

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS PAR DROITS DE
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE COMME OUTIL CONTRE LA BIOPIRATERIE

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR
HENRIQUE MERCER

MARS 2010

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 -Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article **11** du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

À mes parents, Vania et José Luiz, pour l'exemple

REMERCIEMENTS

J'ai compté avec la collaboration de plusieurs personnes pendant la réalisation de ce travail. Initialement, je tiens à remercier tout particulièrement ma directrice de mémoire, Madame Annie Rochette, qui m'a guidé au cours de la maîtrise et qui m'a toujours appuyé, sans laisser de me questionner et de me poser de défis. Mes remerciements vont aussi à la communauté de professeures et professeurs qui m'ont gentiment conseillé : Madame Murbach, Monsieur Lebel et spécialement Monsieur Bachand, pour l'amitié et le constant échange d'idées. Je remercie Madame Koutouki pour les commentaires lors de mon projet de mémoire et aussi Madame Moutamara pour sa gentillesse et efficacité.

J'exprime ici ma gratitude envers mes professeures au Brésil, Andrezza et Tatyana, pour l'encouragement et pour la compréhension ; Karla, pour les idées, en élargissant mes vues sur la propriété intellectuelle, et pour les portes qu'elle m'a aidé à trouver et à ouvrir, et surtout pour sa patience, soit au Brésil, soit en Suisse ou par Internet n'importe d'où.

Je présente mes remerciements à Monsieur le Juge Grandinetti, qui a encouragé mes aventures académiques, et aux collègues à la Cour, qui ont toujours accepté mes fuites de la pratique vers la théorie. Et à Adriana Viana, pour me montrer que c'était possible.

Mes plus sincères remerciements à Stéphanie et Pierrick et spécialement à mon père, pour leur contribution à la révision du travail

Je remercie mes amis qui m'ont écouté, questionné et encouragé dès que la maîtrise était encore une idée distante dans une terre lointaine : Adriana Martins,

Amanda, Camila, Cécile, Elie, Geneviève, Jonatas, Kristofer, Pamela, Patrick, Rosicler et Sabrina.

Enfin, et surtout, je remercie particulièrement ma famille pour son soutien et pour l'encouragement incessant, sans quoi je n'y serais jamais arrivé. Merci à tous.

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES	vii
RÉSUMÉ	viii
INTRODUCTION	1
0.1 L'importance de protéger les savoirs traditionnels.....	7
CHAPITRE I	
COMMUNAUTÉS TRADITIONNELLES ET DILEMME DU PRISONIER : CADRES CONCEPTUEL, THÉORIQUE ET MÉTHODOLOGIE	12
1.1 Quelques définitions.....	12
1.1.1 Définition de communautés traditionnelles.....	12
1.1.2 Définition/caractérisation des savoirs traditionnels.....	14
1.1.3 Concept de biodiversité/diversité biologique	15
1.1.4 Historique et concept de la biotechnologie.....	16
1.1.5 La bioprospection	17
1.1.6 Historique et concept des droits de propriété intellectuelle.....	18
1.1.7 Pays du Nord et pays du Sud.....	21
1.2 Cadre théorique : Law & Economics et la protection internationale des savoirs traditionnels	22
1.2.1 Le choix du cadre théorique	22
1.2.2 Les approches économiques (Law & Economics) et la théorie économique du droit international de l'environnement	24
1.2.3 Les théories de la propriété intellectuelle	33
1.2.4 Le <i>problem-solving approach</i>	36
1.3 Méthodologie.....	37

CHAPITRE II	
LE CADRE JURIDIQUE EXISTANT	40
2.1 La protection des savoirs traditionnels dans le droit international de l'environnement – la <i>Convention sur la diversité biologique</i> (CDB)	43
2.2 La protection des savoirs traditionnels par le droit international économique	49
2.2.1 L'OMPI	50
2.2.2 L'ADPIC	54
2.3 L'insuffisance du cadre juridique existant.....	57
2.3.1 Un conflit entre la CDB et l'ADPIC?.....	60
2.3.2 Le <i>self-contained regime</i> de l'OMC et son rapport avec la relation ADPIC/CDB	64
2.4 ADPIC-extra.....	66
CHAPITRE III	
LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS PAR LES DPI.....	71
3.1 Les DPI sont-ils incompatibles avec les notions traditionnelles de propriété?.....	71
3.2 La protection des DPI de savoirs traditionnels par un traité international.....	84
3.3 La possibilité de protection par les mécanismes existants dans l'ADPIC	93
3.3.1 Brevet	94
3.3.2 Droit d'auteur	95
3.3.3 Marques de fabrique ou de commerce.....	96
3.3.4 Indications géographiques	97
3.3.5 Protection des renseignements non divulgués	99
3.4 La possibilité de protection par une adaptation des mécanismes existants dans l'ADPIC	100
3.5 Système <i>sui generis</i>	103
3.5.1 Systèmes <i>Sui generis</i> nationaux	103
3.5.2 <i>Sui generis</i> international.....	106
CONCLUSION	110
BIBLIOGRAPHIE	118

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

ADPIC	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
ALE	Accord(s) de libre-échange
AE	Approche(s) économique(s)
AG	Assemblée générale
CDB	Convention sur la diversité biologique
DPI	Droit(s) de propriété intellectuelle
DPIT	Droit(s) de propriété intellectuelle traditionnel(s)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade/ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
NU	Organisation des Nations Unies
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
PI	Propriété intellectuelle
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
R&D	Recherche et développement
TBI	Traité(s) bilatéral(aux) d'investissement
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

RÉSUMÉ

Dans ce mémoire nous étudions la possibilité de protéger les savoirs traditionnels contre les risques de l'appropriation illégitime/illégal, en utilisant les recours mis en place par le droit international économique, les droits de propriété intellectuelle, ou par une version adaptée de ceux-ci ou encore par des mécanismes *sui generis*.

Il s'agit d'une réflexion soutenue par une recherche bibliographique sur un sujet mis à l'ordre du jour par l'essor de l'industrie biotechnologique, qui se place au carrefour du Droit environnemental international et du Droit économique international.

Pour expliquer le phénomène de la *biopiraterie* des savoirs traditionnels et pour identifier les remèdes juridiques que l'on peut y apporter, le travail cherche à situer le développement de la biotechnologie et leur intérêt aux connaissances des communautés traditionnelles. Ensuite, nous discutons le cadre juridique du problème, en présentant les DPI, la CDB et l'ADPIC.

L'étude pose la protection des savoirs traditionnels comme un problème à résoudre et adopte un *problem-solving approach*, en se donnant comme tâche d'analyser les solutions disponibles et de les évaluer en vue d'une réponse pratique. L'analyse prend comme cadre théorique les approches économiques, qui consistent dans l'application des concepts et des méthodologies économiques aux questions juridiques.

L'application du dilemme du prisonnier à la problématique de la biopiraterie confirme que les DPI représentent la meilleure solution. Certains mécanismes prévus par l'ADPIC peuvent être utilisés à cette fin et d'autres peuvent être adaptés. Les clauses ADPIC-extra sont plus effectives que la protection nationale, mais pas assez effectives comme une protection multilatérale.

Pour le futur, il serait convenable d'approfondir les analyses sur deux fronts : pousser l'évaluation des potentialités des mécanismes de protection par DPI, pour en sélectionner les plus adéquats au cas, et mieux établir le cadre où cette protection aura lieu et les mécanismes qui seront mis en œuvre.

Mots clés : Biopiraterie; savoirs traditionnels; droit de propriété intellectuel, coopération; traité international.

INTRODUCTION

Ce mémoire se propose d'étudier la possibilité de protéger les savoirs traditionnels contre les risques de l'appropriation illégitime/illégale, en utilisant les recours institutionnels mis en place par le droit international économique (par le droit de propriété intellectuelle, ci-après DPI), plus particulièrement par des DPI existants ou par une version adaptée de ces DPI ou encore par des mécanismes *sui generis*.

La protection des savoirs traditionnels s'est mise à l'ordre du jour internationale à partir de l'essor des activités économiques de base biotechnologique. Quoique millénaire, l'utilisation des êtres vivants comme composante des procédés industriels a connu une évolution fulgurante pendant le siècle dernier, avec l'intensification et la diversification de la production des dérivés de la fermentation d'abord et puis par l'incorporation des connaissances liées à la synthèse chimique de l'ADN et, plus récemment, à la manipulation génétique¹. Ce développement technologique/scientifique a élargi le champ industriel et, à la fois, lui a donné un nouveau dynamisme².

¹ Vanessa Iacomini, « Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia », dans Vanessa Iacomini, dir., *Propriedade intelectual e biotecnologia*, Curitiba, Juruá, 2008, 13 [Iacomini, « Direitos »]; Patrícia Aurelia Del Nero, « A propriedade intelectual da biotecnologia » dans Patricia Luciane de Carvalho, dir., *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, vol. I, Curitiba, Juruá, 2005, 349, à la p. 352; Vanessa Iacomini, « Biotecnologia: Repercussões jurídicas e sociais da pesquisa sobre genoma humano » dans Welber Barral et Luiz Otavio Pimentel, dir., *Propriedade intelectual e desenvolvimento*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006, pp. 281 [Iacomini, « Biotecnologia »].

² Iacomini, « Direitos », *supra* note 1, à la p. 352; Iacomini, « Biotecnologia », *supra* note 1.

Aujourd'hui, la compétitivité du marché contraint les laboratoires et les industries à sortir de nouveaux produits à un rythme intense. Pour raccourcir le processus de développement des produits, les industries empruntent des connaissances possédées par des communautés traditionnelles. Dans les années 1980, 74 % d'environ 120 médicaments dont les structures chimiques étaient connues et qui étaient extraits de plantes ont été découverts avec l'aide des savoirs traditionnels³. Par contre, seulement 8 % des plantes testées au hasard par les scientifiques ont eu les mêmes résultats⁴. Les savoirs traditionnels augmentent l'efficacité⁵ de la bioprospection de 400 %⁶.

Les savoirs traditionnels intéressent surtout l'industrie pharmaceutique, pour laquelle ils servent de guide de bioprospection et lui permettent d'économiser beaucoup d'argent⁷. D'après Shiva, selon certaines estimations, la valeur courante dans le marché mondial pour les plantes médicinales identifiées grâce aux pistes données par les communautés traditionnelles serait de l'ordre de 43 milliards de

³ Darrel A. Posey et Graham Dutfield, *Beyond intellectual property: towards traditional resource rights for indigenous people and local communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996, à la p. 14; et Kerry ten Kate et Sarah A. Laird « Bioprospecting agreements and benefit sharing with local communities » dans J. Michael Finger et Philip Schuler, dir., *Poor people's knowledge: promoting intellectual property in developing countries*, Washington (DC), Banque mondiale et Oxford University Press, 2004, 133, à la p. 134.

⁴ Ikechi Mgbeoji, *Global biopiracy: patents, plants and indigenous knowledge*, Ithaca, Cornell University Press, 2006, à la p. 142.

⁵ Nous traduirons *efficiency* par « efficacité » dans le contexte des approches économiques, malgré le fait que les travaux en français que nous avons consultés — le livre de Mackaay et celui de Rousseau, ainsi que l'article de Cot — parlent plutôt d'« efficacité ». Le cadre des approches économiques provient de l'économie, qui, à notre avis, vise plutôt l'efficacité, soit la façon de se rendre au résultat voulu. Et nous parlerons d'« efficacité » pour ce qui touche le droit international de l'environnement, où ce qui intéresse est plutôt le résultat. (Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008; Jean-Pierre Cot, « Tableau de la pensée juridique américaine » (2006) 110 R.G.D.I.P. 537.)

⁶ Mgbeoji, *supra* note 4, à la p. 142.

⁷ Carlos Maria Correa, *Traditional knowledge and intellectual property: issues and options surrounding the protection of traditional knowledge – A discussion paper*, Genève, Quaker United Nations Office, 2001 [Correa, « Discussion paper »], à la p. 5.

dollars⁸. En 1997, 50 % des médicaments les plus prescrits aux États-Unis renfermaient des principes actifs originaires (directement ou indirectement) d'organismes vivants⁹ et, globalement, 30 % des médicaments dérivent des ressources génétiques de la biodiversité¹⁰.

La vente globale de produits pharmaceutiques dérivés de ressources génétiques dépasse les 75 milliards de dollars américains par année. En ajoutant à ce chiffre les produits agricoles, horticoles, et biotechnologiques, le montant dépasse les 500 milliards de dollars américains par année.¹¹

L'industrie cosmétique, elle aussi, utilise ces connaissances comme base pour l'identification de nouvelles pistes et pour orienter la recherche du potentiel commercial d'une espèce. Les savoirs sont utilisés dans les études de sécurité et d'efficience; ils sont aussi largement utilisés dans le marketing de produits et, quelquefois, pour développer de nouvelles stratégies de recherche de sources de matériaux.¹²

Les connaissances des communautés traditionnelles intéressent donc un complexe économique très important. La biotechnologie devient de plus en plus pertinente depuis qu'elle a été reconnue par l'industrie comme partie intégrante de son système productif; ceci augmente la valeur économique et la valeur de marché de la biotechnologie ainsi que sa valeur « stratégique pour les pays riches qui la

⁸ Vandana Shiva, *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*, Petrópolis, Vozes, 2001 [Shiva, « Biopirataria »].

⁹ OMS, *Stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle pour 2002-2005*, 2002, en ligne : OMS <<http://www.who.int>>.

¹⁰ Marcelo Dias Varela, « Biotecnologia e proteção intelectual no Brasil » dans Carlos Maria Correa, dir., *Temas de derecho industrial y de la competencia 2: biotecnología y derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, 131, à la p. 134.

¹¹ J. Michael Finger « Introduction and overview » dans J. Michael Finger et Philip Schuler, dir., *Poor people's knowledge: promoting intellectual property in developing countries*, Washington (DC), Banque mondiale et Oxford University Press, 2004, 1, à la p. 19.

¹² Kate et Laird, *supra* note 3, à la p. 144.

produisent et qui versent une partie considérable de leur budget à son financement et réalisation »¹³.

Les communautés traditionnelles participent à ce riche marché en lui fournissant des savoirs précieux, mais elles n'en bénéficient que très peu, cette participation se faisant très souvent à leur insu. En fait, il est fréquent que des chercheurs venus d'ailleurs s'approprient des connaissances de ces communautés de façon illégitime¹⁴, en pratiquant la biopiraterie. L'expression *biopiraterie* est devenue connue en 1993, quand elle a été mise de l'avant par une ONG qui à l'époque s'appelait *Rural Advancement Foundation International* (RAFI), aujourd'hui l'*Action Group on Erosion, Technology and Concentration* (ETC-Group) qui voulait attirer l'attention sur le fait que des entreprises multinationales et des institutions scientifiques étaient en train de collecter des ressources biologiques et des savoirs traditionnels sans autorisation soit de la communauté détentrice du savoir, soit du gouvernement du pays où elle se trouve¹⁵. Selon Deere, le choix du terme vient contrer l'utilisation par les pays du Nord du terme *piraté* pour désigner les produits, notamment pharmaceutiques, fabriqués dans les pays où ils n'étaient pas protégés par un brevet.¹⁶ Pendant des années, les ONG ont demandé aux gouvernements des pays du Nord de ne pas utiliser le terme *piraté* à propos de ces produits, dont la production

¹³ Del Nero, *supra* note 1, à la p. 351. Notre traduction.

¹⁴ Leticia Borges da Silva, « É possível negociar a biodiversidade? Conhecimentos tradicionais, propriedade intelectual e biopirataria » dans Welber Barral et Luiz Otavio Pimentel, dir., *Propriedade intelectual e desenvolvimento*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2007, 299 [Borges da Silva, « É possível »]; Clarissa Bueno Wandscheer, « Biodiversidade e conhecimento tradicional » dans Patricia Luciane de Carvalho, dir., *Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, vol. 2, Curitiba, Juruá, 2008, 327.

¹⁵ Leticia Borges da Silva, « Os conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas e locais face aos direitos de propriedade intelectual » dans Patricia Luciane de Carvalho, dir., *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, vol. 1, Curitiba, Juruá, 2005, 373 [Borges da Silva, « Face »], à la p. 382.

¹⁶ Carolyn Deere, *The implementation game: the TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries*, New York, Oxford University Press, 2009, à la p. 174.

était conforme à la législation locale. Les ONG se sont donc approprié le langage du Nord pour attirer l'attention sur l'appropriation illégitime de savoirs traditionnels.¹⁷

En effet, avec le développement de la biotechnologie dans les pays du Nord, des agents économiques, notamment les multinationales pharmaceutiques, ont breveté des savoirs traditionnels et des ressources biogénétiques comme s'il s'agissait de leurs propres inventions,¹⁸ sans le consentement des communautés qui ont développé ces connaissances. À ce moment-là, les pays du Sud ont commencé à accuser ceux du Nord de *pirater* leurs ressources biogénétiques et les savoirs traditionnels.

On comprend par *biopiraterie*, l'utilisation illégitime ou illégale des ressources de la biodiversité, c'est-à-dire le matériel génétique (la plante, l'animal, etc.) — ce qui est appelé la composante tangible de la biodiversité — et aussi des savoirs traditionnels des communautés traditionnelles sur les ressources biologiques de leur territoire – sa composante intangible¹⁹. Les pays les plus visés par les *biopirates* – la plupart des laboratoires européens et nord-américains — sont l'Afrique du Sud, le Brésil, la Colombie, la Guyane, l'Inde, l'Indonésie, Madagascar, la Malaisie, le Pérou, le Sénégal, le Venezuela, le Vietnam et le Zaïre²⁰.

Or, ces savoirs auraient le potentiel d'être un moyen de développement économique des communautés traditionnelles ainsi que des pays où elles se trouvent. En effet, la commercialisation des savoirs traditionnels et des produits dérivés pourrait leur apporter des revenus supplémentaires.

¹⁷ *Ibid*, à la p. 174; Wandscheer, *supra* note 14, à la p.339.

¹⁸ Les octrois de brevet plus polémiques en ce qui concerne la biopiraterie ont été faites pas le bureau de brevet des États-Unis (Mgbeoji, *supra* note 4, à la p. 14).

¹⁹ Leticia Borges da Silva, « As relações entre o acordo TRIPS e a CDB para a criação de um regime internacional de acesso aos recursos da biodiversidade » dans W. Menezes, dir., *Estudos de direito internacional*, vol. 7. Curitiba, Juruá, 2006, 316, à la p. 317.

²⁰ Borges da Silva, « É possível », *supra* note 14, à la p. 314.

Qu'est-ce qui peut donc intéresser un chercheur en biotechnologie chez les communautés traditionnelles? Posey et Dutfield décrivent les connaissances recherchées:

Local people may be asked to provide the following:

- Knowledge of current use, previous use, or potential use of plant and animal species, as well as soils and minerals;
- Knowledge of preparation, processing, or storage of useful species;
- Knowledge of formulations involving more than one ingredient;
- Knowledge of individual species (planting methods, care, selection criteria, etc.);
- Knowledge of ecosystem conservation (methods of protecting or preserving a resource that may be found to have a commercial value, although not specifically used for that purpose or other practical purposes by local community or the culture; [...])
- Classification systems of knowledge, such as traditional plant taxonomies [;][...]
- Renewable biological resources (such as plants, animals and other organisms) that originate (originated) in indigenous land and territories;
- Cultural landscapes, including sacred sites;
- Handcrafts, works of art, and performances;
- Traces of past cultures (such as ancient ruins, manufactured objects, human remains);
- Images perceived as "exotic", such as the appearance of indigenous people, their homes and villages, and the landscape; and
- Cultural property (culturally or spiritual significant material culture, such as important cultural artefacts, that may be deemed sacred and, therefore, not commoditizable by the local people). 21

Les conséquences subies par les populations traditionnelles par l'appropriation de leurs savoirs comprennent l'utilisation non-autorisée du nom de la communauté comme marque de fabrique ou de commerce par des entreprises du Nord, la commercialisation non autorisée des savoirs, la révélation et l'utilisation publique d'un savoir secret, d'images ou d'autres informations sensibles, ainsi que le tournage

²¹ Posey et Dutfield, *supra* note 3, aux pp. 12/13.

de films et la prise de photos sans autorisation, pouvant violer ainsi les valeurs spirituelles ou religieuses des communautés.²²

De plus, la biopiraterie et la bioprospection ont, de surcroît, des résultats néfastes sur l'environnement, selon Mgbeoji :

[I]t is becoming clear that the screening process used to evaluate the economic and industrial utility of plants exacts a huge toll on plant species and the ecosystem as a whole, sometimes leading to the extinction of rare plant species. This is because most plant-derive drugs are too complex in their chemical structure to be synthesized in laboratories, so trees that produce them must be "harvested".²³

De plus, on peut s'attendre à ce que, à la longue, les populations traditionnelles soient dépossédées de leurs connaissances et de leur mode de vie ce qui pourrait mettre en danger l'environnement. En effet, les savoirs traditionnels constituent un outil pour préserver la biodiversité et faciliter la vie humaine.

0.1 L'importance de protéger les savoirs traditionnels

Les raisons pour protéger les savoirs traditionnels relèvent donc de deux ordres de considérations : leur importance pour l'environnement et pour la culture locale et leur intérêt pour le développement de la biotechnologie. Ces connaissances sont des éléments de l'identité des communautés et de leur adaptation au milieu et contribuent à la conservation de la diversité biologique²⁴. La *Déclaration de Rio* a incorporé cette considération dans son principe 22, selon lequel:

Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le

²² *Ibid*, à la p. 44.

²³ Mgbeoji, *supra* note 4, aux pp.71/72.

²⁴ « If traditional farmers for example, abandoned the use and breeding of farmers' varieties attracted by the higher income obtained through planting higher yielding modern varieties a serious loss of biodiversity could occur. » (Correa, « Discussion paper », *supra* note 7, à la p. 5.)

développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les États devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable.²⁵

Coombe explique les raisons pour lesquelles les savoirs traditionnels sont importants pour la conservation de la biodiversité:

Neither biological diversity, nor traditional knowledge are static collections of species, traits, resources, data, or information. Both are interrelated, dynamic and continually evolving processes of interaction between human beings and local ecologies, in which diversity is created by the human need to create insurance against new and ever changing forms of environmental risk. New forms of biological diversity are always potentially emergent [...] It is increasingly recognized that biodiversity is created through the interaction between human communities and local ecosystems; it is the dynamism of this nexus that needs to be preserved, not a static body of knowledge or a single group of species, or the amount of interspecies variation that exists at any given moment. In other words, we need to create the conditions under which biological diversity continues to be created, and that means securing conditions that will enable those people who have traditionally nurtured and created biological diversity to continue to do so.²⁶

La perte des savoirs traditionnels pourrait aussi contribuer à l'abandon des modes de vie traditionnels; inversement, protéger ces connaissances aidera à assurer la vitalité culturelle des communautés dans le cadre local²⁷. La protection promouvra aussi l'usage des savoirs traditionnels, et la reconnaissance de leur importance pour le développement, et garantira la compensation de leurs détenteurs, de sorte qu'ils soient stimulés à étendre l'usage de leurs connaissances hors de la communauté. Ces savoirs ont toujours été partagés au sein des communautés et entre les générations (ce qui est en effet un des éléments qui caractérisent les savoirs traditionnels). Ce partage intra-communauté a évidemment toujours eu lieu sans compensation. Par contre, si le

²⁵ NU, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Doc. off. NU, 1992, Doc NU A/CONF.151/5/Rev, en ligne : NU <www.un.org>.

²⁶ Rosemary J. Coombe, « The recognition of indigenous peoples' and community traditional knowledge in international law » (2001) 14 St. Thomas L. Rev. 275, à la p. 4.

partage a lieu hors de la communauté, la protection des savoirs encouragera les communautés traditionnelles à conserver ces savoirs et à y permettre l'accès futur, non seulement aux générations futures de la communauté, mais à la population mondiale en générale.²⁸

Coombe explique pourquoi les savoirs traditionnels sont importants pour la culture:

[W]e can say that there is a relationship between biological diversity and cultural diversity; maintenance of the former helps to preserve the latter and vice-versa. The CBD recognizes this. Ecosystem properties are known and nurtured in culturally specific ways. [...]

To recognize the importance of cultural diversity in maintaining biological diversity is not to recognize cultural diversity in abstract, reified or museological terms, but to recognize an international human right that affirms the interrelationship of rights to food security, subsistence resources, and cultural heritage.²⁹

À ces raisons nous pouvons ajouter que la protection des savoirs traditionnels est importante pour la préservation de la culture des communautés qui les détiennent, car ces savoirs sont un élément clef de la culture desdites communautés, de leur mode de vie, une condition pour continuer à exister.³⁰ Dans un cadre plus large, ces savoirs font aussi partie de l'héritage culturel de l'humanité.³¹

La biopiraterie risque de faire disparaître les savoirs traditionnels et mettre en danger la biodiversité, car les savoirs qui font l'objet de cette activité sont habituellement des savoirs associés à une ressource biogénétique. Si le savoir conduit à la découverte d'une propriété d'une ressource qui intéresse l'industrie, probablement celle-ci passera à l'exploiter jusqu'à réduire sa présence dans

²⁷ Finger, *supra* note 11, à la p. 34.

²⁸ Correa, « Discussion paper », *supra* note 7, à la p. 5.

²⁹ Coombe, *supra* note 26, aux pp. 4/5.

³⁰ Correa, « Discussion paper », *supra* note 7, à la p. 6.

l'écosystème d'origine. Une fois la source presque disparue, le savoir perdra son utilité pour la communauté et sera abandonné, privant ainsi les générations futures de ses bénéfices

Dans ce mémoire, nous argumenterons qu'il est désirable de protéger les savoirs traditionnels par le biais du droit international économique, plus spécifiquement par les règles de propriété intellectuelle (ci-après PI). Pour ce faire, nous avancerons les arguments suivants:

a) Considérant que les savoirs traditionnels contribuent à la conservation de l'environnement, leur protection assure que cette conservation soit toujours possible et bénéficie l'environnement.

b) La protection des savoirs traditionnels par les DPI peut assurer que les profits qui découlent de leur utilisation commerciale et industrielle servent d'outil pour le développement durable de la communauté qui les détient.

Ayant posé la protection des savoirs traditionnels comme un problème à résoudre, nous avons adopté un *problem-solving approach*³², en nous donnant comme tâche celle d'analyser les solutions disponibles et de les évaluer, en vue d'une réponse pratique. Pour guider le travail, nous avons choisi comme cadre théorique les approches économiques (ci-après AE), qui consistent dans l'application des concepts et des méthodologies économiques aux questions juridiques³³. Ce choix se justifie car ces approches peuvent nous donner les outils nécessaires pour trouver une solution immédiate et efficiente au problème de la biopiraterie de savoirs traditionnels, en proposant son traitement par le biais du dilemme du prisonnier.

³¹ *Ibid.*

³² Voir la section « *Problem-solving approach* », *infra* aux pages 36 à 37.

³³ Voir la section « Cadre théorique : Law & Economics et la protection internationale des savoirs traditionnels », *infra* aux pages 22 à 37.

Le mémoire est organisé en cinq chapitres, dont cette Introduction est le premier. Dans le prochain chapitre nous définirons certains termes et concepts centraux à notre analyse ainsi que la perspective théorique informant cette analyse. Nous expliquerons aussi la méthodologie utilisée pour analyser les différents mécanismes de protection des savoirs traditionnels. En troisième lieu, nous décrirons le cadre juridique actuel pour la protection des savoirs traditionnels au niveau international et établirons que celui est insuffisant. Ceci étant, nous passerons à l'examen des arguments en faveur d'une protection de ces savoirs par les DPI, ainsi que leurs contre arguments. Nous essayerons de montrer que la protection par les DPI dans le cadre de la législation nationale n'est pas suffisante et qu'il faudra la compléter par un traité international. Nous examinerons par la suite les différents mécanismes de protection possibles issus du DPI, afin d'arriver à une conclusion concernant les meilleures avenues pour protéger les savoirs traditionnels contre la biopiraterie.

CHAPITRE I

COMMUNAUTÉS TRADITIONNELLES ET DILEMME DU PRISONNIER : CADRES CONCEPTUEL, THÉORIQUE ET MÉTHODOLOGIE

1.1 Quelques définitions

Dans cette section, nous présenterons les concepts essentiels à notre analyse et tenterons de les définir : *communautés traditionnelles*, *savoirs traditionnels*, *biodiversité*, *biotechnologie*, *bioprospection*, *droits de propriété intellectuelle*, *pays du Nord et pays du Sud*. Ils seront examinés dans cet ordre.

1.1.1 Définition de communautés traditionnelles

Les communautés traditionnelles sont des populations qui vivent dans un même environnement depuis des générations. Depuis longtemps, ces gens ont développé plusieurs connaissances et pratiques découlant de leur emploi des ressources naturelles de leur environnement, qui les ont aidés à se nourrir, à s'habiller et à se soigner. Ces populations vivent dans une profonde relation avec leur environnement, si bien qu'elles préservent constamment la nature et la biodiversité dans leur territoire³⁴. Elles pratiquent, en quelque sorte, ce qui de nos jours est appelé le développement durable.

³⁴ Borges da Silva, « É possível », *supra* note 14, à la p. 300; Wandscheer, *supra* note 14, à la p. 331.

Même si le terme « communautés traditionnelles » peut être considéré comme péjoratif parce qu'il pourrait être interprété comme en dehors des « nations civilisées » auxquelles fait référence l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice³⁵, telle est la nomenclature utilisée par la doctrine³⁶ pour faire référence à l'ensemble des communautés autochtones et locales³⁷. L'utilisation de ce terme dérive probablement du préambule de la *Convention sur la diversité biologique* (ci-après CDB), qui utilise le langage suivant: « [...] indigenous and local communities embodying traditional lifestyles [...] ».³⁸ Comme nous l'avons vu plus haut, ces communautés détiennent un grand nombre de connaissances qui intéressent vivement l'industrie de la biotechnologie.

³⁵ NU, *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*, New York, United Nations Department of Public Information, 1997.

³⁶ Voir par exemple Borges da Silva, « É possível », *supra* note 14, à la p. 300; Wandscheer, *supra* note 14, à la p. 331.

³⁷ Dans ce travail, l'expression *communautés traditionnelles* comprendra les communautés autochtones et les communautés locales. « Les peuples autochtones ou aborigènes sont ainsi dénommés car ils vivaient sur leurs terres avant que des colons venus d'ailleurs ne s'y installent. Ils sont — selon une définition — les descendants de ceux qui habitaient dans un pays ou une région géographique à l'époque où des groupes de population de cultures ou d'origines ethniques différentes y sont arrivés et sont devenus par la suite prédominants, par la conquête, l'occupation, la colonisation ou d'autres moyens. » (HCDH, *Fiche d'information No.9 (Rev.1), Les droits des peuples autochtones*, en ligne : HCDH <http://www.unhchr.ch/french/html/menu6/2/fs9rev1_fr.htm>.). Les communautés locales sont des peuples dont les individus ont des relations communales, qui partagent des expériences, des valeurs, des intérêts ainsi que des préoccupations pour leur bien-être mutuel et collectif. Elles ont de caractéristiques similaires aux communautés autochtones, mais elles ne sont pas dans leur habitat depuis autant de temps que les autochtones et ne sont pas nécessairement de la même ethnie comme le sont les communautés autochtones. Des exemples des communautés locales, au Brésil, sont les « seringueiros » (collecteurs de latex dans l'Amazonie brésilienne), « ribeirinhos » (riverains), quilombolas (descendants des Africains qui se sont enfuis pendant l'esclavage), caiçaras (pêcheurs, habitants du littoral des états de São Paulo et du Paraná), autres communautés de pêcheurs. (Borges da Silva, « É possível », *supra* note 14, à la p. 300).

³⁸ *Convention sur la diversité biologique*, Rio de Janeiro, 5 juin 1992, en ligne: CBD <www.cbd.int> [CDB]. Ici, nous citons le texte en anglais de la Convention, car la version française n'est pas assez claire pour les fins de cette citation :

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

1.1.2 Définition/caractérisation des savoirs traditionnels

Les savoirs traditionnels sont des créations collectives qui découlent de la pensée et de la vie pratique d'une communauté traditionnelle et qui sont transmises de génération en génération, normalement comme appartenant à une tradition orale³⁹. Ces savoirs constituent la composante intangible/immatérielle de la biodiversité parce qu'ils sont associés à l'usage des ressources de la biodiversité. Les savoirs traditionnels sont propres à une large gamme d'individus, communautés et cultures non urbaines⁴⁰, que l'on peut ramener à peu près à ce que la CDB caractérise comme modes de vie traditionnels:

Article 8. Conservation *in situ*

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

[...]

j) Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, les innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques.⁴¹

Le concept de savoir traditionnel varie beaucoup selon les auteurs; l'étendue de sa définition peut se limiter aux connaissances qui concernent les ressources génétiques, comme le soutiennent Cottier et Panizzon⁴², ou bien se confondre avec la

³⁹ Finger, *supra* note 11, à la p. 30; Leticia Borges da Silva, « Os conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas e locais e os direitos de propriedade intelectual » dans Wagner Menezes, dir., *Estudos de direito internacional*, vol. 4, Curitiba, Juruá, 2005, 409, aux pp. 409/410.

⁴⁰ Mgbeoji, *supra* note 4, à la p. 10.

⁴¹ CDB, *supra* note 38.

⁴² Thomas Cottier et Marion Panizzon, « Legal perspectives on traditional knowledge: the case for intellectual property protection » (2004) 7:2 J. Int'l Econ. L. 371, à la p. 371.

définition de culture, comme le veut Visser⁴³. Mgbeoji⁴⁴ cherche à délimiter la définition des savoirs traditionnels en les identifiant aux connaissances qui dérivent des activités intellectuelles dans les domaines industriel, littéraire ou artistique des communautés traditionnelles. Cette définition inclut donc les produits agricoles, l'usage médicinal de plantes et la valeur spirituelle ou religieuse que ces savoirs traditionnels représentent pour les communautés traditionnelles. L'auteur ajoute que ces savoirs ne sont pas statiques et qu'ils sont diversifiés et sophistiqués.⁴⁵

Borges Barbosa indique trois propriétés importantes des savoirs traditionnels pour les scientifiques des pays du Nord :

- a) La connaissance pour les scientifiques de nouvelles espèces;
- b) L'indication des composants chimiques ou biologiques pertinents;
- c) Les techniques de préservation et la gestion de l'environnement.⁴⁶

1.1.3 Concept de biodiversité/diversité biologique

La biodiversité et la diversité biologique sont des termes synonymes⁴⁷. L'article 2 de la CDB définit la diversité biologique de cette façon :

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

⁴³ Coenraad J. Visser « Making intellectual property laws work for traditional knowledge » dans J. Michael Finger et Philip Schuler, dir., *Poor people's knowledge: promoting intellectual property in developing countries*, Washington (DC), Banque mondiale et Oxford University Press, 2004, 207, à la p. 207.

⁴⁴ Mgbeoji, *supra* note 4, à la p. 9.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Denis Borges Barbosa, *Uma introdução à propriedade intelectual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, à la p. 784.

⁴⁷ Borges da Silva, « Face », *supra* note 15, à la p.376.

Cette définition nous semble pourtant limitée. En effet, Mgbeoji considère la biodiversité non seulement comme l'ensemble de la diversité génétique, diversité d'espèces et la diversité d'écosystèmes, mais aussi comme l'ensemble de la diversité culturelle humaine.⁴⁸

La diversité culturelle comprend les savoirs correspondant à chaque culture, notamment les savoirs traditionnels des communautés traditionnelles. De même, Borges da Silva inclut dans sa définition de la biodiversité une composante intangible, qui sont les savoirs traditionnels, que représentent l'apprentissage empirique de l'utilisation de la nature.⁴⁹

1.1.4 Historique et concept de la biotechnologie

La biotechnologie est définie à l'article 2 de la CDB:

Biotechnologie: toute application technologique qui utilise des systèmes biologiques, des organismes vivants, ou des dérivés de ceux-ci, pour réaliser ou modifier des produits ou des procédés à usage spécifique⁵⁰.

À partir des années 1970, on constate un progrès intense de la biologie, avec le développement de la technologie de l'ADN (le séquençage de l'ADN d'une espèce et la capacité de le combiner, en laboratoire, avec l'ADN d'une autre espèce, par exemple). Ce développement a franchi la voie à la manipulation de certaines structures biologiques; maintenant il est devenu possible d'interférer, d'altérer et de changer les formes vivantes en laboratoire, afin d'améliorer la longévité et la qualité de vie principalement des êtres humains, notamment en guérissant des maladies et en reconstituant un organe du corps humain.⁵¹

⁴⁸ Mgbeoji, *supra* note 4, aux pp. 50/51.

⁴⁹ Borges da Silva, « Face », *supra* note 15, à la p.376.

⁵⁰ CDB, *supra* note 38.

⁵¹ Del Nero, *supra* note 1, à la p. 352.

Sherwood remarque que cette cet avancement de la discipline requiert la coopération:

La croissance de l'activité stimulée par la biotechnologie moderne est un phénomène vraiment international. Un témoin du progrès est la grande coopération entre les frontières, sous la forme de coentreprises, contrats, projets et liaisons entre universités, entreprises et centres de recherche. Aucun pays seul ou en groupe de pays n'a le contrôle dans ce domaine.⁵²

En dehors des laboratoires, les connaissances acquises par les communautés traditionnelles représentent un trésor à explorer. Pour ce qui touche à la santé, la médecine traditionnelle fournit le principal traitement pour au moins 80 % des populations du Sud, plus de 3 milliards de personnes, raison pour laquelle l'Organisation mondiale de la santé veut encourager l'implication des guérisseurs traditionnels dans la distribution de traitements dans le monde⁵³. Dans les pays du Nord, 25 % de prescriptions médicales sont originaires de plantes, quoique seulement 10 % des 250 000 plantes connues aient été testées à des fins médicinales⁵⁴. Le testage des plantes pour trouver de nouveaux médicaments – la bioprospection — représentent un coût important pour les laboratoires.

1.1.5 La bioprospection

Comme nous l'avons vu, les avancées technologiques des dernières années ont augmenté la capacité des scientifiques de découvrir le potentiel commercial des éléments naturels. Ce nouveau potentiel est intéressant, notamment pour les industries pharmaceutique, biotechnologique, biochimique et même agricole. Par conséquent, plusieurs entreprises ont commencé ou augmenté leurs études de la nature,

⁵² Robert M. Sherwood, *Propriedade intelectual e desenvolvimento*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1992, à la p. 55. Notre traduction.

⁵³ En Amazonie, les communautés traditionnelles utilisent environ 1300 plantes comme antibiotiques, narcotiques, abortifs, contraceptifs, antidiarrhéiques, fongicides anesthésiques et relaxants musculaires. (Mgbeoji, *supra* note 4, aux pp. 51 et 92.)

⁵⁴ *Ibid.*

principalement dans les forêts du Sud. La bioprospection correspond donc à la recherche de ressources biogénétiques avec une valeur commerciale potentielle pour ces industries. Dans le développement de ces études, les scientifiques ont souvent l'orientation des communautés traditionnelles, qui ont un savoir sophistiqué des plantes et des animaux locaux.⁵⁵

En bref, la bioprospection est l'exploitation, l'extraction et le criblage ou le tri de la biodiversité, afin de découvrir des ressources qui ont une valeur commerciale⁵⁶. Elle ne constitue qu'une phase du développement d'un nouveau produit, dont les coûts astronomiques justifient la forte préoccupation des industries envers les DPI.

1.1.6 Historique et concept des droits de propriété intellectuelle

Les DPI font partie de ces droits que certaines sociétés concèdent aux personnes ou organisations principalement sur les œuvres créatives (comme les savoirs traditionnels), qui, malgré leur nature intangible, sont néanmoins susceptibles d'appréciation commerciale. Ces droits octroient à l'inventeur, pendant une période limitée, le droit d'empêcher l'usage d'une création sans son autorisation. La PI peut être partagée en deux catégories : la propriété industrielle (innovations commerciales et fonctionnelles) et la propriété artistique et littéraire (créations culturelles)⁵⁷, auxquelles ont été ajoutées dernièrement les variétés végétales et la topographie de circuits intégrés⁵⁸. La propriété industrielle comprend les brevets, les dessins et modèles industriels, les marques et les indications géographiques⁵⁹.

⁵⁵ Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 14.

⁵⁶ Christian Moretti et Catherine Aubertin, « Stratégies des firmes pharmaceutiques : la bioprospection en question » dans Catherine Aubertin *et al.*, dir., *Les marchés de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007, 27, à la p. 47.

⁵⁷ Carlos Maria Correa, dir., *Temas de derecho industrial y de la competencia: propiedad intelectual y políticas de desarrollo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2005 [Correa, « Temas »], à la p. 58.

⁵⁸ « Née en 1984 aux États-Unis avec le *Semiconductor Chip Protection Act* (*Semiconductor Chip Protection Act*, 17 U.S.C. §§ 901-914 (1984)), qui protège le *layout* ou la topographie des circuits intégrés » (Carlos Maria Correa, *Acuerdo TRIPS : régimen internacional de la propiedad intelectual*,

L'importance des DPI a grandi avec la révolution industrielle et l'évolution des relations mercantiles entre les pays, comme l'explique Abbott :

Intellectual Property Rights (IPRs) have never been more economically and politically important or controversial than they are today. They are frequently mentioned in discussions and debates on diverse topics such as public health, food security, education, trade, industrial policy, traditional knowledge, biodiversity, biotechnology, the Internet, and the entertainment and media industries. In a knowledge-based economy, there is no doubt that a better understanding of IPRs is indispensable to informed policy making in all areas of human development.⁶⁰

Les origines de la protection de la PI remontent à la Venise du XVe siècle, quand les premiers brevets ont été octroyés⁶¹ (d'où le caractère eurocentrique⁶² que le système de brevets conserve jusqu'à aujourd'hui). Suite à la décadence des villes italiennes, leurs artisans sont partis vers l'Europe centrale et occidentale et ont emmené avec eux le concept de brevet⁶³. En Angleterre, au XVIIème siècle, on a vu les premières fondations du droit d'auteur. Dépassant les frontières européennes en direction du reste du monde, les DPI se sont déplacés de trois façons : i) immigration européenne et colonisation des autochtones des Amériques, d'Afrique, d'Asie et

Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996 [Correa, « Acuerdo »], à la p. 159; Welber Barral et Luiz Otavio Pimentel, « Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento » dans Welber Barral et Luiz Otavio Pimentel, dir., *Propriedade intelectual e desenvolvimento*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006, 11, à la p. 18).

⁵⁹ « Les indications géographiques sont fondamentalement une marque utilisée par un groupe de producteurs en relation à une marchandise pour identifier son origine géographique » (Correa, « Acuerdo », *supra* note 58, à la p. 105).

⁶⁰ Frederick M. Abbott, *Intellectual property provisions of bilateral and regional trade agreements in light of U.S. federal law*, Genève, International Centre for Trade and Sustainable Development et CNUCED, 2006, à la p. 5.

⁶¹ Le Statut de brevets de Venise du 19 mars 1474 a été un pionnier sur plusieurs aspects tels que la protection de dix ans pour toutes les inventions approuvées par le registre de brevet (établi la même année) et l'établissement de punitions pour ceux qui violent le brevet octroyé. Avant Venise, Florence a octroyé une lettre publique à l'effet d'un brevet à une invention en 1421. Mais l'invention n'a pas fonctionné et Florence a arrêté d'octroyer des brevets. (Mgbeoji, *supra* note 4, à la p. 16).

⁶² Le concept des DPI est Européen d'origine ainsi qu'idéologiquement. (*Ibid.* à la p. 17)

⁶³ Russie en 1812; Belgique et Pays-Bas en 1817; Espagne en 1820, Vatican en 1833, Suède en 1834, Portugal en 1837. (*Ibid.*)

d’Australie, auxquelles les DPI ont été imposés; ii) adoption volontaire par quelques États, comme le Japon en 1871; iii) coercition de pays indépendants par pressions politiques externes (la Chine, la Corée, etc.).⁶⁴

Depuis la fin du XIXe siècle, les pays du Nord ont travaillé pour développer, renforcer et harmoniser les lois de PI dans le monde entier, ainsi que pour internationaliser la protection de la PI⁶⁵.

La majorité des pays du Sud était exclue du développement de la plus grande partie des traités internationaux de PI, parce que plusieurs d’entre eux avaient déjà été négociés durant la période coloniale. Deere établit trois phases pour la participation des pays du Sud au système international de PI.⁶⁶ La première phase a commencé à l’époque coloniale, quand les métropoles ont imposé leur régime légal aux colonies, y compris les lois relatives à la PI. La deuxième phase a eu lieu dans la période postcoloniale, à la fin des années 1960, quand les pays du Sud, notamment ceux de l’Amérique du Sud⁶⁷ et l’Inde ont adopté une approche différente de celle des pays du Nord et de la période coloniale par rapport aux DPI. Cette nouvelle approche visait un régime de DPI qui favorisait l’industrialisation de ces pays, ainsi que leur accès aux technologies et au savoir. La troisième phase a eu lieu dans les années 1980, quand les pays du Sud ont commencé à faire face à la pression des pays du Nord ainsi qu’à celle des entreprises multinationales fondées sur le savoir pour accepter l’inclusion des DPI dans le système multilatéral de commerce.

⁶⁴ *Ibid.* aux pp. 27/28.

⁶⁵ Deere, *supra* note 16, à la p. 7.

⁶⁶ *Ibid.* à la p. 34.

⁶⁷ Dans le cas de l’Amérique latine et de la Caraïbe, la création de lois locales de propriété intellectuelle a commencé au lendemain de l’indépendance par rapport au Portugal et à l’Espagne, au début du XIXe siècle. Plusieurs de ces pays ont promulgué des lois de propriété intellectuelle avant même les pays de l’hémisphère Nord. (*Ibid.* à la p. 35).

En effet, dans les années 1980, les pays du Nord ont exercé une pression en faveur d'une intensification internationale des niveaux de protection de la PI, sous le lobby exercé par les industries pharmaceutique, agrochimique, électronique, du logiciel et du divertissement, qui se sentaient menacées par des concurrents externes. Pour cette raison, les pays du Nord ont travaillé pour inclure la PI dans l'agenda du Cycle d'Uruguay de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (*General Agreement on Tariffs and Trade*, ci-après GATT) et, ainsi, transférer les discussions sur la PI de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (ci-après OMPI) au GATT, où les perspectives d'obtention de mesures de protection plus dures et effectives étaient plus viables⁶⁸.

L'ADPIC a été finalisé grâce au progrès dans la négociation de l'accès au marché pour les produits textiles et agricoles (le peloton de tête et principal intérêt de l'Inde et du Brésil, respectivement, dans le Cycle) qui étaient liés aux DPI par le *single undertaking*.⁶⁹

Le silence sur les savoirs traditionnels est notable dans cette évolution des DPI. En effet, les sociétés occidentales en général ne leur avaient accordé aucune valeur ni même fixé d'obligations concernant leur protection.

1.1.7 Pays du Nord et pays du Sud

Il faut rappeler que dans le cadre international, de façon générale, les États sont les seuls acteurs. Quoique les parties concernées par la réglementation de la biopiraterie soient les communautés traditionnelles et les industries, lors des négociations pour

⁶⁸ Quand les négociations de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après ADPIC) ont commencé, la majorité des pays du Sud ainsi que plusieurs pays du Nord avaient des niveaux de protection plus faibles que ceux établis par l'Accord final. Par contre, les pays de l'Amérique latine avaient une législation de PI adaptée aux besoins de leurs politiques nationales de développement et plusieurs pays africains avaient les mêmes lois depuis la colonie. (*Ibid.* aux pp. 8/9 et 51).

⁶⁹ *Ibid.* aux pp. 8/9.

une réglementation ces entités sont représentées par les États où elles se trouvent. En vue de la simplification, dans ce travail les communautés traditionnelles sont représentées par les pays du Sud, et les industries par les pays du Nord, même si évidemment, il existe des communautés traditionnelles dans les pays du Nord et des industries qui font de la biopiraterie dans les pays du Sud. De plus, nous n'ignorons pas que plusieurs pays utilisateurs de savoirs traditionnels (du Nord) sont eux aussi détenteurs de savoirs traditionnels. L'Australie et le Canada, par exemple, sont des pays du Nord intéressés par la protection légale des savoirs traditionnels de leurs populations traditionnelles par les mécanismes existants de PI. Ces pays du Nord partagent avec les pays du Sud un désir similaire de trouver un mécanisme approprié pour donner la protection adéquate aux savoirs traditionnels par les DPI, même si superficiellement, ils ne semblent pas avoir d'intérêt en commun.⁷⁰

Malgré cette constatation, à des fins didactiques, nous utiliserons dans ce travail, les termes « pays du Nord » pour identifier ceux qui utilisent des savoirs traditionnels et « pays du Sud » pour identifier ceux qui sont détenteurs des savoirs traditionnels.

1.2 Cadre théorique : Law & Economics et la protection internationale des savoirs traditionnels

1.2.1 Le choix du cadre théorique

Les AE nous ont semblé être un instrument conceptuel approprié pour produire une analyse adéquate du problème sous examen.

En effet, comme nous allons le voir, les AE peuvent nous donner les outils nécessaires pour comprendre et pour déceler une solution immédiate au problème de

⁷⁰ Weerawit Weeraworawit, « International legal protection for genetic resources, traditional knowledge and folklore: challenges for the intellectual property system » dans Christophe Bellmann *et*

la biopiraterie des savoirs traditionnels, en proposant son analyse par le biais du dilemme du prisonnier. Ce mécanisme s'applique à une situation où deux parties ont des intérêts divergents (*in casu*, les industries du Nord et les communautés traditionnelles du Sud), mais ne peuvent pas trouver de solution à leur problème chacune de leur côté. Les parties doivent donc rechercher une solution par le biais de la coopération.

Ce choix n'exclut évidemment pas la considération des champs théoriques qui se tournent vers l'étude des aspects du droit concernant directement le sujet des savoirs traditionnels, comme la littérature traitant de la relation entre le commerce et l'environnement, ainsi que les théories de la PI⁷¹, qui fournissent, certes, des analyses importantes, mais ne fournissent pas un cadre suffisant pour l'objectif central de ce mémoire : déterminer la manière la plus efficace de protéger les savoirs traditionnels contre la biopiraterie.

La littérature traitant de la relation entre le commerce et l'environnement défend plutôt l'idée que la pauvreté est la cause des problèmes environnementaux.⁷² C'est-à-dire que les pays du Sud ont de problèmes de pollution parce qu'ils n'ont pas les ressources financières pour faire traiter les dégâts, par exemple. Donc, ces pays ont besoin de se développer économiquement pour obtenir lesdites ressources et devenir capables de protéger l'environnement.

Pour cette raison, le commerce est important pour aider à vaincre la pauvreté et par conséquent à en finir avec les problèmes environnementaux. Nous avons exclu cette approche puisqu'il nous semble être le cadre choisi par ceux qui pratiquent la

al. dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 157, aux pp. 163/164.

⁷¹ Voir la section suivante.

⁷² Voir Secrétariat de l'OMC, *dir.*, *Trade, development and the environment*, Londres, Kluwer Law International, 2000.

biopiraterie (les industries des pays du Nord, par exemple) pour justifier leurs actions contre les communautés traditionnelles, l'environnement et les savoirs traditionnels.

1.2.2 Les approches économiques (Law & Economics) et la théorie économique du droit international de l'environnement

Les AE se présentent comme l'application des concepts et des méthodologies économiques aux questions juridiques⁷³. Ce courant existe également en droit international et correspond aux besoins de certains internationalistes qui rejettent les théories positivistes et naturalistes du droit international et cherchent une nouvelle perspective pour expliquer les phénomènes juridiques.

L'idée d'étudier les rapports entre le droit et l'économie n'est pas une nouveauté, évidemment. Elle s'impose par la nature même des faits juridiques et économiques. Les AE sont apparues vers la seconde partie du XXe siècle, ayant comme points de départ les articles de Ronald H. Coase⁷⁴ et de Guido Calabresi⁷⁵, qui montraient la possibilité d'une analyse économique de certains faits de la sphère juridique. Mais c'est à Richard Posner que l'on doit l'élargissement du champ d'application des AE, dans la sphère du droit interne⁷⁶. Richard Posner fonde son analyse sur la théorie des prix.⁷⁷

L'un des concepts économiques appelés à jouer un rôle central, surtout dans les études qui s'inspirent du travail de Richard Posner, est celui de l'efficacité, dirigée

⁷³ Voir, par exemple, Jack L. Goldsmith et Eric A. Posner, *The limits of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2005 [Goldsmith et Posner, « Limits »]; Jeffrey L. Dunoff et Joel P. Trachtman, « Economic analysis of international law » (1999) 24 Yale J. Int'l L. 1 [Dunoff et Trachtman, « Analysis »]; Jack L. Goldsmith et Eric A. Posner, « International agreements: a rational choice approach » (2003) 44 Va. J. Int'l L. 113 [Goldsmith et Posner, « Rational choice »]; R. H. Coase, « The problem of social cost » (1960) 3:1 J.L. & Econ. 1; Guido Calabresi, « Some thoughts on risk distribution and the law of torts » (1961) 70:4 Yale L. J. 499.

⁷⁴ Coase, *supra* note 73.

⁷⁵ Calabresi, *supra* note 73.

⁷⁶ Dunoff et Trachtman, « Analysis », *supra* note 73, à la p. 2.

⁷⁷ Cot, *supra* note 5, à la p. 575.

vers l'efficacité économique maximale du droit. De ce point de vue, les règles de droit sont analysées en termes d'efficacité pour répondre à une triple finalité : critique (déterminer les effets inattendus de la loi), normative (indiquer la législation souhaitable) et prédictive (prévoir la législation à adopter)⁷⁸.

Parmi les outils économiques privilégiés pour l'analyse du droit international, les AE suggèrent l'analogie entre traités et contrats, la théorie des prix, l'économie des coûts de transaction, l'application de la *theory of the firm* ainsi que de celle du *fiscal federalism* aux organisations internationales, la théorie des choix publics (*public choice*), la théorie des jeux⁷⁹ et le dilemme du prisonnier.

Aux fins de ce mémoire, nous retenons la théorie des jeux et le dilemme du prisonnier, qui se sont révélés les outils économiques plus adéquats pour traiter du problème sous analyse. Tous les deux sont utilisés par les AE dans l'analyse des accords entre les États, soit des traités, soit des accords informels, qui, dans la logique économique, sont comparés aux contrats. Les traités sont analysés à partir de la théorie des prix; dans cette perspective, le respect des obligations ainsi « contractées » dépend du coût de leur violation. Le prix de la violation doit être

⁷⁸ Richard A. Posner, « Law and economics in common-law, civil-law, and developing nations » (2004) 17:1 Ratio Juris 66.

⁷⁹ « En principe, la théorie des jeux donne un moyen de déterminer une stratégie prudente à adopter dans une situation de conflit. Cette stratégie permettrait à l'acteur en question d'atteindre une situation de [...] maximisation de son utilité. Ce modèle suppose ainsi que les acteurs impliqués dans le conflit prendront une décision de façon rationnelle au sens micro-économique du terme. (Evelyne Dufault, « Théorie des jeux », dans Alex Macleod *et al.*, dir., *Relations internationales, théories et concepts*, Montréal, Athéna, 2002, pp. 88 [Dufault, « Jeux »], à la p. 88.) Cette théorie « analyse les interactions stratégiques, le choix des acteurs lorsqu'ils prennent en compte les décisions des autres joueurs. La théorie des jeux permet en particulier de comprendre des comportements qui ne débouchent pas sur une solution optimale pour l'ensemble des joueurs.» (Cot, *supra* note 5, à la p. 576). La théorie des jeux « shows how parties might predictably fait to act together to increase joint gain ». (Jeffrey L. Dunoff et Joel P. Trachtman, « The law and economics of humanitarian law violations in internal conflict » dans Steven R. Ratner et Anne-Marie Slaughter, dir., *The methods of international law*, Washington (DC), American Society of International Law, 2004, 211 [Dunoff et Trachtman, « Conflict »], à la p. 214).

évalué par l'étendue des sanctions ainsi que par l'ampleur de l'indemnisation desdits dommages qui peut être exigée par les autres contractants.⁸⁰

Par exemple, Dunoff et Trachtman expliquent le cas de l'Organisation mondiale du commerce (ci-après OMC) :

The State may choose not to change its law or to provide compensation, and, instead, suffer likely retaliation against its exports authorized by the WTO for the purpose of restoring the balance of negotiates concessions. Thus, we might usefully understand the WTO system as authorizing a member to choose to "breach" an obligation, and pay compensation to the injured party.⁸¹

L'application de la théorie des jeux au droit suscite bien des critiques.

Dufault souligne que:

[L]a théorie des jeux possède certaines lacunes évidentes, par exemple, le fait qu'elle exclut la notion de confiance en l'autre, ou encore qu'elle démontre clairement que la somme de deux intérêts individuels se fait au désavantage des deux [...]. En somme, la théorie des jeux doit plutôt servir à examiner la logique de la décision stratégique davantage que de viser prescrire la pratique.⁸²

À son tour, Teson ajoute que cette théorie suppose que les États ont un comportement rationnel. Or, le comportement d'un État est confondu avec celui de son gouvernement; celui-ci étant composé d'acteurs humains, il ne peut donc pas toujours être rationnel.⁸³

Goldsmith et Posner se sont intéressés à la question de l'intérêt de l'État et de son rôle dans le comportement de l'État à la lumière des AE⁸⁴. Selon ces auteurs, c'est un rapport de force à l'intérieur de l'État qui détermine quel est l'intérêt de

⁸⁰ Dunoff et Trachtman, « Analysis », *supra* note 73, aux pp. 28 et 31.

⁸¹ *Ibid.* à la p. 33.

⁸² Dufault, « Jeux », *supra* note 79, à la p. 89.

⁸³ Fernando R. Teson, *A philosophy of international law*, Boulder, Westview Press, 1998, aux pp. 94/95.

l'État, puisque l'État lui-même ne serait qu'une abstraction⁸⁵. L'État n'agit que dans un sens métaphorique. L'intérêt de l'État est déterminé par son gouvernement, qui prend en compte d'une manière ou d'une autre les préférences des citoyens et des groupes d'intérêt.⁸⁶ L'intérêt de l'État se définirait comme la préférence étatique pour un résultat spécifique. Cet intérêt varie selon le contexte de chaque État, mais non dans le sens réaliste, qui le limite aux questions de sécurité et, parfois, de richesse⁸⁷. Donc, dans le cadre de ce travail, l'intérêt des États à protéger ou non les savoirs traditionnels contre la biopiraterie est déterminé d'abord, pour leur population en général, mais aussi dans le cas des pays du Nord pour l'intérêt des industries, et dans le cas des Pays du Sud, aussi par les intérêts des communautés traditionnelles.

Teson critique le fait que le rôle de la morale dans les relations internationales soit ignoré par l'utilisation de la théorie des jeux pour expliquer l'intérêt des États⁸⁸. Selon lui, la morale joue toujours un rôle. On ne peut pas partir de la supposition que tous les États agissent de façon éthique; en effet, tous les États sont, à la fois, éthiques ou pas selon leurs intérêts. Mais cela n'est pas pris en compte par la théorie des jeux. En réalité, dans ce qui touche l'intérêt de l'État, la théorie des jeux ne fait pas de différence entre un choix par préférences et un choix moral. Dans la deuxième alternative, l'État ne calcule pas les avantages ou les désavantages de son choix; il le fait simplement. De la même façon,

⁸⁴ Goldsmith et Posner, « Limits », *supra* note 73, aux pp. 6 et 10.

⁸⁵ *Ibid.* aux pp. 6 et 10.

⁸⁶ Selon Slaughter et Ratner, l'application de la théorie des choix publics au processus de prise de décision du Droit international suggère que les décisions des « États » ont tendance à refléter les intérêts des élites politiques de l'État plutôt que ceux de ses électeurs. (Anne-Marie Slaughter et Steven R. Ratner, « The method is the message » dans Steven R. Ratner et Anne-Marie Slaughter, dir., *The methods of international law*, Washington (DC), American Society of International Law, 2004, 239, à la p. 247).

⁸⁷ Goldsmith et Posner, « Limits », *supra* note 73, à la p. 6.

⁸⁸ Teson, *supra* note 83, aux pp. 75 et 77.

Game theory can explain why states follow practices but cannot explain why they ought to follow practices. The international lawyer claims that when a customary norm has arisen it is binding, not that it is in the state's interest to follow the norm. Game theory cannot reconstruct this claim: it explains it away. [...] Interest does not and cannot generate obligation.⁸⁹

En bref, pour Teson, il y a un choix rationnel et un choix moral⁹⁰..

Les modèles mis en place par la théorie des jeux expliquent pourquoi le *free riding* fait échouer généralement la mise en vigueur de la coopération dans le cadre du droit international de l'environnement.⁹¹ Pour éviter cet inconvénient, les traités environnementaux contiennent d'un côté des dispositions qui encouragent la participation des États, comme celles prévoyant les transferts de technologie et l'aide financière; de l'autre côté ils contiennent des sanctions; et, en plus, les traités environnementaux peuvent contenir des liens à d'autres sujets de négociations dans le cadre de la politique internationale, comme nous le verrons, les dispositions concernant la protection de savoirs traditionnels se trouvent dans la CDB..

Le manque de sanctions coûteuses dans les accords environnementaux explique pourquoi le coût de leur violation est si peu élevé. Pour cette raison, les États ne sont donc pas enclins à respecter leurs obligations (selon cette théorie). Cependant, les accords environnementaux ne peuvent pas contenir de fortes sanctions puisque les États n'y participeront pas. Mais, les interactions avec entre les marchés et les gouvernements, ainsi que l'adoption de règles de procédure dans les processus de négociation influencent l'élaboration et l'efficacité d'un accord.⁹² Un accord autoapplicable ne peut pas, assurer lui seul le respect à la coopération et les punitions par des externalités environnementales sont restreintes par des facteurs

⁸⁹ *Ibid.* aux pp. 88/89.

⁹⁰ *Ibid.* aux pp. 79/80.

⁹¹ Ulrich J. Wagner, « The design of stable international environmental agreements: economic theory and political economy », (2001) 15:3 *Journal of Economic Surveys* 377, aux pp. 377 et 405.

⁹² *Ibid.* à la p. 377.

technologiques et politiques. Raison pour laquelle les traités environnementaux doivent employer d'autres instruments, comme l'aide financière, les concessions dans d'autres domaines de la politique internationale, des sanctions commerciales, la coopération en recherche et développement (ci-après R&D) ou les renégociations de dettes internationales⁹³, instruments auxquels peut s'ajouter l'emploi d'instruments plus subtils, comme la réputation et la crédibilité de l'État⁹⁴.

Par exemple, on voit l'utilisation de mesures commerciales comme instruments de protection environnementale dans plusieurs conventions internationales environnementales afin d'atteindre leurs objectifs. Les pays membres du *Protocole de Montréal*⁹⁵ et de la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (CITES)*⁹⁶, par exemple, sont soumis à ce que les AE appellent *mécanismes de marché*, comme la prohibition des importations/exportations entre parties et non-parties⁹⁷.

Quant à l'application des AE à l'analyse de la coopération entre les États⁹⁸, il faut préciser que les économistes considèrent que les accords internationaux sont la source primaire du droit international. Pour expliquer le comportement des États dans le cadre du droit international, les AE conçoivent quatre types de relation entre eux: la coïncidence d'intérêt, la coercition, la coordination et la coopération.⁹⁹

⁹³ *Ibid.* à la p. 405.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Programme des Nations Unies pour l'environnement, *Protocole sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Protocole sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone*, 16 septembre 1987, en ligne : PNUE <<http://www.unep.org/ozone/pdf/Montreal-Protocol2000.pdf>> [*Protocole de Montréal*]).

⁹⁶ *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction*, 3 mars 1973, en ligne : CITES <<http://www.cites.org/fra/disc/text.shtml#texttop>>

⁹⁷ Ian H. Rowlands, « Atmosphere and outer space » dans Daniel Bodansky et *al.*, dir., *The Oxford handbook of international environmental law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 315, à la p. 326.

⁹⁸ Dunoff et Trachtman, « Analysis », *supra* note 73.

⁹⁹ Cette liste n'exclut cependant pas d'autres possibilités d'interactions internationales (*Ibid.*; Goldsmith et Posner, « Limits », *supra* note 73, à la p. 13).

Selon Goldsmith et Posner, la **coïncidence d'intérêt**¹⁰⁰ a lieu quand deux États ont des intérêts en commun, mais pour des raisons différentes.¹⁰¹ C'est le cas des États isolationnistes qui finissent par coopérer même sans faire de concertation, par pur hasard. La **coercition** se présente lorsqu'on essaye de régulariser une situation qui existe *de facto*, comme nous l'avons vu lorsque les États-Unis ont essayé de se procurer un accord à l'Organisation des Nations Unies (ci-après NU) pour justifier la présence continue de leurs troupes en Iraq après une invasion illégale. Bref, l'exemple est donné par l'État plus puissant qui force l'autre, moins puissant à agir selon les intérêts de l'État le plus fort¹⁰². La **coordination** se concrétise quand deux états collaborent pour éviter un conflit (au sens large). C'est le cas des normes techniques internationales, comme celles pour l'aviation, la poste, les passeports, les accords de quotas de l'Organisation des pays exportateurs de pétrole. Dans la coordination, même s'il y a un intérêt commun, la mise en œuvre est faite par chaque État, de manière isolée. Il n'y a pas d'accord entre les États¹⁰³. Goldsmith & Posner expliquent la coordination :

Coordination game, in which states receive higher payoffs if they engage in identical or symmetrical actions than if they do not [...] When two or more states can generate joint gains by coordinating their behaviour, then the gains can be maintained without threat of retaliations, for the agreement is self-enforcing.¹⁰⁴

Dans la **coopération**, les intérêts de chaque État rejoignent ceux de l'autre. La coopération est plus forte que la coordination. Il s'agit d'une négociation donnant/donnant. Les accords de libre-échange sont un exemple de coopération. La

¹⁰⁰ Ainsi que la coercition, il s'agit d'accords non légaux menés pour l'intérêt individuel de chaque État, ou de l'un des États (le plus puissant) dans le dernier cas. (Goldsmith et Posner, « Rational choice », *supra* note 73, à la p. 120).

¹⁰¹ Goldsmith et Posner, « Limits », *supra* note 73, aux pp 11/12.

¹⁰² *Ibid.* à la p 12.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ Goldsmith et Posner, « Rational choice », *supra* note 73, à la p. 116.

coopération est difficile à court terme, parce que les avantages qui en découlent ne sont visibles qu'à long terme, raison pour laquelle la coopération est perçue comme bonne à long terme. Contrairement à la coordination, la coopération envisage une mise en œuvre des normes communes par les États¹⁰⁵.

Goldsmith et Posner ajoutent que, dans les deux cas — coopération et coordination —, peu importe si l'on parle de traités ou d'accords non contraignants, on parle toujours de respect du droit international. Dans ces cas, les États respectent l'accord par crainte de représailles de la part de(s) autre(s) État(s), de l'échec de la coordination ou encore de la perte de réputation¹⁰⁶.

Selon la théorie des jeux, la coopération internationale est difficile parce que beaucoup de situations internationales prennent la forme du dilemme du prisonnier, même si le modèle ne s'applique pas universellement.

Issue de la théorie des jeux, le dilemme du prisonnier est un jeu classique illustrant les jeux à sommes variables (contrairement aux jeux à sommes nulles). Ce jeu a été utilisé pour étudier plusieurs types de situations, comme les imperfections du marché, la tragédie des communaux (ou biens en commun), la stratégie nucléaire ou encore la course aux armements.¹⁰⁷

Le dilemme du prisonnier est un de jeux favoris de la théorie des jeux. Ce jeu démontre pourquoi la coopération est difficile à atteindre même quand elle est mutuellement avantageuse : deux prisonniers ont été arrêtés pour le même délit et sont détenus dans des cellules différentes. Chacun a deux options : confesser ou rien dire. Il y a trois résultats possibles. L'un d'eux peut confesser et accepter de témoigner contre l'autre en échange d'une peine plus souple pendant que l'autre prisonnier aura une peine plus sévère. Les deux peuvent ne rien dire et obtenir d'avoir

¹⁰⁵ Goldsmith et Posner, « Limits », *supra* note 73, à la p 12.

¹⁰⁶ Goldsmith et Posner, « Rational choice », *supra* note 73, à la p. 118.

une peine légère ou même être acquittés dû à l'insuffisance de preuves. Ou bien ils peuvent tous les deux confesser et probablement avoir de peines individuelles plus légères que celle qu'ils auraient eue s'ils n'avaient rien dit. Le deuxième résultat serait le meilleur pour les deux prisonniers. Mais le risque que l'autre confesse en échange d'une peine plus souple sert d'encouragement pour les faire confesser, de sorte que tous les deux auront des peines qu'ils auraient évitées s'ils avaient coopéré pour garder leur silence.¹⁰⁸

La même condition s'applique aux États:

[U]n comportement coopératif est la meilleure attitude à adopter puisque la réalité du système international s'apparente davantage à des séries de jeux du dilemme du prisonnier. Comme les joueurs s'inscrivent dans un processus d'interaction à répétition et à long terme, le comportement le plus rationnel afin de maximiser le gain à long terme serait de favoriser la coopération...¹⁰⁹

Cependant, si les intérêts de deux États convergent totalement, il est naturel qu'ils coopèrent, parce que les États sont donc guidés par une main invisible (*Harmony*¹¹⁰). Au contraire, parfois les États n'ont pas d'intérêt en commun, de sorte que la coopération ne servira à rien (*Deadlock*¹¹¹). Dans ce cas, le dilemme du prisonnier ne peut s'appliquer. Teson dit qu'il faut toujours penser à *Harmony* ou *Deadlock* avant de considérer l'hypothèse du dilemme du prisonnier¹¹². Puisque la question de savoir traditionnels ne sont pas un cas ni d'*harmony* et ni de *deadlock*, nous pouvons considérer l'hypothèse du dilemme du prisonnier.

¹⁰⁷ Evelyne Dufault, « Dilemme du prisonnier » dans Alex Macleod *et al.*, dir., *Relations internationales, théories et concepts*, Montréal, Athéna, 2002, 41 [Dufault, « Dilemme »], à la p. 41.

¹⁰⁸ Matthew Bishop, *Essential economics*, New York, Bloomberg Press, 2009, aux pp. 249/250.

¹⁰⁹ Dufault, « Dilemme », *supra* note 107, à la p. 41.

¹¹⁰ Nous pouvons dire que le concept de « *Harmony* » chez Teson s'approche du concept de « coordination » chez Goldsmith et Posner.

¹¹¹ Teson, *supra* note 83, aux pp. 75/76.

¹¹² *Ibid.*

1.2.3 Les théories de la propriété intellectuelle

Les mécanismes de PI sont présentés ici comme solution pour la problématique de la biopiraterie. Les théories de PI encadrent les solutions proposées au long du travail.

Basso distingue trois théories de la PI: la théorie du droit public, la théorie du droit privé et la théorie du droit *sui generis*.¹¹³ Pour la théorie du droit public, les DPI se fondent sur trois institutions: le monopole, le délit et le réflexe du droit public.¹¹⁴ La théorie considère que les DPI dans leur essence juridique sont un monopole dans le temps, soumis à certaines conditions qui impliquent une restriction à la liberté générale du commerce, puisque la mise en valeur commerciale du travail intellectuel est réservée à son auteur et à ceux à qui il a conféré ses droits. La violation de ce monopole constitue une infraction, qui entraîne une peine et l'obligation de payer des dommages et intérêts ou bien une amende. La piraterie ou la contrefaçon/contrefaction sont des délits qui consistent à la violation de la restriction de la liberté générale du commerce. Le monopole reconnu dans ce cas n'est pas une concession de l'État, mais la récompense pour un travail intellectuel de l'auteur en vertu d'une disposition de droit commun de caractère obligatoire. Pour cette raison, on parle de « monopole » et non de « privilège », sur la prémisse que les auteurs ont le droit de profiter des fruits de leurs œuvres. La société assure donc à l'auteur un droit d'exclusivité qui interdit l'activité de tiers par rapport à l'invention ou la création.¹¹⁵

Les tenants de la théorie du droit privé se partagent entre deux courants: les uns veulent encadrer les DPI dans des catégories des droits privés existants; les autres

¹¹³ Maristela Basso. *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000 [Basso, « Direito »]. aux pp 28/37.

¹¹⁴ *Ibid.* aux pp 28/37.

¹¹⁵ *Ibid.* aux pp. 28/30.

veulent créer une nouvelle catégorie pour les DPI¹¹⁶. La première catégorie part de la « répartition romaine classique des droits: a) personnels, relatifs aux attributs de la personne du titulaire (droits de la personnalité); b) réels, relatifs aux choses matérielles; c) obligationnels, relatifs aux prestations d'un sujet au profit de l'autre. »¹¹⁷ Cette dernière catégorie peut être laissée de côté, car personne ne fonde les DPI sur le droit privé des obligations. Certains juristes allemands du XVIIème et du XVIIIème siècles considéraient les DPI comme des droits réels — droits de propriété — et la contrefaçon/contrefaction comme une violation de ce droit de propriété. Plus tard, cette théorie a gagné de la force, notamment en France et c'est pour cette raison que l'on parle aujourd'hui de « propriété » intellectuelle.¹¹⁸

Au lendemain de la Révolution française, les DPI étaient donc vus comme des instruments qui mettent l'accent sur la propriété privée, plutôt qu'un instrument de politique publique. Ils étaient considérés comme un droit naturel dont l'inventeur était pourvu et que la société, représentée par l'État, devait reconnaître, protéger et mettre en vigueur (théorie du droit naturel)¹¹⁹. Selon Mgbeoji, « private 'tool-gates' or 'fences' were erected around knowledge according to the concept of *ius excluendi* and *ius prohibendi*. »¹²⁰

Par la suite, d'autres auteurs les considéreront comme des droits personnels en tant que droits de la personnalité, surtout en raison des caractéristiques des droits moraux des DPI.¹²¹ Les DPI ont en effet un caractère double: réel et personnel. Pour cette raison, on a conçu une théorie qui veut créer une nouvelle catégorie pour les DPI, capable d'encadrer ces deux caractères simultanément. Il s'agit de la théorie du

¹¹⁶ *Ibid.* à la p. 31.

¹¹⁷ *Ibid.* Notre traduction.

¹¹⁸ *Ibid.* à la p. 32.

¹¹⁹ Mgbeoji, *supra* note 4, à la p. 19.

¹²⁰ *Ibid.* à la p. 18.

¹²¹ Basso, « Direito », *supra* note 113, à la p. 32.

droit *sui generis*, qui considère les DPI comme une quatrième catégorie de droit à être ajoutée aux trois catégories romaines classiques.¹²²

Une combinaison de droits publics et privés dans les DPI n'est pas difficile à comprendre. D'abord parce que les DPI sont vus comme un incitatif à la créativité qui, à la longue, est bénéfique pour tous (théorie de la récompense)¹²³. Dans le cas de brevets, le DPI est octroyé en échange de la révélation de l'invention; l'État octroie le privilège à l'inventeur en échange de la révélation du secret de l'invention qui bénéficie toute la société (théorie du contrat/révélation du secret)¹²⁴. Quand on confère des droits d'exclusivité de marché, le brevet permet au fabricant de récupérer son investissement en R&D. L'octroi des droits d'exclusivité constitue une acceptation de la part de la société du fait que, sans le brevet, il ne se produirait pas suffisamment d'inventions, ni d'innovations. Malgré les coûts qui découlent du monopole, à la longue les consommateurs en bénéficieraient¹²⁵.

Nous adoptons dans ce mémoire l'idée selon laquelle les DPI représentent une combinaison de droits publics et privés (théorie de la récompense): en échange de la révélation d'un savoir traditionnel, qui peut bénéficier toute la société, on octroie un privilège à la communauté qui l'a développé. En plus des bénéfices financiers, ce privilège apportera à la communauté locale une reconnaissance morale et le contrôle sur l'utilisation de son savoir, empêchant la biopiraterie.

¹²² *Ibid.* aux pp. 34/37.

¹²³ Mgbeoji, *supra* note 4, à la p. 20.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Correa, « Temas », *supra* note 57, à la p. 62.

1.2.4 *Le problem-solving approach*

Ce travail adopte comme cadre théorique le *problem-solving approach*. Cette approche, selon Cox¹²⁶, est une réponse simple et directe, un guide pour aider à résoudre un problème « posed within the terms of the particular perspective which was the point of departure »¹²⁷. Dans le cadre de cette approche, on prend la situation telle qu'elle se présente, avec les « prevailing social and power relationships and the institutions into which they are organised, as the given framework for action »¹²⁸.

L'objectif général du *problem-solving approach* est de reconnaître ces relations et de faire en sorte que ces institutions travaillent « smoothly by dealing effectively with particular sources of trouble »¹²⁹, dans notre cas, la biopiraterie des savoirs traditionnels. Puisque le cadre général des institutions et des relations n'est pas remis en question, le problème sous analyse peut être considéré seulement en relation aux sphères desquelles il est originaire. La force du *problem-solving approach* est qu'elle fixe des limites ou des paramètres pour un certain problème et réduit à un nombre minimal les variables afin de donner une analyse proche et précise.

The *ceteris paribus* assumptions, upon which such theorising is based, make it possible to arrive at statements of laws or regulation which appear to have general validity but which imply, of course, the institutional and relational parameters assumed in the problem-solving approach.¹³⁰

Le *problem-solving approach* est différent de l'approche critique du droit. Le premier considère les institutions et les relations sociales et de pouvoir, en tant que

¹²⁶ Robert W. Cox, « Social forces, states and world orders: beyond international relations theory » (1981) 10 Millennium: J. Int'l Stud. 126, à la p. 128.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ *Ibid.* à la p. 129.

¹³⁰ *Ibid.* à la p. 129.

paramètres fixe tandis que l'approche critique¹³¹ en questionne les fondements et cherche à les démontrer. Le point de départ de cette approche est toujours un aspect ou une sphère particulière de l'activité humaine, telle que la biopiraterie des savoirs traditionnels. Le *problem-solving approach* amène à une subdivision analytique et limitative de la question sous examen. Cette procédure est non-historique ou anhistorique, puisqu'elle postule un présent continu (la permanence des institutions et relations de pouvoir qui constituent ses paramètres).

Because it deals with changing reality, critical theory must continually adjust its concepts to the changing object it seeks to understand and explain. These concepts and the accompanying methods of enquire seem to lack the precision that can be achieved by the problem solving theory, which posits a fixed order as its point of reference.¹³²

Il s'agit d'un guide pour des actions tactiques qui, intentionnellement ou non, soutiennent l'ordre existant¹³³. Ici, nous avons fait ce choix parce que la question de la biopiraterie de savoirs traditionnels est urgente et nous croyons qu'il ne reste pas de temps pour de discussions philosophiques. Il faut agir et protéger les savoirs traditionnels pendant qu'eux existent. Il est inutile de trouver la solution idéale une fois les savoirs traditionnels disparus.

1.3 Méthodologie

Le travail de ce mémoire a consisté, en grande partie, en une analyse documentaire systématique afin de dresser le cadre théorique sur lequel s'appuierait l'analyse, de documenter la problématique et de trouver des exemples de solutions.

¹³¹ Voir Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Paris, Pédone, 2007; Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005; Rémi Bachand, « La critique en droit international: Réflexion autour des livres de Koskenniemi, Anghie et Miéville » (2006) 19 R.Q.D.I. 1; David Kennedy, « Theses about International Law Discourse » (1980) 23 G.Y.I.L. 353; David Kennedy, « The Sources of International Law » (1987) 2 A.U.J.I.L. 353.

¹³² Cox, *supra* note 126, à la p. 129.

¹³³ *Ibid.* à la p. 130.

D'abord, nous avons examiné la littérature sur les AE du droit, ainsi que la doctrine portant sur la question des savoirs traditionnels, des DPI et de la biopiraterie. Nous avons essayé de mener la recherche bibliographique de forme concentrée sur certains travaux : parmi la littérature universitaire, les monographies spécifiques sur les sujets concernés (savoirs traditionnels, PI et la biopiraterie); les traités qui couvrent ces sujets dans leurs chapitres; des documents et publications des organismes internationaux qui sont concernés par le domaine; et des publications de présentations de colloques sur le sujet. Nous nous sommes servi aussi de périodiques, principalement l'*Intellectual Property Watch*, qui traite des actualités relatives aux questions de PI, ainsi que *Le Monde diplomatique*, qui est incontournable en droit international.

Ensuite, nous avons analysé les instruments juridiques tels que les traités et les accords internationaux traitant des savoirs traditionnels, de la biopiraterie et de la PI, ainsi que les documents issus des organisations internationales : OMC, OMPI, CDB (et décisions, rapports et documents de la Conférence des parties), Programme des Nations Unies pour l'environnement (ci-après PNUE), Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement; Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (ci-après UNESCO), des sous-organismes des NU, ainsi que des organisations non-gouvernementales tels que l'Institut international du développement durable – IIDDD, afin de dresser le portrait du cadre juridique existant en ce qui concerne la protection des savoirs traditionnels. Nous avons aussi examiné des lois nationales de certains pays, parmi ceux qui ont des lois contre la biopiraterie de savoirs traditionnels. Vues les limites d'un mémoire de maîtrise, nous avons décidé de nous limiter aux lois qui reviennent plus fréquemment dans la doctrine et qui nous ont semblé plus créatives, efficaces et respectueuses des intérêts des communautés traditionnelles et de la préservation de l'environnement.

La recherche a été faite parmi les documents disponibles en français, anglais, portugais et espagnol. Quant à la nature de la documentation, nous avons essayé de consulter les législations disponibles en ligne.

Nous avons choisi comme cadre temporel de la recherche celui d'après 1992, date de la signature de la CDB¹³⁴, qui prévoyait enfin la protection de savoirs traditionnels. Une recherche sur les écrits antérieurs à cette date ne nous a donc pas semblée opportune pour ce qui touche à la problématique. Pour ce qui est du cadre théorique retenu, la recherche remonte jusqu'aux années 1970, quand ont été publiés les premiers articles des AE.

¹³⁴ CDB, *supra* note 38.

CHAPITRE II

LE CADRE JURIDIQUE EXISTANT

Le fait que les savoirs traditionnels intéressent simultanément le droit international de l'environnement et le droit international économique pose une question préalable à propos du domaine du droit compétent pour régler cette question. La question des savoirs traditionnels se trouve à la frontière entre le droit international de l'environnement et le droit international économique. En effet, comme ces savoirs représentent un élément de la biodiversité selon la CDB, ils sont régis pas le droit international de l'environnement; puisqu'ils ont une valeur économique qui leur confère un aspect de marchandise, ces savoirs constituent une matière de droit international économique.

Malgré le caractère évident des rapports entre l'activité économique et l'environnement, le souci d'orienter le processus économique de façon à préserver l'environnement et de promouvoir le développement durable est récent.

Le droit international économique, qui régleme le commerce international, prend forme par le biais des organismes internationaux et des accords bilatéraux et régionaux de commerce¹³⁵. Le droit international économique a commencé à traiter des questions environnementales dans le cadre du système multilatéral de commerce

¹³⁵ Voir Andreas F. Lowenfeld, *International economic law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, à la section « The Environment and International Economic Law ».

de l'OMC. L'Organisation prévoit dans le préambule de son Accord constitutif la nécessité de préserver l'environnement et de promouvoir le développement durable¹³⁶. Les mesures qu'elle prévoit dans ses domaines de compétence¹³⁷ sont efficaces en raison de l'efficacité de son mécanisme de règlement de différends, qui rend possible, automatiquement, l'imposition de sanctions commerciales aux pays qui ne respectent pas les dispositions de l'Organisation¹³⁸.

Par ailleurs, le droit international de l'environnement s'organise autour de plusieurs accords environnementaux multilatéraux, développés de façon *ad hoc*, selon chaque problématique. Ces accords, au départ, n'étaient pas nécessairement cohérents entre eux, ni avec les accords commerciaux et encore moins avec les législations nationales¹³⁹.

En conséquence, l'environnement et le commerce représentent aujourd'hui deux corps distincts du droit international.

En principe, le droit international environnemental est le premier recours pour la protection des savoirs traditionnels. La réglementation de leur exploitation a pris

¹³⁶ « *Reconnaissant* que leurs rapports dans le domaine commercial et économique devraient être orientés vers le relèvement des niveaux de vie, la réalisation du plein emploi et d'un niveau élevé et toujours croissant du revenu réel et de la demande effective, et l'accroissement de la production et du commerce de marchandises et de services, tout en permettant l'utilisation optimale des ressources mondiales conformément à l'objectif de développement durable, en vue à la fois de protéger et préserver l'environnement et de renforcer les moyens d'y parvenir d'une manière qui soit compatible avec leurs besoins et soucis respectifs à différents niveaux de développement économique, [...] » (*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 12 avril 1994, en ligne: OMC <www.omc.org>).

¹³⁷ Soit par exemple, les règles d'étiquetage, les mesures sanitaires et phytosanitaires et les normes concernant les procédés et méthodes de production et les DPI.

¹³⁸ Voir PNUÉ Division de la technologie, de l'industrie et de l'économie Unité de l'économie et du commerce et Institut international du développement durable, *Environment and trade: a handbook*, Winnipeg, Institut international du développement durable, 2000.

¹³⁹ Voir Jean-Maurice Arbour et Sophie Lavallée, *Droit international de l'environnement*, Cowansville, Yvon Blais, 2006; Peter H. Sand « The evolution of international environmental law » dans Daniel Bodansky et al., dir., *The Oxford handbook of international environmental law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 29.

corps principalement par le biais de la CDB, qui régleme l'accès aux ressources génétiques de la biodiversité en créant un marché où elles seront protégées par des DPI. Comme nous allons le voir plus bas, la CDB traite de la protection des savoirs traditionnels contre la biopiraterie dans ses articles 8(j); 15; 16; et 19¹⁴⁰.

Contrairement au droit international économique, l'efficacité du droit international de l'environnement, quant à la protection globale de l'environnement, est mise en doute par plusieurs commentateurs.¹⁴¹ Parmi les raisons avancées pour son inefficacité¹⁴² on retrouve son manque de force contraignante, parce que, dans son ensemble, le droit international de l'environnement offre, à l'inverse de l'OMC, moins d'avantages aux parties pour qu'elles y adhèrent. En plus, le fait que le droit international de l'environnement n'ait pas de corps juridique et institutionnel centralisé, régi par le principe du *single undertaking*¹⁴³, représente un défi à son efficacité. Les États peuvent donc participer à un accord, mais non à un autre. De

¹⁴⁰ L'adoption de la CDB représente un progrès substantiel dans la protection de la biodiversité, en réglementant les questions des ressources génétiques et aussi celles relatives aux savoirs traditionnels autochtones. Quant à ces derniers, la CDB reconnaît les droits des détenteurs et l'obligation morale des gouvernements de sauvegarder ces droits par le biais des DPI. En effet, l'élément commun entre les ressources génétiques et les savoirs traditionnels, d'une part, et les technologies modernes, d'une autre, c'est que leur valeur économique réside dans l'information qu'ils contiennent. Or dans la société contemporaine, quand on considère que la valeur économique d'un bien est intangible, on peut affirmer que la protection de l'innovation de ces ressources aura lieu par le biais des DPI (Pierina German-Castelli « Convention on biological diversity: fairness and equity versus economic efficiency – A reflection based on experiences in the Brazilian Amazonian » dans Fernando Mathias et Henry de Novion, dir., *The corsorads of modernity: Debates on biodiversity, technoscience and culture*, Sao Paulo, Instituto Socioambiental, 2006, 283).

¹⁴¹ Voir la section « L'insuffisance du cadre juridique existant », *infra* aux pp 60-66.

¹⁴² De laquelle nous traiterons dans la session *L'insuffisance du cadre juridique existante*.

¹⁴³ Exprimé dans l'article 2, II et III de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, selon lequel « il n'est pas possible d'adhérer à seulement partie des Accords, sous peine de casser son équilibre et sa logique structurelle, à l'exception des "Accords commerciaux plurilatéraux", de l'Annexe 4. (*Accord instituant, supra* note 136).

De ce principe découle l'unité du système de l'Organisation, vu qu'il n'admet pas que les États fassent des réserves quand ils signent l'Accord (Basso, « Direito », *supra* note 113 à la p. 179. Notre traduction).

plus, les États peuvent émettre des réserves à certains accords environnementaux¹⁴⁴. Ceci rend difficile la mise en vigueur des accords.

Inévitablement, ces deux systèmes juridiques interagissent. Le droit international de l'environnement définit de plus en plus la forme que doivent prendre les mesures économiques des États. Le droit international économique, pour sa part, multiplie les réglementations, déterminant comment les pays doivent formuler leurs lois et leurs politiques nationales dans des domaines affectant indirectement la protection environnementale.

Cette dualité se confirme à propos de la question des savoirs traditionnels, qui est régie d'une part par la CDB et d'autre part par les accords liés à la PI. Ceux-ci comprennent l'ADPIC et ceux administrés par l'OMPI, vue l'inexistence d'un accord spécifique sur le sujet. Ce cadre juridique est-il suffisant pour protéger les savoirs traditionnels de la biopiraterie? Nous nous proposons d'examiner les divers volets impliqués.

2.1 La protection des savoirs traditionnels dans le droit international de l'environnement – la *Convention sur la diversité biologique* (CDB)

Signée par 156 pays¹⁴⁵ pendant la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement tenue à Rio de Janeiro en 1992, la CDB tente de répondre aux revendications des pays du Sud contre la biopiraterie. Avant 1992, il n'y avait aucun

¹⁴⁴ Il y a aussi des accords environnementaux qui ne permettent pas de réserve, tel que : la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (*Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone*, 22 mars 1985, en ligne : PNUÉ <<http://www.unep.org/ozone/pdfs/viennatext-fr.pdf>>; le Protocole de Kyoto (*Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 11 décembre 1997, en ligne: CCNUCC <<http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpfrench.pdf>>); le Protocole de Cartagena (*Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, 29 janvier 2000, en ligne : CBD <<http://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-fr.pdf>>).

¹⁴⁵ En juillet 2009, la Convention compte 191 parties (168 signatures). (*Convention sur la diversité biologique, Liste des parties*, en ligne : CBD <<http://www.cbd.int/convention/parties/list/>>).

traité international et presque aucun régime national qui réglementait les savoirs traditionnels¹⁴⁶.

La CDB est régie par les principes de la « préoccupation commune de l'humanité »¹⁴⁷ et celui de la « souveraineté des États sur leurs ressources biologiques »¹⁴⁸. Les objectifs de la Convention sont énumérés à l'article premier :

Les objectifs de la présente Convention, dont la réalisation sera conforme à ses dispositions pertinentes, sont la **conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ces éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques**, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des techniques pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux techniques, et grâce à un financement adéquat (nos soulignés).

Pour atteindre ses objectifs, la CDB cherche à mettre en place des mécanismes pour encourager la conservation au niveau national¹⁴⁹, à créer une structure internationale pour le soutien de la mise en œuvre des objectifs¹⁵⁰ et à fixer des principes pour l'échange des ressources biologiques, génétiques et des savoirs

¹⁴⁶ Andréa Nascimento Müller, « A proteção dos conhecimentos tradicionais por meio das indicações geográficas » dans Edson Beas Rodrigues Jr. et Fabrício Polido, dir., *Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, 301, à la p. 302.

¹⁴⁷ « Préambule

[...]

Affirmant, que la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune de l'humanité.

[...] » (CDB, *supra* note 38).

¹⁴⁸ « Article 3. Principes

Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans de régions ne relevant d'aucune juridiction nationale. » (*Ibid.*)

¹⁴⁹ CDB, art. 6 (*Ibid.*)

¹⁵⁰ CDB, arts. 17, 18, 21 et 22 (*Ibid.*)

traditionnels¹⁵¹. L'approche utilisée par la Convention est celle de l'utilisation rationnelle ou durable des ressources/savoirs traditionnels¹⁵². Le principe du partage juste et équitable des bénéfices (15.7), de l'accès aux ressources (15.2), ainsi que la nécessité du consentement préalable en connaissance de cause (15.5), sont consacrés à l'article 15 de la CDB :

Article 15. Accès aux ressources génétiques

1. Étant donné que les États ont droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles, le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements et est régi par la législation nationale.
2. Chaque Partie contractante s'efforce de créer les conditions propres à faciliter l'accès aux ressources génétiques aux fins d'utilisation écologiquement rationnelle par d'autres Parties contractantes et de ne pas imposer de restrictions allant à l'encontre des objectifs de la présente Convention.
3. Aux fins de la présente Convention, on entend par ressources génétiques fournies par une Partie contractante, et dont il est fait mention dans le présent article et aux articles 16 et 19 ci-après, exclusivement 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.
4. L'accès, lorsqu'il est accordé, est régi par des conditions convenues d'un commun accord et est soumis aux dispositions du présent article.
5. L'accès aux ressources génétiques est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources, sauf décision contraire de cette Partie.
6. Chaque Partie contractante s'efforce de développer et d'effectuer des recherches scientifiques fondées sur les ressources génétiques fournies par d'autres Parties contractantes avec la pleine participation de ces Parties et, dans la mesure du possible, sur leur territoire.
7. Chaque Partie contractante prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées, conformément aux articles 16 et 19 et, le cas échéant, par le biais du mécanisme de financement créé en vertu des articles 20 et 21, pour assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie

¹⁵¹ Révélation d'origine des ressources/savoirs traditionnels, partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources/savoirs traditionnels et le consentement préalable. CDB, art. 15 (*Ibid.*)

¹⁵² CDB, art. 10 (*Ibid.*)

contractante qui fournit ces ressources. Ce partage s'effectue selon des modalités mutuellement convenues.

Le partage juste et équitable des bénéfices représente l'objectif de la politique économique de la Convention, puisqu'elle a également comme but le développement socio-économique des pays du Sud, outre la conservation de la biodiversité mondiale. Le partage des avantages apparaît donc comme un moyen pour diminuer les différences économiques, scientifiques et technologiques entre les parties contractantes. Certains interprètent ce document comme soulignant la valorisation économique des ressources génétiques/savoirs traditionnels comme outil de financement et conservation de la biodiversité¹⁵³, dans le sens où les revenus provenant des dites ressources/savoirs peuvent être appliqués dans la conservation de la biodiversité.

Le mécanisme du consentement préalable en connaissance de cause représente l'exigence selon laquelle le pays doit être consulté avant que quiconque ait accès aux ressources génétiques qui se trouvent dans leur territoire. Ce consentement exige donc qu'on clarifie les objectifs, les finalités et la façon dont la recherche sera menée.

L'article 15.7 de la CDB détermine qu'en échange de l'accès aux ressources les parties contractantes doivent partager les résultats des activités de R&D et les avantages découlant de l'utilisation — commerciale ou autre — des ressources génétiques avec le pays où se trouve la ressource. Le partage des bénéfices serait la contrepartie pour l'accès aux ressources et savoirs.

Cet article reflète en déterminant cet échange le fait mentionné plus haut que, dans la majorité des cas, la plupart des ressources génétiques de la biodiversité se trouvent dans le territoire des pays du Sud, alors que la technologie appartient aux pays du Nord.

La CDB a été le premier instrument international à préconiser la protection des savoirs traditionnels, qu'elle considère comme partie intégrante de la biodiversité, puisqu'ils seraient un outil de conservation et d'utilisation durable de la biodiversité¹⁵⁴. De ce fait, elle crée un cadre légal afin que l'utilisation de ces savoirs ait toujours lieu de façon à respecter ses objectifs. La CDB en prévoit également la forme d'exploitation commerciale, principalement dans son article 8(j) :

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

j) Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques;¹⁵⁵

La Convention prévoit que, dans un premier temps, la protection des savoirs traditionnels doit être établie dans la sphère juridique interne de chaque membre, suivant les lignes fixées dans la Conventions par rapport au partage des bénéfices, à la révélation d'origine et au consentement préalable. Les États doivent donc protéger et maintenir les savoirs traditionnels et favoriser leur application à plus grande échelle, mais avec accord des communautés traditionnelles dépositaires de ces connaissances dans ce processus¹⁵⁶. Un problème de taille se pose à ce moment : la CDB dicte seulement qu'il faut protéger les savoirs traditionnels, mais elle n'établit pas explicitement les moyens de le faire. Elle n'établit pas de mécanismes de protection à être adoptés par les États au plan national. Après avoir affirmé à l'article

¹⁵³ Moretti et Aubertin, *supra* note 56, à la p. 27.

¹⁵⁴ CDB, au préambule et aux articles 8(j), 10(c), 17.2 et 18.4 (CDB, *supra* note 38.)

¹⁵⁵ *Ibid.*

8.j qu'il faut protéger les savoirs traditionnels, elle donne la piste des DPI, mais s'arrête là.

L'article 16.3 traite de l'obligation incombant aux parties contractantes d'assurer aux pays qui ont des ressources naturelles génétiques l'accès aux technologies utilisées dans l'exploitation de ces ressources, y compris celles protégées par brevet ou autre DPI.¹⁵⁷ En effet, plusieurs mécanismes que la Convention établit pour atteindre ses objectifs ont un rapport très proche, direct ou indirect, avec les DPI. L'article 16.2 de la CDB reconnaît que le développement et le transfert de technologies sont directement reliés aux DPI.¹⁵⁸ Selon Pinton et Grenand ces dispositions laissent sous-entendre que l'orientation juridique à prendre en matière de protection des savoirs traditionnels serait les DPI¹⁵⁹. Cependant, la seule mention expresse des DPI (particulièrement les brevets), se retrouve à l'article 16.5 de la CDB, qui prévoit ce qui suit :

Article 16. Accès à la technologie et transfert de technologie

[...]

5. Les Parties contractantes, reconnaissant que les brevets et autres droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur l'application de la Convention, coopèrent à cet égard sans préjudice des législations nationales et

¹⁵⁶ Arbour et Lavallée, *supra* note 139, à la p. 479.

¹⁵⁷ CDB, *supra* note 38.

¹⁵⁸ « Article 16. Accès à la technologie et transfert de technologie

[...]

2. L'accès à la technologie et le transfert de celle-ci, tels que visé au paragraphe 1 ci-dessus, sont assurés et/ou facilités pour ce qui concerne les pays en développement à des conditions justes et le plus favorables, y compris à de conditions de faveur et de préférentielle s'ils en est ainsi mutuellement convenu, et selon de besoin conformément aux mécanismes financiers établis aux termes des articles 20 et 21. Lorsque les technologies font l'objet de brevets et autres droits de propriété intellectuelle, l'accès et le transfert sont assurés selon de modalités qui reconnaissent les droits de propriété intellectuelle et sont compatibles avec leur protection adéquate et effective. L'application du présent paragraphe sera conforme aux dispositions des paragraphes 3, 4 et 5 ci-après. » (*Ibid.*)

¹⁵⁹ Florence Pinton et Pierre Grenand, « Savoirs traditionnels, populations locales et ressources globalisées » dans Catherine Aubertin *et al.*, dir., *Les marchés de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007, 165, aux pp. 166-167.

du droit international pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à l'encontre de ses objectifs.¹⁶⁰

Un Groupe de travail a été créé en 1998 par la 4e Conférence des parties (COP4) de la CDB sur la mise en œuvre de l'article 8(j). Par la suite, à la 5e Conférence des parties (COP5), en 2000, ce Groupe a établi un programme de travail pour rendre effectives les dispositions de cet article. Le programme de travail pour les années 2006-2008 incluait le développement d'éléments pour un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, pour que les deux organismes (la Conférence des parties de la CDB et l'OMPI) travaillent en coopération sur le sujet, en créant une synergie, et non une duplicité de travail¹⁶¹. Les résultats présentés à la 9e Conférence des parties (COP9) à Bonn, en 2008, traitent de plusieurs aspects de la question des savoirs traditionnels, notamment des *Considérations relatives aux lignes directrices pour la documentation des connaissances traditionnelles*,¹⁶² du développement des éléments pour un système *sui generis* de protection des savoirs traditionnels, ainsi que des éléments d'un code de conduite éthique pour les parties.

Il est donc clair qu'il existe un besoin de créer une réglementation pour faire reconnaître les DPI de communautés sur leurs savoirs traditionnels. Pour que cette réglementation nationale soit effective, il sera nécessaire que les organismes internationaux¹⁶³ participent au processus en aidant techniquement les pays du Sud dans la mise en œuvre de la réglementation, et aussi qu'ils apprennent aux communautés traditionnelles à utiliser cette réglementation.

2.2 La protection des savoirs traditionnels par le droit international économique

¹⁶⁰ CDB, *supra* note 38.

¹⁶¹ COP 5, *Programme of work on the implementation of article 8(j) and related provisions of the convention on biological diversity –IV, Ways and means*, Doc. Off. COP 5 CDB NU, 2000, Doc COP 5 CDB NU V/16, en ligne : CDB <<http://www.cbd.int/decisions/?m=COP-05&id=7158&lg=0>>.

¹⁶² COP 9, *Article 8(j) et dispositions connexes*, Doc. Off. COP 9 CDB NU, 2008, Doc COP 9 CDB NU IX/13, en ligne : CDB <<http://www.cbd.int/decision/cop/?id=11656>>.

¹⁶³ Tels que les institutions de Bretton Woods, les NU et la CNUCED.

Dans le domaine du droit international économique, la protection des savoirs traditionnels peut avoir lieu par le biais du mécanisme de la PI. Ce mécanisme fait l'objet de l'un des Accords de l'OMC — l'ADPIC — et d'une des agences spécialisées des NU, l'OMPI.

2.2.1 L'OMPI

Les progrès technologiques du XIXe siècle ont amené les dirigeants à commencer un mouvement pour la protection internationale de la PI, qui jusqu'à ce moment-là n'était garantie que par des lois nationales peu efficaces. La première convention internationale sur le sujet a été signée le 20 mars 1883 et a créé l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle¹⁶⁴. En 1886 la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques¹⁶⁵ a été adoptée.

Ces premières conventions étaient très flexibles, permettant aux États signataires d'exclure de la protection quelques domaines technologiques et de déterminer des délais de validité différents pour les DPI assurés. Par exemple, plusieurs pays ont exclu de la protection les produits pharmaceutiques et chimiques¹⁶⁶.

En 1893, avec la fusion des secrétariats des deux unions – Union de Paris et Union de Berne – sont nés les *Bureaux internationaux réunis pour la protection de la propriété intellectuelle* (BIRPI), qui plus tard, en 1967, sont transformés dans l'OMPI, agence spécialisée en PI des NU, dont les objectifs étaient d'administrer les

¹⁶⁴ *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle*, 20 mars 1883, en ligne : OMPI <www.wipo.int> (dernière modification : 28 septembre 1979).

¹⁶⁵ *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, 9 septembre 1886 en ligne : OMPI <www.wipo.int> (dernière modification : 28 septembre 1979) [*Convention de Berne*].

¹⁶⁶ Correa, « Temas », *supra* note 57, à la p. 73.

traités internationaux de PI, d'aider les pays signataires à promulguer de lois de PI et d'harmoniser les législations nationales de PI¹⁶⁷.

Au fil du temps, un système international de PI a pris forme. Il est composé d'une gamme d'instruments légaux nationaux, régionaux et multilatéraux. Vers les années 1980, il existait environ 18 traités internationaux relatifs à la PI, dont la majorité était administrée par l'OMPI.

Cette agence n'a jamais pris d'initiative par rapport à la question des savoirs traditionnels et il a fallu attendre l'année 1998 pour qu'elle aborde le sujet. Cette année-là, l'Inde et le Pérou ont fait des demandes au sein de l'OMPI et aussi à l'OMC afin que celles-ci portent leur attention à la question de la biopiraterie. En 2000, l'OMPI a commencé l'étude sur le sujet et a établi¹⁶⁸ le *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*¹⁶⁹. Dans ces réunions le Comité a discuté des points suivants :

- les conditions pour la divulgation de brevets relatifs aux savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques;
- l'utilisation d'un système juridique *sui generis* pour la protection des savoirs traditionnels déterminé par leurs particularités;

¹⁶⁷ Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 77.

¹⁶⁸ Deere, *supra* note 16, à la p. 125.

¹⁶⁹ « Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI a été créé par l'Assemblée générale de l'Organisation en octobre 2000 (document WO/GA/26/6) en tant qu'instance internationale consacrée aux débats et au dialogue sur l'interaction de la propriété intellectuelle et des savoirs traditionnels, des ressources génétiques, et des expressions culturelles traditionnelles (folklore).

Le mandat actuel du comité (document WO/GA/30/8) demande qu'«il poursuive... ses travaux sur les questions indiquées dans son mandat précédent» et stipule que «ses nouvelles activités seront notamment axées sur l'examen de la dimension internationale de ces questions, sans préjudice des travaux menés au sein d'autres instances, et aucun résultat de ses travaux n'est à exclure, y compris l'élaboration d'un ou plusieurs instruments internationaux». L'Assemblée générale a exhorté le comité intergouvernemental à accélérer ses travaux et a en outre prié le Bureau international de poursuivre son assistance au comité intergouvernemental en mettant à la disposition des États membres les compétences et la documentation nécessaires. » (OMPI, en ligne : OMPI <www.wipo.int>).

- le développement de pratiques contractuelles de PI relatives à la distribution des profits aux communautés traditionnelles et à l'accès aux ressources génétiques (des orientations, des directives et des clauses modèles);
- la révision des critères en vigueur (nouveau; innovation), car ils ne s'appliquent pas aux savoirs traditionnels, et la nécessité de développer de nouveaux critères pour les savoirs traditionnels afin de permettre de les cataloguer; et,
- la création d'un guide pratique sur le sujet¹⁷⁰.

La conclusion de ces discussions est qu'il serait opportun d'établir un traité relatif aux savoirs traditionnels. Pour la situation immédiate, le Comité suggère la création d'un mécanisme *sui generis* international de protection des savoirs traditionnels, qui consisterait à l'adaptation des mécanismes existants de protection de PI, en mettant l'accent sur les caractéristiques spécifiques de ces connaissances.

Le Comité accorde aussi une attention spéciale à l'établissement de registres et de bases de données des savoirs traditionnels qui peuvent fonctionner comme une protection préventive : si le savoir est dans la base de données, il n'est pas nouveau et il est donc impossible de le breveter. Aussi la reconnaissance formelle des savoirs traditionnels par leur inscription dans la base de données peut être considérée comme une protection positive et une forme de droit *sui generis*.¹⁷¹ L'Inde et la Chine sont en train d'instaurer ces « bibliothèques numériques » en respectant les critères de la Classification internationale des brevets (CIB) de l'OMPI¹⁷². Ces pays permettent donc aux analystes des brevets dans le monde entier d'accéder à ces bases de données

¹⁷⁰ Raul di Sergi Baylão et Nurit Bensusan, « A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos nos fóruns internacionais » dans André Lima et Nurit Bensusan, dir., *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2003, 17, aux pp. 18-19. Notre traduction.

¹⁷¹ Catherine Aubertin *et al.* « L'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages : une question conflictuelle – exemples du Brésil et de la Bolivie » dans Catherine Aubertin *et al.*, dir., *Les marchés de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007, 121 [Aubertin *et al.*, « L'accès »], à la p. 139.

¹⁷² « La classification internationale des brevets (CIB), créée par l'Arrangement de Strasbourg de 1971, est un système hiérarchique de symboles indépendants de la langue pour le classement des brevets et des modèles d'utilité selon les différents domaines technologiques auxquels ils appartiennent. » (OMPI. *Classification internationale des brevets (CIB)*, en ligne : <http://www.wipo.int/classifications/ipc/fr/>).

afin de savoir si chaque demande de brevet découle ou non d'un savoir traditionnel, et, si oui, de ne pas octroyer le brevet. Hormis une protection capable de mettre fin ou, tout au moins, de diminuer la biopiraterie, empêchant l'octroi de brevet sur les savoirs traditionnels à un tiers autre que les communautés traditionnelles ou à des personnes sans leur consentement, la documentation des savoirs traditionnels permet aussi « la conservation, la promotion et une possible exploitation des savoirs traditionnels »¹⁷³.

Par contre, dans sa réunion du 29 juin au 3 juillet 2009,¹⁷⁴ le Comité est arrivé à une impasse, lorsqu'il discutait d'un mécanisme pour protéger les DPI des savoirs traditionnels. Le groupe des pays africains¹⁷⁵ a argumenté que le Comité devait élaborer un document légal contraignant et négocier le texte du document. Les pays du Nord s'y sont opposés en argumentant que le Comité devait d'abord dresser une ébauche et après déterminer si la forme la plus convenable était un accord contraignant ou non. Les pays du Sud croient qu'un accord contraignant est la seule façon de protéger les savoirs traditionnels de la biopiraterie, mais quelques représentants des pays du Nord (notamment le Canada, l'Union européenne, la Suisse et les États-Unis)¹⁷⁶ considèrent qu'ils ont besoin de mieux comprendre la question

¹⁷³ Correa, « Temas », *supra* note 57, aux pp. 216-218. Notre traduction.

¹⁷⁴ Kaitlin Mara, « WIPO work likely to continue on traditional knowledge, but how? » *Intellectual Property Watch* (30 juin 2009), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2009/06/30/wipo-work-likely-to-continue-on-traditional-knowledge-but-how/>>..

¹⁷⁵ Secrétariat du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI, *Proposition du groupe des pays africains concernant le mandat du comité intergouvernemental*, 2009, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/14/8 Rev., en ligne : OMPI <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_14/wipo_grtkf_ic_14_8_rev.pdf>.

¹⁷⁶ Pour le texte de la proposition de l'Union européenne ainsi que les commentaires faits à la proposition du groupe de pays africains, voir les liens dans l'article : Kaitlin Mara, « WIPO members seek deal to negotiate on traditional knowledge protection » *Intellectual Property Watch* (3 juillet 2009), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2009/07/03/wipo-members-seek-deal-to-negotiate-on-traditional-knowledge-protection/>> [Mara, « WIPO members »].

avant de déterminer la sorte d'accord la plus convenable¹⁷⁷. Ceci met le Comité en échec, car son mandat¹⁷⁸ expirait en 2009 et sa prolongation dépendait de la recommandation d'une proposition d'accord à l'Assemblée générale (ci-après AG) de l'OMPI. Sans la recommandation, le destin du Comité est présentement entre les mains de l'AG, qui se réunira le 22 septembre 2009. Puisque l'AG fonde habituellement sa décision sur la recommandation du Comité, sans recommandation, la décision de l'AG n'est pas prévisible.¹⁷⁹

Jusqu'à présent, l'OMPI a proposé une approche « bottom-up », selon laquelle les pays du Sud évalueront, d'abord, comment les mécanismes de PI nationaux existants peuvent être utilisés de façon plus effective dans la protection de savoirs traditionnels avant d'introduire une protection au niveau international.¹⁸⁰ La nécessité de remédier aux déficiences du système de l'OMPI a été une des raisons de la création de l'ADPIC.¹⁸¹

2.2.2 L'ADPIC

Actuellement, la majeure partie des DPI reliés au commerce international est régie par les règles de l'ADPIC. Cet Accord fait partie de l'Annexe 1-C de l'*Accord*

¹⁷⁷ Celle-ci est la première fois dans un forum de propriété intellectuelle que les pays du Sud demandent une protection pour leurs DPI, puisque normalement ce sont les DPI des pays du Nord qui sont protégés. La création d'un instrument contraignant est nécessaire pour des questions d'équité et de justice entre les deux groupes. (*Ibid.*)

¹⁷⁸ Assemblée générale de l'OMPI, *Rapport adopté par l'assemblée*, 2003, OMPI Doc. WO/GA/30/8, en ligne : OMPI <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/fr/wo_ga_30/wo_ga_30_8.pdf>.

¹⁷⁹ International Centre for Trade and Sustainable Development, « WIPO Committee reaches standstill on traditional knowledge » 13:25 *Bridges Weekly Trade News Digest* (8 juillet 2009); Kaitlin Mara, « Late-night breakdown on traditional knowledge at WIPO; future unclear » *Intellectual Property Watch* (6 juillet 2009), en ligne: <<http://www.ip-watch.org/weblog/2009/07/06/late-night-breakdown-on-traditional-knowledge-at-wipo-future-unclear/>>.

¹⁸⁰ Cottier et Panizzon, *supra* note 42, à la p. 379.

¹⁸¹ Par *déficiences* il faut comprendre principalement l'inexistence d'un organe compétent au sein de l'OMPI pour vérifier la mise en œuvre des obligations établies par les États et aussi le manque de sanction aux États qui n'ont pas fait observer les obligations auxquelles ils ont souscrit (Maristela Basso, *Propriedade intelectual na era pós-OMC*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005 [Basso, « Era »], à la p.159).

instituant l'Organisation mondiale du commerce et a été signé en 1994 à Marrakech. De façon résumée, l'ADPIC a comme principal objectif d'assurer des niveaux adéquats et uniformes de protection aux DPI dans tous les pays membres par la voie d'un corpus commun de règles¹⁸². Selon cet Accord, qui lie définitivement les DPI au commerce international, le terme PI comprend ces catégories : droit d'auteur et droits connexes (articles 9 à 14), marques (articles 15 à 21), indications géographiques (articles 22 à 24), dessins industriels (articles 25 et 26), brevets (articles 27 à 34), topographie de circuits intégrés (articles 35 à 38) et protection de renseignement confidentiel (article 39).

L'Accord ne fait pas mention des savoirs traditionnels. Ce silence ne va pas sans poser de problèmes. Pour Shiva¹⁸³, le silence de l'ADPIC rend possible la *biopiraterie* pour les raisons explicitées par Posey et Dutfield :

The biotechnology industries, which are mostly based on the North, rely on the availability of free biological resources from the South. Patent law protects corporate investments in R&D and enables companies to charge monopoly prices until the patent expires. On the other hand, the biodiverse countries of the South, which provide these resources without charge, must pay these monopoly prices and are expected to conserve the sites of origin of resources that made the manufactured of product possible.¹⁸⁴

En effet, il existe une controverse entre les pays du Nord qui sont intéressés par les savoirs traditionnels et les pays du Sud qui abritent la plus grande partie des populations traditionnelles et les ressources génétiques. Cette controverse tourne autour du *statut* des savoirs traditionnels face au DPI; les pays développés estiment

¹⁸² Paula Hebling Dutra et Mario Ferreira Presser « Propriedade intelectual e biodiversidade: avanços nas negociações dentro do parágrafo 19 da Declaração de Doha » *Economia Política Internacional: Análise Estratégica* n° 5 (avril 2003).

¹⁸³ Vandana Shiva, « Synergies between trade liberalization, environmental protection, sustained economic growth and sustainable development » dans Secrétariat de l'OMC, dir., *Trade, development and the environment*, Londres, Kluwer Law International, 2000, 71, à la p. 74.

¹⁸⁴ Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 94.

que, comme l'ADPIC ne les mentionne pas, ils ne sont pas sujets de protection par les DPI; par contre, les pays du Sud défendent qu'il faut respecter la CDB.¹⁸⁵

Après la signature de l'ADPIC, les pays du Sud ont continué le débat commencé lors de sa négociation sur des sujets tels que l'accès aux médicaments et la biopiraterie¹⁸⁶. Ce débat s'est conclu dans les négociations du Cycle de Doha par l'adoption de la *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*¹⁸⁷ et le lancement du Programme de travail de Doha, qui confère le mandat au Conseil de l'ADPIC pour la discussion du rapport entre l'ADPIC et la CDB ainsi que sur la question des savoirs traditionnels¹⁸⁸. Selon le Paragraphe 19 de la Déclaration ministérielle de Doha « [d]ans la réalisation de ces travaux, le Conseil des ADPIC sera guidé par les objectifs et principes énoncés aux articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC [la promotion de l'innovation et du transfert de technologie à avantage mutuel entre ceux qui génèrent et ceux qui utilisent la connaissance à fin de respecter le bien-être social et économique] et tiendra pleinement compte de la dimension développement. »¹⁸⁹, pour éviter que la protection des ressources naturelles génétiques, prévue par la CDB, ne soit ignorée par le biais de l'ADPIC. Selon Basso, « l'une de plus grandes préoccupations des pays en développement est justement la concession de brevets aux innovations qui emploient du matériau génétique (...), et

¹⁸⁵ Biswajit Dhar, « The Convention on Biological Diversity and the TRIPS Agreement: compatibility or conflict? » dans Christoph Bellmann *et al*, dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 77.

¹⁸⁶ Deere, *supra* note 16, à la p. 113.

¹⁸⁷ OMC, *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* (du 14 novembre 2001), en ligne : OMC <www.omc.org>.

¹⁸⁸ Deere, *supra* note 16, à la p. 123; OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration ministérielle* (du 20 novembre 2001), OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/1, en ligne : OMC <www.wto.org> [*Déclaration ministérielle*]; Correa, « Temas », *supra* note 57, à la p. 205.

¹⁸⁹ *Déclaration ministérielle*, *supra* note 188.

aussi le manque de respect de la Convention de la part des pays membres de l'OMC. »¹⁹⁰

2.3 L'insuffisance du cadre juridique existant

Ayant examiné le cadre juridique international existant, on constate *prima facie* qu'il est insuffisant pour protéger les savoirs traditionnels contre la biopiraterie. La CDB est insuffisante d'abord parce qu'elle n'établit pas le mécanisme pour la protection des savoirs traditionnels, et ensuite parce qu'elle est un instrument de droit international de l'environnement, lui-même non efficace. En plus, selon certains,¹⁹¹ il y aurait un conflit potentiel entre la CDB et l'ADPIC¹⁹², ce que l'OMC nie — c'est aussi notre avis —, vu que les accords peuvent être mis en vigueur de façon complémentaire.

L'inefficacité du droit international de l'environnement¹⁹³ provient fondamentalement de deux ordres de faits. Le premier réside dans la nature de l'objet à être protégé. L'environnement est un bien commun réparti entre frontières

¹⁹⁰ Basso, « Era », *supra* note 181, à la p. 81. Notre traduction.

¹⁹¹ PNUE et Institut international du développement durable, *supra* note 138, aux pp. 18/19; Arbour et Lavallée, *supra* note 139, à la p. 41; Marc Pallemarts, « Le droit comme instrument des politiques internationales de l'environnement : effectivité et symbolisme des normes » dans Michel Pâques et Michaël Faure, dir., *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 57, à la p. 59; Ronald B. Mitchell, « Compliance theory – Compliance, effectiveness, and behaviour change in international environmental law » dans Daniel Bodansky et al., dir., *The Oxford handbook of international environmental law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 893, à la p. 900; Sandrine Maljean-Dubois, « Institutions et organes de contrôle » dans Claude Impériali, dir., *L'effectivité du droit international de l'environnement : contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, Paris, Economica, 1998, 25, aux pp. 25/56; Pierre-Marie Dupuy, « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle » (1997) 4 R.G.D.I.P. 873, à la p. 878.

¹⁹² Voir la section « Un conflit entre la CDB et l'ADPIC? », *infra* aux pp. 60-64.

¹⁹³ Cette synthèse d'un enjeu important en Droit international de l'environnement mais dont le traitement exhaustif dépasse les paramètres de ce mémoire est fondée sur plusieurs œuvres dont nous suggérons la lecture pour avoir une vision plus approfondie du sujet et de ses nuances : PNUE et Institut international du développement durable, *supra* note 138, aux pp. 18/19; Arbour et Lavallée, *supra* note 139, à la p. 41; Pallemarts, *supra* note 191, à la p. 59; Mitchell, *supra* note 191, à la p. 900; Maljean-Dubois, *supra* note 191, aux pp. 25/56; Dupuy, *supra* note 191, à la p. 878.

politiques, de sorte que le non-respect des obligations contractées dans une convention de la part d'un pays représentera difficilement un dommage immédiat à un autre. L'absence d'un dommage concret et immédiat neutralise l'intérêt de demander le respect des obligations. La deuxième raison découle de la première : en l'absence de raison pour une réponse immédiate et dure, l'environnement ne provoque pas l'urgence de l'application des mécanismes juridiques internationaux coercitifs, nécessaires pour éviter des conflits imminents et graves. Cette situation de temporisation s'exprime de plusieurs manières : les accords environnementaux ne sont pas coercitifs et, pour cette raison, ne prévoient même pas, en règle générale, de système de règlement de différends capable d'imposer le respect des accords ou leur mise en œuvre. De plus, leurs dispositions mèneraient difficilement à des différends, étant donné que, généralement, elles sont extrêmement génériques et ouvertes à tous genres d'exceptions, de façon à ne pas dépasser les limites d'un registre de bonnes intentions. Puisqu'ils ne perçoivent pas le droit international de l'environnement comme étant une source de conflit, les États s'exemptent de la création d'une Organisation mondiale de l'environnement, qui serait chargée de fonctions de réglementation et d'arbitrage.¹⁹⁴

À l'aide des AE, on peut comprendre la raison pour laquelle, parmi le grand nombre de traités environnementaux négociés, seuls quelques-uns ont été efficaces¹⁹⁵, la plupart se faisant piéger par le dilemme du prisonnier¹⁹⁶. Dans les situations où le bien commun – la protection de l'environnement – dépend de la décision individuelle des États, chaque État doit choisir entre agir pour ce bien commun ou imposer aux

¹⁹⁴ PNUE et Institut international du développement durable, *supra* note 138, aux pp. 18/19; Arbour et Lavallée, *supra* note 139, à la p. 41; Pallemarts, *supra* note 191, à la p. 59; Mitchell, *supra* note 191, à la p. 900; Maljean-Dubois, *supra* note 191, aux pp. 25/56; Dupuy, *supra* note 191, à la p. 878.

¹⁹⁵ Scott Barrett, « An economic theory of international environmental law » dans Daniel Bodansky et al., dir., *The Oxford handbook of international environmental law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 231 [Barrett, « Economic theory »], à la p. 260.

¹⁹⁶ *Ibid.* à la p. 237.

autres États cette externalité. Le bien commun est alors miné par le *free riding*¹⁹⁷, c'est à dire, le fait que tous les États bénéficient du bien commun, même ceux qui choisissent de ne rien faire¹⁹⁸.

Les États sont donc interdépendants à l'égard de l'environnement, des technologies et du commerce international. En fait, le commerce est un problème pour la coopération environnementale à cause d'un phénomène appelé « leakage ». Par exemple, quand un groupe de pays coopère pour la réduction de la pollution, les États qui refusent de coopérer gagnent un avantage comparatif de l'activité polluante; en conséquence, les niveaux d'émissions dans ces derniers pays augmentent aux dépens des autres. Celle-ci n'est pas seulement une possibilité théorique. Dans le cas du Protocole de Montréal¹⁹⁹, le « leakage » menaçait les efforts des pays industrialisés de limiter les émissions de CFC, car des pays, tels que l'Inde, ont augmenté leur production pour exporter aux pays du Sud, dans lesquels ils avaient anticipé de grandes opportunités commerciales parce que les pays du Nord abandonnaient progressivement les CFC.²⁰⁰

Comme l'explique Wagner, la coopération internationale pour la protection de l'environnement est complexe :²⁰¹

[T]he game of international environmental cooperation certainly is more complex and players control more than just one strategic choice variable. It is also important to take account of interference and reinforcement effect arising

¹⁹⁷ Le *free riding* est le fait d'utilisateurs d'un bien, d'un service ou d'une ressource, qui ne paient pas le juste prix de leur utilisation. Le problème du passager clandestin survient lorsque l'existence d'utilisateurs non payants entraîne la sous-production d'un bien public, la surconsommation d'un bien commun ou la surexploitation d'une ressource naturelle.

¹⁹⁸ Barrett, « Economic theory », *supra* note 195, à la p. 238.

¹⁹⁹ Protocole de Montréal, *supra* note 95.

²⁰⁰ Barrett, « Economic theory », *supra* note 195, à la p. 256.

²⁰¹ Wagner, *supra* note 91, à la p. 404.

from the interaction of IEAs [international environmental agreements] with markets and governments.²⁰²

Cette coopération nécessairement multilatérale est difficile à obtenir. En effet, la coopération entre deux pays en principe ne pose pas de problèmes. Si un pays triche dans un accord bilatéral, l'autre partie sera directement affectée et donc fortement motivée à sanctionner sévèrement la violation, probablement en annulant le traité. Mais, tant que l'accord attribue à chaque partie des gains, les violations sont improbables. Par contre, si l'on ajoute un pays supplémentaire au traité, le résultat est différent. Car il peut être bon encore pour deux des trois pays de continuer à coopérer même si le troisième décide de ne plus le faire. Dans ce cas, l'État qui décide de ne pas coopérer ne subira pas des conséquences graves, puisque l'annulation du traité n'est pas convenable aux autres parties. Plus on ajoute de pays, plus le problème de la coopération s'aggrave; elle devient de plus en plus difficile à maintenir quand le nombre des pays qui pourraient en bénéficier augmente.²⁰³

2.3.1 Un conflit entre la CDB et l'ADPIC?

La CDB et l'ADPIC exhibent des différences de traitement par rapport à l'octroi de brevet des ressources génétiques de la biodiversité et des savoirs traditionnels. La CDB prévoit des conditions pour l'octroi de brevets, alors que l'ADPIC est silencieux quant aux savoirs traditionnels et ne fixe pas ces conditions aux législations des pays membres dans l'octroi de brevets sur les ressources génétiques. Cette différence de traitement recèle un conflit potentiel et suscite déjà de fortes discussions sur la scène internationale, qui opposent le Nord et le Sud.

La CDB établit trois conditions à l'octroi de brevets sur des ressources génétiques (articles 15, 16 et 19):

²⁰² *Ibid.*, à la p. 392.

- la divulgation de l'origine de la ressource;
- le consentement préalable en connaissance de cause; et
- le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation de la ressource.

Par contre, l'ADPIC, n'impose aucune condition spécifique d'octroi de brevet aux ressources de la biodiversité dans son article 27.3.b., qui s'occupe des objets brevetables :

Article 27

Objet brevetable

[...]

3. Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité:

- a) les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux;
- b) les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et micro biologiques. Toutefois, les Membres prévoient la protection des variétés végétales par des brevets, par un système sui generis efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. Les dispositions du présent alinéa seront réexaminées quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC.²⁰⁴

D'autre part, l'article 16 de la CDB stipule que les ressources génétiques doivent être protégées par les DPI.

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

Les Parties contractantes, reconnaissant que les brevets et autres droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur l'application de la Convention, coopèrent à cet égard sans préjudice des législations nationales et du droit international pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à l'encontre de ses objectifs.²⁰⁵

²⁰³ Scott Barrett, *Environment and statecraft: the strategy of environmental treaty-making*, Oxford, Oxford University Press, 2003 [Barrett, « Statecraft »], à la p. 283.

²⁰⁴ Catherine Aubertin et Christian Moretti, « La biopiraterie entre illégalité et illégitimité » dans Catherine Aubertin *et al.*, dir., *Les marches de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007, 91, aux pp. 100-113/114.

²⁰⁵ CDB, *supra* note 38.

Le conflit ne se trouve pas dans les textes des accords, mais dans l'interprétation que les États et l'OMC pourront faire des législations nationales qui découlent de ces accords. Puisque la mise en œuvre desdits accords est nationale, il peut arriver qu'un pays élabore une législation de PI établissant que, pour accorder un brevet aux ressources biogénétiques, il faut que le demandeur remplisse les conditions établies par la CDB. Un autre pays pourrait contester cette législation auprès de l'OMC en disant qu'elle est contradictoire à l'ADPIC. Même si en théorie il n'y a pas de conflit entre les accords et que la décision finale de l'OMC est que le pays qui a créé la législation n'a pas violé l'ADPIC, le coût moral et financier d'un processus à l'OMC peut être trop élevé pour certains pays du Sud.

Parmi les membres de l'OMC, on constate deux positions – qui ne s'excluent pas mutuellement – sur la coexistence entre les deux accords. La première position défendue plutôt pour les pays du Nord défend la solution nationale pour la question des conditions établies par la CDB, de manière à ce que chaque pays régleme la question de l'accès aux ressources génétiques de son territoire, qu'il fasse le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation et qu'il détermine la façon selon laquelle les contrats seront élaborés. Cette solution respecte par ailleurs les obligations contenues dans la CDB.

L'autre position soutenue plutôt pour les pays du Sud défend un amendement à l'article 29 de l'ADPIC²⁰⁶, par lequel serait exigée la divulgation d'origine des

²⁰⁶ En 1999, le Groupe africain a soumis à l'OMC une demande pour une protection plus forte de leurs savoirs traditionnels contre la biopiraterie. Pendant l'année de 2006, les efforts des pays du Sud ont abouti à une proposition d'amendement de l'ADPIC présentée par un groupe de neuf pays, dont l'Inde en tête, appuyée ensuite par cinq autres pays du Sud, par le Groupe africain et par des pays moins développés. La proposition cherche à exiger à tous les Membres d'assurer la révélation de l'origine de tout matériel génétique et de tout savoir traditionnel utilisés dans les inventions. Par ses diplomates à Genève, accompagnés de représentants des populations traditionnelles, le Pérou a proposé son projet de loi national de protection des savoirs traditionnels et des ressources génétiques de la biodiversité comme base pour sa demande d'amendement à l'ADPIC pour protéger les savoirs traditionnels contre la biopiraterie. (Deere, *supra* note 16, aux pp. 125/126 et 208)

ressources biologiques ou des savoirs traditionnels et la preuve que le demandeur du brevet a respecté les lois du pays de leur origine quant à l'obtention du consentement préalable en connaissance de cause. L'absence de la divulgation d'origine de la ressource génétique ou une fausse divulgation pourrait amener à une annulation du brevet octroyé.²⁰⁷

Les deux solutions envisagées obligent l'agent intéressé à obtenir un brevet à informer le pays d'origine de la ressource. Il est donc obligé d'obtenir le consentement préalable en connaissance de cause et de réaliser le partage équitable des avantages découlant de ce brevet. Pourtant, les deux solutions annuleraient la principale critique des pays du Sud à la mise en œuvre de l'ADPIC dans les réglementations des ressources naturelles génétiques.

De plus, comme nous avons signalé plus haut, la CDB prévoit la protection des savoirs traditionnels par les DPI, sans toutefois établir des mécanismes pour le faire alors que l'ADPIC ne fait aucune mention des savoirs traditionnels. Une situation similaire pourrait donc découler du fait que les pays du Sud appliquent la protection des savoirs traditionnels prévue par la CDB dans leurs législations nationales et qu'ils finissent par avoir ces législations contestées à l'OMC sous l'allégation qu'elles sont incohérentes avec l'ADPIC. Pourtant, l'OMC refuse de réglementer la protections des savoirs traditionnels en allégeant qu'il n'y a pas de conflit entre la CDB et l'ADPIC et que ceux-ci sont complémentaires. En effet, comme l'ADPIC n'établit que des niveaux minimums de protection, rien n'empêche les pays d'avoir des législations nationales avec de niveaux de protection plus hauts que ceux prévus par l'ADPIC. Donc, il n'y a pas de conflit entre la législation nationale et l'ADPIC sur la protection des savoirs traditionnels. Mais cette position est loin de rassurer les pays du Sud

²⁰⁷ L'Inde, le Brésil, le Costa Rica et la Communauté andine ont des législations dans ce sens (Carlos Maria Correa, « Bilateral Investment Agreements: agents of new global standards for the protection of

voulant protéger ces savoirs; ils courent toujours le risque d'un litige possible pour lequel ils n'ont pas les ressources.

2.3.2 Le *self-contained regime* de l'OMC et son rapport avec la relation ADPIC/CDB

Un autre point de conflit entre les deux traités viendrait du fait que la CDB prévoit la Cour internationale de justice comme dernier recours juridique dans le cas de différends. Ce recours n'est pas possible dans le cadre de l'ADPIC, car, dans le système de l'OMC, les disputes doivent être réglées au sein de l'Organisation elle-même. Cette question mène à une discussion sur le *self-contained regime* de l'OMC, contexte où s'encadre le prétendu conflit.

Les *self-contained regimes*²⁰⁸ sont caractérisés par le fait que les obligations substantives qu'ils imposent à leurs parties sont accompagnées de remèdes légaux propres, pour les cas de violation des obligations. Dans le régime de l'OMC, les membres sont obligés d'invoquer les mesures prescrites par le régime de l'Organisation, et non celles du droit international public général, qui ne peuvent être invoquées que de façon subsidiaire.²⁰⁹

Néanmoins, le droit international général fournit un cadre normatif au droit de l'OMC. Ses principes ont été invoqués par l'Organe de règlement des différends,

intellectual rights? » (2004), en ligne : GRAIN <<http://www.grain.org>> [Correa, « Bilateral Investment Agreements »], à la p. 18).

²⁰⁸ La première référence à un *self-contained regime* a été faite par la Cour permanente de justice internationale dans l'arrêt S.S. Wimbledon (*Affaire du vapeur Wimbledon (Royaume Uni, France, Italie et Japon c. Allemagne – intervenant: Pologne)*, (1923), C.P.J.I (sér. A) N° 1). Dans ce cas, la Cour a analysé les provisions du Traité de Versailles et son application au Canal de Kiel (Bruno Simma et Dirk Pulkowski, « Of planets and the universe: self-contained regimes in international law » (2006) 17:3 E.J.I.L. 483, à la p. 491). La mention au *self-contained regime* a été faite dans le jugement de l'arrêt du 24 mai 1980 de la Cour internationale de justice, dans le cas du personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran au paragraphe 86 (*Affaire du personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran)*, [1980], C.I.J. rec., 3, à la p. 40).

²⁰⁹ Ambassade de l'Inde à Washington D.C. "Unilateral trade measures by states" (1998), en ligne : Indian embassy <http://www.indianembassy.org/policy/WTO/wto_india>.

notamment pour ce qui est du commerce et de l'environnement²¹⁰, qui a déjà reconnu que les accords de l'Organisation sont toujours liés au droit international général et ne sont pas isolés de celui-ci²¹¹.

Le régime de l'OMC est controversé. Il est considéré comme *self-contained* par une partie de la doctrine parce qu'il est fondé sur un traité, qui, en règle générale, fonctionne indépendamment du droit international public. Selon Pauwelyn²¹², toutefois, le régime de l'OMC n'est pas un *self-contained regime*, mais une branche ou un sous-système du droit international public général et, comme tel, doit interagir avec les autres branches ou sous-systèmes, tels que les traités de droits humains ou de droit international de l'environnement. Simma et Pulkowski²¹³ ajoutent que, même si le régime de l'OMC est considéré comme fort, il ne contient toutefois pas de règles d'interprétation qui viendraient aider les membres des groupes spéciaux à appliquer la loi substantive.

Pour ce qu'il est du cas spécifique du rapport ADPIC/CDB, la question a été résolue sur le plan pratique. La Déclaration ministérielle de Doha, par le paragraphe 19, a chargé le Conseil sur les ADPIC d'établir la coopération entre les deux accords.²¹⁴ Ceci est une reconnaissance de l'OMC elle-même reconnaît qu'elle n'est pas un *self-contained regime* et qu'elle doit interagir avec les autres sphères du droit international, même si le Conseil n'a pas avancé sur cette question.

²¹⁰ Voir la décision de l'Organe d'appel de l'OMC dans l'Affaire tortue-crevette (*États-Unis – Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du Mémoire d'Accord sur le règlement des différends)* (2001), OMC Doc. WT/DS58/AB/RW (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/gen_viewerwindow.asp?http://docsonline.wto.org:80/ddfdocuments/u/wt/ds/58abr.w.doc>.)

²¹¹ *Ibid*; Simma et Pulkowski, *supra* note 208, à la p. 492

²¹² Joost Pauwelyn, *Conflict of norms in public international Law: how WTO Law relates to other rules of international law*, New York, Cambridge University Press, 2003, compte rendu de Sungjoon Cho, en ligne : Global Law books <<http://www.globallawbooks.org>>.

²¹³ Simma et Pulkowski, *supra* note 208, à la p. 510

²¹⁴ *Déclaration ministérielle*, *supra* note 188.

2.4 ADPIC-extra

Une autre possibilité pour la mise en œuvre conjointe de l'ADPIC et de la CDB serait l'imposition de clauses ADPIC-extra dans les traités bilatéraux d'investissement (ci-après TBI) qui incluent la propriété intellectuelle dans leur définition d'investissement ou accords de libre-échange (ci-après ALE) signés entre les pays du Nord et les pays du Sud. Ce genre de traité représente la forme la plus puissante de pression économique du Nord vers le Sud pour imposer des altérations du régime de PI au delà de ce qu'établit l'ADPIC.

Les clauses ADPIC-plus sont celles qui créent des niveaux plus élevés de protection que ceux établis par l'ADPIC ou qui restreignent les flexibilités prévues dans l'Accord; à leur tour, les clauses ADPIC-extra réglementent des sujets qui ne faisaient pas partie de l'Accord. Ces clauses peuvent, entre autres, étendre le brevet à de nouveaux sujets, éliminer certaines exceptions, ajouter des droits d'auteur, accéder à des conventions internationales et adopter des normes plus élevées dans certains domaines.²¹⁵

Il convient d'éclairer la relation entre les investissements internationaux/TBI et les savoirs traditionnels. Dans une définition plus large d'investissement, le bioprospecteur qui détient le consentement préalable en connaissance de cause peut plaider la protection comme investisseur dans le cadre d'un TBI²¹⁶.

Quand les pays du Nord ont imposé l'inclusion des négociations sur les DPI dans le Cycle de l'Uruguay, ils envisageaient l'élévation des niveaux de protection des DPI parmi les membres²¹⁷. Cela a résulté dans la signature de l'ADPIC. Néanmoins, pour les pays du Nord, les niveaux minimums de protection établis par

²¹⁵ Deere, *supra* note 16, aux pp. 151/152.

²¹⁶ Correa, « Bilateral Investment Agreements », *supra* note 207, à la p. 2.

²¹⁷ *Ibid.*

l'ADPIC ne sont pas encore suffisants. Après l'insuccès dans l'obtention de niveaux de protection de PI plus élevés dans le cadre de l'OMC, ces pays, en particulier les États-Unis, ont commencé à défendre leurs intérêts par la négociation d'ALE, fondés sur des règles pour augmenter la libéralisation du commerce et des TBI qui instituent des règles de protection à l'investisseur étranger. Les pays du Nord ont donc inclus dans ces accords des règles de protection des DPI plus sévères que celles contenues dans l'ADPIC ou encore des règles qui réduisent ou éliminent les flexibilités prévues par ce dernier.

Dans les négociations du Cycle d'Uruguay, ainsi que pour les accords de l'OMC, les pays du Sud ont accepté l'inclusion de l'ADPIC ayant en vue non les avantages découlant de l'adoption d'un système de protection des DPI (même si les pays du Nord le considèrent comme minimum et avec trop de flexibilités), mais la possibilité d'une réduction de tarifs apportée par le système de l'Organisation, ainsi que l'ouverture des marchés des pays du Nord à leurs produits et ressources. Enfin, les pays du Sud ont été obligés d'accepter l'ADPIC à cause du principe du *single undertaking* adopté par l'OMC.²¹⁸

Ces mêmes pays signent maintenant des TBI et des ALE envisageant d'attirer plus d'investissements étrangers et d'obtenir une ouverture commerciale encore plus grande pour leurs produits.

Dans ces deux cas, les choix des pays du Sud peuvent être expliqués par une application du dilemme du prisonnier. En ce qui concerne l'acceptation de l'ADPIC par les pays du Sud, cet accord représentait un désavantage, mais, en même temps, il était le coût à payer pour bénéficier des autres avantages du système. Les signataires adoptaient alors un compromis qui n'était idéal pour aucun d'entre eux (les pays du Sud ne voulaient pas lier les questions de PI aux questions commerciales et les pays

du Nord voulaient des niveaux plus élevés de protection par les DPI), mais qui permettait un certain équilibre. En ce qui concerne les TBI qui incluent la PI dans la définition d'investissement, un État a un fort incitatif à négocier et à offrir des concessions à l'investisseur potentiel, en se faisant une destination plus attrayante à l'investissement que d'autres hôtes potentiels. Les pays du Sud signent donc des TBI en vue de leurs propres intérêts économiques. Cette « compétition » pour obtenir des investissements d'un État contre les autres États hôtes potentiels peut expliquer leur choix pour une réglementation bilatérale des investissements au lieu d'une réglementation multilatérale, par l'application du dilemme du prisonnier. Ils préfèrent une dynamique dans laquelle ils peuvent faire concurrence pour des investissements par le biais de la négociation individuelle.²¹⁹ Donc, nous voyons la même situation qui a eu lieu dans le cas de l'ADPIC, mais dans un cadre bilatéral ou régional, où les pays du Sud acceptent des désavantages plus importants que ceux prévus à l'ADPIC pour obtenir des avantages encore plus importants que ceux prévus aux accords constituant l'OMC pour les autres aspects commerciaux.

Dans un scénario où les pays du Nord défendent la mise en œuvre des dispositions de l'ADPIC et les pays du Sud défendent la mise en œuvre de celles de la CDB, les TBI et ALE sont normalement défavorables pour les derniers. Plusieurs d'entre eux, par exemple, ne permettent pas la mise en œuvre des dispositions de l'article 16.3 de la CDB, comme l'explique Correa²²⁰ :

Investment agreements, however, limit the ability of parties to apply "performance requirements" in a manner that goes well beyond the standards set forth by the WTO Agreement on Trade-Related Investment Measures. For instance, the US-Singapore FTA stipulates that "neither Party may impose or enforce any of the following requirements, or enforce any commitment or

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ Andrew T. Guzman, « Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties » (1998) 38 Va. J. Int'l L. 639, aux pp. 643, 655, 666, 678 et 680.

²²⁰ Correa, « Bilateral Investment Agreements », *supra* note 207, à la p. 25.

undertaking, in connection with the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, or sale or other disposition of an investment of an investor of a Party or of a non-Party in its territory...(f) to transfer a particular technology, production process, or other proprietary knowledge to a person in its territory" (article 15.8.1(f)).²²¹

Pourtant, une option pour les pays du Sud serait d'inclure dans ces TBI et accords régionaux de libre-échange, des clauses ADPIC-extra déterminant la protection des savoirs traditionnels. Ces clauses imposeraient l'application conjointe de la CDB et de l'ADPIC pour assurer aux pays du Sud les avantages accordés par le système de la CDB, sans besoin de discuter avec leur partenaire commercial de complémentarité de cet accord avec l'ADPIC.

À l'occasion des négociations récentes sur des ALE entre les États-Unis, la Thaïlande²²² et la Communauté andine²²³, les pays du Sud ont formulé la première demande ADPIC-extra en suggérant que la divulgation d'origine des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels fasse partie du critère pour la demande du brevet. Ici, l'*extra* signifie l'imposition de la CDB sur l'ADPIC²²⁴. Néanmoins, jusqu'à présent celles-ci ont été les seules hypothèses d'une clause ADPIC-extra dans un ALE Nord-Sud intéressant pour les pays du Sud.

²²¹ *Ibid.*

²²² Les négociations de l'Accord avec la Thaïlande sont suspendues depuis le coup d'État que ce pays a subi en 2006. (É-U, Office of the United States Trade Representative, *Thailand*, en ligne : Office of the United States Trade Representative <<http://www.ustr.gov/countries-regions/southeast-asia-pacific/thailand>>.)

²²³ Parmi les pays membres de la Communauté andine, les États Unis ont signé des accords de libre échange avec le Pérou et la Colombie, mais qui n'apportent pas de dispositions expresses sur la divulgation d'origine des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels soit partie du critère pour la demande du brevet. (É-U, Office of the United States Trade Representative, *Free trade agreements*, en ligne : Office of the United States Trade Representative <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>>.)

²²⁴ International Centre for Trade and Sustainable Development, « Desenvolvidimentos Paralelos », *Série Briefing da Rodada de Doha: Atualização para Hong Kong 4* (2005), en ligne : <http://ictsd.net/downloads/2008/06/doha_hong_kong_update_portugese.pdf>.

L'inclusion de ces clauses peut avoir un impact bénéfique généralisé sur la scène internationale, particulièrement pour les pays du Sud. Comme ces accords ne font pas partie des exceptions prévues à la clause de la nation la plus favorisée établie à l'article 4²²⁵ de l'ADPIC et lesdits accords ne prévoient non plus des exceptions eux-mêmes à la clause de la nation la plus favorisée. L'adoption des clauses ADPIC-extra garantirait, de surcroît, que ces mesures aient des effets dans un cadre contraignant, effectif, qui concernerait et soumettrait presque tous les pays du Nord.

²²⁵ ADPIC, Art. 4

Traitement de la nation la plus favorisée

En ce qui concerne la protection de la propriété intellectuelle, tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre aux ressortissants de tout autre pays seront, immédiatement et sans condition, étendus aux ressortissants de tous les autres Membres. Sont exemptés de cette obligation tous les avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par un Membre:

- a) qui découlent d'accords internationaux concernant l'entraide judiciaire ou l'exécution des lois en général et ne se limitent pas en particulier à la protection de la propriété intellectuelle;
- b) qui sont accordés conformément aux dispositions de la Convention de Berne (1971) ou de la Convention de Rome qui autorisent que le traitement accordé soit fonction non pas du traitement national mais du traitement accordé dans un autre pays;
- c) pour ce qui est des droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion qui ne sont pas visés par le présent accord;
- d) qui découlent d'accords internationaux se rapportant à la protection de la propriété intellectuelle dont l'entrée en vigueur précède celle de l'Accord sur l'OMC, à condition que ces accords soient notifiés au Conseil des ADPIC et ne constituent pas une discrimination arbitraire ou injustifiable à l'égard des ressortissants d'autres Membres.

CHAPITRE III

LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS PAR LES DPI

3.1 Les DPI sont-ils incompatibles avec les notions traditionnelles de propriété?

En raison de l'inefficacité du droit international environnemental, les communautés qui détiennent les savoirs traditionnels et les pays où elles se trouvent cherchent sur le plan du droit international économique une réglementation contre l'exploitation illégitime de ces connaissances. On peut envisager deux solutions pour la question de la protection des savoirs traditionnels : ou bien on renforce la propriété des communautés sur ce patrimoine ou bien on en nie toute forme de propriété.²²⁶

La première option nous mène aux DPI. La deuxième solution est de convertir les savoirs traditionnels en objets du domaine public, qui est néanmoins un concept relié à la PI. Cette dernière solution, qui en finirait avec la biopiraterie, a cependant une limitation évidente : elle ne permettrait pas que les communautés traditionnelles soient rémunérées pour leurs savoirs. Or, comme discuté plus haut²²⁷, la rémunération pourrait servir d'incitatif à maintenir les connaissances qui sont maintenant un objet d'intérêt pour l'industrie biotechnologique. L'absence de rémunération, par contre, constituerait un facteur additionnel contre la conservation des savoirs traditionnels

²²⁶ Coombe, *supra* note 26; Graham Dutfield, « Introduction » dans Christoph Bellmann *et al*, dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 1.

²²⁷ À la section *L'importance de protéger les savoirs traditionnels*, *supra*, aux pages 7 à 10.

chez des nombreuses communautés qui se trouvent en situation de fragilité culturelle, et annulerait une source possible de gains pour des populations pauvres²²⁸. En plus, la solution du domaine public représenterait une sorte de sacralisation du traitement inégal des savoirs traditionnels et non-traditionnels. Elle permettrait la libre exploitation des savoirs sans une contrepartie de respect à l'environnement et aux communautés traditionnelles et sans une rémunération qui serait utile au développement de celles-ci.

Revenons donc aux DPI. Ils sont octroyés aux personnes physiques ou morales sur des œuvres créatives, qui sont des biens intangibles, mais susceptibles d'appréciation commerciale.²²⁹ Or, les savoirs traditionnels sont des œuvres créatives²³⁰ qui constituent le patrimoine intangible de la biodiversité et qui sont susceptibles d'appréciation commerciale. D'un point de vue matériel, ils sont sans doute un objet passible de protection par DPI.

²²⁸ La biopiraterie risque de faire disparaître les savoirs traditionnels, car les objets de la biopiraterie sont habituellement des savoirs associés à une ressource biogénétique. Une fois que le savoir est utilisé pour découvrir une propriété d'une ressource intéressante, l'industrie passera à l'exploiter probablement jusqu'à trop réduire sa présence *in situ*. Une fois la ressource presque disparue, le savoir devient presque inutile et commence à disparaître. Le problème est que peut-être dans le futur ce savoir qui a disparu aurait eu d'autres utilités, soit pour la communauté, soit pour l'industrie, mais en raison de la biopiraterie, personne ne le saura.

La perte des savoirs traditionnels en vertu de la biopiraterie pourrait aussi contribuer à l'abandon des modes de vie traditionnels qui ont garanti jusqu'à présent l'usage durable de la biodiversité pour les communautés traditionnelles. En plus, protéger les savoirs traditionnels assure la préservation de la culture des communautés traditionnelles. Il y a une relation entre biodiversité et diversité culturelle, la préservation d'une assure la préservation de l'autre. En plus, la protection des savoirs traditionnels est importante pour la préservation de la culture des communautés que les détient, car ces savoirs sont un élément clef de la culture desdites communautés, de leur mode de vie, une condition pour continuer à exister.

Les savoirs traditionnels ont toujours été partagés au sein des communautés sans compensation. Par contre, quand le partage a lieu hors de la communauté, si les savoirs sont protégés, en vue de la compensation, les communautés traditionnelles seront encouragées à conserver ces savoirs et à y permettre l'accès futur, non seulement aux générations futures de la communauté, mais à ceux qui ne font pas partie de la communauté. (Finger, *supra* note 11, à la p. 34; Coombe, *supra* note 26, aux pp. 4/5; Correa, « Discussion paper », *supra* note 7, aux pp. 5/6.)

²²⁹ Barbosa, *supra* note 46; Correa, « Temas », *supra* note 57.

²³⁰ Voir l'*Historique et concept des droits de propriété intellectuelle*.

Les arguments principaux pour la protection des savoirs traditionnels par les DPI sont de nature économique, liés aux intérêts de la biotechnologie. Penser au progrès de la biotechnologie, c'est penser aux innovations, aux investissements en recherche et à la mondialisation du marché. L'innovation biotechnologique dépend de recherches scientifiques très dispendieuses. Les entreprises doivent donc compter sur la protection de leurs DPI comme garantie de retour des investissements faits en R&D, ainsi que sur les profits réalisés par l'utilisation industrielle des nouveaux produits et processus²³¹. La biotechnologie pose deux questions majeures sur le plan des DPI. D'une part, il faut que le droit incorpore les nouveaux défis apportés par l'industrie biotechnologique, tels que les savoirs traditionnels, afin de protéger les investissements faits par les entreprises. D'autre part, le droit doit également protéger les trésors de la biodiversité des pays en développement, y compris les savoirs traditionnels, contre la biopiraterie. Autrement dit, la protection de ces savoirs par le droit intéresse tant les industries que les communautés traditionnelles.²³²

Pour les pays du Sud qui renferment une grande partie de la biodiversité mondiale, la technologie et la PI sont les clés de leur développement. Ils doivent associer la protection de la biodiversité au développement de nouvelles technologies pour que celles-ci réussissent à promouvoir leur développement économique, social et environnemental.²³³ Actuellement, on voit les pays du Nord octroyer à leurs industries des DPI (monopoles) sur les savoirs traditionnels. Si on applique les DPI directement aux savoirs traditionnels, ce seront les communautés les détenant qui en bénéficieront. Une fois détentrices formelles et officielles des DPI sur leurs savoirs, les communautés seront davantage protégées contre la biopiraterie. En effet, les savoirs traditionnels ont une valeur économique, mais étant pour l'instant en dehors

²³¹ Iacomini, « Direitos », *supra* note 1, à la p. 18

²³² Coombe, *supra* note 26; Dutfield, *supra* note 240.

²³³ *Ibid.*

du système de protection des DPI, leurs détenteurs ne reçoivent pas la rémunération à laquelle ils ont droit.²³⁴

Il n'y a pas que des considérations économiques pour la concession de DPI aux communautés traditionnelles pour leurs savoirs traditionnels. Correa mentionne aussi la nécessité d'établir l'équité de traitement entre les savoirs traditionnels et les savoirs non traditionnels.²³⁵ En effet, si les Occidentaux ont des droits sur leurs savoirs, les communautés traditionnelles doivent en avoir aussi sur les leurs²³⁶, qui ne sont pas moins dignes de respect²³⁷.

Si les communautés traditionnelles, pour des raisons culturelles, ne veulent pas commercialiser leurs savoirs pour de récompenses économiques, il faut au moins leur reconnaître des droits moraux. Il s'agit de la reconnaissance morale de l'auteur. Les auteurs ont des droits économiques et moraux dans les systèmes qui suivent celui de l'Europe continentale, quoique l'ADPIC²³⁸ n'oblige pas ses membres à suivre l'article 6 *bis* de la Convention de Berne²³⁹, qui protège les droits moraux. Quoiqu'il en soit, elles veulent toujours une protection de leurs droits moraux sur lesdits savoirs contre la biopiraterie, puisque même si la communauté n'est pas payée pour ses savoirs, son origine sera reconnue.²⁴⁰

L'idée que les DPI doivent intervenir pour empêcher la menace de la biopiraterie est connue et a été accueillie par la CDB. En effet, l'article 16.5 établi que :

²³⁴ Correa, « Discussion paper », *supra* note 7, à la p. 5.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 12 avril 1994, en ligne: OMC <www.wto.org> [ADPIC].

²³⁹ *Convention de Berne*, *supra* note 165.

²⁴⁰ Finger, *supra* note 11, à la p. 34.

[l]es Parties contractantes, reconnaissant que les brevets et autres droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur l'application de la Convention, coopèrent à cet égard sans préjudice des législations nationales et du droit international pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à l'encontre de ses objectifs.²⁴¹

Donc le texte avoué la possibilité que les DPI soient utilisés contre les objectifs de la Convention. Si un instrument de droit international de l'environnement préconise ce moyen de protection, nous sommes en droit de penser que ce choix correspond à un consensus. Même Vanda Shiva²⁴² reconnaît que les DPI seront l'orientation à suivre : « Les brevets sont encore le moyen de protéger la richesse des peuples non occidentaux contre la piraterie, avec un droit des puissances occidentales »²⁴³.

Il faut remarquer, que la protection des savoirs traditionnels, *per se*, n'assure pas la protection de l'environnement. Posey et Dutfield observent qu'il n'est pas bénéfique pour l'environnement de permettre l'exploitation des savoirs traditionnels si cette exploitation par les industries n'est pas durable²⁴⁴. Ces auteurs expliquent également qu'il est inutile de récompenser financièrement la communauté détentrice du savoir si la diversité biologique n'est pas préservée dans le processus et que la préoccupation écologique n'est pas prioritaire pour toutes les parties.²⁴⁵ Ce qui provoque des conséquences d'ordre économique et en matière de développement²⁴⁶,

²⁴¹ CDB, *supra* note 38.

²⁴² Vandana Shiva « figure du courant "anti-mondialisation", a créé le mouvement Navdanya pour la défense de la biodiversité et des agriculteurs [Elle] milite activement au sein d'associations communautaires contre la dégradation de l'environnement. Dans cet entretien, elle établit un rapport entre la crise écologique, l'exclusion des femmes et le modèle de développement économique dominant. » (Judithe Bizot, « Vandana Shiva répond aux questions de Judithe Bizot » *Le courrier UNESCO* (décembre 2001), en ligne : http://www.unesco.org/courier/2001_12/fr/science3.htm.) Elle lutte pour que les semences soient déclarées patrimoine commun de l'humanité, et œuvre aussi dans plusieurs programmes sur la biodiversité, dirigés à de différentes collectivités, et, ce qu'intéresse le plus à ce travail, elle fait de recherches pour le développement d'une nouvelle structure pour les DPI collectifs, comme alternatif aux systèmes de DPI actuellement en vigueur.

²⁴³ Shiva, « Biopirataria », *supra* note 8, aux pp. 27/28. Notre traduction.

²⁴⁴ Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 73.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Mgbeoji, *supra* note 4, aux pp. IX et 8.

alors que la conscience écologique exige que l'économie inclut la durabilité. Dans un sens plus large « [...] development must be sought in a paradigm which will not be threatening to life itself, and to productivity of nature. »²⁴⁷

Dans un cadre de protection de savoirs traditionnels par les DPI, l'exploration de ces connaissances crée la possibilité de transferts de technologie. Selon Becerra Ramirés, les transferts signifient toujours un développement et ils peuvent même signifier des investissements en recherche de la part des compagnies du Nord dans les pays du Sud²⁴⁸, intéressées en créer des centres locaux d'appui technologique. Le développement d'une activité scientifique et académique locale, peut importe qui sont ses acteurs, pourra encore représenter une diminution du facteur de dépendance des pays du Sud vers le Nord – « source de privation de liberté »²⁴⁹ selon Sen. De plus, il existe aussi la possibilité de la production d'un flux Sud-Nord de transfert de technologies (en opposition au flux habituel Nord-Sud) ou, du moins, une situation de coopération scientifique et technologique. Il est vrai qu'on observe cette inversion de flux de transfert de technologie quand l'industrie pharmaceutique commence à utiliser les savoirs traditionnels, par exemple. Par contre, sous la forme de biopiraterie, le transfert n'apporte pas d'investissement aux pays du Sud. Pour cette raison, si l'on protège les savoirs traditionnels par DPI, ce nouveau courant apportera des avantages à ces pays. En outre, ce scénario sera aussi intéressant pour les

²⁴⁷ Seyed Mohammad Khatami, « Resources and rationality – responsibility in a globalised world » dans St. Gallen Symposium, dir., *St. Gallen Symposium 2007: the power of natural resources*, St. Gallen, ISC, 2007, 41, à la p. 42.

²⁴⁸ Manuel Becerra Ramirez, *La propiedad intelectual em transformacion*, Mexico, Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2004, aux pp. 61/83.

²⁴⁹ Liberté sur laquelle est fondé le développement. Et par liberté, il faut comprendre la réunion de facteurs comme démocratie, qualité de services publics et bien-être social. Pour que le développement ait lieu, il faut éliminer les « principaux facteurs qui s'opposent aux libertés : la pauvreté aussi bien que la tyrannie, l'absence d'opportunités économiques comme les conditions sociales précaires, l'inexistence de services publics autant que l'intolérance ou la répression systématique exercée par les États autoritaires » (Amartya Sen, *Un nouveau modèle économique : développement, justice, liberté*, Paris, Odile Jacob, 2003, à la p. 16).

investisseurs du Nord, qui, grâce à une réglementation de la question, investiront en sécurité dans le Sud.

L'utilisation durable des savoirs traditionnels a donc le potentiel de contribuer au développement économique des pays du Sud et ainsi de réduire la pauvreté.²⁵⁰ Partageant cette vision, la Coordination des ONG africaines considère que « [l]e droit de la propriété intellectuelle est un catalyseur pour le développement économique ».²⁵¹ Selon Layton, théoriquement, chaque citoyen des pays du Sud détient une partie d'un DPI, telle qu'un actif botanique, un médicament traditionnel, un dessin ou un matériel artistique de propriété d'une communauté traditionnelle, d'un groupe régional ou sous-régional ou d'un pays²⁵². La pauvreté peut être réduite avec l'octroi de ces DPI, en assurant un revenu de base pour chaque famille²⁵³.

Quoi qu'il en soit, il est certain que la croissance de la biotechnologie issue de l'exploitation des ressources génétiques de la biodiversité et des savoirs traditionnels mène à la promotion de la technologie et de l'innovation, et représente un grand investissement récompensé par les DPI. Selon Barral, cette promotion et cet investissement se trouvent parmi les six facteurs qui mènent au développement au XXIe siècle, étant donné que la société est fondée aujourd'hui sur le progrès technologique²⁵⁴. Les ressources naturelles et les savoirs traditionnels constituent des

²⁵⁰ Correa, « Temas », *supra* note 57, à la p. 161.

²⁵¹ *Déclaration de la Coordination des ONG africaines CONGAF au Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, (2009) en ligne : IP-Watch <<http://www.ip-watch.org/weblog/wp-content/uploads/2009/07/african-group-statement-3july.pdf>> [*Déclaration de la CONGAF*].

²⁵² Ron Layton « Enhancing intellectual property exports through fair trade » dans J. Michael Finger et Philip Schuler, dir., *Poor people's knowledge: promoting intellectual property in developing countries*, Washington (DC), Banque mondiale et Oxford University Press, 2004, 75, à la p. 85.

²⁵³ *Ibid.*

²⁵⁴ Welber Barral, « Direito e desenvolvimento: um modelo de análise » dans Welber Barral, dir., *Direito e desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*, São Paulo, Singular, 2005, 31.

facteurs de pouvoir puisqu'en découle, de façon directe ou indirecte, le développement économique, politique et social dans le monde entier.

Le partage juste et équitable des avantages provenant des ressources génétiques et des savoirs traditionnels, mis en place par les DPI comme le suggère par l'article 16.5 de la CDB elle-même, peut aussi stimuler la création de programmes locaux de recherche, d'exploitation, d'industrialisation et de commercialisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels, ainsi que de leurs produits dérivés, qui seront utiles non seulement à cette communauté ou à ce pays, mais aussi à plusieurs communautés ou pays dans le monde entier. Ce progrès peut avoir comme retombée que les pays du Sud passent à exploiter eux-mêmes leurs ressources, en créant des industries locales. L'exploitation locale générera plus d'avantages, mais aussi, plus d'emplois, plus de développement économique et social, plus de profits et même de redevances, s'ils décident de licencier leurs processus ou produit final. En plus, le produit final en lui-même, par exemple un médicament, sera utile non seulement à cette communauté ou ce pays, mais à la population mondiale.

Donc, même si le système de DPI est un instrument de la culture occidentale capitaliste valorisant la propriété, créé pour servir les intérêts des pays du Nord et, de ce fait, est étranger à plusieurs cultures et philosophies non occidentales. Même si le système de DPI représente des valeurs morales (le respect et la reconnaissance à la créativité de l'inventeur, par exemple), il ne respecte pas, dans sa forme actuelle, les valeurs des communautés traditionnelles, puisqu'il n'était pas élaboré pour protéger les savoirs desdites communautés. Ceci veut dire, à l'égard des savoirs traditionnels, que la protection par DPI doit se faire de manière à respecter non seulement les intérêts économiques des communautés traditionnelles, mais aussi leurs valeurs.²⁵⁵

²⁵⁵ Mgbeoji, *supra* note 4, aux pp 6/7; Finger, *supra* note 11, à la p. 34.

Les DPI ne font pas l'unanimité entre les pays du Sud, qui se trouvent partagés entre ceux qui veulent une extension des DPI pour protéger les savoirs traditionnels et ceux qui prétendent justement protéger les savoirs traditionnels contre les DPI²⁵⁶. Les derniers estiment que les savoirs traditionnels doivent être considérés comme appartenant au domaine public, tandis que les pays de l'autre groupe veulent des lois pour protéger les savoirs et pour en gérer le partage des profits. Certains ne veulent qu'une protection contre la biopiraterie, sans qu'elle s'occupe de la commercialisation des savoirs par les communautés traditionnelles²⁵⁷. Ces distinctions ne sont pas étrangères à l'OMPI, selon laquelle la protection des savoirs traditionnels peut être défensive ou positive :

- a) **La protection défensive** des savoirs traditionnels ou les mesures permettant de faire en sorte que les droits de propriété intellectuelle sur les savoirs traditionnels ne soient pas conférés à d'autres personnes que les détenteurs coutumiers des savoirs traditionnels. Parmi ces mesures figure la modification des systèmes de brevets administrés par l'OMPI (le système de la classification internationale des brevets et la documentation minimale selon le Traité de coopération en matière de brevets). Certains pays et certaines communautés élaborent aussi des bases de données relatives aux savoirs traditionnels qui peuvent être

²⁵⁶ Parmi cette deuxième catégorie sont plusieurs pays africains. Dans ce cas, la protection aura lieu pour la mise en œuvre du droit à l'autodétermination des communautés et par le droit inaliénable (« In traditional societies, the right to livelihood resources [...] such as trees, crop species, and medicinal plants, are not usually exclusive [...]. They are often shared among individuals and social and corporate groups, each of which have 'bundles' of graded rights to the same resource within a given area. Such rights are considered inalienable. » [Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 54.] Une autre possibilité est ce qui aux États-Unis s'appelle « défensive publication ». L'intéressé publie son invention/savoir et comme elle/il devient « prior art » le bureau de brevet est obligé de rechercher si une demande de brevet existe déjà; dans ce cas, il trouvera la publication et il sera obligé de nier le brevet, même si ceci est encore une façon d'utiliser les DPI pour se protéger des DPI. (*Ibid.* aux pp. 53 et 80.)

²⁵⁷ Deere, *supra* note 16, à la p. 318.

utilisées comme preuve de l'état de la technique pour faire échec à une demande de brevet sur ces savoirs traditionnels.

- b) **La protection positive** des savoirs traditionnels ou la reconnaissance de droits positifs sur les savoirs traditionnels qui donnent à leurs détenteurs les moyens de les protéger et de les promouvoir. Dans certains pays, une législation *sui generis* a été élaborée spécialement pour traiter de la protection positive des savoirs traditionnels. Les fournisseurs et les utilisateurs peuvent aussi conclure des arrangements contractuels ou avoir recours aux systèmes existants de protection de la propriété intellectuelle.²⁵⁸

Par contre, il ne faut pas oublier que dans les communautés traditionnelles, les concepts de propriété sont différents du concept occidental dans lequel s'inscrivent les DPI. Cela explique le fait que fréquemment les sociétés occidentales traitent les savoirs traditionnels comme relevant du *res nullius*, parce qu'ils ne sont pas formels et parce qu'ils sont collectifs. Cette caractérisation permet malheureusement la libre appropriation de ces savoirs, ou autrement dit, la biopiraterie. Néanmoins, German-Castelli²⁵⁹ montre que, même si le savoir est partagé entre les membres de la communauté, cela ne veut pas dire que ces peuples n'ont aucune notion de propriété, spécialement sur le savoir. Les concepts de possession et de propriété — des notions similaires — sur les savoirs sont présents dans la plupart des communautés traditionnelles sous l'égide d'une loi coutumière²⁶⁰. Par contre, pour les communautés traditionnelles, le concept de propriété a souvent un caractère intangible ou spirituel, qui, tout en méritant une protection, ne peut appartenir à aucun individu. Chaque individu (aînés, femmes, clans, etc.) jouit d'une certaine façon de la propriété et ce

²⁵⁸ OMPI, *Savoirs traditionnels*, en ligne : OMPI <<http://www.wipo.int/tk/fr/tk>>.

²⁵⁹ German-Castelli, *supra* note 140, à la p. 300.

²⁶⁰ *Ibid.* 283-302.

droit est inaliénable. Les savoirs traditionnels sont aussi souvent accompagnés de contraintes collectives et de responsabilités attribuées aux individus qui les utilisent²⁶¹. Par exemple, le savoir peut avoir un caractère sacré et peut n'être utilisée que par quelques membres de la communauté. Quelques savoirs spécifiques peuvent n'être détenus que par une seule partie spécifique de la communauté (hommes, femmes, un spécialiste en un certain rituel, comme le shaman), mais même dans ce cas, on ne parle pas d'une privatisation du savoir.²⁶²

D'après Mgbeoji, ces caractéristiques du concept de propriété dans les communautés traditionnelles permettent le droit de propriété mais que celui-ci n'exclut les autres :

[the] right to be recognized as 'owner' *but not necessarily the right to exclude others from use*. In other words, non-Western societies put great emphasis on usage and management of property, and this serves to militate against the appropriation of such knowledge by persons or entities outside the ambits of the particular locale in question.²⁶³

Les communautés traditionnelles n'ont donc pas la notion de monopole sur le savoir, qui est partagé et possédé par la collectivité, ce qui est un aspect fondamental de ces sociétés. La privatisation des savoirs ainsi que leur marchandisation sont complètement étrangers à ces sociétés, qui, bon gré mal gré, sont de plus en plus impliquées dans l'économie de marché et voient de plus en plus de ressources qui leur appartiennent être négociées sur ce marché²⁶⁴.

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 54.

²⁶³ Mgbeoji, *supra* note 4, à la p. 38.

²⁶⁴ Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 1.

Quelques ONG internationales²⁶⁵ considèrent qu'il y a une incompatibilité entre les concepts capitalistes des DPI et les pratiques et valeurs philosophiques des autochtones et, dans le cas des brevets spécifiquement, elles craignent que le caractère exclusif de propriété conféré par les brevets puisse priver les populations détentrices des savoirs de leurs usages traditionnels²⁶⁶.

Il y a, donc, une difficulté à surmonter: les deux sous-systèmes de protections de la PI en vigueur — droits d'auteurs et propriété industrielle — utilisent une méthodologie fondée sur des valeurs individualistes de protection intellectuelle. Il faut concevoir un mécanisme de protection qui prévoit une propriété collective du savoir traditionnel qui appartienne à toute une collectivité/communauté. La protection collective des DPI existe déjà dans les systèmes de PI comme les marques collectives, les droits communautaires de certaines régions définissant les indications géographiques et les appellations d'origine²⁶⁷.

Respecter la valeur collectiviste de propriété des communautés traditionnelles peut être compliqué, mais le problème n'est pas que les DPI modernes ne peuvent pas s'occuper de propriétés collectives. En effet, les DPI sont normalement détenus par des personnes morales plutôt que par des individus. Toutes les collectivités reconnues par la loi comme une personne morale (société, ONG, etc.) peuvent être détentrices de DPI. Donc, le problème n'est pas d'accorder des DPI à une collectivité, mais plutôt de créer une nouvelle forme de personne morale qui respecte le sens organisationnel et de *leadership* de la communauté traditionnelle, d'autant plus que celui-ci est normalement fondé sur l'âge, et que les personnes âgées ont plutôt tendance à conserver les modes de vie traditionnels qu'à s'adapter à des nouveaux²⁶⁸.

²⁶⁵ Aubertin et Moretti mentionnent *Third World Network*, RAFI/ETC Group, *Genetic Resources Action International* (GRAIN) et *Research Foundation for Science, Technology and Natural Resources Policy* (Aubertin et Moretti, *supra* note 204 à la p. 99).

²⁶⁶ *Ibid.* à la 100.

²⁶⁷ Cottier et Panizzon, *supra* note 42, à la p. 385.

²⁶⁸ Finger, *supra* note 11, à la p. 32.

Il y a aussi le fait que les systèmes de propriété varient d'une communauté à l'autre. Il n'y a pas un système généralisé de propriété dans les communautés traditionnelles. D'après Posey et Dutfield, "any legal system aimed at protecting cultural knowledge must accommodate cultural and local variation in the forms of such systems".²⁶⁹ Néanmoins, il ne s'agit pas d'un problème incontournable; différentes stratégies peuvent être envisagées pour protéger les savoirs traditionnels par cette voie, notamment une application des modèles de protection existants, ou encore la création d'un système sui generis ou la combinaison des deux²⁷⁰.

Il faut encore rappeler que les savoirs traditionnels ne sont actuellement pas brevetables, *stricto sensu*, parce qu'ils ne sont pas une nouveauté, ce qui est une des trois conditions pour l'octroi du brevet : l'utilité, la non-évidence et la nouveauté²⁷¹. Par conséquent, les savoirs traditionnels ne sont pas protégés par les mécanismes de protection prévus dans les traités en vigueur (soit dans le cadre de l'OMC, OMPI ou des NU) tels que peut l'être une découverte industrielle.

Quoi qu'il en soit, nous croyons que rien ne justifie l'exclusion des savoirs traditionnels de la protection par les DPI. Au contraire, l'extension et l'adaptation des avantages des régimes de DPI aux besoins des communautés traditionnelles en valent la peine; il n'est pas acceptable de convertir les difficultés formelles inhérentes à ces adaptations en argument de fond contre l'utilisation des DPI dans ce cas. Difficulté formelle ne signifie pas impossibilité substantive. Les marques, les indications géographiques, les compilations de données, les secrets commerciaux ont tous des traits en commun avec les savoirs traditionnels. L'objectif dans tous ces cas est de

²⁶⁹ Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 60.

²⁷⁰ Correa, « Discussion paper », *supra* note 7, à la p. 2.

²⁷¹ Correa, « Temas », *supra* note 57, aux pp. 58/59.

protéger les fruits du travail humain et l'investissement économique contre le *free riding*, la contrefaçon et la piraterie dans l'économie de marché²⁷².

Nous devons maintenant nous interroger sur l'opportunité d'un traité international pour cette protection.

3.2 La protection des DPI de savoirs traditionnels par un traité international

L'idée d'une solution internationale²⁷³ s'impose tout d'abord en raison du manque d'efficacité des lois nationales en matière de protection de savoirs traditionnels. En effet, les lois de PI varient en nature et en objectif d'un pays à l'autre²⁷⁴. Un DPI accordé par un pays peut ne pas être reconnu dans un autre²⁷⁵. D'autre part, sans cadre international, quelques pays n'ont même pas les conditions techniques de développer un système national de protection de savoirs traditionnels par DPI.²⁷⁶ En plus, parmi ces pays qui ont la capacité requise, certains n'arriveraient pas à faire respecter les lois de PI²⁷⁷, même si, en théorie, elles étaient en place.

Comme l'explique Mangeni, il s'agit donc d'un problème qui doit se résoudre au niveau international

It is the international level that can effectively deal with the problem of mischief [biopiraterie de savoirs traditionnels] abroad, when unruly persons and companies take out patents and breeders' rights, inconsistently with

²⁷² Cottier et Panizzon, *supra* note 42, aux pp. 382/383.

²⁷³ Comme le défend le Groupe de pays africains à l'OMC. (Adronico Odugo Adede, « Origins and history of the TRIPS negotiations » dans Christophe Bellmann *et al*, dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 23, à la p. 34).

²⁷⁴ John Mugabe, « Intellectual property protection and traditional knowledge: an exploration in international policy discourse » dans OMPI, *Intellectual Property and Human Rights* Genève, WIPO Publications, 1998.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ John Barton, « Integrating IPR policies in development strategies » dans Christophe Bellmann *et al*, dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 57, à la p. 59.

²⁷⁷ Mugabe, *supra* note 274.

domestic laws and regulations or procedures in place in developing countries, and sometimes even inconsistently with internationally recognized standards.
²⁷⁸

On se rappellera que l'application du dilemme du prisonnier au cas de la protection des savoirs traditionnels indiquait déjà la nécessité d'une coopération internationale.

Le principal défi pour établir un tel accord international est que la situation actuelle convient aux pays du Nord; en principe, ils n'ont pas intérêt à changer leur comportement et, par conséquent, leurs lois pour empêcher la biopiraterie. La création d'un système international de protection intéresse les pays du Sud, mais pas les pays du Nord; il sera donc très improbable que ces derniers acceptent d'amender l'ADPIC ou de signer un accord dans le cadre de l'OMPI, de la CDB ou de n'importe quel autre accord existant. Même si les pays du Nord signent un accord, en signeront-ils un qui contient des mesures vraiment contraignantes et effectives?

Il sera impératif donc de trouver un instrument pour protéger les savoirs traditionnels contre la biopiraterie par le biais des DPI, susceptible d'intéresser les pays du Nord afin qu'ils changent de comportement. Leur comportement actuel en est un de non-coopération, ce qui impose des externalités (la biopiraterie) aux pays du Sud. Le traité est la façon d'obtenir que chaque État assume une partie des désavantages²⁷⁹ pour échapper au dilemme du prisonnier. Pour les pays du Nord, cela

²⁷⁸ Francis Mangeni, « Implementing the TRIPS Agreement in Africa » dans Christophe Bellmann *et al.*, dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 219, à la p. 228.

²⁷⁹ Les désavantages comprennent la baisse de flexibilité pour adapter la politique nationale de PI aux besoins des investisseurs locaux et aux particularités nationales; une réglementation plus précise sur la nature et le but des DPI; effet adverse dans le développement d'une culture et d'une politique locale de PI; perte de revenus des applications locales. Il serait aussi moins probable que les innovateurs nationaux puissent payer les frais, si bas soient-ils. (Ruth Okediji, « New treaty development and harmonization of intellectual property law » dans Christophe Bellmann *et al.*, dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 89, à la p. 91.)

signifierait renoncer aux profits de la biopiraterie; pour ceux du Sud, accepter les avantages de la PI. Les avantages²⁸⁰ - sous la forme de protection de savoirs traditionnels contre la biopiraterie pour les pays du Sud et de protection de la biodiversité/environnement pour les pays du Nord - et les désavantages atteindraient un équilibre acceptable pour tous dans le cadre de la coopération envisagée par le traité. Dans ce cas, les deux groupes d'États (pays du Nord et pays du Sud) bénéficieront du traité, malgré les désavantages, ce qui permettra un résultat efficace et durable. Puisque, règle générale, les pays du Nord se préoccupent beaucoup de la protection de l'environnement. Comme les savoirs traditionnels sont un élément de la biodiversité et de même qu'un outil de préservation de la biodiversité, l'argument pour convaincre les pays du Nord à participer à un accord pour la protection des savoirs traditionnels contre la biopiraterie doit être la protection de la biodiversité et de l'environnement, très chères aux pays du Nord. En choisissant la préservation de la biodiversité pour leur propre bien, les pays du Nord font en même temps un choix pour un bien commun, et en plus, pour le bien des autres, soit la protection contre la biopiraterie. Le choix contraire sera préjudiciable à tous; ne pas protéger les savoirs traditionnels produira toujours le même résultat, soit protéger les intérêts de leurs industries et porter préjudice aux pays du Sud. Ainsi, les pays du Nord gagnent sur la sphère internationale à montrer de la cohérence entre ce qu'ils exigent des autres pays et ce qu'ils leur offrent.

On se souviendra aussi que le plus grand atout de l'OMC est le *single undertaking*, qui lie plusieurs questions et intérêts de divers pays. Ceci a permis la négociation d'un Accord qui a été accepté par tous, même si chacun a dû faire des

²⁸⁰ Les avantages comprennent l'uniformisation des niveaux de protection, ce qui peut augmenter la confiance du marché; la facilitation du développement de nouveaux droits mondiaux; l'existence d'une institution centralisée responsable pour surveiller, collecter et préserver des informations (usage plus efficace des ressources par un regroupement des efforts de différents bureaux nationaux); des taux uniformes; l'instauration d'un système où une seule demande est valable pour des juridictions multiples. (*Ibid.*)

concessions sur quelques aspects pour avoir des avantages sur les autres. Au contraire, l'une des grandes faiblesses du droit international de l'environnement est qu'il n'a pas rien de semblable au *single undertaking*, étant donnée l'inexistence d'une institution centralisée, qui s'explique par son développement *ad hoc* à ses débuts²⁸¹.

Dans le cadre du commerce international, l'OMC octroie à un État partie qui subit des dommages causés par une autre partie le droit d'exiger une réparation auprès de ce dernier, sans pour autant porter préjudice aux autres parties de l'Accord, qui, par contre, n'ont pas le droit de le sanctionner.²⁸² En l'absence d'une sanction commerciale, les États ne se comporteront donc pas d'une manière coopérative. La sanction commerciale est un moyen d'internaliser les externalités et, de cette façon, d'échapper au dilemme du prisonnier, étant donné que la réciprocité est la force qui dirige les négociations commerciales. Dans le cas des savoirs traditionnels, la réciprocité signifie accorder un traitement équitable aux savoirs traditionnels et à ceux non traditionnels, qui serait accomplie comme nous l'avons vu, par la protection des savoirs traditionnels par DPI²⁸³. Dans cette ligne d'argumentation, pour ce qui est de la protection des savoirs traditionnels contre la biopiraterie, ce sujet doit être traité dans le cadre d'une négociation commerciale entre les pays du Nord, qui ne veulent pas protéger les savoirs, et les pays du Sud, qui veulent les protéger. Or ceci est le cadre du dilemme du prisonnier que nous voulions résoudre.

Le dilemme du prisonnier explique pourquoi la coopération est difficile à atteindre même si elle est avantageuse. Imaginons que les deux prisonniers qui ont été arrêtés sont les pays du Nord et les pays du Sud. Supposons aussi que le délit pour lequel ils ont été arrêtés est la biopiraterie de savoirs traditionnels. Chacun a deux

²⁸¹ Voir la section « L'insuffisance du cadre juridique existant », *supra* aux pp 57-65.

²⁸² Barrett, « Statecraft », *supra* note 203, à la p. 283.

²⁸³ Voir la session antérieure.

options : prendre de mesures contre la biopiraterie ou ne rien faire. Il y a trois résultats possibles. Les Sud peut prendre de mesures en échange d'atteindre partiellement ses intérêts contre la biopiraterie pendant que le Nord n'aura aucune avantage de cette protection. Ils peuvent tous les deux ne rien faire et demeurer dans le *statu quo*. Ou bien ils peuvent tous les deux prendre de mesures et atteindre leurs intérêts par rapport à la protection des savoirs traditionnels contre la biopiraterie, malgré quelques externalités. Le troisième résultat, la coopération, serait le meilleur pour les deux.²⁸⁴

Pour régler ce dilemme, il faut une négociation internationale qui résulte dans un accord international, puisqu'il y aura plus de chance de réussir et d'obtenir des résultats effectifs dans un cadre de coopération, où les deux parties s'engagent dans la protection. Parce que actuellement, même s'il y a une protection dans certains cadres nationaux (notamment au pays du Sud²⁸⁵), où les savoirs sont protégés localement, mais non où la biopiraterie a lieu (au pays du Nord).

La coopération internationale dépend donc d'un équilibre délicat, la difficulté à l'établir étant reliée au comportement attendu des États. Dans le cas de la protection des savoirs traditionnels contre la biopiraterie, il est difficile d'imaginer une coopération internationale, car le comportement attendu des pays du Nord de s'opposer à une telle protection, puisque celle-ci est contraire à leurs intérêts manifestes.

Un rassemblement des instruments pour modifier les comportements en *single undertaking* peut donc représenter un choix stratégique. Ici, l'argument pour encourager les pays du Nord à protéger les savoirs traditionnels par DPI ne prendra pas la forme d'avantages économiques provenant de cette protection, puisque, pour

²⁸⁴ Bishop, *supra* note 108, aux pp. 249/250.

²⁸⁵ Voir la section « Systèmes *Sui generis* nationaux », *infra* aux pp. 103-06.

eux, la non-protection est plus avantageuse économiquement, et que la protection augmenterait les coûts des produits venant des savoirs traditionnels²⁸⁶. C'est la raison pour laquelle nous constatons l'impasse au Comité intergouvernemental de l'OMPI. Les pays du Nord ne veulent pas un nouvel accord multilatéral contraignant sur l'accès aux ressources génétiques, le partage des avantages et les savoirs traditionnels. Même s'ils sont d'accord pour discuter de nouvelles lois, ils préfèrent que celles-ci aient lieu dans les cadres existants, ou, par le biais d'un accord non contraignant²⁸⁷. En bref, ils font toute une mise en scène pour ne rien changer par rapport à l'effectivité de la protection.

À part la protection environnementale, un autre avantage de participer à un traité pour la protection des savoirs traditionnels pour les pays du Nord est de paraître cohérent, en assurant que les savoirs traditionnels et non traditionnels soit traités de la même façon, c'est-à-dire protégés par des systèmes efficaces de DPI pour assurer l'équité entre les deux.

À partir du moment où l'on vise l'efficacité, le traité envisagé doit être contraignant et prévoir des sanctions afin d'assurer que les pays ne se limiteront pas à le signer, mais aussi qu'ils le respecteront. Il faut tenir compte qu'au début les États auront des pertes pour participer à la coopération : les industries verront augmenter leurs coûts de R&D et les communautés seront obligées de tolérer l'incompatibilité de leurs valeurs avec les DPI. Malgré ces difficultés initiales, le résultat final de cette coopération assurera des gains à tous : la préservation des savoirs traditionnels et de l'environnement d'où ils proviennent.²⁸⁸

²⁸⁶ Mugabe, *supra* note 274.

²⁸⁷ Dufield, *supra* note 226, à la p. 17.

²⁸⁸ Matsushita, *supra* note 283, à la p.203; Barrett, « Economic theory », *supra* note 195, aux p. 237/238; Barrett, « Statecraft », *supra* note 203, à la p. 290; Dunoff et Trachtman, « Conflict », *supra* note 79, à la p. 212.

Les questions commerciales et environnementales que les savoirs traditionnels représentent servent différents objectifs, mais les liens entre celles-ci peuvent faciliter un accord avec une participation effective des pays du Nord. Ce dernier objectif est stratégique : il peut transformer un jeu de dilemme du prisonnier en une coopération.²⁸⁹

L'article 16.5 de la CDB²⁹⁰ considère la protection par DPI comme un moyen pour atteindre la conservation, l'usage durable de la biodiversité et le partage juste et équitable des avantages. Pour les pays du Sud, la protection des savoirs traditionnels par DPI permet : la conservation et l'usage durable de la biodiversité; le partage juste et équitable des avantages; la reconnaissance des droits moraux et économiques des communautés traditionnelles sur leurs savoirs et la prévention de la biopiraterie²⁹¹.

En bref, les arguments pour assurer la participation des pays du Nord à un traité international sur la protection des savoirs traditionnels que nous envisageons sont au nombre de deux : a) assurer la conservation, l'usage durable de la biodiversité²⁹² et le partage juste et équitable des avantages et b) être cohérent dans la défense des DPI sur les savoirs traditionnels et non traditionnels. La coopération internationale permet aussi des alliances entre certains pays du Nord et pays du Sud. Par exemple, Abbott nous rappelle que « developing countries may find that they have in common cause

²⁸⁹ Barrett, « Statecraft », *supra* note 203, aux pp. 355/357.

²⁹⁰ CDB, *supra* note 38.

²⁹¹ Dhar, *supra* note 185, à la p. 85.

²⁹² La conservation de la biodiversité a été toujours assurée par son usage durable par les communautés traditionnelles qu'y habitent, en vertu de leurs savoirs traditionnels. Ces savoirs ont toujours assuré aussi l'existence des communautés, puisqu'il est grâce à ces savoirs que les membres de ses communautés ont été capable de se nourrir, de se soigner, de s'habiller, etc. Quand la biopiraterie met en risque l'existence des savoirs traditionnels, et met en risque aussi l'existence des communautés traditionnelles, et par conséquent et met en risque aussi l'usage durable de la biodiversité qui a permis sa conservation jusqu'à présent. (Konstantia Koutouki, *The placebo effect : international patent law and the protection of traditional plant medicine*, these de doctorat en droit, Université de Montréal, 2007 [non publiée], à la p. 4).

with EC [...] on geographical indications. A second but more costly way to achieve objectives is by offering reciprocal concessions. »²⁹³

De même, l'Union européenne voit l'obtention d'un résultat pour les questions de PI comme condition pour le succès du Cycle de Doha, en ce qui concerne l'agriculture, les négociations sur l'accès aux marchés pour les produits non agricoles et les services.²⁹⁴ L'Inde, soutenue par quelques autres pays du Sud, soutient aussi l'idée européenne d'inclure les questions de PI dans le *package* de la négociation

²⁹³ La Chine a déjà manifesté son intérêt à discuter l'extension des indications géographiques en échange des discussions sur la CDB au Conseil sur l'ADPIC. En effet, le texte qui propose un mandat pour la négociation des deux sujets de façon reliée - suggérée par l'Union Européenne, la Suisse l'Inde et le Brésil - avec l'appui d'autres pays du Sud, l'Albanie, la Chine, l'Équateur, l'Indonésie, le Kirgystan, la Macédoine, le Pakistan, le Pérou, le Sri Lanka, la Thaïlande, La Turquie et du Groupe ACP et le Groupe africain. Les pays qui s'y opposent sont l'Australie, le Canada, le Japon, la Nouvelle-Zélande et les États-Unis, avec l'appui de deux pays du Sud, l'Argentine et le Chili. Une autre possibilité pour ces deux questions est de les relier à la question de la création d'un registre multilatéral pour les vins et spiritueux, pour laquelle il existe un mandat de négociation. Cette possibilité a été proposée par l'Albanie, le Brésil, la Chine, la Colombie, les Communautés européennes, l'Équateur, l'ex-République yougoslave de Macédoine, l'Inde, l'Indonésie, l'Islande, le Liechtenstein, le Pakistan, le Pérou, la République kirghize, le Sri Lanka, la Suisse, la Thaïlande, la Turquie, le Groupe ACP et le Groupe africain, dans le document connu comme W/52 (TN/C/W/52), intitulé *Projet de modalités concernant les questions liées aux ADPIC*, présenté au Comité des négociations commerciales de l'OMC en juillet 2008. (OMC, *Projet de modalités concernant les questions liées aux ADPIC* (du 19 juillet 2008), en ligne : OMC <www.omc.org>; Frederick Abbott, « The future of IPRs in the multilateral trading system » dans Christophe Bellmann *et al.*, dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 36, à la p. 43 [Abbott, « The future »]; Intellectual Property Watch, « WTO geographical indications discussion moves to higher level » *Intellectual Property Watch* (16 juin 2006), en ligne <<http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=336&print=1>>; Kaitlin Mara et William New, « New WTO draft modalities text on IP issues gathers wider support » *Intellectual Property Watch* (18 juillet 2008), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=1160&print=1>> [Mara et New, « New WTO »]; International Centre for Trade and Sustainable Development, « Lamy reports little progress in IP talks » 13:28 *Bridges Weekly Trade News Digest* (29 juillet 2008)

²⁹⁴ Kaitlin Mara, « Push for TRIPS changes reaches highest level at WTO as meetings intensify » *Intellectual Property Watch* (21 novembre 2008), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=1329&print=1>>; Kaitlin Mara et William New, « Norway chairs as Europe replies GIs a 'must'; others gear up biodiversity push » *Intellectual Property Watch* (23 juillet 2008), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=1167&print=1>>.

horizontale de Doha (agriculture, accès aux marchés pour les produits non agricoles, et pour l'Europe, les services aussi).²⁹⁵

La solution disponible à présent dans la sphère du droit environnemental (la CDB) n'a pas réussi à empêcher la biopiraterie; si elle l'avait fait, la question sera déjà réglée par l'entrée en vigueur de la Convention en décembre de 1993. Il est certain qu'à l'avenir l'idéal sera de protéger les savoirs traditionnels par un traité spécifique, de préférence dans le cadre d'une institution centralisée de droit international de l'environnement, effective et contraignante. Pour l'instant, il est difficile d'imaginer un tel traité dans le contexte, qui impliquerait de la part des pays du Nord une participation autre que purement figurative.

Il est certain aussi que, même si un accord est nécessaire pour établir un cadre international de protection des savoirs traditionnels par les DPI, les cadres régionaux et nationaux de protection seront également nécessaires.²⁹⁶ En effet, la mise en œuvre ultime des accords internationaux a lieu sur le plan national. Mais, si pour établir les meilleurs mécanismes de protection, il est possible de suivre une approche *bottom-up*, comme le fait l'OMPI pour utiliser les exemples développés dans les cadres nationaux et régionaux dans le cadre international, pour la mise en vigueur de cette protection il faudra suivre une approche *top-bottom*, de sorte qu'elle soit effective et contraignante depuis le niveau international jusqu'au national.

La protection par un traité international pourrait se faire de plusieurs façons. Il pourrait être un traité existant — l'ADPIC — et dans ce cas, il faudrait le réviser pour adapter ses mécanismes à la protection des savoirs traditionnels, ou ajouter de

²⁹⁵ Martin Khor, « WTO members want agreement revised » *Business Daily Africa* (26 mai 2008), en ligne: <<http://www.bdafrica.com>>.

²⁹⁶ Pranav N. Desai, « Traditional knowledge and intellectual property protection: past and future » (2007) 34:3 *Science and Public Policy* 185, à la p. 196.

nouveaux mécanismes spécifiques pour cette fin²⁹⁷. Il pourrait être un traité spécifique dans le cadre de l'OMPI, peut-être comme résultat du groupe de travail. Ou encore un traité spécifique créé au sein de l'UNESCO, du PNUE²⁹⁸ ou même, hors de tout cadre existant. En tout cas, pour être effectif, il devra être toujours cohérent avec l'ADPIC²⁹⁹. Quant à la CDB, elle mentionne qu'il faut protéger les savoirs traditionnels, mais sans établir de mécanismes pour cette finalité; elle délègue aux États la protection des savoirs traditionnels par DPI, mais sans fournir un cadre international. D'autre part, même si l'on parvient à faire une révision de la CDB pour y inclure des mécanismes de protection, elle demeurera inefficace pour assurer le respect de ses mécanismes et la mise en œuvre de la protection contre la biopiraterie, car elle ne fournira encore un cadre international. Dans le cadre de la CDB, la seule solution envisageable serait un protocole à la Convention, cohérent avec l'ADPIC et établissant des sanctions pour le non-respect de ses dispositions.

Même si nous nous attendons à un dilemme du prisonnier, qui se manifeste par un conflit entre les pays pourvus de savoirs traditionnels (ceux du Sud) et désireux d'une protection, d'un côté, et les pays utilisateurs de ces savoirs (ceux du Nord), réticents à se soumettre à une protection des savoirs traditionnels, de l'autre, Nous croyons que la coopération apportera des avantages indéniables pour les deux « prisonniers ».³⁰⁰

3.3 La possibilité de protection par les mécanismes existants dans l'ADPIC

Une fois établit que la protection doit avoir lieu par un traité international, nous verrons comment nous pouvons utiliser les mécanismes de protection de PI prévus par le traité plus effective actuellement sur le sujet. Même si l'ADPIC ne mentionne

²⁹⁷ Voir les prochaines sessions.

²⁹⁸ Abbott, « The future » *supra* note 194, à la p. 38.

²⁹⁹ Dhar, *supra* note 185, à la p. 87.

³⁰⁰ Weeraworawit, *supra* note 70, aux pp. 163/164.

pas expressément les savoirs traditionnels et ne spécifie aucune protection spéciale pour eux, plusieurs mécanismes prévus par l'Accord leur sont néanmoins applicables. Nous examinerons par la suite le potentiel de ces mécanismes pour la protection des savoirs traditionnels.

3.3.1 Brevet

Dans le cadre de l'ADPIC, les dispositions relatives aux brevets se trouvent dans les articles 27 à 34 de l'Accord.³⁰¹ L'article 27.1 de l'ADPIC prévoit ce qui suit :

Sous réserve des dispositions des paragraphes 2 et 3, un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit nouvelle, qu'elle implique une activité inventive et qu'elle soit susceptible d'application industrielle.³⁰² Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 65, du paragraphe 8 de l'article 70 et du paragraphe 3 du présent article, des brevets pourront être obtenus et il sera possible de jouir de droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale.³⁰³

Selon l'OMC, « les brevets offrent à leurs titulaires les moyens légaux d'empêcher les tiers de fabriquer, d'utiliser ou de vendre l'invention nouvelle durant une période limitée, sous réserve d'un certain nombre d'exceptions. »³⁰⁴

Les conditions fixées pour la concession du brevet sont donc la nouveauté, la non-évidence et l'utilité³⁰⁵. La protection donnée à une invention est d'au moins vingt ans.

³⁰¹ ADPIC, *supra* note 238.

³⁰² Aux fins de cet article, les expressions "activité inventive" et "susceptible d'application industrielle" pourront être considérées par un Membre comme synonymes, respectivement, des termes "non évidente" et "utile".

³⁰³ ADPIC, *supra* note 238.

³⁰⁴ OMC, *Fiche récapitulative: ADPIC et brevets pharmaceutiques*, en ligne : OMC <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/factsheet_pharm01_f.htm>.

³⁰⁵ Correa, « Temas », *supra* note 57, aux pp. 58/59.

Selon Posey et Dutfield, il est possible de protéger certains savoirs traditionnels par brevet : « some traditional medicinal or other preparations from natural substances [that] could be regarded as patentable modifications or combinations (process), and process patents may be obtainable for them. »³⁰⁶ Les brevets peuvent donc être utilisés pour protéger les processus d'obtention et d'exploitation des ressources biogénétiques, pourvu qu'ils observent les exigences pour la concession de brevet, comme l'utilisation de techniques non divulguées.³⁰⁷ Cependant, il faut qu'il s'agisse d'une nouvelle invention, que la communauté réussisse à prouver qu'elle est la seule à posséder ce savoir et qu'un individu puisse être cité comme inventeur, ce qui peut être incompatible avec la pratique de plusieurs communautés traditionnelles détentrice de savoirs, puisque souvent ces savoirs sont détenus par plusieurs membres de la communauté ou par la collectivité,³⁰⁸.

En bref, les avantages de la protection par brevet consistent dans le fait que ce mécanisme peut sauvegarder le savoir légalement et qu'il est disponible dans la majorité des pays. Par contre, le brevet comporte aussi quelques désavantages, individuelle et non collective, la demande de brevet coûte cher et requiert une aide légale et lorsqu'il est obtenu le brevet est un DPI difficile et dispendieux à défendre³⁰⁹.

3.3.2 Droit d'auteur

Le droit d'auteur peut certainement protéger les droits moraux des communautés sur leurs savoirs traditionnels³¹⁰. Prévu par les articles de 9 à 14 de l'ADPIC³¹¹, il offre comme avantage le fait d'être international, dans le sens où s'il est protégé dans un

³⁰⁶ Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 78.

³⁰⁷ Correa, « Discussion paper », *supra* note 7, à la p. 11.

³⁰⁸ Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 79.

³⁰⁹ *Ibid.* à la p. 90.

³¹⁰ *Ibid.* à la p. 45

³¹¹ ADPIC, *supra* note 238.

des pays signataires de la Convention de Berne, il l'est aussi dans tous les autres pays signataires³¹²; en plus, il accorde une période de protection longue, qui va à un minimum de 50 ans après la mort de l'auteur (article 12 de l'ADPIC³¹³).³¹⁴

Une œuvre jouit automatiquement de la protection par le droit d'auteur à partir du moment où elle a été créée, sans besoin de registre ou de toute autre formalité. Malgré ceci, quelques pays ont des systèmes nationaux de registre ou de dépôt d'œuvres pour faciliter la solution de différends par rapport à la titularité ou à la paternité, les transactions financières et les cessions, les licences et les transferts de droits.³¹⁵

Les inconvénients de la protection par droit d'auteur sont qu'elle a une durée définie et qu'elle ne couvre pas les idées mais les expressions concrètes des idées³¹⁶. Appliqué aux savoirs traditionnels, cela signifie que le savoir doit être exprimé physiquement, comme par une œuvre d'art ou une publication³¹⁷.

3.3.3 Marques de fabrique ou de commerce

Une marque³¹⁸ peut être utile pour distinguer les produits faits par une communauté à partir d'un savoir traditionnel. Si le nom de cette communauté est inscrit en tant que marque de fabrique ou de commerce, cela peut ajouter une plus-value au produit, car il est possible que certains consommateurs d'un produit dérivé d'un savoir traditionnel préfèrent acheter un original authentique qui respecte des valeurs éthiques au lieu d'une copie, même à un prix plus élevé. En outre, cela peut aussi

³¹² Finger, *supra* note 11, à la p. 29.

³¹³ ADPIC, *supra* note 238.

³¹⁴ Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 90.

³¹⁵ Académie mondiale de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *Recueil de cours DL001*, Académie mondiale de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, 2007.

³¹⁶ *Ibid.*

³¹⁷ Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 90.

³¹⁸ Selon Barbosa, « la marque est le signe visuellement représenté, qui est configuré à la fin spécifique de distinguer l'origine des produits et services ». (Barbosa, *supra* note 46, à la p. 803).

décourager les imitations, qui pourraient constituer des violations aux droits des consommateurs.³¹⁹

La protection par les marques (articles 15 à 21 de l'ADPIC)³²⁰ a le grand avantage d'être une protection illimitée dans le temps³²¹ et d'être compatible avec la possession collective du droit comme la détention d'un savoir traditionnel par une communauté.³²² Cet outil peut être aussi utilisé pour la protection des signes et des symboles, comme les symboles religieux, spirituels ou sacrés des communautés traditionnelles³²³. De plus, l'obtention d'une marque ne coûte pas cher.³²⁴

Par contre, l'inconvénient de la protection par ce mécanisme est qu'il peut seulement protéger les noms, les symboles, les expressions graphiques ou l'art graphique des communautés traditionnelles, mais pas les idées, ni les pensées qui n'entrent pas dans ces catégories. Autrement dit, ce mécanisme ne protège pas le savoir *per se* mais seulement son expression physique.³²⁵ Les savoirs biopirautés par l'industrie pharmaceutique, par exemple, ne peuvent donc pas être protégés par ce mécanisme, parce qu'ils ne font pas part des catégories que nous venons de mentionner.

3.3.4 Indications géographiques

L'article 22.1 de l'ADPIC définit les indications géographiques comme suit:

Aux fins du présent accord, on entend par indications géographiques des indications qui servent à identifier un produit comme étant originaire du

³¹⁹ Correa, « Discussion paper », *supra* note 7, à la p. 11; Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 85.

³²⁰ ADPIC, *supra* note 238.

³²¹ Même s'il y a un besoin de renouvellement de temps en temps.

³²² Correa, « Temas », *supra* note 57 à la p. 210; Catherine Aubertin *et al.*, dir., *Les marchés de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007, à la p. 160.

³²³ Posey et Dutfield ajoutent que dans quelques pays une marque peut être contestée en justice si elle est offensive pour un certain groupe ethnique (Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 45).

³²⁴ *Ibid.* à la p. 90.

³²⁵ *Ibid.*

territoire d'un Membre, ou d'une région ou localité de ce territoire, dans les cas où une qualité, réputation ou autre caractéristique déterminée du produit peut être attribuée essentiellement à cette origine géographique.³²⁶

Cette façon de protéger les savoirs est intéressante par le fait qu'elle accorde aussi le droit à un groupe et non à un individu, et que le DPI, tout comme le savoir, peut être transféré de génération en génération³²⁷.

Les indications géographiques et les dénominations d'origine (articles de 22 à 24 de l'ADPIC)³²⁸ elles aussi peuvent ajouter une valeur aux produits traditionnels fabriqués dans une région déterminée selon un processus qui émane d'un savoir traditionnel.³²⁹

Posey et Dutfield suggèrent que les associations régionales formées par des communautés traditionnelles demandent à leur gouvernement d'être reconnues comme une appellation d'origine ou entité certificatrice, de sorte qu'elles soient protégées par l'indication géographique.³³⁰ L'extension des indications géographiques aux savoirs traditionnels peut encourager les producteurs à commercialiser leurs produits sur le marché international, en promouvant le commerce international.

Les discussions au sein du Conseil des ADPIC³³¹ s'orientent vers la possibilité de protéger les savoirs traditionnels par le biais d'une extension de la protection par

³²⁶ ADPIC, *supra* note 238.

³²⁷ Müller, *supra* note 146, aux pp. 322/323.

³²⁸ ADPIC, *supra* note 238.

³²⁹ Correa, « Discussion paper », *supra* note 7, à la p. 11.

³³⁰ Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 91.

³³¹ Établi par l'article 68 de l'ADPIC qui précise ce qui suit :

« Le Conseil des ADPIC suivra le fonctionnement du présent accord et, en particulier, contrôlera si les Membres s'acquittent des obligations qui en résultent, et il ménagera aux Membres la possibilité de procéder à des consultations sur les questions concernant les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce. Il exercera toute autre attribution que les Membres lui auront confiée et, en particulier, fournira toute aide sollicitée par ces derniers dans le contexte des procédures de règlement des différends. Dans l'exercice de ses fonctions, le Conseil des ADPIC pourra consulter

l'indication géographique accordée aujourd'hui aux vins et aux spiritueux. Vu que « les indications géographiques sont des droits collectifs qui protègent la réputation et non l'innovation »³³², elles sont applicables aux savoirs traditionnels qui ne sont pas des inventions ou des découvertes et, dans certains cas, même pas susceptibles d'application industrielle. Les indications géographiques sont aussi utiles parce qu'elles sont illimitées dans le temps et inaliénables.

L'hypothèse de faire un accord sur l'extension des indications géographiques intéresse vraiment les pays du Sud : elles constituent des mécanismes existants qui en effet peuvent être utilisés pour protéger les savoirs traditionnels³³³ et leur extension peut inclure une adaptation pour qu'elles soient encore plus spécifiques pour cette finalité³³⁴. En outre, l'extension peut être utile à d'autres produits des pays du Sud non dérivés des savoirs traditionnels.³³⁵

3.3.5 Protection des renseignements non divulgués

L'article 39 de l'ADPIC s'occupe de la protection des renseignements non divulgués, qui peuvent être de n'importe quelle nature, soit technique, commerciale ou industrielle, pourvu qu'ils aient une valeur commerciale.³³⁶ Cette disposition n'oblige pas les États à octroyer des droits exclusifs sur les renseignements confidentiels ou non divulgués, mais plutôt à les protéger contre les usages commerciaux malhonnêtes. Pour que le renseignement puisse être protégé par ce mécanisme, il faut qu'il présente trois caractéristiques. Premièrement il doit être secret ou non connu.

toute source qu'il jugera appropriée et lui demander des renseignements. En consultation avec l'OMPI, le Conseil cherchera à établir, dans l'année qui suivra sa première réunion, des dispositions appropriées en vue d'une coopération avec les organes de cette organisation. » (*ADPIC*, *supra* note 238.)

³³² Valérie Boisvert et Armelle Caron « Valorisation économique des ressources et nouveaux marchés » dans Catherine Aubertin *et al.*, dir., *Les marches de la biodiversité*. Paris, IRD, 2007, 195.

³³³ Voir la section « La possibilité de protection par une adaptation des mécanismes existants dans l'ADPIC », *infra* aux pp 101-03.

³³⁴ *Ibid.*

³³⁵ Mara et New, « New WTO », *supra* note 294.

³³⁶ Basso, « Direito », *supra* note 113, à la p. 247.

Deuxièmement, il doit avoir une valeur commerciale. Finalement, il doit avoir été l'objet de mesures raisonnables de protection pour le garder secret de la part de qui³³⁷ est légalement responsable du contrôle du renseignement.³³⁸

Les savoirs traditionnels qui ont une application commerciale peuvent être protégés par ce mécanisme de façon plus ample que ne le font les autres DPI³³⁹. En plus, ce mécanisme peut être négocié par les communautés avec des industries en échange de bénéfices économiques par contrat et ne coûte pas cher en comparaison avec le coût de revient d'un brevet, par exemple.³⁴⁰ Par contre, il protège le secret, mais pas le savoir; il n'assure donc pas l'exclusivité de la communauté sur son savoir, une fois que celui-ci devient public.

Ce mécanisme présente comme inconvénient le fait que l'article 39 de l'ADPIC³⁴¹ n'oblige pas les États à octroyer de droits exclusifs sur les renseignements confidentiels ou non-divulgués³⁴²; par conséquent, les pays qui l'ont adopté dans leur législation ne sont pas nombreux.³⁴³

3.4 La possibilité de protection par une adaptation des mécanismes existants dans l'ADPIC

Une autre possibilité pour la protection des savoirs traditionnels par les DPI est d'adapter les mécanismes existants dans l'ADPIC en vue d'assurer une protection plus effective. Un avantage de l'adaptation des règles existantes est qu'elle coûterait

³³⁷ Dans le cas de savoirs traditionnels, la communauté au sens large, y compris tous ses membres.

³³⁸ ADPIC, *supra* note 238.

³³⁹ Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 90.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ ADPIC, *supra* note 238.

³⁴² Basso, « Direito », *supra* note 113, à la p 247.

³⁴³ Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 90.

moins cher que la création d'un nouveau système.³⁴⁴ Cette adaptation se ferait de la même façon que pour le système de PI qui, dans le passé, a été adapté pour protéger les intérêts des industries pharmaceutiques et biotechnologiques à propos de la brevetabilité de produits de la nature. Celle-ci n'a commencé à être acceptée qu'en 1910, quand l'acide acétylsalicylique (aspirine), un produit originaire d'un savoir traditionnel, a été breveté³⁴⁵.

Pour réaliser cette adaptation, il est néanmoins important d'utiliser les *globalized localisms*, c'est-à-dire, des grandes lignes définies sur le plan international, mais en gardant un espace pour faire des adaptations selon les besoins, les cultures et les valeurs locales.³⁴⁶ Mgbeoji démontre que, pour établir un éventuel régime de brevets collectifs des savoirs traditionnels, certaines remarques s'imposent³⁴⁷.

Premièrement, le savoir traditionnel doit avoir le niveau de nouveauté nécessaire pour être brevetable³⁴⁸. Cela ne veut pas dire, par contre, que les savoirs traditionnels utilisés par les bioprospecteurs sont intrinsèquement non-brevetables, étant donné qu'ils sont développés dans un paradigme culturel différent du dominant, où le concept de nouveauté n'est pas le même.³⁴⁹

La question de la nouveauté exige une digression sur la nature des savoirs traditionnels. L'évolution étant permanente, ces savoirs ne peuvent pas être considérés comme appartenant au domaine public comme s'ils existaient depuis le début des temps. De plus, il n'y a aucun principe ou règle de droit international qui établit en combien d'années une telle invention rendue publique doit être brevetée

³⁴⁴ Müller, *supra* note 146, à la p. 329.

³⁴⁵ Mgbeoji, *supra* note 4, aux pp. 129 et 143.

³⁴⁶ *Ibid.* à la p. 38.

³⁴⁷ *Ibid.* aux pp. 166/169.

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ *Ibid.*

avant de perdre sa brevetabilité à cause de son manque de nouveauté. Dans certains droits internes, on précise le nombre d'années nécessaires.³⁵⁰ En outre, ce ne sont pas tous les savoirs qui risquent d'être considérés du domaine public, parce que dans les communautés traditionnelles, il y a des secrets, même entre les membres du groupe, principalement en ce qui concerne l'usage d'herbes et de plantes médicinales, ou encore des rituels.³⁵¹

Deuxièmement, même si l'idée d'une invention collective est nouvelle au système de brevet existant, même si elles sont considérées individuelles, les inventions d'aujourd'hui sont le résultat du travail d'une multitude de personnes, qui travaillent sur un même projet, construisent à partir d'idées et de savoirs qui existent déjà, échangent des idées et des informations au sein d'une communauté scientifique. Partant, on ne peut pas dire qu'une invention collective est un élément nouveau au système de brevet, au contraire.³⁵²

Troisièmement, le savoir traditionnel appartient-il ou non au domaine public? Comme nous l'avons expliqué plus haut, les connaissances traditionnelles ne sont pas statiques.

Finalement, dans le système eurocentrique, seuls les individus ou personnes morales peuvent obtenir un brevet. Cependant, dans les anciens systèmes communistes, la possibilité de propriété collective par des *organisations socialistes* ou *collectivités* existait déjà. Même les États-Unis prévoient la possibilité d'un *joint inventorship*³⁵³. Donc, dans les pays où il y a des collectivités telles que les communautés traditionnelles, il est possible de prévoir la création de brevets

³⁵⁰ Le Kuwait, 20 ans; la loi libyenne de 1959 prévoit 50 ans (*Ibid.*)

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ *Ibid.*

collectifs, quelle que soit la catégorie avec laquelle on encadre la *personnalité légale* de la communauté.³⁵⁴

De plus, comme la majorité des communautés traditionnelles n'a pas les mêmes valeurs que celles prônées par un système capitaliste, il faudra que le brevet s'adapte aux conditions locales et que la compensation pour ce savoir aille directement à l'État où se trouve la communauté, qui s'occupera de gérer l'argent au bénéfice de celle-ci (comme dans le cas péruvien³⁵⁵). Dans d'autres cas, la compensation peut se faire sous la forme de versements de redevances, qui peuvent être toujours gérées par une tierce partie, autre que la communauté. On peut également envisager une copropriété des DPI ou encore l'accès gratuit aux technologies et aux produits obtenus à partir des savoirs traditionnels.³⁵⁶

3.5 Système *sui generis*

3.5.1 Systèmes *Sui generis* nationaux

En plus d'une adaptation des mécanismes déjà existants, une autre possibilité de protection des DPI des savoirs traditionnels est la création d'un système *sui generis* de protection. Ce système *sui generis* comprendrait des dispositions législatives reconnaissant aux communautés traditionnelles un droit de participation dans la prise de décision quant à l'utilisation du savoir et des pratiques traditionnelles en lien avec des ressources biologiques³⁵⁷. Ce système a été adopté par la législation nationale de

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ *Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos* du 24 juillet 2002, El Peruano 10 août 2002 [Ley].

³⁵⁶ Arbour et Lavallée, *supra* note 139, à la p. 481.

³⁵⁷ La législation d'au moins dix pays du Sud (Brésil, Bolivie, Chine, Costa Rica, République dominicaine, Égypte, Inde, les Philippines, et la Communauté Andine) exige déjà, lors de la demande de brevet, la révélation de l'origine de la ressource biologique ou du savoir traditionnel associés utilisés à l'invention effectuée ou à développer, sous peine de non-octroi. (Deere, *supra* note 16, aux pp. 96/97.). L'avant-projet de la décision de la Communauté Andine a été rédigé par le Centre de droit environnemental de l'UICN (Posey et Dutfield, *supra* note 3, à la p. 148.). La décision 486 a comme objectif l'harmonisation entre l'ADPIC et la CDB (Kate et Laird, *supra* note 3, à la p. 137).

quelques pays (parmi lesquels on compte le Brésil, la Bolivie, la Chine, le Costa Rica³⁵⁸, l'Équateur, l'Inde, la Malaisie, le Panama, le Pérou, les Philippines, la République dominicaine et la Thaïlande) et au niveau régional, la Communauté andine³⁵⁹.

Dans la plupart des pays, les copies des demandes de brevet peuvent être consultées par le public avant que le brevet ne soit octroyé, ce qui permet une contestation préalable en cas de constatation de biopiraterie. La seule possibilité de contestation et le dommage que l'accusation de biopiraterie peut causer à l'image d'une entreprise suffisent pour que celle-ci préfère acquérir le savoir légalement et légitimement auprès des communautés traditionnelles plutôt que de prendre le risque d'endommager son image auprès des consommateurs et d'être obligée de payer une compensation pour les dommages subis par la communauté traditionnelle, ou encore de risquer de se voir nier la demande de brevet³⁶⁰.

Par exemple, une loi péruvienne de 2002³⁶¹ prévoit à son article 26³⁶² « que les utilisateurs commerciaux et industriels des savoirs autochtones doivent demander une

³⁵⁸ Sa loi sur la biodiversité inclut des provisions par rapport à la protection des savoirs traditionnels des communautés traditionnelles, comme l'exigence de la preuve du consentement de la communauté traditionnelle qui a produit le savoir ou où la ressource a été trouvée. (Deere, *supra* note 16, à la p. 90 et 96/97).

³⁵⁹ Dans le cas de la Communauté andine, son « Common Regime on Access to Genetic Resources (Decision 391 [Communauté andine, *Decision 391*, 1996, en ligne : Communauté andine <<http://www.comunidadandina.org>>], the Andean Community's regional intellectual property regime (decision 486 [Communauté andine, *Decision 486*, 2000, en ligne : Communauté andine <<http://www.comunidadandina.org>>]) required disclosure of the right to use genetic resources. Decision 486 states the applicants for patents shall contain a copy of the contract for access if the products or process for which a patent application is being filed were obtained or developed from genetic resources or by product originating in one of the member countries. Further, if applicable, the patent applicant must provide a copy of a document that certifies the license or authorization to use the traditional knowledge of indigenous, African American, or local communities in the member countries where de products or process were obtained or developed on the basis of the knowledge originating in any one of the member countries. » (Deere, *supra* note 16, aux pp. 90 et 96/97.)

³⁶⁰ Posey et Dutfield, *supra* note 3, aux pp. 79/80.

³⁶¹ Ley, *supra* note 355.

³⁶² Ley, *supra* note 355.

licence qui prend la forme d'un contrat écrit avec les détenteurs dudit savoir »³⁶³. Ce contrat est rédigé en espagnol et dans la langue de la communauté. En vertu de la loi, les informations du contrat sont envoyées aux principaux bureaux de brevets du monde pour qu'elles soient consultées lors de l'analyse des critères de nouveauté et inventivité afin d'éviter que quelqu'un reçoive un brevet d'un savoir traditionnel enregistré au Pérou.³⁶⁴ La loi distingue entre les savoirs qui se trouvent déjà dans le domaine public - et donc pas passibles d'être brevetés, car ils ne remplissent pas les conditions d'octroi de brevet - et ceux qui sont confidentiels et peuvent être donc brevetés. Finalement, la loi détermine que l'argent reçu de ces contrats sera destiné à un fond pour le développement des peuples autochtones du Pérou.³⁶⁵

La Thaïlande aussi a créé un régime spécial pour la médecine traditionnelle par lequel le gouvernement est désigné comme titulaire et destinataire des profits reliés à quelques formules faisant partie du savoir traditionnel.³⁶⁶ D'autres formules ont comme titulaires les communautés qui les ont créées, et d'autres formules encore appartiennent au domaine public.³⁶⁷

Le Panama a établi un régime spécial de registre de PI pour la protection des savoirs traditionnels qui peuvent être associés à l'identité culturelle d'une communauté et peuvent être commercialisés³⁶⁸. Le régime panaméen interdit la

³⁶³ Arbour et Lavallée, *supra* note 139, à la p. 481.

³⁶⁴ Article 26 (*Ley*, *supra* note 355).

³⁶⁵ Borges da Silva, « É possível », *supra* note 14, à la p. 320.

³⁶⁶ *Act on Protection and Promotion of Traditional Thai Medicinal Intelligence*, B.E 2542 ('Thai Act'), tel que cite par, OMPI, *The Protection of TRADITIONAL KNOWLEDGE Mechanisms Document prepared by the Secretariat LEDGE: Revised Outline of Policy Options and Legal*, WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5, Genève, 27 mars 2006, en ligne : O.M.P.I. <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_inf_5.doc> (date d'accès: 3 avril 2008).

³⁶⁷ Toutes les formules, de n'importe quelle catégorie, peuvent être utilisées de façon non commerciale gratuitement, en quantité limitée, par les populations traditionnelles dans leurs communautés.

³⁶⁸ Par le biais de la Loi no 20 du 26 juillet 2000, qui est entrée en vigueur le 27 juin 2000 et a été promulguée dans la Gazette officielle No. 24.083, réglée par le Décret Exécutive No. 12, du 20 mars 2001, sous le titre de *Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los*

protection de l'héritage culturel des communautés traditionnelles (y compris les savoirs traditionnels) par des droits d'exclusivité du système de PI, tels que droit d'auteur, l'indication géographique, le dessin industriel et les marques, sauf sur la demande de protection faite par les communautés elles-mêmes. Les communautés peuvent donc être détentrices de DPI sur leur héritage culturel et elles peuvent concéder la licence d'utilisation de leurs DPI à des tiers, et ces DPI ne peuvent pas faire l'objet d'une licence obligatoire³⁶⁹. Le régime du Panama a établi un « Department of Collective Rights and Forms of Folkloric Expression to grant and administer collective ownership copyrights for indigenous groups and prevent registration by any outside party. »³⁷⁰

3.5.2 *Sui generis* international

Alors, une fois établi qu'un accord signé uniquement par des pays du Sud aurait la même effectivité de créer une loi modèle à implanter sur le plan national des pays du Sud qui ne l'ont pas encore fait, il est certain que nous pouvons seulement considérer un système *sui generis* international si celui-ci compte la participation des pays du Nord. Il n'existe pas encore de système *sui generis* sur le plan international. Pour Correa, le danger d'un système international *sui generis* est qu'il soit trop précis et donc peu flexible pour l'adaptation aux besoins locaux³⁷¹. Dans le cas de la création d'un système international *sui generis*, cet auteur considère qu'il faudra un seul système pour toutes les formes de savoir traditionnel ou bien des systèmes différents pour la création artistique et le folklore³⁷², la médecine traditionnelle³⁷³ et les savoirs associés aux ressources génétiques utilisées dans l'industrie alimentaire et

Pueblos Indígenas. (OMPI, *Survey on Existing Forms of Intellectual Property Protection for Traditional Knowledge*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/2/5, en ligne: OMPI <www.wipo.int>.)

³⁶⁹ *Ibid.*

³⁷⁰ Finger, *supra* note 11, à la p. 18.

³⁷¹ Correa, « Temas », *supra* note 57, à la p.214.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ *Ibid.*

l'agriculture³⁷⁴. De plus, il ajoute que ce système (ou ces systèmes) devra (devront) principalement prévoir la possibilité de propriété collective (par une ou plusieurs communautés) des savoirs. Il devra aussi définir la nature du droit conféré, s'il sera exclusif ou non, vu qu'il est possible de considérer la concession du droit à la rémunération sans l'exercice d'un droit d'exclusivité. Enfin, le régime devra avoir certaines des dispositions afin d'empêcher la biopiraterie, mais sans qu'un droit d'exclusivité soit octroyé à celui qui utilise ou veut utiliser le savoir commercialement, car cela peut être contraire aux valeurs traditionnelles. Le système devra aussi:

- a) Identifier les communautés qui ont la propriété collective des savoirs traditionnels³⁷⁵;
- b) Permettre que ces communautés régissent l'usage commercial de leurs savoirs traditionnels par le biais du consentement préalable³⁷⁶;
- c) Établir l'inaliénabilité de cette propriété collective³⁷⁷;
- d) Empêcher les concessions d'autres DPI qui découlent de ces savoirs traditionnels³⁷⁸;
- e) Créer des mécanismes qui garantissent le partage équitable des avantages découlant de l'exploitation commerciale des dits savoirs³⁷⁹;
- f) Compter sur la participation des communautés traditionnelles dans le développement du système lui-même³⁸⁰.

Un exemple de système international *sui generis* est celui proposé par Cottier et Panizzon³⁸¹, qui suggèrent l'adoption d'un traité créant un droit de propriété

³⁷⁴ *Ibid.*

³⁷⁵ Jorge Caillaux Zazzali, « Propiedad intelectual, diversidad biológica y conocimientos tradicionales: una visión desde los Andes y la Amazonia » dans Carlos Maria Correa, dir., *Temas de derecho industrial y de la competencia: biotecnología y derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, 89, aux pp. 125-126.

³⁷⁶ *Ibid.*

³⁷⁷ *Ibid.*

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ Cottier et Panizzon, *supra* note 42, aux pp. 387/389, 391 et 398/399.

intellectuelle traditionnelle (ci-après DPIT³⁸²). Ce traité serait créé, de préférence, dans le cadre de l'OMC³⁸³ et conçu spécialement pour la protection des savoirs traditionnels. Il s'agirait d'un système *sui generis* de droit privé acquis par les communautés traditionnelles, portant sur les données et les informations liées aux ressources génétiques pour la nourriture et l'agriculture, ainsi que pour des fins médicinales, y compris les méthodes d'usage. Ce système devra être inclusif, plutôt qu'exclusif. Les titulaires du droit pourront être des individus, des communautés, des associations ou des coopératives, parce que la composante intergénérationnelle du savoir rend difficile l'identification d'un titulaire unique. Vu que les savoirs traditionnels sont souvent détenus par une famille ou un lignage, les DPIT doivent être de nature communautaire.³⁸⁴

Dans le cas du développement d'un produit à partir d'un savoir traditionnel³⁸⁵, le résultat final serait protégé par les DPI ordinaires, tels que les modèles d'utilité, le droit d'auteur ou par une base de données.

Ce système de DPIT ne s'appliquerait qu'à l'usage commercial des savoirs traditionnels, car la raison d'être de ces droits est d'augmenter les avantages économiques capables de modifier la balance du pouvoir entre ceux qui détiennent le savoir traditionnel et les acteurs commerciaux qui veulent l'exploiter afin d'élaborer un nouveau produit pour le marché. Cela signifie que l'usage privé de savoirs traditionnels ne serait pas régi par les DPIT; par conséquent, personne n'aurait besoin

³⁸² D'après Bhaur, une solution multilatérale est difficile, mais non impossible (Mehnaz Bhaur, « TRIPS: Need for patentability in biotechnology and protection of traditional knowledge » (2008) 3:10 Global Trade and Customs journal 349, à la p. 356).

³⁸³ Puisque l'OMC est la seule organisation à combiner règles de commerce avec protection mondiale de la propriété intellectuelle, ce qui peut garantir un meilleur accès au marché ainsi que de meilleures conditions de commercialisation pour les biens résultants d'un procès de production en rapport avec les savoirs traditionnels (Cottier et Panizzon, *supra* note 42, à la p. 399).

³⁸⁴ *Ibid.* aux pp. 387/389, 391 et 398/399.

d'autorisation du titulaire du DPIT pour leur usage privé. Par contre, il faut établir une limite pour déterminer quand cet *usage privé* veut dire *recherche à des fins scientifiques* (exclu des DPIT) et non commerciales.³⁸⁶

Enfin, il faut souligner que ce système devra être compatible avec les dispositions et les conditions de la CDB, notamment le consentement préalable en connaissance de cause et le partage des bénéfices, et coexister avec les autres systèmes et mécanismes de DPI. En effet, tous les dispositifs que nous venons de mentionner agiront de façon complémentaire.

³⁸⁵ Bhaur inclut entre les agents possibles non seulement les gens qui n'appartiennent pas à la communauté, mais aussi les nouvelles générations de la communauté qui ajoutent valeur au savoir déjà protégé (Bhaur, *supra* note 382, à la p. 355).

³⁸⁶ Cottier et Panizzon, *supra* note 42, à la p. 389.

CONCLUSION

Ce mémoire avait pour objectif de démontrer que les savoirs traditionnels doivent être protégés contre la biopiraterie et que cette protection serait plus efficace par les biais des DPI. Les savoirs traditionnels sont des connaissances développées par des communautés traditionnelles, qui recèlent des informations sophistiquées sur les ressources biogénétiques de leur environnement. Ces connaissances ont attiré l'attention de chercheurs du domaine de la biotechnologie, intéressés à s'en servir pour créer plus rapidement de nouveaux produits. L'utilisation de ces informations se fait très souvent à l'insu des communautés et, pire encore, il n'est pas rare que des industries obtiennent des brevets sur les savoirs traditionnels sans le consentement de leurs détenteurs et sans aucune compensation financière. Cette forme d'appropriation est couramment appelée la biopiraterie.

La biopiraterie contribue au processus de dégradation culturelle des communautés traditionnelles et, par conséquent, à la dissolution de savoirs forts utiles pour la préservation de l'environnement. Il y a donc une raison d'ordre écologique pour protéger les savoirs traditionnels contre la biopiraterie, à laquelle s'ajoutent des justifications morales et économiques : la sauvegarde des droits moraux de l'auteur, le traitement juridique équitable entre connaissances produites selon les modèles du Nord et celles produites par les peuples traditionnels et la nécessité de réglementer la commercialisation de ces connaissances pour leur emploi industriel et le bénéfice général.

Nous avons choisi de traiter le sujet comme un problème et nous avons opté pour un *problem-solving approach*. Cela signifie que nous ne nous donnons pas

comme but de trouver une solution définitive à la question de la biopiraterie, qui exigerait une critique du système qui donne lieu au problème et une la reformulation de ce système. Ce que nous essayons de trouver, c'est la meilleure solution immédiate pour le problème, qui est pressant.

Une réponse immédiate ne peut se construire que dans le cadre du système existant (CDB, OMPI et ADPIC), par le biais de mécanismes déjà mis en place ou à adapter pour le problème spécifique, en respectant, autant que possible, les valeurs des communautés traditionnelles.

Dans le cadre juridique actuel, l'instrument juridique qui prévoit la protection des savoirs traditionnels au sein du droit international de l'environnement est la CDB, qui suggère que cette protection ait lieu par les DPI, mais sans indiquer comment le faire.

Une fois qu'il est établi que l'orientation à suivre est celle des DPI, nous allons la chercher au sein du Droit international économique, auquel elle appartient. Dans ce domaine, il y a deux chemins à suivre : l'OMPI et l'ADPIC. L'OMPI, qui est une agence spécialisée des NU sur la PI, régit plusieurs traités sur le sujet, mais aucun qui touche aux savoirs traditionnels. Présentement, elle maintient un comité qui discute des meilleures formes de mettre en place la protection de savoirs traditionnels par les DPI.

Le deuxième chemin est l'ADPIC, très efficace grâce au principe du *single undertaking*, mais qui ne fait aucune mention de la protection des savoirs traditionnels.

Ce silence de l'ADPIC n'empêche pas les États de suivre les recommandations de la CDB et d'établir un système national de protection des savoirs traditionnels par DPI (ce que plusieurs États ont fait), mais cette solution présente deux inconvénients majeurs. D'une part, la biopiraterie est un problème de droit international, puisqu'elle

n'a pas lieu nécessairement dans l'État où se trouvent la communauté et le savoir, normalement des pays du Sud, mais plutôt dans les États du Nord, où siègent les industries qui font la demande de DPI illégitime ou illégale et où sont les consommateurs qui payeront pour les produits découlant de l'utilisation industrielle des savoirs traditionnels. Par conséquent, la solution nationale ne serait pas aussi effective que celle d'un cadre international, comme c'est le cas de l'OMC, par exemple. D'autre part, si les pays membres de la CDB sont aussi membres de l'OMC et s'ils décident de mettre en place des mesures nationales de protection des savoirs traditionnels par les DPI, ils peuvent être accusés devant l'OMC d'utiliser ces lois pour créer des barrières non tarifaires, puisque l'ADPIC n'empêche pas la protection des savoirs traditionnels mais ne la prévoit expressément non plus. Une prévision de l'ADPIC sur le sujet éviterait donc de tels problèmes, qui, en plus, suscitent la discussion sur un prétendu conflit entre l'ADPIC et la CDB sur ce point. Même si l'on démontre qu'il n'y a pas de conflit – et tel est notre avis – et que l'ADPIC peut prendre en compte les dispositions de la CDB ces débats risquent de s'éterniser et, pendant ce temps, les communautés traditionnelles auront à souffrir des pillages avant de voir une solution se mettre en place pour les protéger. Avec ce retard, ceux qui gagnent ce sont les biopirates.

Il y a évidemment des arguments pour et contre la protection des savoirs traditionnels par les DPI. Premièrement, le droit international de l'environnement est n'est pas efficace, il faut donc utiliser des mécanismes de droit international économique; deuxièmement, la protection pour DPI intéresse les deux parties du problème: les industries et les communautés traditionnelles; troisièmement, la protection par DPI apporte un certain développement économique, politique, social et environnemental³⁸⁷; quatrièmement, la protection par DPI permet le transfert des avantages découlant du monopole des DPI du Nord vers le Sud; cinquièmement, la

protection par DPI établit l'équité entre les savoirs traditionnels et les non traditionnels; sixièmement, la protection par DPI mène au transfert et à la promotion de technologie; septièmement, le partage équitable et juste des avantages découlant des savoirs traditionnels est possible seulement dans un cadre de protection par DPI; huitièmement, la stimulation de la création de programmes locaux de recherche, d'exploitation, d'industrialisation et de commercialisation³⁸⁸; neuvièmement, les profits obtenus avec la commercialisation peuvent financer la préservation des savoirs traditionnels; dixièmement, les DPI sont le mécanisme prévu par la CDB pour empêcher la biopiraterie; finalement, les DPI peuvent empêcher des épisodes de *market failure*³⁸⁹ par une protection qui peut se présenter de forme défensive³⁹⁰ ou positive³⁹¹.

Les raisons contre la protection des savoirs traditionnels par DPI sont les suivantes; premièrement, les concepts de propriété dans les communautés traditionnelles sont différents de celui du capitalisme, où les DPI sont insérés; deuxièmement les communautés traditionnelles ne voient pas leurs savoirs comme des marchandises³⁹², car elles n'ont même pas la notion de valeur économique, ce qui

³⁸⁷ *Ibid*, à la p.371.

³⁸⁸ Peter Nunnenkamp et Julius Spatz, *Intellectual property rights and foreign direct investment : the role of industry and host-country characteristics - Kiel Working Paper n°.1167*, Kiel. Institut für Weltwirtschaft, 2003, à la p. 20.

³⁸⁹ Le marché n'étant pas capable d'assurer la récupération des coûts de R&D de nouveaux produits, il a fallu l'intervention étatique pour assurer le retour des investissements faits par les entreprises et pour garantir qu'elles continueront à investir en R&D (Barbosa, *supra* note 46, aux pp. 71/75)

³⁹⁰ C'est une erreur de penser que la propriété n'a qu'une fonction d'appropriation. Elle a aussi un rôle d'autodéfense et de survivance. La question n'est pas si le commerce de la culture corrompt ceux qu'y sont engagés. Il s'agit plutôt de savoir si ce commerce permettra aux communautés traditionnelles de chercher leurs propres intérêts économiques dans l'usage de leurs connaissances en harmonie avec ce qu'elles veulent pour la préservation et pour l'évolution de leur culture. (Mgbeoji, *supra* note 4, aux pp. 160 et 162/164.)

³⁹¹ À part la question d'éviter la biopiraterie, il faut admettre que les communautés traditionnelles, comme les gens des communautés modernes, veulent une protection qui leur permette de profiter de leurs savoirs et de se faire respecter. (Finger, *supra* note 11, à la p. 28; et *Déclaration de la CONGAF supra* note 251.)

³⁹² L'intérêt commercial du Nord pour les savoirs des communautés traditionnelles est plus récent. Il a suivi le développement de la biotechnologie et plusieurs communautés ne se sont pas encore rendues

rend difficile aussi la rémunération des dites communautés pour leurs savoirs; troisièmement, le concept de monopole (en certaine mesure, base des DPI) est étrange aux communautés traditionnelles; quatrièmement, les savoirs traditionnels n'ont pas les conditions de brevetabilité, et finalement, les savoirs traditionnels sont collectifs.

Quoiqu'il en soit, n'importe quelle solution aurait toujours des aspects négatifs et positifs. Ici, les arguments se trouvent des deux côtés du problème, de celui des industries, représentées dans leur majorité dans la sphère du droit international par les pays du Nord, et aussi de celui des communautés traditionnelles, qui à leur tour sont représentés par les pays du Sud. L'application du dilemme du prisonnier à la problématique de la biopiraterie des savoirs traditionnels suggère que la meilleure solution présentement (et non la solution idéale) exige une coopération internationale et une protection par les DPI. Ceci étant, nous avons fait un survol sur les moyens de mettre en œuvre cette protection. D'abord, nous avons vu que certains mécanismes prévus par l'ADPIC, même s'ils n'étaient pas originalement destinés à protéger les savoirs traditionnels, peuvent être utilisés à cette fin: les brevets, les droits d'auteur, les marques de fabrique ou commerce, les indications géographiques et la protection de renseignements non divulgués. Par la suite, nous avons vu qu'il est aussi possible d'adapter les mécanismes existants dans l'ADPIC pour qu'ils puissent opérer la protection ou enfin, de créer un système *sui generis* de protection aux DPI des savoirs traditionnels. Finalement, nous avons envisagé une solution encore plus immédiate, mais loin d'être idéale: les clauses ADPIC-extra sont encore plus effectives que la protection nationale, mais pas assez effectives comme protection multilatérale. Les clauses ADPIC-extra se présentent comme une solution bilatérale qui peut avoir des effets multilatéraux, avec l'avantage d'entrer en vigueur plus rapidement qu'un accord multilatéral, puisqu'elles ne demandent que l'approbation de deux pays. Cette

compte de cet intérêt ou que leur savoir puisse être à la base de produits qui apporteront beaucoup de profits aux entreprises qui les exploitent (Posey et Dutfield, *supra* note 3, aux pp. 49 -55.)

proposition se trouve à mi-chemin entre une solution nationale et une vraie protection internationale, librement décidée par l'ensemble des États concernés.

Les intérêts des pays du Sud et des Pays du Nord peuvent converger par les DPI et le droit international économique. D'un côté, les communautés traditionnelles ont besoin d'un outil issu du capitalisme et du droit international économique (les DPI) pour se protéger d'un mal né du capitalisme (la biopiraterie), une sorte de vaccin ou antidote. D'un autre côté, vu les exigences du développement durable, le besoin de tenir une bonne image par rapport à la protection de l'environnement, à la cohérence dans les politiques de propriété intellectuelle, le besoin de préserver les savoirs traditionnels et les ressources de la biodiversité associées pour développer de nouveaux produits, notamment de médicaments, pour sa population, le Nord se voit obligé d'octroyer des DPI aux communautés traditionnelles, même s'il le fait au détriment d'une certaine partie de ses profits, pour garantir le développement durable et la continuité de ses gains. Par l'application du dilemme du prisonnier, nous avons vu que la solution est la coopération entre les États, c'est-à-dire, un accord international multilatéral. Il faut admettre que cette solution de coopération entre les États dépendra de la capacité des gouvernements des pays du Nord à faire prévaloir les intérêts collectifs contre ceux des industries qui exploitent les ressources des pays du Sud.

Il s'agit d'encourager les pays du Nord à protéger les savoirs traditionnels, puisque les pays du Sud sont déjà convaincus de ce besoin. La participation doit être la préoccupation majeure dans les négociations, et le respect des obligations doit être visée par un équilibre entre des sanctions crédibles et le taux de participation des États³⁹³

³⁹³ Barrett, « Statecraft », *supra* note 203, aux pp. 355/357.

Pour encourager la participation des pays du Nord, il faudra considérer des incitatifs. Comme, par exemple, des subventions pour R&D ou des restrictions commerciales. Dans ce travail, nous défendons que la protection des savoirs traditionnels par les DPI peut être vue par certains, - surtout les industries et les États qui les représentent sur la scène du droit international, comme une restriction commerciale, tandis que les revenus originaires de la protection sont vus par d'autres comme des subventions (ou des incitatifs) à la R&D et à la protection de l'environnement³⁹⁴, notamment par les communautés traditionnelles et les États qui les représentent sur la scène du droit international.

De plus, il faut considérer des concessions mutuelles pour établir le niveau de la coopération, parce que le choix du bon équilibre est stratégique pour que la coopération soit effective. Le plus élevé le niveau de coopération, le moins on aura de participation. Autrement dit, plus l'accord exige d'engagements de la part des États, moins ils seront prêts à s'engager. Il faut donc que les négociateurs choisissent entre un traité limité dans sa participation mais avec un niveau de protection élevé ou un traité sacrifiant le niveau de protection pour encourager un taux élevé de participation³⁹⁵.

En effet, les pays du Nord et leurs populations ont besoin de ces connaissances, des technologies qui en dérivent et principalement des produits (notamment les médicaments) à l'origine desquelles elles se trouvent. Hormis les préjudices financiers et moraux qu'elle porte aux communautés traditionnelles, la biopiraterie met aussi en péril l'environnement où les savoirs sont développés. Or, préserver l'environnement représente un objectif commun pour le Nord et pour le Sud et, par conséquent, l'existence et le développement des savoirs eux-mêmes aussi. Mettre en risque la préservation de l'environnement peut signifier un prix trop haut pour le

³⁹⁴ *Ibid.*

Nord, ce qui rend moins cher pour lesdits pays payer pour les DPI des savoirs traditionnels.

Finalement, protéger les savoirs traditionnels est important pour assurer l'équité dans la communauté internationale et principalement pour la protection environnementale.

³⁹⁵ *Ibid.*

BIBLIOGRAPHIE

TRAITES

Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, 12 avril 1994, en ligne: OMC <www.omc.org>.

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 12 avril 1994, en ligne: OMC <www.wto.org>.

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

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 20 mars 1883 en ligne : OMPI <www.wipo.int> (dernière modification : 28 septembre 1979).

Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, 22 mars 1985, en ligne : PNUE <<http://www.unep.org/ozone/pdfs/viennatext-fr.pdf>>.

Convention sur la diversité biologique. Rio de Janeiro, 5 juin 1992, en ligne: CBD <www.cbd.int>.

Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, 3 mars 1973, en ligne : CITES <<http://www.cites.org/fra/disc/text.shtml#texttop>>.

Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique, 29 janvier 2000, en ligne : CBD <<http://www.cbd.int/doc/legal/cartagena-protocol-fr.pdf>>.

Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, 11 décembre 1997, en ligne: CCNUCC <<http://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpfrench.pdf>>.

Protocole sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone, 16 septembre 1987, en ligne : PNUE <<http://www.unep.org/ozone/pdf/Montreal-Protocol2000.pdf>>.

INSTRUMENTS JURIDIQUES INTERNATIONAUX

NU, *Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice*, New York, United Nations Department of Public Information, 1997.

JURISPRUDENCE

Affaire du personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran (États-Unis d'Amérique c. Iran), [1980], C.I.J. rec., 3, à la p. 40.

Affaire du vapeur Wimbledon (Royaume Uni, France, Italie et Japon c. Allemagne – intervenant: Pologne), (1923), C.P.J.I (sér. A) N° 1.

États-Unis – prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes (Recours de la Malaisie à l'article 21:5 du mémorandum d'accord sur le règlement des différends) (2001), OMC Doc. WT/DS58/AB/RW (Rapport de l'Organe d'appel), en ligne : OMC <http://docsonline.wto.org/GEN_viewerwindow.asp?http://docsonline.wto.org:80/DDFDdocuments/u/WT/DS/58ABRW.doc>.

LÉGISLATION

États-Unis

Semiconductor Chip Protection Act, 17 U.S.C. §§ 901-914 (1984).

Pérou

Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos du 24 juillet 2002, El Peruano 10 août 2002.

Thaïlande

Act on Protection and Promotion of Traditional Thai Medicinal Intelligence, B.E 2542 ('Thai Act'), tel que cite par, OMPI, *The Protection of TRADITIONAL KNOWLEDGE Mechanisms Document prepared by the Secretariat LEDGE: Revised Outline of Policy Options and Legal*, WIPO/GRTKF/IC/9/INF/5, Genève, 27 mars 2006, en ligne : O.M.P.I., <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_9/wipo_grtkf_ic_9_inf_5.doc> (date d'accès: 3 avril 2008).

MONOGRAPHIES

Abbott, Frederick M. *Intellectual property provisions of bilateral and regional trade agreements in light of U.S. federal law*, Genève, International Centre for Trade and Sustainable Development et CNUCED, 2006.

Académie mondiale de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *Recueil de cours DL001*, Académie mondiale de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, 2007.

Arbour, Jean-Maurice et Lavallée, Sophie. *Droit international de l'environnement*, Cowansville, Yvon Blais, 2006.

Aubertin, Catherine *et al.*, dir., *Les marches de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007.

Barbosa, Denis Borges. *Uma introdução à propriedade intelectual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.

Barrett, Scott. *Environment and statecraft: the strategy of environmental treaty-making*, Oxford, Oxford University Press, 2003.

Basso, Maristela. *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

, *Propriedade intelectual na era pós-OMC*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

Becerra Ramirez, Manuel. *La propiedad intelectual em transformacion*, Mexico, Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2004.

Bishop, Matthew. *Essential economics*, New York, Bloomberg Press, 2009.

Correa, Carlos Maria. *Acuerdo TRIPs: régimen internacional de la propiedad intelectual*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1996.

- , « Bilateral Investment Agreements: agents of new global standards for the protection of intellectual rights? » (2004), en ligne : GRAIN <<http://www.grain.org>>.
- , dir., *Temas de derecho industrial y de la competencia: propiedad intelectual y políticas de desarrollo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2005.
- . *Traditional knowledge and intellectual property: issues and options surrounding the protection of traditional knowledge – A discussion paper*, Genève, Quaker United Nations Office, 2001.
- Deere, Carolyn. *The implementation game: the TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries*, New York, Oxford University Press, 2009.
- Goldsmith, Jack L. et Posner, Eric A. *The limits of international law*, Oxford, Oxford University Press, 2005.
- Koskenniemi, Martti. *From Apology to Utopia : The Structure of International Legal Argument*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- , *La politique du droit international*, Paris, Pédone, 2007.
- Koutouki, Konstantia. *The placebo effect : international patent law and the protection of traditional plant medicine*, these de doctorat en droit, Université de Montréal, 2007 [non publiée].
- Lowenfeld, Andreas F. *International economic law*, Oxford, Oxford University Press, 2008.
- Mackaay, Ejan et Rousseau, Stéphane. *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008.
- Matsushita, Mitsuo *et al.*. *The World Trade Organisation: Law, practice and policy*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- Mgbeoji, Ikechi. *Global biopiracy: patents, plants and indigenous knowledge*, Ithaca, Cornell University Press, 2006.
- Nunnenkamp, Peter et Spatz, Julius. *Intellectual property rights and foreign direct investment : the role of industry and host-country characteristics - Kiel Working Paper no.1167*, Kiel. Institut für Weltwirtschaft, 2003.

- Pauwelyn, Joost. *Conflict of norms in public international Law: how WTO Law relates to other rules of international law*, New York, Cambridge University Press, 2003, compte rendu de Cho, Sungjoon, en ligne : Global Law books <<http://www.globallawbooks.org>>.
- Posey, Darrell A. et Dutfield, Graham. *Beyond intellectual property: towards traditional resource rights for indigenous people and local communities*, Ottawa, International Development Research Centre, 1996.
- PNUE Division de la technologie, de l'industrie et de l'économie Unité de l'économie et du commerce et Institut international du développement durable, *Environment and trade: a handbook*, Winnipeg, Institut international du développement durable, 2000.
- Secrétariat de l'OMC, dir., *Trade, development and the environment*, Londres, Kluwer Law International, 2000.
- Sen, Amartya. *Un nouveau modèle économique : développement, justice, liberté*, Paris, Odile Jacob, 2003.
- Sherwood, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento*, São Paulo, Universidade de São Paulo, 1992.
- Shiva, Vandana. *Bioporataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*, Petrópolis, Vozes, 2001.
- Teson, Fernando R. *A philosophy of international law*, Boulder, Westview Press, 1998.

CHAPITRES DE LIVRES

- Abbott, Frederick. « The future of IPRs in the multilateral trading system » dans Bellmann, Christophe *et al*, dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 36.
- Adede, Adronico Odugo. « Origins and history of the TRIPS negotiations » dans Bellmann, Christophe *et al*, dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 23.
- Aubertin, Catherine *et al*. « L'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages : une question conflictuelle – exemples du Brésil et de la Bolivie » dans Aubertin, Catherine *et al.*, dir., *Les marches de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007, 121.

- Aubertin, Catherine et Moretti, Christian. « La biopiraterie entre illégalité et illégitimité » dans Aubertin, Catherine *et al.*, dir., *Les marches de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007, 91.
- Barton, John. « Integrating IPR policies in development strategies » dans Bellmann, Christophe *et al.*, dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 57.
- Barral, Welber. « Direito e desenvolvimento: um modelo de análise » dans Barral, Welber, dir., *Direito e desenvolvimento: Análise da ordem jurídica brasileira sob a ótica do desenvolvimento*, São Paulo, Singular, 2005, 31.
- Barral, Welber et Pimentel, Luiz Otavio. « Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento » dans Barral, Welber et Pimentel, Luiz Otavio, dir., *Propriedade intelectual e desenvolvimento*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006, 11.
- Barrett, Scott. « An economic theory of international environmental law » dans Bodansky, Daniel *et al.*, dir., *The Oxford handbook of international environmental law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 231.
- Baylão, Raul di Sergi et Bensusan, Nurit. « A questão da proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos nos fóruns internacionais » dans Lima, André et Bensusan, Nurit, dir., *Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais*, São Paulo, Instituto Socioambiental, 2003, 17.
- Boisvert, Valérie et Caron, Armelle. « Valorisation économique des ressources et nouveaux marchés » dans Aubertin, Catherine *et al.*, dir., *Les marches de la biodiversité*. Paris, IRD, 2007, 195.
- Borges da Silva, Leticia. « Os conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas e locais e os direitos de propriedade intelectual » dans Menezes, Wagner, dir., *Estudos de direito internacional*, vol. 4, Curitiba, Juruá, 2005, 409.
- . « Os conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas e locais face aos direitos de propriedade intelectual » dans Carvalho, Patrícia Luciane, dir. *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, vol. 1, Curitiba, Juruá, 2005, 373.
- . « As relações entre o acordo TRIPS e a CDB para a criação de um regime internacional de acesso aos recursos da biodiversidade » dans Menezes, Wagner, dir., *Estudos de direito internacional*, vol. 7. Curitiba, Juruá, 2006, 316.

- . « É possível negociar a biodiversidade? Conhecimentos tradicionais, propriedade intelectual e biopirataria » dans Barral, Welber et Pimentel, Luiz Otavio, dir., *Propriedade intelectual e desenvolvimento*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2007, 299.
- Del Nero, Patrícia Aurélia. « A propriedade intelectual da biotecnologia » dans Carvalho, Patrícia Luciane, dir. *Propriedade intelectual: estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, vol. 1, Curitiba, Juruá, 2005, 349.
- Dhar, Biswajit. « The Convention on Biological Diversity and the TRIPS Agreement: compatibility or conflict? » dans Bellmann, Christoph *et al*, dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 77.
- Dufault, Evelyne. « Dilemme du prisonnier » dans Macleod, Alex *et al.*, dir., *Relations internationales, théories et concepts*, Montréal, Athéna, 2002, 41.
- , « Théorie des jeux », dans Macleod, Alex *et al.*, dir., *Relations internationales, théories et concepts*, Montréal, Athéna, 2002, pp. 88.
- Dunoff, Jeffrey L. et Trachtman, Joel P. « The law and economics of humanitarian law violations in internal conflict » dans Ratner, Steven R. et Slaughter, Anne-Marie, dir., *The methods of international law*, Washington (DC), American Society of International Law, 2004, 211.
- Dutfield, Graham. « Introduction » dans Bellmann, Christophe *et al*, dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 1.
- Finger, J. Michael. « Introduction and overview » dans Finger, J. Michael et Schuler, Philip, dir., *Poor people's knowledge: promoting intellectual property in developing countries*, Washington (DC), Banque mondiale et Oxford University Press, 2004, 1.
- German-Castelli, Pierina « Convention on biological diversity: fairness and equity versus economic efficiency – A reflection based on experiences in the Brazilian Amazonian » dans Mathias, Fernando et Novion, Henry de, dir., *The corridors of modernity: Debates on biodiversity, technoscience and culture*, Sao Paulo, Instituto Socioambiental, 2006, 283.
- Iacomini, Vanessa. « Biotecnologia: Repercussões jurídicas e sociais da pesquisa sobre genoma humano » dans Barral, Welber et Pimentel, Luiz Otavio, dir. *Propriedade intelectual e desenvolvimento*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006, pp. 281.

- . « Os direitos de propriedade intelectual e a biotecnologia », dans Iacomini, Vanessa, dir. *Propriedade intelectual e biotecnologia*, Curitiba, Juruá, 2008, 13.
- Kate, Kerry ten et Laird, Sarah A. « Bioprospecting agreements and benefit sharing with local communities » dans Finger, J. Michael et Schuler, Philip, dir., *Poor people's knowledge: promoting intellectual property in developing countries*, Washington (DC), Banque mondiale et Oxford University Press, 2004, 133.
- Khatami, Seyed Mohammad. « Resources and rationality – responsibility in a globalised world » dans St. Gallen Symposium, dir., *St. Gallen Symposium 2007: the power of natural resources*, St. Gallen, ISC, 2007, 41.
- Layton, Ron « Enhancing intellectual property exports through fair trade » dans Finger, J. Michael et Schuler, Philip, dir., *Poor people's knowledge: promoting intellectual property in developing countries*, Washington (DC), Banque mondiale et Oxford University Press, 2004, 75.
- Maljean-Dubois, Sandrine. « Institutions et organes de contrôle » dans Impériali, Claude, dir., *L'effectivité du droit international de l'environnement : contrôle de la mise en œuvre des conventions internationales*, Paris, Economica, 1998, 25.
- Mangeni, Francis. « Implementing the TRIPS Agreement in Africa » dans Bellmann, Christophe et al., dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 219.
- Mitchell, Ronald B. « Compliance theory – Compliance, effectiveness, and behaviour change in international environmental law » dans Bodansky, Daniel et al., dir., *The Oxford handbook of international environmental law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 893.
- Moretti, Christian et Aubertin, Catherine. « Stratégies des firmes pharmaceutiques : la bioprospection en question » dans Aubertin, Catherine et al., dir., *Les marches de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007, 27.
- Mugabe, John. « Intellectual property protection and traditional knowledge: an exploration in international policy discourse » dans OMPI, *Intellectual Property and Human Rights* Genève, WIPO Publications, 1998.
- Müller, Andréa Nascimento. « A proteção dos conhecimentos tradicionais por meio das indicações geográficas » dans Rodrigues Jr., Edson Beas. et Polido, Fabrício, dir., *Propriedade intelectual: novos paradigmas internacionais, conflitos e desafios*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2007, 301.

- Okediji, Ruth. « New treaty development and harmonization of intellectual property law » dans Bellmann, Christophe *et al.*; dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 89.
- Pallemaerts, Marc. « Le droit comme instrument des politiques internationales de l'environnement : effectivité et symbolisme des normes » dans Pâques, Michel et Faure, Michaël, dir., *La protection de l'environnement au cœur du système juridique international et du droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 57.
- Pinton, Florence et Grenand, Pierre. « Savoirs traditionnels, populations locales et ressources globalisées » dans Aubertin, Catherine *et al.*, dir., *Les marchés de la biodiversité*, Paris, IRD, 2007, 165.
- Rowlands, Ian H. « Atmosphere and outer space » dans Bodansky, Daniel *et al.*, dir., *The Oxford handbook of international environmental law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 315.
- Sand, Peter H. « The evolution of international environmental law » dans Bodansky, Daniel *et al.*, dir., *The Oxford handbook of international environmental law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, 29.
- Shiva, Vandana. « Synergies between trade liberalization, environmental protection, sustained economic growth and sustainable development » dans Secrétariat de l'OMC, dir., *Trade, development and the environment*, Londres, Kluwer Law International, 2000, 71.
- Slaughter, Anne-Marie et Ratner, Steven R. « The method is the message » dans Ratner, Steven R. et Slaughter, Anne-Marie, dir., *The methods of international law*, Washington (DC), American Society of International Law, 2004, 239.
- Varella, Marcelo Dias. « Biotecnologia e proteção intelectual no Brasil » dans Correa, Carlos Maria, dir., *Temas de derecho industrial y de la competencia 2: biotecnología y derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, 131.
- Visser, Coenraad J. « Making intellectual property laws work for traditional knowledge » dans Finger, J. Michael et Schuler, Philip, dir., *Poor people's knowledge: promoting intellectual property in developing countries*, Washington (DC), Banque mondiale et Oxford University Press, 2004, 207.
- Wandscheer, Clarissa Bueno. « Biodiversidade e conhecimento tradicional » dans Carvalho, Patrícia Luciane de, dir., *Propriedade Intelectual – Estudos em homenagem à professora Maristela Basso*, vol. 2, Curitiba, Juruá, 2008, 327.

Weeraworawit, Weerawit. « International legal protection for genetic resources, traditional knowledge and folklore: challenges for the intellectual property system » dans Bellmann, Christophe *et al.* dir., *Trading in knowledge: development perspectives on TRIPS, trade, and sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 157.

Zazzali, Jorge Caillaux. « Propiedad intelectual, diversidad biológica y conocimientos tradicionales: una visión desde los Andes y la Amazonia » dans Correa, Carlos Maria, dir., *Temas de derecho industrial y de la competencia: biotecnología y derecho*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, 89.

ARTICLES DE PÉRIODIQUES

Bachand, Rémi. « La critique en droit international: Réflexion autour des livres de Koskenniemi, Anghie et Miéville » (2006) 19 R.Q.D.I. 1.

Bhaur, Mehnaz. « TRIPs: Need for patentability in biotechnology and protection of traditional knowledge » (2008) 3:10 Global Trade and Customs journal 349.

Bizot, Judithe. « Vandana Shiva répond aux questions de Judithe Bizot » *Le courrier UNESCO* (décembre 2001), en ligne : http://www.unesco.org/courier/2001_12/fr/science3.htm.

Calabresi, Guido. « Some thoughts on risk distribution and the law of torts » (1961) 70:4 Yale L. J. 499.

Coase, R. H. « The problem of social cost » (1960) 3:1 J.L. & Econ. 1.

Coombe, Rosemary J. « The recognition of indigenous peoples' and community traditional knowledge in international law » (2001) 14 St. Thomas L. Rev. 275.

Cot, Jean-Pierre. « Tableau de la pensée juridique américaine » (2006) 110 R.G.D.I.P. 537.

Cottier, Thomas et Panizzon, Marion. « Legal perspectives on traditional knowledge: the case for intellectual property protection » (2004) 7:2 J. Int'l Econ. L. 371.

Cox, Robert W. « Social forces, states and world orders: beyond international relations theory » (1981) 10 Millennium: J. Int'l Stud. 126.

Desai, Pranav N. « Traditional knowledge and intellectual property protection: past and future » (2007) 34:3 Science and Public Policy 185.

- Dunoff, Jeffrey L. et Trachtman, Joel P. « Economic analysis of international law » (1999) 24 *Yale J. Int'l L.* 1.
- Dupuy, Pierre-Marie. « Où en est le droit international de l'environnement à la fin du siècle » (1997) 4 *R.G.D.I.P.* 873.
- Dutra, Paula Hebling et Presser, Mario Ferreira. « Propriedade intelectual e biodiversidade: avanços nas negociações dentro do parágrafo 19 da Declaração de Doha » *Economia Política Internacional: Análise Estratégica* n° 5 (avril 2003).
- Goldsmith, Jack L. et Posner, Eric A. « International agreements: a rational choice approach » (2003) 44 *Va. J. Int'l L.* 113.
- Guzman, Andrew T. « Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties » (1998) 38 *Va. J. Int'l L.* 639.
- Intellectual Property Watch, « WTO geographical indications discussion moves to higher level » *Intellectual Property Watch* (16 juin 2006), en ligne <<http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=336&print=1>>.
- International Centre for Trade and Sustainable Development, « Desenvolvimentos Paralelos », *Série Briefing da Rodada de Doha: Atualização para Hong Kong* 4 (2005), en ligne : <http://ictsd.net/downloads/2008/06/doha_hong_kong_update_portugese.pdf>.
- . « WIPO Committee reaches standstill on traditional knowledge » 13:25 *Bridges Weekly Trade News Digest* (8 juillet 2009).
- . « Lamy reports little progress in IP talks » 13:28 *Bridges Weekly Trade News Digest* (29 juillet 2008).
- Kennedy, David. « Theses about International Law Discourse » (1980) 23 *G.Y.I.L.* 353.
- , « The Sources of International Law » (1987) 2 *A.U.J.I.L.* 353.
- Khor, Martin. « WTO members want agreement revised » *Business Daily Africa* (26 mai 2008), en ligne: <<http://www.bdafrica.com>>.
- Mara, Kaitlin. « Late-night breakdown on traditional knowledge at WIPO; future unclear » *Intellectual Property Watch* (6 juillet 2009), en ligne: <<http://www.ip-watch.org/weblog/2009/07/06/late-night-breakdown-on-traditional-knowledge-at-wipo-future-unclear/>>.

- , « Push for TRIPS changes reaches highest level at WTO as meetings intensify » *Intellectual Property Watch* (21 novembre 2008), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=1329&print=1>>.
- , « WIPO work likely to continue on traditional knowledge, but how? » *Intellectual Property Watch* (30 juin 2009), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2009/06/30/wipo-work-likely-to-continue-on-traditional-knowledge-but-how/>>.
- , « WIPO members seek deal to negotiate on traditional knowledge protection » *Intellectual Property Watch* (3 juillet 2009), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/2009/07/03/wipo-members-seek-deal-to-negotiate-on-traditional-knowledge-protection/>>.
- Mara, Kaitlin et New, William. « Norway chairs as Europe replies GIs a ‘must’; others gear up biodiversity push » *Intellectual Property Watch* (23 juillet 2008), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=1167&print=1>>.
- , « New WTO draft modalities text on IP issues gathers wider support » *Intellectual Property Watch* (18 juillet 2008), en ligne : <<http://www.ip-watch.org/weblog/index.php?p=1160&print=1>>.
- Posner, Richard A. « Law and economics in common-law, civil-law, and developing nations » (2004) 17:1 *Ratio Juris* 66.
- Simma, Bruno et Pulkowski, Dirk. « Of planets and the universe: self-contained regimes in international law » (2006) 17:3 *E.J.I.L.* 483.
- Wagner, Ulrich J. « The design of stable international environmental agreements: economic theory and political economy », (2001) 15:3 *Journal of Economic Surveys* 377.

AUTRES DOCUMENTS INTERNATIONAUX

- Ambassade de l’Inde à Washington D.C. “Unilateral trade measures by states” (1998), en ligne : http://www.indianembassy.org/policy/WTO/wto_india.
- Assemblée générale de l’OMPI, *Rapport adopté par l’assemblée*, 2003, OMPI Doc. WO/GA/30/8, en ligne : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/fr/wo_ga_30/wo_ga_30_8.pdf.

- Communauté andine, *Decision 391*, 1996, en ligne : Communauté andine <<http://www.comunidadandina.org>>.
- Communauté andine, *Decision 486*, 2000, en ligne : Communauté andine <<http://www.comunidadandina.org>>.
- Convention sur la diversité biologique, *Liste des parties*, en ligne : CBD <<http://www.cbd.int/convention/parties/list/>>.
- COP 5, *Programme of work on the implementation of article 8(j) and related provisions of the convention on biological diversity –IV, Ways and means*, Doc. Off. COP 5 CDB NU, 2000, Doc COP 5 CDB NU V/16, en ligne : CDB <<http://www.cbd.int/decisions/?m=COP-05&id=7158&lg=0>>.
- COP 9, *Article 8(j) et dispositions connexes*, Doc. Off. COP 9 CDB NU, 2008, Doc COP 9 CDB NU IX/13, en ligne : CDB <<http://www.cbd.int/decision/cop/?id=11656>>.
- Déclaration de la Coordination des ONG africaines CONGAF au Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, (2009) en ligne : IP-Watch <<http://www.ip-watch.org/weblog/wp-content/uploads/2009/07/african-group-statement-3july.pdf>>.
- É-U, Office of the United States Trade Representative, *Free trade agreements*, en ligne : Office of the United States Trade Representative <<http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>>.
- É-U, Office of the United States Trade Representative, *Thailand*, en ligne : Office of the United States Trade Representative <<http://www.ustr.gov/countries-regions/southeast-asia-pacific/thailand>>.
- HCDH, *Fiche d'information No.9 (Rev.1), Les droits des peuples autochtones*, en ligne : HCDH <http://www.unhchr.ch/french/html/menu6/2/fs9rev1_fr.htm>.
- NU, *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Doc. off. NU, 1992, Doc NU A/CONF.151/5/Rev, en ligne : NU <www.un.org>.
- OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration ministérielle* (du 20 novembre 2001), OMC Doc WT/MIN(01)/DEC/1, en ligne : OMC <www.wto.org>.
- OMC, *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique* (du 14 novembre 2001), en ligne : OMC <www.omc.org>.

OMC, *Fiche récapitulative: ADPIC et brevets pharmaceutiques*, en ligne : OMC
<http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/factsheet_pharm01_f.htm>.

OMC, *Projet de modalités concernant les questions liées aux ADPIC* (du 19 juillet 2008), en ligne : OMC <www.omc.org>.

OMPI. *Classification internationale des brevets (CIB)*, en ligne : OMPI
<<http://www.wipo.int/classifications/ipc/fr/>>.

OMPI, en ligne : OMPI <www.wipo.int>.

OMPI, *Savoirs traditionnels*, en ligne : OMPI <<http://www.wipo.int/tk/fr/tk/>>.

OMPI, *Survey on Existing Forms of Intellectual Property Protection for Traditional Knowledge*, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/2/5, en ligne: OMPI
<www.wipo.int>.

OMS, *Stratégie de l'OMS pour la médecine traditionnelle pour 2002-2005*, 2002, en
ligne : OMS <<http://www.who.int>>.

Secrétariat du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux
ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI,
*Proposition du groupe des pays africains concernant le mandat du comité
intergouvernemental*, 2009, OMPI Doc. WIPO/GRTKF/IC/14/8 Rev., en ligne :
OMPI
<[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_14/wipo_grtkf_ic_14_8_](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_14/wipo_grtkf_ic_14_8_rev.pdf)
[rev.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_14/wipo_grtkf_ic_14_8_rev.pdf)>.