revisará cada año, a fin de ajustarlas de acuerdo con el índice de precios al consumidor.

### **ARTÍCULO 43.- Timbre de parques nacionales**

De los fondos recaudados por medio del timbre pro-parques nacionales, establecido en el artículo 7 de la Ley de Creación del Servicio de Parques Nacionales de 17 de agosto de 1977, en adelante se destinará un diez por ciento (10%) a la Comisión. El valor del timbre se actualiza en la siguiente forma:

- 1.- Un timbre equivalente al dos por ciento (2%) sobre los ingresos por impuesto de patentes municipales de cualquier clase.
- 2.- Un timbre de doscientos cincuenta colones (₡250,00), en todo pasaporte o salvoconducto que se extienda para salir del país.
- 3.- Un timbre de quinientos colones (₡500,00), que deberá llevar todo documento de traspaso e inscripción de vehículos automotores.
- 4.- Un timbre de quinientos colones (₡500,00), que deberán llevar las autenticaciones de firmas que realice el Ministerio de Relaciones Exteriores.
- 5.- Un timbre de cinco mil colones (₡5.000,00), que deberán cancelar anualmente todos los clubes sociales, salones de baile, cantinas, bares, licorerías, restaurantes, casinos y cualquier sitio donde se vendan o consuman bebidas alcohólicas.

De lo recaudado por concepto de los timbres, cuya recolección que competirá a las municipalidades según los incisos 1) y 5) anteriores, un treinta por ciento (30%) será destinado por el municipio a la formulación e implementación de estrategias locales de desarrollo sostenible y un setenta por ciento (70%) para las áreas protegidas del Área de Conservación respectiva.

## **CAPÍTULO III GARANTÍAS DE SEGURIDAD AMBIENTAL**

**ARTÍCULO 44.-** Establecimiento de mecanismos y procedimientos para la bioseguridad

Para evitar y prevenir daños o perjuicios, presentes o futuros, a la salud humana, animal o vegetal o a la integridad de los ecosistemas, en el reglamento de esta ley se establecerán los mecanismos y procedimientos para el acceso a los elementos de la biodiversidad con fines de investigación, desarrollo, producción, aplicación, liberación o introducción de organismos modificados genéticamente o exóticos.

**ARTÍCULO 45.- Responsabilidad en materia de seguridad ambiental**

El Estado tiene la obligación de evitar cualquier riesgo o peligro que amenace la permanencia de los ecosistemas. También deberá prevenir, mitigar o restaurar los daños ambientales que amenacen la vida o deterioren su calidad.

La responsabilidad civil de los titulares o responsables del manejo de los organismos genéticamente modificados por los daños y perjuicios causados, se fija en la Ley Orgánica del Ambiente, el Código Civil y otras leyes aplicables. La responsabilidad penal se prescribe en el ordenamiento jurídico existente.

**ARTÍCULO 46.- Registro y permisos de los organismos genéticamente modificados**

Cualquier persona física o jurídica que se proponga importar, exportar, experimentar, movilizar, liberar al ambiente, multiplicar, comercializar y usar para investigación organismos genéticamente modificados en materia agropecuaria, creados dentro o fuera de Costa Rica, deberá obtener el permiso previo del Servicio de protección fitosanitaria. Cada tres meses, este Servicio entregará un informe a la Comisión.

Obligatoriamente, las personas mencionadas deberán solicitar a la Comisión Técnica Nacional de Bioseguridad un dictamen que será vinculante y determinará las medidas necesarias para la evaluación del riesgo y su manejo.

Toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, que realice labores de manipulación genética está obligada a inscribirse en el registro de la Oficina Técnica de la Comisión.

**ARTÍCULO 47.- Oposición fundada**

Cualquier persona podrá ser parte del proceso de tramitación del permiso y suministrar por escrito sus observaciones y documentos. Asimismo, podrá solicitar la revocatoria o revisión de cualquier permiso otorgado. La Oficina Técnica de la Comisión rechazará cualquier gestión manifiestamente infundada. En el reglamento de esta ley se definirán el plazo y procedimiento correspondientes.

**ARTÍCULO 48.- Revocatoria de permisos para manipulación genética**

Con base en criterios técnicos, científicos y de seguridad, la Oficina Técnica de la Comisión podrá modificar o revocar cualquier permiso otorgado de acuerdo con los artículos anteriores.

Ante peligro inminente, situaciones imprevisibles o incumplimiento de disposiciones oficiales, la Oficina podrá retener, decomisar, destruir o reexpedir los organismos genéticamente modificados u otro tipo de organismos; además, prohibir su traslado, experimentación, liberación al ambiente, multiplicación y comercialización para proteger la salud humana y el ambiente.

**CAPÍTULO IV  
CONSERVACIÓN Y USO SOSTENIBLE  
DE ECOSISTEMAS Y ESPECIES**

**ARTÍCULO 49.- Mantenimiento de procesos ecológicos**

El mantenimiento de los procesos ecológicos es un deber del Estado y los ciudadanos. Para tal efecto, el Ministerio del Ambiente y Energía y los demás entes públicos pertinentes, tomando en cuenta la legislación específica vigente dictarán las normas técnicas adecuadas y utilizarán mecanismos para su conservación, tales como ordenamiento y evaluaciones ambientales, evaluaciones de impacto y auditorías ambientales, vedas, permisos, licencias ambientales e incentivos, entre otros.

**ARTÍCULO 50.- Normas científico técnicas**

Las actividades humanas deberán ajustarse a las normas científico-técnicas emitidas por el Ministerio y los demás entes públicos competentes, para el mantenimiento de los procesos ecológicos vitales, dentro y fuera de las áreas protegidas; especialmente, las actividades relacionadas con asentamientos humanos, agricultura, turismo e industria u otra que afecte dichos procesos.

**ARTÍCULO 51.- Identificación de ecosistemas**

Para los efectos de esta ley, el Ministerio del Ambiente y Energía, en colaboración con otros entes públicos y privados, dispondrá un sistema de parámetros que permita la identificación de los ecosistemas y sus componentes, para tomar las medidas apropiadas, incluso la mitigación, el control, la restauración, la recuperación y la rehabilitación.

**ARTÍCULO 52.- Ordenamiento territorial**

Los planes o las autorizaciones de uso y aprovechamiento de recursos minerales, suelo, flora, fauna, agua y otros recursos naturales, así como la ubicación de asentamientos humanos y de desarrollos industriales y agrícolas emitidos por cualquier ente público, sea del Gobierno central, las instituciones autónomas o los municipios, considerarán particularmente en su elaboración, aprobación e implementación, la conservación de la biodiversidad y su empleo sostenible, en especial cuando se trate de planes o permisos que afecten la biodiversidad de las áreas silvestres protegidas.

**ARTÍCULO 53.- Restauración, recuperación y rehabilitación**

La restauración, recuperación y rehabilitación de los ecosistemas, las especies y los servicios ambientales que brindan, deben ser fomentados por el Ministerio del Ambiente y Energía y los demás entes públicos, mediante planes y medidas que contemplen un sistema de incentivos, de acuerdo con esta ley y otras pertinentes.

**ARTÍCULO 54.- Daño ambiental**

Cuando exista daño ambiental en un ecosistema, el Estado podrá tomar medidas para restaurarlo, recuperarlo y rehabilitarlo. Para ello, podrá suscribir todo tipo de contratos con instituciones de educación superior, privadas o públicas, empresas e instituciones científicas, nacionales o internacionales, con el fin de restaurar los elementos de la biodiversidad dañados. En áreas protegidas de propiedad estatal, esta decisión deberá provenir del Sistema Nacional de Áreas de Conservación del Ministerio del Ambiente y

Energía. Para la restauración en terrenos privados se procederá según los artículos 51, 52 y 56 de esta ley.

**ARTÍCULO 55.- Especies en peligro de extinción**

Para el desarrollo de programas de conservación, el Estado dará prioridad a las especies en peligro de extinción tomando en cuenta:

- 1.- Las listas nacionales, las listas rojas internacionales y los convenios internacionales como CITES, sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres.
- 2.- Cuando exista un uso comunitario culturas o de subsistencia, acorde con la conservación y el uso sostenible incluidos en estas listas, el Estado promoverá la asistencia técnica y la investigación necesaria para asegurar la conservación a largo plazo de la especie, respetando la práctica cultural.
- 3.- Las acciones de conservación para las especies importantes para el consumo local (alimento, materia prima, medicamentos tradicionales), aun cuando no estén en las listas de especies en peligro de extinción.

**ARTÍCULO 56.- Conservación de especies in situ**

Serán objeto prioritario de conservación in situ:

- 1.- Especies, poblaciones, razas o variedades, con poblaciones reducidas o en peligro de extinción.
- 2.- Especies cuyas poblaciones se encuentran altamente fragmentadas.
- 3.- Especies de flores dioicas cuya floración no siempre es sincrónica.
- 4.- Especies, razas, variedades o poblaciones de singular valor estratégico, científico, económico, actual o potencial.
- 5.- Especies, poblaciones, razas o variedades de animales o vegetales con particular significado religioso, cultural o cosmogónico.
- 6.- Especies silvestres relacionadas con especies o estirpes cultivadas o domesticadas, que puedan utilizarse para el mejoramiento genético.

**ARTÍCULO 57.- Conservación de especies ex situ**

Serán objeto de conservación prioritaria ex situ:

- 1.- Especies, poblaciones, razas o variedades con poblaciones reducidas o en peligro de extinción.
- 2.- Especies o material genético de singular valor estratégico, científico, económico, actual o potencial.
- 3.- Especies, poblaciones, razas o variedades y su material genético, aptas para cultivo, domesticación o mejoramiento genético o que han sido objeto de mejoramiento, selección, cultivo o domesticación.

- 4.- Especies, poblaciones, razas o variedades con altos valores de uso ligados a las necesidades socioeconómicas y culturales, locales o nacionales.
- 5.- Especies animales o vegetales con particular significado religioso, cultural o cosmogónico.
- 6.- Especies que cumplen una función clave en el eslabonamiento de cadenas tróficas y en el control natural de poblaciones.

#### **ARTÍCULO 58.- Áreas silvestres protegidas**

Las áreas silvestres protegidas son zonas geográficas delimitadas, constituidas por terrenos, humedales y porciones de mar. Han sido declaradas como tales por representar significado especial por sus ecosistemas, la existencia de especies amenazadas, la repercusión en la reproducción y otras necesidades y por su significado histórico y cultural. Estas áreas estarán dedicadas a conservación y proteger la biodiversidad, el suelo, el recurso hídrico, los recursos culturales y los servicios de los ecosistemas en general.

Los objetivos, la clasificación, los requisitos y mecanismos para establecer o reducir estas áreas se determinan en la Ley Orgánica del Ambiente, No. 7554, de 4 de octubre de 1995. Las prohibiciones que afectan a las personas físicas y jurídicas dentro de los parques nacionales y las reservas biológicas están determinadas, en la Ley de la Creación del Servicio de Parques Nacionales, No. 6084, de 24 de agosto de 1977.

Durante el proceso de cumplimiento de requisitos para establecer áreas silvestres protegidas estatales, los informes técnicos respectivos deberán incluir las recomendaciones y justificaciones pertinentes para determinar la categoría de manejo más apropiada a que el área propuesta debe someterse. En todo caso, el establecimiento de áreas y categorías tomará muy en cuenta los derechos previamente adquiridos por las poblaciones indígenas o campesinas y otras personas físicas o jurídicas, subyacentes o adyacentes a ella.

#### **ARTÍCULO 59.- Cambio de categoría**

El Sistema Nacional de Áreas de Conservación podrá recomendar elevar la categoría de las áreas protegidas existentes; para ello seguirá lo establecido en la Ley Orgánica del Ambiente.

#### **ARTÍCULO 60.- Propiedad de las áreas silvestres protegidas**

Las áreas silvestres protegidas, además de las estatales, pueden ser municipales, mixtas o de propiedad privada. Por la gran importancia que tienen para asegurar la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad del país, el Ministerio del Ambiente y Energía y todos los entes públicos, incentivarán su creación, además, vigilarán y ayudarán en su gestión.

#### **ARTÍCULO 61.- Protección de las áreas silvestres protegidas**

El Estado debe poner atención prioritaria a la protección y consolidación de las áreas silvestres protegidas estatales que se encuentran en las Áreas de Conservación. Para

estos efectos, el Ministerio de Ambiente y Energía en coordinación con el Ministerio de Hacienda, deberá incluir en los presupuestos de la República, las transferencias respectivas al fideicomiso o los mecanismos financieros de áreas protegidas para asegurar, al menos, el personal y los recursos necesarios que determine el Sistema Nacional de Áreas de Conservación para la operación e integridad de las áreas silvestres protegidas de propiedad estatal y la protección permanente de los parques nacionales, las reservas biológicas y otras áreas silvestres protegidas propiedad del Estado.

## **CAPÍTULO V**

### **ACCESO A LOS ELEMENTOS GENÉTICOS Y BIOQUÍMICOS Y PROTECCIÓN DEL CONOCIMIENTO ASOCIADO**

#### **SECCIÓN I**

#### **NORMAS GENERALES**

#### **ARTÍCULO 62.- Competencia**

Corresponde a la Comisión proponer las políticas de acceso sobre los elementos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad ex situ e in situ. Actuará como órgano de consulta obligatoria en los procedimientos de solicitud de protección de los derechos intelectuales sobre la biodiversidad.

Las disposiciones que sobre esta materia acuerde constituirán las normas generales para el acceso a los elementos genéticos y bioquímicos y para la protección de los derechos intelectuales sobre la biodiversidad, a las que deberán someterse la administración y los particulares interesados. Para ser eficaces frente a terceros deben ser publicadas previamente en La Gaceta.

#### **ARTÍCULO 63.- Requisitos básicos para el acceso**

Los requisitos básicos para el acceso serán:

- 1.- El consentimiento previamente informado de los representantes del lugar donde se materializa el acceso, sean los consejos regionales de Áreas de Conservación, los dueños de fincas o las autoridades indígenas, cuando sea en sus territorios.
- 2.- El refrendo de dicho consentimiento previamente informado, de la Oficina Técnica de la Comisión.
- 3.- Los términos de transferencia de tecnología y distribución equitativa de beneficios, cuando los haya, acordados en los permisos, convenios y concesiones, así como el tipo de protección del conocimiento asociado que exijan los representantes del lugar donde se materializa el acceso.
- 4.- La definición de los modos en los que dichas actividades contribuirán a la conservación de las especies y los ecosistemas.

5.- La designación de un representante legal residente en el país, cuando se trate de personas físicas o jurídicas domiciliadas en el extranjero.

#### **ARTÍCULO 64.- Procedimiento**

Mediante procedimiento formal registrado en expediente oficial, la Oficina Técnica de la Comisión tramitará todas las gestiones que realice en virtud de las competencias indicadas en este título.

Cuando el acto final del procedimiento pueda otorgar a particulares derechos sobre elementos de la biodiversidad bajo dominio público o pueda causar perjuicio grave a particulares, sea imponiéndoles obligaciones, suprimiéndoles o denegándoles derechos subjetivos o por cualquier otra forma que lesione grave y directamente derechos legítimos, el asunto deberá tramitarse mediante el procedimiento ordinario establecido por la Ley General de la Administración Pública, salvo en lo relativo a los recursos, en lo que se aplicará lo dispuesto en el inciso f) del artículo 14 de esta ley.

De igual forma se procederá cuando durante la instrucción, surja contradicción o concurso de interesados frente a la Administración.

Para todos los demás casos, la Oficina Técnica seguirá un procedimiento sumario.

#### **ARTÍCULO 65.- Consentimiento previamente informado**

La Oficina Técnica deberá prevenir a los interesados de que, con la solicitud para los distintos tipos de acceso a elementos de la biodiversidad, deberán adjuntar el consentimiento previamente informado, otorgado por el propietario del fundo donde se desarrollará la actividad o, por la autoridad de la comunidad indígena cuando sea en sus territorios y el Director del Área de Conservación.

#### **ARTÍCULO 66.- Derecho a la objeción cultural**

Reconócese el derecho a que las comunidades locales y los pueblos indígenas se opongan al acceso a sus recursos y al conocimiento asociado, por motivos culturales, espirituales, sociales, económicos o de otra índole.

#### **ARTÍCULO 67.- Registro de derechos de acceso sobre elementos genéticos y bioquímicos**

La Oficina Técnica de la Comisión organizará y mantendrá permanentemente actualizado un Registro de derechos de acceso a elementos genéticos y bioquímicos. El Director de la Oficina Técnica de la Comisión será, a su vez, Director del Registro y funcionario responsable de la custodia y autenticidad de la información registrada.

La información registrada será de carácter público, excepto los secretos industriales, que deberán ser protegidos por el Registro, salvo que razones de bioseguridad obliguen a darles publicidad.



**ARTÍCULO 68.- Regla general de interpretación**

Sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones relativas al comercio de especies de flora y fauna en vías de extinción, de la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, normas técnicas y de bioseguridad, lo dispuesto en este título no constituirá restricción encubierta ni obstáculo para el comercio. Cualquier interpretación en sentido contrario será declarada nula por la autoridad administrativa o judicial, según corresponda.

**SECCIÓN II  
PERMISOS DE ACCESO A LOS  
ELEMENTOS DE LA BIODIVERSIDAD****ARTÍCULO 69.- Permiso de acceso para la investigación o bioprospección**

Todo programa de investigación o bioprospección sobre material genético o bioquímico de la biodiversidad que pretenda realizarse en el territorio costarricense, requiere un permiso de acceso.

Para las colecciones ex situ debidamente registradas, el reglamento de esta ley fijará el procedimiento de autorización del respectivo permiso.

**ARTÍCULO 70.- Plazo, límites subjetivos, elementos y territorio**

El permiso de acceso indicado en el artículo anterior se establecerá por un plazo máximo de tres años, prorrogables a juicio de la Oficina Técnica de la Comisión.

Dichos permisos se otorgan a un investigador o centro de investigación, son personales e intransmisibles, están limitados materialmente a los elementos genéticos o bioquímicos autorizados y sólo podrán ser utilizados en el área o territorio que expresamente se indique en ellos.

**ARTÍCULO 71.- Características y condiciones**

Los permisos de acceso para la investigación o bioprospección no otorgan derechos ni acciones ni los delegan, solamente permite realizar tales actividades sobre elementos de la biodiversidad previamente establecidos. En ellos se estipularán claramente: el certificado de origen, la posibilidad o la prohibición para extraer o exportar muestras o, en su defecto, su duplicación y depósito; los informes periódicos, la verificación y el control, la publicidad y propiedad de los resultados, así como cualquier otra condición que, dadas las reglas de la ciencia y de la técnica aplicables, sean necesarias a juicio de la Oficina Técnica de la Comisión.

Estos requisitos se determinarán en forma diferente para las investigaciones sin fines comerciales respecto de las que no lo son; pero en el caso de las primeras, deberá comprobarse fehacientemente que no existe interés de lucro.

**ARTÍCULO 72.- Requisitos de la solicitud**

Toda solicitud deberá dirigirse a la Oficina Técnica de la Comisión y deberá contener los siguientes requisitos:

- 1.- Nombre e identificación completa del gestionante interesado. Si no es el propio interesado, deberá indicar los datos de identificación del titular y el poder bajo la cual gestiona.
- 2.- Nombre e identificación completa del profesional o el investigador responsable.
- 3.- Ubicación exacta del lugar y los elementos que serán objeto de investigación, con indicación del propietario, el administrador o el poseedor del inmueble.
- 4.- Un cronograma descriptivo de los alcances de la investigación y los posibles impactos ambientales.
- 5.- Objetivos y finalidad que persigue.
- 6.- Manifestación de que la declaración anterior ha sido hecha bajo juramento.
- 7.- Lugar para notificaciones en el perímetro del domicilio de la Oficina Técnica de la Comisión.

La solicitud debe acompañarse del consentimiento previamente informado, otorgado por quien corresponda, según el artículo 65 anterior.

#### **ARTÍCULO 73.- Registro voluntario de personas físicas o jurídicas en actividades de bioprospección**

Las personas físicas o jurídicas que deseen realizar actividades de bioprospección, deberán inscribirse previamente en el Registro de la Comisión. Este acto no otorga derechos para efectuar actividades específicas de bioprospección.

#### **ARTÍCULO 74.- Autorización de convenios y contratos**

La Oficina Técnica de la Comisión, autorizará los convenios y contratos suscritos entre particulares, nacionales o extranjeros, o entre ellos y las instituciones registradas para el efecto, si contemplaren acceso al uso de los elementos genéticos y bioquímicos de la biodiversidad costarricense. Para tramitarlos y aprobarlos, deberán cumplir con lo estipulado en los artículos 69, 70 y 71.

Las universidades públicas y otros centros debidamente registrados podrán suscribir en forma periódica convenios marco con la Comisión, para tramitar los permisos de acceso y los informes de operaciones. En estos casos, los representantes legales de las universidades o instituciones que se acojan a este beneficio, serán penal y civilmente responsables por el uso que se le dé.

#### **ARTÍCULO 75.- Concesión**

Cuando la Oficina Técnica autorice la utilización constante del material genético o de extractos bioquímicos con fines comerciales, se exigirá al interesado obtener una

concesión para explotarlos; para ello, se aplicarán las Normas Generales que dicte la Comisión.

**ARTÍCULO 76.- Reglas generales para el acceso**

Además de los requisitos específicamente señalados en los artículos precedentes, en la resolución respectiva la Oficina Técnica, de conformidad con las Normas Generales de la Comisión, establecerá la obligación del interesado de depositar hasta un diez por ciento (10%) del presupuesto de investigación y hasta un cincuenta por ciento (50%) de las regalías que cobre, en favor del Sistema Nacional de Áreas de Conservación, el territorio indígena o el propietario privado proveedor de los elementos por acceder; además, determinará el monto que en cada caso deberán pagar los interesados por gastos de trámites, así como cualquier otro beneficio o transferencia de tecnología que forme parte del consentimiento previamente informado.

**SECCIÓN III  
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS  
DE PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL**

**ARTÍCULO 77.- Reconocimiento de las formas de innovación**

El Estado reconoce la existencia y validez de las formas de conocimiento e innovación y la necesidad de protegerlas, mediante el uso de los mecanismos legales apropiados para cada caso específico.

**ARTÍCULO 78.- Forma y límites de la protección**

El Estado otorgará la protección indicada en el artículo anterior, entre otras formas, mediante patentes, secretos comerciales, derechos del fitomejorador, derechos intelectuales comunitarios sui géneris, derechos de autor, derechos de los agricultores. Se exceptúan:

- 1.- Las secuencias de ácido desoxirribonucleico per se.
- 2.- Las plantas y los animales.
- 3.- Los microorganismos no modificados genéticamente.
- 4.- Los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas y animales.
- 5.- Los procesos o ciclos naturales en sí mismos.
- 6.- Las invenciones esencialmente derivadas del conocimiento asociado a prácticas biológicas tradicionales o culturales en dominio público.
- 7.- Las invenciones que, al ser explotadas comercialmente en forma monopólica, puedan afectar los procesos o productos agropecuarios considerados básicos para la alimentación y la salud de los habitantes del país.

**ARTÍCULO 79.- Congruencia del sistema de propiedad intelectual**

Los derechos de propiedad intelectual en las formas indicadas por el primer párrafo del artículo anterior, serán regulados por las legislaciones específicas de cada instituto. Sin embargo, las resoluciones que se tomen en materia de protección de la propiedad intelectual

relacionada con la biodiversidad, deberán ser congruentes con los objetivos de esta ley, en aplicación del principio de integración.

#### **ARTÍCULO 80.- Consulta previa obligada**

Tanto la Oficina Nacional de Semillas como los Registros de Propiedad Intelectual y de Propiedad Industrial, obligatoriamente deberán consultar a la Oficina Técnica de la Comisión, antes de otorgar protección de propiedad intelectual o industrial a las innovaciones que involucren elementos de la biodiversidad. Siempre aportarán el certificado de origen emitido por la Oficina Técnica de la Comisión y el consentimiento previo.

La oposición fundada de la Oficina Técnica impedirá registrar la patente o protección de la innovación.

#### **ARTÍCULO 81.- Licencias**

Los particulares beneficiarios de protección de la propiedad intelectual o industrial en materia de biodiversidad cederán, en favor del Estado, una licencia legal obligatoria que le permitirá en casos de emergencia nacional declarada, usar tales derechos en beneficio de la colectividad, con el único fin de resolver la emergencia, sin necesidad del pago de regalías o indemnización.

#### **ARTÍCULO 82.- Los derechos intelectuales comunitarios sui géneris**

El Estado reconoce y protege expresamente, bajo el nombre común de derechos intelectuales comunitarios sui géneris, los conocimientos, las prácticas e innovaciones de los pueblos indígenas y las comunidades locales, relacionadas con el empleo de los elementos de la biodiversidad y el conocimiento asociado. Este derecho existe y se reconoce jurídicamente por la sola existencia de la práctica cultural o el conocimiento relacionado con los recursos genéticos y bioquímicos; no requiere declaración previa, reconocimiento expreso ni registro oficial; por tanto, puede comprender prácticas que en el futuro adquieran tal categoría.

Este reconocimiento implica que ninguna de las formas de protección de los derechos de propiedad intelectual o industrial regulados en este capítulo, las leyes especiales y el Derecho Internacional afectarán tales prácticas históricas.

#### **ARTÍCULO 83.- Proceso participativo para determinar naturaleza y alcances de los derechos intelectuales comunitarios sui géneris**

Dentro de los dieciocho meses siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, la Comisión, por medio de su Oficina Técnica y en asocio con la Mesa Indígena y la Mesa Campesina, deberá definir un proceso participativo con las comunidades indígenas y campesinas, para determinar la naturaleza, los alcances y requisitos de estos derechos para su normación definitiva. La Comisión y las organizaciones involucradas dispondrán la forma, la metodología y los elementos básicos del proceso participativo.

**ARTÍCULO 84.- Determinación y registro de los derechos intelectuales comunitarios sui géneris**

Mediante el procedimiento indicado en el artículo anterior, se procederá a inventariar los derechos intelectuales comunitarios sui géneris específicos que las comunidades solicitan proteger, y se mantendrá abierta la posibilidad de que, en el futuro, se inscriban o reconozcan otros que reúnan las mismas características.

El reconocimiento de esos derechos en el Registro de la Oficina Técnica de la Comisión, es voluntario y gratuito; deberá hacerse oficiosamente o a solicitud de los interesados, sin sujeción a formalidad alguna.

La existencia de tal reconocimiento en el Registro obligará a la Oficina Técnica a contestar negativamente cualquier consulta relativa a reconocer derechos intelectuales o industriales sobre el mismo elemento o conocimiento. Tal denegación, siempre que sea debidamente fundada, podrá hacerse por el mismo motivo aun cuando el derecho sui géneris no esté inscrito oficialmente.

**ARTÍCULO 85.- Uso del derecho intelectual comunitario sui géneris**

Mediante el proceso participativo se determinará la forma en que el derecho intelectual comunitario sui géneris será utilizado y quien ejercerá su titularidad. Asimismo, identificará a los destinatarios de sus beneficios

**CAPÍTULO VI  
EDUCACIÓN Y CONCIENCIA PÚBLICA, INVESTIGACIÓN Y  
TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA**

**ARTÍCULO 86.- Educación para la biodiversidad**

La educación biológica deberá ser integrada dentro de los planes educativos en todos los niveles previstos, para lograr la comprensión del valor de la biodiversidad y del modo en que desempeña un papel en la vida y aspiración de cada ser humano.

El Ministerio de Educación, en coordinación con las entidades públicas y privadas competentes en la materia, en especial el Ministerio del Ambiente y Energía, deberá diseñar políticas y programas de educación formal que integren el conocimiento de la importancia y el valor de la biodiversidad y el conocimiento asociado, las causas que la amenazan y reducen y el uso sostenible de sus componentes, a fin de facilitar el aprendizaje y valoración de la biodiversidad que rodea a cada comunidad y demostrar el potencial de ella para aumentar la calidad de vida de la población.

**ARTÍCULO 87.- Incorporación de la variable educativa en los proyectos**

El Estado velará porque cada proyecto que desarrolle una institución pública en el campo ambiental contemple un componente de educación y conciencia pública sobre la

conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, específicamente en la zona donde se desarrolla el proyecto.

**ARTÍCULO 88.- Investigación y transferencia de tecnología sobre la diversidad biológica**

En aplicación de los artículos 16, 17 y 18 de la Convención sobre Diversidad Biológica, el Estado, por medio de la Comisión, dictará las normas generales que garanticen, al país y sus habitantes, ser destinatarios de información y cooperación científico-técnica en materia de biodiversidad, así como tener acceso a la tecnología mediante políticas adecuadas de transferencia, incluida la biotecnología y el conocimiento asociado.

Por medio de las mismas Normas Generales, el Estado garantizará el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el mismo convenio, facilitando el acceso a las tecnologías pertinentes para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, sin perjuicio de los derechos de propiedad intelectual, industrial o de los derechos colectivos intelectuales sui géneris.

**ARTÍCULO 89.- Fomento de programas de investigación, divulgación e información**

El Ministerio del Ambiente y Energía y las demás instituciones públicas y privadas fomentarán el desarrollo de programas de investigación sobre la diversidad biológica.

**ARTÍCULO 90.- Programa Nacional de Ciencia y Tecnología**

Considérase parte del Programa Nacional de Ciencia y Tecnología, los objetivos de esta ley en materia de biodiversidad.

**ARTÍCULO 91.- Rescate y mantenimiento de tecnologías tradicionales**

El Estado fomentará el rescate, el mantenimiento y la difusión de tecnologías y prácticas tradicionales útiles para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.

**CAPÍTULO VII  
EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

**ARTÍCULO 92.- Presentación de evaluaciones de impacto ambiental**

A juicio de la Oficina Técnica de la Comisión, se solicitará la evaluación de impacto ambiental de los proyectos propuestos cuando se considere que pueden afectar la biodiversidad. La evaluación se aprobará de conformidad con el artículo 17 de la Ley Orgánica del Ambiente.

**ARTÍCULO 93.- Guías para la evaluación de impacto ambiental**

La Secretaría Técnica Nacional deberá incluir en las guías para elaborar la evaluación de impacto ambiental, los cambios en la biodiversidad, sean naturales o hechos

por el hombre, y la identificación de los procesos o actividades que ejercen impacto sobre la conservación y el uso de la biodiversidad.

**ARTÍCULO 94.- Etapas de la evaluación del impacto ambiental**

La evaluación del impacto ambiental en materia de biodiversidad debe efectuarse en su totalidad, aun cuando el proyecto esté programado para realizarse en etapas.

**ARTÍCULO 95.- Audiencias públicas**

La Secretaría Técnica Nacional deberá realizar audiencias públicas de información y análisis sobre el proyecto concreto y su impacto, cuando lo considere necesario. El costo de la publicación correrá a costa del interesado.

**ARTÍCULO 96.- Auditoría ambiental**

En los proyectos que exijan evaluación de impacto ambiental de conformidad con el artículo 92 anterior, la Secretaría Técnica Nacional y la Oficina Técnica de Comisión, coordinarán la auditoría ambiental correspondiente.

**ARTÍCULO 97.- Notificación internacional**

Conforme al Convenio sobre la Diversidad Biológica y el Derecho Internacional ambiental, la Secretaría Técnica Nacional será la encargada de la aplicación de los incisos c) y d) del artículo 14 Convenio mencionado.

**CAPÍTULO VIII  
INCENTIVOS**

**ARTÍCULO 98.- Promoción de inversiones**

El Ministerio del Ambiente y Energía y las demás entidades públicas, en cooperación con el sector privado e incluyendo las organizaciones de la sociedad civil, promoverán las inversiones para el empleo sostenible y la conservación de la biodiversidad.

**ARTÍCULO 99.- Establecimiento de programas de capacitación**

El establecimiento de programas de capacitación científica, técnica y tecnológica, así como los proyectos de investigación que fomenten la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad se favorecen mediante los incentivos previstos en esta ley, en otras o interpretaciones que de ellas se hagan.

**ARTÍCULO 100.- Plan de incentivos**

El Ministerio del Ambiente y Energía y las demás autoridades públicas aplicarán incentivos específicos de carácter tributario, técnico-científico y de otra índole, en favor de las actividades o los programas realizados por personas físicas o jurídicas nacionales, que contribuyan a alcanzar los objetivos de la presente ley.

Los incentivos estarán constituidos, entre otros, por los siguientes:

- 1.- Exoneración de todo tributo para equipos y materiales, excepto automotores de cualquier clase, que el reglamento de esta ley defina como indispensables y necesarios para el desarrollo, la investigación y transferencia de tecnologías adecuadas para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad. La exoneración se otorgará por una sola vez en cuanto a equipos. Todas se otorgarán mediante autorización del Ministerio de Hacienda, previa aprobación del estudio respectivo debidamente justificado por el Ministerio del Ambiente y Energía.
- 2.- Reconocimientos públicos como el distintivo Bandera Ecológica .
- 3.- Premios nacionales y locales para quienes se destaquen por sus acciones en favor de la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad.
- 4.- Pago de servicios ambientales.
- 5.- Créditos favorables para microempresas en áreas de amortiguamiento.
- 6.- Cualquier otro vigente en la Ley de promoción del desarrollo científico y tecnológico, No. 7169, de 26 de junio de 1990, y otras leyes, en el tanto permita alcanzar los objetivos previstos en esta ley.

#### **ARTÍCULO 101.- Incentivos para la participación comunitaria**

Incentívase la participación de la comunidad en la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica mediante la asistencia técnica y los incentivos señalados en esta ley y su reglamento, especialmente en áreas donde se hayan identificado especies en peligro de extinción, endémicas o raras.

#### **ARTÍCULO 102.- Financiamiento y asistencia al manejo comunitario**

El Ministerio del Ambiente y Energía, en coordinación con las autoridades públicas competentes y la sociedad civil, dará prioridad a formas de financiamiento y apoyo técnico o de otra índole para los proyectos de manejo comunitario de la biodiversidad.

#### **ARTÍCULO 103.- Eliminación de incentivos negativos**

El Ministerio del Ambiente y Energía y las demás autoridades públicas, tomando en consideración el interés público, deberán revisar la legislación existente y proponer o realizar los cambios necesarios para eliminar o reducir los incentivos, negativos para la conservación de la biodiversidad y su uso sostenible y proponer los desincentivos apropiados.

#### **ARTÍCULO 104.- Promoción del mejoramiento tradicional**

El Ministerio del Ambiente y Energía y las demás autoridades públicas promoverán la conservación y el uso sostenible de los recursos biológicos y genéticos que hayan sido objeto de mejoramiento o selección por las comunidades locales o los pueblos indígenas, especialmente los que se encuentren amenazados o en peligro de extinción y que requieran ser restaurados, recuperados o rehabilitados. El Ministerio otorgará la asistencia técnica o financiera necesaria para cumplir con esta obligación.

### **CAPÍTULO IX**



## PROCEDIMIENTOS, PROCESOS Y SANCIONES EN GENERAL

### **ARTÍCULO 105.- Acción popular**

Toda persona estará legitimada para accionar en sede administrativa o jurisdiccional, en defensa y protección de la biodiversidad.

### **ARTÍCULO 106.- Procedimiento administrativo**

Salvo lo regulado específicamente de modo distinto en esta ley, para todas las tramitaciones administrativas que la gestión de la biodiversidad requerida, se seguirá, el procedimiento ordinario o sumario regulado por la Ley General de la Administración Pública, según corresponda.

### **ARTÍCULO 107.- Recursos**

Excepto lo regulado en el inciso f) del artículo 14 y el artículo 64 de esta ley, en materia de recursos se aplicará lo dispuesto por la Ley General de la Administración Pública.

### **ARTÍCULO 108.- Competencia jurisdiccional**

En materia de biodiversidad y mientras no exista una jurisdicción ambiental, toda controversia será competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa.

Como excepciones de la regla anterior, los delitos contra la biodiversidad serán juzgados por la jurisdicción penal; de igual modo, las controversias que se susciten entre particulares, donde no medie un acto administrativo ni del dominio público, serán competencia de la jurisdicción agraria.

### **ARTÍCULO 109.- Carga de la prueba**

La carga de la prueba, de la ausencia de contaminación, degradación o afectación no permitidas, corresponderá a quien solicite la aprobación, el permiso o acceso a la biodiversidad o a quien se le acuse de haber ocasionado daño ambiental.

### **ARTÍCULO 110.- Responsabilidad civil**

La responsabilidad civil por los daños causados a los elementos de la biodiversidad se define en los artículos 99 y siguientes de la Ley Orgánica del Ambiente y demás disposiciones pertinentes del ordenamiento jurídico.

### **ARTÍCULO 111.- Responsabilidad penal general**

Salvo las situaciones ilícitas tipificadas en esta ley, la responsabilidad penal será la prescrita en el Código Penal y leyes especiales.

Tratándose de delitos cometidos por funcionarios públicos o profesionales en el ejercicio de sus cargos o profesiones, la autoridad judicial podrá imponer la pena de

inhabilitación especial por un máximo hasta de cinco años, de acuerdo con los criterios generales de imposición de las penas.

**ARTÍCULO 112.- Acceso no autorizado a los elementos de la biodiversidad**

A quien realice exploración, bioprospección o tenga acceso a la biodiversidad, sin estar autorizado por la Oficina Técnica de la Comisión, cuando sea necesario en los términos de esta ley o se aparte de los términos en los cuales le fue otorgado el permiso, se le impondrá una multa que oscilará desde el equivalente a un salario establecido en el artículo 2 de la Ley No. 7337, hasta el equivalente a doce de estos salarios.

**ARTÍCULO 113.- Medidas administrativas**

Para los efectos de esta ley, se entienden como faltas administrativas y sus sanciones correlativas, las establecidas de la Ley Orgánica del Ambiente, la Ley de Vida Silvestre, la Ley Forestal y en otras legislaciones aplicables.

**CAPÍTULO X  
DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS**

**ARTÍCULO 114.-** Refórmense las siguientes disposiciones de la Ley Forestal, No. 7575, de 13 de febrero de 1996:

- 1.- Los incisos l) y m) del artículo 3, cuyos textos dirán:

**“Artículo 3.-**

[...]

**l)** Áreas de recarga acuífera: Superficies en las cuales ocurre la infiltración que alimenta los acuíferos y cauces de los ríos, según delimitación establecida por el Ministerio del Ambiente y Energía por su propia iniciativa o a instancia de organizaciones interesadas, previa consulta con el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, el Servicio Nacional de Aguas Subterráneas, Riego y Avenamiento u otra entidad técnicamente competente en materia de aguas.

**m)** Actividades de conveniencia nacional: Actividades realizadas por las dependencias centralizadas del Estado, las instituciones autónomas o la empresa privada, cuyos beneficios sociales sean mayores que los costos socio-ambientales.

El balance deberá hacerse mediante los instrumentos apropiados.”

- 2.- El inciso c) del artículo 72, cuyo texto dirá:

**“Artículo 72.- Modificaciones**

[...]

**c) Artículo 37.- Facultades del Poder Ejecutivo**

Las fincas particulares afectadas según lo dispuesto por este artículo, por encontrarse en parques nacionales, reservas biológicas, refugios de vida silvestre, reservas forestales y zonas protectoras, quedarán comprendidas dentro de las áreas protegidas estatales solo a partir del momento en que se hayan pagado o expropiado legalmente, salvo cuando en forma voluntaria se sometan al Régimen Forestal. Tratándose de reservas forestales, zonas protectoras y refugios de vida silvestre y en caso de que el pago o la expropiación no se haya efectuado y mientras se efectúa, las áreas quedarán sometidas a un plan de ordenamiento ambiental que incluye la evaluación de impacto ambiental y posteriormente, al plan de manejo, recuperación y reposición de los recursos.”

3.- El artículo 41, cuyo texto dirá:

**“Artículo 41.- Manejo de recursos**

El Fondo Forestal queda autorizado para realizar cualquier negocio jurídico no especulativo requerido para la debida administración de los recursos de su patrimonio, incluyendo la constitución de fideicomisos. La administración financiera y contable del Fondo podrá ser contratada con uno o varios bancos del Sistema Bancario Nacional. Corresponderá a la Contraloría General de la República el control posterior de esta administración.

El Ministerio de Hacienda efectuará, trimestralmente, las transferencias o los desembolsos de todos los recursos recaudados para el Fondo Forestal.

De incumplirse lo dispuesto en el párrafo anterior, el Ministerio del Ambiente y Energía requerirá al Tesorero Nacional o a su superior, a fin de que cumpla con esta disposición. Si el funcionario no procediere, responderá personalmente y le será aplicable lo dispuesto en el Código Penal.

Los procedimientos relativos a la apertura y forma de llevar la contabilidad y operación en general de dicha cuenta, se indicarán en el reglamento de operación del Fondo que será aprobado por el Director Superior del Sistema Nacional de Áreas de Conservación. La revisión y el control estarán a cargo de la Contraloría General de la República.”

**ARTÍCULO 115.- Refórmase el artículo 11 de la Ley de Conservación de la Vida Silvestre, No. 7317, de 21 de octubre de 1992. El texto dirá:**

**Artículo 11.-**

Con el objeto de hacer cumplir los fines de esta ley y atender los gastos que de ello se deriven, el Sistema Nacional de Áreas de Conservación del Ministerio del Ambiente y Energía y la Comisión contarán con el cincuenta por ciento (50%) de los recursos del Fondo de Vida Silvestre, los cuales estarán constituidos por:

- 1.- El monto resultante del timbre de Vida Silvestre.
- 2.- Los montos percibidos por concepto de permisos y licencias.
- 3.- Los legados y las donaciones de personas físicas y jurídicas, organizaciones nacionales e internacionales, privadas o públicas, y los aportes del Estado o sus instituciones.
- 4.- El monto de las multas los comisos que perciba de conformidad con la presente ley.

El Fondo de Vida Silvestre queda autorizado para realizar cualquier negocio jurídico no especulativo, requerido para la debida administración de los recursos de su patrimonio, incluso la constitución de fideicomisos. La administración financiera y contable del Fondo podrá ser contratada con uno o varios bancos del Sistema Bancario Nacional. El control posterior de esa administración corresponderá a la Contraloría General de la República.

El Ministerio de Hacienda efectuará, trimestralmente, las transferencias o los desembolsos de todos los recursos recaudados para el Fondo de Vida Silvestre.

De incumplirse lo dispuesto en el párrafo anterior, el Ministerio del Ambiente y Energía requerirá al Tesorero Nacional o al superior, a fin de que cumpla esta disposición. Si el funcionario no procediere, responderá personalmente y le será aplicable lo dispuesto en el Código Penal.

Los procedimientos relativos a la apertura, la forma de llevar la contabilidad y operación en general de dicha cuenta, se indicarán en el reglamento de operación del Fondo que será aprobado por el Director Superior del Sistema Nacional de Áreas de Conservación. La revisión y el control estarán a cargo de la Contraloría General de la República.

**ARTÍCULO 116.- Interpretación Auténtica**

Interprétase auténticamente el artículo 67 de la Ley de Promoción del Desarrollo científico y tecnológico, No. 7169, para que donde dice: “para que sean exportados” se lea correctamente, “para que sean importados”.

**ARTÍCULO 117.- Reglamento**

El Poder Ejecutivo reglamentará esta ley dentro de los tres meses siguientes a su publicación.

Rige a partir de su publicación.

### **DISPOSICIONES TRANSITORIAS**

**TRANSITORIO I.-** En los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de esta ley, todos los permisos, contratos o convenios de bioprospección o acceso a la biodiversidad, deberán ser homologados ante el Registro establecido en el presente capítulo.

**TRANSITORIO II.-** Los permisos de acceso, contratos y convenios otorgados antes de esta ley, cuya fecha de vencimiento sea posterior al 1° de enero del 2003 o no tengan plazo de vigencia, fenecerán por disposición legal el 31 de diciembre del 2002. La negociación de su prórroga o renegociación deberá ajustarse a lo dispuesto en esta ley.

**ASAMBLEA LEGISLATIVA.-** San José, a los veintitrés días del mes de abril de mil novecientos noventa y ocho.

### **COMUNÍCASE AL PODER EJECUTIVO**

Saúl Weisleder Weisleder  
**PRESIDENTE**

Mario Álvarez González  
**PRIMER SECRETARIO**

Carmen Valverde Acosta  
**SEGUNDA PROSECRETARIA**

**dr.-**

**Dado en la Presidencia de la República.-** San José, a los treinta días del mes de abril de mil novecientos noventa y ocho.

**Ejecútese y publíquese**

**JOSÉ MARÍA FIGUERES OLSEN**

René Castro Salazar  
**MINISTRO DEL AMBIENTE Y ENERGÍA**

**Sanción: 30-04-1998**

**Publicación: 27-05-1998 Gaceta: 101**

## **Annexe C: *MEDIDA PROVISORIA N.º 2.186-16***

Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do art. 225 da Constituição, os arts. 1º, 8º, alínea "j", 10, alínea "c", 15 e 16, alíneas 3 e 4 da Convenção sobre Diversidade Biológica, dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado, a repartição de benefícios e o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para sua conservação e utilização, e dá outras providências.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, no uso da atribuição que lhe confere o art. 62 da Constituição, adota a seguinte Medida Provisória, com força de lei:

### **CAPÍTULO I**

#### **DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 1º Esta Medida Provisória dispõe sobre os bens, os direitos e as obrigações relativos:

I - ao acesso a componente do patrimônio genético existente no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção;

II - ao acesso ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, relevante à conservação da diversidade biológica, à integridade do patrimônio genético do País e à utilização de seus componentes;

III - à repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração de componente do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado; e

IV - ao acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica.

§ 1º O acesso a componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção far-se-á na forma desta Medida Provisória, sem prejuízo dos direitos de propriedade material ou imaterial que incidam sobre o componente do patrimônio genético acessado ou sobre o local de sua ocorrência.

§ 2º O acesso a componente do patrimônio genético existente na plataforma continental observará o disposto na Lei nº 8.617, de 4 de janeiro de 1993.

Art. 2º O acesso ao patrimônio genético existente no País somente será feito mediante autorização da União e terá o seu uso, comercialização e aproveitamento para quaisquer fins submetidos à fiscalização, restrições e repartição de benefícios nos termos e nas condições estabelecidos nesta Medida Provisória e no seu regulamento.

Art. 3º Esta Medida Provisória não se aplica ao patrimônio genético humano.

Art. 4º É preservado o intercâmbio e a difusão de componente do patrimônio genético e do conhecimento tradicional associado praticado entre si por comunidades indígenas e comunidades locais para seu próprio benefício e baseados em prática costumeira.

Art. 5º É vedado o acesso ao patrimônio genético para práticas nocivas ao meio ambiente e à saúde humana e para o desenvolvimento de armas biológicas e químicas.

Art. 6º A qualquer tempo, existindo evidência científica consistente de perigo de dano grave e irreversível à diversidade biológica, decorrente de atividades praticadas na forma desta Medida Provisória, o Poder Público, por intermédio do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, previsto no art. 10, com base em critérios e parecer técnico, determinará medidas destinadas a impedir o dano, podendo, inclusive, sustar a atividade, respeitada a competência do órgão responsável pela biossegurança de organismos geneticamente modificados.

## CAPÍTULO II

### DAS DEFINIÇÕES

Art. 7º Além dos conceitos e das definições constantes da Convenção sobre Diversidade Biológica, considera-se para os fins desta Medida Provisória:

I - patrimônio genético: informação de origem genética, contida em amostras do todo ou de parte de espécime vegetal, fúngico, microbiano ou animal, na forma de moléculas e substâncias provenientes do metabolismo destes seres vivos e de extratos obtidos destes organismos vivos ou mortos, encontrados em condições **in situ**, inclusive domesticados, ou mantidos em coleções **ex situ**, desde que coletados em condições **in situ** no território nacional, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;

II - conhecimento tradicional associado: informação ou prática individual ou coletiva de comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético;

III - comunidade local: grupo humano, incluindo remanescentes de comunidades de quilombos, distinto por suas condições culturais, que se organiza, tradicionalmente, por gerações sucessivas e costumes próprios, e que conserva suas instituições sociais e econômicas;

IV - acesso ao patrimônio genético: obtenção de amostra de componente do patrimônio genético para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando a sua aplicação industrial ou de outra natureza;

V - acesso ao conhecimento tradicional associado: obtenção de informação sobre conhecimento ou prática individual ou coletiva, associada ao patrimônio genético, de comunidade indígena ou de comunidade local, para fins de pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico ou bioprospecção, visando sua aplicação industrial ou de outra natureza;



VI - acesso à tecnologia e transferência de tecnologia: ação que tenha por objetivo o acesso, o desenvolvimento e a transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da diversidade biológica ou tecnologia desenvolvida a partir de amostra de componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado;

VII - bioprospecção: atividade exploratória que visa identificar componente do patrimônio genético e informação sobre conhecimento tradicional associado, com potencial de uso comercial;

VIII - espécie ameaçada de extinção: espécie com alto risco de desaparecimento na natureza em futuro próximo, assim reconhecida pela autoridade competente;

IX - espécie domesticada: aquela em cujo processo de evolução influenciou o ser humano para atender às suas necessidades;

X - Autorização de Acesso e de Remessa: documento que permite, sob condições específicas, o acesso a amostra de componente do patrimônio genético e sua remessa à instituição destinatária e o acesso a conhecimento tradicional associado;

XI - Autorização Especial de Acesso e de Remessa: documento que permite, sob condições específicas, o acesso a amostra de componente do patrimônio genético e sua remessa à instituição destinatária e o acesso a conhecimento tradicional associado, com prazo de duração de até dois anos, renovável por iguais períodos;

XII - Termo de Transferência de Material: instrumento de adesão a ser firmado pela instituição destinatária antes da remessa de qualquer amostra de componente do patrimônio genético, indicando, quando for o caso, se houve acesso a conhecimento tradicional associado;

XIII - Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios: instrumento jurídico multilateral, que qualifica as partes, o objeto e as condições de acesso e de remessa de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, bem como as condições para repartição de benefícios;

XIV - condição **ex situ**: manutenção de amostra de componente do patrimônio genético fora de seu habitat natural, em coleções vivas ou mortas.

### CAPÍTULO III

#### DA PROTEÇÃO AO CONHECIMENTO TRADICIONAL ASSOCIADO

Art. 8º Fica protegido por esta Medida Provisória o conhecimento tradicional das comunidades indígenas e das comunidades locais, associado ao patrimônio genético, contra a utilização e exploração ilícita e outras ações lesivas ou não autorizadas pelo Conselho de Gestão de que trata o art. 10, ou por instituição credenciada.

§ 1º O Estado reconhece o direito das comunidades indígenas e das comunidades locais para decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do País, nos termos desta Medida Provisória e do seu regulamento.

§ 2º O conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético de que trata esta Medida Provisória integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser objeto de cadastro, conforme dispuser o Conselho de Gestão ou legislação específica.

§ 3º A proteção outorgada por esta Medida Provisória não poderá ser interpretada de modo a obstar a preservação, a utilização e o desenvolvimento de conhecimento tradicional de comunidade indígena ou comunidade local.

§ 4º A proteção ora instituída não afetará, prejudicará ou limitará direitos relativos à propriedade intelectual.

Art. 9º À comunidade indígena e à comunidade local que criam, desenvolvem, detêm ou conservam conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, é garantido o direito de:

I - ter indicada a origem do acesso ao conhecimento tradicional em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações;

II - impedir terceiros não autorizados de:

a) utilizar, realizar testes, pesquisas ou exploração, relacionados ao conhecimento tradicional associado;

b) divulgar, transmitir ou retransmitir dados ou informações que integram ou constituem conhecimento tradicional associado;

III - perceber benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, de conhecimento tradicional associado, cujos direitos são de sua titularidade, nos termos desta Medida Provisória.

Parágrafo único. Para efeito desta Medida Provisória, qualquer conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético poderá ser de titularidade da comunidade, ainda que apenas um indivíduo, membro dessa comunidade, detenha esse conhecimento.

## CAPÍTULO IV

### DAS COMPETÊNCIAS E ATRIBUIÇÕES INSTITUCIONAIS

Art. 10. Fica criado, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, o Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, de caráter deliberativo e normativo, composto de representantes de órgãos e de entidades da Administração Pública Federal que detêm competência sobre as diversas ações de que trata esta Medida Provisória.

§ 1º O Conselho de Gestão será presidido pelo representante do Ministério do Meio Ambiente.

§ 2º O Conselho de Gestão terá sua composição e seu funcionamento dispostos no regulamento.

Art. 11. Compete ao Conselho de Gestão:

I - coordenar a implementação de políticas para a gestão do patrimônio genético;

II - estabelecer:

- a) normas técnicas;
- b) critérios para as autorizações de acesso e de remessa;
- c) diretrizes para elaboração do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios;
- d) critérios para a criação de base de dados para o registro de informação sobre conhecimento tradicional associado;

III - acompanhar, em articulação com órgãos federais, ou mediante convênio com outras instituições, as atividades de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético e de acesso a conhecimento tradicional associado;

IV - deliberar sobre:

- a) autorização de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético, mediante anuência prévia de seu titular;
- b) autorização de acesso a conhecimento tradicional associado, mediante anuência prévia de seu titular;
- c) autorização especial de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético à instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins, e à universidade nacional, pública ou privada, com prazo de duração de até dois anos, renovável por iguais períodos, nos termos do regulamento;
- d) autorização especial de acesso a conhecimento tradicional associado à instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins, e à universidade nacional, pública ou privada, com prazo de duração de até dois anos, renovável por iguais períodos, nos termos do regulamento;
- e) credenciamento de instituição pública nacional de pesquisa e desenvolvimento ou de instituição pública federal de gestão para autorizar outra instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividade de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins:
  - 1. a acessar amostra de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado;
  - 2. a remeter amostra de componente do patrimônio genético para instituição nacional, pública ou privada, ou para instituição sediada no exterior;
- f) credenciamento de instituição pública nacional para ser fiel depositária de amostra de componente do patrimônio genético;

V - dar anuência aos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios quanto ao atendimento dos requisitos previstos nesta Medida Provisória e no seu regulamento;

VI - promover debates e consultas públicas sobre os temas de que trata esta Medida Provisória;

VII - funcionar como instância superior de recurso em relação a decisão de instituição credenciada e dos atos decorrentes da aplicação desta Medida Provisória;

VIII - aprovar seu regimento interno.

§ 1º Das decisões do Conselho de Gestão caberá recurso ao plenário, na forma do regulamento.

§ 2º O Conselho de Gestão poderá organizar-se em câmaras temáticas, para subsidiar decisões do plenário.

Art. 12. A atividade de coleta de componente do patrimônio genético e de acesso a conhecimento tradicional associado, que contribua para o avanço do conhecimento e que não esteja associada à bioprospecção, quando envolver a participação de pessoa jurídica estrangeira, será autorizada pelo órgão responsável pela política nacional de pesquisa científica e tecnológica, observadas as determinações desta Medida Provisória e a legislação vigente.

Parágrafo único. A autorização prevista no **caput** deste artigo observará as normas técnicas definidas pelo Conselho de Gestão, o qual exercerá supervisão dessas atividades.

Art. 13. Compete ao Presidente do Conselho de Gestão firmar, em nome da União, Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios.

§ 1º Mantida a competência de que trata o **caput** deste artigo, o Presidente do Conselho de Gestão subdelegará ao titular de instituição pública federal de pesquisa e desenvolvimento ou instituição pública federal de gestão a competência prevista no **caput** deste artigo, conforme sua respectiva área de atuação.

§ 2º Quando a instituição prevista no parágrafo anterior for parte interessada no contrato, este será firmado pelo Presidente do Conselho de Gestão.

Art. 14. Caberá à instituição credenciada de que tratam os números 1 e 2 da alínea "e" do inciso IV do art. 11 desta Medida Provisória uma ou mais das seguintes atribuições, observadas as diretrizes do Conselho de Gestão:

I - analisar requerimento e emitir, a terceiros, autorização:

a) de acesso a amostra de componente do patrimônio genético existente em condições *in situ* no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, mediante anuência prévia de seus titulares;

b) de acesso a conhecimento tradicional associado, mediante anuência prévia dos titulares da área;

c) de remessa de amostra de componente do patrimônio genético para instituição nacional, pública ou privada, ou para instituição sediada no exterior;

II - acompanhar, em articulação com órgãos federais, ou mediante convênio com outras instituições, as atividades de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético e de acesso a conhecimento tradicional associado;

III - criar e manter:

a) cadastro de coleções **ex situ**, conforme previsto no art. 18 desta Medida Provisória;

b) base de dados para registro de informações obtidas durante a coleta de amostra de componente do patrimônio genético;

c) base de dados relativos às Autorizações de Acesso e de Remessa, aos Termos de Transferência de Material e aos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios, na forma do regulamento;

IV - divulgar, periodicamente, lista das Autorizações de Acesso e de Remessa, dos Termos de Transferência de Material e dos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios;

V - acompanhar a implementação dos Termos de Transferência de Material e dos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios referente aos processos por ela autorizados.

§ 1º A instituição credenciada deverá, anualmente, mediante relatório, dar conhecimento pleno ao Conselho de Gestão sobre a atividade realizada e repassar cópia das bases de dados à unidade executora prevista no art. 15.

§ 2º A instituição credenciada, na forma do art. 11, deverá observar o cumprimento das disposições desta Medida Provisória, do seu regulamento e das decisões do Conselho de Gestão, sob pena de seu descredenciamento, ficando, ainda, sujeita à aplicação, no que couber, das penalidades previstas no art. 30 e na legislação vigente.

Art. 15. Fica autorizada a criação, no âmbito do Ministério do Meio Ambiente, de unidade executora que exercerá a função de secretaria executiva do Conselho de Gestão, de que trata o art. 10 desta Medida Provisória, com as seguintes atribuições, dentre outras:

I - implementar as deliberações do Conselho de Gestão;

II - dar suporte às instituições credenciadas;

III - emitir, de acordo com deliberação do Conselho de Gestão e em seu nome:

a) Autorização de Acesso e de Remessa;

b) Autorização Especial de Acesso e de Remessa;

IV - acompanhar, em articulação com os demais órgãos federais, as atividades de acesso e de remessa de amostra de componente do patrimônio genético e de acesso a conhecimento tradicional associado;

V - credenciar, de acordo com deliberação do Conselho de Gestão e em seu nome, instituição pública nacional de pesquisa e desenvolvimento ou instituição pública federal de gestão para autorizar instituição nacional, pública ou privada:

a) a acessar amostra de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado;

b) a enviar amostra de componente do patrimônio genético para instituição nacional, pública ou privada, ou para instituição sediada no exterior, respeitadas as exigências do art. 19 desta Medida Provisória;

VI - credenciar, de acordo com deliberação do Conselho de Gestão e em seu nome, instituição pública nacional para ser fiel depositária de amostra de componente do patrimônio genético;

VII - registrar os Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios, após anuência do Conselho de Gestão;

VIII - divulgar lista de espécies de intercâmbio facilitado constantes de acordos internacionais, inclusive sobre segurança alimentar, dos quais o País seja signatário, de acordo com o § 2º do art. 19 desta Medida Provisória;

IX - criar e manter:

a) cadastro de coleções *ex situ*, conforme previsto no art. 18;

b) base de dados para registro de informações obtidas durante a coleta de amostra de componente do patrimônio genético;

c) base de dados relativos às Autorizações de Acesso e de Remessa, aos Termos de Transferência de Material e aos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios;

X - divulgar, periodicamente, lista das Autorizações de Acesso e de Remessa, dos Termos de Transferência de Material e dos Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios.

## CAPÍTULO V

### DO ACESSO E DA REMESSA

Art. 16. O acesso a componente do patrimônio genético existente em condições **in situ** no território nacional, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva, e ao conhecimento tradicional associado far-se-á mediante a coleta de amostra e de informação, respectivamente, e somente será autorizado a instituição nacional, pública ou privada, que exerça atividades de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins, mediante prévia autorização, na forma desta Medida Provisória.

§ 1º O responsável pela expedição de coleta deverá, ao término de suas atividades em cada área acessada, assinar com o seu titular ou representante declaração contendo listagem do material acessado, na forma do regulamento.

§ 2º Excepcionalmente, nos casos em que o titular da área ou seu representante não for identificado ou localizado por ocasião da expedição de coleta, a declaração contendo listagem do material acessado deverá ser assinada pelo responsável pela expedição e encaminhada ao Conselho de Gestão.

§ 3º Sub-amostra representativa de cada população componente do patrimônio genético acessada deve ser depositada em condição **ex situ** em instituição credenciada como fiel depositária, de que trata a alínea "f" do inciso IV do art. 11 desta Medida Provisória, na forma do regulamento.

§ 4º Quando houver perspectiva de uso comercial, o acesso a amostra de componente do patrimônio genético, em condições **in situ**, e ao conhecimento tradicional associado só poderá ocorrer após assinatura de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios.

§ 5º Caso seja identificado potencial de uso econômico, de produto ou processo, passível ou não de proteção intelectual, originado de amostra de componente do patrimônio genético e de informação oriunda de conhecimento tradicional associado, acessado com base em autorização que não estabeleceu esta hipótese, a instituição beneficiária obriga-se a comunicar ao Conselho de Gestão ou a instituição onde se originou o processo de acesso e de remessa, para a formalização de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios.

§ 6º A participação de pessoa jurídica estrangeira em expedição para coleta de amostra de componente do patrimônio genético **in situ** e para acesso de conhecimento tradicional associado somente será autorizada quando em conjunto com instituição pública nacional, ficando a coordenação das atividades obrigatoriamente a cargo desta última e desde que todas as instituições envolvidas exerçam atividades de pesquisa e desenvolvimento nas áreas biológicas e afins.

§ 7º A pesquisa sobre componentes do patrimônio genético deve ser realizada preferencialmente no território nacional.

§ 8º A Autorização de Acesso e de Remessa de amostra de componente do patrimônio genético de espécie de endemismo estrito ou ameaçada de extinção dependerá da anuência prévia do órgão competente.

§ 9º A Autorização de Acesso e de Remessa dar-se-á após a anuência prévia:

I - da comunidade indígena envolvida, ouvido o órgão indigenista oficial, quando o acesso ocorrer em terra indígena;

II - do órgão competente, quando o acesso ocorrer em área protegida;

III - do titular de área privada, quando o acesso nela ocorrer;

IV - do Conselho de Defesa Nacional, quando o acesso se der em área indispensável à segurança nacional;

V - da autoridade marítima, quando o acesso se der em águas jurisdicionais brasileiras, na plataforma continental e na zona econômica exclusiva.

§ 10. O detentor de Autorização de Acesso e de Remessa de que tratam os incisos I a V do § 9º deste artigo fica responsável a ressarcir o titular da área por eventuais danos ou prejuízos, desde que devidamente comprovados.

§ 11. A instituição detentora de Autorização Especial de Acesso e de Remessa encaminhará ao Conselho de Gestão as anuências de que tratam os §§ 8º e 9º deste artigo antes ou por ocasião das expedições de coleta a serem efetuadas durante o período de vigência da Autorização, cujo descumprimento acarretará o seu cancelamento.

Art. 17. Em caso de relevante interesse público, assim caracterizado pelo Conselho de Gestão, o ingresso em área pública ou privada para acesso a amostra de componente do patrimônio genético dispensará anuência prévia dos seus titulares, garantido a estes o disposto nos arts. 24 e 25 desta Medida Provisória.

§ 1º No caso previsto no **caput** deste artigo, a comunidade indígena, a comunidade local ou o proprietário deverá ser previamente informado.

§ 2º Em se tratando de terra indígena, observar-se-á o disposto no § 6º do art. 231 da Constituição Federal.

Art. 18. A conservação **ex situ** de amostra de componente do patrimônio genético deve ser realizada no território nacional, podendo, suplementarmente, a critério do Conselho de Gestão, ser realizada no exterior.

§ 1º As coleções **ex situ** de amostra de componente do patrimônio genético deverão ser cadastradas junto à unidade executora do Conselho de Gestão, conforme dispuser o regulamento.

§ 2º O Conselho de Gestão poderá delegar o cadastramento de que trata o § 1º deste artigo a uma ou mais instituições credenciadas na forma das alíneas "d" e "e" do inciso IV do art. 11 desta Medida Provisória.

Art. 19. A remessa de amostra de componente do patrimônio genético de instituição nacional, pública ou privada, para outra instituição nacional, pública ou privada, será efetuada a partir de material em condições **ex situ**, mediante a informação do uso pretendido, observado o cumprimento cumulativo das seguintes condições, além de outras que o Conselho de Gestão venha a estabelecer:

I - depósito de sub-amostra representativa de componente do patrimônio genético em coleção mantida por instituição credenciada, caso ainda não tenha sido cumprido o disposto no § 3º do art. 16 desta Medida Provisória;

II - nos casos de amostra de componente do patrimônio genético acessado em condições **in situ**, antes da edição desta Medida Provisória, o depósito de que trata o inciso anterior será feito na forma acessada, se ainda disponível, nos termos do regulamento;



III - fornecimento de informação obtida durante a coleta de amostra de componente do patrimônio genético para registro em base de dados mencionada na alínea "b" do inciso III do art. 14 e alínea "b" do inciso IX do art. 15 desta Medida Provisória;

IV - prévia assinatura de Termo de Transferência de Material.

§ 1º Sempre que houver perspectiva de uso comercial de produto ou processo resultante da utilização de componente do patrimônio genético será necessária a prévia assinatura de Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios.

§ 2º A remessa de amostra de componente do patrimônio genético de espécies consideradas de intercâmbio facilitado em acordos internacionais, inclusive sobre segurança alimentar, dos quais o País seja signatário, deverá ser efetuada em conformidade com as condições neles definidas, mantidas as exigências deles constantes.

§ 3º A remessa de qualquer amostra de componente do patrimônio genético de instituição nacional, pública ou privada, para instituição sediada no exterior, será efetuada a partir de material em condições *ex situ*, mediante a informação do uso pretendido e a prévia autorização do Conselho de Gestão ou de instituição credenciada, observado o cumprimento cumulativo das condições estabelecidas nos incisos I a IV e §§ 1º e 2º deste artigo.

Art. 20. O Termo de Transferência de Material terá seu modelo aprovado pelo Conselho de Gestão.

## CAPÍTULO VI

### DO ACESSO À TECNOLOGIA E TRANSFERÊNCIA DE TECNOLOGIA

Art. 21. A instituição que receber amostra de componente do patrimônio genético ou conhecimento tradicional associado facilitará o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia para a conservação e utilização desse patrimônio ou desse conhecimento à instituição nacional responsável pelo acesso e remessa da amostra e da informação sobre o conhecimento, ou instituição por ela indicada.

Art. 22. O acesso à tecnologia e transferência de tecnologia entre instituição nacional de pesquisa e desenvolvimento, pública ou privada, e instituição sediada no exterior, poderá realizar-se, dentre outras atividades, mediante:

I - pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico;

II - formação e capacitação de recursos humanos;

III - intercâmbio de informações;

IV - intercâmbio entre instituição nacional de pesquisa e instituição de pesquisa sediada no exterior;

V - consolidação de infra-estrutura de pesquisa científica e de desenvolvimento tecnológico;

VI - exploração econômica, em parceria, de processo e produto derivado do uso de componente do patrimônio genético; e

VII - estabelecimento de empreendimento conjunto de base tecnológica.

Art. 23. A empresa que, no processo de garantir o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia à instituição nacional, pública ou privada, responsável pelo acesso e remessa de amostra de componente do patrimônio genético e pelo acesso à informação sobre conhecimento tradicional associado, investir em atividade de pesquisa e desenvolvimento no País, fará jus a incentivo fiscal para a capacitação tecnológica da indústria e da agropecuária, e a outros instrumentos de estímulo, na forma da legislação pertinente.

## CAPÍTULO VII

### DA REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS

Art. 24. Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético e de conhecimento tradicional associado, obtidos por instituição nacional ou instituição sediada no exterior, serão repartidos, de forma justa e equitativa, entre as partes contratantes, conforme dispuser o regulamento e a legislação pertinente.

Parágrafo único. À União, quando não for parte no Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios, será assegurada, no que couber, a participação nos benefícios a que se refere o **caput** deste artigo, na forma do regulamento.

Art. 25. Os benefícios decorrentes da exploração econômica de produto ou processo, desenvolvido a partir de amostra do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado, poderão constituir-se, dentre outros, de:

I - divisão de lucros;

II - pagamento de *royalties*;

III - acesso e transferência de tecnologias;

IV - licenciamento, livre de ônus, de produtos e processos; e

V - capacitação de recursos humanos.

Art. 26. A exploração econômica de produto ou processo desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético ou de conhecimento tradicional associado, acessada em desacordo com as disposições desta Medida Provisória, sujeitará o infrator ao pagamento de indenização correspondente a, no mínimo, vinte por cento do faturamento bruto obtido na comercialização de produto ou de *royalties* obtidos de terceiros pelo infrator, em decorrência de licenciamento de produto ou processo ou do uso da tecnologia, protegidos ou não por propriedade intelectual, sem prejuízo das sanções administrativas e penais cabíveis.

Art. 27. O Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios deverá indicar e qualificar com clareza as partes contratantes, sendo, de um lado, o

proprietário da área pública ou privada, ou o representante da comunidade indígena e do órgão indigenista oficial, ou o representante da comunidade local e, de outro, a instituição nacional autorizada a efetuar o acesso e a instituição destinatária.

Art. 28. São cláusulas essenciais do Contrato de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios, na forma do regulamento, sem prejuízo de outras, as que disponham sobre:

I - objeto, seus elementos, quantificação da amostra e uso pretendido;

II - prazo de duração;

III - forma de repartição justa e eqüitativa de benefícios e, quando for o caso, acesso à tecnologia e transferência de tecnologia;

IV - direitos e responsabilidades das partes;

V - direito de propriedade intelectual;

VI - rescisão;

VII - penalidades;

VIII - foro no Brasil.

Parágrafo único. Quando a União for parte, o contrato referido no **caput** deste artigo rege-se-á pelo regime jurídico de direito público.

Art. 29. Os Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios serão submetidos para registro no Conselho de Gestão e só terão eficácia após sua anuência.

Parágrafo único. Serão nulos, não gerando qualquer efeito jurídico, os Contratos de Utilização do Patrimônio Genético e de Repartição de Benefícios firmados em desacordo com os dispositivos desta Medida Provisória e de seu regulamento.

## CAPÍTULO VIII

### DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Art. 30. Considera-se infração administrativa contra o patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado toda ação ou omissão que viole as normas desta Medida Provisória e demais disposições legais pertinentes. (Vide Decreto nº 5.459, de 2005)

§ 1º As infrações administrativas serão punidas na forma estabelecida no regulamento desta Medida Provisória, com as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - apreensão das amostras de componentes do patrimônio genético e dos instrumentos utilizados na coleta ou no processamento ou dos produtos obtidos a partir de informação sobre conhecimento tradicional associado;

IV - apreensão dos produtos derivados de amostra de componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado;

V - suspensão da venda do produto derivado de amostra de componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado e sua apreensão;

VI - embargo da atividade;

VII - interdição parcial ou total do estabelecimento, atividade ou empreendimento;

VIII - suspensão de registro, patente, licença ou autorização;

IX - cancelamento de registro, patente, licença ou autorização;

X - perda ou restrição de incentivo e benefício fiscal concedidos pelo governo;

XI - perda ou suspensão da participação em linha de financiamento em estabelecimento oficial de crédito;

XII - intervenção no estabelecimento;

XIII - proibição de contratar com a Administração Pública, por período de até cinco anos.

§ 2º As amostras, os produtos e os instrumentos de que tratam os incisos III, IV e V do § 1º deste artigo, terão sua destinação definida pelo Conselho de Gestão.

§ 3º As sanções estabelecidas neste artigo serão aplicadas na forma processual estabelecida no regulamento desta Medida Provisória, sem prejuízo das sanções civis ou penais cabíveis.

§ 4º A multa de que trata o inciso II do § 1º deste artigo será arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a gravidade da infração e na forma do regulamento, podendo variar de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), quando se tratar de pessoa física.

§ 5º Se a infração for cometida por pessoa jurídica, ou com seu concurso, a multa será de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a gravidade da infração, na forma do regulamento.

§ 6º Em caso de reincidência, a multa será aplicada em dobro.

## CAPÍTULO IX

### DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 31. A concessão de direito de propriedade industrial pelos órgãos competentes, sobre processo ou produto obtido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, fica condicionada à observância desta Medida Provisória, devendo o requerente informar a origem do material genético e do conhecimento tradicional associado, quando for o caso.

Art. 32. Os órgãos federais competentes exercerão a fiscalização, a interceptação e a apreensão de amostra de componente do patrimônio genético ou de produto obtido a partir de informação sobre conhecimento tradicional associado, acessados em desacordo com as disposições desta Medida Provisória, podendo, ainda, tais atividades serem descentralizadas, mediante convênios, de acordo com o regulamento.

Art. 33. A parcela dos lucros e dos *royalties* devidos à União, resultantes da exploração econômica de processo ou produto desenvolvido a partir de amostra de componente do patrimônio genético, bem como o valor das multas e indenizações de que trata esta Medida Provisória serão destinados ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989, ao Fundo Naval, criado pelo Decreto nº 20.923, de 8 de janeiro de 1932, e ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, criado pelo Decreto-Lei nº 719, de 31 de julho de 1969, e restabelecido pela Lei nº 8.172, de 18 de janeiro de 1991, na forma do regulamento. (Regulamento).

Parágrafo único. Os recursos de que trata este artigo serão utilizados exclusivamente na conservação da diversidade biológica, incluindo a recuperação, criação e manutenção de bancos depositários, no fomento à pesquisa científica, no desenvolvimento tecnológico associado ao patrimônio genético e na capacitação de recursos humanos associados ao desenvolvimento das atividades relacionadas ao uso e à conservação do patrimônio genético.

Art. 34. A pessoa que utiliza ou explora economicamente componentes do patrimônio genético e conhecimento tradicional associado deverá adequar suas atividades às normas desta Medida Provisória e do seu regulamento.

Art. 35. O Poder Executivo regulamentará esta Medida Provisória até 30 de dezembro de 2001.

Art. 36. As disposições desta Medida Provisória não se aplicam à matéria regulada pela Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995.

Art. 37. Ficam convalidados os atos praticados com base na Medida Provisória nº 2.186-15, de 26 de julho de 2001.

Art. 38. Esta Medida Provisória entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de agosto de 2001; 180º da Independência e 113º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

*José Gregori*

*José Serra*

*Ronaldo Mota Sardenberg*

*José Sarney Filho*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.8.2001