

Université de Montréal

**La pertinence de l'obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques
et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets.**

par

Mame Ngoné Sow

Faculté de droit

**Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de Maîtrise en droit (LL.M.)**

Option Droit, Biotechnologies et société.

Avril 2011

© Mame Ngoné Sow, 2010.

Université de Montréal

Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé:

**La pertinence de l'obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques
et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets.**

Présenté par:

Mame Ngoné Sow

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes:

Thérèse Leroux

Président-rapporteur

Konstantia Koutouki

Directrice de recherche

Ysolde Gendreau

Membre du jury

RÉSUMÉ

Le développement fulgurant noté dans le domaine des biotechnologies peut être attribué, sinon essentiellement du moins partiellement, à l'utilisation des ressources génétiques (RG) et des savoirs traditionnels (ST) acquis sur ces ressources. Ces ressources et ces savoirs sont, notamment, utilisés dans le cadre d'inventions biotechnologiques qui peuvent s'avérer concluantes et faire l'objet de demande de protection par brevet. Ce développement ne s'est tout de même pas réalisé sans heurts majeurs, il l'a été au prix de tumultueuses oppositions. En effet, la découverte progressive de la valeur commerciale et scientifique de telles ressources et de tels savoirs a fait naître des intérêts et attisé des rivalités qui ont fini par opposer fournisseurs et utilisateurs de ces matériels. Force est de constater que parmi leurs divergences, celle qui se rapporte au partage des avantages fait l'objet de discussions des plus âpres qui soient dans le domaine. Une solution qui a été, aussi, envisagée a porté sur les régimes d'accès et de partage des avantages. Ce partage des avantages, les pays fournisseurs espèrent le réaliser par le biais de l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets. L'application d'une telle exigence connaît des limites en ce sens qu'elle est d'application territoriale. C'est sur la base d'un tel constat que les pays fournisseurs envisagent d'en faire une obligation reconnue et applicable à un niveau international.

Dans le cadre de cette étude, nous essaierons de démontrer que l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets, telle qu'elle est actuellement appliquée, ne constitue pas un moyen pertinent qui permettrait d'en arriver à un partage juste et équitable des avantages.

Mots clés: ressources génétiques, savoirs traditionnels, brevets, biotechnologies, partage des avantages.

SUMMARY

The rapid development in the field of biotechnology can be attributed to a large degree to the innovative use of genetic resources (GR), a significant portion of which were based on traditional knowledge (TK). The biotechnological inventions resulting from these resources and knowledge are, for the most part, subject to patent protection. This legal protection is designed to allow creators of innovative inventions the possibility to recoup their investment by limiting the use of the resulting creation by people other than the inventor and his assignees. Indeed, the gradual recognition of the scientific and commercial value of such resources and associated knowledge has raised interest and fuelled rivalries that eventually led to conflict over the use and trade of such products between user and producing States.

A possible solution to resolve this conflict is the use of access and benefit-sharing agreements. One requirement proposed by producing States is an obligation to disclose the origin of GR and TK in patent applications. However, since the issues in this area, generally, exceed the national sphere, producing countries are attempting to make this requirement recognized at an international level. Accordingly the most effective and efficient means of doing so would be via the Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) in the World Trade Organization WTO. In this thesis, we will demonstrate that the obligation to disclose the origin of GR and TK in patent applications does not constitute an appropriate means that would lead to a fair and equitable sharing of benefits arising out of their use.

Keyword: genetic resources, traditional knowledge, patents, biotechnology, benefit-sharing.

Table des matières

RÉSUMÉ	iii
SUMMARY	iv
Table des matières	v
Sigles et abréviations	vi
Remerciements	vii
Introduction	1
TITRE I-L'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets	13
CHAPITRE I-L'argumentaire des pays fournisseurs et des pays utilisateurs de RG et de ST. 14	
I- L'argumentaire des pays fournisseurs de RG et de ST.	15
A-Les fondements de l'obligation de divulgation.	15
B-Les objectifs de l'obligation de divulgation.....	29
II- L'argumentaire des pays utilisateurs de RG et de ST.....	36
A-L'absence de contribution inventive.....	37
B-La contrariété de l'obligation de divulgation par rapport aux accords ADPIC.	42
CHAPITRE II-Les lacunes de l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets.	49
I-Le concept quelque peu flou de «l'origine» des RG et/ou des ST dans les demandes de brevets.	49
A-La divulgation du «pays d'origine» des RG et des ST.	53
B-La divulgation du pays fournisseur des RG et des ST.	57
II-Les difficultés liées à la mise en œuvre de l'obligation de divulgation.....	63
A-Les difficultés de retracer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevet. ...	63
B-Les difficultés liées à l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause.....	67
Titre II-La réalisation effective du partage des avantages	75
Chapitre I-Les instruments actuels du partage des avantages.....	76
I-Le partage des avantages au niveau national.	76
A-Le contrat: un instrument de base du partage des avantages.	77
B-Les législations nationales.	82
II-Le partage des avantages dans les situations transfrontalières.	89
A-Les accords bilatéraux et régionaux.	89
B-Les régimes d'accès et de partage des avantages.....	93
Chapitre II-L'intégration d'une obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans le cadre de l'accord sur les ADPIC.....	106
I-Les différentes propositions de modifier l'accord sur les ADPIC.	107
A-Les propositions de pays fournisseurs.	107
B-Les propositions de pays utilisateurs: l'exemple de l'UE.....	113
II-Les conditions et modalités d'application de l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST.....	120
A-Les conditions d'application de l'obligation.	120
B-Les modalités d'application de l'obligation de divulgation.....	130
Conclusion	135
BIBLIOGRAPHIE	142

Sigles et abréviations

ADN: Acide désoxyribonucléique

ADPIC : Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle Qui Touchent Au Commerce.

APA : accès et partage des avantages.

CDB : Convention sur la Diversité Biologique.

CE : Communauté européenne.

COP : Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique.

C.S.C : Cour Suprême du Canada.

CT : Connaissances traditionnelles.

CIG : Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore.

DPI : Droit de propriété intellectuelle.

LDB : Lignes directrices de Bonn.

OMC : Organisation mondiale du commerce.

OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle.

ONG : Organisation non gouvernementale

PI : Propriété intellectuelle.

RG : Ressources Génétiques.

RN : Ressources naturelles

ST : Savoir Traditionnel.

PF : Pays Fournisseur.

PU : Pays Utilisateur.

UE: Union Européenne

USPTO: United States Patent and Trademark Office.

Remerciements

Je tiens, tout d'abord, à exprimer ma profonde reconnaissance à ma directrice de recherche madame Konstantia Koutouki pour ses conseils judicieux et sa disponibilité tout au long du processus d'élaboration et de rédaction de ce mémoire.

Je tiens également à exprimer ma gratitude à mes parents pour leur soutien et leur patience, particulièrement ma mère qui n'a ménagé aucun effort pour que j'étudie dans les meilleures conditions.

J'aimerais aussi remercier ma sœur Codou Sow, mes très chers amis Nassir Fall, Ibrahim Diallo, Akane Ndoye, Alexander Kossivi Abotsi et Patrice Ekomodi Totshingo pour leurs contributions amicales à ce mémoire.

Mes remerciements vont également à tous les membres de la bibliothèque de droit qui ont eu à m'assister lors de mes recherches et à répondre à mes questions avec une gentillesse et une patience inouïes.

Enfin, j'adresse mes plus sincères remerciements à tous mes proches et amis, qui m'ont toujours soutenu et encouragé au cours de la réalisation de ce mémoire.

Merci à tous et à toutes.

Introduction

Au cours des dernières décennies, il s'est produit un développement impressionnant dans le domaine des sciences et techniques. Parmi ces dernières, il convient de rapporter le développement de ce qu'il a été communément convenu d'appeler la biotechnologie. Elle combine la science et la technologie d'une manière qui repousse les frontières de l'innovation. Elle est définie dans la Convention sur la diversité biologique (CDB) comme étant « toute application technologique qui utilise des systèmes biologiques, des organismes vivants, ou des dérivés de ceux-ci, pour réaliser ou modifier des produits ou des procédés à usage spécifique »¹. Cette branche des sciences et techniques s'est développée à un rythme des plus effrénés. Il devenait dès lors difficile, pour certaines sociétés, d'assimiler les changements ainsi intervenus et d'en réguler les éventuelles conséquences.

Le développement fulgurant qui a été noté dans le domaine des biotechnologies peut être attribué, sinon essentiellement du moins partiellement, à l'utilisation de ressources biologiques² (RB) et génétiques³. Au fil des ans, les savoirs traditionnels (ST)⁴ acquis sur certaines de ces ressources se sont avérés tout aussi utiles dans ce domaine. Ce développement ne s'est tout de même pas réalisé sans heurts majeurs, il l'a été suite à de tumultueuses oppositions et parfois

¹ *Convention sur la Diversité Biologique*, (avec annexes). Conclue à Rio de Janeiro le 5 juin 1992, art. 2, en ligne: <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-un-fr.pdf> (consulté le 22 septembre 2008).

² *Id.*

³ *Id.*

⁴ CBD, Workshop on Traditional Knowledge: «In this Note the term "traditional knowledge" is employed to mean the knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity», in accordance with Article 8(j). Article 8(j) is used in this Note to denote the contents of Article 8(j), 10 (c), 17(2), 18(4) and other relevant articles in the Convention», Note by the Executive Secretary, Madrid, Spain, 24 to 28 November 1997, UNEP/CBD/TKBD/1/2 (18 octobre 1997), en ligne: <http://www.cbd.int/doc/meetings/tk/wstkbd-01/official/wstkbd-01-02-en.pdf> (consulté le 18 octobre 2009).

concessions entre les différents acteurs en présence. En effet, la découverte progressive de la valeur commerciale et scientifique de telles ressources et savoirs a fait naître des intérêts et attisé des rivalités qui ont fini par opposer pays fournisseurs⁵ et pays utilisateurs⁶ de tels matériels.

Les principaux pays fournisseurs, conscients des opportunités, essentiellement économiques, que peuvent leur procurer de telles ressources et de tels savoirs, vont se montrer de plus en plus déterminés à leur chercher une protection, notamment, par le biais des droits de propriété intellectuelle⁷ (DPI). Ces ressources et ces savoirs sont souvent utilisés dans le cadre de recherches et d'inventions biotechnologiques qui peuvent, ultérieurement, s'avérer concluantes et faire l'objet de demandes de protection par brevet⁸. Au nombre des utilisateurs, on compte l'industrie biotechnologique qui, en ayant recours à ces ressources et à ces savoirs, est devenue la scène de bon nombre de tensions et dissensions.

Les pays fournisseurs, ayant procédé à la création, au développement et veillé à la conservation de ressources génétiques (RG) et de ST⁹, estiment qu'ils doivent pouvoir bénéficier de compensations pour leur utilisation. Les utilisateurs de tels éléments y accèdent et les utilisent, souvent, sans

⁵ CDB, art. 2.

⁶ *Id.*

⁷ ADPIC: *QU'ENTEND-ON PAR DPI, Qu'entend-on par droits de propriété intellectuelle?*: « Les droits de propriété intellectuelle sont les droits conférés à l'individu par une création intellectuelle. Ils donnent généralement au créateur un droit exclusif sur l'utilisation de sa création pendant une certaine période... On répartit généralement les droits de propriété intellectuelle en deux grands groupes: (i) Droit d'auteur et droits connexes,... ii) Propriété industrielle », en ligne: http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/intell_f.htm (consulté le 04 mai 2011).

⁸ Nathalie JODOIN et Nicolas PELLEMANS, « La brevetabilité ». Selon ces auteurs: « Le but fondamental d'un brevet d'invention est l'octroi d'un monopole de plusieurs années durant lequel l'inventeur, ou toute personne ayant reçu des droits de sa part, pourra exploiter seul l'invention ou contrôler qui peut l'exploiter contre rémunération. Ce monopole permettra à l'inventeur de faire fructifier l'investissement de temps et d'argent consacré à son développement », en ligne: <http://www.robic.ca/publications/Pdf/192-NJO.pdf> (consulté le 21 octobre 2010).

⁹ CONFEDERATION SUISSE, Institut international du développement durable (IIDD) et Jorge CABRERA au nom du Secrétariat d'État à l'économie SECO, *Outil de gestion de l'APA, Norme de meilleure pratique et guide pour la mise en œuvre des activités d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages*, (2007), p. 15, en ligne: http://www.iisd.org/pdf/2007/abs_mt_fr.pdf (consulté le 8 septembre 2009).

compensation aucune qui serait destinée à ces pays fournisseurs. Ces derniers, conscients des injustices qui sont commises à leur égard, estiment qu'ils doivent pouvoir bénéficier d'un partage des avantages résultant de l'utilisation et de l'exploitation de ces matériels tel que recommandé, ultérieurement, dans le cadre de la CDB. Les utilisateurs de telles ressources et de tels savoirs ne semblent guère disposés à accepter, du moins non pas sans limitations, l'idée de compensations résultant de leur exploitation. Chacune des forces en présence tente, autant que faire se peut, de défendre son point de vue et de proposer des arguments quant aux différentes façons de résoudre ce dilemme du partage des avantages.

Ces ressources et ces savoirs font, à ce jour, l'objet de très vifs débats qui ont, principalement, trait à leur accès ainsi qu'au partage des avantages résultant de leur utilisation. Ces débats ont conduit à des dissensions au sein de la communauté internationale au point de susciter l'intervention d'instances aussi bien nationales, régionales qu'internationales¹⁰. Certains aspects concernant l'utilisation et l'exploitation de ces RG et ST ont été régulés dans des textes internationaux parmi lesquels on dénombre la CDB qui établit un certain nombre d'objectifs¹¹ relatifs à la conservation, à l'utilisation et au partage des bienfaits résultant de l'utilisation de tels matériels. Mais force est de constater que parmi ces objectifs, celui qui se rapporte au partage des avantages fait l'objet de discussions les plus âpres qui soient dans le domaine.

¹⁰ Alison L. HOARSE and Richard G. TARASOFSKY, «Asking and Telling: Can “Disclosure of Origin” Requirements in Patent Applications Make a Difference? ». Selon ces auteurs: “Much of this debate has been played out on the international stage. DRs have been on the agendas of the CBD, the World Trade Organization (WTO) and the World Intellectual Property Organization (WIPO). Discussions within these forums have centred on whether an international DR should be implemented, and if so, how, for example, through amendments to the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) or Patent Cooperation Treaty (PCT)», (2007) 10 (2) *The Journal of World Intellectual Property* 149, p. 157-169.

¹¹ CDB, art. 1.

Il importe, d'emblée, de préciser que, pour des raisons liées aux exigences et aux limites de notre sujet d'étude, nous ne traiterons pas de certains bienfaits tels que ceux qui se rapportent au partage des résultats de la recherche, au transfert de technologies et à d'autres types de transferts et de partage des bienfaits. Nous mettrons, en l'occurrence, l'accent sur le partage des avantages résultant de l'utilisation commerciale des RG et des ST. Parmi ces avantages, l'on peut citer le développement de produits et d'inventions qui finissent, parfois, par faire l'objet de protection par brevet. Les titulaires de tels titres de protection disposent d'un certain nombre de droits¹² qui peuvent leur procurer des retombées économiques assez conséquentes. Les pays qui ont fourni les RG et/ou les ST estiment qu'ils doivent pouvoir bénéficier de telles retombées au titre d'un éventuel partage des avantages.

La communauté internationale s'est montrée préoccupée par de tels débats au point d'intervenir, notamment en 1995, lors de la seconde conférence des parties¹³ (COP) au cours de laquelle le secrétaire exécutif fut prié de lancer une étude concernant l'impact des systèmes de DPI sur certains objectifs de la convention. C'est dans une telle atmosphère de tensions et de dissensions que fut aussi créé, au sein de l'organisation mondiale de la propriété intellectuelle¹⁴ (OMPI), le

¹² OMPI, *Questions fréquemment posées, Quels sont les droits du titulaire du brevet?* : « Le titulaire du brevet a le droit de décider qui peut, et qui ne peut pas, utiliser l'invention brevetée pendant la durée de la protection. Il peut, en vertu d'une licence, permettre aux tiers d'utiliser l'invention à des conditions convenues d'un commun accord. Il peut aussi vendre son droit sur l'invention à un tiers, qui devient à son tour titulaire du brevet. à l'expiration du brevet, la protection prend fin et l'invention entre dans le domaine public, c'est-à-dire que le titulaire perd ses droits exclusifs sur l'invention et que celle-ci peut être librement exploitée commercialement par les tiers », en ligne : http://www.wipo.int/patentscope/fr/patents_faq.html#rights (consulté le 22 Septembre 2008).

¹³ CDB, Deuxième réunion de la conférence des Parties à la convention sur la diversité biologique, *Jakarta, Indonésie* 6 - 17 novembre 1995, UNEP/CBD/COP/2/19, en ligne: <http://www.cbd.int/decision/cop/?id=7081> (consulté le 01 Août 2009).

¹⁴ OMPI, *Qu'est ce que l'OMPI?*: « L'organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) est une institution spécialisée des Nations Unies. Sa mission consiste à élaborer un système international équilibré et accessible de propriété intellectuelle qui récompense la créativité, stimule l'innovation et contribue au développement économique tout en préservant l'intérêt général. L'OMPI a été créée en 1967 par la Convention instituant l'OMPI, en vertu de laquelle ses États membres lui ont donné pour mission de promouvoir la protection de la propriété intellectuelle à travers le monde grâce à la coopération entre États et en collaboration avec d'autres organisations internationales.

Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (dénommé le comité). Ce comité s'investit dans la protection, qu'il veut plus accrue, des RG et des ST contre leur appropriation illicite¹⁵ et leur utilisation abusive¹⁶.

Dans cette quête de solutions, le système des brevets a, entre autres, servi de base de réflexion. Le brevet, instrument de protection par excellence des inventions, a été le principal outil juridique auquel les protagonistes en présence, les pays fournisseurs en particulier, allaient recourir. Ces derniers, pour justifier leurs revendications, vont tout d'abord recourir aux critères de brevetabilité qui sont notamment prévus dans le cadre de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)¹⁷. Ces critères sont au nombre de trois, à savoir la nouveauté¹⁸, l'inventivité¹⁹ et le critère de l'application industrielle²⁰. C'est ce dernier critère de l'application industrielle qui sera la pierre angulaire du raisonnement à partir duquel ils vont fonder le partage des avantages qu'ils espèrent pouvoir réaliser, entre autres, par

Elle a son siège à Genève (Suisse)», en ligne : http://www.wipo.int/about-wipo/fr/what_is_wipo.html (consulté le 22 septembre 2008).

¹⁵ Burton ONG, «Biological Innovations, Genetic Resources and Traditional Knowledge: Current Developments at the World Intellectual Property Organization». Selon ONG: «Any acquisition, appropriation or utilization of traditional knowledge by unfair or illicit means constitutes an act of misappropriation. Misappropriation may also include deriving commercial benefits from the acquisition, appropriation or utilization of traditional knowledge when the person using that knowledge knows or is negligent in failing to know, that it was acquired or appropriated by unfair means; and other commercial activities contrary to honest practices that gain inequitable benefit from traditional knowledge», in *Biodiversity Conservation, Law + Livelihoods: Bridging the North-South Divide*, IUCN Academy of Environmental Law Research Studies, Edited by Michael I. JEFFERY, Jeremy FIRESTONE, Karen BUBNA-LITIC, April 2008, p. 567.

¹⁶ CDB, Ad hoc open-ended working group on access and benefit-sharing, Eighth meeting, Montreal, 9-15 November 2009, *Collation of Contributions Submitted by Parties, Governments, International Organizations, Indigenous and Local Communities and Relevant Stakeholders on Compliance, Fair and Equitable Benefit-Sharing and Access*, Submission by the European Union, Note by the Executive Secretary, UNEP/CBD/WG-ABS/8/6/Add.4 (8 novembre 2009).

¹⁷ *Accord sur les aspects des droits de propriété Intellectuelle qui touchent au commerce* [ADPIC], signé à Marrakech, au Maroc, le 15 avril 1994, art 27.

¹⁸ ADPIC, art 27.

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.*

le biais de l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets. Une telle obligation a été conçue comme un ensemble d'exigences qui doivent figurer dans une demande de brevets mettant en cause des RG et/ou des ST comme le fait remarquer Graham Dutfield qui déclare que: « Disclosure of origin has become a collective term for certain requirements to be incorporated into patent law »²¹. Les pays fournisseurs justifient leur position, notamment, par les exigences de divulguer suffisamment l'invention de sorte qu'elle puisse être réalisée par une personne du métier²², de fournir des informations sur l'état de la technique²³ et sur l'exclusion des inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs²⁴.

Certains de ces pays ont ainsi cru qu'en imposant une obligation de divulguer l'origine des RG et des ST utilisés dans les inventions, ils pourraient, par la même occasion, régler les problèmes relatifs à l'appropriation illicite et l'utilisation abusive de tels éléments de la biodiversité et disposer ainsi d'un mécanisme qui leur permettrait d'opérer le partage des avantages résultant de leur utilisation²⁵.

²¹ Graham DUTFIELD, «Protecting Traditional Knowledge: Pathways to the Future», (2006) International Centre for Trade and Sustainable Development, ICTSD, Issue Paper No. 16, p. 12.

²²ADPIC., art. 29(1).

²³ *Convention sur la délivrance de brevets européens* (Convention sur le brevet européen), 5 octobre 1973, (1978) 1065 RT.N.U. 308, art. 54(2).

²⁴ ADPIC., art. 27(2).

²⁵ Carlos Maria CORREA, «The Politics and Practicalities of a Disclosure of Origin Obligation» (2005), Quaker United Nations Office (QUNO), Occasional Paper 16, p. 2, en ligne: <http://quno.org/geneva/pdf/economic/Occasional/Politics-of-Dec-of-Origin.pdf> (consulté le 4 novembre 2008).

Une majorité écrasante de pays utilisateurs de ces ressources et de ces savoirs s'opposent à de tels arguments. Pour réfuter ces arguments, ils ont, entre autres, invoqué certains principes qui étaient, autrefois, consacrés dans certains textes internationaux tel que le principe de l'accès libre aux RG²⁶. Mais ce n'est pas sans compter sur les changements qui allaient intervenir dans le cadre de la CDB qui reconnaît, dorénavant, le droit souverain des États sur leurs ressources naturelles²⁷. Ils ont, par ailleurs, rejeté les arguments ayant trait au système des brevets pour justifier la nécessité de procéder au partage des bienfaits résultant de l'utilisation et de l'exploitation de ces ressources et de ces savoirs et à l'exigence de divulguer leur origine dans les demandes de brevets. Une telle exigence, argumentent-ils, serait contraire aux articles 27 et 29 de l'ADPIC²⁸.

L'article 27, poursuivent-ils, ne prévoit aucunement la création de nouvelles conditions de brevetabilité autres que celles qui ont été prévues dans le cadre des accords²⁹. Une autre justification que ces pays mettent en avant pour réfuter l'argument du partage des avantages a trait à l'absence de contribution inventive³⁰ de la part des fournisseurs de ces matières. Il faudra noter que les principaux pays utilisateurs ont adopté des positions sur cette obligation qui diffèrent les unes des autres. Au nombre de ces positions, l'on compte tout d'abord celle de ces pays utilisateurs, qui reflète une opposition catégorique³¹ à la reconnaissance d'une telle exigence de divulgation.

²⁶ FAO, *Engagement international sur les ressources phylogénétiques*, art. 1, Extrait de la Résolution 6/83 de la vingt-deuxième session de la Conférence de la FAO, Rome, 5-23 novembre 1983, p. 1, en ligne : <ftp://ftp.fao.org/ag/cgrfa/iu/iutextF.pdf> (consulté le 11 août 2010).

²⁷ CDB, 15 (1).

²⁸ OMC, *Comprendre l'OMC: Les accords, Propriété intellectuelle: protection et respect des droits*, : « L'accord de l'OMC sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), négocié au cours du Cycle d'Uruguay, qui s'est tenu de 1986 à 1994, a introduit pour la première fois des règles relatives à la propriété intellectuelle dans le système commercial multilatéral », en ligne: http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm7_f.htm (consulté le 22 septembre 2008).

²⁹ ADPIC, art 27, 29.

³⁰ *Id.*, art. 27(1).

³¹ Jean Frédéric MORIN, « La brevetabilité dans les récents traités de libre-échange américains » (2004), *Revue internationale de Droit économique*, 483, p. 491-492.

Certains pays de l'Union Européenne (UE) se sont, par contre, montrés plus disposés, dans une certaine mesure, à reconnaître une telle obligation mais sans lui accorder plus de crédits. De telles positions ont été, notamment, mises en évidence par Carlos Corrêa en ces termes: « Although some developed countries (notably the USA) are opposed to the recognition of any disclosure of origin obligation, others (notably the European Communities and their member States) are sympathetic to the concept, while they disagree about the consequences of non-compliance on the validity/enforceability of the relevant patent»³². D'autres, probablement animés par un esprit de justice sociale, sont allés plus loin dans leur démarche. En effet des pays comme le Danemark³³, la Norvège³⁴, la Suisse³⁵, pour ne citer que ces exemples, ont non seulement considéré qu'un partage juste et équitable des avantages devrait être reconnu et réalisé³⁶ suite à l'utilisation de telles ressources et savoirs dans les inventions mais ils ont, aussi, intégré une obligation de divulgation dans leurs législations nationales³⁷ respectives³⁸. Les pays fournisseurs ont ainsi commencé, fort heureusement depuis quelques années déjà, à bénéficier de ce que l'on aurait pensé être des appuis non moins importants de la part de certains pays utilisateurs de ces ressources et savoirs³⁹.

³² C.-M. CORREA, préc., note 25, p. 2.

³³ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, UNEP/CBD/WG-ABS/2/3, (20 octobre 2003), p. 23.

³⁴ *Id.*, p. 22.

³⁵ *Id.*, p. 18.

³⁶ François CURCHOD, « Compatibilité avec le Traité sur le droit des brevets de l'obligation de déclarer la source de ressources génétiques et des savoirs traditionnels », (2005), Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, Publication No 3, p. 2.

³⁷ *Id.*

³⁸ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, préc., note 33.

³⁹ F. CURCHOD, préc., note 36, p. 2.

Aussi louables que de telles initiatives puissent paraître, les pays fournisseurs ne comptent pas se limiter à une simple reconnaissance de l'exigence de divulgation par les pays utilisateurs, ils espèrent pouvoir en arriver à une application plus effective de cette mesure.

Les différentes tentatives de trouver un dénouement heureux à un tel dilemme ont mené à de nombreuses études sur le partage des avantages résultant de l'utilisation des RG et des ST qui leur sont associés. Certaines de ces études⁴⁰, à l'image de celle qui a été réalisée dans le cadre des travaux de la CDB, ont concerné les moyens du partage des avantages et ont plus particulièrement porté sur l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST comme un moyen pouvant permettre la réalisation de l'objectif du partage des avantages. De telles études, aussi utiles qu'elles puissent être, présentent, néanmoins des insuffisances et des lacunes face à l'ampleur que semble prendre un tel phénomène. Certains auteurs⁴¹ ont abordé ce thème dans des termes qui diffèrent les uns des autres. Les études menées sur ce sujet ont, aussi, porté sur les opportunités et limites de la divulgation de l'origine des RG et des ST comme moyen de réaliser cet objectif de partage des avantages. Pour les uns, comme Graham Dutfield⁴², si les règles du pays d'origine exigent que soit procédé au partage juste et équitable des avantages résultant de l'exploitation des RG et des ST, l'obligation de divulguer leur origine permettra, dans une certaine mesure, de déterminer si ces ressources et ces savoirs auraient fait l'objet d'une appropriation indue⁴³ mais ne permettrait que peu ou prou de réaliser cet objectif de partage des avantages. Pour les autres, une telle obligation peut, parfois, aider dans la réalisation des objectifs de la CBD mais elle a ses limites telles que la

⁴⁰ *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation*, COP 6 Décision VI/24 (2002), en ligne: <http://www.cbd.int/decision/cop/?id=7198> (consulté le 8 septembre 2009).

⁴¹ Graham DUTFIELD, «Thinking Aloud on Disclosure of Origin», (2005), Quaker United Nations Office (Quono) Occasional Paper 18.

⁴² *Id.*, p. 3.

⁴³ *Id.*

capacité de ses utilisateurs à identifier l'origine des RG et/ou des ST et celle des fournisseurs à décortiquer toutes les demandes de brevet⁴⁴.

La mise en œuvre d'une telle exigence connaît des limites en ce sens qu'elle est d'application territoriale tandis que les problèmes qui se posent dans ce domaine dépassent, généralement, la sphère nationale. Un tel constat a été, notamment, fait par certains auteurs⁴⁵. C'est sur la base d'un tel constat que les pays fournisseurs envisagent de faire de cette exigence une obligation qui serait reconnue et applicable à un niveau international et que les négociations se déroulent, principalement, au sein de fora tels que l'OMPI et l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Pour ce faire, ils pensent pouvoir convaincre les membres de l'OMC de procéder à un amendement des accords ADPIC pour y insérer une telle obligation⁴⁶. La solution au problème du partage des avantages résiderait-elle dans un amendement de l'Accord sur les ADPIC pour y insérer une obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets ? La réponse à une telle interrogation n'est ni simple ni claire en l'état actuel des discussions dans ce domaine. L'on perçoit cette absence de simplicité et de clarté dans la recherche d'une telle réponse, encore de nos jours, à travers la soumission qui a été faite cette année par la Suisse à l'OMPI. Elle y traite, encore, d'éléments qui ont été soulevés depuis des années, en 2005 notamment⁴⁷.

⁴⁴ C.-M. CORREA, préc., note 25, p. 4.

⁴⁵ Florence BELLIVIER et Christine NOIVILLE, *La Bioéquité, Batailles autour du partage du vivant*. Selon ces auteurs: « Les pays développés préfèrent l'instrument contractuel, à négocier au cas par cas, éventuellement sur le fondement d'une loi nationale relative à l'accès aux ressources biologiques, tandis que les peuples autochtones veulent aller beaucoup plus loin en faisant évoluer les bases mêmes du droit international: l'enjeu est pour eux que ce dernier reconnaisse que les types de culture, d'innovation et de tradition sont variés et appellent des droits de propriété intellectuelle différenciés », Éditions Autrement Frontières, 2009, p. 116

⁴⁶ OMPI, Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle Relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore, *L'Expérience du Pérou en Matière de Lutte contre la Biopiraterie*, Document présenté par le Pérou, Onzième Session, Genève, 3 – 12 juillet 2007, WIPO/GRTKF/IC/11/13 (9 juillet 2007), p. 4.

⁴⁷ WIPO, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Sixteenth Session, Geneva, May 3 to 7, 2010, *Polices Measures and Experiences Regarding Intellectual Property and Genetic Resources*, Submissions by Switzerland, Document prepared by the Secretariat, WIPO/GRTKF/IC/16/INF/14 (February 19th, 2010), en ligne:

L'existence de textes nationaux, régionaux et internationaux et de doctrine assez abondante dans ce domaine témoigne de l'intérêt, de l'actualité et de l'acuité d'un tel sujet qui continue de faire l'objet de débats des plus houleux au sein de certains fora tels que l'OMPI et l'OMC. L'étude des documents de l'OMPI et de bien d'autres institutions ainsi que les analyses doctrinales en la matière nous a permis d'isoler les différents aspects de l'obligation de divulgation, du problème du partage des avantages et des concepts importants qui leur sont associés. Notre problème de recherche s'articule autour de concepts qu'il convient de définir. En l'état actuel des discussions et négociations, il n'existe toujours pas de consensus clair sur le contenu de certains concepts à adopter et retenir en définitive tels que ceux de RG, de ST, de la divulgation de leur origine ou de leur source⁴⁸, des moyens et instruments du partage, leur caractère international ou contraignant⁴⁹. L'une des tâches dont nous aurons à nous acquitter consistera à rechercher des éléments de définition à de tels concepts.

Dans le cadre de cette étude, nous essaierons, tout d'abord, d'isoler les grands facteurs d'explication de la relation entre l'objectif de partage des avantages et la divulgation de l'origine des RG et des ST utilisés dans les inventions qui font, ultérieurement, l'objet de demande de protection par brevets. Nous tenterons, ensuite, de répondre à la question principale de savoir si l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets constitue un moyen pertinent qui permettrait d'en arriver à un partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation. Cette recherche que nous entreprenons sur l'accès et l'utilisation des

http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_16/wipo_grtkf_ic_16_inf_14.pdf (consulté le 03 octobre 2010).

⁴⁸ *Id.*, Annexe p. 2, § 11.

⁴⁹ Catherine SAEZ, « Stakeholders Restless About Biodiversity Benefit Sharing Protocol ». Selon l'auteur: « Developed countries are reluctant to have a binding instrument but they want a right to access genetic material. Developing countries want the same level of rights for access as for benefit sharing », (24 octobre 2010), en ligne: http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/24/negotiators-persist-on-biodiversity-benefit-sharing-treaty-despite-slipping-deadlines/?utm_source=post&utm_medium=email&utm_campaign=alerts (consulté le 24 octobre 2010).

RG et des ST dans les inventions biotechnologiques fera état, du moins nous l'espérons, d'une nouvelle approche, de nouveaux éclaircissements concernant les différentes conceptions qui ont été, auparavant, adoptées et d'une nouvelle contribution aussi modeste qu'elle puisse être.

Nous proposerons, en outre, des éléments de réponse concernant les moyens et instruments qui peuvent permettre d'en arriver à un partage juste et équitable des bienfaits résultant de l'utilisation et de l'exploitation de ces ressources et savoirs, des moyens et des instruments que nous croyons plus effectifs par rapport à ceux qui ont été, antérieurement, proposés par les différents acteurs en présence. Pour ce faire, nous étudierons, dans un titre premier, l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets (Titre Premier). Deux chapitres composeront ce premier titre dont le premier portera sur l'argumentaire des pays fournisseurs et des pays utilisateurs de tels éléments (Chapitre I). Les pays fournisseurs ont présenté un certain nombre d'arguments pour justifier le partage des avantages par le biais de l'obligation de divulgation (I). Les pays utilisateurs n'ont pas manqué, eux aussi, de présenter leurs arguments (II). Un second chapitre portera sur les lacunes de l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets (Chapitre II). La répartition effective du partage des avantages a posé d'innombrables problèmes que nous traiterons dans un titre deuxième. Les instruments juridiques actuels de réalisation du partage des avantages feront l'objet d'un premier chapitre (Chapitre I) et les propositions relatives à une révision de l'accord sur les ADPIC pour y insérer l'obligation de divulgation seront traitées dans un chapitre deuxième (Chapitre II).

TITRE I-L'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets.

Aux RG d'abord, aux ST ensuite, les différents acteurs en présence ayant des intérêts, certes divergents mais non moins conciliables, ont donc attribué un certain nombre d'objectifs⁵⁰. Les plus pertinents, dans le cadre de notre étude, se rapportent à l'accès facile aux RG et aux ST pour permettre leur mise en valeur et au partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation. C'est dans une telle perspective que le panel des experts a eu à recommander l'élaboration d'une obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets comme une contribution possible au respect du consentement préalable donné en connaissance de cause⁵¹ et des termes mutuellement acceptés sur lesquels l'accès à ces ressources et connaissances a été donné, tel que prévu dans le cadre de la CDB⁵². Pour un début de concrétisation d'une telle recommandation, il a fallu attendre la septième COP⁵³ pour que les États parties invitent l'OMPI à examiner les différents modèles de provisions pour l'élaboration de cette obligation.

À l'OMPI, les différentes controverses relatives au partage des avantages ont conduit à la création du « comité » dont le principal mandat est la gestion de l'accès aux RG et aux ST qui leur sont associés ainsi que le partage des avantages résultant de leur utilisation. Il est attendu de l'OMPI qu'elle étudie, aussi, les possibilités que les certificats d'origine⁵⁴ pourraient offrir dans

⁵⁰ CDB, art. 1.

⁵¹ *Id.*, art. 15(5).

⁵² *Id.*, art. 15 (4).

⁵³ CDB, Septième réunion de la COP à la CDB, *Accès aux ressources génétiques et partage des avantages (article 15)*, Kuala Lumpur, Malaisie, 9 - 20 février 2004, COP 7, Décision VII/19, en ligne : <https://www.cbd.int/decision/cop/?id=7756> (consulté le 4 novembre 2008).

⁵⁴ CDB, Secrétariat de la CDB, Notification, *Accès et partage des avantages: Composition du groupe d'experts techniques chargé de se pencher sur l'examen d'un certificat d'origine/de source/de provenance légale reconnu à l'échelle internationale*, SCBD/SEL/VN/GD/56034 (3 octobre 2006)

ce domaine, notamment en tant que moyen permettant de savoir si les utilisateurs des ressources biologiques se sont conformés aux dispositions relatives à l'accès et au partage des bénéfices⁵⁵. L'élaboration d'une obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets a été soutenue par un ensemble d'arguments présentés aussi bien par les pays fournisseurs que par les pays utilisateurs.

CHAPITRE I-L'argumentaire des pays fournisseurs et des pays utilisateurs de RG et de ST.

La CDB a certes jeté les bases⁵⁶ d'un tel partage mais celles-ci s'avèrent insuffisantes pour la réalisation d'un tel objectif. La plupart des pays fournisseurs, pour combler les vides laissés par la convention dans ce domaine n'ont pas cessé de rechercher d'autres alternatives⁵⁷ qui leur permettraient de réaliser cet objectif de partage des avantages. Parmi ces dernières, celle qui se rapporte à l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets fait partie des plus controversées. Les pays fournisseurs revendiquent, fermement, ce partage sur la base de cette obligation (I) tandis que les pays utilisateurs, ayant parfois des positions divergentes, tentent de le rejeter (II), qui de façon catégorique (exemple, les États-Unis), qui de façon assez nuancée (exemple, certains pays de l'UE).

⁵⁵ *Id.*, p. 1.

⁵⁶ CDB, art. 15.

⁵⁷ C.-M. CORREA, «The Politics and Practicalities of a Disclosure of Origin Obligation», préc., note 25, p. 1.

I- L'argumentaire des pays fournisseurs de RG et de ST.

Les principaux pays fournisseurs de RG et de ST ont trouvé des fondements juridiques à l'obligation de divulguer l'origine de tels éléments comme moyen de réaliser le partage des avantages (A). Toujours dans le cadre de leurs revendications, ils ont, aussi, fait état d'un certain nombre d'objectifs qu'ils pensent pouvoir réaliser par le biais d'une obligation de divulgation (B).

A-Les fondements de l'obligation de divulgation.

Les pays fournisseurs fondent cette exigence de divulgation sur le droit des brevets. Pour ce faire, ils ont eu d'abord recours à l'obligation de divulguer suffisamment l'invention de sorte qu'elle puisse être réalisée par une personne du métier⁵⁸. Ils se sont ensuite basés sur l'obligation de fournir des informations sur l'état de la technique avant de recourir, en définitive, à l'exclusion des inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Le critère de l'application industrielle a, en partie, été retenu pour servir de fondement aux arguments et revendications des pays fournisseurs relativement au partage des avantages résultant de l'utilisation des RG et des ST par le biais de l'obligation de divulgation. En pratique, l'inventeur ou l'innovateur ayant utilisé des RG et/ou des ST dans le cadre de son invention ou innovation devra divulguer leur origine dans sa demande de brevet. Ce faisant, il se sera ainsi acquitté de son obligation de divulguer suffisamment l'invention de sorte qu'elle puisse être réalisée par une personne du métier. L'information fournie sur l'origine des RG et des ST

⁵⁸ ADPIC, art. 29 (1).

devrait ainsi, du moins selon l'hypothèse des pays fournisseurs, permettre à la personne du métier de reproduire l'invention faisant l'objet de la demande de protection par brevet.

Une telle exigence a été, notamment, confirmée par les propos de Manuel Ruiz Muller qui estime que: « Disclosure of origin and legal provenance have been associated with the patent system, which requires appropriate disclosure of inventions in order for them to be replicated by a person skilled in the art. In this context, it is argued that if there is no disclosure of origin or legal provenance, the invention cannot be executed and, as a result, the right should not be granted⁵⁹. Cette dernière obligation se trouverait, à notre sens, remplie si la personne du métier est en mesure d'utiliser les informations fournies par l'inventeur afin de mettre l'invention en application. L'on doute, en définitive, que l'information sur l'origine des RG et des ST utilisés dans le cadre d'une invention puisse être d'une quelconque utilité à ce stade de l'étude d'une demande de brevet.

Une telle situation est, parfois, exacerbée par la difficulté pour les inventeurs de retracer l'origine de tels éléments. Il ne sera pas, en effet, toujours aisé pour ces derniers de connaître la provenance géographique des ressources et des savoirs, non pas toujours parce qu'ils n'ont pas fait les efforts nécessaires pour ce faire ou parce qu'ils ont l'intention de commettre des actes frauduleux mais parce qu'ils en ignorent, parfois tout simplement, l'origine. L'obligation de divulguer suffisamment l'invention de sorte qu'elle puisse être réalisée par une personne du métier ne nous semble pas, du moins à elle seule, être un argument assez solide et convaincant pour fonder l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets.

⁵⁹Manuel Ruiz MULLER, «Disclosure of Origin and Legal Provenance: The Experience and Implementation Process in South America» (2010), Policy brief Number 7, p. 2.

L'une des raisons qui nous poussent à penser en ces termes réside, en partie, dans la difficulté de donner suite à une telle hypothèse. Ce n'est pas parce qu'un inventeur divulgue suffisamment l'invention de sorte qu'elle puisse être réalisée par une personne du métier que l'origine des RG et des ST utilisée dans le cadre de l'invention puisse être connue. L'incertitude qu'une telle divulgation de l'invention par l'inventeur puisse permettre de découvrir l'origine de tels éléments et procéder au partage des avantages résultant de leur utilisation risque de conduire à une obligation de divulgation au fondement assez fragile car étant fondé sur un postulat de base qui nous paraît erroné.

Les pays fournisseurs fondent, aussi, l'exigence de divulgation sur l'obligation de fournir des informations sur l'état de la technique. Cet état de la technique est, notamment, défini dans le cadre des travaux de la CDB⁶⁰. En divulguant l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets, le déposant s'acquitterait, aussi, de son obligation de fournir des informations sur l'état de la technique. La plupart des législations nationales⁶¹ et régionales⁶² sur les brevets prévoient la possibilité d'exiger au demandeur de brevet de fournir des informations sur l'état de la technique.

⁶⁰ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, préc., note 35, p. 6.

⁶¹ Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, *Demande de brevet*, Etat de la technique: « Pour autant que cela soit utile à la compréhension de l'invention, le demandeur décrira l'état de la technique dont il a connaissance. Cette description s'appuiera généralement sur des publications, par exemple des fascicules de brevets qu'il aura réunis par ses recherches. Cette partie de la description n'est pas obligatoire », Neuvième édition, juillet 2008, p. 8, en ligne: https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Services_Links/Download/Patente/f/brochure_demande_de_brevet.pdf (consulté le 24 juin 2010). Voir aussi 35 U.S.C. § 102 (a), (b) (2005), en ligne: http://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/documents/appxl_35_U_S_C_102.htm (consulté le 24 juin 2010).

⁶² OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Protection des savoirs traditionnels et du folklore, Résumé des questions qui ont été soulevées et des vues qui ont été formulées, Note du Secrétariat, Révision*, IP/C/W/370/Rev.1, p. 12, § 21, (9 mars 2006)

Ces informations concerneraient celles qui ont été prises en compte dans des procédures de demandes de brevet antérieures⁶³. Ces dernières peuvent comprendre des demandes antérieures qui ont été déposées par d'autres inventeurs et qui présenteraient des similitudes ou des similarités avec l'invention qui fait l'objet d'une demande de protection par brevet. Selon Carlos Corrêa: «Article 29 of the TRIPS Agreement also authorizes Members to request from patent applicants/patentees information concerning the corresponding foreign applications and grants»⁶⁴.

On peut en déduire que cette obligation de fournir des informations sur l'état de la technique consiste, en pratique, à rassembler toutes les informations provenant de découvertes, nouveautés et inventions sur les sciences et techniques en général et qui se rapportent à une invention donnée, qui ont un lien avec l'invention en cause. L'état de la technique, dans le cadre de notre étude, serait ainsi constitué d'informations provenant de découvertes, nouveautés et inventions qui ont été basées sur des RG et des ST.

Les offices de brevets se réfèrent, généralement, à l'art antérieur en vue de déterminer la brevetabilité d'une invention et d'établir le critère de nouveauté plus particulièrement. Une invention pourra être considérée comme nouvelle lorsqu'elle ne figure pas dans l'état de la technique, dans l'art antérieur. C'est ainsi qu'une invention mettant en cause des RG et/ou des ST sera, en principe, considérée comme nouvelle lorsqu'elle ne figure pas dans l'état de la technique constitué d'informations relatives aux RG et aux ST. Une telle considération nous paraît tout à fait

⁶³ 35 U.S.C. 102, Conditions for patentability; novelty and loss of right to patent: "A person shall be entitled to a patent unless -(a) the invention was known or used by others in this country, or patented or described in a printed publication in this or a foreign country, before the invention thereof by the applicant for patent".

⁶⁴ Carlos CORREA et Abdulqawi A. YUSUF, *Intellectual property and international trade: the TRIPS agreement*, London, Boston: Kluwer Law International, 1998, p. 207.

justifiée, notamment dans le domaine des ST lorsque l'on sait que ces éléments sont parfois utilisés sans pour autant que les dépositaires bénéficient des retombées économiques. Certains auteurs précisent cet état de fait: «Many indigenous peoples have accumulated a wealth of knowledge of their surroundings, and this knowledge has been hugely beneficial to the world and to industry. For example, many pharmaceutical products would not have been discovered if it were not for indigenous people»⁶⁵. Cette obligation de fournir des informations sur l'état de la technique est conçue et appliquée différemment aussi bien dans la plupart des législations nationales (à l'image de la loi américaine)⁶⁶ que dans les législations régionales⁶⁷.

Les pays de l'UE ont, pour leur part, prévu une telle disposition dans la convention sur le brevet européen (CBE)⁶⁸. Ce texte prévoit, en effet, qu'«une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique»⁶⁹. Contrairement aux États-Unis, l'UE prend en compte les descriptions orales comme faisant partie de l'état de la technique⁷⁰. Sur la base d'une telle considération, on peut en déduire que les RG qui auront fait l'objet d'une description orale et les ST qui auront été transmis de façon orale seront considérés, par les membres de l'UE, comme une partie intégrante de l'état de la technique⁷¹. Partant d'une telle conception, une invention qui mettrait ainsi en cause de telles ressources et de tels savoirs pourrait, en principe, être contestée sur la base d'un manque de nouveauté pour la principale raison qu'ils ont été, antérieurement, détenus

⁶⁵Graham DUTFIELD, «Indigenous Peoples and Traditional Resource Rights», in S. KRIMSKY and P. SHORETT (Editors), *Rights and Liberties in the Biotech Age: Why We Need a Genetic Bill of Rights*, Lanham, MD: Rowan & Littlefield, (2005), p. 107.

⁶⁶ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales, préc., note 35, p. 9, 10.

⁶⁷*Id.*, p. 7.

⁶⁸ CBE, art. 124.

⁶⁹ *Id.*, art. 54 (1).

⁷⁰ *Id.*, art. 54 (2).

⁷¹ *Id.*

et utilisés par des populations déterminées. L'utilisation de tels matériels enlèverait, ainsi, tout caractère nouveau à l'invention faisant l'objet d'une demande de protection par brevet. Les contestations peuvent, toujours sur la base de cette conception de l'UE, porter sur leur utilisation sans que le consentement de leurs propriétaires et/ou de leurs dépositaires ait été requis et/ou donné. Ces derniers seraient, aussi, en droit de réclamer un partage des avantages résultant de leur utilisation.

Les autorités compétentes pour octroyer des brevets n'ont pas toujours pris en compte les ST de la même manière. Certains pays, les États-Unis entre autres, ne reconnaissent de tels savoirs que dans la mesure où ils auraient fait l'objet de publication écrite⁷². Ceux qui ont été transmis de façon orale ne font pas partie de l'état de la technique. Ils ne sont pas, en principe, pris en compte dans le cadre de la détermination de la brevetabilité d'une invention, du critère de nouveauté en particulier.

Des inventions qui ont été basées sur des ST qui ne font l'objet d'aucune publication écrite, par exemple, pourront donc être reconnues brevetables dans ce pays. Elles ne pourront, peut être pas, ultérieurement, être soumises à partage des avantages même si les ST en cause ont été d'une quelconque utilité dans le cadre de l'élaboration d'une telle invention. Une telle approche risque de conduire à l'octroi de brevets qui ne répondront pas, tout à fait aux critères de brevetabilité, au critère de nouveauté en particulier et à la délivrance de brevets de qualité douteuse⁷³. Les opportunités de contestations et de réclamations de compensations suite à leur utilisation sans le consentement des parties intéressées s'en trouveront considérablement limitées. Elle a conduit, par le passé, à la contestation de brevets basés sur des ST qui n'avaient pas fait l'objet d'une publication écrite.

⁷² 35 U.S.C. § 102 (a), (b).

⁷³ G. DUTFIELD: «Thinking Aloud on Disclosure of Origin», préc., note 41. Selon Dutfield: «It is true that improving access to information about traditional knowledge could certainly help improve patent quality», p. 4.

Ce fut le cas de certains brevets qui ont été accordés sur le Neem⁷⁴. Un certain nombre de populations, indiennes majoritairement, utilisaient la plante dénommée le neem, notamment comme pesticide. Les compagnies W.R. Grace et Agrodyne avaient réussi à obtenir des brevets aux États-Unis pour certains dérivés de cette plante qu'ils avaient développés. Un de ces brevets avait été délivré, toujours aux États-Unis, à W.R. Grace pour un extrait d'écorce de neem qui était utilisé contre certaines formes de cancer. Ce brevet détenu par W.R. Grace a fait l'objet de vives contestations devant les tribunaux américains, contestations qui étaient, entre autres, relatives au fait que les connaissances acquises sur l'effet pesticide du neem figuraient déjà dans le domaine public lorsque le brevet a été accordé. Le critère de nouveauté semblait, ainsi, faire défaut⁷⁵. Certains auteurs et commentateurs tels que Darell A. Posey et Graham Dutfield avaient, à l'époque, pensé que si ce brevet devait être révoqué, de nombreux autres brevets qui étaient étroitement liés à des CT pourraient également faire l'objet de contestations qui auraient un taux de réussite élevé⁷⁶. Il va s'en dire que si un nombre assez conséquent de ces brevets devaient être révoqués; la sécurité juridique qui doit prévaloir dans toute forme de relation qui se veut durable et devant permettre aux détenteurs et titulaires de brevets de jouir paisiblement de leurs DPI, serait remise en cause.

Certaines communautés locales ont cherché à protéger leur ST notamment par le biais des DPI. Pour mener à bien une telle entreprise, les défenseurs de ces communautés sont partis d'un postulat qui s'est avéré quelque peu erroné. Ils ont pensé qu'en divulguant des informations sur les RG et les ST ils pourraient empêcher qu'elles puissent servir dans le cadre de recherches et d'élaboration

⁷⁴ Carlos CORREA, «Internationalization of the Patent System and New Technologies», Revised version of a paper submitted to the conference on the International Patent System, World Intellectual Property Organization, Geneva, March 25 to 27 2002, p. 12.

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Darell A. POSEY et Graham DUTFIELD, «Le marché de la propriété intellectuelle, Droits des communautés traditionnelles et indigènes», Chapitre 8, Encadré 8.2, CRDI 1997, disponible en ligne: http://www.idrc.ca/fr/ev-30127-201-1-DO_TOPIC.html (consulté le 20 février 2009).

d'inventions qui pourraient par la suite faire l'objet d'une demande de protection par brevet sans que ces communautés ne soient rémunérées. Ils ont pensé que la publication de tels éléments pouvait empêcher leur appropriation illicite et leur utilisation abusive⁷⁷. Une telle approche a été confirmée par les dires du Dr V.K. Gupta, directeur de la Bibliothèque Digitale des Savoirs Traditionnel, qui a eu à s'exprimer sur l'efficacité de la démarche indienne relative à la lutte contre la biopiraterie. La question suivante lui avait été posée: « Comment est-ce que la Bibliothèque Digitale des Savoirs Traditionnels contribue-t-elle à résoudre le problème de la biopiraterie? A une telle question, il a répondu en ces termes:

Mais au niveau international les personnes en charge d'examiner les demandes de brevets, par exemple au Japon ou aux Etats-Unis, n'avaient pas accès à ces livres et même s'ils avaient pu y avoir accès ils n'auraient pas pu les comprendre. Ce que nous avons donc fait, c'est de combler ce vide. Nous avons converti ces livres au format digital et les avons traduits en cinq langues internationales : anglais, japonais, allemand, français et espagnol.⁷⁸

De telles informations, une fois publiées, sont généralement classées dans le domaine public et peuvent, parfois, faire l'objet d'une utilisation libre et gratuite sans donner lieu, ultérieurement, à un partage des avantages. En adoptant une telle approche, les pays fournisseurs ont pensé qu'une telle publication aurait eu pour effet d'empêcher que des brevets soient accordés pour des inventions mettant en cause des RG et des ST, notamment pour absence du critère de nouveauté et de pouvoir faire bénéficier leurs populations d'un partage des avantages suite à l'utilisation de leurs ST. Les autorités de ces pays ont dû mal jauger, l'ampleur, les implications et les conséquences qui pourraient découler d'un tel postulat.

⁷⁷ European Patent Office, Bibliothèque numérique des savoirs traditionnels de l'Inde (TKDL): un puissant outil pour les examinateurs de brevets, en ligne:

http://www.epo.org/aboutus/press/releases/archive/2009/20090211_fr.html (consulté le 20 février 2009).

⁷⁸ Marie des NEIGES, « Nous avons résolu à 100% le problème de la biopiraterie », (Mercredi 05 Mai 2010), en ligne : http://www.ainy.fr/blog/index/billet/457_nous-avons-resolu-a-100-le-probleme-de-la-biopiraterie (consulté le 25 juin 2010).

En effet, en droit des brevets, tout ce qui est publié, mis à la disposition du public figure, généralement, dans «l'état de la technique» et relève par voie de conséquence du domaine public⁷⁹, accessible à tous librement et gratuitement. Ce qui est dans le domaine public est considéré comme dépourvu de valeur commerciale pour le fournisseur: celui qui publie l'information. Appliquée au domaine des RG, on peut en déduire que de tels éléments, lorsqu'ils ont été rendus publics par une description écrite ou orale figureront dans l'état de la technique et relèveront, par voie de conséquence du domaine public. Il faudra remarquer que tel n'est pas toujours le cas car dans un certain nombre de pays, des informations figurant dans le domaine public peuvent, en effet, faire l'objet d'une utilisation payante⁸⁰.

Pour ce qui est des ST, la situation est toute aussi complexe. Leur publication dans des articles scientifiques faisant partie des bases de documentations des examinateurs de brevets, ils figurent, dès lors, dans l'état de la technique au sens du droit des brevets. Ils perdent ainsi leur valeur commerciale potentielle. Un ensemble non considérable de CT a été rapporté par des anthropologues, des botanistes et d'autres chercheurs et scientifiques pour être publié, notamment dans des recueils⁸¹. Leur utilisation dans le cadre d'inventions n'a pas, toujours, donné lieu à un partage des bénéfices pour la principale raison qu'elles sont considérées comme relevant du domaine public.

⁷⁹ Daniel GERVAIS et Elizabeth F. JUDGE, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Editions Yvon Blais, 2006. Selon Gervais: « Le domaine public est le nom donné à la zone à laquelle le public a librement accès et qu'il peut librement utiliser. Le domaine public englobe tout aspect qui n'est pas protégé par le régime de la propriété intellectuelle...et tous ces droits qui sont couverts par la propriété intellectuelle mais pour lesquels le « monopole » temporaire a expiré», p. 4.

⁸⁰ Marie-Angèle HERMITTE, *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 90.

⁸¹ *Id.*, p. 88.

Pour éviter de telles situations, où des ST sont utilisés sans que les populations qui en sont les dépositaires ne soient rémunérées, certaines institutions internationales ont recommandé la mise en place de conseils garantissant que seuls les ST du domaine public sont fournis aux offices de brevets⁸². D'autres sont allées plus loin en posant des exigences qu'elles considèrent plus protectrices de ces ST. Une note du Secrétariat de l'OMPI⁸³ fait, par exemple, état de la nécessité de créer des droits qui protégeraient contre les usages et les créations non autorisés de produits dérivés et qui permettraient aux communautés de licencier l'usage de leurs ressources et connaissances. Le Secrétariat propose donc de réfléchir sur la possibilité de s'inspirer de la loi portugaise⁸⁴ qui prévoit qu'une divulgation de CT ne fait tomber la connaissance dans le domaine public que si elle fait l'objet d'une exploitation industrielle. Une exploitation artisanale dans le contexte traditionnel n'enlèverait pas aux communautés le droit de s'opposer à l'utilisation de leurs savoirs et d'en commercialiser l'accès.

La loi tunisienne est toute aussi particulière, originale et pertinente en ce qu'elle a prévu un domaine public qui est payant⁸⁵. Même dans les cas où des ST seront classés dans le domaine public, leur utilisation donnera lieu à compensation, contrairement à l'idée assez ancrée et répandue dans la pratique où la tendance consiste à considérer que le ST qui est dans le domaine public est d'accès libre et gratuit.

⁸² *Id.*, p. 90.

⁸³ WIPO, Intergovernmental committee on Intellectual property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, *Elements of sui generis system for the protection of traditional knowledge*, Document prepared by the Secretariat, Fourth session, Geneva, December 9 to 7, 2002, WIPO/GRTKF/IC/4/8 (30 septembre 2002)

⁸⁴ Marie-Angèle HERMITTE, préc., note 80, p. 90.

⁸⁵ *Id.*

Le gouvernement indien a, quant à lui, estimé que la publication des CT peut, dans une certaine mesure, permettre d'empêcher l'exploitation commerciale de leurs savoirs traditionnels se trouvant dans le domaine public⁸⁶. Mais si l'on suit cette logique du droit des brevets qui veut que de telles connaissances documentées soient, en général, considérées comme appartenant à l'état de l'art, à l'état de la technique, l'on pourrait en déduire que de telles connaissances ne pourront pas, toujours, donner lieu à un partage des bénéfices résultant de leur utilisation pour la principale raison que l'accès à ces connaissances doit être libre et gratuit.

C'est dans cette perspective que ce gouvernement a mis à la disposition de l'office européen des brevets (OEB) l'équivalent d'une bibliothèque numérique⁸⁷ dans l'espoir d'en arriver à une protection, plus effective, des CT de ses populations indigènes et à un partage des avantages. Les examinateurs de cet office de brevets devront prendre en compte la documentation figurant dans cette bibliothèque numérique lorsqu'ils auront à déterminer le critère de nouveauté dans le cadre d'une invention mettant en cause des RG et/ou des ST. Une invention qui aurait été basée sur des RG et des ST figurant dans cette bibliothèque numérique, si elle devait être considérée brevetable, pourrait donner lieu à partage des avantages.

Mais l'on doute de l'efficacité d'une telle mesure comme moyen de protection des ST et de répartition des avantages résultant de leur utilisation. L'utilisation des technologies de l'information et des communications a déjà permis à des inventeurs d'avoir accès à des ST, l'on pense, entre autres, à l'affaire du rosy perriwinkle⁸⁸ où des chercheurs de la compagnie Eli Lilly avaient eu

⁸⁶ European Patent Office, *Bibliothèque numérique des savoirs traditionnels de l'Inde (TKDL): un puissant outil pour les examinateurs de brevets*, préc., note 77.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ G. DUTFIELD, «Thinking Aloud on Disclosure of Origin», préc., note 41, p. 8.

recours à des recherches à travers la littérature, recherches au cours desquelles ils avaient découvert que cette plante était utilisée par des populations rurales des Philippines. Ces populations auraient pu se réclamer dépositaires du ST qui était en cause dans le cadre de cette affaire mais ils n'ont pas pu, à notre connaissance, bénéficier d'un quelconque partage des avantages. Cette affaire témoigne, ainsi, de failles qui existent dans certains systèmes de protection des ST. Les pays en développement fondent leurs arguments sur certains aspects du droit des brevets, la possibilité d'exclure certaines inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs, entre autres.

Les RG sont, notamment, utilisées dans le cadre d'inventions biotechnologiques. Mais certaines de ces inventions peuvent, parfois, être interdites en ce qu'elles seraient contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Les pays fournisseurs ont aussi pensé qu'en exigeant la divulgation de l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets, ils pourraient se rendre compte de la contrariété de certaines inventions par rapport à l'ordre public et aux bonnes mœurs et refuser la délivrance d'un brevet.

L'élaboration de régimes juridiques de telles inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs a connu une évolution assez mouvementée⁸⁹. Elles n'ont pas, toujours, été reconnues comme telles dans bon nombre de systèmes juridiques. Au nombre de ces systèmes, l'on compte celui de l'UE qui n'a pas, non plus, été épargné par de telles évolutions relatives aux inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs. La plupart des règles relatives à l'octroi de brevets au sein de cette institution sont, en principe, prévues et régies par la CBE⁹⁰.

⁸⁹ Vincent OST, « Les brevets portant sur des inventions biotechnologiques », dans *Brevet, Innovation et Intérêt Général, Le Brevet : pourquoi et pour faire quoi ?*, Actes du colloque de Louvain-la-Neuve, organisé par la Chaire Arcelor, Bruxelles, Editions Larcier, 2007, p. 131 à la page 169.

⁹⁰ CBE.

Pour illustrer et rendre compte de telles évolutions et hésitations, l'on pourrait rapporter, ci-dessous, certains faits de l'affaire de la souris de Harvard. La division d'examen⁹¹ de l'OEB avait d'abord rejeté la demande de brevet pour l'oncosouris⁹², au motif que l'alinéa 53(b) de la CBE exclut les races animales de la brevetabilité⁹³.

Cette division d'examen qui a été, par la suite, invitée par le conseil technique d'appel à reconsidérer sa position sur ce point, a fini par conclure que l'oncosouris était brevetable, au moins en partie, au motif que son brevetage ne contrevenait pas à la prescription éthique formulée à l'article 53 alinéa b du texte susmentionné. Pour en arriver à une telle décision, la division d'examen a essayé de peser puis de concilier les différents intérêts en présence: d'une part la nécessité de maintenir un certain niveau d'innovation dans le domaine des sciences biologiques pour permettre un développement de traitements médicaux et d'autre part le dilemme éthique qui existe dans le cadre de l'expérimentation sur les créatures vivantes dont les conséquences sont loin d'être évidentes. A Rudolf Teschemacher de rapporter la conclusion de la division d'examen dans les termes suivants:

La division a conclu que, tout bien pesé, l'invention ne pouvait être considérée comme contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. On peut en effet estimer en général avantageux pour l'humanité la mise à disposition d'un type d'animal expérimental utile dans la recherche sur le cancer, qui entraîne la réduction de l'usage expérimental des animaux tout en ne présentant qu'un faible risque pour l'environnement du fait que les expériences sont effectuées par un personnel qualifié.⁹⁴

⁹¹ *Id.*, Chapitre III, art. 18 : «Une division d'examen se compose en temps normal de trois examinateurs, dont l'un assure le contact avec le demandeur ou son mandataire. La décision concernant la demande est prise par l'ensemble de la division d'examen, afin de garantir un maximum d'objectivité», en ligne: http://www.epo.org/patents/One-Stop-Page_fr.html (consulté le 18 février 2009).

⁹² OMPI, «Bioéthique et droit des brevets : L'affaire de l'oncosouris», Magazine de l'OMPI, No. 3, Juin 2006, en ligne: http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2006/03/article_0006.html (consulté le février 2009). Voir aussi: Chambre de recours de l'Office européen des brevets, décision du 6 juillet 2004, T 315/03.

⁹³ CBE, art. 53.

⁹⁴ European Patent Office, «Legislation, Existing Practice in the EPO, Japan and USA», Conference Document for the Symposium on Biotechnology and Intellectual Property (Stockholm, les 23 et 24 novembre 1993), document polycopié, Munich, OEB, 1993, p. 7-8.

Cette conclusion était conforme aux arguments des demandeurs, résumés et rapportés ici par Bizley en ces termes:

S'il est vrai que le brevetage des animaux peut être dans certains cas «immoral», nous avons toujours dit que la souris de Harvard constitue le meilleur exemple d'une invention morale parce qu'elle offre la possibilité d'une élaboration plus rapide de nouveaux traitements éventuels du cancer (objectif indubitablement souhaitable) et permet en plus une réduction globale de l'expérimentation sur les animaux et donc de la souffrance animale.⁹⁵

En demandant aux utilisateurs de RG et de ST de divulguer l'origine de tels éléments, les fournisseurs pourront s'apercevoir des inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs et les écarter. L'existence de l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST ne fait plus l'ombre d'un doute, du moins depuis quelques années déjà. Les incertitudes qui y sont relatives ont été quelque peu dissipées. Elle a fait l'objet d'une consécration dans bon nombre de législations que ce soit à un niveau aussi bien national⁹⁶ que régional⁹⁷. Pour preuve de l'existence d'une telle obligation, on peut se référer, entre autres, aux travaux du Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, en particulier⁹⁸. Les propos suivants ont été tenus par certains membres de ce groupe de travail, qui, en parlant de certains pays, ont estimé que, «certains ont choisi de modifier leur loi sur les brevets, d'autres d'intégrer l'exigence relative à la divulgation dans leurs lois sur la diversité biologique ou l'accès et le partage des avantages, et d'autres encore ont indiqué cette exigence à la fois dans la loi sur les brevets et les lois sur la diversité biologique ou l'accès et le partage des avantages.»⁹⁹

⁹⁵ *Id.*

⁹⁶ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, préc., note 35, p. 23.

⁹⁷ *Id.*, p.19.

⁹⁸ *Id.*

⁹⁹ *Id.*, p. 18.

Toujours pour corroborer l'existence de l'obligation de divulgation, l'on pourrait se reporter à sa consécration dans certaines législations telles que celles du Danemark¹⁰⁰, de la Suède¹⁰¹ et de la Norvège¹⁰², entre autres législations. En présentant l'obligation comme un moyen qui leur permettrait de procéder au partage des avantages, les pays fournisseurs ont pris le soin de présenter, aussi, les objectifs qu'ils pensent pouvoir réaliser par le biais d'une telle obligation.

B-Les objectifs de l'obligation de divulgation.

Les pays en développement qui sont les principaux pays fournisseurs de RG et détenteurs de ST ont, lors de leurs diverses soumissions au Conseil des Accords ADPIC, fait état d'un certain nombre d'objectifs¹⁰³ qu'ils pensent pouvoir réaliser par le biais de cette obligation de divulgation. Parmi ces derniers figuraient la prévention de l'appropriation illicite des RG et des ST, le respect du consentement donné en connaissance de cause et la réalisation de l'objectif de partage des bénéfices par le biais d'une promotion des accords de partage.

Ils ont pensé qu'en imposant une telle exigence de divulgation, ils allaient pouvoir, aussi, régler le problème de l'appropriation illicite des RG et des ST¹⁰⁴. Un tel concept d'appropriation illicite renvoie, en général, à l'accès et à l'utilisation de RG et de ST sans le consentement préalable des fournisseurs de telles ressources et/ou dépositaires de tels savoirs. Un tel phénomène d'appropriation illicite, Graham Dutfield, par exemple, le conçoit de la manière suivante:

¹⁰⁰ *Id.*, p. 23.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*, p. 22.

¹⁰³ C.-M. CORREA, préc., note 25, p. 2.

¹⁰⁴ B. ONG, «Biological Innovations, Genetic Resources and Traditional Knowledge: Current Developments at the World Intellectual Property Organization», préc., note 15, p. 567.

« “Biopiracy” has emerged as a term to describe the ways that individuals and corporations from the developed world free ride on the genetic resources and traditional knowledge and technologies of the developing countries»¹⁰⁵. Pour être plus précis dans ce domaine, il étaye ses propos par des exemples de situations d’appropriation illicite de RG et de ST. Concernant les ST, il estime que l’on se trouvera dans une situation d’appropriation illicite de ST dans les cas où l’absence d’autorisation à l’accès, l’utilisation, les réclamations de titularité et la commercialisation de ST est contraire aux règles établies par les communautés locales¹⁰⁶.

Pour ce qui est des RG, il affirme qu’il y aura aussi appropriation illicite si elles ont été acquises, utilisées et commercialisées de façon contraire au droit international, à la CDB plus particulièrement et aux lois du pays fournisseur¹⁰⁷. C’est, en outre, pour lutter contre un tel phénomène que les pays fournisseurs ont prévu que les utilisateurs de tels éléments doivent mentionner leur origine dans leurs demandes de brevets. La mention de l’origine de tels éléments pourrait aussi, dans une certaine mesure, aider à la détermination du pays fournisseur de tels éléments mais son efficacité risque d’être limitée notamment dans les cas de conservations ex situ et dans d’autres situations. Une fois ce pays déterminé, les utilisateurs devront apporter les documents (tels que les contrats d’accès)¹⁰⁸ prouvant qu’ils ont acquis ces éléments en conformité avec les législations et réglementations du pays fournisseur, sur la base du

¹⁰⁵ G. DUTFIELD, «Protecting Traditional Knowledge: Pathways to the Future», préc., note 21, p. 19.

¹⁰⁶ *Id.*, «If unauthorised access, use, ownership claiming and commercialisation of TK conflicts with the customary laws of the source communities, then biopiracy is occurring as far as those communities are concerned whether or not “biopiracy” is the word the communities themselves would use to describe such acts», p. 22.

¹⁰⁷ *Id.*: « And if genetic resources are being accessed, used, “owned” and commercialised in ways that conflict with international law, particularly the CBD, and the laws of provider countries, then we should be able to accept that this is biopiracy too».

¹⁰⁸ CDB, Conférence des Parties à la Convention sur la Diversité Biologique, *Etude technique sur les exigences relatives à la divulgation d’informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels*, Présentée par l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Note du Secrétaire exécutif, Septième réunion, Kuala Lumpur, 9-20 et 27 février 2004, UNEP/CBD/COP/7/INF/17(15 décembre 2003), p. 8.

consentement du pays fournisseur, entre autres. Au moment du dépôt de la demande de brevet ou à un moment ultérieur, ils devront faire la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause. L'exigence d'un tel consentement permet, du moins selon la perception qu'ils se font de l'obligation, de lutter contre l'appropriation illicite de tels éléments.

Enfin, parmi les cas d'appropriation illicite, l'on pourrait faire figurer les cas de fraudes, situations dans lesquelles un inventeur ne sera pas, par exemple, disposé à mentionner l'origine exacte des ressources et/ou savoirs auxquels il aurait eu recours dans le cadre de son invention. Il pourrait, par exemple, mentionner des sources, tel un jardin de la forêt amazonienne¹⁰⁹ ou d'autres sources de nature similaire pour éviter d'être, éventuellement, soumis à un partage des avantages. Il aurait pu, par exemple, déclarer un pays qui ne dispose pas d'une législation qui requiert un consentement pour l'accès à de tels éléments et leur utilisation.

Mais l'on doute qu'un tel phénomène d'appropriation illicite puisse être réglé par le biais de l'obligation de divulgation. Les pays utilisateurs ont réussi à faire extirper du champ d'application de la CDB toutes les ressources qui ont été acquises antérieurement à la convention¹¹⁰ et celles qui figurent dans des collections privées et dans d'autres sources de nature similaire. De telles ressources, dans le cas où elles ont été acquises dans un pays fournisseur et ont fait l'objet de protection par brevet par exemple, risquent de ne pas être soumises aux conditions d'accès et de partage des avantages. Le pays d'origine de telles ressources ne sera pas forcément divulgué et les fournisseurs ne bénéficieront pas, en définitive d'un partage des

¹⁰⁹ M.-A. HERMITTE, préc., note 80, p. 85.

¹¹⁰ Bulletin des négociations de la terre, *Les faits marquants de l'APA 9* : « L'UE, l'Australie et la Nouvelle Zélande ont déclaré que le partage des avantages devrait s'appliquer aux ressources génétiques acquises après l'entrée en vigueur du protocole pour chaque partie », Volume 9 Number 501 - Samedi 27 mars 2010, en ligne : <http://www.iisd.ca/vol09/enb09501f.html> (consulté le 24 juillet 2010).

avantages. Une telle exclusion du champ d'application de la convention restreint, considérablement, les possibilités d'application de l'obligation de divulgation et les opportunités d'un partage des avantages. Pour qu'elle puisse permettre de lutter contre les cas d'appropriations illicites de tels éléments et ce de façon effective, encore faut-il qu'une telle exigence puisse être imposée comme une obligation en tant que telle, appliquée et accompagnée de sanctions dissuasives pour régir les cas de violations relatives à l'accès et au partage des avantages (APA).

Les bioprospecteurs, conscients de l'existence d'une telle obligation et des sanctions qui pourraient s'appliquer en cas de non respect, seraient, peut-être, plus disposés à se procurer de tels matériels de façon licite, c'est-à-dire sur la base des règles prévues à cet effet par les principaux pays fournisseurs. En voulant imposer une telle obligation, les pays fournisseurs ont, aussi, pensé avoir trouvé un moyen de faire respecter le consentement donné en connaissance de cause¹¹¹. Ils ont pensé que la consécration de l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets leur permettrait, aussi, de vérifier que les conditions d'accès et d'utilisation à de tels éléments ont été respectées et ce, relativement au consentement du pays fournisseur et/ou des populations concernées¹¹². Ce consentement est, généralement, conçu comme devant être donné non seulement pour l'accès et l'utilisation de tels éléments mais les fournisseurs et les populations concernées doivent l'avoir donné suite à la réception de toutes informations nécessaires concernant les utilisations qui seraient faites de tels matériels¹¹³.

¹¹¹ CDB, art. 15 (5).

¹¹² C.-M. CORREA, préc., note 25, p. 2.

¹¹³ *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation*, C. Responsabilités, §16 b) (iii), p. 11.

Le respect d'un tel consentement pose problèmes à différents niveaux. Il arrive en effet, que les utilisateurs n'obtiennent pas un tel consentement ou s'ils l'obtiennent ne l'auraient pas obtenu en connaissance de cause. Les différents acteurs en présence ont tout intérêt à prendre en compte les interrogations qui se posent dans ce domaine et essayer d'y apporter des éléments de réponse avant de pouvoir envisager les modalités du partage des avantages résultant de l'utilisation des RG et/ou des ST.

Certains de ces acteurs se sont attelés à la recherche de moyens qui leur permettraient d'en arriver à une application plus effective de l'obligation de divulgation. C'est ainsi que d'aucuns ont pensé qu'en subordonnant le droit à un brevet à l'exigence de divulgation, les utilisateurs seraient, peut-être, plus enclins à respecter les conditions d'accès et d'utilisation de tels éléments s'ils ne veulent pas prendre le risque de voir leur demande de brevet rejetée ou leur brevet annulé dans certains pays. L'Inde fait partie de ces pays qui subordonnent le droit à un brevet à l'exigence de divulgation. Les législateurs de ce pays ont promulgué la loi indienne¹¹⁴, amendée en 2002, qui prévoit que l'absence de divulgation peut conduire au refus de la délivrance ou à la révocation du brevet. L'accord préalable, le consentement de ces populations donné en connaissance de cause rendrait licite un tel accès à ces ressources et savoirs et leur utilisation si tant est que les utilisateurs aient l'intention de respecter le but pour lequel le consentement a été donné.

Mais l'on doute fort qu'une telle mesure produise tous les effets escomptés en l'absence de sanctions plus dissuasives qui seraient applicables aux cas de manquements à une telle exigence.

Les utilisateurs, ne se sentant pas liés par une quelconque obligation, pourraient tout simplement

¹¹⁴ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, préc., note 35, p. 25.

accéder à de telles ressources et savoirs et les utiliser sans pour autant être inquiétés. Ils pourraient, aussi, essayer d'échapper à des sanctions en commettant des fraudes aux différents systèmes mis en place en déclarant, par exemple, qu'une RG proviendrait d'une conservation ex situ ou qu'un ST utilisé dans le cadre d'une invention proviendrait d'une recherche à travers la littérature¹¹⁵, savoir qui serait dans le domaine public et pouvant faire l'objet d'une utilisation licite sans qu'une autorisation préalable ne soit nécessaire.

En faisant de cette exigence une obligation avec tous les attributs propres à une obligation, les pays fournisseurs auraient, probablement, à leur actif un moyen plus effectif qui leur permettrait de limiter les cas d'appropriations illicites, de faire respecter le consentement donné en connaissance de cause et d'en arriver, en définitive, à un partage juste et équitable des avantages.

La plupart des pays fournisseurs sont d'avis que l'obligation de divulgation permettrait, aussi, de réaliser l'objectif de partage par le biais de la promotion d'accords de partage des bénéfices¹¹⁶. Les ressources naturelles étant, depuis l'avènement de la CDB, soumises à la souveraineté des États membres, les pays fournisseurs ont le pouvoir d'autoriser l'accès¹¹⁷ à de telles ressources. Une telle autorisation, lorsqu'elle est accordée, se trouve, parfois, concrétisée dans le cadre d'accords de partage des avantages. Mais il faudra, d'emblée, signaler les nombreux cas dans lesquels des accords de partage n'ont pas été signés. Les utilisateurs de ressources et de savoirs ne seront, peut-être, pas enclins à procéder, en définitive à un partage des avantages dans de telles situations. L'on aurait tendance à croire que, de nos jours, ces derniers sont plus informés sur les cas de « biopiraterie » et la mauvaise publicité qui peut en résulter mais loin s'en faut.

¹¹⁵ Michael F. BROWN, « Who Owns Native Culture? », (2003) *Howard University Press* 135, 138

¹¹⁶ C.-M. CORREA, préc., note 25, p. 2.

¹¹⁷ CDB, art. 15 (1).

Une tel état d'esprit prévaut encore de nos jours tel que le confirme cette affirmation faite par Graham Dutfield: « In the absence of a contract or specific regulation, the company would have no requirement to compensate the communities concerned¹¹⁸».

L'absence de tels accords pourrait s'expliquer par le fait que les fournisseurs n'ont pas été au courant qu'une partie de leurs ressources et de leurs savoirs ont été utilisés dans le cadre d'inventions. Carlos Corr a a eu à d plor er une telle situation dans le domaine des ressources phytogénétiques: « Fears of a negative impact of IPRs on sovereignty over and access to PGRs have been exacerbated by current trends in the IPRs protection of genetic resources. Firstly, a large number of patents have been granted on genetic resources obtained from developing countries, often without the knowledge and consent of the possessors of the resources¹¹⁹».

Les cas d'appropriations illicites et de fraudes n'en seront que plus nombreux et ne donneront pas toujours lieu à un partage des avantages si les fournisseurs ne découvrent pas de tels faits et ne contestent la validité de telles inventions comme le fait souvent un pays comme l'Inde¹²⁰. La preuve d'un consentement donné en connaissance de cause et d'une appropriation illicite serait difficile à apporter dans de telles situations. Une telle preuve serait tout aussi difficile à apporter dans les cas où des accords auraient été passés oralement. L'une des parties pourrait, en effet, se dédire et prétendre ne jamais avoir accepté tous les termes de l'accord verbal.

¹¹⁸ Graham DUTFIELD, Uma SUTHERSANEN, *Global intellectual property law*, Cheltenham, UK; Northampton, MA: E. Elgar, 2008, p. 335.

¹¹⁹ Carlos CORREA, *Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options*, London, New York: Zed Books, 2000, p. 171-172, voir aussi: Carlos CORREA, «Access To Plant Genetic Resources And Intellectual Property Rights» In M. BLAKENY and P. DRAHOS Eds., *Biodiversity and Agriculture: Regulating the Biosphere*, London, Sweet & Maxwell London (2001).

¹²⁰ M.-D.- NEIGES, « Nous avons résolu à 100% le problème de la biopiraterie », préc., note 78.

La réalisation d'un tel objectif, qu'il soit parmi ceux des pays en développement ou parmi ceux énoncés dans la CDB, s'avère compromise. En effet les différents protagonistes, les pays fournisseurs en particulier, n'ont pas toujours les moyens de réaliser un tel objectif de partage des avantages. Il n'est pas rare qu'une partie considérable de leurs ressources et de leurs savoirs soit utilisée à leur insu ou qu'ils manquent de moyens pour pouvoir procéder au contrôle des mouvements et transferts de tels matériels. La mention de l'origine de tels éléments utilisés dans le cadre d'inventions permettrait, dans une certaine mesure, aux fournisseurs d'identifier les utilisateurs de tels éléments et d'avoir la possibilité de réclamer, par la suite, un partage des bénéfices qui résulteraient de leur utilisation.

Ces accords, dans les cas où ils seraient élaborés pour régler l'accès à de telles matières et leur utilisation, ne seront pas toujours bien ficelés. En effet la plupart des pays fournisseurs ne disposant pas, toujours, de l'expertise nécessaire pour rédiger de tels accords, l'on doute que leurs intérêts puissent être défendus de façon efficace. Les pays utilisateurs n'ont pas manqué, eux aussi, d'apporter leurs arguments relativement à cette obligation. Certains d'entre eux se sont opposés à l'obligation de divulgation comme moyen de procéder au partage des avantages tandis que d'autres l'acceptent tout en y apportant des limites.

II- L'argumentaire des pays utilisateurs de RG et de ST.

Les pays utilisateurs de RG et de ST qui sont, principalement des pays développés, n'ont pas tous la même perception de l'obligation de divulgation. Ils ne constituent pas, en effet, un groupe homogène lorsqu'il s'agit de se prononcer sur une telle obligation comme moyen de procéder au

partage des avantages résultant de l'utilisation des RG et des ST. Pour réfuter les arguments présentés par les pays fournisseurs en faveur d'un partage des avantages sur la base de l'obligation de divulgation, la majorité des pays utilisateurs soulignent, tout d'abord l'absence de contribution inventive de la part des pays fournisseurs de RG et de ST (A). Ils ont, ensuite, relevé la contrariété de l'exigence de divulgation par rapport aux accords ADPIC (B) dont l'article 27 pose une interdiction de créer des conditions nouvelles de brevetabilité et une interdiction de faire des discriminations relatives à la jouissance des DPI. La contrariété de l'obligation par rapport à l'article 29 des mêmes accords a, aussi, été soulevée. Elle a trait à la divulgation de l'invention de manière suffisamment claire et complète et à l'indication de la meilleure manière d'exécuter l'invention connue de l'inventeur à la date du dépôt.

A-L'absence de contribution inventive.

Les relations entre les pays fournisseurs et utilisateurs de RG et/ou de ST ne sont pas aussi simples qu'on l'aurait pensé. Les premiers doivent permettre l'accès à de tels éléments tandis que les seconds doivent les utiliser et procéder à un partage des avantages si tant est que leur utilisation s'avère concluante et aboutisse à l'obtention de DPI. Mais la réalité est tout autre car les deux parties en présence s'accordent difficilement sur la nature et les conséquences de leurs droits et obligations respectifs.

Les pays fournisseurs mettent, certes, des RG et/ou des ST à la disposition des utilisateurs de tels éléments mais ces derniers rejettent toute qualification de contribution inventive pour de tels actes qu'ils qualifient d'actes de mise à disposition. Ils considèrent la fourniture de ces matériels

comme étant, tout au plus, de simples découvertes qui ne peuvent aucunement être assimilés à une contribution inventive. Un tel postulat repose, notamment, sur cette idée assez bien ancrée dans la mentalité du monde occidental qui consiste à exclure les simples découvertes de la brevetabilité. Ce postulat et la logique dont il découle, Jean Pierre Clavier les met ainsi en évidence dans un de ses travaux:

Ce principe est sous-tendu par l'idée selon laquelle, et conformément au principe directeur du droit des brevets, la collectivité ne peut récompenser que celui qui, par son travail et son intelligence lui offre quelque chose de nouveau par rapport à ce qui techniquement existe. L'auteur d'une découverte d'un produit de la nature n'apporte une nouveauté qu'au plan de la connaissance.¹²¹

Sur la base d'une telle logique, il semblerait qu'il sera très difficile pour les fournisseurs de voir leurs actes de fourniture de tels matériels être qualifiés de « contribution inventive ».

La jurisprudence a dû, parfois, intervenir pour apporter des clarifications et préciser les contours d'un tel postulat. L'affaire Moore¹²² en est une illustration. Il est aussi question de consentement préalable dans le cadre de cette affaire mais nous mettrons, ici, l'accent sur le critère de « contribution inventive ». M. John Moore souffrait d'une certaine forme de leucémie¹²³. Il était traité par le Dr David Golde, qui dans l'espoir de ralentir la progression de la maladie, avait procédé à une ablation de sa rate. Préalablement à une telle opération, M. Moore a dû signer un formulaire de consentement. Suite aux résultats des tests qui ont été pratiqués, il s'est avéré que les cellules de Moore pourraient être d'une certaine utilité pour des recherches génétiques¹²⁴. Le Dr Golde, découvrant que la rate de ce dernier présentait des propriétés porteuses de grands espoirs pour le

¹²¹ Jean Pierre CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, Paris, Edition Harmattan, 1998, p. 103.

¹²² *Moore v. Regents of the University of California*, 793 P. (2d) 479 (Cal. 1990).

¹²³ OMPI, Bioéthique et droit des brevets: *L'homme aux cellules d'or et le peuple Hagahai*, Septembre 2006, en ligne : http://www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2006/05/article_0008.html (consulté le 17 juillet 2010).

¹²⁴ *Id.*

traitement du cancer, décidait, avec son équipe, de prélever des cellules de sa rate. Ils ont, par la suite, utilisé ces cellules pour en faire une lignée cellulaire. Mais le Dr Golde s'était abstenu d'informer John Moore de son intention d'utiliser ses cellules dans le cadre de recherches¹²⁵. Après l'opération, le Dr Golde a fait croire à Moore qu'il avait besoin de suivi et qu'il devait subir d'autres tests. Il préleva du sang ainsi que d'autres échantillons de tissus à différentes occasions et ce sur une période de sept ans sans que Moore ne soit mis au courant de telles activités¹²⁶. En 1984, un brevet portant le numéro US 4438032 fut délivré au Dr Golde qui finit par requérir les services de deux entreprises biotechnologiques pour la commercialisation de la lignée cellulaire.

Se sentant quelque part évincé, M. Moore intenta une action en justice. Il espérait obtenir une part de propriété du brevet et faire condamner le Dr Golde à lui payer des dommages et intérêts pour violation de ses obligations professionnelles. En appel, la Cour suprême de Californie rejeta son action et déclara que M. Moore n'avait aucun droit à la propriété du brevet parce qu'il ne faisait pas partie des inventeurs. Il n'avait, en quelque sorte, apporté aucune contribution inventive¹²⁷.

Vu sous cet angle, strictement sur la base du droit des brevets, on peut effectivement adhérer à la position des juges de la cour d'appel car le critère de l'activité inventive, de la contribution inventive, faisait défaut dans le cadre de cette affaire. La cour a néanmoins estimé que le médecin avait un devoir de loyauté envers son patient et qu'il aurait dû le mettre au courant de tout intérêt économique qu'il aurait pu avoir à utiliser et étudier ses tissus. M. Moore n'avait d'autre action que de le poursuivre le Dr Golde sur la base d'un manquement à son devoir de loyauté.

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ *Moore v. Regents of the University of California*, préc., note 122.

L'on serait tenté, pour des raisons de justice sociale plutôt que pour des raisons scientifiques et techniques ou de respect des conditions de brevetabilité, de considérer M. Moore comme cotitulaire du brevet comme ce fut le cas dans l'affaire PXE International. L'absence de contribution inventive a été déterminante dans le cadre de l'arrêt Moore mais elle ne semble pas l'avoir été dans l'affaire PXE International.

Une telle position, qui consiste à justifier le rejet de l'obligation de divulgation comme moyen de procéder au partage sur la base d'une absence de contribution inventive de la part des pays fournisseurs ne fait pas l'unanimité parmi les pays utilisateurs et n'a pas toujours prévalu. Il existe en effet des cas, aussi rares qu'ils puissent être, où des utilisateurs de tels matériels ont eu à adopter des positions plus nuancées, souples et généreuses à l'égard de fournisseurs de tels matériels. Certains utilisateurs ont eu, parfois, à procéder à un partage effectif de bénéfices qui résultaient de l'utilisation de RG et/ou de ST même si un doute subsistait sur une possible contribution inventive de la part des fournisseurs des ressources en cause. L'affaire PXE International est une parfaite illustration d'une telle position¹²⁸.

L'association américaine PXE International qui regroupait des patients atteints d'une maladie génétique rare appelée «pseudoxanthoma elasticum» avait conclu un contrat avec l'université de Hawaï aux termes duquel du matériel génétique devait être prélevé sur les patients. Le contrat prévoyait le partage des bénéfices qui résulteraient de l'utilisation de ce matériel. Les recherches

¹²⁸ Sharon F. TERRY, «US Patent Office Issues First Gene Patent to Patient Advocacy Group, Co-Inventors Include Non-scientist Mom», en ligne: <http://pxe.org/CFiles/PatentPresseRelease38OHC-6102007-6937.pdf>. (consulté le 8 septembre 2009).

s'étant avérées concluantes, l'association a bénéficié des retombées économiques¹²⁹. Ce simple prélèvement de matériel génétique ne devrait pas, à notre humble avis, faire de ces patients des co-inventeurs.

Si l'on devait se baser uniquement et strictement sur les critères de brevetabilité, le prélèvement de ce matériel n'aurait certainement pas pu être qualifié de contribution inventive¹³⁰ pouvant conduire à un éventuel partage des avantages. Mais les chercheurs ont fait bénéficier l'association des retombées économiques. Ils ont, peut-être, assimilé le prélèvement de ce matériel génétique sur les patients et son utilisation à une contribution mais le doute subsiste quant à la qualification qu'une telle contribution devrait recevoir. Il serait hasardeux, de notre part, d'estimer qu'une telle contribution a été considérée « inventive ». L'association a été, en quelque sorte, considérée comme cotitulaire du brevet qui a été accordé par le USPTO. Les patients qui ont fourni ce matériel ont, peut-être, été considérés comme des co-inventeurs qui, en définitive, ont bénéficié de compensations pour leur participation aux recherches et au processus d'élaboration de l'invention. Les raisons véritables d'une telle attitude des chercheurs nous sont inconnues mais elle constitue une position qui doit être encouragée car elle permet aux fournisseurs de tels matériels et dépositaires de tels savoirs de pouvoir bénéficier d'une compensation pour leur participation à certaines recherches.

Une telle affaire nous permet d'en arriver à la conclusion que la contribution des fournisseurs n'est pas, toujours, minimisée et ne doit pas l'être car il n'y aurait peut-être pas eu d'invention dans cette

¹²⁹ Florence BELLIVIER et Christine NOVILLE, «Contribution des associations de patients à l'organisation, au fonctionnement et à la réglementation des collections d'échantillons biologiques», (2007) 120 *Revue d'économie industrielle* 175, 193, § 43.

¹³⁰ ADPIC, art. 27(1).

affaire n'eût été le matériel qui a été prélevé sur ces patients. Une telle affaire a eu une issue heureuse et les parties en présence ont su concilier leurs intérêts même si de tels intérêts paraissent, parfois, difficilement conciliables.

Certains pays utilisateurs, pour rejeter la pertinence, voire la légalité, d'une telle obligation de divulgation comme moyen de réalisation de l'objectif du partage des avantages, ont aussi soulevé des objections quant à la compatibilité de cette dernière par rapport aux accords ADPIC¹³¹. En soulevant de telles objections, ils sont parvenus à semer le doute au sein de la communauté internationale entraînant ainsi des retards considérables dans les débats et les tentatives d'élaboration de législations et réglementations dans ce domaine. Leur attitude a ainsi, parfois, été qualifiée de manœuvres dilatoires. Un tel sentiment persiste toujours et on le retrouve dans l'attitude de la Suisse qui parle, encore en 2010, de définitions de notions¹³². Cette question portant sur la compatibilité de l'obligation aux accords ADPIC est principalement fondée sur les articles 27 et 29 de ce texte.

B-La contrariété de l'obligation de divulgation par rapport aux accords ADPIC.

Certains pays en développement avaient, en effet à un moment donné, prôné que l'exigence de divulgation soit érigée en condition additionnelle de brevetabilité. Une telle proposition n'a pas

¹³¹ David Vivas ÉUGUI, «Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge: the current debate and possible legal alternatives». Selon l'auteur: «Several countries believe that the requirement of disclosure is incompatible with the TRIPS Agreement because of its effects on the freedoms of patent applicants and holders» in BELLMAN, C., G. DUTFIELD and R. MELENDEZ-ORTIZ, *Trading in Knowledge: Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability*, London, Earthscan Publications, 2003, p. 21.

¹³² WIPO, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Sixteenth Session, Geneva, May 3 to 7, 2010, *Policies Measures and Experiences Regarding Intellectual Property and Genetic Resources: Submissions by Switzerland*, préc., note 47.

manqué de créer un tollé général et d'attirer bon nombre de critiques et de contestations de la part des utilisateurs de RG et de ST qui estiment que l'obligation de divulgation aurait pour effet de créer une nouvelle condition de brevetabilité et serait ainsi contraire à l'article 27 de l'ADPIC. L'article 27 des ADPIC, ne prévoyant que trois conditions de brevetabilité, les pays utilisateurs estiment qu'il serait inacceptable, pour eux, de se faire imposer une condition autre que celles qui y ont été expressément prévues. David Vivas Eugui, en étudiant les arguments des pays utilisateurs relativement à la contrariété des accords ADPIC, estimait que leur argument tiré de l'article 27 n'était pas assez solide pour justifier le rejet de l'obligation de divulgation¹³³. Certains d'entre eux ont exploité cette faille pour en faire un argument contre le partage des avantages par le biais de l'obligation de divulgation. D'autres, même s'ils ont reconnu une telle obligation et l'ont consacré dans leurs législations nationales¹³⁴, l'ont assorti de conditions qui s'avèrent, en définitive, on ne peut plus restrictives qu'elles risquent d'ôter tout sens à l'obligation de divulgation. Une telle conception de l'obligation comme condition additionnelle de brevetabilité allait, heureusement, être abandonnée, du moins, par certains pays fournisseurs¹³⁵. Les pays utilisateurs estiment, en outre, qu'une telle obligation aurait pour effet de créer des discriminations relativement à la jouissance des DPI. Les accords ADPIC prévoient qu'il ne devrait pas y avoir de «discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique ou au fait que les produits soient importés ou d'origine nationale»¹³⁶. Ces

¹³³ D.- V., EUGUI, «Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge: The Current Debate and Possible Legal Alternatives», préc., note 131. Selon Eugui: "This viewpoint is based on four arguments. The first of these is that the disclosure requirement adds is incompatible with article 27.1 of TRIPS because it adds another substantive condition to the traditional ones of novelty, inventive step and industrial application. It is possible that non authorized access or use of genetic resources could violate civil and/or criminal regulations, but member states could not turn non-disclosure into a violation of the law of patents", p. 201.

¹³⁴ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, préc., note 35, p. 22, 23.

¹³⁵ *Id.*, p. 25.

¹³⁶ *Id.*

utilisateurs ont estimé qu'en exigeant une divulgation de l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets, les pays fournisseurs font ainsi une discrimination relativement à la jouissance des DPI. Les pays fournisseurs de RG et de ST exigent, effectivement, que l'origine de tels éléments soit divulguée dans les demandes de brevets. Ils pensaient qu'une telle exigence permettrait, en partie, d'apporter plus de transparence dans les transferts de tels matériels tel que nous me rapporte Graham Dutfield qui estime que: « Such disclosure aims to serve the purpose of enhancing transparency in terms of international commercial transfers of genetic resources and traditional knowledge»¹³⁷.

Mais il ne sera pas toujours aisé d'atteindre un tel objectif, d'en arriver à une telle transparence dans ce domaine. L'inventeur aura certes une idée des ressources et des savoirs auxquels il aura recours dans le cadre de ses recherches et il sollicitera, généralement, l'accès à de tels éléments mais il n'est point sûr que leur utilisation aboutira à des résultats concluants. Étant ainsi dans le doute, il ne saura pas si les RG et/ou les ST qu'il aura à utiliser seront d'une quelconque utilité dans le processus d'élaboration de son invention. Les fournisseurs, aussi, perçoivent de telles incertitudes, dans le sens où ils seraient, aussi, dans le doute quant au fait de savoir si les recherches ainsi entamées vont s'avérer concluantes ou non. S'agissant du domaine des ST, par exemple, un tel état d'esprit est dissipé de par la façon dont les relations sont élaborées dans le cadre des contrats¹³⁸.

¹³⁷ G. DUTFIELD, «Thinking Aloud on Disclosure of Origin», préc., note 41, p. 2.

¹³⁸ Graham DUTFIELD, G. and A. SEILER, «Regulating Access and Benefit-sharing: Basic Issues, Legal Instruments, Policy Proposals». L'auteur déclare: « In view of the unpredictability of commercial success, it is recommended that a mixed benefit package be adopted, certainly including a share in the profits that may one day be earned, but also comprising short and medium-term transfers in the form of up-front payments, seed sample fees or the transfer of other material (e.g. equipment) or nonmaterial (know-how). Commercial actors, especially in the pharmaceutical sector, are often confronted with uncertainties as to the development of potentially marketable new products, yet it is only their marketing that can generate the real benefits to be transferred. So some individual companies have now adopted the practice of providing, up front, substantial financial and material compensation and then getting these benefits to the holders of indigenous/traditional knowledge by setting up transfer mechanisms designed for this

Mais la déclaration de l'origine de tels éléments permettra, au cas où les recherches s'avèreraient concluantes, aux fournisseurs des matériels en cause de réclamer des compensations suite à l'utilisation de tels matériels. Ce qui nous semble tout à fait justifié comme exigence. L'on ne peut pas, en l'occurrence, conclure que le fait que les pays fournisseurs requièrent que l'origine des RG et/ou des ST soit déclarée dans les demandes de brevets équivaudrait ainsi à une discrimination relativement à la jouissance des DPI. L'on serait tenté de dire qu'une telle assimilation n'a pas lieu d'être car ces pays ne requièrent aucunement que ces éléments soient d'origine nationale mais tout simplement que s'ils venaient à être utilisés dans le cadre d'inventions que les demandeurs d'une protection par brevet déclarent leur origine dans leurs demandes.

Certains pays fournisseurs ont, heureusement, abandonné l'idée selon laquelle l'exigence devrait être érigée en condition additionnelle de brevetabilité¹³⁹ et l'ont, par la suite, considérée comme une composante de l'obligation de divulguer l'invention de sorte qu'elle puisse être réalisée par une personne du métier tel que prévu à l'article 29 des Accords ADPIC. L'on peut, notamment, trouver une telle approche sous la plume de Carlos Corrêa qui faisait l'affirmation suivante: « The obligation to disclose the origin of biological materials is *not* a patentability requirement. It is a component of the disclosure requirement that, in the case of the TRIPS Agreement, is established in article 29»¹⁴⁰. Mais ce n'est pas sans compter sur l'opposition de certains pays utilisateurs qui estiment que l'exigence serait, aussi, contraire à l'article 29 des mêmes accords.

purpose (e.g. Shaman/Healing Forest Conservancy), in Submission by the Federal Republic of Germany (Co-author with A. Seiler), Bonn: Convention on Biological Diversity UNEP/CBD/WG-ABS/1/INF/4 (2001), p. 13.

¹³⁹ Jean Frédéric MORIN, « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : Une contribution du droit des brevets au développement durable », 17(1) *Cahiers de la propriété intellectuelle*, (2005), p. 6, en ligne: http://www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/Morin_origine_PI.pdf (consulté le 4 novembre 2008), voir aussi *Declaration of Liked-minded Megadiverse countries*, (Cancun, 18 février 2002), paragraphe h, en ligne: http://www.megadiverse.com/armado_ingles/PDF/three/three1.pdf (consulté le 16 décembre 2009).

¹⁴⁰ C.-M. CORREA, préc., note 25, p. 5.

Le droit des brevets requiert qu'une invention mettant en cause des RG et des ST doit être divulguée de manière suffisamment claire et complète pour permettre à la personne du métier de la réaliser. Les pays utilisateurs soulignent la contrariété de l'obligation de divulgation par rapport à l'article 29 en ce qu'elle n'est pas nécessaire pour permettre à la personne du métier de réaliser l'invention¹⁴¹. Une telle information, sur l'origine de tels éléments, ne semble être d'aucune utilité à ce stade d'une demande de protection par brevet d'une invention mettant en cause des RG et des ST, du moins selon la conception des utilisateurs de tels éléments. Une telle obligation, appliquée aux domaines des RG et des ST, n'a pas manqué de créer des tensions entre utilisateurs et fournisseurs de tels éléments au point de susciter l'intervention de certaines juridictions.

C'est ainsi que les juges, au Canada notamment, ont été amenés à se prononcer sur une telle obligation de divulguer l'invention de manière suffisamment claire et complète pour lui apporter certaines clarifications et précisions. L'arrêt Apotex¹⁴² est une décision qui nous permet d'avoir une idée plus précise sur cette obligation de l'article 29 telle qu'elle est appliquée aux domaines des RG et des ST. La société pharmaceutique Apotex, fabricant de produits génériques avait, en un moment donné, souhaité produire et commercialiser un médicament, le ramipril. Pour ce faire, il lui fallait obtenir une autorisation, un avis de conformité (ADC) des autorités administratives. Aventis, qui était l'innovateur de ce médicament, a cherché à s'opposer à la délivrance de l'autorisation à Apotex au motif que la commercialisation du ramipril par cette compagnie contreferaient le brevet dont il était le titulaire.

¹⁴¹ D.-V., ÉUGUI, «Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge: the Current Debate and Possible Legal Alternatives», préc., note 131. Selon Eugui: "Second, the disclosure requirement would not be compatible with Article 29 of TRIPS, which establishes the formal conditions for granting a patent, and specifically the obligation to disclose the invention in a clear and compatible manner so an expert in the field can replicate the invention. The indication of the origin of genetic resources or TK in the description would not be necessary or relevant in the majority of cases for this replication", p. 201.

¹⁴² *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153.

Apotex soutenait, comme moyen de défense, que le brevet était invalide. La question essentielle à laquelle les juges devaient répondre concernait la validité du brevet qui devait être appréciée sur la base de l'art. 34 de l'ancienne *Loi sur les brevets*¹⁴³ (« insuffisance »). La cour suprême du Canada (C.S.C)¹⁴⁴ y traite, certes, de la prédiction valable mais elle y fait, aussi, état de la divulgation de l'invention de manière suffisamment claire. Celui qui se prétend inventeur doit démontrer qu'il peut bénéficier de la règle de la prédiction valable en remplissant le critère prévu à cet effet qui comprend trois points : « la prédiction doit avoir un fondement factuel, l'inventeur doit avoir un raisonnement clair qui permette d'inférer du fondement factuel le résultat souhaité, il doit y avoir une divulgation suffisante, mais il n'est pas nécessaire que l'inventeur fournisse une explication théorique de la raison pour laquelle l'invention fonctionne »¹⁴⁵.

C'est le dernier élément du critère de prédiction: l'obligation pour l'inventeur de faire une divulgation suffisante qui est utilisée par les pays utilisateurs de RG et de ST pour rejeter l'obligation de divulguer leur origine. La divulgation est, en principe, suffisante si le mémoire descriptif explique d'une manière complète, claire et exacte la nature de l'invention et la façon de la mettre en pratique¹⁴⁶. Il n'est pas ainsi nécessaire d'imposer, une telle obligation de divulgation pour permettre à la personne du métier de mettre l'invention en pratique. La demande d'interdiction a été rejetée.

Cette décision de l'arrêt Apotex apporte des précisions sur l'obligation de divulguer l'invention de manière suffisamment claire et complète par la personne du métier. Les pays utilisateurs estiment qu'il n'est pas nécessaire de recourir à l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST pour en

¹⁴³ *Loi sur les brevets* (L.R., 1985, ch. P-4), art. 34.

¹⁴⁴ *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd*, préc., note 142.

¹⁴⁵ *Id.*

¹⁴⁶ *Id.*

arriver à une divulgation de l'invention de manière suffisamment claire et complète. Les utilisateurs de tels éléments estiment, aussi, que l'obligation de divulgation est contraire à l'indication de la meilleure manière d'exécuter l'invention connue de l'inventeur.

L'article 29 des accords ADPIC¹⁴⁷ prévoit, aussi, qu'en déposant une demande de brevet, l'inventeur ou l'innovateur doit indiquer la meilleure manière d'exécuter l'invention connue de l'inventeur à la date du dépôt. En procédant à une telle indication, l'inventeur permet ainsi à la personne du métier d'exécuter, plus aisément, l'invention sur la base des informations qu'il aura fournies lors de sa demande de brevet. Les utilisateurs de RG et de ST considèrent, en définitive, que la divulgation de l'origine des RG et des ST, du moins telle qu'elle est actuellement conçue et appliquée, n'est pas pertinente dans le cadre de l'indication de la meilleure manière d'exécuter l'invention.

Les principaux pays fournisseurs de RG et dépositaires de ST ont présenté l'obligation de divulgation, notamment, comme un moyen qui leur permettrait de procéder, en définitive, au partage des avantages résultant de l'utilisation des RG et des ST. Une telle obligation n'est toutefois pas exempte de lacunes. Les pays fournisseurs qui sont supposés être les principaux et ultimes bénéficiaires d'une telle obligation de divulgation devront, en conséquence et de concert avec les pays utilisateurs, essayer de combler de telles lacunes pour qu'elle puisse être appliquée de façon plus effective. Les différentes parties en présence sont toujours en consultation pour essayer de trouver des alternatives qui leur permettraient de parvenir à un accord sur une telle obligation.

¹⁴⁷ ADPIC, art. 29.

CHAPITRE II-Les lacunes de l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets.

L'obligation de divulgation fait et continue de faire l'objet de débats des plus passionnés. Ces débats portent, notamment, sur le concept de divulgation de «l'origine» des RG et/ou des ST dans les demandes de brevets (I). Des incertitudes et des divergences subsistent toujours relativement au sens à donner au terme «origine». Certains pays ont estimé que la divulgation de l'origine des RG et des ST renvoyait à la divulgation du «pays d'origine», d'autres ont défendu la position qui consistait à dire qu'il fallait déclarer le «pays fournisseur» de tels éléments.

A de telles incertitudes sont venus s'ajouter des obstacles que les parties en présence devront surmonter si tant est qu'elles veulent en arriver à des solutions acceptables et applicables en la matière. Ces obstacles se rapportent, entre autres, aux difficultés liées à la traçabilité des RG et des ST utilisés dans le cadre d'inventions et aux difficultés liées à l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause (II).

I-Le concept quelque peu flou de «l'origine» des RG et/ou des ST dans les demandes de brevets.

On peut constater qu'il existe des divergences au niveau des conceptions qui ont été, jusque là, proposées sur l'obligation de divulguer l'origine des RG et/ou des ST dans les demandes de brevets. De telles divergences se perçoivent, en partie, à travers les législations nationales

(exemple: la Norvège)¹⁴⁸. Mais toujours est-il que, parmi les buts recherchés lors de l'élaboration d'une telle obligation, figuraient la détermination de l'origine des RG et des ST utilisés dans le cadre d'inventions et le respect des dispositions relatives aux APA. De tels buts ont été notamment rappelés par Manuel Ruiz Muller qui a estimé que: «The requirement for disclosure of origin and legal provenance is expressed in different forms, but it is always aimed towards the identification of the geographical origin of a resource on one hand and verification of compliance with ABS conditions on the other. This means that countries need to have ABS legislation in place that expressly demands the disclosure requirement»¹⁴⁹.

Le concept d'«origine» des RG et des ST dans les demandes de brevets a fait l'objet d'une évolution assez confuse. Les différents acteurs en présence ont eu à proposer ou à adopter des conceptions de l'obligation qui diffèrent les unes des autres. L'on retrouve un tel état d'esprit dans les propos suivants qui ont été tenus dans le cadre des travaux de l'OMC : « A l'échelon national, les pays ont également adopté différentes approches en rapport avec la divulgation du pays d'origine des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles pertinentes dans les demandes d'octroi de droits de propriété intellectuelle»¹⁵⁰.

¹⁴⁸ OMC, Conseil général Comité des négociations commerciales, 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*, Communication présentée par la Norvège, WT/GC/W/566, TN/C/W/42, IP/C/W/473 (14 juin 2006), p. 2.

¹⁴⁹ Manuel Ruiz MULLER, «Disclosure of Origin and Legal Provenance: The Experience and Implementation Process in South America», préc., note 59, p. 3, voir aussi: M. Ruiz Muller, « Thinking Outside the Box Innovative Options for an Operational Regime on Access and Benefit Sharing », ICTSD Issue Paper No. 1, June 2010, p. 7.

¹⁵⁰ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, préc., note 35, p. 18.

A la notion d'origine, certains pays avaient rattaché le concept de «lieu géographique d'origine» en lui apportant certaines nuances. Parmi ces derniers figurent ceux de la CE qui ont eu à se prononcer sur une telle déclaration de l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets. Leurs propositions dans ce domaine ont été les suivantes:

Le préambule de la Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil (6 juillet 1998), relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, stipule que la demande de brevet devrait, le cas échéant, comporter une information concernant le lieu géographique d'origine de la matière biologique, si celui-ci est connu et ce, sans préjudice de l'examen des demandes de brevets et de la validité des droits résultant de brevets délivrés.¹⁵¹

Pour avoir une compréhension plus claire des différentes conceptions sur l'obligation de divulgation, il ne nous semble guère vain de tenter de retracer, dans les prochains développements, l'évolution de ce concept d'«origine». Certaines législations ont été assez évasives et imprécises sur ce point. Pour preuve, l'on peut se référer à la législation brésilienne, *Mesure provisoire n° 2.186-16 du 23 Août 2001* portant sur l'accès et le partage des avantages¹⁵², qui faisait état d'une obligation de spécifier «...l'origine de la matière biologique et des connaissances traditionnelles associées...». Mais le législateur Brésilien ne semblait pas avoir été jusqu'au bout de son raisonnement car il avait omis de préciser ce qu'il fallait entendre par cette notion d'«origine» de la matière biologique et des connaissances traditionnelles associées.

L'Inde avait aussi estimé, comme la CE d'ailleurs, que: «le déposant doit divulguer la provenance et le lieu géographique d'origine de toute matière biologique déposée au lieu et place d'une description»¹⁵³. La loi indienne¹⁵⁴ ne semblait pas, non plus, avoir apporté plus de

¹⁵¹ *Id.*, p. 20, 21.

¹⁵² *Id.*

¹⁵³ *Id.*, p. 24.

¹⁵⁴ *Id.*

précisions en la matière. Une telle législation ne renseignait pas, non plus, sur ces notions de « lieu géographique d'origine » et de « provenance géographique ». Ce lieu géographique d'origine pouvait-il être assimilé au pays d'origine ? La provenance géographique renverrait-elle au pays fournisseur ? A notre connaissance, les réponses à de telles interrogations n'ont pas été apportées, du moins de façon explicite, à cette époque par le législateur indien.

Les États membres de la CE n'ont pas, non plus, été épargnés par de telles hésitations relativement à la conception à adopter sur l'origine de tels éléments. La plupart de ces pays se sont, en un moment donné, référés à la *Directive Européenne sur la protection juridique des inventions biotechnologiques* qui prévoit que la demande devrait comporter une information concernant « le lieu géographique d'origine de la matière biologique »¹⁵⁵. Une telle conception, bien qu'étant caractérisée par une certaine ambiguïté, a néanmoins été consacrée, par la suite, par certains législateurs de la CE, notamment par ceux de la Suède¹⁵⁶. Un pays comme le Danemark a eu, à un moment donné, à déclarer que, « si une invention concerne ou utilise une matière biologique végétale ou animale, la demande de brevet doit indiquer le lieu géographique d'origine de cette matière, si celui-ci est connu. Si l'origine est inconnue, il convient de le préciser dans la demande de brevet »¹⁵⁷. D'autres pays avaient rattaché au concept d'origine celui de « pays d'origine » des RG et des ST¹⁵⁸. A de telles conceptions, il convient de rajouter celles de pays qui ont eu à proposer de déclarer le pays fournisseur¹⁵⁹ et d'autres pays qui ont opté pour une déclaration du pays fournissant

¹⁵⁵ *Id.*, p. 22.

¹⁵⁶ *Id.*, p. 23.

¹⁵⁷ *Id.* p. 24, 25.

¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ OMC, Conseil général Comité des négociations commerciales, 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*, Communication présentée par la Norvège, préc., note 148, p. 2 et 3.

de tels éléments¹⁶⁰. Il faudra signaler cette conception assez originale de pays comme la Norvège qui ont, parfois, eu à proposer de déclarer non seulement le pays d'origine mais aussi le pays fournisseur de tels éléments dans les cas où ils sont connus et distincts. Ce pays a eu, en effet, à prévoir que:

Si une invention concerne ou utilise une matière biologique, l'inventeur doit divulguer dans la demande de brevet le nom du pays qui fournit cette matière. Si la législation nationale du pays fournisseur exige le consentement préalable donné en connaissance de cause avant la livraison de la matière, la demande doit indiquer si un tel consentement a été obtenu...Lorsque le pays fournisseur est différent du pays d'origine de la matière biologique, le pays d'origine doit également être divulgué.¹⁶¹

Nous mettrons l'accent sur les deux notions de « pays d'origine » (A) et de « pays fournisseur » (B) car elles sont les plus usitées et ont été consacrées, par la suite, par la plupart des parties en présence. L'existence de telles ambiguïtés a, parfois, conduit certains pays à choisir un concept qu'ils ont considéré plus précis par rapport à d'autres concepts. Le législateur d'un pays choisira de consacrer, par exemple, la notion de «pays fournisseur» ou la notion de «pays d'origine» selon son entendement et/ou ses intérêts.

A-La divulgation du «pays d'origine» des RG et des ST.

Le terme «origine» a été, parfois, employé pour désigner «le pays d'origine» des RG et/ou des ST. Pour trouver une trace d'une telle proposition du «pays d'origine», l'on pourrait se référer, notamment, à la décision VI/24 de la sixième COP à la CDB portant sur l'accès et le partage des

¹⁶⁰ OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Réponse aux questions soulevées concernant le projet d'amendement à l'accord sur les ADPIC – article 29bis*, Communication présentée par le Brésil, IP/C/W/475 (26 juillet 2009) p. 1.

¹⁶¹ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, préc., note 35, p. 22.

avantages associés aux RG¹⁶². La COP a eu, notamment, à prier le Secrétaire exécutif «... de recueillir et d'analyser des informations supplémentaires en ce qui concerne: c) la cohérence et l'applicabilité des exigences relatives à la divulgation du pays d'origine...»¹⁶³. Le pays d'origine est défini, dans le CDB, comme étant le «pays qui possède des ressources génétiques dans des conditions in situ»¹⁶⁴. Mais un tel concept de pays d'origine, lorsqu'il est parfois retenu, pose problèmes dans certaines situations, notamment en cas de pluralité de pays d'origine. Une RG peut, en effet, exister sur le territoire de plusieurs pays d'origine, c'est-à-dire dans des conditions in situ. Il sera difficile, dans une telle situation, de déterminer le pays qui devra, en définitive, être retenu comme pays d'origine des RG et /ou des ST, qui aurait eu le pouvoir de donner son consentement et de bénéficier, ultimement, d'un partage des avantages résultant de l'utilisation de tels éléments. Mais l'on pourrait, dans de telles situations espérer compter sur la diligence, la coopération et la bonne volonté de l'utilisateur qui devrait, normalement, avoir une idée de la provenance des RG qu'il a eu à utiliser dans le cadre de son invention¹⁶⁵.

Une telle situation s'est posée, notamment, dans le cadre de l'affaire du Rosy Perriwinkle¹⁶⁶. On trouvait originellement la plante dénommée le Rosy perriwinkle à Madagascar, pays auprès duquel la compagnie Eli Lilly a eu à s'approvisionner pendant un certain nombre d'années avant de

¹⁶² OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Treizième session, Genève, 13-21 JUIN, 2002, *Décision de la sixième conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique*, Document établi par le Secrétariat de la Convention sur la Diversité Biologique, WIPO/GRTKF/IC/3/12 (24 mai 2002), Annexe p. 3.

¹⁶³ *Id.*

¹⁶⁴ CBD, art. 2.

¹⁶⁵ Weerawit WEERAWORAWIT, «International Legal Protection for Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore: Challenges for the Intellectual Property System». Selon l'auteur: «The biotechnology sector in the developed countries often raises the problem of how to identify accurately the sources of materials they use. This problem is not difficult to overcome because comprehensive databases could be provided in the near future» in BELLMAN, C., G. DUTFIELD and R. MELENDEZ-ORTIZ, *Trading in Knowledge: Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability*, London, Earthscan Publications, 2003, p. 161.

¹⁶⁶ G. DUTFIELD, «Thinking Aloud on Disclosure of Origin», préc., note 41, p. 8.

recourir, par la suite, à ses plantations qui étaient situées au Texas¹⁶⁷. Des chercheurs de cette compagnie, ayant découvert et réussi à faire breveter le Vincristine, ont ensuite décidé d'étudier cette plante suite à des recherches à travers la littérature. Sur la base de telles recherches, ils ont découvert que cette plante était, aussi, utilisée aux Philippines¹⁶⁸.

Une équipe de scientifiques de l'Université de Western Ontario a découvert et réussi à faire breveter le Vinblastine à partir d'un échantillon de cette plante qu'ils ont reçu de la Jamaïque. Ils ont eu à tester cet échantillon suite à l'information qu'ils ont obtenue concernant l'utilisation de cette plante par ces populations à des fins thérapeutiques. La plante était utilisée dans ces trois pays. Les deux équipes de chercheurs qui étaient impliquées dans ces découvertes n'ont pas nié le fait qu'ils ont été inspirés par les ST. Il faudrait, néanmoins, souligner que seule l'équipe de l'Université du Western Ontario a eu à se baser et sur les échantillons de la plante qui provenait de l'étranger et sur l'information ethnobotanique qui n'était pas publiée quand elle a commencé ses recherches¹⁶⁹.

Si l'on devait retenir la notion de pays d'origine des RG et/ou des ST dans le cadre de cette affaire, l'on se retrouverait dans une situation où la détermination du pays d'origine s'avérerait quelque peu compromise. Il serait, à notre avis, difficile de déterminer, en effet, le pays d'origine de tels matériels. Pour ce qui est du Vincristine, on aurait pu retenir Madagascar comme pays d'origine des

¹⁶⁷ Sarah A. LAIRD, «Contracts for Biodiversity Prospecting». L'auteur rapporte les propos de Gordon Svoboda qui décrivait l'expérience de la compagnie Eli Lilly concernant sa recherche sur le *Catharantus roseus*, plante qui est utilisée pour la production du vincristine et du vinblastine: « My original crude drug from India, followed by the Philippines, Australia next and finally Madagascar, plantations being established therein by the French. The natives eventually became restless, threw the French out and took over the plantations. Drug quality became questionable, supply deliveries unreliable. This could not be tolerated: lives were at stakes. So Texas became our source of supply and still is » in W.V.REID, S.A.LAIRD, C.-A. MEYER, R. GAMEZ, A. SITTENFELD, D. H. JANZEN, M.A.GOLLIN and C. JUMA Eds. *Biodiversity Prospecting; Using Genetic Resources for Sustainable Development*, Washington DC, WRI, 1993, p. 99, 118-130.

¹⁶⁸ G. DUTFIELD, «Thinking Aloud on Disclosure of Origin», préc., note 41, p. 8.

¹⁶⁹ *Id.*

RG pour les raisons suivantes: on y trouvait la plante dans des conditions in situ et la compagnie Eli Lilly a eu à s'approvisionner auprès de ce pays pendant une certaine période.

Pour ce qui est du Vinblastine, c'est suite à des recherches menées à travers la littérature que l'équipe de scientifiques de l'Université du Western Ontario a découvert qu'elle était utilisée aux Philippines comme traitement pour le diabète. L'échantillon que les chercheurs ont utilisé provenait de la Jamaïque¹⁷⁰. Si l'on devait retenir le concept de «pays d'origine», l'on aurait pu en déduire que ce dernier pays devait être, aussi, déclaré «pays d'origine» des RG et avec les Philippines, être déclaré «pays d'origine» des ST aussi. Mais il n'y a pas eu, du moins à notre connaissance, ni de déclaration de pays d'origine des RG et /ou des ST ni de partage de bénéfices qui ont résulté des utilisations de cette plante et de ce ST.

De telles incertitudes relatives à la détermination du pays d'origine, notamment, en cas de pluralité de pays d'origine ont dû, peut-être, conduire certains pays à se prononcer pour l'adoption de la notion, qu'ils considèrent plus précise, de «pays fournisseur» en lieu et place de celle de «pays d'origine». En choisissant de déclarer le pays fournisseur, ils ont peut-être pensé pouvoir éviter d'être confronté à ce type de conflits entre plusieurs pays d'origine. En effet, si la notion de pays d'origine devait être retenue, il peut arriver qu'une RG ou un ST puisse être rattaché à plusieurs pays. Il peut s'avérer difficile voire impossible pour l'utilisateur de déterminer, avec plus ou moins de certitude, l'origine de tels éléments car ils peuvent se retrouver dans plusieurs pays pouvant être qualifiés « d'origine ». Le concept de pays fournisseur peut être plus précis dans le sens où l'utilisateur de tels éléments pourra, plus facilement, citer le pays qui a eu à fournir ces éléments. La

¹⁷⁰ *Id.*

déclaration ou divulgation de l'origine de tels éléments et/ou le partage des avantages résultant de leur utilisateur peut s'avérer, en définitive, plus aisée avec ce concept de pays fournisseur.

D'autres pays ont proposé la déclaration du pays fournisseur des RG et/ou des ST dans les demandes de brevets¹⁷¹. Une telle consécration a, parfois, été justifiée par la nécessité d'instaurer une certaine sécurité juridique dans les relations entre fournisseurs et utilisateurs de tels matériels. Les titulaires de titres de propriété y afférents, une fois la protection acquise, devraient pouvoir jouir, paisiblement, de leurs droits. Si des divergences continuent d'exister autour de la notion à adopter en définitive, ces titulaires risqueraient de voir leur titre contesté de part et d'autre par plusieurs pays qui se considéreraient pays d'origine. Ils pourraient, aussi, être amenés à effectuer un partage des avantages entre plusieurs pays d'origine. Une telle solution n'est ni à leur avantage ni à l'avantage des fournisseurs. En effet, les premiers, voyant leurs gains ou leurs retours d'investissements potentiels ainsi diminuer, seront moins disposés à investir dans la recherche et l'innovation s'en trouverait, considérablement, touchée. Les seconds risqueraient de recevoir moins de compensations, car ces dernières devront, peut-être, être réparties entre plusieurs pays d'origine.

B-La divulgation du pays fournisseur des RG et des ST.

Les utilisateurs doivent donc déclarer, dans leur demande de brevet, l'origine des RG et/ou des ST auxquels ils auraient eu recours dans le cadre de l'élaboration de leurs inventions. Pour rendre compte de ce concept d'« origine », certains pays ont proposé l'adoption de la notion de «pays fournisseur». Il conviendrait de relever, aussi, l'existence de corrélations et parfois de nuances,

¹⁷¹ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, préc., note 35, p. 22.

entre ces deux notions. Les parties assimilent parfois la notion de pays d'origine à la notion de pays fournisseur et les distinguent dans d'autres situations. On peut, aussi, retrouver une référence d'une telle assimilation dans la CDB dans les termes suivants: «Aux fins de la présente convention, on entend par ressources génétiques fournies par une partie contractante...les ressources qui sont fournies par des parties contractantes qui sont des pays d'origine de ces ressources ou par des parties qui les ont acquises conformément à la présente convention»¹⁷². La partie qui fournit les ressources peut donc être le pays d'origine de telles ressources.

Pour avoir une idée plus concrète des corrélations et nuances qui ont été faites autour de ces deux notions, l'on pourrait se référer aux propositions qui ont été soumises par la Norvège¹⁷³ relativement à ce concept d'origine. Ce fut, d'abord, lors d'une proposition de modification de la loi sur les brevets présentée au Parlement en date du 9 mai 2003 que la Norvège a opté pour la déclaration du pays fournisseur des RG¹⁷⁴. A la réunion du Conseil des ADPIC de juin 2006, la délégation de la Norvège a fait état d'une proposition d'amendement de l'Accord sur les ADPIC en vue d'y intégrer une obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets¹⁷⁵. Une telle proposition, la Norvège l'a réitérée dans le cadre des travaux de l'OMC¹⁷⁶.

¹⁷² CDB, art. 15(3).

¹⁷³ OMC, Conseil général Comité des négociations commerciales, 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*, Communication présentée par la Norvège, préc., note 148, p. 2 et 3.

¹⁷⁴ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, préc., note 35, p. 23.

¹⁷⁵ OMC, Conseil général Comité des négociations commerciales, 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*, préc., note 148., p. 2 et 3.

¹⁷⁶ OMC, Conseil général, Comité des négociations commerciales, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Relation entre l'accord sur les ADPIC, la Convention sur la Diversité*

Suite à une telle communication, la délégation mandatée par la Suisse a posé certaines questions à la Norvège relativement à sa proposition de divulguer l'origine de tels éléments dans les demandes de brevets¹⁷⁷. Ce fut lors de la réunion du Conseil des ADPIC de février 2007, que la délégation de la Norvège a répondu à ces questions¹⁷⁸. Nous nous proposons de vous résumer ces questions et réponses dans les développements ci-dessous.

La Suisse a posé à la Norvège la question suivante: «...la Norvège propose d'imposer la divulgation du pays fournisseur des ressources génétiques. Comment définit-elle le concept de "pays fournisseur"?¹⁷⁹ En quoi différerait-il du concept de "pays fournissant les ressources génétiques" mentionné à l'article 15 de la CDB? La Norvège a estimé qu'il était important de déterminer, au préalable, le pays d'origine de tels éléments. Pour ce faire, elle s'est appuyée, en partie, sur les dispositions de la CDB qui prévoit que l'accès aux RG est soumis au consentement du pays d'origine ou d'une partie contractante ayant obtenu les ressources conformément aux dispositions de la CDB¹⁸⁰. Elle considère que le pays fournisseur serait, en principe, soit le pays d'origine, soit un pays ayant obtenu les ressources conformément aux dispositions de la CDB. La notion de pays fournisseur qu'elle propose ne serait pas si différente de la notion de pays fournissant les RG tel que mentionné dans le texte de la convention. Ce pays d'origine, elle le définissait dans les mêmes

Biologique et la Protection des Savoirs Traditionnels, Amendements 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, WT/GC/111-TN/C/W/46-IP/C/W/491 (7 mai 2007), p. 2.

¹⁷⁷ Les questions sont reproduites dans le compte rendu de la réunion du Conseil des ADPIC, voir le document IP/C/M/52, p. 24.

¹⁷⁸ OMC, Conseil général, Comité des négociations commerciales, 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, Amendements 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*, prec., note 176.

¹⁷⁹ *Id.*, p. 2.

¹⁸⁰ *Id.*

termes que ceux qui sont employés dans la CDB, le pays d'origine serait le pays dans lequel on peut accéder à la matière biologique dans des conditions in situ.

La Norvège ne s'est pas seulement contentée de faire une assimilation entre le pays d'origine et le pays fournisseur, elle va aussi les distinguer dans certaines situations¹⁸¹. Elle a poursuivi sa réponse en apportant des éclaircissements sur les situations dans lesquelles le pays fournisseur serait différent du pays d'origine. Lorsque le pays fournisseur n'est pas le pays d'origine et qu'il n'aurait pas obtenu les ressources conformément aux dispositions de la CDB, ce pays fournisseur ne serait pas un pays fournissant et il ne serait pas, en définitive, compétent pour consentir à l'accès aux ressources et il ne pourra pas, non plus, bénéficier du partage des avantages¹⁸².

Mais une telle proposition de déclarer le pays fournisseur de RG et/ou de ST, bien que pouvant parfois permettre d'éviter les conflits en cas de pluralité de pays d'origine, ne règle pas les conflits qui pourraient survenir entre le pays fournisseur des RG et le(s) pays d'origine(s) de ces ressources. Des conflits pourraient toujours subsister entre ces pays. Elle posera, en outre, problème lorsque le pays fournisseur sera retenu au détriment du pays d'origine qui risque, aussi, de perdre ses droits souverains sur les RG en cause. Ce cas est susceptible de se présenter, par exemple, lorsque le pays fournisseur autorise l'accès à des RG détenues par des institutions spécialisées situées sur son territoire telles des banques de gènes et qui ont été acquises sans l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause par le pays d'origine de ces ressources. Un tel dilemme pourrait être réglé en requérant de ces institutions spécialisées qu'elles retracent ou tentent de retrouver le pays d'origine ou fournisseur selon la conception qui serait, en définitive, retenue.

¹⁸¹ *Id.*

¹⁸² *Id.*

Fournisseurs et utilisateurs de tels matériels ne s'entendent donc pas toujours sur le sens à donner au concept d'origine des RG et/ou des ST. Certains pays ont proposé de retenir le pays d'origine, d'autres ont proposé de retenir le pays fournisseur et ceux qui semblent les plus ouverts au principe de justice sociale sont allés plus loin en proposant que ce soit ces deux pays qui doivent être déclarés comme «origine» des RG et des ST. En guise d'illustration d'une telle position, nous rapportons, ci-dessous, les propositions de la délégation Norvégienne¹⁸³.

La troisième question posée par la Suisse concernait la proposition de la Norvège d'imposer la divulgation du pays fournisseur et du pays d'origine des RG et des ST dans certains cas¹⁸⁴. Pour ce qui est des RG, elle a estimé que: «Dans les cas où le pays fournisseur et/ou le pays d'origine sont connus, l'un et l'autre (s'ils sont connus et distincts) devraient être divulgués, ce qui garantirait la mise en œuvre effective de la CDB »¹⁸⁵. Concernant les ST, la Norvège considère que: «Le "pays fournisseur" devrait s'entendre du pays auprès duquel le déposant a obtenu les ST. Il s'agira souvent du pays d'où les ST sont originaires. Si le pays d'origine est différent du "pays fournisseur", le déposant doit divulguer des renseignements sur les deux pays s'il les connaît »¹⁸⁶.

Un pays comme le Brésil a eu, aussi, une approche quelque peu similaire à celle de la Norvège concernant la divulgation de l'origine des RG et/ou des ST dans les demandes de brevets. Le Brésil a eu à considérer, en effet, qu'il serait nécessaire de procéder à la divulgation du «nom du pays fournisseur» et du «nom du pays d'origine». Une telle exigence aurait le mérite de permettre de traiter, avec plus d'effectivité, les problèmes relatifs à l'appropriation illicite de tels éléments

¹⁸³ *Id.*

¹⁸⁴ *Id.*, p. 3.

¹⁸⁵ *Id.*, p. 4 § 2.

¹⁸⁶ *Id.*, p. 3 § 2.

au niveau international¹⁸⁷. La délégation brésilienne justifie une telle exigence par le fait que des DPI pourraient être acquis dans un pays sur des RG et/ou des ST et ne pas l'être, de façon licite, dans d'autres pays¹⁸⁸. La source constitue elle aussi un renseignement pertinent et sa divulgation a été incluse dans le projet d'amendement. Mais la délégation brésilienne considère que la divulgation de la seule source ne serait pas, à elle seule, suffisante pour pouvoir prendre en compte les cas d'appropriation illicite au niveau international.

De telles propositions sont, certes, louables car elles permettraient au pays fournisseur aussi bien qu'au pays d'origine des RG et/ou des ST de pouvoir bénéficier d'un partage des avantages résultant de l'utilisation commerciale de tels éléments. Mais une telle proposition présente quand même des inconvénients et des incertitudes qui risqueraient, dans une certaine mesure, de nuire à l'applicabilité et à l'effectivité d'une telle obligation et de limiter la sécurité juridique qui doit caractériser les relations entre utilisateurs et fournisseurs de telles ressources et de tels savoirs.

Dans l'affaire Eli Lilly, il y avait trois pays en cause: Madagascar, la Jamaïque et les Philippines. Tous ces pays disposaient de la même RG dans des conditions in situ, le Rosy perriwinkle, et utilisaient le même ST pour le traitement de la même maladie: le diabète. Fallait-il déclarer tous ces trois pays comme pays d'origine d'une telle ressource? Fallait-il déclarer, aussi, le ou les pays fournisseur(s)? Quel aurait été le pays fournisseur sachant que la compagnie a eu à être fourni par Madagascar, la Jamaïque et plus tard dans le cadre de ses plantations situées au Texas? La plante utilisée, en un moment donné, provenait du Texas, dans le cadre d'une

¹⁸⁷ OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Réponse aux questions soulevées concernant le projet d'amendement à l'accord sur les ADPIC – article 29bis, préc., note 160, p. 1.

¹⁸⁸ *Id.*

conservation ex situ, cet État aurait-il pu être considéré comme «source» d'une telle ressource? Les parties en présence doivent tenter de dissiper de telles incertitudes s'ils espèrent en arriver à un accord applicable concernant l'obligation de divulgation.

L'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets comme moyen de procéder au partage des avantages, présente des lacunes qui risquent d'avoir un impact négatif sur son effectivité si de telles lacunes ne sont pas comblées. Il ne sera guère facile, principalement pour les pays fournisseurs, d'imposer une telle exigence de divulgation dans les demandes de brevets. Ils devront, en effet, surmonter un certain nombre d'obstacles quant à son applicabilité, sa mise en œuvre.

II-Les difficultés liées à la mise en œuvre de l'obligation de divulgation.

Les obstacles que devront surmonter les pays fournisseurs ont, entre autres, trait aux difficultés de retracer l'origine des RG et des ST utilisés dans une invention qui fait l'objet d'une demande de protection par brevet (A). Ils ont, aussi, trait aux difficultés liées à l'obtention du consentement donné en connaissance de cause (B), tel que prévu à l'article 15.5 de la CBD¹⁸⁹ qui traite des conditions d'accès aux RG.

A-Les difficultés de retracer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevet.

Les parties en présence vont souvent éprouver des difficultés lorsqu'il s'agira de déterminer l'origine de tels éléments, notamment dans le cadre des conservations ex situ ou en cas de pluralité de pays ou de communautés d'origine.

¹⁸⁹ CBD, 15(5).

La traçabilité¹⁹⁰ renvoie au processus par lequel l'on tente de retrouver l'origine ou la provenance géographique d'un certain nombre d'éléments. Appliquée au domaine des RG et des ST, on peut dire que la traçabilité consiste à essayer de retrouver l'origine des RG et des ST utilisés dans certaines inventions qui font, ultérieurement, l'objet d'une demande de protection par brevet. Les tentatives de retracer l'origine de tels éléments ne sont pas sans poser de soucis aux parties en présence. Ces dernières se retrouvent parfois dans l'incapacité de suivre la destination de ces éléments et de vérifier que les termes et les dispositions des contrats relatifs à leur système d'APA ont été respectés. L'on perçoit de telles difficultés sous la plume de Manuel Ruiz Muller qui les exprime ainsi: « Countries on their own, through their national laws and regulations, are unable to verify the destination of their genetic resources once those resources leave their jurisdictions. Also, they are not able to verify compliance with clauses or obligations established in ABS contracts¹⁹¹. Des pays comme le Pérou¹⁹², pour ne citer que cet exemple, ont fait part de telles difficultés lors de diverses soumissions au « comité ».

Les RG font, parfois, l'objet d'une classification basée sur leur mode de conservation, c'est-à-dire en conservation in situ et en conservation ex situ. La conservation in situ est, notamment, définie dans le cadre de la CDB¹⁹³. Appliquée au domaine des RG, on peut considérer qu'elle se

¹⁹⁰ OMPI, Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques, *Indications géographiques* : « par traçabilité, on entend le système permettant de suivre les produit de la production jusqu'à la commercialisation », document établi par le secrétariat, dixième session, Genève, 28 avril – 2 mai 2003 SCT/10/4 (25 mars 2003), p. 9.

¹⁹¹ M-R MULLER, « Disclosure of Origin and Legal Provenance: The Experience and Implementation Process in South America », préc., note 59, p. 2.

¹⁹² OMPI, Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle Relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore, *L'Expérience du Pérou en Matière de Lutte contre la Biopiraterie*, préc., note 46, Annexe, p. 3, voir aussi les documents: sous la cote IP/C/W/441 (8 mars 2005) et dans sa version révisée sous la cote IP/C/W/441/Rev.1 (19 mai 2005), voir aussi IP/C/W/458 (7 novembre 2005)

¹⁹³ CDB, art. 2.

rapporte à la conservation des RG, leur maintien et leur reconstitution dans leur milieu naturel d'origine. Le domaine de la conservation in situ n'est pas très souvent sujet à controverses dans le cadre de la détermination de l'origine de tels éléments. Mais il est, parfois, arrivé que des problèmes se posent dans le cadre de telles conservations. L'auteur Eduardo Vélez nous en rapporte quelques-uns: "In many cases it has not been possible to sign a contract due to an inability to define or identify the landowner of certain in situ sites or even the geographical origin of the genetic resource. In other situations, the collection of genetic resources has been done in the past, without a precise identification of the geographic origin of genetic resources"¹⁹⁴.

La détermination de l'origine des RG se posera, néanmoins, à un degré moindre dans le cadre de telles conservations in-situ où les ressources auront été recueillies dans leur milieu naturel d'origine, dans un pays ou un territoire déterminé. Pour les pays qui auront opté pour la déclaration du pays d'origine, il n'y aura pas, en principe, de problèmes majeurs, les utilisateurs de RG qui auraient été acquises dans le cadre d'une conservation in situ devront déclarer ce pays qui dispose de telles ressources dans des conditions in situ comme pays d'origine. La conservation ex situ¹⁹⁵, qui renvoie à la situation où des ressources sont cultivées en dehors de leur milieu naturel d'origine, fait l'objet de nombreuses controverses.

Certains pays fournisseurs exigent que soit divulguée l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets. Il n'est pas exclu que l'on puisse être confronté à des situations dans lesquelles, les utilisateurs de RG auraient eu accès à de tels éléments dans le cadre de conservations ex situ. Ils devront donc déclarer l'origine des RG qu'ils auraient acquis à partir de

¹⁹⁴ Eduardo VÉLEZ, «Brazil's Practical Experience with Access and Benefit Sharing and the Protection of Traditional Knowledge», ICTSD Project on Genetic Resources, policy brief Number 8, June 2010, p. 2.

¹⁹⁵ CDB, art 2.

conservations ex situ. Une telle déclaration n'a pas par exemple eu lieu, à notre connaissance, dans l'affaire du rosy perriwinkle¹⁹⁶. Les difficultés relatives à la détermination de l'origine des RG et des ST ne se limitent pas seulement au domaine des conservations ex situ. L'existence de plusieurs pays ou communautés pouvant être considérés comme origine de RG et/ou de ST peut mener à des situations on ne peut plus problématiques.

Il n'est pas rare que des RG et/ou des ST utilisés dans une invention faisant, ultérieurement, l'objet d'une demande de brevet puissent être rattachés à plusieurs pays ou plusieurs communautés d'origine. Le partage des avantages, pour être réalisable dans de telles situations, doit être fondé sur des critères plus clairs et stables et sur un instrument juridique qui serait applicable à un niveau international pour prendre, aussi, en compte les situations transfrontalières, internationales d'appropriation illicite des RG et des ST.

L'accès aux RG et aux ST pose des problèmes à différents niveaux. Il est soumis au consentement préalable du pays fournisseur¹⁹⁷. L'obtention d'un tel consentement a, parfois, été on ne peut plus problématique. En effet, les différents acteurs en présence, les pays fournisseurs en particulier, essaient de créer des conditions plus favorables pour faciliter l'obtention et le respect d'un tel consentement. Les utilisateurs, de leur côté, se plaignent des difficultés d'obtenir un tel consentement. Les fournisseurs de telles ressources et dépositaires de tels savoirs ne se facilitent pas non plus la tâche. Il est, en effet, parfois difficile voire impossible d'obtenir leur consentement et encore faut-il qu'il soit donné en connaissance de cause.

¹⁹⁶ G. DUTFIELD, «Thinking Aloud on Disclosure of Origin», préc., note 41, p. 8.

¹⁹⁷ CBD, art. 15 (5).

B-Les difficultés liées à l’obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause.

Les ressources naturelles étaient, autrefois, soumises au principe de libre accès. Les utilisateurs pouvaient y accéder et les utiliser sans devoir requérir un quelconque consentement des pays concernés. Mais une telle situation n’allait pas perdurer car la CDB allait changer la donne. Elle prévoit, dorénavant, un accès aux RG qui doit être soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause par la partie qui fournit lesdites ressources¹⁹⁸.

Il ne sera pas toujours aisé de remplir une telle condition car le consentement à recueillir sera, parfois, celui de toute une communauté ou de communautés toutes entières, d’un pays ou de plusieurs pays fournisseurs ou d’origine selon la conception qui aurait été adoptée par les parties concernées.

Les DPI étant caractérisés par leur individualité, l’on se retrouvera, parfois, face à une situation où ces droits auront un caractère plutôt collectif car ils seront censés appartenir à une ou plusieurs entités ou collectivités. L’obtention d’un tel consentement nécessite de surmonter, au préalable, un certain nombre d’obstacles. Les éventuels utilisateurs de telles ressources et savoirs doivent, d’abord, essayer d’identifier les titulaires et dépositaires de tels matériels. Une fois cette identification faite, ils pourront, ensuite, s’atteler à la lourde et périlleuse tâche de recueillir leur consentement pour accéder à de tels éléments avant de pouvoir les utiliser. Les utilisateurs de RG et/ou de ST doivent, en effet, recueillir le consentement du pays fournisseur ou des communautés concerné(es) préalablement à tout accès et utilisation.

¹⁹⁸ *Id.*

Les membres de ces dernières sont, souvent, soumis à une organisation et à des règles plus ou moins strictes que les tiers se doivent de comprendre pour communiquer et interagir avec elles. Le « Four Direction Council », qui est une organisation de peuples indigènes au Canada est un exemple dans ce domaine. Cette organisation disposerait de systèmes de jurisprudence prenant en compte une classification de différents types de savoirs, de procédures d'acquisition et de partage des savoirs et les droits et responsabilités qui s'attachent à leur possession¹⁹⁹. Il est préférable voire nécessaire, pour la réussite des relations entre fournisseurs de ressources et/ou dépositaires de ST et leurs utilisateurs, que ces derniers respectent les règles d'une telle organisation.

Il n'a pas été nécessaire, du moins dans certains cas, de recueillir l'approbation de tous les membres d'une communauté. La communication avec certains de leurs représentants a, parfois, été suffisante pour obtenir un consentement d'accéder à des ressources ou à des connaissances. L'exemple du San Hoodia Benefit Sharing Trust témoigne des possibilités de représentation de certaines populations dans le cadre de telles relations²⁰⁰. Ce consentement doit être donné préalablement à tout accès et utilisation aussi bien pour les RG que pour les ST. De telles relations peuvent, parfois, se nouer et se dérouler de façon assez paisible dans l'ensemble. L'exemple des relations entre la communauté des San, les bioprospecteurs du CSIR et la compagnie pharmaceutique Phytopharm, dans l'affaire Hoodia²⁰¹, montre que des relations peuvent s'établir entre fournisseurs et utilisateurs sans heurts majeurs. Une telle réussite peut, en partie, être attribuée à la relative organisation à laquelle était soumise la communauté des San.

¹⁹⁹ G. DUTFIELD, «Protecting Traditional Knowledge: Pathways to the Future», préc., note 21, p. 23 et 24.

²⁰⁰ OMPI, *Un levier de croissance: L'expérience africaine, Savoirs, propriété intellectuelle et partage des avantages*, (2003) *Revue de l'OMPI*, p. 3, en ligne: http://www.info-hoodia.com/revue_OMPI-dec2003.pdf (consulté le 16 décembre 2008)

²⁰¹ *Id.*

Mais de telles tractations n'ont pas toujours eu une issue heureuse car tel ne fut pas le cas, par exemple, dans l'affaire qui opposait le peuple Aguaruna à Monsanto²⁰². Cette affaire nous permettra, dans une certaine mesure, de percevoir toute la complexité qu'il y a à essayer de recueillir le consentement, préalable, de certaines populations et communautés. A l'époque, le peuple Aguaruna comptait une population d'environ 45000 personnes, 187 communautés et 13 organisations qui se disaient représentants du peuple Aguaruna²⁰³. Dans le cadre de recherches sur le cancer, Monsanto voulait avoir accès à des plantes qui étaient cultivées sur le territoire de ces communautés. Il va s'en dire qu'il est assez difficile de communiquer avec un si grand nombre de communautés de personnes²⁰⁴. La compagnie s'est heurtée à certains obstacles notamment à la difficulté de déterminer les représentants qui avaient compétence pour accorder un accès à ces échantillons de plantes²⁰⁵. Les bioprospecteurs étant dans l'impossibilité d'obtenir un tel consentement ont fini par abandonner leur projet de prélèvement d'échantillons. Les négociations se sont ainsi soldées par des échecs²⁰⁶. Elles auraient pu aboutir si les communautés en cause avaient été bien organisées et représentées.

Nous sommes d'avis qu'il est dans l'intérêt des deux parties en présence, fournisseurs et utilisateurs, que des critères clairs et précis soient établis lorsqu'il s'agit de demander le consentement pour accéder à des RG et des ST. Si de tels critères avaient existé dans le cadre de cette affaire, Monsanto aurait, peut-être, eu accès à ces plantes, ses recherches auraient pu aboutir à des résultats concluants et les communautés concernées auraient pu en bénéficier, dans le cadre

²⁰² Tom DEDEURWAERDERE, «Biodiversity and Intellectual Property Law: The Stake of a Theory of Reflexive Governance », working paper for the international workshop "Governance of Biodiversity", February 2004, p. 6.

²⁰³ Graham DUTFIELD, « Roots of a cure », (20 October 2005) en ligne:

<http://www.rigb.org/contentControl?action=displayEvent&id=230> (consulté le 16 décembre 2008).

²⁰⁴ *Id.*

²⁰⁵ *Id.*

²⁰⁶ *Id.*

d'un partage des avantages, notamment. Mais tel ne fut, malheureusement, pas le cas à notre connaissance. Il faut préciser que le consentement requis, pour pouvoir accéder à des RG et des ST et les utiliser, devra être donné en connaissance de cause²⁰⁷.

Un tel consentement n'est pas sans poser de problèmes particulièrement lorsque plusieurs communautés sont concernées. Certains pays fournisseurs ont tenté, tant bien que mal, de prévoir un certain nombre de directives relativement à ce consentement qui doit être donné en connaissance de cause. Pour parer à de tels problèmes, les autorités Brésiliennes, pour ne citer que cet exemple, ont pris les devants et ont mis en plan un système assez élaboré dans ce domaine:

The solution found is to define that in the process of obtaining prior informed consent, forms of social organization and political representation of traditional communities should be respected. Moreover, communities must be clearly and in an accessible language informed about the research activities (purpose, methodology, duration, geographical area, knowledge to be accessed, budget, and potential impacts), and on the rights and responsibilities of each party, also ensuring the right to refuse the access to their knowledge during the process of consent. Prior consent, duly signed by the community, should be submitted to CGEN, along with a written report to explain the procedure adopted for obtaining informed consent, which should comprise the conditions agreed between the parties²⁰⁸.

Mais malgré l'existence de tels systèmes, de nombreux cas d'appropriations illicites continuent d'être perpétrés. D'aucuns auraient pensé que, suite aux nombreux cas de "biopiraterie" qui ont été dénoncés, il y aurait moins de divergences, de revendications et de demandes de révocations de brevets. La réalité est toute autre. En effet, en cette année 2010, l'affaire des brevets «Schwabe²⁰⁹» témoigne de l'actualité d'un tel phénomène. Deux plantes dénommées « pélargonium, Pelargonium

²⁰⁷ CBD, art. 15(5).

²⁰⁸ E. VELEZ, «Brazil's Practical Experience with Access and Benefit Sharing and the Protection of Traditional Knowledge», préc., note 194, p. 4.

²⁰⁹ African Centre for Biosafety, Déclaration de Berne, «Lutte contre les brevets sur le Pélargonium» (18.01.2010), en ligne: http://www.evb.ch/cm_data/100118_Factsheet_Brevets_Pelargonium_FR.pdf (consulté le 03 octobre 2010).

sidoides et *Pelargonium reniforme* » poussaient en Afrique du Sud, plus particulièrement dans la région de l'Est du Cape. Les populations vivant dans ces régions avaient recours à ces plantes ainsi qu'à une méthode d'extraction de leurs racines. Il se trouve que la compagnie Schwabe, aussi, exploitait ces plantes depuis la fin des années 1980 en utilisant les racines et ayant recours à certaines techniques d'extractions des racines de ces plantes²¹⁰. Quatre brevets (EP 1 429 795: Méthode pour la fabrication d'extraits de *Pélargonium Sidoides* et/ou *Pélargonium Reniforme*, EP1 651 244: Utilisation d'extraits de racines de *Pélargonium Sidoides* et/ou *Pélargonium Reniforme*, EP1 684 775: Utilisation d'extraits d'espèces de *Pélargonium*, et EP 1 763 520: Utilisation de Benzopyranones Trisubstituées) furent accordés par l'OEB à la compagnie en question à la date du 13 juin 2007.

Les populations concernées, représentées par certaines organisations et/ou soutenues par certaines entités telles qu'Alice Community du Centre africain pour la biodiversité (African Centre for Biosafety, ACB) et de la Déclaration de Berne (pour les brevets A, C et D) n'ont pas manqué de contester la validité de ces brevets. Les parties plaignantes espèrent pouvoir faire annuler ces brevets et, par conséquent, le monopole qu'elles considèrent, illégal et illégitime détenu par la compagnie sur une de leur RG et sur des ST de certaines de leurs communautés. Ces populations contestent la validité de ces brevets devant l'OEB aux motifs que les méthodes d'extraction en cause utilisées par la firme Schwabe provenaient de ST qu'ils détenaient et utilisaient depuis des générations²¹¹. Les arguments présentés par les demandeurs étaient, principalement, fondés sur les articles 8(j) et 15 de la CBD qui prévoient l'obtention d'un

²¹⁰ Magali REINART, « Une communauté Sud-Africaine fait annuler un brevet », Novethic, en ligne: http://www.novethic.fr/novethic/entreprise/impact_local/sites_et_riverains/ressources_genetiques_communaute_sud_africaine_fait_annuler_brevet/129099.jsp (consulté le 03 octobre 2010).

²¹¹ *Id.*

consentement préalable éclairé de la part du pays fournisseur et des détenteurs du ST avant de pouvoir accéder à des RG et des ST associés. L'OEB a fait droit à leur demande en révoquant le brevet au motif qu'il ne répondait pas aux conditions d'inventivité²¹².

La divulgation de l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets permettrait, aussi, de vérifier que les conditions d'accès et d'utilisation ont été respectées et ce relativement au consentement des populations concernées. Les utilisateurs de ressources et de savoirs devront non seulement faire la preuve qu'un consentement a été donné pour l'accès et l'utilisation de tels matériels mais ils devront, aussi, faire la preuve qu'un tel consentement a été donné en connaissance de cause. Il est en pratique exigé, notamment dans les *Lignes Directrices de Bonn* (LDB), que les populations concernées aient donné leur accord après avoir reçu toutes les informations nécessaires concernant les utilisations qui seraient faites de tels matériels²¹³.

Les utilisateurs doivent aussi respecter l'utilisation pour laquelle le consentement a été donné²¹⁴. Si un consentement est donné pour l'utilisation de ressources et de savoirs dans le cadre de recherches pour une maladie déterminée, ces ressources et savoirs doivent être utilisés dans le cadre de

²¹² *Id.*

²¹³ *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation*, préc., note 113, voir aussi: Graham DUTFIELD, and A. SEILER, «Regulating Access and Benefit-sharing: Basic Issues, Legal Instruments, Policy Proposals»: Submission by the Federal Republic of Germany (Co-author with A. Seiler), Bonn: Convention on Biological Diversity, UNEP/CBD/WG-ABS/1/INF/4 (October 2001), p. 22. Selon ces auteurs: "A number of issues arise in implementing PIC such as: __ The extent of the information that should be required of prospective users. __ Whether all genetic resources should be subject to PIC requirements, or only some categories, such as in situ resources, or those found in certain locations, such as public lands or protected areas. __ Whether different PIC procedures should apply to collections for commercial or non-commercial purposes. __ Whether different PIC procedures should apply according to the type of genetic resource and use e.g. genetic resources for health and for food and agriculture. Many if not most countries are likely to be users of genetic resources originating in other countries as well as providers. Given this reality and the fact that controlling access to genetic resources can be very difficult in practice, all governments have an interest in helping PIC procedures to be effective through supportive user measures. They might for example consider requiring importers of genetic resources to provide customs authorities with PIC certificates issued by foreign governments and – where appropriate traditional knowledge holders.

²¹⁴ *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation*, préc., note 113, §16 b) (iv).

recherches sur cette seule maladie. Le consentement ne vaut donc que pour l'utilisation qui a été portée à la connaissance des populations. Toute autre utilisation nécessite qu'un nouveau consentement soit donné²¹⁵. Pour accéder à des ressources et des savoirs, les utilisateurs doivent présenter une demande d'accès dont les éléments qui doivent y être indiqués ont, aussi été prévu dans les *LDB*²¹⁶. Ces éléments se rapportent à l'identité du demandeur et du collectionneur²¹⁷, au type et à la quantité de ressources²¹⁸, aux dates de début et de fin des collectes²¹⁹, à la zone de prospection²²⁰, à l'évaluation de son impact²²¹, aux informations sur l'utilisation, à l'indication du lieu où aura lieu une éventuelle recherche, à l'identité des institutions impliquées, au traitement des informations confidentielles, etc. Le consentement ne vaut que pour l'autorisation mentionnée dans la demande d'accès. Il doit être donné non seulement pour les ressources mais aussi pour les CT.

Les principaux pays fournisseurs conçoivent l'obligation de divulgation, notamment, comme un moyen qui leur permettrait d'empêcher l'appropriation illicite des RG et des ST, de s'assurer de l'existence du consentement préalable et du partage des bénéfices. Ils essaient, tant bien que mal, de faire reconnaître et appliquer dans différents fora l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets. Certains de ces pays fournisseurs ont, certes, prévu dans leurs législations nationales des dispositions relatives à l'obligation de divulgation mais leur application reste limitée à la sphère nationale en raison du principe de territorialité qui sous-tend les DPI. L'effectivité de telles dispositions reste limitée en l'absence d'une obligation de divulgation qui serait applicable à un niveau international.

²¹⁵ *Id.*, §16 b) (v).

²¹⁶ *Id.*

²¹⁷ *Id.*, §36 (a).

²¹⁸ *Id.*, §36(b.)

²¹⁹ *Id.*, §36 (c).

²²⁰ *Id.*, §36 (d).

²²¹ *Id.*, §36 (e).

Mais certains pays utilisateurs, à savoir s'opposent, au recours à une obligation de divulgation comme moyen de procéder au partage des avantages. A la place, ils défendent l'idée que les clauses contractuelles sont plus efficaces pour permettre la réalisation de cet objectif du partage des avantages. Mais en attendant d'en arriver à un accord sur une obligation de divulgation qui serait applicable à un niveau international, le recours à certains instruments qui existaient et continuent d'être utilisés dans le cadre de la réalisation du partage des avantages s'avère plus que nécessaire. Utilisateurs et fournisseurs de RG et dépositaires de ST ont, quand même eu à proposer des éléments devant figurer dans une éventuelle obligation de divulgation qui serait applicable à un niveau international.

Titre II-La réalisation effective du partage des avantages.

Après avoir présenté leurs arguments pour justifier et/ou rejeter l'obligation de divulguer l'origine des RG et/ou des ST dans les demandes de brevets, fournisseurs et utilisateurs de tels matériels ont eu, aussi, à proposer un certain nombre d'instruments qui leur permettraient, à défaut de l'existence d'un instrument international applicable, de procéder à un partage effectif des avantages résultant de l'utilisation de tels matériels. Ces instruments vont des contrats à un instrument international en passant par l'élaboration de législations aussi bien nationales que régionales et à un système d'APA (Chapitre I). Il n'est pas rare que l'on retrouve une combinaison d'instruments dans certains pays ou espaces géographiques déterminés. Des pays peuvent, en effet, combiner des législations nationales avec des dispositions sous régionales ou régionales. Le Brésil, pour ne citer que cet exemple, a eu recours à une telle combinaison d'instruments. Il dispose d'une législation nationale prévue à cet effet et il est en même temps membre d'une organisation sous régionale: la coalition des méga-divers²²².

Les différents protagonistes en présence, les pays fournisseurs en particulier semblent, de plus en plus, se départir de tels instruments et s'orienter vers une obligation de divulgation qui serait applicable à un niveau international comme moyen de procéder au partage des avantages. Un tel objectif, ces derniers espèrent pouvoir le réaliser, principalement, par l'intégration d'une telle obligation dans le cadre des accords ADPIC, à son article 29 plus précisément (Chapitre II).

²²² J.-F. MORIN, « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : Une contribution du droit des brevets au développement durable », préc., note 139, p. 6.

Chapitre I-Les instruments actuels du partage des avantages.

Différents instruments juridiques ont été proposés comme mécanismes pouvant permettre la réalisation effective du partage des avantages résultant de l'utilisation des RG et des ST dans les demandes de brevets. Parmi ces instruments, certains sont applicables à la sphère nationale parmi lesquels figurent les contrats et les législations nationales. D'autres instruments, par contre, ont été élaborés pour régir les situations transfrontalières tels que, les accords bilatéraux et régionaux. Des systèmes d'APA peuvent être nationaux et la tendance est à l'élaboration d'un système d'APA qui s'appliquerait au niveau international²²³.

I-Le partage des avantages au niveau national.

D'aucuns ont affirmé que le contrat est l'instrument par excellence qui a été consacré dans le cadre de la CDB²²⁴. Un tel instrument peut, certes et dans une certaine mesure, permettre de réaliser le partage des avantages, mais il présente quand même des inconvénients notamment pour les principaux pays fournisseurs de RG et de ST qui ne disposent pas toujours de l'expertise nécessaire et de moyens financiers conséquents pour veiller, de façon effective, à l'élaboration et l'application d'un tel outil.

²²³ G. DUTFIELD, U. SUTHERSANEN, *Global intellectual property law*, Cheltenham, préc., note 118, p. 338.

²²⁴ Christine NOIVILLE, «Partage des biotechnologies: le contrat comme avant-garde», (2005) 21(11) *M/S: médecine sciences*, p. 1000.

A-Le contrat: un instrument de base du partage des avantages.

Fournisseurs et utilisateurs de RG et de ST ont, parfois, recours au contrat comme moyen de procéder au partage effectif des avantages résultant de l'utilisation de RG et de ST. Un tel outil juridique a été considéré comme offrant assez de latitude pour les parties en présence tel que le constate le professeur Konstantia Koutouki dans un de ses travaux: « Contract law however is flexible enough to allow for clauses that restrict how plants or knowledge can or cannot be used »²²⁵. À une telle conception, il faudra ajouter la tentative, quelque peu réussie, de pays utilisateurs, tels que les États-Unis, qui pensent que le contrat permet, mieux que l'obligation de divulgation, de procéder à un partage des avantages. Les accords de partage des avantages font intervenir différents types d'entités et d'acteurs. Leur objet peut porter sur la localisation de matériels de recherche ou sur le développement de produits commerciaux. Ils peuvent, par exemple, être signés entre une compagnie et une institution de recherche ou une banque de gène, entre une institution de recherche et une communauté ou entre d'autres types d'entités ou d'acteurs. De tels contrats peuvent se rapporter, aussi, à des accords de partenariats et être l'œuvre de groupes plus ou moins organisés telles que les associations professionnelles. En guise d'exemple d'association professionnelle, on peut citer Phytotrade Africa²²⁶.

Les accords qui sont élaborés dans le domaine des RG et des ST sont caractérisés par une certaine complexité. Les relations entre les parties commencent souvent par la signature d'accords de

²²⁵ KOUTOUKI KONSTANTIA, *The placebo effect: International patent law and the protection of plant medicine*, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2008, p. 217.

²²⁶ Sarah A. LAIRD and Rachel WYNBERG, « Access and Benefits Sharing in Practice, Trends in Partnerships Across Sectors », (2008) 38 *CDB, Technical Series*, p. 26, en ligne: <http://www.cbd.int/doc/publications/cbd-ts-38-en.pdf> (consulté le 27 juillet 2009).

confidentialité²²⁷ qui constituent, en quelque sorte, un préalable dans les négociations. Contrairement à ce que l'on aurait pu s'imaginer, les accords de partenariats, dans certains domaines, celui de la bioprospection par exemple, font rarement l'objet d'un seul contrat, ils nécessitent souvent l'élaboration de plusieurs contrats. L'exemple de l'International Cooperative Biodiversity Group²²⁸ témoigne de la complexité qu'il y a à élaborer de tels accords. En effet, sur une période de cinq ans, cette coopérative a signé un total de 110 contrats²²⁹. A ces contrats, une douzaine d'amendements ont été apportés et des permis y ont été associés. Les nombreuses tentatives d'élaborer un seul contrat qui régirait les relations entre fournisseurs et utilisateurs de RG et de ST n'ont pas toujours abouti. Les parties finissent par élaborer plusieurs contrats plutôt qu'un seul instrument juridique. Elles se basent, parfois, sur des modèles qui leur sont familiers ou recommandés et essaient de l'adapter à leurs besoins particuliers²³⁰.

Des accords différés, à exécutions multiples sont utilisés dans certains secteurs tels que celui de la pharmacie. Dans le secteur des semences, le recours à ce type d'accords²³¹ est fréquent dans le

²²⁷ Un accord de confidentialité : « Un accord de confidentialité est un contrat par lequel les parties s'engagent à ne pas divulguer, ni exploiter les informations définies comme confidentielles pendant une durée déterminée... On entend par « informations confidentielles » toutes informations ou données quelle qu'en soit la forme et incluant, sans limitation, tous documents écrits ou imprimés, tous échantillons, modèles, méthodes ou procédés, savoir faire scientifiques et/ou techniques divulgués par les Parties dans le domaine défini... par écrit ou par oral ou plus généralement tous moyens de divulgation pouvant être choisis par les Parties pendant la durée de validité de cet accord », S.A.I.C Bordeaux I, Services d'Activités Industrielles et Commerciales de l'Université de Bordeaux I, en ligne: <http://www.valorisation.u-bordeaux1.fr/image/accordconfidentialite.pdf> (consulté le 16 décembre 2009).

²²⁸ S.-A. LAIRD and R. WYNBERG, « Access and Benefits Sharing in Practice, Trends in Partnerships Across Sectors », préc., note 226, p. 28, « Founded in 1993, the International Cooperative Biodiversity Group program aims to link drug discovery, biodiversity research, conservation and development by means of collaboration between consortia of organizations. ICBG is financed through five-year grants from three organizations within the American Government: the National Institutes of Health, the National Science Foundation, and U.S. Department of Agriculture ».

²²⁹ *Id.*

²³⁰ *Id.*

²³¹ *Id.* p. 28, « Phased agreements are also prevalent in some sectors, and have been proposed for use in the pharmaceutical industry and others in which there are dramatic differences in the financial profile and activities undertaken during discovery, development, and commercialization. In the seed sector, phased agreements for public-private partnerships are common—for instance, a first phase could be a research agreement whereby the material is examined for its suitability and information is assessed. A second phase would involve the Material Transfer

cadre de partenariats publics-privés caractérisés par une première phase qui consisterait à un accord de recherche dans lequel le matériel serait examiné pour sa pertinence, sa conformité, son utilité, phase au cours de laquelle les utilisateurs potentiels accèdent à l'information. Une seconde phase se rapporterait au transfert du matériel et se rapprocherait de la commercialisation et permettrait une évaluation détaillée ainsi qu'un renforcement des capacités, des connaissances et du transfert des technologies²³².

Une dernière étape pourrait inclure des accords de transferts de technologies et de commercialisation. Il peut, néanmoins, arriver qu'un seul accord soit conclu pour englober le paiement des redevances et le transfert de technologies²³³. La logique qui sous-tend une telle stratégie a été expliquée par le fait qu'elle assure que les deux parties s'engagent dans des négociations avec le même niveau de risques, le postulat de départ étant que le pouvoir de négociation de l'acheteur serait réduit si le composé a déjà été trouvé. Il n'y aurait pas, ainsi, d'exigence d'en renégocier les termes et les produits pourraient, en conséquence, être transférés plus rapidement²³⁴. Un tel instrument qu'est le contrat a été utilisé dans de nombreux cas de partage des avantages, dans les affaires Hoodia²³⁵ et PXE International²³⁶, notamment.

Il arrive, en effet, que les parties en présence, les utilisateurs de RG et de ST en particulier, ne ressentent pas la nécessité de signer des accords de partenariats pour l'utilisation de tels matériels.

Agreement, which tends to be closer to commercialization and would allow for more detailed evaluation as well as capacity building and knowledge, and technology, transfer. A final phase might include licensing and commercialization agreements".

²³² *Id.*

²³³ *Id.*

²³⁴ *Id.*

²³⁵ OMPI, « Un levier de croissance: L'expérience africaine, Savoirs, propriété intellectuelle et partage des avantages », préc., note 200.

²³⁶ G. DUTFIELD, « Thinking aloud on Disclosure of Origin », préc., note 41, p. 8.

L'absence de contrat peut ne pas être à l'avantage des fournisseurs de tels matériels. Elle peut rendre leurs relations avec les utilisateurs de tels matériels plus complexes qu'elles ne l'étaient déjà. Il peut leur être difficile de prouver que des utilisateurs ont eu accès à leurs RG et/ou ST. Il peut être tout aussi difficile pour eux de réclamer, ultérieurement, un partage des avantages résultant de l'utilisation de tels matériels puisqu'il n'y a pas de contrat pour prouver des utilisateurs ont eu recours à leurs ressources et/ou savoirs. Une telle attitude pourrait rendre la situation des fournisseurs de RG et dépositaires de ST plus déplorable et conduire à des cas plus nombreux d'appropriation illicite de tels matériels.

Le Brésil semble avoir trouvé une alternative à ce qui pourrait s'apparenter à un vide juridique. Les utilisateurs de RG qui seraient sur le sol Brésilien auraient l'obligation de contribuer au fond public destiné au partage des bénéfices. La disposition suivante pourrait témoigner d'une tentative de combler cette lacune que pourrait représenter l'absence de contrat:

Accordingly, when users of genetic resources are based in Brazil there would be an obligation to contribute to a public fund of benefit sharing based on a fixed percentage rate of benefits deriving from commercial sales or licensed patents. Contracts would remain only in cases where users of genetic resources are foreign institutions, and the benefit share would be negotiated with CGEN and directed to the public fund.²³⁷

Lorsque les utilisatrices de RG s'avèreront être des institutions étrangères, elles devront le faire sur la base de contrats et le CGEN, qui est une division du Ministère de l'environnement dont l'acronyme anglais est « Genetic Heritage Management Council », serait chargé de négocier le partage des bénéfices. Un tel partage fait, parfois, suite à l'application d'une obligation de contribution aux fonds publics qui nous paraît efficace mais limitée en ce sens que son application sera, souvent, limitée à la sphère nationale. Une solution plus plausible et efficace

²³⁷ Eduardo VÉLEZ, «Brazil's Practical Experience with Access and Benefit Sharing and the Protection of Traditional Knowledge», préc., note 194, p. 2 et 3

qu'une telle obligation de contribution aux fonds publics résiderait, à notre sens, dans une obligation qui serait applicable sur le plan international.

Certaines entités ont essayé, tant bien que mal, de régler de tels problèmes en ayant recours à des actions judiciaires pour amener ou forcer certaines compagnies à respecter les conditions d'accès et de partage des avantages. La plainte qui a été déposée par Ver-as-Ervas contre la compagnie Natura est un exemple on ne peut plus parlant et nous permet d'illustrer une telle situation²³⁸. En 2001 le personnel de la compagnie Natura avait rassemblé des informations sur un certain nombre de plantes. Ce personnel avait eu recours à des ressources que ces populations utilisaient dans le domaine de l'artisanat et de la parfumerie pour en faire un ingrédient dans la fabrication d'un de leurs parfums. Il avait pensé que ce ST, étant largement connu et utilisé, ne devait pas être soumis à un régime d'accès et de partage des bénéfices²³⁹. Les représentants de la compagnie avaient, néanmoins, pris le soin de conclure un accord verbal avec l'association du marché nommée Ver-as-Ervas. Mais les femmes de cette association ayant, peut être, pris conscience des revendications relatives à l'utilisation des RG et des ST, avaient entamé une procédure administrative devant l'autorité compétente pour réclamer une part des bénéfices résultant de l'utilisation de leur RG et/ou ST²⁴⁰. La compagnie Natura a du négocier un accord pour payer des redevances et a fini par signer un accord avec l'association, accord qui incluait le partage des bénéfices financiers. Les deux parties ont signé cet accord qui n'a pas été, à cette époque, approuvé par le CGEN, en raison de la complexité du problème et d'un manque de clarté dans les mesures sur l'APA associés aux ST²⁴¹.

²³⁸ Natura, Brazil, The Use of Traditional Knowledge and Community-Based Sourcing of "Biological Materials" in the Personal Care and Cosmetics Sector, Case Study 6, en ligne: <http://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-06/other/abswg-06-cs-06-en.doc> (consulté le 27 juillet 2009).

²³⁹ *Id.*

²⁴⁰ *Id.*

²⁴¹ *Id.*

Il n'est pas toujours aisé de recourir au contrat pour régir les relations entre fournisseurs et utilisateurs de tels matériels. Le Brésil est un pays qui s'illustre dans ce domaine. En effet, les activités du CGEN démontrent toute la difficulté qu'il y a à essayer d'élaborer de tels contrats. Le problème de la répartition des bénéfices s'avère hypothétique comme en témoigne les études menées par Eduardo Vélez dans ce domaine:

As of March 2009 CGEN had approved and registered 22 contracts. Most of these contracts relate to bioprospection at the initial stage, conducted mainly by national public institutions. Only one of these contracts included a foreign institution. Several institutions that perform this activity have claimed great difficulty in estimating the benefits that could be generated when developing a commercial product. For this reason, many contracts stipulate that benefits will be shared, through an additive term, only if economic exploitation occurs. Some of these contracts have confidential benefit-sharing clauses requested by user institutions.²⁴²

Hormis le contrat comme instrument de partage des avantages, les acteurs en présence ont, aussi, eu recours à d'autres types d'instruments tels que les législations nationales. Mais il faudra signaler les nombreux cas dans lesquels aucune disposition assimilable à une obligation de divulgation ne serait prévue dans les législations, principalement des pays fournisseurs. De telles situations risquent d'affaiblir davantage les systèmes élaborés par ces pays dans ce domaine.

B-Les législations nationales.

Certains pays disposent de législations nationales qui prévoient une obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets. On peut trouver la trace d'une telle possibilité, notamment, dans les propositions qui ont été présentées par divers pays et groupes de pays, propositions qui visaient, entre autres, à amender les articles 27-3b et 29 des ADPIC. Ces

²⁴² Eduardo VÉLEZ, «Brazil's Practical Experience with Access and Benefit Sharing and the Protection of Traditional Knowledge», préc., note 194, p. 2.

propositions d'amendement devaient, notamment, permettre aux pays membres de l'OMC d'exiger, dans leur législation nationale, la divulgation de la «source des ressources génétiques», «des savoirs traditionnels utilisés dans le développement de l'invention», la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause de l'autorité compétente dans le pays d'origine de la ressource génétique, la preuve de la répartition juste et équitable des avantages qui en sont issus²⁴³.

A de telles propositions, d'autres revendications portant sur les ST ont été rajoutées. Un certain nombre de pays, ceux de la coalition des Méga divers²⁴⁴ entre autres, ont eu à adopter des dispositions qui portent sur une obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets. Certains d'entre eux ont eu, à un moment donné, à subordonner la délivrance d'un brevet au respect de l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets. La délivrance d'un brevet reposerait, pour ces pays, sur la divulgation par le déposant de l'origine des RG et des ST qu'il a eu à utiliser dans le cadre de son invention. De telles législations ont fait l'objet de critiques des plus sévères relativement aux sanctions qui ont été prévues pour régir les cas de manquements à l'obligation de divulgation, sanctions que d'aucuns ont considéré trop rigoureuses et inadaptées.

L'Inde fait partie de ces pays qui ont prévu la révocation du brevet²⁴⁵ en cas de non respect de l'obligation de divulgation. Le Brésil²⁴⁶ a eu, aussi, à légiférer dans le même sens, les autorités de ce pays ont eu, à un moment donné, à lier la délivrance d'un brevet au respect de l'obligation de

²⁴³ OMC, Conférence ministérielle (Doha, 2001), *Déclaration ministérielle* (adoptée le 14 novembre 2001), WT/MIN(01)/DEC/1 (20 novembre 2001).

²⁴⁴ J.-F. MORIN, « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : Une contribution du droit des brevets au développement durable », préc., note 139, p. 6.

²⁴⁵ The Biological Diversity Act, 2000, no. 93-C, art. 20, adoptée par le Lok Sabha le 2 décembre 2002 et par le Rajya Sabha le 11 décembre 2002.

²⁴⁶ La mesure provisoire brésilienne no. 2.186-16 du 23 août 2001, art. 31.

divulgarion. Mais ces dernières semblent avoir assoupli leur position, en 2009, notamment. A la place de la révocation du brevet, la délégation brésilienne a estimé qu'il fallait prévoir que le brevet serait inexécutoire²⁴⁷ en cas de non respect de l'obligation de divulgation. Une telle conception, le Brésil l'a rappelé, notamment, dans le cadre des questions qui lui ont été posées sur l'amendement des ADPIC dans les termes suivants: « Le paragraphe 5 présente le fait de rendre un brevet inexécutoire comme une solution autre que la révocation. Autrement dit, les détenteurs de droits qui omettent de se conformer à l'obligation de divulgation ne peuvent prétendre aller devant la justice pour faire respecter leurs droits. Dans le système de la Common Law, une telle situation est semblable au principe selon lequel l'on ne peut aller devant une cour d'équité que si l'on n'a pas un comportement irréprochable»²⁴⁸. Une telle sanction, telle qu'elle est proposée par le Brésil par exemple, ne sera effective que dans la mesure où les autorités compétentes procèdent, de façon rigoureuse, au contrôle et au respect de l'obligation. A défaut d'un contrôle rigoureux, des brevets mettant en cause des RG et/ou des ST seront en vigueur, applicables et risquent de ne pas être contestés ou déclarés inexécutoires. Le brevet sera en vigueur aussi longtemps que son titulaire n'ira pas en justice pour faire rétablir un de ces droits qui n'aurait pas été respecté. Les fournisseurs de telles ressources et les dépositaires de tels savoirs risquent de ne pas bénéficier d'un partage des avantages résultant, pourtant, de l'utilisation de leurs RG et de leurs ST.

Le recours aux législations nationales comme moyen de régler les problèmes d'appropriation illicite de RG et ST peut, parfois s'avérer inefficace. Les deux affaires que nous allons étudier ci-dessous permettent de corroborer de tels propos. La plante dénommée le Maca (*lepidium meyenii*) a été utilisée dans les brevets 6,267,995 et 6,428,824. Cette plante poussait dans les montagnes du Pérou

²⁴⁷ OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Réponse aux questions soulevées concernant le projet d'amendement à l'accord sur les ADPIC – article 29bis*, préc., note 160, p. 3.

²⁴⁸ *Id.*

et était utilisée pour le traitement de l'infertilité, comme un aphrodisiaque et pour traiter la frigidité chez les femmes et l'impotence chez les hommes²⁴⁹. Les inventeurs, ont eu recours à un extrait purifié des racines de la plante et l'ont décrit dans leur demande de brevet comme un aphrodisiaque.

Un groupe de travail, créé au Pérou pour examiner le brevet, a découvert que ces inventions n'étaient nouvelles et qu'il n'y avait pas de contribution inventive. Les racines de la plante ont été prélevées au Pérou et il n'y a eu aucune preuve qu'un tel prélèvement a été obtenu de façon légale et qu'un système de partage des avantages a été mis en place par les détenteurs de ces brevets²⁵⁰. La législation Péruvienne, applicable au plan national ne pouvait guère s'appliquer à ces brevets qui n'avaient pas été délivrés par les autorités péruviennes. Elles devront, pour contester la validité de tels brevets et en l'absence d'un instrument international, intenter des actions aux États-Unis.

Les pays africains ne sont pas, non plus épargnés par de telles situations. Rares, en effet, sont ceux qui disposent de législations nationales. Ceux qui en disposent ont encore, parfois, beaucoup d'aspects à éclaircir ou compléter au niveau de telles législations. Les législations de pays comme le Botswana²⁵¹ et le Ghana²⁵², par exemple, ne contiennent pas de dispositions relatives à l'accès et au partage des avantages.

²⁴⁹ Begoña Venero AGUIRRE, « Addressing the Disclosure Requirement at the International Level-The Role of the TRIPS Agreement », (2003) ICTSD/CIEL/IDDRI/IUCN/QUNO, Dialogue on Disclosure Requirements: Incorporating the CBD Principles in the TRIPS Agreement on the Road to Hong Kong WTO Public Symposium, Geneva, April 21 2005, p.1, 2. Voir aussi Document WIPO/GRTKF/IC/5/13 "Patents Referring to *Lepidium Meyenii* (Maca): Responses of Peru", submitted by the Delegation of Peru to the Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore on its 5th session and Begoña Venero AGUIRRE, "Les Connaissances Traditionnelles et les Brevets Relatifs au *Lepidium meyenii*: Un Exemple à ne pas Suivre", 2003, In Le Courrier ACP-UE, N° 201, November-December 2003, p. 1, 2.

²⁵⁰ *Id.*

²⁵¹ United Nations's University, Institute of Advanced Studies (UNU-IAS), "Access to Genetic Resources in Africa Analysing ABS Policy Development in Four African Countries", (2008), p. 12, en ligne: http://www.ias.unu.edu/resource_centre/ABS%20in%20Africa.pdf (consulté le 30 septembre 2010).

²⁵² *Id.*, p. 13.

Les limites des législations nationales ne doivent pas être minimisées. Elles ont été soulevées par certains auteurs qui pensent, en définitive, qu'il faudrait les compléter par des mesures applicables à un niveau international:

Developing a sui generis system to protect TK or adopting provisions to regulate access to genetic resources may and shall be done by countries that choose to do so at a national level. However, the experience of Andean community countries shows that these national measures must be complemented by international measures such as disclosure requirements in order to be effective.²⁵³

Mais une telle démarche ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs. Certains d'entre eux ne partagent pas du tout un tel point de vue:

To repeat what was said at the outset, for countries wishing to expand their freedoms under international law to tailor their IP regimes in furtherance of their economic, social and cultural interests, it may be better to target IP rulemaking in other areas of the law where the stakes are likely to be much higher than to push aggressively for the introduction of an international disclosure of origin rule that may in fact offer little practical benefit to any national economy or population.²⁵⁴

De telles législations prévoyant une obligation de divulgation, qu'elles soient applicables à un niveau national ou régional, ne sont pas parfois si effectives qu'on pourrait le croire. Manuel Ruiz Muller, en témoigne, de par ses réflexions qu'il nous livre en ces termes:

At present, processes and legislation including disclosure related provisions, have multiplied around the world, albeit not without debate and opposition. In general terms, the practical implementation of the disclosure requirement in countries that have adopted and incorporated it in their legislation is still in its initial stages. In this context, IP authorities including patent examiners, have started to raise questions and concerns regarding some of the practical implications of the requirement. Some of these concerns

²⁵³ Begoña Venero AGUIRRE, «Addressing the disclosure requirement at the international level-The role of the TRIPS agreement», préc., note 249, p.3, voir aussi: Graham DUTFIELD, Uma SUTHERSANEN, "Global intellectual property law", préc., 118, p. 328.

²⁵⁴ Graham DUTFIELD, «Disclosure of Origin: Time for a Reality Check? », ICTSD/CIEL/IDDRI/IUCN/QUNO Dialogue on Disclosure Requirements: Incorporating the CBD Principles in the TRIPS Agreement on the Road to Hong Kong, WTO Public Symposium, Geneva (April 21 2005), p. 3, en ligne: http://www.iprsonline.org/ictsd/docs/DOO5_Dutfield.pdf (consulté le 30 septembre 2010).

include questions on the type of sanction or measure to be adopted for not disclosing origin during the application procedure or once the patent is granted.²⁵⁵

Il semblerait que beaucoup de questions soient encore en suspens. De telles législations connaissent une application assez limitée comme nous le fait remarquer, encore une fois, Manuel Ruiz Muller qui estime que: « Although quite a few countries (Andean Community, Brazil, Costa Rica, Panama, etc.) have included requirements for disclosure, in practice, authorities are not fully applying these regulations or demanding these requirements in particular».²⁵⁶

Ces législations nationales ne s'appliquent pas aux demandes de brevets soumises à l'étranger en raison du principe de territorialité qui sous-tend les DPI. La majorité de ces demandes sont déposées dans des pays développés qui sont les principaux pays utilisateurs de RG et de ST. Un tel constat est, notamment, confirmé par les propos du Dr Gupta, directeur de la Bibliothèque Digitale des Savoirs Traditionnel, qui répondait à la question de savoir pourquoi les actions de contestations des brevets étaient centré sur l'Europe et les États Unis ? Il a répondu en ces termes :

Les bureaux américains et européens sont les bureaux qui reçoivent le plus de demandes de brevets. C'est là où se trouvent également la grande majorité des multinationales. Nous n'allons pas nous attaquer au problème en commençant par l'Ouganda. Nous avons commencé là où la situation était la plus compliquée.²⁵⁷

Une telle constatation n'est pas sans conséquence sur l'applicabilité et l'effectivité d'une obligation de divulgation. Pour contester de tels titres de protection, les fournisseurs de RG et les dépositaires de ST devront intenter des actions dans ces pays. Ne disposant pas toujours de l'expertise et des

²⁵⁵ Manuel Ruiz MULLER, "Disclosure of Origin and Legal Provenance: The Experience and Implementation Process in South America", supra note 59, 5, voir aussi: M. Ruiz Muller, "Thinking Outside the Box Innovative Options for an Operational Regime on Access and Benefit Sharing", ICTSD Issue Paper No. 1, June 2010, préc., note 119, p. 7.

²⁵⁶ *Id.*, p. 6.

²⁵⁷ Marie des NEIGES, « Nous avons résolu à 100% le problème de la biopiraterie », préc., note 78.

ressources financières nécessaires pour ce faire, il n'est pas à exclure que des brevets puissent être accordés pour des inventions mettant en cause des RG et des ST sans pouvoir être contestés. Le nombre de tels brevets n'est pas à minimiser et un tel fait ne fait qu'aggraver le phénomène d'appropriation illicite, phénomène que les pays fournisseurs espèrent, aussi, pouvoir régler par le biais de l'obligation de divulgation.

Pour rendre compte d'une telle situation, on pourrait rapporter, encore une fois, les propos du Dr V.K. Gupta qui répondait à la question suivante qui lui a été posé concernant le nombre de brevets mettant en cause des ST indiens : « Combien de brevets utilisant les savoirs traditionnels pensez-vous qu'il existe ? »²⁵⁸. Il a répondu en ces termes : « Nous avons fait de nombreuses études en 2000, 2003, 2005, 2008 et 2009. Notre estimation la plus basse est que chaque année sont octroyés environ 2000 brevets basés sur les connaissances ancestrales des livres Unnani, Ayurveda et Siddha »²⁵⁹. Il sera extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible, de faire des contestations dans tous ces cas de « biopiraterie ».

Mais des efforts, si minimes soient-ils, sont en train d'être réalisées par les autorités de ce pays pour tenter de remédier à une telle situation. Le Dr Gupta affirme en effet, que:

Au mois d'août et de septembre, nous avons trouvé 36 cas de brevets utilisant le système de médecine indienne et avons envoyé les preuves à l'OEB. Dans deux des 36 cas recensés, l'OEB a pris en compte la preuve que nous leur avons fournie et dans l'espace de 2 à 3 semaines ils avaient renoncé à leurs intentions préalables de délivrer ces brevets. Dans sept des cas, les applicants avaient déjà retiré leur demande ; pour les 25 cas restant nous sommes confiants et pensons qu'ils seront rejetés par le bureau des brevets ou abandonnés par les entreprises.²⁶⁰

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ *Id.*

²⁶⁰ *Id.*

L'existence d'une telle bibliothèque, bien que pouvant présenter des inconvénients relativement à la protection des ST, permet à certains pays de contester la brevetabilité de certaines inventions mettant des ST sans avoir à faire des dépenses colossales. De tels moyens de protection se sont avérés efficaces si l'on en croit les propos du directeur de la bibliothèque qui nous livre cette réflexion: « De septembre 2009 à janvier 2010, nous avons constaté une chute de 44% des demandes de brevets »²⁶¹. Mais de tels instruments, étant de nature territoriale, ne seront applicables qu'à l'intérieur des territoires sur lesquels ils ont été élaborés et consacrés. C'est conscients de telles limites que les différents acteurs en présence tentent de mettre en place d'autres instruments pour régir les cas d'appropriation illicite de RG et de ST dans les situations transfrontalières et qui permettraient, en même temps de procéder au partage des avantages.

II-Le partage des avantages dans les situations transfrontalières.

Au nombre de ces instruments, l'on compte les accords bilatéraux ainsi que des accords régionaux. De tels instruments prévoient, parfois, une obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets ou des mesures qui peuvent, parfois, être assimilées à une telle obligation de divulgation sans pour autant lui donner l'appellation d'«obligation de divulgation».

A-Les accords bilatéraux et régionaux.

Ces accords sont, généralement, signés entre deux pays dont l'un se charge de fournir du matériel et l'autre de l'exploiter. Les États-Unis, entre autres pays utilisateurs, ont signé un certain nombre

²⁶¹ *Id.*

d'accords bilatéraux avec certains pays fournisseurs de RG et de ST. En guise d'exemples, on peut citer le traité de libre –échange entre les États-Unis et le Chili²⁶², le traité de libre –échange entre les États-Unis et l'Australie signé le 18 mai 2004, art.19 (9) (11), le projet de traité de libre –échange entre les États-Unis et le Maroc, art.15 (9) (10)²⁶³. Ces accords sont souvent perçus de façon négative car ils sembleraient qu'ils présentent des imperfections dues, en partie, à une absence de rigueur dans la façon dont ils sont rédigés et à l'absence de disposition qui aurait pu être assimilée à une obligation de divulgation²⁶⁴.

De telles imperfections ont été, notamment, relevées dans les différents accords bilatéraux signés par les États-Unis et certains pays fournisseurs et qui ne mentionnent aucunement, du moins de façon explicite, une obligation de divulguer l'origine des RG et/ou des ST dans les demandes de brevets²⁶⁵. De telles omissions et imperfections auront des impacts, non des moindres, sur l'effectivité de l'obligation et les opportunités de partage des avantages. Des auteurs comme Carlos Maria Corréa²⁶⁶, ont estimé que le langage utilisé dans ces accords et qui fait état de révocation ou d'annulation d'un brevet en cas de fraude, de la mauvaise interprétation, de la conduite inéquitable, ne peut pas être assimilé à une obligation de divulgation car elle n'est pas établie en tant qu'exigence légale. Un tel état d'esprit est toujours d'actualité tel que le démontre ces propos de Manuel Ruiz Muller qui note que : “The adoption of laws for the implementation of the Peru-US Free Trade Agreement has also recently generated discussions regarding the need for modifications

²⁶² The United States-Chile Free Trade Agreement (FTA) entered into force in, 2004, en ligne: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/chile-fta> (consulté le 15 août 2010).

²⁶³ J.-F. MORIN, préc., note 139, p. 10.

²⁶⁴ C.-M. CORREA, préc., note 25, p. 8.

²⁶⁵ *Id.*

²⁶⁶ *Id.*

to Andean Community legislation on IP, specifically the patent regime and its disclosure provisions”.²⁶⁷

Le recours à de tels accords doit être recommandé avec précaution. Les pouvoirs de négociation des parties en présence n'étant pas égaux, il n'est pas exclu que les utilisateurs puissent imposer leurs règles du jeu et s'arranger à élaborer des clauses de façon à limiter leurs obligations dans ce domaine, notamment celle de divulguer l'origine des RG et/ou des ST dans les demandes de brevets. Les opportunités de partage des avantages dont les fournisseurs seraient en droit de bénéficier risquent d'être, aussi, considérablement réduites.

Il semblerait qu'un certain nombre d'entités commencent à prendre conscience de la nécessité de protéger leurs DPI dans le cadre de tels accords. L'auteur Malcolm Spence nous fait état d'une telle situation dans un de ses travaux:

A provision on the protection of genetic resources, traditional knowledge and folklore was considered useful in the context of CARIFORUM interests in eco-innovation. Although Article 150 of the EPA opens the door for the use of a declaration of source requirement for a patent applicant, it recognises the intense activities taking place multilaterally and provides for a review of the provision to make any amendments that the conclusion of these consultations require. In the interim, it ensures that the Convention on Biological Diversity (CBD) and the patent provisions are implemented in a mutually supportive way.²⁶⁸

Il semblerait que certains accords régionaux, aussi, ne seraient pas plus effectifs. Ceux qui ont été conclus au niveau de l'Afrique, par exemple, ne contiennent pas souvent de dispositions faisant référence à une quelconque obligation de divulgation. En effet, les accords de Bangui ne prévoyaient pas de telles dispositions. Un auteur nous rapportait, en faisant référence aux ST,

²⁶⁷ Manuel Ruiz MULLER, “Disclosure of Origin and Legal Provenance: The Experience and Implementation Process in South America”, préc., note 59, 4, voir aussi: M. Ruiz Muller - Thinking Outside the Box Innovative Options for an Operational Regime on Access and Benefit Sharing, ICTSD Issue Paper No. 1, June 2010, 7.

²⁶⁸ Malcolm SPENCE, “Negotiating Trade, Innovation and Intellectual Property: Lessons from the CARIFORUM EPA Experience from a Negotiator’s Perspective”, Policy brief Number 4, september 2009, p. 5.

que: “Annex I, which covers substantive patents contains no requirement for disclosure of origin/source, or for proof of compliance with PIC and ABS for patent applications using/derived from traditional knowledge”²⁶⁹. Une telle situation s’applique, aussi, au domaine des RG: “Annex I, which covers substantive patents contains no requirement for disclosure of origin/source, or for proof of compliance with PIC and ABS for patent applications using/derived from genetic resources”²⁷⁰.

La situation n’est pas meilleure au niveau de l’ARIPO. L’auteur nous apprend qu’il n’existait pas, dans le cadre de tels accords non plus, de telles dispositions: « The agreement contains no rules on traditional knowledge or genetic resources nor any provisions for preventing their misappropriation »²⁷¹.

Mais la situation semble avoir changé, du moins au niveau de l’ARIPO avec le Protocole de Swakopmund qui a été élaboré par des experts africains. Les pays composant cette entité géographique semblent percevoir un tel texte comme une solution adoptée pour faire face à l’appropriation illicite ou à l’utilisation abusive des savoirs traditionnels²⁷². Au nombre des avantages que l’on peut relever à travers les lignes de ce traité figurent ceux qui ont trait à la place plus importante qui a été accordée aux droits locaux ainsi qu’à la mise en place de registres.

²⁶⁹ Dalindyebou SHABALALA, “Traditional Knowledge and Genetic Resources in Economic Partnership Agreements: Elements of a Positive Agenda for ECOWAS Countries, Regional Dialogue on the Economic Partnership Agreements, Intellectual Property and Sustainable Development for the ECOWAS, Organized by ICTSD, in partnership with ENDA and QUNO, Saly, Senegal, 30-31 May 2007.

²⁷⁰ *Id.*

²⁷¹ *Id.*

²⁷² Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore Within the Framework of the African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO) Adopted by the Diplomatic Conference of ARIPO at Swakopmund (Namibia) on August 9, 2010, en ligne: http://www.aripo.org/images/Swakopmund_Protocol.pdf (consulté le 14 octobre 2010).

Les initiateurs et les auteurs d'un tel texte reconnaissent une place plus importante aux droits coutumiers, locaux. La section 5.2 prévoit l'établissement de registres pour y noter, y enregistrer les ST et ce en conformité avec les politiques, lois, procédures, besoins et aspirations pertinentes des titulaires de ces ST.

La section 5.4 prévoit le cas où deux ou plusieurs communautés vivant sur le même ou des territoires différents disposeraient du même ST. L'autorité nationale compétente dans les États contractants et le bureau de l'ARIPO auront à procéder à l'enregistrement des titulaires des ST et à maintenir les registres prévus à cet effet. Même si d'aucuns sont d'avis qu'un tel texte reste à parfaire, on peut y voir des avancées, si minimes qu'elles puissent paraître, dans le domaine de la protection des ST dans ces pays.

Hormis la possibilité de procéder à un partage effectif des avantages par le biais du contrat et des accords bilatéraux, il existe d'autres instruments tels que les systèmes d'APA, instruments auxquels les parties en présence ont, aussi, recours. Nous avons choisi de traiter, dans les prochains développements, de cet instrument que constituent les systèmes d'APA car ils font, aussi, l'objet d'études dans le cadre de la CDB et de négociations qui sont, actuellement, en cours.

B-Les régimes d'accès et de partage des avantages.

Les acteurs en présence, fournisseurs et utilisateurs de RG et de ST, ont des rôles bien distincts dans le cadre de la réalisation des objectifs de la CDB. Les uns doivent permettre un accès satisfaisant aux RG et aux ST, les autres doivent procéder au partage des avantages suite à l'exploitation de tels matériels, partage qui peut se traduire par l'allocation de redevances et par d'autres bienfaits tels

que les transferts de technologies. Avec l'avènement de la CDB les États se voient reconnaître, de façon plus explicite, des droits sur les ressources naturelles relevant de leur juridiction. Ils acquièrent ainsi le pouvoir de déterminer l'accès à ces ressources et de veiller à ce qu'un partage des avantages résultant de l'utilisation de telles ressources soit réalisé.

Les différentes tentatives de résoudre les problèmes relatifs à l'accès et au partage des avantages ont donc conduit à l'élaboration des politiques d'APA. De telles politiques ont, notamment, été définies dans les termes suivants:

La CDB a introduit un système de réglementation concernant la collecte et de l'accessibilité des ressources génétiques. Ce système est connu sous le nom de système d'accès et de partage des avantages (APA). Il régit l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages tirés de leur exploitation par les chercheurs ou les entreprises de pays utilisateurs ainsi que les représentants des pays dans lesquels les ressources génétiques se trouvent.²⁷³

De tels systèmes peuvent exister aussi bien à un niveau national que régional. Depuis quelques années déjà, l'idée d'une élaboration d'un système international d'APA se concrétise dans le cadre de travaux qui devront, en principe, se terminer en 2010. Il faudra se reporter au Sommet mondial de Johannesburg²⁷⁴ pour trouver trace de la recommandation des chefs d'États de négocier, dans le cadre de la CDB, un régime international qui permettrait, entre autres, de procéder à un partage juste et équitable des avantages résultant de l'utilisation des RG.

²⁷³ Susette BIBER-KLEMM et Sylvia MARTINEZ « Accès et partage des avantages, Guide des bonnes pratiques pour la recherche universitaire sur les ressources génétiques, p. 6, en ligne:

http://abs.scnat.ch/downloads/documents/APA_BonnesPratiques_ABS.pdf (consulté le 8 septembre 2009).

²⁷⁴ ONU, Rapport du Sommet mondial pour le développement durable Johannesburg (Afrique du Sud), 26 août-4 septembre 2002, A/CONF.199/20, en ligne:

<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/636/94/PDF/N0263694.pdf?OpenElement> (consulté le 06 septembre 2009).

C'est au Groupe de travail spécial à composition non limitée sur le partage des avantages que revient la principale tâche d'élaborer un système international sur l'APA²⁷⁵. Il convient de signaler que les différents protagonistes s'accordent difficilement sur les points essentiels d'un tel régime. Les régimes d'APA qui ont été élaborés ou qui sont en cours d'élaboration ont été fondés sur la CDB. Ils ont été construits sur la base du principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles²⁷⁶. Les États disposent ainsi du pouvoir de contrôler l'accès à de telles ressources et de pouvoir en tirer, ultérieurement, profit. Cet accès repose sur des conditions convenues d'un commun accord et est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause²⁷⁷.

Pour ce qui est des ST, il faudra se référer aux dispositions de l'article 8j pour trouver une référence au partage des avantages résultant de l'utilisation de tels éléments. La CDB ne fait qu'encourager un tel partage. Mais il semblerait que des avancées ont été réalisées dans ce domaine. En effet, Graham Dutfield, en faisant référence aux ST, affirme que:

The international negotiations on the CBD that deal with legal solutions to traditional knowledge protection have considered, inter alia, the following: (iv) principles such as prior informed consent and respect for customary law; and the incorporation of traditional knowledge protection provisions in the International Regime on Access and Benefit Sharing that is currently being negotiated.²⁷⁸

Les régimes d'APA sont donc considérés comme des mécanismes qui permettent de procéder au partage des avantages résultant de l'utilisation commerciale des RG. Ils comptent, parmi leurs buts principaux, la réalisation d'un partage juste et équitable des avantages résultant de l'utilisation des RG, l'éviction de l'appropriation illicite et l'utilisation abusive de tels matériels. C'est dans une telle perspective qu'il est imposé aux utilisateurs de tels éléments de divulguer le pays d'origine ou

²⁷⁵ CDB, Septième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, préc., note 53.

²⁷⁶ CDB, art. 15(1).

²⁷⁷ *Id.* art. 15(4).

²⁷⁸ G. DUTFIELD and U. SUTHERSANEN, *Global intellectual property law*, préc., note 118, p. 328.

la source de ces RG, d'apporter les preuves du consentement préalable donné en connaissance de cause, des conditions convenues d'un commun accord et du partage des avantages. De tels buts ont été, notamment, rappelés par le Brésil au nom de la coalition des Méga-divers²⁷⁹.

Il faudra remarquer que de telles initiatives et mesures que constituent les APA présentent des limites que l'on peut retrouver, notamment, au niveau du rôle des États. Les États parties doivent, en effet, prendre les mesures, sanctions et recours nécessaires pour régir les cas de violations de l'obligation de divulgation. Il incombe, en effet, aux États de veiller à ce que les utilisateurs de RG relevant de leur juridiction respectent la législation du pays d'origine de ces ressources ou des parties qui les ont acquises conformément aux dispositions de la CDB. Une telle conception nous inspire quelques interrogations et réflexions.

Les pays utilisateurs, qui sont principalement des pays développés, peuvent avoir quelques peines à veiller à ce que les utilisateurs se trouvant sous leur juridiction respectent les législations du pays d'origine mais il semblerait qu'ils n'aient pas trop de mal à procéder à un tel contrôle car ils disposent souvent des moyens financiers et de l'expertise nécessaires pour ce faire. Mais il en est tout autrement en ce qui concerne les pays fournisseurs qui sont, principalement, des pays en développement. Ils ne disposent pas toujours de moyens financiers nécessaires et suffisants pour s'acquitter des dépenses qu'un tel contrôle pourrait engendrer. Dans de telles situations, il va s'en dire que des RG pourraient être utilisées sans que les fournisseurs ne soient au courant de telles

²⁷⁹ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, septième réunion, *Assemblée de dispositifs soumis par les parties, gouvernements, organisations internationales, communautés autochtones et locales et parties prenantes concernées en rapport avec les principaux éléments du régime international d'accès et de partage des avantages énumérés dans l'annexe i de la décision ix/12 additif*, Communication du Brésil au nom du groupe de pays hyperdivers animés du même esprit, Note du Secrétaire exécutif, UNEP/CBD/WG-ABS/7/4/Add.1 (22 mars 2009)

activités, un suivi et un contrôle réguliers de ces activités ne pouvant pas toujours être réalisés, en partie, pour les raisons évoquées ci-dessus. D'autres raisons peuvent, aussi, être invoquées telles que celles que Sarah A. Laird mettait en évidence. Certains problèmes, d'ordre financier et juridique plus particulièrement, qui se posent dans le domaine des contrats se posent aussi dans le cadre des systèmes d'APA. L'auteur estimait que: « This disparity in legal and financial resources can place a developing country party in a poor position to enforce the contract²⁸⁰».

Ces pays éprouvent, aussi, de telles difficultés relativement à la mise en œuvre des politiques d'APA. Pour veiller au respect des législations du pays d'origine ou des parties qui les ont acquises conformément aux dispositions de la CBD par les utilisateurs, ils auront, peut être, à tenter des actions dans des pays développés où se trouvent la plupart des utilisateurs de telles ressources. De telles actions nécessitent, aussi, des moyens financiers conséquents qui peuvent faire défaut dans ces pays.

Les États parties doivent, aussi, prendre les mesures, sanctions et recours nécessaires pour régir les cas de violations de l'obligation de divulgation. De telles sanctions, prises individuellement, risquent de ne pas être aussi effectives qu'elles devraient l'être car les parties en présence ne disposent pas de pouvoirs de négociation égaux et les pays utilisateurs seront peut-être tentés d'imposer leur point de vue dans ce domaine. Ces sanctions ne seront pas, aussi, toujours effectives car leur application sera limitée au territoire à l'intérieur duquel elles ont été élaborées; elles n'auront pas vocation à s'appliquer sur d'autres territoires. Les cas de violations transfrontalières

²⁸⁰ S.-A. LAIRD, «Contracts for Biodiversity Prospecting» in W. V. REID, S.-A. LAIRD, C.-A. MEYER, R. GAMEZ, A. SITTENFELD, D.-H. JANZEN, M.-A. GOLLIN and C. JUMA Eds, préc., note 167, p. 101.

risquent d'être impunis lorsque les utilisateurs fautifs auraient quitté le pays d'origine ou fournisseur.

Des sanctions prises dans le cadre de l'OMC²⁸¹ nous semblent plus dissuasives et effectives. Elles seraient en conformité avec les négociations qui sont en cours dans le cadre des accords ADPIC et qui sont relatives à la tentative d'y intégrer une obligation de divulgation. De telles sanctions sont plus effectives que celles que pourraient adopter les États, individuellement. Une telle situation nous fait dire que l'intégration de l'obligation de divulgation dans le cadre des accords ADPIC mènerait à un système plus effectif.

L'élaboration d'un système international d'APA est devenue plus qu'une idée, les travaux se poursuivent dans ce domaine dans le cadre des travaux de la CDB. Le point 3 intitulé « Mise au point du régime international d'accès et de partage des avantages » devra être discuté le Samedi 16 octobre 2010, à Nagoya au Japon²⁸².

Des études récentes ont été menées sur ce point. M. Ruiz Muller nous fait part de certaines idées qui ont été avancées sur ce point:

The draft Protocol on ABS calls upon Parties to adopt, modify or develop national laws or regulations (in the IP or biodiversity fields) which include disclosure of origin and legal provenance. As part of the debate on disclosure, the idea of a *certificate* of origin (or legal provenance or compliance), was soon to emerge. The certificate has been proposed as an instrument (in practice a universally accepted document or bar code based tool) where origin and legal provenance of a resource can be readily and easily verified.

²⁸¹ OMC, Annexe 2, Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends, art 21 et 22, en ligne : http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#dispute (consulté le 16 décembre 2009).

²⁸² CDB, Groupe de travail à composition non limitée sur le partage des avantages, Neuvième Réunion, UNEP/CBD/WG-ABS/9/1/Add.1/Rev.2 (22 septembre 2010), en ligne: <http://www.cbd.int/doc/meetings/abs/abswg-09-3rd/official/abswg-09-3rd-01-add1-rev2-fr.doc>. (consulté le 07 octobre 2010).

Some have even suggested the certificate could indicate if traditional knowledge was involved in collecting activities.²⁸³

Mais, bien que des avancées notables aient été faites dans ce domaine, il n'en reste pas moins qu'une telle entreprise doit être améliorée. L'une des améliorations, qui ne sera pas facile à apporter, est relative à l'information génétique. L'utilisation des RG a connu une certaine évolution et des changements assez notables. En effet, la manière habituelle d'acquérir des ressources a été de les obtenir physiquement d'un pays, qu'il soit d'origine ou fournisseur, ou de se les procurer dans le cadre de conservations ex-situ, entre autres. L'on peut noter qu'une telle procédure diffère, grandement, de celles qui prévalent de nos jours et qui consistent à rechercher et développer le composé intangible de RG.

L'apparition de nouvelles techniques de recherche a donné naissance à un nouveau phénomène: la transformation des RG en information génétique. Cette nouvelle façon de traiter les ressources a abouti à l'émergence de disciplines et méthodes de recherche telles que la bioinformatique²⁸⁴, les génomiques²⁸⁵ et la protéomique²⁸⁶ qui permettent de se passer des composés physiques, tangibles

²⁸³ Manuel Ruiz MULLER, «Thinking Outside the Box Innovative Options for an Operational Regime on Access and Benefit Sharing, préc., note 255, p. 7.

²⁸⁴ Biogeek, *La bioinformatique*: «La bio-informatique se situe à l'interface de deux disciplines : la biologie et l'informatique. Le bio-informaticien peut donc aisément être comparé à un interprète bilingue connaissant à la fois le langage informatique et le langage biologique. Il doit pouvoir se servir de l'outil informatique afin de résoudre des problèmes d'ordre biologique faisant appel à des données... biologiques ! », en ligne: <http://www.biogeek.com/bioinformatique/la-bio-informatique-bioinfo-pour-les-intimes-definitions-et-applications/> (consulté le 03 septembre 2009).

²⁸⁵ Futura-santé, *Génomique*: Science des génomes La génomique regroupe un ensemble d'analyses qui vont de l'établissement de cartes du génome (cartographie) à l'identification de nouveaux gènes, à l'étude de leurs fonctions et au séquençage des molécules d'ADN. Dans ces analyses, l'informatique joue un rôle important: des logiciels spécialisés permettent, par exemple, de classer les gènes en fonction des homologies (ressemblances) de leurs séquences et donc de leurs fonctions, en ligne: http://www.futura-sciences.com/fr/definition/t/genetique-2/d/genomique_156/ (consulté le 03 2009).

²⁸⁶ Santé Canada, *La protéomique*, « La protéomique, terme couvrant plusieurs disciplines visant à comprendre et à surveiller les protéines, est un domaine nouveau. Le Projet du génome humain a dévoilé un aspect important de la base moléculaire de la vie : l'ADN fabrique l'ARN qui fabrique les protéines. Toutes les protéines humaines sont déterminées par la séquence de nucléotides (base ADN), qui est maintenant connue avec 99,6 p. 100 d'exactitude. Après que les scientifiques ont découvert qu'il y avait de petites variations (différences ou changements) dans le contenu des nucléotides présents dans les gènes des gens, il est devenu possible de procéder à des tests génétiques

d'éléments de la biodiversité telles que les plantes. Elles permettent d'en aboutir à des processus de transformation du composé tangible à partir des graines, des plantes et autres éléments et composés tangibles de ces ressources. Ces éléments intangibles ou informationnels peuvent s'avérer tout aussi utiles pour différentes applications scientifiques et technologiques.

De tels changements et évolutions ont fait dire à certains hommes de science que le recours aux RG ne sera plus autant nécessaire à l'avenir qu'il ne l'a été par le passé. Mais l'on doute de la sincérité d'une telle affirmation qui pourrait être une manœuvre dilatoire qui serait adoptée pour minimiser la valeur et l'importance actuelles de ces ressources dans le cadre des recherches, biotechnologiques notamment. La valeur des ressources, en tant qu'éléments tangibles, risque d'être dépréciée au fur et à mesure de l'utilisation de l'information génétique.

Il est de nos jours reproché aux négociateurs, dans le cadre du processus d'élaboration d'un régime international sur l'APA, de s'être basé, uniquement, sur le matériel biologique tangible et d'avoir omis de prendre en compte l'aspect informationnel des RG. Un tel phénomène a engendré des conséquences non moins considérables sur l'accès et l'utilisation de telles ressources et a conduit à de nouveaux débats et de nouvelles controverses. L'une des principales prévisions qui a été faite sur de telles méthodes de recherche, que certains ont qualifié de positive pour les sciences et techniques, est que les utilisateurs vont, de moins en moins, avoir recours aux matériels tangibles, aux RG en tant qu'éléments tangibles.

afin de prédire les réactions aux médicaments », en ligne: [http://www.hc-sc.gc.ca/sr-sr/biotech/about-
apropos/proteo-fra.php](http://www.hc-sc.gc.ca/sr-sr/biotech/about-
apropos/proteo-fra.php) (consulté le 03 Septembre 2009), voir aussi G. DUTFIELD, U. SUTHERSANEN, *Global Intellectual Property Law*, préc., note 118, p. 330.

Cette information génétique émane, pourtant, d'éléments tangibles mais elle n'est pas souvent prise en compte dans le cadre de l'élaboration de politiques d'APA et de politiques de nature similaire. Il est fort probable que les utilisateurs d'une telle information génétique ne déclarent pas l'origine des RG tangibles qui ont servi à élaborer cette information génétique. Ils pourraient agir ainsi notamment pour tenter de se soustraire aux conditions d'accès et de partage des avantages et à un éventuel partage des avantages. Les pays d'origine ou fournisseur de telles ressources risquent d'être évincés de leurs droits et de ne pas bénéficier des retombées économiques qui pourraient résulter de l'utilisation de tels matériels. Il est, pourtant possible que l'origine de la ressource qui a servi à l'élaboration de l'information génétique puisse être retracée, connue²⁸⁷. Il serait plus juste, dans une telle situation, que l'utilisateur déclare cette origine, pour des raisons de justice sociale, sur la base d'une obligation morale²⁸⁸.

Le processus qui consiste à analyser les RG d'un point de vue informationnel entraîne une certaine remise en cause des politiques et régimes d'APA. La possibilité de reproduire l'information à volonté présente, certes, des avantages tels que la réduction des coûts par le biais des copies additionnelles d'une séquence mais elle a aussi ses inconvénients. Ces nouvelles méthodes de recherche rendent, quand même, difficile la détermination de la propriété de l'information, du titulaire de l'information, de la souveraineté des États sur leurs ressources et leur classification en bien public ou privé. Elles risquent de limiter la possibilité d'identifier les pays d'origine et les pays fournisseurs ainsi que les opportunités de partage des avantages.

²⁸⁷ European Patent Office, *Bibliothèque numérique des savoirs traditionnels de l'Inde (TKDL): un puissant outil pour les examinateurs de brevets*, préc., note 77.

²⁸⁸ Yann JOLY, «Accès aux médicaments: le système international des brevets empêchera-t-il les pays du tiers monde de bénéficier des avantages de la pharmacogénomique? » (2003) 16(1) *Les cahiers de propriété intellectuelle*. Selon lui : « En fait, en ce qui concerne les ressources génétiques animales et végétales, le partage des bénéfices est maintenant une obligation légale en droit international, consacrée par la Convention sur la diversité biologique », p. 103.

C'est, peut-être, pour parer à de tels inconvénients que la communauté internationale s'est donnée, aussi, pour mission l'élaboration de politiques d'APA. Les utilisateurs se basent, de plus en plus, sur le matériel biologique et génétique provenant des collections préexistantes (exemple des conservations ex-situ) et sur les nouvelles méthodes qui permettent de se passer de la nécessité d'obtenir des échantillons biologiques spécifiques de sources in situ étrangères²⁸⁹. Face à de telles possibilités, l'on pourrait, en définitive, se rallier à la position de Santiago Pastor SOPLIN et Manuel Ruiz MULLER qui nous font remarquer, dans les termes ci-dessous, que les principes et règles de la CDB ne seraient plus d'actualité:

It is important to mention however, that the CBD principles and rules on ABS were conceived on the basis of a "classic" paradigm which is becoming in a way, outdated and illusory: this is well represented by the story of a researcher who enters a tropical forest and obtains ancestral knowledge from a traditional community regarding the use of a medicinal plant. Subsequently, the researcher identifies the plant's active component and through biotechnology, develops a pharmaceutical product, applying for a patent that generates huge benefits for the researcher and promoters (usually foreigners) of the research and development process.²⁹⁰

Il devenait ainsi nécessaire d'adopter un régime international de l'accès aux RG et du partage des avantages qui soit plus adapté à ces nouvelles réalités. La valeur de l'information génétique n'est pas prise en compte ni dans les débats actuels sur les RG ni dans le cadre de l'élaboration de régimes juridiques dans ce domaine. En effet, les négociateurs ne se réfèrent, la plupart du temps, qu'aux RG tangibles. Celles qui sont intangibles, contenues, par exemple, dans des bases de données sont souvent omises dans les discussions portant sur les APA. Que faire d'une telle information génétique qui est, néanmoins, d'une certaine utilité et importance dans le processus d'élaboration des inventions? Lors de l'élaboration des normes et propositions sur les APA, la différence n'est pas opérée entre l'accès à l'information génétique pour développer de nouveaux

²⁸⁹ Santiago Pastor SOPLIN and Manuel Ruiz MULLER, « The Development of an International Regime on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Benefit Sharing in a Context of New Technological Developments », Initiative for the Prevention of Biopiracy, Year IV No. 10 April 2009, p. 6.

²⁹⁰ *Id.*, p. 3.

produits technologiques et l'accès aux matériels d'origine biologique qui sont transformés et directement incorporés ou utilisés dans des produits commerciaux ou industriels²⁹¹.

Les règles applicables aux composés tangibles doivent pouvoir être transposables aux composés intangibles, à l'information génétique. Des études devraient être entreprises pour tenter d'appliquer les règles prévues pour le matériel génétique tangible à l'information génétique. Le caractère intangible de cette information constituera un obstacle majeur relativement à la tentative de transposer les règles applicables aux matériels génétiques. Mais une telle initiative ne nous paraît nullement utopique.

Pour assurer une certaine cohérence, l'on pourrait tenter de faire un parallélisme avec le domaine du Droit international privé dont les règles ont pu être, dans une certaine mesure, transposées et appliquées au commerce électronique, à l'électronique en général. Ces questions doivent être prises en compte lors des débats sur les APA et examinées dans le cadre de l'élaboration de politiques sur les RG. Mais les politiques et les solutions légales qui ont été, jusqu'ici, apportées pour tenter de combler de telles lacunes n'ont pas toujours été adaptées. Une telle constatation d'échec a, peut être et dans une certaine mesure, poussé certains pays fournisseurs à vouloir imposer une révision des accords ADPIC en vue d'y insérer une obligation de divulgation.

Des prévisions ont été aussi faites dans le domaine des ST. Elles sont loin d'être satisfaisantes. Les bioprospecteurs vont, selon certains²⁹², y avoir de moins en moins accès. A la question qui lui avait

²⁹¹ *Id.*

²⁹² Franklin Pierce Law Center, "Graham Dutfield on Traditional Medicines and Patents-Excerpts from the talk," "From Traditional Medicines to Modern Drugs: Do Patents Protect Inventions and Promote Piracy?", April 20th 2010 (consulté le 28 septembre 2010).

été posée de savoir si les ST avaient toujours leur importance dans le contexte actuel des produits pharmaceutiques, Graham Dutfield répondait qu'ils en ont toujours mais leur degré d'importance est quelque peu discuté. À une telle opinion, il rajoute le fait que les scientifiques ont tendance à recourir aux anciens produits chimiques: « Consequently, scientists are looking again at “old” chemicals to see whether they have further useful properties²⁹³ ».

L'articulation des DPI aux RG et aux ST constitue un dilemme pour les différentes parties en présence. A un tel dilemme, on pourrait rajouter cet obstacle que constitue le principe de territorialité qui sous tend les DPI et qui a des conséquences non moins considérables sur l'applicabilité et l'effectivité de l'obligation. Ces DPI sont d'application territoriale et ne s'appliquent en principe, que sur le territoire de l'État à l'intérieur duquel ils ont été élaborés. Les problèmes relatifs à l'accès et à l'utilisation des RG et des ST dans les inventions dépassant la sphère nationale car ils sont souvent transfrontaliers, l'obligation de divulgation ne s'appliquerait, en principe, que sur le territoire des États qui auront promulgué une telle exigence.

C'est, notamment, dans le but de corriger une telle limite, principalement territoriale, que les principaux pays fournisseurs de ces ressources et dépositaires de ces savoirs ont essayé de se doter d'un système qui se veut plus contraignant, dissuasif et effectif par le recours à une obligation de divulgation qui serait applicable à un niveau international. Un tel objectif est conçu, par certains auteurs comme étant une nécessité: “There is need for an international

²⁹³ *Id.*

agreement to make disclosure of origin mandatory – with appropriate specification of what exactly origin relates to (the invention per se, its components or the specie)”²⁹⁴.

C’est dans une telle atmosphère de controverses, de divergences et d’incertitudes que d’autres alternatives ont été, aussi, proposées. Certaines de ces alternatives se rapportent aux possibilités d’une harmonisation internationale²⁹⁵ de cette obligation, notamment, au niveau des traités administrés par l’OMPI, le PCT²⁹⁶, le PLT²⁹⁷ etc. Les propositions portant sur de tels textes ne sont pas sans conséquences sur l’efficacité de l’obligation, plusieurs de ces textes sont considérés comme étant loin d’être contraignants. Les sanctions qui y sont prévues ne semblent pas être, pour certains, assez dissuasives pour régir les cas de manquements à l’obligation de divulgation et risqueraient d’affecter son effectivité. L’OMC semble être le forum le plus prisé, du moins, par les pays fournisseurs. Ces propos suivants qui ont été tenus par un auteur à ce sujet permettent de corroborer un tel constat:

However, the WTO remains the most relevant forum for discussion of disclosure requirements, and the inclusion of disclosure requirements in the TRIPS Agreement is vital. Although the progress achieved in different international fora such as WIPO and CBD should not be overlooked, and these organizations may continue to deal with these issues, such discussions should not be taken as an excuse not to move forward in the WTO context²⁹⁸.

Pour des raisons attenantes aux limitations de notre sujet d’étude, nous ne pourrions traiter de ces textes et avons jugé plus plausible de mettre l’accent sur les propositions d’amender l’accord sur les ADPIC en vue d’y intégrer l’obligation de divulguer l’origine des RG et des ST dans les

²⁹⁴ Manuel Ruiz MULLER, “Disclosure of Origin and Legal Provenance: The Experience and Implementation Process in South America”, préc., note 59, p. 7.

²⁹⁵ Alison L. HOARSE and Richard G. TARASOFKY, préc., note 10, p.157.

²⁹⁶ *Traité de coopération en matière de brevets*, fait à Washington le 19 juin 1970, UNTS 18336.

²⁹⁷ *Patent Law Treaty* (adopted at Geneva on June 1, 2000).

²⁹⁸ B.-V. AGUIRRE, “Addressing the disclosure requirement at the international level-The role of the TRIPS agreement”, préc., note 249, p. 4.

demandes de brevets. Une telle proposition semble être parmi les plus prisées, du moins en l'état actuel des négociations, par les principaux pays fournisseurs de RG et de ST, notamment pour la principale raison qu'un tel texte s'avère, en définitive, plus contraignant que les autres instruments internationaux précités.

Chapitre II-L'intégration d'une obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans le cadre de l'accord sur les ADPIC.

Les principaux pays fournisseurs de RG et de ST, conscients de la valeur scientifique et commerciale potentielles de leurs RG et de leurs ST, ont eu à dessein de chercher à rendre leur protection plus effective et de réaliser, en définitive, l'objectif de partage des bénéfices qui résulteraient de leur utilisation commerciale, notamment. Pour parvenir à de tels résultats, ils ont eu à étudier différentes options. Une recherche assez succincte sur ces options nous a permis de percevoir que parmi ces dernières les pays fournisseurs, en particulier, semblent s'être plus orientés vers une tentative de réaliser ces objectifs sur la base d'une obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets. Une telle obligation, bien que faisant parfois l'objet de conceptions quelques peu différentes, a aussi été proposée dans certains fora internationaux. Il faudra remonter, entre autres, à la déclaration ministérielle de Doha pour trouver trace d'une recommandation qui a été faite au conseil de l'ADPIC de procéder à l'examen des relations entre les accords sur les ADPIC et la CDB. C'est dans cette perspective que des propositions ont été présentées par différentes parties visant à amender les articles 27-3b et 29 des ADPIC dans le but de permettre aux pays membres de l'OMC d'exiger, dans leur législation nationale, la divulgation de la «source des ressources génétiques» et «des savoirs traditionnels utilisés dans le développement des inventions.

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 71:1.²⁹⁹

D'aucuns ont considéré qu'il serait plus opportun d'insérer l'obligation de divulgation à l'article 29 des ADPIC: « Probably Article 29 of TRIPS would be the most logical place for incorporating the requirement ». ³⁰⁰

I-Les différentes propositions de modifier l'accord sur les ADPIC.

Les principaux pays fournisseurs de RG et de ST ont fermement défendu l'idée d'une révision de l'accord sur les ADPIC pour y insérer pour une obligation de divulguer l'origine de tels matériels. Les pays utilisateurs, aussi, ont eu à faire part de leur position relativement au contenu et aux caractéristiques que devra revêtir une telle obligation.

A-Les propositions de pays fournisseurs.

Différents pays ont eu à se prononcer sur une éventuelle révision des accords. Les propositions dans ce domaine sont assez nombreuses mais nous avons opté de présenter, parmi les propositions des pays fournisseurs, celles émanant de deux groupes: le groupe de pays africain et le groupe de pays hyperdivers. Ce dernier groupe fut fondé en 2002 à Cancun, au Mexique, et est composé de 17 pays

²⁹⁹ OMC, Conférence ministérielle (Doha, 2001), *Déclaration ministérielle* (adoptée le 14 novembre 2001), WT/MIN(01)/DEC/1 (20 novembre 2001), § 19, en ligne: http://www.wto.org/French/thewto_f/minist_f/min01_f/mindecl_f.htm (consulté le 15 septembre 2009)

³⁰⁰ G. DUTFIELD, «Disclosure of Origin: Time For a Reality Check?», préc., note 254, p. 3.

en développement possédant la grande majorité de la diversité biologique de la planète. Il regroupe l'Afrique du Sud, la Bolivie, le Brésil, la Chine, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, l'Inde, le Kenya, Madagascar, le Mexique, la République démocratique du Congo (RDC), le Pérou, les Philippines, et le Venezuela³⁰¹. Ces pays proposent un certain nombre d'éléments et de caractéristiques que devrait revêtir l'obligation de divulgation s'ils parvenaient à la faire intégrer dans l'accord.

Les pays fournisseurs, considérant que leurs revendications avaient acquis une certaine ampleur et importance, ont pensé qu'il leur fallait trouver des fondements plus solides pour justifier l'obligation de divulgation comme un moyen de réaliser cet objectif de partage des avantages. Pour corroborer certains de leurs arguments et leur trouver des justificatifs des plus plausibles, les pays en développement se sont appuyés, dans une certaine mesure, sur la CDB qui reconnaît aux États membres le pouvoir de réguler l'accès aux ressources naturelles³⁰² et de réclamer un partage des bénéfices résultant de leur utilisation ou de leur commercialisation. Concernant les ST, la CDB n'oblige certes pas les États membres à procéder au partage des avantages résultant de leur utilisation mais elle les y encourage³⁰³, néanmoins.

Pour combler les vides laissés par les initiateurs et rédacteurs de la CDB dans le domaine des ST, certaines entités, le groupe africain entre autres, ne se sont pas limitées à revendiquer l'insertion de l'obligation de divulguer l'origine des RG dans le cadre de l'accord sur les ADPIC, elles se sont,

³⁰¹ ONU, Communiqué de presse, Conférence de presse, Département de l'information • Service des informations et des accréditations ((New York 2010), Conférence de presse du groupe de pays hyperdivers animés du même esprit », en ligne: <http://www.un.org/News/fr-press/docs//2010/Conf100922-Bio-Hyperdivers.doc.htm> (consulté le 12 mai 2011).

³⁰² CDB, art (1).

³⁰³ *Id.* préambule.

aussi, préoccupées du sort des ST et ont proposé, aussi, leur incorporation dans le texte de l'accord sur les ADPIC³⁰⁴.

En juin 2003, le groupe Africain, entre autres groupes, a fait part d'une proposition au conseil des ADPIC, proposition qui mettait l'accent sur la nécessité de mettre en place des mécanismes internationaux qui intégreront une obligation dont le but ultime serait d'empêcher l'appropriation illicite des RG et des ST³⁰⁵. Les pays en développement espèrent avoir l'adhésion des autres pays à une conception plus extensive du principe de divulgation qui inclurait des éléments relatifs à la source et au pays d'origine. Ils estiment qu'une telle information est souvent omise dans les demandes mettant en cause des ST. A ces propositions du groupe de pays africains, il convient de rajouter celles du groupe de pays hyperdivers qui s'est, aussi, prononcé sur l'objet et les caractéristiques d'une obligation de divulgation.

Lors d'une communication présentée au conseil des ADPIC, la délégation du Brésil, agissant au nom et pour le compte du groupe de pays hyperdivers³⁰⁶, répondait aux questions qui ont été posées sur le projet d'amendement à l'accord sur les ADPIC portant plus précisément sur l'article 29 BIS. Elle avait estimé, dans ce document, qu'il fallait divulguer le nom du pays fournissant ainsi que la source des RG et/ou des ST, le nom du pays d'origine devrait être rattaché au critère de l'enquête raisonnable³⁰⁷. Mais la position de la délégation brésilienne, du groupe de pays hyperdivers en définitive, semble avoir quelque peu changée concernant certains

³⁰⁴ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Communication du groupe des pays africains concernant le document WIPO/GRTKf/IC/13/9*, Annexe I, quatorzième session, Genève, 29 juin au 03 juillet, 2009, WIPO/GRTKF/IC/14/09 (29 juin 2009).

³⁰⁵ *Id.*, p. 6.

³⁰⁶ OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Réponse aux questions soulevées concernant le projet d'amendement à l'accord sur les ADPIC – article 29bis*, préc., note 160, p. 1.

³⁰⁷ *Id.*

aspects de l'obligation suite à une telle communication. Elle a eu, par la suite, à exiger que l'accord sur les ADPIC soit amendé pour imposer aux demandeurs de brevets qui auraient utilisé des éléments de la biodiversité ou de ST de divulguer la source et le pays d'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets³⁰⁸. Elle rejoint ainsi la position du groupe africain qui, lui aussi, a pensé qu'il fallait divulguer la source et le pays d'origine. Il semblerait que ces pays soient restés sur leur position car, pas plus tard que cette année 2010, ils ont réitéré de telles propositions³⁰⁹.

Ces pays fournisseurs voient leur adhésion à certaines dispositions de l'accord sur les ADPIC comme une concession qu'ils ont faite aux pays développés et considèrent, dès lors, qu'il serait plus juste que de telles concessions soient récompensées par l'acceptation de ces derniers de protéger leurs intérêts dans le domaine des ST par une divulgation de leur source dans les demandes de brevets. C'est dans le même ordre d'idée qu'il est demandé aux pays développés de s'engager à renforcer la protection des ST sous des conditions similaires à celles auxquelles les pays en développement se sont engagés à reconnaître les DPI des pays développés dans le cadre de l'accord sur les ADPIC. Il leur est, en conséquence, demandé de divulguer l'invention de manière

³⁰⁸ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages septième réunion, *Assemblage de dispositifs soumis par les parties, gouvernements, organisations internationales, communautés autochtones et locales et parties prenantes concernées en rapport avec les principaux éléments du régime international d'accès et de partage des avantages énumérés dans l'annexe i de la décision ix/12 additif*, Communication du Brésil au nom du groupe de pays hyperdivers animés du même esprit, Note du Secrétaire exécutif, UNEP/CBD/WG-ABS/7/4/Add.1 (22 mars 2009), p. 5.

³⁰⁹ Daniel F. ROBINSON, "Traditional and Biological Product Derivative Patents: Benefit-Sharing and Patent Issues Relating to Camu Camu, Kakadu Plum and Açai Extracts". Selon l'auteur: « One of the main approaches favoured by these developing countries has been a patent requirement that applicants disclose the source and country of origin of biological materials that they obtain and seek to patent. Submissions in the WTO TRIPS Council have made some progress on the development of such a requirement, but there still appears to be some way to go, and there are also a few key 'developed' countries like the US and Japan which are opposed to the idea. In the meantime there have been some improvements to the international patent system in WIPO, with the inclusion of traditional knowledge journals and databases in the scope of examiner searches for Patent Cooperation Treaty (PCT) international patent applications", (Published online 30 April 2010), en ligne: http://www.unutki.org/news.php?doc_id=174(consulté le 11 octobre 2010).

suffisamment claire et complète qui permettrait à la personne du métier de la réaliser et de fournir des informations concernant les demandes faites ainsi que les brevets octroyés dans d'autres pays.

La proposition de certains pays en développement de modifier l'article 29 des accords ADPIC pour y ajouter une disposition relative à l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets comme une condition additionnelle de brevetabilité³¹⁰ a créé un tollé quasi général de la part des principaux utilisateurs de RG et de ST. Ces pays, parmi lesquels on comptait le Brésil, avaient justifié une telle perception de l'obligation par la volonté d'instaurer une sanction dissuasive qui pourrait contraindre les utilisateurs de tels éléments à respecter les règles relatives à l'accès et au partage des avantages résultant de leur utilisation. Mais une telle proposition d'amender l'accord sur les ADPIC pour y intégrer une obligation de divulgation, qui aurait été conçue comme une condition additionnelle de brevetabilité, a été rejetée, à maintes reprises, par la plupart des pays utilisateurs.

Certains de ces pays, les États-Unis entre autres, considèrent qu'une telle conception de l'exigence de divulgation de l'origine des RG et/ou des ST dans les demandes de brevets risque de créer des incertitudes au niveau du système des brevets. Ils doutent, en effet, de la pertinence du droit des brevets et de l'efficacité d'une obligation de divulgation comme moyens de procéder à un partage des avantages³¹¹. Ils proposent, en revanche, le recours aux clauses contractuelles pour régler la question de l'accès et du partage des avantages. Les sanctions qui sont proposées pour régir les cas de manquements à l'exigence, telle que l'annulation du brevet, rendraient incertaine l'éventualité d'un partage des avantages.

³¹⁰ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, préc., note 33, p. 18.

³¹¹ J.-F. MORIN, « La brevetabilité dans les récents traités de libre-échange américains », préc., note 31, p. 491-492.

La révision des accords ADPIC sera un objectif difficilement réalisable et les pays fournisseurs qui défendent une telle position doivent surmonter bon nombre d'obstacles. Les pays utilisateurs n'ont pas, eux aussi, manqué de faire des propositions sur les différents éléments constitutifs de l'obligation de divulgation. Nous présenterons, ci-dessous, les propositions de la C.E, propositions qui sont toujours d'actualité car elles sont, souvent, reprises dans certains documents datant de 2010. Nombre d'études et de travaux se servent de ce document de la CE bien que datant de 2005. Le document du Comité intergouvernementale de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, seizième session, Genève, 3-7 mai 2010, WIPO/GRTKF/IC/16/6 du 22 mars 2010, intitulé « Ressources génétiques: liste révisée d'options »³¹² cite et a dû travailler sur la base de ce document et démontre que de telles propositions sont toujours d'actualité.

L'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets renvoie, pour certains pays, à la divulgation du pays d'origine des RG et à l'origine des ST. Une telle conception a été, aussi, recommandée dans le cadre des LDB qui constituent un texte à caractère non contraignant. Ce texte encourage la divulgation du pays d'origine des RG et l'origine des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales dans les demandes de brevet. Selon les Lignes directrices de Bonn:

...les parties contractantes ayant sous leur juridiction des utilisateurs des RG devraient prendre les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées, selon qu'il conviendra afin de favoriser le respect du consentement préalable, donnée en connaissance de cause de la partie contractante fournissant ces ressources, ainsi que des conditions convenues d'un commun accord auxquelles l'accès a été accordé. Ces pays devraient envisager...ii) Mesures visant à encourager la divulgation du pays d'origine, des ressources génétiques et l'origine des

³¹² OMPI, Comité intergouvernementale de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, seizième session, *Ressources génétiques : liste révisée d'options*, Document établi par le Secrétariat, Genève, 3-7 mai 2010, WIPO/GRTKF/IC/16/6 (22 mars 2010), p. 4.

connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales dans les demandes de brevet.³¹³

L'obligation renvoie, pour d'autres pays et dans certaines circonstances, à la déclaration de la source de tels éléments. Cette notion est l'apanage de certains pays utilisateurs de tels matériels, certains pays de l'UE³¹⁴, en l'occurrence. Il convient de noter³¹⁴ que le recours à l'une de ces deux notions au détriment de l'autre n'est pas sans conséquences notables sur l'effectivité de l'obligation de divulgation et du partage des avantages en définitive.

B-Les propositions de pays utilisateurs: l'exemple de l'UE.

La plupart des pays fournisseurs s'entendent pour proposer une déclaration de l'origine des RG et/ou des ST dans les demandes de brevet. Ce n'est que par la suite qu'ils ont, petit à petit accepté, dans certaines situations, la notion de la divulgation de la source de tels éléments. Mais certains pays utilisateurs ont eu une conception, parfois, différente de l'obligation de divulguer l'origine des RG et/ou ST. Les pays de l'UE en, particulier, semblaient avoir, après maintes hésitations, fini par proposer la déclaration de l'origine des RG et des ST dans les demandes brevets. La position de ces pays semble, en effet, avoir quelque peu changé dans ce domaine³¹⁵. Les discussions que nous allons rapporter dans les prochains développements diffèrent de celles qui se rapportaient au concept d'« origine » traité précédemment. Celles que nous allons traiter vont se baser, principalement sur cette interrogation, qui est toujours d'actualité et qui se

³¹³ *Lignes directrices de Bonn, art 16-dii, préc.*, note 113.

³¹⁴ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet*, Document soumis par la Communauté européenne et ses États membres, WIPO/GRTKF/IC/8/11(17mai 2005)

³¹⁵ *Id.*

rapporte au fait qu'il n'y a pas encore de consensus sur l'objet de la divulgation. Certains auteurs posent, de manière explicite une telle interrogation parmi tant d'autres qui, au rythme auquel se déroulent les débats, ne semble pas trouver de sitôt une réponse. Alison L. Hoare and Richard G. Tarasofsky se demandent, en effet:

How far back should the disclosure requirement reach: to the “origin” of the GR or the “source” for that inventor? Should the patent applicant be required to show evidence of the consent of the origin or source country? What if that country does not have national legislation governing access to GRs? And what about benefit sharing—does this need to be demonstrated? What if TK is involved—is consent of the local community knowledge holder required?.³¹⁶

Ce fut lors des travaux de la 8^{ème} session du comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux RG, aux ST et au Folklore, que ces pays ont proposé une obligation de divulguer «le pays d'origine». Ils considèrent, en effet, que le demandeur d'un brevet devrait déclarer le pays d'origine si tant est qu'il ait connaissance de l'origine des ressources et/ou savoirs qu'il a eu à utiliser dans le cadre de son invention. Mais, cette déclaration du pays d'origine, ils l'écartent, dans certaines situations, pour lui substituer la notion, plus large, de «source» des RG et/ou des ST en justifiant une telle position par des raisons attenantes à la difficulté voire à l'impossibilité de retracer l'origine des RG et des ST. Ils soulignent le fait qu'il n'est pas toujours possible au demandeur de brevet de connaître le pays d'origine, ils recommandent, dans une telle situation, de recourir à la notion plus large de «source»³¹⁷. L'inventeur devra déclarer la source des RG et/ou des ST auxquels il a eu directement accès si tant est qu'il ait connaissance d'une telle source.

³¹⁶ A.-L. HOARE and Richard G. TARASOFSKY, “Asking and Telling: Can “Disclosure of Origin” Requirements in Patent Applications Make a Difference?”, préc., note 10, p. 151.

³¹⁷ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet*, préc., note 314, p. 3.

La plupart de ces pays estiment que le demandeur de protection par brevet doit avoir une idée plus ou moins claire du contenu de l'obligation. Pour ce faire, le langage utilisé devra donc être le même que celui utilisé à l'article 2 de la CDB faisant état des définitions de pays d'origine, de RG et de matériel génétique³¹⁸.

A la notion de «source»³¹⁹ ils attachent toute source à partir de laquelle le demandeur a acquis la RG, autre que le pays d'origine, telle un centre de recherche, une banque de gènes ou un jardin botanique. Certains pays considèrent qu'il faudrait exiger du déposant d'un brevet qu'il déclare la source auprès de laquelle il a acquis les RG. Une telle position des États membres de la CE, qui date de 2005, ne semble pas avoir beaucoup changé. Elle semble avoir été réitérée par la Suisse en 2007³²⁰, notamment dans le cadre de questions qu'elle a eu à poser à la Norvège relativement à ses propositions sur l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets.

La Suisse a voulu s'enquérir de la position de la Norvège dans les cas où le pays fournisseur serait inconnu. Elle a posé sa quatrième question à la Norvège en ces termes: «que se passerait-il si le "pays fournisseur" était inconnu? Cela serait le cas, par exemple, si le déposant d'une demande de brevet recevait la ressource génétique d'une banque de gènes. Ne serait-il pas préférable d'utiliser le concept plus large de "source" proposé par la Suisse pour couvrir tous les cas de figure potentiels»?³²¹. Dans les cas où le pays fournisseur ne serait pas connu, la Norvège a estimé que le

³¹⁸ *Id.*

³¹⁹ *Id.* p. 2, Le terme "source" désigne toute source autre que le pays d'origine, auprès de laquelle le déposant a eu accès aux ressources génétiques, par exemple un centre de recherche, une banque de gènes ou un jardin botanique.

³²⁰ OMC, Conseil général, Comité des négociations commerciales, 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, Amendements 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*, prec., note 176.

³²¹ *Id.* p. 4.

déposant doit indiquer ce fait dans la demande de brevet et divulguer la source³²² directe du matériel utilisé, à savoir la banque de gènes. En proposant une telle alternative, elle semble se rallier à la position de la Suisse et d'autres pays de l'UE sur ce point relatif à la déclaration de la source des RG dans les cas où le pays fournisseur ne serait pas connu.

Les propositions sur l'obligation de divulgation, telles que présentées par ces pays semblent difficilement acceptables car les utilisateurs ne feront, peut être pas, les efforts nécessaires pour divulguer l'origine de tels éléments. Ces pays utilisateurs prévoient, parfois, la divulgation du pays fournisseur si tant est qu'une telle mesure soit exigée par la législation d'un tel pays. La Norvège a prévu une telle disposition dans le cadre de sa législation nationale ainsi que dans sa proposition portant sur l'amendement de l'accord sur les ADPIC. Elle prévoyait qu'au cas où la législation nationale du pays fournisseur exigerait le consentement préalable donné en connaissance de cause avant la livraison de la matière, la demande devrait indiquer si un tel consentement a été obtenu³²³. Il semblerait que si un tel consentement n'aurait pas été exigé par le pays fournisseur, l'indication du consentement ne serait pas nécessaire.

Une telle proposition de déclarer le pays fournisseur et, le cas échéant, de la source des RG et /ou des ST a certes le mérite d'apporter plus de précisions et de limiter les conflits qui pourraient résulter de la pluralité de pays d'origine mais son effectivité risquerait d'être limitée dans les situations où la législation nationale du pays fournisseur n'exigerait pas un tel consentement et dans les situations où il n'existerait pas pareille législation dans certains pays fournisseurs. Dans de telles

³²² *Id.*

³²³ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, préc., note 33, p. 23.

situations, il est fort probable qu'il n'y aura, tout simplement, pas de divulgation du pays fournisseur et en conséquence pas de partage des avantages. Il serait donc plus juste de prévoir des alternatives qui devront être appliquées pour compenser ces pays ou les communautés concernées dans de telles situations.

Ces propositions ne sont pas sans poser de problèmes d'applicabilité. De tels problèmes ont été, notamment, mis en exergue par des auteurs tel que Graham Dutfield, qui en se posant la question suivante: « Should we continue to use the term disclosure of origin? Or are there better alternatives? »³²⁴. L'auteur a affirmé ce qui suit:

The origin of a given resource may be very difficult to establish, and there may be many countries of origin. The distinction between provider or source country on the one hand, and origin country as defined in the Convention on Biological Diversity on the other, is significant. Given that a great many species are not endemic to a single country, the origin of a given resource according to the CBD definition may be several or many countries³²⁵.

Sur la base de telles difficultés, il a pensé qu'il vaudrait mieux recourir au terme de source: "For the sake of practicality, it may be better to use the word "source" rather than "origin"³²⁶.

Il semblerait que la Suisse ait, quelque peu, changé sa position. À sa quinzième session qui s'est tenu du 7 au 11 décembre 2009, le « Comité » avait invité les Etats Membres et les Observateurs à présenter leurs soumissions concernant leurs politiques, mesures et expériences sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques avant la date du 12 février 2010. C'est en réponse à une telle invitation que la délégation Suisse a, en février 2010, déposé à l'attention du « Comité » une soumission intitulée: « Declaration of the Source of Genetic Resources and Traditional

³²⁴ G. DUTFIELD, "Disclosure of Origin: Time for a Reality Check?", préc., note 254.

³²⁵ *Id.*

³²⁶ *Id.*

Knowledge in Patent Applications: Provisions of the Swiss Patent Act », concernant l'obligation de divulgation dans la loi sur les brevets (Document WIPO/GRTKF/IC/16/INF/14 en anglais, pdf). Le « Comité » a reproduit ce document et l'a mis en circulation³²⁷.

D'aucuns auraient pensé que depuis 2005, suite au document qui avait été soumis par les membres de la CE³²⁸, les discussions sur l'obligation de divulgation avaient évolué et auraient donné naissance à des propositions concrètes. L'on a eu de la peine à le croire mais les discussions en la matière ne paraissent pas avoir beaucoup évolué. La Suisse elle-même affirme un tel fait. Elle reconnaît, en effet, en parlant de ses propositions, que « These proposals were submitted a number of years ago ; however, only limited substantial discussions have taken place so far »³²⁹. Nombreux ont été ceux qui ont eu à constater un tel état de latence. La délégation a soumis un ensemble de propositions sur la divulgation de la « source » des RG et des ST dans les demandes de brevets. Il semblerait, de par la formulation du titre du document soumis, que ce pays ait écarté ses propositions concernant le « pays d'origine » pour ne proposer que la divulgation de la « source » des RG et des ST. Est-ce là une intention, volonté de vouloir limiter la divulgation à la source de tels éléments ? Les discussions futures nous en apprendront, peut être davantage.

³²⁷ WIPO, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Sixteenth Session, Geneva, May 3 to 7, 2010, *Policies Measures and Experiences Regarding Intellectual Property and Genetic Resources: Submissions by Switzerland*, préc., note 47.

³²⁸ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet*, préc., note 314, p. 3.

³²⁹ WIPO, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Sixteenth Session, Geneva, May 3 to 7, 2010, *Policies Measures and Experiences Regarding Intellectual Property and Genetic Resources: Submissions by Switzerland*, Annexe p.1§ 5, préc., note 47.

A ces incertitudes relatives à l'objet de la divulgation, c'est-à-dire ce sur quoi porte l'objet: l'origine ou la source des RG et/ou des ST dans les demandes de brevets viennent s'ajouter d'autres problèmes. Les parties en présence ont, aussi, prévu les conditions et modalités d'application de l'obligation dans l'hypothèse où elle devait être adoptée dans le cadre de l'accord sur les ADPIC. Certains pays fournisseurs ainsi que ceux que l'on croyait leur avoir témoigné une certaine sympathie et un certain appui dans le cadre d'une révision de l'accord sur les ADPIC³³⁰ pour y intégrer une obligation de divulgation n'ont pas manqué, eux aussi, de prévoir des conditions ainsi que des modalités d'application de l'obligation.

L'applicabilité de l'obligation est donc soumise à des conditions qui sont, principalement au nombre de deux à savoir un accès physique aux RG et/ou aux ST utilisés dans l'invention et l'existence d'un lien direct entre l'invention et les matériels utilisés. Pour ce qui est des ST, certains pays utilisateurs, se basant sur le fait qu'il ne peut y avoir d'accès physique à un tel élément, ont proposé d'en déclarer la source.

³³⁰ OMC, Conseil général Comité des négociations commerciales, 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*, Communication présentée par la Norvège, préc., note 148, p. 2 et 3.

II-Les conditions et modalités d'application de l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST.

Les pays de l'UE, pour ne citer que leur exemple, ont prévu des conditions d'application de l'obligation de divulgation³³¹ aussi bien pour les RG que pour les ST. Ces pays ont estimé qu'il doit y avoir un accès physique à la RG et un lien direct entre l'invention et la RG.

A-Les conditions d'application de l'obligation.

L'inventeur doit avoir utilisé la RG dans l'invention faisant l'objet d'une demande de protection par brevet. Il doit y avoir un accès physique à la RG. La délégation de l'UE a pris le soin de fournir des éclaircissements sur cette notion de l'«accès physique»³³² à une RG. Pour en rendre compte, ils estiment que l'inventeur doit avoir eu un accès à l'élément tangible de la ressource qui est en cause dans le cadre d'une invention. Il doit avoir accédé, physiquement, à la RG ou avoir eu, au moins, un «contact suffisant pour y identifier les propriétés utiles pour l'invention»³³³.

Cette condition relative à l'accès physique risque de limiter, aussi, grandement l'effectivité de l'obligation de divulgation. L'apparition de nouvelles méthodes de recherches³³⁴ qui permettent

³³¹ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet*, préc., note 314.

³³² *Id.*, p. 3.

³³³ *Id.*

³³⁴ S.-P. SOPLIN and M.-R. MULLER, «The Development of an International Regime on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Benefit Sharing in a Context of New Technological Developments», préc., note 289, p. 2-3.

de transformer la RG en information génétique³³⁵ n'est pas sans poser problèmes. Elle rend, de moins en moins, nécessaire l'accès physique à un tel matériel, le recours à un tel élément tangible. Il semblerait que les chercheurs seraient, de plus en plus, tentés d'utiliser une telle information dont ils pourront disposer en temps réel sans devoir être soumis aux conditions d'accès et d'utilisation des RG telles que le consentement préalable donné en connaissance de cause par le pays d'origine ou la partie qui fournit les RG selon la conception qui prévaudra. L'obligation telle qu'elle est conçue par ces pays (lien direct) ne s'appliquerait pas aux inventions qui auraient été basées sur cette information génétique. Les opportunités de partage des avantages s'en trouveront, aussi, considérablement réduites, notamment, parce que la divulgation de l'origine de telles ressources est souvent omise dans les demandes de brevets.

Hormis cette exigence relative à l'accès physique, ces pays ont aussi considéré qu'il doit y avoir un lien direct entre l'invention revendiquée et la RG et/ou le ST pour que l'obligation de divulgation puisse s'appliquer. L'exigence d'un lien direct entre l'invention et de tels matériels n'a pas été posée de façon claire. Il est souvent difficile de faire la part des choses entre le lien qui serait direct et celui qui ne le serait pas. A la question de savoir quel devait être le lien entre une invention et des RG et ST, Graham Dutfield répondait en ces termes: « This is a tricky question. Clarification is badly needed of the relationship between the invention and the biogenetic resource and/or associated traditional knowledge that would render the disclosure or origin requirement applicable. In many cases, knowledge and material relevant to an invention

³³⁵ *Id.*

may be manifold. Should all sources of knowledge and material be compensated no matter how distant and tangential? This would be hard to justify».³³⁶

Les membres de l'UE ont, notamment, prévu cette exigence de lien direct entre l'invention et la RG dans une de leurs communications au conseil de l'accord sur les ADPIC. La RG en cause doit avoir été utilisée par le demandeur dans le cadre de l'invention faisant l'objet d'une demande de brevet. Ils estiment, ainsi, que «l'invention doit utiliser directement la ressource génétique, c'est-à-dire dépendre des propriétés particulières de cette ressource»³³⁷.

En imposant un lien direct et non pas un lien tout simplement, ces pays tentent de réduire l'obligation de divulgation à son plus petit dénominateur commun. Elle ne serait pas ainsi applicable à une invention qui aurait eu un simple lien avec une RG. Une RG aurait pu être utilisée dans le cadre d'une invention, s'avérer en définitive utile à l'invention sans pour autant y être, directement, liée³³⁸. Les pays ou entités qui disposeraient d'une telle ressource ne pourraient pas bénéficier d'une quelconque rémunération au motif qu'il n'y aurait pas de lien direct entre un tel élément et l'invention revendiquée. Une telle exigence d'un lien direct risque, aussi, de limiter l'efficacité de l'obligation de divulgation comme moyen de procéder à un partage des avantages.

³³⁶ G.- DUTFIELD, «Disclosure of Origin: Time for a Reality Check? », préc., note 254.

³³⁷ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet*, préc., note 314, p. 3.

³³⁸ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, neuvième session, Genève, 24-28 avril, 2006, *SYSTME DES BREVETS ET RESSOURCES GENETIQUES*, Document présenté par le Japon, WIPO/GRTKF/IC/9/13(20 avril 2006), p. 10 et 15.

La délégation péruvienne a eu à déplorer une telle situation. Elle aurait souhaitée l'adoption d'une conception de l'obligation de divulgation qui soit un peu plus extensive en prenant aussi en compte l'existence d'un lien indirect. Elle a estimé que:

À cet égard, il y a lieu à notre avis d'inclure dans les accords internationaux l'obligation pour le déposant d'une demande de brevet faisant appel de manière directe ou indirecte à des ressources biologiques ou à des savoirs traditionnels de faire connaître la source et le pays d'origine de la ressource ou du savoir utilisé pour l'invention et de prouver que l'accès à cette ressource ou à ce savoir est légal. C'est indispensable si l'on veut empêcher le piratage biologique et éviter la délivrance de "mauvais" brevets.³³⁹

Les pays utilisateurs, ceux de l'UE entre autres, partent du postulat que le ST est de nature intangible et, en tant que telle, l'obligation ne peut pas être basée sur un accès physique³⁴⁰. Ils proposent, dès lors, qu'au lieu de déclarer l'origine d'un ST, que le demandeur en déclare la source³⁴¹ spécifique et ce à condition qu'il sache que l'invention soit directement basée sur ce ST. Le recours à une telle condition a permis à ces pays d'exclure l'exigence de divulguer l'origine des ST et de la remplacer par une déclaration de la source de tels éléments. Une telle conception est, notamment, contraire à certaines recommandations qui ont été, parfois, formulées relativement à ces ST. Elle est, ainsi, contraire à la recommandation formulée dans la décision VI/24 par laquelle les parties étaient encouragées à divulguer l'origine des ST.

L'inventeur qui aura utilisé un ST dans son invention devra en déclarer l'origine dans sa demande de brevet. Certains pays membres de l'UE ont eu à préciser, dans un avis émis au comité intergouvernemental, que les ST sont par nature intangibles et que l'obligation de divulgation ne

³³⁹OMPI, Comité Intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Onzième session, Genève, 3-12 juillet 2007, *L'expérience du Pérou en matière de lutte contre la biopiraterie*, préc., note 46, Annexe p. 11.

³⁴⁰ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet*, préc., note 314, p. 3.

³⁴¹ *Id.*

saurait, par conséquent, être fondée sur un accès physique. Ils proposent donc d'approfondir l'analyse de la question des ST afin d'assurer la sécurité juridique et se réfèrent pour la divulgation des ST connexes à l'article 8j de la CDB qui prévoit l'obligation de respecter, préserver et maintenir les CT. Ces débats autour de certaines notions et de telles considérations nous semblent être constitutifs de manœuvres dilatoires dont ces pays usent dans le but de retarder les débats dans ce domaine. Toujours selon la conception de ces pays, l'obligation de divulgation des ST doit, aussi, être basée sur un accès physique et un lien direct.

Une invention qui a été directement basée sur des ST associés à des RG sera, aussi, soumise à l'exigence de divulgation. Les pays fournisseurs aussi bien que les pays utilisateurs ont proposé, dans ce domaine, des conditions qui sont loin d'être similaires. Les premiers semblent témoigner d'une largesse inouïe concernant ces conditions d'application de l'obligation aux ST tandis que les seconds ont adopté des conditions qui sont plutôt restrictives.

Il nous semble difficile de faire le lien entre le fait que l'obligation ne puisse pas être basée sur un accès physique et le fait de déclarer, en conséquence, la source d'un ST qui a été utilisé dans une invention faisant l'objet d'une demande de brevet. Un inventeur peut avoir eu recours à un ST sans y avoir accédé physiquement, il n'empêche que ce ST puisse être d'un grand concours, d'une certaine utilité dans le cadre de l'élaboration de son invention. Un inventeur aurait pu utiliser, dans son invention, une information sur un ST qu'il aurait obtenu à partir d'une recherche à travers la littérature³⁴², information qui pourrait s'avérer déterminante.

³⁴² G. DUTFIELD, «Thinking aloud on Disclosure of Origin», préc., note 41, p. 8.

Si l'on suit ces pays dans leur raisonnement, il n'y aurait pas d'accès physique dans une telle hypothèse car l'inventeur aurait pris connaissance d'un tel savoir suite à une recherche à travers la littérature. Il ne devrait pas, dans ce cas, déclarer l'origine du ST mais plutôt sa source. Devrait-il déclarer comme source du ST: une recherche à travers la littérature, le ou les pays qui sont mentionnés dans la littérature? Il y aurait de fortes chances que les détenteurs d'un tel ST ne bénéficieront pas, en définitive, d'un partage des avantages résultant, pourtant, de l'utilisation de leur ST qui a pu être d'une certaine utilité à l'inventeur. Une telle solution ne nous paraît aucunement juste et équilibrée ; elle nous semble, plutôt, relever de la mauvaise foi. Pour des raisons de justice sociale, l'on est d'avis qu'un mécanisme pour compenser ces populations devrait être élaboré dans de telles situations.

La source pourrait être, comme d'aucuns le pensent dans certains cas, plus précise et permettre d'éviter les conflits de pluralité de «communautés d'origine» mais elle peut, aussi, donner lieu à des cas de fraudes de la part de certains inventeurs. Certaines sources ne donnant pas lieu à un partage des avantages, ces derniers pourraient en profiter pour déclarer une source quelconque à la place de l'origine d'un ST pour justement éviter d'être soumis à un partage des avantages.

Les mêmes problèmes qui se posaient dans le domaine des RG concernant la nature du lien entre l'invention et les matériels en cause se posent, aussi, dans le domaine des ST. Ces pays de la CE proposent de n'exiger du demandeur de brevet qu'il ne déclare la source spécifique du ST qu'à la condition qu'il sache que l'invention est directement basée sur ce ST³⁴³.

³⁴³ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgence de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet*, préc., note 314, p. 3.

Pour que l'obligation de divulgation puisse s'appliquer à un ST utilisé dans le cadre d'une invention, ces pays exigent, aussi, qu'il y ait eu un lien direct entre l'invention et le ST. L'invention doit être directement basée sur le ST en cause faute de quoi l'obligation de divulgation ne sera pas applicable et un partage des avantages ne pourra pas être opéré. Le demandeur de brevet aurait pu avoir utilisé un ST dans son invention sans que celle-ci ne soit directement basée sur ce ST, savoir qui peut, néanmoins, lui être d'une certaine utilité. La question qui nous vient à l'esprit est la suivante: comment une telle situation devrait être réglée? Une invention pourrait, dans une certaine mesure, être basée sur un ST sans qu'il n'y ait eu de lien direct.

Les auteurs et initiateurs de telles propositions ont estimé qu'au cas où l'inventeur ignorerait que l'invention est directement basée sur le ST en cause, il ne sera point obligé d'en déclarer la source. L'utilisateur pourrait déclarer ne pas connaître la source du ST auquel il aurait eu recours dans le cadre de son invention sans qu'une telle déclaration ne soit véridique, son intention pouvant être de commettre une fraude. Cette déclaration n'est pas obligatoire dans les situations où le demandeur de protection par brevet déclare ne pas connaître l'origine d'un ST qu'il a eu à utiliser dans son invention. Le demandeur qui voudrait se soustraire à une telle obligation ne fera pas toujours les efforts nécessaires pour rechercher une telle information. Ne se sentant pas lié par une quelconque obligation de déclarer la source, il pourrait tout simplement prétendre ne pas connaître la source du ST qu'il a utilisé dans son invention.

Avec le développement des moyens de communication, il est difficile de croire, de nos jours, qu'un demandeur qui se soit adonné à des recherches si minimes qu'elles puissent être sur l'origine ou la source de RG et/ou de ST puisse en ignorer la provenance. Ces pays, par le biais des offices de

brevets, entre autres, posent des conditions qui sont tellement limitatives qu'elles risquent de restreindre l'efficacité potentielle de l'obligation de divulgation telle que le proposent les autres parties concernées, les principaux fournisseurs en l'occurrence.

Ces offices, tel que le rapportent ces pays utilisateurs, auront un rôle bien précis³⁴⁴. Ils estiment que cette information pourrait être soumise par le demandeur à l'office de brevet de façon standardisée. Les examinateurs de ces offices ne seront pas censés procéder à la vérification du contenu de l'information sur l'origine des RG et des ST en tant que telle ni de vérifier que le demandeur a obtenu le matériel en question en conformité avec les dispositions relatives à l'accès et au partage des avantages ainsi qu'au consentement donné en connaissance de cause. Leur rôle pourrait se limiter à vérifier que les exigences relatives à la forme ont été respectées, en particulier celle qui est relative à la déclaration du demandeur dans laquelle il affirme que l'invention est directement basée sur une RG et/ou un ST. Ils proposent, en outre, que la divulgation de l'information soit organisée sous forme de questionnaire dans la demande de brevet.

Le demandeur pourra remplir l'exigence de divulgation en donnant soit une réponse positive soit une réponse négative à la question qui lui aura été posée. Dans les cas où il s'abstiendrait de donner une réponse ou refuserait de répondre à une telle question, sa demande devrait être considérée irrecevable sauf dans les cas où il déclarera qu'il ne connaît pas le pays d'origine. Pour finir, ces pays estiment que la possibilité doit quand même être donnée au demandeur de remédier à une telle situation dans une période déterminée. La persistance du demandeur dans sa position devra entraîner le rejet de la demande. Ces pays ont prévu d'autres situations et sanctions qui ont trait aux

³⁴⁴ *Id.*

cas de manquements à l'exigence de divulgation telle que la soumission d'information incomplète ou incorrecte, entre autres cas de manquements. La question des conséquences à une absence de divulgation ou de divulgation frauduleuse s'est posée dans le cadre de l'élaboration d'une obligation de divulgation. Parmi les différentes propositions qui ont été faites dans ce domaine figurent le rejet de la demande de brevet et la révocation, la délivrance d'un brevet accompagnée d'amendes et des sanctions criminelles³⁴⁵.

Pour les cas de manquements à l'obligation de divulgation, ces pays utilisateurs ont proposé des sanctions qui sont élaborées en dehors du droit des brevets. Le demandeur aura toujours la possibilité de soumettre des informations complémentaires lorsque celles qu'il avait, auparavant, soumises venaient à être considérées incomplètes. A la soumission d'information incorrecte ou incomplète ces pays attribuent la conséquence principale qu'elle ne devra pas avoir un effet sur la validité d'un brevet déjà délivré ou sur son efficacité. Ils justifient une telle approche par des raisons liées à la sécurité juridique. Le détenteur d'un tel titre de protection devrait être en mesure de jouir, paisiblement, des droits qu'un tel titre est supposé lui conférer. Si l'on devait toucher à la validité du brevet, le titulaire d'un tel titre risquerait de faire face à des incertitudes, notamment, parce que les droits attachés à un tel titre pourraient être suspendus pendant la durée des contestations. Le détenteur d'un tel titre doit, certes, pouvoir bénéficier d'une jouissance relativement paisible de ses droits mais il se doit, aussi, de respecter les obligations qui lui incombent dans ce domaine, telle que l'exigence de divulguer l'origine des RG et des ST. L'on estime que les fournisseurs de tels éléments y gagneraient aussi car leurs opportunités de partage des avantages seraient plus probables dans une telle atmosphère de sécurité juridique.

³⁴⁵ G. DUTFIELD, «Disclosure of Origin: Time for a Reality Check? », préc., note 254, p. 3.

L'élaboration de sanctions qui seraient applicables en cas de non respect d'une telle obligation de divulgation est toujours d'actualité. Elle fait partie des points de discorde dans le cadre des négociations actuelles. Certains auteurs n'ont pas manqué de rappeler un tel fait:

Among the remaining unsettled issues of a new legal framework for access to genetic resources are the consequences of violating ABS law on any granted patents and the responsibility for applying these sanctions. This stems from the pending negotiations in the WTO and CBD, as well as from the concerns of those who fear a lack of protection for innovation products.³⁴⁶

Ces pays utilisateurs recommandent, enfin, que la détermination du caractère et du niveau de sanction requis incombe aux États, individuellement. Nous sommes d'avis que certains pays utilisateurs pourraient tenter d'imposer leurs points de vue aux fournisseurs et proposer des sanctions moins sévères et dissuasives pour régir les cas de violations à l'obligation de divulgation. C'est ce qui s'est produit et continue de se produire avec les États-Unis qui règlent, généralement, les problèmes relatifs à l'accès et au partage des avantages dans le cadre de contrats et d'accords bilatéraux qu'ils signent avec certains pays fournisseurs de tels matériels.

Fournisseurs et utilisateurs de RG et de ST ont eu et ont encore du mal à trouver un consensus sur certaines caractéristiques de l'obligation de divulgation, les conditions ainsi que les modalités d'application. Cette obligation est, en effet, conçue pour devoir s'appliquer différemment selon les différents acteurs en présence. Certains pays pensent que l'obligation devrait avoir un caractère volontaire, d'autres pensent qu'elle devrait avoir un caractère obligatoire.

³⁴⁶ Eduardo VÉLEZ, «Brazil's Practical Experience with Access and Benefit Sharing and the Protection of Traditional Knowledge», préc., note 194, p. 4.

B-Les modalités d'application de l'obligation de divulgation.

Certains auteurs ont essayé de rapporter les objectifs que les pays initiateurs ont pensé atteindre par le biais de l'obligation ainsi que les différentes formes que devrait revêtir une telle obligation de divulgation. Nous vous rapportons, ci-dessous, les propos de Graham Dutfield, propos qui reflètent, de façon assez succincte, les réflexions, propositions et positions de certains pays sur ce point. Dans un de ses travaux³⁴⁷, cet auteur attribue différentes caractéristiques à cette obligation de divulgation³⁴⁸. Il fait état d'une divulgation volontaire, d'une divulgation obligatoire et d'une divulgation conçue comme preuve de l'acquisition légale.

A la première version de cette obligation, il attribue un caractère volontaire³⁴⁹ qui aurait pour objectif d'encourager la divulgation de l'origine des RG et des ST utilisés dans une invention qui fera, ultérieurement, l'objet d'une demande de protection par brevet. Il reviendra, en définitive, à l'utilisateur de RG et /ou de ST la tâche de divulguer, de son propre gré, l'origine de tels éléments qu'il a eu à utiliser dans le cadre de son invention. Une omission de fournir une telle information n'entraînerait pas le rejet de la demande, ni un refus d'octroyer un brevet ou son inefficacité dans le cas où un tel titre serait octroyé et en vigueur. L'auteur conçoit aussi la divulgation, volontaire, comme une mesure qui pourrait être imposée dans une optique de transparence dans les transferts commerciaux internationaux de RG et de ST³⁵⁰.

Mais l'on doute fort qu'une telle exigence, de nature volontaire, produise tous les effets escomptés.

En effet, il nous paraît illusoire de penser pouvoir compter sur la bonne volonté et la bonne foi des

³⁴⁷ G. DUTFIELD, «Thinking aloud on Disclosure of Origin», préc., note 41.

³⁴⁸ *Id.* p. 2-3.

³⁴⁹ *Id.*, p.2.

³⁵⁰ *Id.*

utilisateurs de tels matériels pour divulguer leur origine et ce de leur propre gré. S'ils décidaient de divulguer l'origine de tels éléments, il est fort probable qu'ils seraient obligés, en définitive, de procéder à un partage des avantages avec les fournisseurs et/ou détenteurs de RG et ST. Ils ne seront peut-être pas toujours disposés à divulguer, volontairement, l'origine de tels éléments en l'absence de tout caractère obligatoire ou de toute mesure dissuasive qui serait prévue pour sanctionner, de façon effective, les cas de manquements à une telle exigence de divulgation. Une obligation de divulgation qui aurait un caractère volontaire ne nous semble pas, à elle seule, suffisante pour rendre l'obligation effective et permettre un partage juste et équitable des avantages.

La deuxième forme de divulgation présenterait un caractère obligatoire. Les utilisateurs de RG et de ST seraient, dans le cadre d'une telle forme de divulgation, obligés de divulguer, dans leurs demandes de brevets, l'origine des RG et des ST qu'ils auraient utilisés lors de l'élaboration de leurs inventions. En cas de manquement, la demande serait soit rejetée au début de la procédure ou pendant la procédure de demande de brevet. Au cas où un brevet aurait été octroyé, un tel titre ne produirait pas d'effet ou serait révoqué avec la possibilité de recourir à des sanctions criminelles. La charge de la preuve devrait incomber aux demandeurs ou aux offices de brevet compétents pour octroyer de tels titres de protection³⁵¹.

L'auteur a, en outre, rapporté des considérations selon lesquelles certaines sanctions pourraient être appliquées aux cas de manquements à une obligation de divulgation qui aurait un caractère obligatoire. Celles-ci vont du rejet de la demande à la révocation³⁵² du brevet en passant par son ineffectivité. Les utilisateurs de telles ressources et savoirs, conscients des sanctions qui sont susceptibles de leur être appliquées, seraient, peut-être, plus enclins à respecter, d'emblée, cette

³⁵¹ *Id.*

³⁵² *Id.*

exigence de divulgation: c'est-à-dire au début de l'élaboration de leur invention. Ils respecteront, peut-être, les conditions d'accès et d'utilisation de tels matériels en essayant, entre autres, d'obtenir le consentement des pays ou des populations concerné(e)s.

En l'absence d'un caractère obligatoire qui serait rattaché à l'exigence, le doute est permis quant à l'efficacité et l'effectivité d'une telle mesure comme moyen de réalisation du partage des avantages. Mais les sanctions qui ont été, parfois, proposées pour s'appliquer en cas de manquements à l'obligation de divulgation, obligatoire, nous paraissent quelque peu inappropriées. En effet, il ne nous semble pas bénéfique qu'une demande de brevet pour une invention qui aurait pu être utile à des sociétés voire à l'humanité toute entière puisse être rejetée au motif que l'origine des matériels utilisés dans l'élaboration de l'invention en cause n'a pas été mentionnée dans la demande.

La recherche et l'élaboration de sanctions plus adaptées, plus adéquates s'avèrent plus que nécessaires. L'on pense, entre autres, au maintien de la demande, à l'octroi d'un brevet et de redevances aux titulaires des ressources et/ou des dépositaires des ST. En octroyant un brevet à l'inventeur et en récompensant les fournisseurs des matériels qui ont servi dans l'élaboration de l'invention, on répond, mieux, à des impératifs, certes différents mais non moins conciliables. D'un côté, on aura récompensé l'inventeur pour les efforts et les investissements qu'il aurait consentis en lui accordant une protection pour son invention et en lui permettant, ainsi, de bénéficier d'incitations économiques. De l'autre, on aura récompensé les fournisseurs de matériels génétiques et/ou les dépositaires de ST pour leurs apports, participation ou contribution dans l'invention faisant l'objet d'une demande de protection par brevet. Enfin, on aura fait bénéficier des sociétés et peut-être l'humanité toute entière des progrès des sciences et techniques.

Quant au contrôle du respect d'une telle exigence de divulgation, l'auteur est d'avis qu'il devrait incomber aux gouvernements des pays fournisseurs la tâche de vérifier qu'une telle obligation ait été respectée et d'intenter des actions légales³⁵³ en cas de manquements à une telle obligation. Mais il va s'en dire que la réalisation d'une telle entreprise risque d'être compromise car la plupart des pays fournisseurs ne disposent pas des moyens financiers nécessaires pour intenter de telles actions. Ces pays ne pourront pas toujours vérifier que l'obligation est appliquée et respectée. L'auteur a aussi rapporté que la charge de la preuve devrait incomber aux demandeurs ou aux offices de brevets. Une telle preuve pourrait être produite par le demandeur sans obstacles majeurs s'il avait pris le soin de respecter les exigences préalables à l'accès et à l'utilisation de tels éléments. Mais espérer que les offices de brevets puissent faire de même nous paraît difficilement réalisable. En effet, ces derniers ont une charge de travail que d'aucuns trouvent déjà trop lourde. Envisager l'idée que la charge d'une telle preuve puisse incomber à ces offices risquerait d'alourdir leur charge de travail et d'avoir un impact des plus négatifs sur la qualité des brevets qui seront délivrés. Les examinateurs des offices de brevets, submergés par leur charge de travail, risquent de ne pas s'adonner à des recherches exhaustives avant d'octroyer un brevet.

Selon l'auteur, une version quelque peu différente de la preuve de l'acquisition légale lierait le système des brevets, de façon plus étroite, aux dispositions de la CDB relatives au partage des avantages et en particulier à celles qui sont applicables dans les pays qui ont directement fourni ces ressources et ces ST. Il estime qu'une façon d'appliquer une telle mesure serait d'exiger des demandeurs qu'ils soumettent, avec leur demande de brevets, les documents officiels³⁵⁴ fournis par le pays fournisseur et prouvant qu'ils ont acquis les éléments en cause en conformité avec les règles

³⁵³ *Id.*, p. 4.

³⁵⁴ *Id.*, p. 2.

sur l'accès et le partage des avantages³⁵⁵ et celles qui concernent le consentement donné en connaissance de cause³⁵⁶ et la nécessité de respecter l'article 8(j) relatif aux savoirs, innovations et pratiques des communautés indigènes et locales³⁵⁷.

Il se prononce, en définitive, en faveur de cette troisième version de l'obligation de divulgation: la preuve de l'acquisition légale³⁵⁸. Il prône, pour que cette troisième version puisse s'appliquer de façon effective, la mise en place de quelques aménagements qui devront lui être apportés. Une telle conception de l'obligation pourrait ainsi avoir des effets plus avantageux que les deux autres formes de divulgations précitées.

La preuve de l'acquisition légale semble être, du moins pour lui, une mesure plus effective en termes de mesure incitative pour encourager des processus équitables et des solutions qui seraient à l'avantage aussi bien des fournisseurs que des utilisateurs. Cette dernière version ne répond pas à toutes nos attentes. Elle pourra, certes permettre de faire la preuve que de tels matériels ont été acquis, de façon légale, mais l'on doute, en définitive, qu'elle puisse permettre un partage des avantages. L'on pense que cette dernière pourra servir d'élément de preuve mais ne sera pas d'un grand concours pour la réalisation du partage des avantages.

Notre choix se porte sur une obligation de divulgation qui serait obligatoire. En adoptant un caractère volontaire pour l'obligation de divulgation, l'on craint que les utilisateurs de RG et de ST ne soient pas toujours disposés à divulguer l'origine et/ou la source de tels éléments.

³⁵⁵ *Id.*

³⁵⁶ *Id.*, p. 2 et 3.

³⁵⁷ *Id.*

³⁵⁸ *Id.*, p. 3

Conclusion.

Suite aux développements qui sont intervenus dans le domaine des sciences et techniques, les pays fournisseurs de RG et/ou dépositaires de ST, ayant pris conscience de la valeur scientifique et commerciale de tels matériels, ont commencé à exiger la mise en place de systèmes de protection plus effectifs et un partage des avantages résultant de leur utilisation. De telles ressources ainsi que les savoirs acquis sur ces ressources peuvent, en effet, permettre à des entités telles que les compagnies biotechnologiques et pharmaceutiques d'éviter de perdre des années de recherches et des ressources financières assez conséquentes en s'aventurant dans des recherches d'une certaine ampleur sans recherches et connaissances préalables.

L'accès et l'utilisation des RG et des ST qui leur sont associés, ainsi que le partage des avantages font, depuis quelques années, l'objet de débats qui n'ont cessé depuis lors de préoccuper les autorités internationales. Ayant à dessein la volonté de réaliser cet objectif de partage et exercer un suivi sur les transferts des RG et des ST, un certain nombre de pays, fournisseurs en l'occurrence, imposent aux demandeurs de brevets de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets. Ce concept d'origine est conçu et appliqué différemment par les acteurs en présence.

A un tel dilemme, il faudra ajouter les difficultés relatives aux conditions d'accès aux RG et aux ST. Les fournisseurs et utilisateurs de tels éléments sont parfois, non seulement, confrontés à des difficultés de retrouver l'origine de tels éléments mais ils doivent, aussi, surmonter nombre d'obstacles relatifs au consentement préalable donné en connaissance de cause.

Au fil des ans, il a fallu chercher des moyens pour lutter contre l'appropriation illicite des ST. Le comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle a, certes, produit un éventail important d'informations et de textes sur les problèmes d'appropriation mais ceux-ci se sont, jusqu'ici, avérés insuffisants et n'ont pas donné lieu à des solutions concrètes. Cette obligation s'avère donc, du moins à elle seule, insuffisante pour régler le problème de l'appropriation illicite des RG et des ST. Pour en arriver à un système plus efficace pour lutter contre l'appropriation illicite, d'autres éléments et aspects doivent être pris en compte pour rendre une telle exigence applicable à un niveau international. Les pays fournisseurs se sont, en outre, référés à la Convention sur la diversité biologique pour y trouver des fondements et des éléments qui leur permettraient de mener à bien cet objectif de partage des avantages.

Les tentatives de réaliser cet objectif de partage des avantages ont été complétées par des propositions portant sur un certain nombre d'instruments. Les discussions sur une telle obligation, n'étant pas à terme, les instruments actuels dont disposent les parties sont le contrat, les accords bilatéraux, régionaux ainsi que des systèmes d'APA. Les contrats présentent des limites en ce qu'ils ne sont pas, toujours, bien élaborés. Les accords bilatéraux ne sont pas en reste en raison des pouvoirs de négociations inégaux des parties en présence. Enfin les accords régionaux et sous régionaux présentent, aussi, des lacunes qui sont difficiles à combler en raison, aussi, de leur nombre limité de participants.

Les systèmes d'APA, généralement conçus pour régler les difficultés relatives à la conservation des RG et permettre la réalisation de cet objectif de partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, sont tout aussi difficiles à mettre en œuvre et ne sont pas toujours efficaces que

d'aucuns l'auraient espéré. Ils présentent des limites parmi lesquelles on peut relever la question de savoir comment l'information génétique devrait être prise en compte, articulée aux systèmes d'APA? A la question de savoir si toutes les connaissances incluant celles qui sont dans le domaine public doivent être soumises aux mesures sur les APA, les parties n'ont pas, non plus, encore trouvé de réponses.

Pour rendre de tels régimes d'APA plus opérationnels, il a été jugé nécessaire que des mesures adéquates soient adoptées non seulement à un niveau national mais aussi à un niveau international. Pour mener à bien une telle entreprise, des négociations sur un régime international sur l'APA sont en cours et devraient se terminer en 2010.

Des progrès ont été, certes, réalisés dans ce domaine car de plus en plus de pays élaborent et adoptent des mesures visant l'APA. Mais un nombre limité de ces pays disposent de systèmes assez bien élaborés, systèmes qui sont, malheureusement souvent, incomplets. Dans le cadre des travaux sur un régime international sur les APA, l'idée qui consiste à recourir à l'obligation de divulgation comme un moyen d'assurer un partage des avantages aux dépositaires de ST a commencé à être prise en compte et s'apparente à la proposition relative à un amendement de l'accord sur les ADPIC.

La réunion de la dixième COP de la Convention sur la Diversité Biologique de 1992 qui se réunit, actuellement, à Nagoya, au Japon du 18 au 29 octobre 2010 aura à se prononcer sur les travaux du groupe consultatif informel chargé de négocier et d'élaborer un avant-projet d'un protocole international sur l'accès et le partage des avantages. Ce groupe ne semble pas avoir encore trouvé des solutions concrètes aux problèmes relatifs à l'appropriation illicite des RG et des ST. En effet, il s'est, aussi, réuni cette fin de semaine au Japon. Malgré la période

d'extension qui a dû lui être accordé, un certain nombre de désaccords subsistent toujours concernant l'élaboration d'un tel texte, les parties ne semblent pas avoir trouvé un consensus. François MEIENBERG (un collaborateur de la «Déclaration de Berne») et Christine Von Weizsäcker (D'Ecoropa) déplorent une telle situation, celle des conservations ex situ, plus particulièrement³⁵⁹.

Parmi les points de discorde, l'on peut relever ceux qui se rapportent à l'opportunité d'appliquer un éventuel protocole de façon rétroactif aux RG acquises avant l'adoption du protocole ou à partir de son adoption.

Des divergences subsistent encore sur l'article 13 qui a trait au contrôle et la traçabilité concernant l'utilisation des RG et des ST acquis sur celles-ci.

L'assemblée plénière de la COP, qui doit se réunir le 25 octobre 2010, doit tenir une courte session où elle devra se pencher et se prononcer sur la stratégie à adopter.

Il est possible que l'adoption d'un protocole sur l'accès et le partage des avantages ne puisse pas se faire dans un très proche avenir. Les parties en présence devront d'abord s'entendre sur un certain nombre d'aspects et de principes de base avant d'espérer en arriver à un accord.

Les pays fournisseurs, toujours dans leur quête d'un système qui se veut plus efficace dans le cadre de la réalisation du partage des avantages, s'orientent de plus en plus vers une révision de l'accord

³⁵⁹ Catherine SAEZ, «Negotiators Persist On Biodiversity Benefit-Sharing Treaty Despite Slipping Deadlines». Selon elle: "According to François Meienberg from the Berne Declaration, and Christine von Weizsäcker from Ecoropa, "one of the main unresolved issues in the ABS protocol negotiations are genetic resources held ex-situ," outside of its original region, they said in a release", (24 octobre 2010), en ligne: http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/24/negotiators-persist-on-biodiversity-benefit-sharing-treaty-despite-slipping-deadlines/?utm_source=post&utm_medium=email&utm_campaign=alerts (consulté le 24 octobre 2010).

sur les ADPIC pour y insérer une obligation de divulgation. Les principaux pays fournisseurs se sont donc fixé pour objectif de faire des propositions relatives à l'intégration de l'obligation de divulgation dans les accords ADPIC.

Les opinions diffèrent grandement sur le point de savoir si un tel instrument devait avoir l'allure d'un traité qui, pensent ils, assurerait une protection acceptable des RG et des ST ainsi qu'un partage des avantages. Certaines délégations de pays développés, par contre, pensent qu'un traité n'est pas le seul instrument pour ce faire, il serait un instrument parmi tant d'autres. Des divergences ont été notées quant au caractère contraignant ou non de l'instrument. Le groupe africain, soutenu par le groupe des pays d'Amérique latine et des Caraïbes, cherche à imposer un instrument légal international qui serait contraignant.

Hormis les incertitudes liées aux difficultés de définir les concepts de matériel biologique, de RG, de ST qui leur sont associés ainsi que d'autres notions, les parties concernées devront clarifier le contenu de l'obligation, c'est-à-dire préciser s'il faudrait déclarer ou prouver l'origine de tels éléments. Les exigences relatives à la relation entre l'invention revendiquée et le matériel biologique qui a été utilisé devront, aussi, être clarifiées. Le rôle des offices de brevets doit, aussi, être précisé. Doivent-ils classer les informations qu'ils ont reçues ou en vérifier la véracité? Doivent-ils travailler de concert avec d'autres offices de brevets ou institutions? Mais les pays fournisseurs se heurtent à l'opposition de certains pays utilisateurs qui contestent, entre autres, la compatibilité de cette exigence avec l'accord sur les ADPIC.

Imposer une exigence de divulguer l'origine des RG et des ST utilisés dans le cadre d'inventions est une chose, vouloir la faire appliquer et respecter est toute autre chose. Une telle tâche sera loin

d'être aisée si l'on sait qu'une telle exigence a toujours fait et continue de faire l'objet de vives oppositions dans la plupart des pays utilisateurs, du moins en tant que moyen pouvant permettre de réaliser le partage des avantages. Elle fait l'objet d'oppositions plus vives lorsqu'il s'est agi de proposer de l'insérer dans le cadre de l'accord sur les ADPIC. Les raisons de telles oppositions ont, entre autres, concerné l'efficacité relative de l'obligation de divulgation comme moyen de lutter contre l'appropriation illicite des RG et des ST et de permettre un partage des avantages. Il conviendrait, au préalable, que fournisseurs et utilisateurs de telles ressources et de tels savoirs s'entendent sur la conception de l'obligation, sur la notion à retenir, en vue d'en arriver à des débats plus constructifs et fructueux qui mèneront, peut être, à un accord sur une telle obligation. Les pays fournisseurs devront en conséquence, essayer, de concert avec les pays utilisateurs, de combler de telles lacunes pour qu'une telle obligation puisse être appliquée de façon effective. Mais il y a quand même un espoir qu'une telle obligation soit reconnue par un nombre de plus en plus important de pays car les principaux fournisseurs bénéficient de soutiens de certains pays utilisateurs qui, actuellement, appuient leurs revendications relatives à l'intégration de l'obligation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC. L'on aurait pensé qu'avant de passer à une quelconque obligation de divulgation à un niveau international, les parties en présence devraient d'abord élaborer des législations au niveau national, régional. Une telle perspective risque de prendre trop de temps et l'on pense qu'il vaudrait mieux procéder, d'emblée, à l'élaboration et la consécration d'un instrument international. Cet instrument pourrait combiner les différentes propositions sur une obligation de divulgation qui serait applicable à un niveau international et celles qui sont relatives à un régime international sur l'accès et le partage des avantages. Il serait plus opportun, à ce stade des discussions en la matière, de tenter d'aller vers plus de consensus sur l'objet de la divulgation: l'origine, la source, la provenance légale... et sur d'autres aspects de l'obligation. Ce sera, peut être

qu'à ce moment, qu'il sera plus opportun de passer à une obligation de divulgation applicable à un niveau international. Une telle réalisation ne sera, certainement pas, gratuite pour les pays fournisseurs. Ils devront, peut-être, faire des concessions aux pays utilisateurs telles que la protection des appellations d'origine qui pourraient, aussi, être utilisée dans le cadre de la protection des ST. Une telle idée semble réjouir beaucoup de pays, à l'exception des Etats-Unis et du Japon³⁶⁰. Au rythme des débats actuels, l'on est en droit de se demander si la mise en place et l'application d'une obligation de divulgation internationale se réaliseront dans un proche avenir ? L'on est en droit de penser qu'une telle entreprise n'est pas prête d'être réalisée dans un proche avenir.

³⁶⁰ Daniel F. ROBINSON, "Traditional and Biological Product Derivative Patents: Benefit-Sharing and Patent Issues Relating to Camu Camu, Kakadu Plum and Açai Extracts". Selon lui : « In the meantime there have been some improvements to the international patent system in WIPO, with the inclusion of traditional knowledge journals and databases in the scope of examiner searches for Patent Cooperation Treaty (PCT) international patent applications, en ligne: http://www.unutki.org/news.php?doc_id=174(consulté le 11 octobre 2010).

BIBLIOGRAPHIE

Législations et Réglementations

Au Fédéral

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), c. P-4

Loi sur la protection des obtentions végétales (LPOV), L.C. (1990), c. 20

A l'International

Loi fédérale sur les brevets d'invention (Loi sur les brevets, LBI) du 25 juin 1954 (Etat le 1er juillet 2009) <http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/232.14.fr.pdf> (consulté le 02 octobre 2010)

Articles 49a, 81a et 138 sous paragraphe b PatA, Introduit par le ch. I de la LF du 22 juin 2007, en vigueur depuis le 1er juillet 2008 (RO 2008 2551 2567; FF 2006 1).

Jurisprudence Canadienne

Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets), [2002] 4 R.C.S. 45

Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser, (2001) 12 C.P.R. (4th) 204 (C.F.); [2003] 2 C.F. 165 (C.A.F.); 2004 CSC 34

Jurisprudence Internationale

Moore v. Regents of the University of California, 793 P. (2d) 479 (Cal. 1990).

DOCTRINE

Monographies et Ouvrages Collectifs

BELLMAN, C., G. DUTFIELD and R. MELENDEZ-ORTIZ, *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade and sustainability*, London, Earthscan Publications, 2003

BELLIVIER, F. et C. NOIVILLE, *Contrats et vivant: le droit de la circulation des ressources biologiques*, Paris, L.J.D.J., 2006

BELLIVIER, F. et C. NOIVILLE, *La Bioéquité, Batailles autour du partage du vivant*, Éditions Autrement Frontières, 2009

CHOUCHENA-ROJAS, M., M.-R.MULLER, D. VIVAS and S. WINKLER (Editors), *Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness between the WTO TRIPS Agreement and the CBD*, Switzerland and Cambridge, IUCN, Gland, 2005

CLAVIER, J.-P. *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, Paris, Edition Harmattan, 1998

CORREA, C.-M. et A.-A. YUSUF, *Intellectual property and international trade: the TRIPS agreement*, London, Boston: Kluwer Law International, 1998

CORREA, C.-M., *Intellectual property rights, the WTO and developing countries: the TRIPS agreement and policy options*, London, New York: Zed Books, 2000

DUTFIELD, G and U. SUTHERSANEN, *Global intellectual property law*, Cheltenham, UK; Northampton, MA: E. Elgar, 2008

DUTFIELD, G., *Intellectual property rights, trade and biodiversity: seeds and plant varieties*, London: Earthscan, 2000

DUTFIELD, G., *Intellectual Property, Biogenetic Resources and Traditional Knowledge*, London: Earthscan, 2004

DUTFIELD, G., *Intellectual Property Rights Trade and Biodiversity*, Earthscan, March 2002

EVANSON, C.-K. and G. WINTER, *Genetic Resources, Traditional Knowledge, and the Law Solutions for Access and Benefit Sharing*, Sterling, VA: Earthscan, 2009

HERMITTE, Marie-Angèle, *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, (dir.) Bruylant, Bruxelles, 2004

JEFFREY, M-I., J. FIRESTONE and K. BUBNA-LITIC, *Biodiversity, Conservation, Law + Livelihoods-Bridging the North-South Divide*, IUCN Academy of Environmental Law Research Studies, 2008

GERVAIS, D. and E.-F. JUDGE, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Editions Yvon Blais, 2006

KOUTOUKI, K., *The placebo effect: International patent law and the protection of plant medicine*, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2008

LAIRD, S. A., *Biodiversity and Traditional Knowledge: equitable partnerships in practice*, Sterling VA: Earthscan, 2002

LAIRD, S.-A. and K.-T. KATE, *Commercial use of Biodiversity access to genetic resources and benefit sharing*, London, Edition Earth Scan publication LTD, 1999

LESSER, W., *Sustainable Use of Genetic Resources Under the Convention on Biological Diversity: Exploring Access and Benefit Sharing Issues*, London, CAB International, 1998

NOIVILLE, C., *Ressources génétiques et droit: essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines*, Paris, Edition Pédone, 1997

POSEY, D.-A. and G. DUTFIELD, *Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*, Ottawa, Ont: International Development Research Centre, IDRC Books/Les Éditions du CRDI, 1996

POSEY, D.-A. and G. DUTFIELD, *Le marché mondial de la propriété intellectuelle: droits des communautés traditionnelles et indigènes*, [Ottawa?] : Centre de recherches pour le développement international, 1997

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

REICHMAN, J. and K.-E. MASKUS, *International Public Goods and Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005

SUTHERSANEN, U., G. DUTFIELD et K.-B. CHOW, *Innovation without patents: harnessing the creative spirit in a diverse world*, Cheltenham, Glos, UK, Northampton, MA: E. Elgar, 2007

Articles de revue et études d'ouvrages collectifs

AGUIRRE, B.-V., «Adressing the disclosure requirement at the international level-The role of the TRIPS agreement», (2005), ICTSD/CIEL/IDDRI/IUCN/QUNO Dialogue on Disclosure Requirements: Incorporating the CBD Principles in the TRIPS Agreement on the Road to Hong Kong WTO Public Symposium, Geneva

BELLIVIER, F. et C. NOIVILLE, «Contribution des associations de patients à l'organisation, au fonctionnement et à la réglementation des collections d'échantillons biologiques», (4^{ème} trimestre 2007) 120 *Revue d'économie industrielle*, Recherche et innovation dans les sciences du vivant

BROWN, M-F., «Who owns native culture? » (2003), Howard University Press, p. 135-138.

BRUNETON, C., « E6MED : Comment piller la biodiversité au sud ? », (31 Mars 1999), *E-MED*, en ligne: <http://www.essentialdrugs.org/emed/archive/199903/msg00017.php> (consulté le 4 novembre 2008).

CORREA, C.-M., « Options for the Implementation of Farmers' Rights at the National Level», (2000) Trade-Related Agenda, Development and Equity (T.R.A.D.E.), Working Paper 8. South Centre.

CORREA, C.-M., « Sovereign and Property Rights over Plant Genetic Resources», (7-11 November 1994) FAO Background Study Paper No. 2, Commission on Plant Genetic Resources, First Extraordinary Session, Rome

CORREA, C.-M., «The politics and practicalities of a disclosure of origin obligation» (January 2005), Quaker United Nations Office (QUNO), Occasional Paper 16, en ligne: <http://quno.org/geneva/pdf/economic/Occasional/Politics-of-Dec-of-Origin.pdf> (consulté le 4 novembre 2008).

CORREA, Carlos, «Internationalization of the Patent System and New Technologies», Revised version of a paper submitted to the conference on the International Patent System, World Intellectual Property Organization, Geneva, March 25 to 27 2002, p. 12.

CORREA, C.-M., «Traditional Knowledge and Intellectual Property: Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge», (2001) Discussion Paper. The Quaker United Nations Office.

CORREA, C.-M., «Trends in technology transfer: Implications for developing countries», (December, 1994) 21(6) *Science and Public Policy* 369-380

CORREA, C.-M., «Access to Plant Genetic Resources and Intellectual Property Rights» In M. BLAKENY and P. DRAHOS Eds., *Biodiversity and Agriculture: Regulating the Biosphere*, London, Sweet & Maxwell London, 2001

COTTIER, T., «The Protection of Genetic Resources and Traditional Knowledge: Towards More Specific Obligations in World Trade Law», (1998) 1(4) *Journal of International Economic Law* 555-584

CURCHOD, F., « Compatibilité avec le Traité sur le droit des brevets de l'obligation de déclarer la source de ressources génétiques et des savoirs traditionnels », (Octobre 2005), Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, Publication No 3

DUTFIELD, G., (2001), «Biotechnology and Patents: What Can Developing Countries do About Article 27.3(b)?», (2008) 9 *Bridges*, year 5, 17-18, en ligne: <http://ictsd.org/downloads/2008/10/dutfieldbridgesyear5n9novdec2001.pdf>(consulté le 29 septembre 2010).

DUTFIELD, G., «Connaissances Indigènes: Biodiversité et Droits de Propriété Intellectuelle», (2002) *Nouvelles 9 - Société pour les Peuples Menacés* 6-7

DUTFIELD, G., «Developing and Implementing National Systems for Protecting Traditional Knowledge: Experiences in Selected Developing Countries» in S. TWAROG and P. KAPOOR (Editors), *Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions*, New York: United Nations, 2004, 141-153

DUTFIELD, G., «Disclosure of Origin: Time for a Reality Check? » in CHOUCHENA-ROJAS, M., M. Ruiz MULLER, D. VIVAS and S. WINKLER (Editors), *Disclosure Requirements: Ensuring Mutual Supportiveness between the WTO TRIPS Agreement and the CBD*, Gland: IUCN & ICTSD, 2005, 43-44

DUTFIELD, G., «Indigenous Peoples and Traditional Resource Rights», in S. KRIMSKY and P. SHORETT (Editors), *Rights and Liberties in the Biotech Age: Why We Need a Genetic Bill of Rights*, Lanham, MD: Rowan & Littlefield, 2005, 107-113

DUTFIELD, G., «Indigenous peoples, bioprospecting and the TRIPS Agreement: threats and opportunities», (2001) in P. DRAHOS and M. BLAKENEY (Editors), *IP in Biodiversity and Agriculture: Regulating the Biosphere*, London: Sweet & Maxwell, 2001

DUTFIELD, G., «Indigenous peoples' declarations and statements on equitable research relationships», (2002) in S.A. LAIRD (Editor), *Biodiversity and Traditional Knowledge: equitable partnerships in practice*, Sterling VA: Earthscan, 2002

DUTFIELD, G., «Intellectual Property, Biological Resources, & Traditional Knowledge», in P. Yu (Editor) *Intellectual Property & Information Wealth: Issues & Practices in the Digital Age* (vol. 4), Portsmouth NH, USA: Greenwood, 2006

DUTFIELD, G., «Intellectual Property Rights and Gene-Based Technologies for Animal Production and Health: Issues for Developing Countries», in H.P.S.

DUTFIELD, G., «Outstanding Issues in the Protection of Traditional Knowledge», (2004) 3(2) *UNU-INTECH Technology Policy Briefs*, 2-4

DUTFIELD, G., «Promoting Local Innovation as a Development Strategy», (2006) 1(3) *Innovations* 67-77

DUTFIELD, G., «Protecting and revitalising traditional ecological knowledge: intellectual property rights and community knowledge databases in India» in M. BLAKENEY, *Intellectual Property Aspects of Ethnobiology*, London, Sweet and Maxwell, 1999, 101-122

DUTFIELD, G., «Protecting Traditional Knowledge: Approaches and Proposals», (2003) 7(1) *Bridges* 13-18

DUTFIELD, G., «Protecting Traditional Knowledge: Pathways to the Future», (June 2006) International Centre for Trade and Sustainable Development, ICTSD 2006, Issue Paper No. 16

DUTFIELD, G. and A. SEILER, «Regulating Access and Benefit-sharing: Basic Issues, Legal Instruments, Policy Proposals», (2001): Submission by the Federal Republic of Germany (Co-author with A. Seiler), Bonn: Convention on Biological Diversity, October 2001, UNEP/CBD/WG-ABS/1/INF/4

DUTFIELD, G., «Thinking aloud on Disclosure of Origin» (October 2005), Quaker United Nations Office (Quno), Quaker International Affairs Programme (QIAP), QUNO Occasional Paper 18

DUTFIELD, G., «Trade, development and the international patent regime: does one size fit all? », (2004) 26 *Harvard International Review* 50-54

DUTFIELD, G., «Trade-related aspects of traditional knowledge», (2001) 33(2) *Case Western Reserve Journal of International Law* 233-275

EUGUI, D.-V., «Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge: the current debate and possible legal alternatives», in BELLMAN, C., G. DUTFIELD and R. MELENDEZ-ORTIZ, *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade and sustainability*, London, Earthscan Publications, 2003

FILOCHE, G., «Les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles en matière de biodiversité: un kaléidoscope juridique», (2009) 72 *Droit et Société*, p. 433-456

JOLY, Y., «Accès aux médicaments: le système international des brevets empêchera-t-il les pays du tiers monde de bénéficier des avantages de la pharmacogénomique?», (2003) 16(1) *Les cahiers de propriété intellectuelle* 131

KURUK P., «Mutual Recognition Agreements and the Protection of Traditional Knowledge», Prepared for the Commonwealth Secretariat, Produced by the Economic Affairs Division of the Commonwealth Secretariat, 38 *Trade hot topic commonwealth*

LAIRD, S.-A., «Contracts for Biodiversity Prospecting», (1993) in W.-V. REID, S.-A. LAIRD, C.-A. MEYER, R. GAMEZ, A. SITTENFELD, D.-H. JANZEN, M.-A. GOLLIN and C. JUMA Eds. *Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development*, Washington DC, WRI, 1993, p.99 à la page 127

LAIRD, S.-A, and R WYNBERG, «Access and Benefits Sharing in Practice, Trends in Partnerships Across Sectors», 38 *CDB Technical Series*

LANGFORD J., « La protection sui generis des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés », Atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation, en ligne:

<http://www.canmexworkshop.com/documents/french/III.3.1.pdf> (consulté le 4 novembre 2008).

MEGDALIA, J.-C., «The Disclosure of Origin Requirement in Central America/ Legal Texts, Practical Experience and Implementation Challenges», (2010) ICTSD - Natural Resources, International Trade and Sustainable Development, Issue Paper No. 3.

MORIN, J.-F., « Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle », (2004) 58 *Droit et Société*, 633-655

MORIN, J.-F., « La brevetabilité dans les récents traités de libre-échange américains », (2004), XVIII (4) *Revue internationale de droit économique*, De Boeck Université, 483-501

MORIN, J.-F., « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : Une contribution du droit des brevets à la protection de l'environnement », (2004) Unisféra

MULLER, M.-R., «Disclosure of Origin and Legal Provenance: The Experience and Implementation Process in South America» (2010) Policy brief Number 7.

MULLER, M.-R., «Thinking Outside the Box Innovative Options for an Operational Regime on Access and Benefit Sharing», (2010) ICTSD Issue Paper No. 1.

MULLER, M.-R. et I. LAPENA, «Une Cible Mobile: Ressources Génétiques et Options de Localisation et de Surveillance de leurs Mouvements Internationaux», Série APA no 3, Union Mondiale pour la Nature, Sous la direction de M.-R. MULLER et d'I. LAPENA avec la collaboration de D.EATON, J.-C.-F. UGALDE, B. VISSER, J.-H. VOGEL et T.-R. YOUNG, UICN, Droit et politique de l'environnement, n° 67/3.

NOIVILLE, C., « La mise en œuvre de la CDB et sur ses relations avec l'accord de l'OMC sur l'ADPIC », in *l'outil économique en Droit International et Européen de L'Environnement* sous la direction de S. MALJEAN DUBOIS, CERIC, Université Aix Marseille III, Edition la Documentation Française, 2002

NOIVILLE, C., «Partage des biotechnologies: le contrat comme avant-garde», (2005) 21(11) *Médecine/Science*, 998, 1001

OST, V., « Les Brevets Portant sur des Inventions Biotechnologiques », dans *Brevet, Innovation et Intérêt Général, Le Brevet : pourquoi et pour faire quoi ?*, Actes du colloque de Louvain-la-Neuve, organisé par la Chaire Arcelor, Bruxelles, Editions Larcier, 2007, p. 131 à la page169.

REINART, M. «Une communauté sud-africaine fait annuler un brevet», (mis en ligne le 27/04/2010), Novethic, en ligne http://www.novethic.fr/novethic/entreprise/impact_local/sites_et_riverains/ressources_genetiques_communaute_sud_africaine_fait_annuler_brevet/129099.jsp (consulté le 03 octobre 2010)

ROBINSON, D.-F., «Traditional and Biological Product Derivative Patents: Benefit-Sharing and Patent Issues Relating to Camu Camu, Kakadu Plum and Açai Extracts», (Published online 30 April 2010), en ligne: http://www.unutki.org/news.php?doc_id=174(consulté le 11 octobre 2010), Guest Article: The Biological Patent Predicament

SAEZ, C., « Stakeholders Restless About Biodiversity Benefit Sharing Protocol (21 octobre 2010), IP Watch, en ligne: http://www.ip-watch.org/weblog/2010/10/21/stakeholders-restless-about-biodiversity-benefit-sharingprotocol/?utm_source=post&utm_medium=email&utm_campaign=alerts (consulté le 21 octobre 2010).

SALAZAR, S., « The World of Biotechnology Patents», in BELLMAN, C., G. DUTFIELD and R. MELENDEZ-ORTIZ, *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade and sustainability*, London, Earthscan Publications, 2003

SANSON-HERMITTE, M.-A., «Bioéthique et Brevets: le Nouveau Contrat Social Issu du Système International » (4-5 décembre 2004) à paraître sous la direction de S. MALJEAN-DUBOIS in *L'organisation internationale et les enjeux bioéthiques*, Pédone, actes des Treizièmes rencontres internationales d'Aix-en-Provence des 4-5 décembre 2004.

SANSON-HERMITTE, M.-A., «La convention sur la diversité biologique et les droits intellectuels des peuples autochtones : une lacune française», (2007) N° spécial Nouvelle Calédonie, *Rev. jur. de l'environnement*, p. 191 à la page 213.

SANTIAGO, P.-S. and M. R. MULLER, «The development of an International Regime on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Benefit Sharing in a Context of New Technological Developments», (2009) Initiative for the Prevention of Biopiracy, Year IV No. 10

SHABALALA D., «Traditional Knowledge and Genetic Resources in Economic Partnership Agreements: Elements of a Positive Agenda for ECOWAS Countries», (30-31 May 2007) *Regional Dialogue on the Economic Partnership Agreements, Intellectual Property and Sustainable Development for the ECOWAS*, Organized by ICTSD, in partnership with ENDA and QUNO, Saly, Senegal, 30-31 May 2007

SPENCE, M., «Negotiating Trade, Innovation and Intellectual Property: Lessons from the CARIFORUM EPA Experience from a Negotiator's Perspective» (2009), Policy brief Number 4, September 2009

SUNEETHA, M.-S. and B. PISUPATI, «Benefit Sharing in ABS: Options and Elaborations», (2009) United Nations University, UNU, IAS, Institute of Advanced Studies, en ligne: http://www.ias.unu.edu/sub_page.aspx?catID=111&ddlID=884

VELEZ, E., «Brazil's Practical Experience with Access and Benefit Sharing and the Protection of Traditional Knowledge», (2010), ICTSD Project on Genetic Resources, policy brief Number 8.

WEERAWORAWIT W., «International Legal Protection for Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore: challenges for the intellectual property system», in BELLMAN, C., G. DUTFIELD and R. MELENDEZ-ORTIZ, *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade and sustainability*, London, Earthscan Publications, 2003

Documents gouvernementaux

COMITÉ CONSULTATIF CANADIEN DE LA BIOTECHNOLOGIE (CCCB), *Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes*, Rapport adressé au Comité de coordination ministériel de la biotechnologie du gouvernement du Canada, Ottawa, 2002, p. 53

COMITÉ CONSULTATIF CANADIEN DE LA BIOTECHNOLOGIE (CCCB), *Propriété intellectuelle en biotechnologie et la brevetabilité des formes de vie supérieures*. Document de consultation, Ottawa, 2001, p. 26

GOVERNMENT OF CANADA, FEDERAL, PROVINCIAL TERRITORIAL MINISTERS RESPONSIBLE FOR FORESTS, WILDLIFE, ENDANGERED SPECIES AND FISHERIES AND AQUACULTURE, *Guiding Principles and Features of ABS Policies in Canada*, 2006, en ligne: <http://www.cbd.int/abs/measure.shtml?id=28488> (consulté le 19 décembre 2008).

GOUVERNMENT OF CANADA, *Summary Analysis: Legal Certainty for Users of Genetic resources under Existing Access and Benefit-Sharing (ABS) Legislation and Policy*. Report number: UNEP/CBD/WG-ABS/3/INF/10, 2 February 2005

GOUVERNMENT OF AUSTRALIA, *Northern Territory of Australia Biological Resources Act 2006, State of Northern Territory*, Australia, <http://www.cbd.int/abs/measure.shtml?id=39039> (consulté le 19 décembre 2008).

GOUVERNMENT OF UGANDA, *National Environment (Access to Genetic Resources and Benefit Sharing) Regulations*, 2005, Uganda, Statutory Instruments Supplement No. 11, Uganda Gazette No. 15 Volume XCVIII, 18th March, 2005, <http://www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-ug1-en.pdf>

Autres textes normatifs

American Bioindustry Alliance (ABIA). (2008). *ABS Negotiating Principles*, Washington DC. January 2008.

Access and benefit-sharing, Bonn, 19 - 30 May 2008, COP 9 Decision IX/12

Article 8(j) and related provisions, Bonn, 19 - 30 May 2008, COP 9 Decision IX/13

Technology transfer and cooperation, Bonn, 19 - 30 May 2008, COP 9 Decision IX/14

Synthesis of case-studies of benefit sharing, 4 May 1998, UNEP/CBD/COP/4/Inf.7

Phytopharm plc. (2007) *Phytopharm Initiates Stage 3 Activities of Joint Development Agreement for Hoodia Extract with Unilever*. Cambs, UK Phytopharm plc, 24 September 2007

PhytoTrade, *Bioprospecting Guidelines*, (2003), en ligne: www.phytotradafrica.com

PhytoTrade Africa, “Commercial Research, Biodiversity and Benefit Sharing: Exploring Best Practices for Biotrade and ABS” in *The Cosmetics Food and Beverages Industry Perspective*, (2007a), Windhoek: Namibia, 18–20 June 2007.

PhytoTrade Africa, *PhytoTrade Africa’s approaches, achievements and experiences of ABS*, (2007b), en ligne: <http://www.phytotradafrica.com/downloads/PhytoTrade-and-ABS-June-07.pdf>

Documents Internationaux

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 15 avril 1994 [GATT de 1994]

Bonn Guidelines on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of the Benefits Arising out of their Utilization, 7 - 19 April 2002, UNEP/CBD/COP 6 Decision VI/24

Convention sur la diversité biologique, 5 juin 1992 (1993) 1760 United Nations Treaty Collection

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 20 mars 1883, (Révisée), *WIPO Handbook on Intellectual Property*

Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen), 5 octobre 1973, (1978) 1065 RT.N.U. 308

Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961, révisée à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 19 mars 1991 (Convention UPOV de 1991), *WIPO Handbook on Intellectual Property*

Déclaration sur les droits des peuples autochtones (Convention des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, WIPO/GRTKF/IC/12/INF/6 (15 février 2008)

Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, juillet 1992, (1992) R.G.D.LP. 975

Règlement d'exécution de la Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973 tel qu'adopté par décision du Conseil d'administration de l'Organisation européenne des brevets en date du 7 décembre 2006, Textes juridiques de l'Office européen des brevets (OEB)

Swakopmund Protocol on the Protection of Traditional Knowledge and Expressions of Folklore Within the Framework of the African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO) Adopted by the Diplomatic Conference of ARIPO at Swakopmund (Namibia) on August 9, 2010, en ligne: http://www.aripo.org/images/Swakopmund_Protocol.pdf (consulté le 03 octobre 2010).

Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, 3 novembre 2001, Doc. Off. FAO NU, 31 è sess. 202

Traité de coopération en matière de brevet (PCT), 19 juin 1970, *WIPO Handbook on Intellectual Property*

Traité sur le droit des brevets, 1 juin 2000, Bureau international de l'OMPI, WIPO Administered Treaties, en ligne: <http://www.wipo.int/treaties/en/>

Etudes dans le cadre de la Convention sur la Diversité biologique:

CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, UNEP/CBD/WG-ABS/2/3 (20 octobre 2003)

CDB, « Etude technique sur les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels », Présentée par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, Note du Secrétaire exécutif, Septième réunion, Kuala Lumpur, 9-20 et 27 février 2004, UNEP/CBD/COP/7/INF/17 (15 décembre 2003)

CDB, COP 9, Neuvième réunion, Bonn, 19–30 mai 2008, Point 4.1 de l'ordre du jour, Décision Adoptée à la COP 9, *Accès et partage des avantages* UNEP, *Accès et partage des avantages*, UNEP/CBD/COP/DEC/IX/12 (9 octobre 2008)

CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, septième réunion, *Assemblage de dispositifs soumis par les parties, gouvernements, organisations internationales, communautés autochtones et locales et parties prenantes concernées en rapport avec les principaux éléments du régime international d'accès et de partage des avantages énumérés dans l'annexe i de la décision ix/12 additif*, Communication du Brésil au nom du groupe de pays hyperdivers animés du même esprit, Note du Secrétaire exécutif, UNEP/CBD/WG-ABS/7/4/Add.1 (22 mars 2009)

CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Access and Benefit-sharing of Genetic Resources*, UNEP/CBD/WG-ABS/4/INF/10

CDB, COP 10, Rapport de la sixième réunion du Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'article 8 j5 et les dispositions connexes de la Convention sur le Diversité Biologique UNEP/CBD/COP/10/2 (21 novembre 2009)

CDB, Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing, Bangkok, 14–18 February 2005, *Analysis of existing national, regional and international legal instruments relating to access and benefit-sharing and experience gained in their implementation, including identification of gaps*, UNEP/CBD/WG-ABS/3/2 (2004)

CDB, Secretariat of the Convention on Biological Diversity, *Access and Benefit-Sharing in Practice: Trends in Partnerships Across Sectors*, Montreal, Technical Series No. 38, UNEP/CBD/ABS/GTLE/1/CBD/TS/38 (2008)

Etudes et Rapports:

Etudes et rapports de l'OMPI:

OMPI, Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle Relative aux Ressources Génétiques, aux Savoirs Traditionnels et au Folklore, *L'Expérience du Pérou en Matière de Lutte contre la Biopiraterie*, Document présenté par le Pérou, onzième session, Genève, 3 – 12 juillet 2007, WIPO/GRTKF/IC/11/13 (9 juillet 2007)

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, huitième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgence de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet*, Document soumis par la Communauté européenne et ses États membres, WIPO/GRTKF/IC/8/11 (17 mai 2005)

OMPI, *RAPPORT*, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 29 juin au 03 juillet, 2009, WIPO/GRTKF/IC/14/12 (1^{er} octobre 2009)

OMPI, Comité Intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Treizième session, Genève, 13-17 octobre 2008, Résumé succinct des documents de travail, Document établi par le Secrétariat, WIPO/GRTKF/IC/13/INF/2 (12 octobre 2008)

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Communication du groupe des pays africains concernant le document WIPO /GRTKF/IC/13/9*, quatorzième session, Genève, 29 juin au 03 juillet, 2009, WIPO/GRTKF/IC/14/09 (29 juin 2009)

WIPO, Comité Intergouvernemental de la Propriété Intellectuelle relative aux Ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Projet, *Analyse des lacunes relatives à la protection des savoirs traditionnels*, (30 mai 2008) document établi par le Secrétariat, Résumé

WIPO, *Projet d'étude technique sur les exigences relatives à la divulgation d'information en rapport avec les ressources génétiques et les Savoirs traditionnels*, Document établi par le Secrétariat de l'OMPI pour la 30ème session de l'Assemblée Générale de l'OMPI, Genève 22 Septembre – 1 Octobre 2003. WO/GA/30/7 add.1 (15 Août 2003)

WIPO, *Premier rapport sur l'étude technique concernant les exigences relatives à la divulgation d'informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels*, Document établi par le secrétariat de l'OMPI pour les travaux du comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux session traditionnels et au folklore, quatrième session, Genève 9-17 décembre 2002. WIPO/GRTFF/IC/4/1 (20 Novembre 2002)

WIPO, *Projet d'étude sur la problématique de liens entre l'accès aux ressources génétiques et les exigences de divulgation dans les demandes de titres de propriété intellectuelle*, Document établi par le Bureau International pour l'Assemblée générale de l'OMPI, 32ème session, Genève, 26 Septembre -5 Octobre 2005. WO/GA/32/8 (24 Août 2005)

WIPO, *Etude d'ensemble de la protection des savoirs traditionnels au titre de la propriété intellectuelle*, Document établi par le secrétariat pour les travaux du comité intergouvernemental de la propriété, Genève 7-15 Juillet 2003.

WIPO, *Call for Comments on Structure of Proposed Database of Contractual Practices and Clauses Relating to Intellectual Property, Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing*, GRTKF/IC/3/3 (2002)

WIPO, *Structure of Proposed Database of Contractual Practices and Clauses Relating to Intellectual Property, Access to Genetic Resources and Benefit-sharing*, GRTKF/IC/3/4 (2002)

WIPO, *Review of Existing Intellectual Property Protection of Traditional Knowledge*, GRTKF/IC/3/7 (2002)

WIPO, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Quatorzième session, Genève, 29 Juin au 03 Juillet, 2009, *Ressources génétiques*, Synthèse, Document établi par le Secrétariat, WIPO/GRTKF/IC/14/7

WIPO, Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore, Fifth Session, Geneva, July 7 to 15, 2003, *Draft technical study on disclosure requirements related to genetic resources and traditional knowledge*, Document prepared by the Secretariat (May 2, 2003)

Etudes et rapports de l'OMC:

OMC, Conseil général Comité des négociations commerciales, 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*, Communication présentée par la Norvège, WT/GC/W/566, TN/C/W/42, IP/C/W/473 (14 juin 2006)

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, Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées*. Note du Secrétariat, Révision, IP/C/W/368 (08 février 2006)

OMC, Conférence ministérielle (Doha, 2001), *Déclaration ministérielle* (adoptée le 14 novembre 2001), WT/MIN(01)/DEC/1 (20 novembre 2001)

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, Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées*» Note du Secrétariat, Révision, IP/C/W/368 (08 février 2006)

OMC, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, réponse aux questions soulevées concernant le projet d'amendement à l'accord sur les ADPIC – article 29bis, Communication présentée par le Brésil, IP/C/W/475, (26 juillet 2006)

TEXTES REGIONAUX ET NATIONAUX:

CBE, Conseil de l'Union Européenne, *Directive 98/44 du Parlement Européen et du Conseil relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques* du 6 juillet 1998, JOCE n° L 213 du 30 juillet 1998, p. 13, en ligne:

http://www.europarl.europa.eu/comparl/tempcom/genetics/links/directive_44_fr.pdf

OUA/STRC La Législation Modèle Africaine pour la Protection des Droits des Communautés Locales, des Agriculteurs et des Obtenteurs et pour les Règles d'Accès aux Ressources Biologiques, OUA/STRC, Addis Abebba, Ethiopie

South African San Council and CSIR (2003), Benefit-Sharing Agreement, March 2003.
Mesure provisoire n° 2.186-16 du 13 /8/2006 portant sur l'accès et le partage des avantages

VI- Divers:

African Centre for Biosafety, Déclaration de Berne, « Lutte contre les brevets sur le Pélargonium », (18 janvier 2010), en ligne:

http://www.evb.ch/cm_data/100118_Factsheet_Brevets_Pelargonium_FR.pdf

Franklin Pierce Law Center, “Graham Dutfield on Traditional Medicines and Patents - Excerpts from the talk”, (Tuesday, April 20, 2010), en ligne:

<http://spicyipindia.blogspot.com/2010/04/graham-dutfield-on-traditional.html> (consulté le 29 septembre 2010).

INPI, Le coordonnateur régional propriété intellectuelle pour l'Asie du Nord, « La Nouvelle Loi Chinoise sur les Brevets, Pékin, le 10 février 2010, en ligne: http://www.ambafrance.cn.org/IMG/pdf/nouvelle_loi_chinoise_sur_les_brevets_et_son_reglement__fev_2010.pdf (consulté le 03 octobre 2010).

United Nations's University, Institute of Advanced Studies (UNU-IAS), “Access to Genetic Resources in Africa Analysing ABS Policy Development in Four African Countries”, (2008), United en ligne: http://www.ias.unu.edu/resource_centre/ABS%20in%20Africa.pdf (consulté le 30 septembre 2010).