

Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle

Jean-Frédéric Morin *

Résumé

Le droit international de la propriété intellectuelle impose de plus en plus la brevetabilité du matériel génétique. Plusieurs organisations non gouvernementales et pays en développement s'opposent à cette extension du droit des brevets en réclamant de nouveaux droits de propriété sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles. La dernière version du projet de Zone de libre-échange des Amériques reflète cette polarisation et contient, à côté des dispositions sur la brevetabilité des végétaux, des propositions sur la protection de la diversité biologique. Cette opposition démontre que les pays latino-américains ont appris à jouer un rôle proactif dans le régime international des brevets et tentent d'orienter les débats vers leurs préoccupations.

Brevet – Connaissances traditionnelles – Diversité biologique – Propriété intellectuelle – Zone de libre-échange des Amériques.

Summary

A Southern Reaction to the Extension of Patent Law : Biodiversity in the International Regime of Intellectual Property

International intellectual property law prescribes that patents should apply to genetic material. Several non-governmental organizations and biodiversity rich countries are opposed to this extension of patent law and claim new property rights on genetic resources and traditional knowledge. The draft agreement of the Free Trade Area of the Americas Zone reflects this new polarization and contains provisions on plants' patentability and others on biological diversity protection. This example shows that the international patent regime has become a place where biotechnology rich countries and biodiversity rich countries are engaged in more balanced negotiations.

Biological diversity – Free Trade Area of the Americas – Intellectual property – Patent – Traditional knowledge.

L'auteur

Jean-Frédéric Morin complète une thèse de doctorat à la Faculté de droit de l'Université de Montpellier et au Département de Science politique de l'Université du Québec à Montréal. Il est également chercheur au Centre international Unisféra, un centre de recherche canadien sur le droit international et les politiques du développement durable. Ses travaux portent principalement sur le droit international de la propriété intellectuelle et sur la gouvernance mondiale de la diversité biologique.

Parmi ses publications :

– « Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la CDB ? », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 34 (1), 2003 ;

– « Le droit international des brevets : entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain », *Études internationales*, 34 (3), 2003 ;

– « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : une contribution du droit des brevets au développement durable », *Les Cahiers de la propriété intellectuelle*, 2005 (à paraître).

* Centre International Unisféra,
2001 Marie-Anne Est,
Montréal (Québec) H2H 1M5,
Canada.

<jean-frederic.morin@unisfera.org>

L'Accord sur les aspects de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), signé à Marrakech en 1994, n'a en apparence aucun lien avec la Convention sur la diversité biologique, signée au Sommet de la terre de Rio en 1992. Le premier fixe des normes minimales de propriété intellectuelle alors que la deuxième vise la préservation de la diversité biologique, son utilisation durable et le partage des avantages qui découlent de son utilisation. Par le premier, les pays riches en technologie espéraient mettre un frein à la contrefaçon de leurs propriétés intellectuelles qui sévissait dans les pays en développement. Par la deuxième, les pays riches en diversité biologique espéraient recevoir des redevances de la part des pays développés qui utilisent leurs ressources génétiques pour développer des inventions biotechnologiques.

Or, de plus en plus d'observateurs associent le régime international des brevets et celui de la biodiversité, que ce soit pour condamner leur incompatibilité ou pour défendre leur synergie¹. Les droits de propriété intellectuelle sur le matériel génétique favorisent-ils ou minent-ils la protection de la diversité biologique ? Pour tenter d'éclaircir ce débat, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a créé, en septembre 2000, le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore. De même, la Déclaration de Doha, adoptée en novembre 2001, demande aux membres de l'OMC d'examiner les relations entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique².

Nous soumettons l'hypothèse générale que les pays en développement, stimulés par l'action des organisations non gouvernementales (ONG) environnementales, sont parvenus à modifier en leur faveur les termes du régime international des brevets en y insérant des questions relevant du régime international de la biodiversité. Notre propos ne porte donc pas sur les liens réels ou apparents entre les brevets et la diversité biologique, mais plutôt sur l'influence que peuvent avoir les pays en développement dans l'évolution d'un régime international commercial, notamment par la redéfinition de ses limites et de ses questionnements centraux.

Le point de départ de notre analyse sera le développement récent du droit international de la propriété intellectuelle, particulièrement en ce qui concerne la brevetabilité du matériel génétique (I). Puis, nous identifierons les principaux acteurs, c'est-à-dire les ONG et les pays en développement, qui associent systématiquement le régime international des brevets à celui de la diversité biologique (II). Nous analyserons ensuite leur stratégie qui consiste à opposer des droits de propriété sur la diversité biologique aux droits de propriété intellectuelle (III). En dernière partie, nous illustrerons nos propos par une analyse des propositions contenues dans l'avant-projet de Zone de libre-échange des Amériques (IV).

1. Le concept de régime, qui peut être défini comme un ensemble de principes, de normes, de règles et de décisions d'un champ particulier des relations internationales, permet d'intégrer différents acteurs à l'analyse et de complexifier l'étude de leurs interactions. Cf. Stephen D. KRASNER, « Structural Causes and Regime Consequences : Regimes as Intervening Variables », in Stephen KRASNER (sous la dir.), *International Regime*, Ithaca, Cornell University Press, 1985, p. 1-21.

2. Paragraphe 19 de la *Déclaration ministérielle de la Conférence de Doha*, adoptée le 14 novembre 2001.

I. L'extension de la brevetabilité sur le matériel génétique

De façon générale, les pays exportateurs de technologie perçoivent les brevets comme un échange équitable entre les entreprises et la société³. Cette dernière accepte de payer des prix monopolistiques pour financer les investissements en recherche et développement. En contrepartie, les entreprises divulguent leurs inventions et les placent dans le domaine public après une période déterminée. La brevetabilité du matériel génétique stimulerait donc les investissements dans la recherche et le développement des biotechnologies⁴.

Or, les pays en développement sont accusés de contrefaire les inventions biotechnologiques du Nord pour esquiver les coûts de recherche et accéder aux produits biotechnologiques à peu de frais. Cette concurrence, jugée déloyale, entraînerait des pertes de revenus de plusieurs milliards de dollars pour les entreprises innovatrices⁵. En 1985, la National Agricultural Chemicals Association a estimé que les pertes subies par ses membres, à la suite de violations des droits de propriété intellectuelle, étaient de l'ordre de 150 à 300 millions de dollars par année⁶. Afin d'assurer la protection des inventions de leurs entreprises, les États-Unis ont proposé, au cours des négociations de l'Uruguay Round, qui ont mené à l'Organisation mondiale du commerce, d'adopter l'Accord sur les ADPIC.

Traditionnellement, les pays en développement s'opposent à l'octroi de propriété intellectuelle sur les inventions pharmaceutiques ou agricoles produites à partir de matériel génétique⁷. Ils craignent que les inventions, une fois brevetées, soient vendues à des prix inaccessibles pour les populations plus pauvres du Sud⁸. Ces dernières devraient dès lors se retrancher sur des technologies désuètes et non compétitives. À l'inverse, une faible protection des droits de propriété intellectuelle permettrait d'introduire de nouvelles technologies et de briser le monopole technologique du Nord. Pour favoriser cet indispensable transfert technologique, la majo-

3. THE CRUCIBLE II GROUP, *Seeding Solutions, 1. Policy Options for Genetic Resources : People, Plants, and Patents Revisited*, Ottawa, International Development Research Center, Rome, International Plant Genetic Resources Institute, Uppsala, Dag Hammarskjöld Foundation, 2000, p. 22.

4. L'hypothèse selon laquelle les brevets encouragent l'innovation industrielle n'est pas partagée par tous les auteurs. Cf. THE CRUCIBLE GROUP, *Un brevet pour la vie. La propriété intellectuelle et ses effets sur le commerce, la biodiversité et le monde rural*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, 1994, p. 62.

5. Carlos CORREA, *Intellectual Property Rights, The WTO and Developing Countries : The TRIPS Agreement and Policy Options*, Londres, New York, Penang, Zed Books, Third World Network, 2000, p. 4.

6. Shu ZHANG, *De l'OMPI au GATT : la protection internationale des droits de la propriété intellectuelle. Évolution et actualité*, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 1994, p. 200.

7. Keith AOKI, « Neocolonialism, Anticommons Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection », *Indiana Journal of Global Legal Studies* (Bloomington, Indiana University), 6, 1998.

8. Jayashree WATAL, « Implementing the TRIPS Agreement on Patents : Optimal Legislative Strategies for Developing Countries », in Owen LIPPERT (sous la dir.), *Competitive Strategies for the Protection of Intellectual Property*, Vancouver, Fraser Institute, 1999, p. 106.

rité des États du Sud n'offraient, à la veille des négociations de l'Accord sur les ADPIC, aucun droit de propriété intellectuelle sur le matériel génétique⁹.

Au terme de négociations ardues, l'Accord sur les ADPIC a élargi sensiblement le champ de la brevetabilité. En effet, l'article 27(1) prévoit qu'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 ». Plus spécifiquement, l'article 27(3) impose aux membres de l'OMC d'accepter la brevetabilité des micro-organismes et d'offrir, à tout le moins, un droit *sui generis* sur les variétés végétales.

Depuis la conclusion de l'Accord sur les ADPIC, de nombreux accords commerciaux bilatéraux ont étendu encore davantage le champ de la brevetabilité. Par exemple, un accord conclu entre les États-Unis et le Pérou précise que l'utilisation de matériel qui existe dans la nature n'est pas un motif suffisant pour exclure un procédé de la brevetabilité¹⁰. De même, un accord que l'Union européenne a conclu avec le Bangladesh prévoit que la protection *sui generis* sur les variétés végétales doit être celle prévue par l'Union internationale pour la protection des nouvelles variétés végétales (UPOV)¹¹. Plus encore, l'Accord de libre-échange conclu entre les États-Unis et le Chili impose aux pays signataires d'offrir une protection par brevets aux nouvelles variétés végétales¹².

Bien que les pays en développement aient signé ces accords commerciaux, il ne faut pas en conclure qu'ils les jugent particulièrement avantageux. En fait, plusieurs espéraient bénéficier, en retour, d'un meilleur accès aux marchés agricoles et textiles des pays du Nord¹³. D'autres ont été contraints de signer des accords de propriété intellectuelle sous peine de sanctions commerciales unilatérales¹⁴. Cette stratégie coercitive « de la carotte et du bâton », s'est révélée être un précieux outil de négociation pour certains pays développés, notamment les États-Unis et l'Union européenne, dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC et d'accords bilatéraux de propriété intellectuelle¹⁵. Dans ce contexte, plusieurs pays en développement ont accepté d'octroyer des droits de propriété intellectuelle sur les micro-organismes et sur les formes de vie supérieures.

9. THE CRUCIBLE II GROUP, *Seeding Solutions, 1. Policy Options for Genetic Resources : People, Plants, and Patents Revisited*, op. cit., p. 91.

10. Article 1 du *Memorandum of Understanding between the United States of America and the Republic of Peru*, signé le 23 mai 1997.

11. Article 4(5)(c) du *Cooperation Agreement between the European Community and the People's Republic of Bangladesh on partnership and development*, du 21 mai 1999.

12. Article 17(9)(2) du *Free Trade Agreement between the United States and Chile*, signé le 6 juin 2003.

13. Sylvia OSTRY, « Intellectual Property Protection in the World Trade Organization : Major Issues in the Millennium Round », in Owen LIPPERT (sous la dir.), *Competitive Strategies for the Protection of Intellectual Property*, op. cit., p. 195.

14. La Section 1303 de l'*Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988 demande au USTR de dresser, sur une base annuelle, une liste de pays dont les législations, les politiques ou les pratiques ont le plus de conséquences négatives sur les propriétés intellectuelles américaines.

15. Peter DRAHOS, « Global Property Rights in Information : The Story of TRIPS at the GATT », *Prometheus*, 13 (1), 1995, p. 9-12 ; Jean-Frédéric MORIN, « Le droit international des brevets : entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain », *Études internationales*, 34 (3), 2003.

II. L'association entre propriété intellectuelle et biodiversité

Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle

Devant l'abdication apparente des pays en développement qui ont accepté, en ratifiant l'Accord sur les ADPIC, que les ressources génétiques puissent faire l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, ce sont des acteurs privés qui ont pris le relais du mouvement d'opposition à l'extension de la brevetabilité. Plus tard, certains pays en développement ont récupéré les revendications des ONG pour se donner un levier de négociation supplémentaire au sein du régime international des brevets.

II.1. Une initiative des ONG

Les acteurs privés jouent depuis longtemps un rôle important dans le régime international des brevets. Des entreprises comme IBM et Pfizer ont exercé une influence majeure dans l'élaboration de la position américaine lors de la négociation de l'Accord sur les ADPIC¹⁶. La nouveauté n'est donc pas la présence d'acteurs privés dans le régime international des brevets mais plutôt la nature de ces acteurs.

En effet, un ensemble d'organisations privées, qualifiées d'organisations non gouvernementales internationales¹⁷, exerce une influence croissante dans le régime international des brevets¹⁸. Ainsi, la commission britannique sur la propriété intellectuelle a récemment constaté que plusieurs ONG s'opposent vivement à la brevetabilité du matériel génétique : « *In the fields of agriculture, genetic resources and traditional knowledge, certain NGO groups play an important role in highlighting and analysing issues of concern to developing countries* »¹⁹.

La coalition d'ONG opposées à la brevetabilité du matériel génétique est formée de trois types d'ONG. Il y a d'abord celles qui se consacrent à cet enjeu pour une mission environnementale. Elles considèrent que les brevets sur le matériel génétique favorisent la commercialisation de variétés transgéniques menaçantes pour la biodiversité naturelle²⁰. Philippe Le Prestre souligne de manière convaincante la force et l'influence dont elles disposent : « Dans le domaine de l'environnement, certaines [ONG] ont des millions de membres (WWF, NWF, Greenpeace), d'autres un budget annuel en matière de protection de l'environnement supérieur à celui de beaucoup d'États [...] »²¹. À côté de ce premier groupe, des ONG dont les fondements s'appuient souvent sur des assises religieuses estiment que l'application de

16. John BRAITHWAITE et Peter DRAHOS, *Global Business Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 69-72.

17. Gaëlle Breton-Le Goff offre une définition qui nous semble assez juste de l'expression « organisation non gouvernementale internationale » : « Une structure privée de droit interne regroupant des personnes privées ou publiques originaires de plusieurs pays, et qui œuvre sans esprit de lucre à la réalisation d'un but d'intérêt général international dans des pays autres que celui de sa fondation » (Gaëlle BRETON-LE GOFF, *L'influence des organisations non gouvernementales (ONG) sur la négociation de quelques instruments internationaux*, Bruxelles, Bruylant, Montréal, Yvon Blais, 2001, p. 14).

18. John BRAITHWAITE et Peter DRAHOS, *Global Business Regulation*, op. cit., p. 72.

19. COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy : Report of the Commission on Intellectual Property Rights*, Londres, Commission on Intellectual Property Rights, 2002, p. 165.

20. http://www.greenpeace.org/campaigns/intro?campaign_id=3998 (page consultée le 10 mars 2003).

21. Philippe LE PRESTRE, *Écopolitique internationale*, op. cit., p. 120 et 121.

droits de propriété privée sur le matériel génétique s'oppose au bien commun de l'humanité. Ainsi, Friends World Committee for Consultation, qui représente l'Église Quaker auprès des Nations Unies, a publié plusieurs analyses sur les enjeux soulevés par le droit international de la propriété intellectuelle. Enfin, un troisième groupe s'oppose à la brevetabilité du matériel génétique au nom de l'intérêt des pays en développement. Ces ONG, comme Third World Network, jugent que les brevets déposés sur du matériel tiré de la biodiversité du Sud représentent une appropriation induite des ressources des pays en développement qui équivaut à du bio-colonialisme ou à du bio-impérialisme²².

Jusqu'à récemment, les négociations sur les droits de propriété intellectuelle étaient considérées comme la chasse gardée de spécialistes et n'étaient, d'aucune manière, liées au droit de l'environnement. Aujourd'hui, avec l'introduction des ONG dans le régime international des brevets, les thèmes centraux du régime de la biodiversité, comme la protection du matériel génétique, le partage des avantages découlant de leur utilisation et la protection des connaissances traditionnelles, sont devenus des thèmes incontournables dans les débats sur la propriété intellectuelle. Cette association a été qualifiée de « *regime linkage claim* »²³. Ainsi, à l'instar des entreprises américaines qui, au cours des années 1980, ont proposé à leur gouvernement d'orienter les négociations sur la propriété intellectuelle vers les questions commerciales, les ONG orientent aujourd'hui les négociations sur la propriété intellectuelle vers une problématique qui leur est plus favorable, celle de la biodiversité²⁴.

Curieusement, les ONG ont intégré l'argumentaire théorique des défenseurs des droits de propriété intellectuelle, notamment le respect des droits privés, et l'ont adapté à leurs propres préoccupations. Ainsi, à la piraterie intellectuelle correspond maintenant la piraterie biologique, au système *sui generis* sur les variétés végétales correspond un système *sui generis* sur les connaissances traditionnelles, aux droits des obtenteurs correspondent les droits des agriculteurs et à la protection de l'intangible génétique correspond la protection du tangible génétique. Il s'agit sans doute pour ces ONG « d'exprimer leurs revendications dans les mêmes termes que leurs adversaires pour que ceux-ci soient contraints de se rendre à leur évidence »²⁵.

L'association du régime des brevets à celui de la biodiversité n'a pas été, à l'origine, un objectif en lui-même, pas plus que le résultat d'une stratégie coordonnée. Simplement, les ONG préoccupées des questions environnementales ont créé

22. Vandana SHIVA, *Protect or Plunder ? Understanding Intellectual Property Rights*, Londres, New York, Zed books, 2001, p. 14.

23. David LEEBRON, « The Boundaries of the WTO : Linkages », *The American Journal of International Law*, 96, 2002, p. 9.

24. Graham DUTFIELD, « Trips Related Aspects of Traditional Knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law*, 233, 2001, p. 236-237.

25. Valérie BOISVERT, *Biodiversité et théorie économique des droits de propriété : une mise en perspective des négociations entourant la Convention sur la diversité biologique*, Thèse pour le doctorat en sciences économiques, Université de Versailles-Saint Quentin en Yvelines, février 2000, p. 485.

une véritable communauté épistémique à l'intérieur même du régime des brevets ²⁶. Les membres de cette communauté « partagent un même paradigme et des valeurs similaires et ont pour objectif [d'orienter le régime international des brevets] vers leurs perspectives et leurs valeurs » ²⁷. En introduisant leurs questionnements dans le régime international des brevets, cette nouvelle communauté épistémique a pu en fixer les limites et les paradigmes.

Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle

II.2. Une opportunité saisie par les pays en développement

Les gouvernements du Sud réalisèrent que le changement de paradigmes que proposent les ONG constitue une occasion unique de réclamer une révision des accords sur la propriété intellectuelle. Le contexte de confusion créé par l'association entre le régime de la biodiversité et celui des brevets leur est certes plus favorable que le contexte de coercition qui a conduit à l'Accord sur les ADPIC. Progressivement, les pays du Sud ont réclamé une synergie entre la protection de la propriété intellectuelle et la protection de la diversité biologique, d'abord dans les forums environnementaux et agricoles, puis dans les enceintes spécialisées en commerce international et propriété intellectuelle. Cette migration des préoccupations tirées du régime de la biodiversité vers le régime des brevets est une stratégie qui offre plusieurs avantages aux gouvernements du Sud.

Premièrement, cette stratégie permet de créer une coalition avec des organismes mobilisateurs dont les réseaux s'étendent dans tous les pays ²⁸. Comme l'illustrent les manifestations qui ponctuent dorénavant tous les sommets internationaux, les ONG formées d'environnementalistes, d'agriculteurs ou de tiers-mondistes constituent sans doute les groupes les plus mobilisateurs et les plus contestataires de la scène internationale actuelle. L'exemple de la célèbre affaire du neem est, sur ce point, particulièrement instructive. En effet, la mobilisation réclamant la révocation d'un brevet sur l'utilisation de ce pesticide naturel utilisé depuis des générations d'agriculteurs indiens fut impressionnante : plus de 200 ONG de 35 pays différents ont adressé une pétition à l'Office européen des brevets ²⁹. Sous les pressions des ONG et des pays en développement, l'Office européen des brevets a finalement révoqué le brevet sur le neem en 2000 ³⁰.

26. C'est ce que Marney Cheek appelle « *the transgovernmental network of intellectual property* » (cf. Marney CHEEK, « The Limits of Informal Regulatory Cooperation in International Affairs : A Review of the Global Intellectual Property Regime », *George Washington International Law Review*, 33, 2001, p. 278).

27. Philippe LE PRESTRE, *Écopolitique internationale*, op. cit., p. 314.

28. Peter DRAHOS, *Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting*, Londres, The Royal Society, Commission on Intellectual Property Rights, 2002, p. 28. Cette constatation conduit certains auteurs à proposer une vision utilitariste des ONG : « Les acteurs traditionnels s'efforcent en effet de conserver un rôle dirigeant ne laissant aux ONG que des tâches d'exécution ou de sous-traitance. Les ONG ne font alors que prolonger la diplomatie des États et des Organisations internationales » (Robert CHARVIN, *Relations internationales, droit et mondialisation : un monde à sens unique*, Paris, Montréal, L'Harmattan, 2000, p. 205).

29. Martin KHOR, « A Worldwide Fight against Biopiracy and Patents on Life », <http://www.twinside.org.sg/title/pat-ch.htm> (page consultée le 27 avril 2003).

30. COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy : Report of the Commission on Intellectual Property Rights*, Londres, Commission on Intellectual Property Rights, 2002, p. 76.

Deuxièmement, l'insertion du régime de la biodiversité dans le régime de la propriété intellectuelle permet de transférer les débats dans une arène plus favorable aux pays en développement. En effet, les régimes environnementaux sont, de façon générale, plus avantageux pour les pays en développement que ne le sont les régimes du commerce international. En droit international de l'environnement, plusieurs principes, comme celui du partage des avantages ou celui de la responsabilité commune mais différenciée, tiennent compte des conditions économiques des pays en développement³¹. En orientant le régime international des brevets vers le régime de la biodiversité, les pays en développement espèrent redéfinir la portée d'un régime à l'intérieur duquel ils se considèrent défavorisés.

Troisièmement, il semble plus facile de mobiliser l'opinion publique en se concentrant sur la brevetabilité du matériel génétique plutôt qu'en abordant de front tous les problèmes liés aux droits de propriété intellectuelle. Pour atteindre les démocraties du Nord, les pays en développement peuvent efficacement passer par l'intermédiaire de leur population. Cette stratégie a été particulièrement fructueuse sur la question de l'accès aux médicaments³². Les médias et l'opinion publique sont certainement plus réceptifs à un discours dénonçant le biopiratage qu'à un exposé théorique sur les modalités juridiques nécessaires pour effectuer un transfert de technologies du Nord vers le Sud. La brevetabilité du matériel génétique concentre les forces mobilisatrices autour d'une question unique et sert d'exemple éducatif pour démontrer les dangers que représente l'extension du droit des brevets. Ainsi, le discours des ONG a été intégré par les délégations africaines à l'OMC afin de réclamer la révision de l'article 27(3)(b) sur la brevetabilité du matériel génétique³³. Il ne faut toutefois pas douter que le véritable enjeu pour les pays en développement est la facilitation du transfert de technologies dans son ensemble, et non seulement le transfert des biotechnologies.

Quatrièmement, les gouvernements du Sud peuvent construire autour de la biodiversité une scène politique contestataire qui, même si elle s'avère inefficace au niveau international, peut être rentable au niveau de la politique interne. La politique étrangère d'un État n'est pas uniquement guidée par ses intérêts nationaux mais aussi par des considérations qui relèvent de la politique intérieure. Un gouvernement qui lutte pour la protection de la biodiversité et contre les intérêts commerciaux d'une puissance économique gagne sans doute en légitimité auprès de sa propre population indépendamment des résultats obtenus sur la scène internationale. Comme l'explique Bertrand Badie, les États du Sud peuvent compenser leurs incapacités politiques internationales par le déploiement ostentatoire d'une fonction contestataire :

L'acteur dominé s'efforce alors de substituer une stratégie tribunitienne à une stratégie de puissance et recherche, par-là même, un tout autre usage du conflit. Celui qui y recourt ne vise plus, comme dans la théorie classique des relations internationales, à accroître

31. Philippe LE PRESTRE, *Écopolitique internationale*, op. cit., p. 261-270.

32. Ellen't HOEN, « Public Health and International Law : TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines : A Long Way from Seattle to Doha », *Chicago Journal of International Law*, 3, 2002, p. 27-46.

33. ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 21 et 22 septembre 2000*, IP/C/M/28, 23 novembre 2000, p. 41.

tre sa propre puissance ou à réduire celle de l'autre, mais à toucher, ailleurs, les dividendes de son rôle de tribun ³⁴.

Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle

Bien qu'aucun accord multilatéral sur la propriété intellectuelle n'ait été modifié pour inclure des préoccupations environnementales, les firmes de biotechnologie américaines s'inquiètent déjà d'une telle possibilité. La Biotechnology Industry Organization a récemment écrit au représentant au commerce américain (USTR) pour lui faire part de ses préoccupations sur l'association entre les objectifs de protection de la biodiversité et de protection de la propriété intellectuelle ³⁵. Par conséquent, les firmes de biotechnologie, qui ont soutenu activement l'Accord sur les ADPIC lors de sa négociation, se trouvent maintenant dans une position défensive, du moins réactive, face aux réclamations des ONG et des pays en développement.

III. Des droits sur la diversité biologique contre l'extension de la brevetabilité

À première vue, il aurait été logique d'opposer le concept de patrimoine commun de l'humanité à l'extension de la brevetabilité. Or, la Convention sur la diversité biologique rejette elle-même cette idée de patrimoine commun et place plutôt les ressources génétiques sous la souveraineté nationale des États. Ceux-ci demeurent ensuite libres de fixer des droits d'accès et des droits de propriété sur la diversité biologique. Afin de s'appuyer en toute cohérence sur la Convention sur la diversité biologique, ce sont ces droits d'accès et de propriété sur la diversité biologique qui seront utilisés par les ONG et les pays en développement comme rempart à l'extension de la brevetabilité sur le matériel génétique. Alors que les droits de propriété intellectuelle défendus par les pays industrialisés s'appuient sur leurs richesses technologiques, les nouveaux droits que réclament les pays en développement misent sur les richesses qui leur sont propres, soit la diversité génétique et les connaissances traditionnelles.

III.1. Des droits d'accès au matériel génétique

Dans l'espoir de freiner, ou même d'inverser, le mouvement d'extension de la brevetabilité du matériel génétique, certains pays en développement tentent d'y opposer des droits d'accès au matériel génétique. Bien entendu, la question de l'accès au matériel génétique ne vise pas simplement à contrer des droits de propriété intellectuelle mais découle d'une logique sociale, environnementale et économique qui lui est propre. Il s'agit d'un débat autonome qui est néanmoins fréquemment lié à celui sur la brevetabilité du matériel génétique. Cette association est formulée de la manière suivante : si le matériel génétique est abandonné dans un régime de libre accès, il pourrait être approprié par un tiers au moyen de droits de propriété intellectuelle. À l'inverse, le matériel génétique, qui fait déjà l'objet de droits d'accès, ne pourrait pas, par la suite, être librement approprié par des entreprises privées.

34. Bertrand BADIE, *L'État importé : essai sur l'occidentalisation de l'ordre politique*, Paris, Fayard 1992, p. 288.

35. <http://www.bio.org/ip/global/20030129.pdf> (site visité le 1^{er} avril 2003).

Parmi les pays qui recourent à cette association entre droit de propriété intellectuelle et droit d'accès, signalons les pays du groupe autoproclamé « méga-divers » qui ont développé une position commune à l'OMC et à l'OMPI³⁶.

L'application de droit d'accès au matériel génétique se fonde sur la Convention sur la diversité biologique : « Le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements et est régi par la législation nationale »³⁷. Les parties à la Convention sont ainsi appelées à spécifier les droits d'accès au matériel génétique. Dans cet objectif, un décret du gouvernement du Costa Rica précise : « *Las propiedades bioquímicas y genéticas de los elementos de la biodiversidad silvestres o domesticados son de dominio público* »³⁸. L'État costaricain affirme ici sa prétention à contrôler l'accès, les prélèvements et la gestion en ce qui concerne le matériel génétique.

En introduisant les questions relatives à l'accès aux ressources génétiques dans le débat sur la propriété intellectuelle, plusieurs ONG ont conclu à l'incompatibilité entre la Convention sur la diversité biologique et l'Accord sur les ADPIC³⁹. La première affirme que les ressources génétiques relèvent de la souveraineté nationale des États qui peuvent en contrôler l'accès, alors que le deuxième permet leur appropriation privée par des droits de propriété intellectuelle. Cette position a également été défendue par des pays comme l'Inde et le Kenya au sein du Conseil des ADPIC de l'OMC⁴⁰. En s'appuyant sur ce conflit réel ou apparent, ces ONG et ces pays en développement réclament la modification, voire la suspension, de l'Accord sur les ADPIC : « *Implementation of TRIPs in developing countries should be challenged and suspended on the basis on its irreconcilable conflict with the CBD* »⁴¹.

Toutefois, l'incompatibilité entre les droits de propriété intellectuelle et les droits d'accès à la biodiversité s'appuie sur un postulat controversé : le matériel génétique qui fait l'objet d'un droit d'accès comprendrait l'information génétique qui lui est associée et qui est potentiellement brevetable. Pour que les droits d'accès limitent la possibilité de breveter l'information génétique associée à une ressource génétique, ils doivent non seulement s'appliquer au matériel tangible, mais aussi à l'intangible génétique qu'il contient. Sinon, le matériel et l'immatériel génétiques peuvent faire l'objet de droits de propriété et de droits d'accès différents, voire complémentaires.

Puisqu'il n'y a pas de consensus international sur la question de savoir si les droits d'accès au matériel génétique comprennent des droits d'accès à l'intangible génétique, il semble vain d'espérer que les droits d'accès puissent servir d'assise

36. Le groupe méga-divers comprend la Bolivie, le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, les Philippines, l'Inde, l'Indonésie, le Kenya, la Malaisie, le Mexique, le Pérou, l'Afrique du Sud et le Venezuela.

37. Article 15(1) de la *Convention sur la diversité biologique*.

38. Article 6 de la *Ley de Biodiversidad*, adoptée le 23 avril 1998.

39. GRAIN, « TRIPs versus CBD : Conflicts between the WTO Regime of Intellectual Property Rights and Sustainable Biodiversity Management », *Global Trade and Biodiversity in Conflict*, 1, 1998 ; www.grain.org/publications/issue1-en-p.htm (page consultée le 10 octobre 2001).

40. ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Communication de l'Inde*, 12 juillet 2000, IP/C/W/195 ; Id., *Examen de l'article 27 (3b). Communication du Kenya au nom du groupe africain*, IP/C/W/163, 8 novembre 1999.

41. GRAIN, « TRIPs versus CBD : Conflicts between the WTO Regime of Intellectual Property Rights and Sustainable Biodiversity Management », *op. cit.*

pour retirer la brevetabilité du matériel génétique de l'Accord sur les ADPIC. On peut même remarquer qu'un nombre croissant de spécialistes, comme Carlos Correa et David Downes, considèrent que l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique ne sont pas fondamentalement en conflit⁴². Cette position sous-entend que les droits de propriété prévus dans les deux traités s'appliquent à des objets différents, l'un à l'intangible et l'autre au tangible.

Toutefois, même en reconnaissant que les droits d'accès au matériel génétique et les droits de propriété intellectuelle s'appliquent à des objets différents, il est toujours possible, en vue de favoriser une application synergique des deux accords, de conditionner l'octroi d'un droit de propriété intellectuelle à l'obtention préalable d'un droit d'accès au matériel génétique naturel qui a servi à développer une invention. Par exemple, l'article 26 de la décision 486 de la Communauté andine précise que la brevetabilité du matériel génétique est soumise à l'obtention préalable d'un droit d'accès. Bien que la brevetabilité du matériel génétique soit autorisée, les demandeurs de brevets pourraient être découragés par cette exigence supplémentaire.

De telles initiatives, au niveau national ou régional, sont vaines si elles ne sont pas suivies par l'ensemble de la communauté internationale. En effet, les entreprises biotechnologiques pourront toujours déposer des brevets sur du matériel génétique dans les pays qui, comme les États-Unis, ne conditionnent pas l'octroi d'un droit de propriété intellectuelle à l'obtention préalable d'un droit d'accès au matériel génétique.

Conscients de ce problème, certains pays en développement proposent de modifier l'Accord sur les ADPIC pour y inclure l'obligation aux demandeurs de brevet de fournir la preuve qu'ils ont respecté les droits d'accès au matériel biologique. Dans une communication du 21 juin 2002, la Mission permanente du Brésil à l'OMC, au nom des délégations brésilienne, chinoise, cubaine, dominicaine, équatorienne, indienne, pakistanaise, thaïlandaise, vénézuélienne, zambienne et zimbabwéenne, a soumis cette proposition :

Il faudrait modifier l'Accord sur les ADPIC de façon à prévoir que les Membres exigent de tout demandeur d'un brevet portant sur du matériel biologique ou des savoirs traditionnels comme condition à l'obtention des droits de brevet :

- 1) qu'il divulgue la source et le pays d'origine de la ressource biologique et des savoirs traditionnels utilisés dans l'invention ;
- 2) qu'il apporte la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause par le biais de l'approbation par les autorités conformément aux régimes nationaux pertinents ;
- 3) qu'il apporte la preuve du partage juste et équitable des avantages conformément au régime national du pays d'origine⁴³.

42. David DOWNES, « The Convention on Biological Diversity and the GATT », in Robert HOUSMAN (sous la dir.), *The Use of Trade Measures in Select Multilateral Environmental Agreements*, Nairobi, United Nations Environment Program, 1995, p. 198.

43. ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Relations entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels. Communication des États-Unis*, IP/C/W/356, 24 juin 2002, p. 5-6 ; ID., *Relations entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels. Communication des Communautés européennes et de leurs États membres*, IP/C/W/383, 17 octobre 2002, 19 p.

Pour l'instant, les États-Unis et l'Union européenne s'opposent à cette modification en alléguant que les droits de propriété intellectuelle ne sont pas destinés à réglementer l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui découle de leur utilisation⁴⁴. Par contre, la Suisse s'est récemment prononcée en faveur d'une modification du règlement d'exécution du Traité de coopération en matière de brevets de manière à donner expressément aux Parties contractantes la possibilité d'exiger des déposants qu'ils déclarent la source des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels lorsqu'une invention repose sur de tels savoirs ou ressources ou qu'elle les utilise⁴⁵. Cette ouverture de la Suisse, qui donne une certaine crédibilité aux réclamations des pays en développement, démontre bien que les pays du Nord ne monopolisent plus l'agenda du régime international des brevets.

III.2. Des droits sur les connaissances traditionnelles

Bien que les connaissances traditionnelles puissent faire l'objet de droits de propriété en droit coutumier local, elles appartiennent au domaine public selon la logique occidentale des droits de propriété intellectuelle⁴⁶. Certains considèrent donc que les connaissances traditionnelles sont dans un régime de libre accès et qu'elles peuvent être librement utilisées par des firmes de biotechnologie pour orienter leurs recherches et conduire à des inventions brevetables.

Afin d'éviter cette appropriation par des tiers, certaines ONG proposent d'octroyer aux communautés autochtones et locales des droits sur leurs connaissances traditionnelles⁴⁷. L'article 8(j) de la Convention sur la diversité biologique constitue le principal fondement juridique pour réclamer de tels droits : « Chaque partie contractante respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales [...] »⁴⁸. Ainsi, les connaissances traditionnelles ne seraient plus en libre accès et ne pourraient plus être utilisées librement par des firmes de biotechnologie.

Comme les connaissances traditionnelles ne répondent généralement pas aux conditions nécessaires pour se prévaloir de droits de propriété intellectuelle existants, il faut, pour les protéger, en inventer de nouvelles formes spécialement adaptées aux connaissances traditionnelles⁴⁹. Certaines ONG proposent de constituer des registres de connaissances traditionnelles librement accessibles qui permet-

44. ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Relations entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels. Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées*, IP/C/W/368, 8 août 2002, p. 8.

45. ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *L'article 27 (3B). La relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels. Communication de la Suisse*, IP/C/W/400/Rev1, 18 juin 2003, 28 p.

46. Carlos CORREA, « Traditional Knowledge and Intellectual Property : Issues and Options Surrounding the Protection of Traditional Knowledge », Genève, Quaker United Nations Office, november 2001, p. 3.

47. Elias Carreno PERALTA, « A Call for Intellectual Property Rights to Recognize Indigenous People's Knowledge of Genetic and Cultural Resources », in Anatole KRATTIGER *et al.* (sous la dir.), *Widening Perspectives on Biodiversity*, Gland, IUCN, 1994, p. 288.

48. Article 8(j) de la *Convention sur la diversité biologique*.

49. Stephen A. HANSEN, « Traditional Ecological Knowledge and Prior Art », présentation à la *Conference of the International Patent System*, Genève, 26 mars 2002.

traient de les faire connaître et reconnaître⁵⁰. Les autres communautés locales pourraient y avoir accès et utiliser, elles aussi, les connaissances que leurs voisins auraient bien voulu rendre publiques. De plus, les examinateurs des offices de brevets pourraient consulter ces registres pour déterminer l'état actuel des connaissances et établir si une invention satisfait au critère de nouveauté. Cependant, ces registres publics de connaissances traditionnelles ne permettraient pas aux communautés locales de les commercialiser et d'en tirer directement des bénéfices monétaires.

D'autres ONG proposent d'instaurer un système qui permettrait aux communautés autochtones et locales de tirer un bénéfice de leurs connaissances traditionnelles. Le modèle de Community Intellectual Rights proposé par Third World Network est une forme de droit de propriété intellectuelle spécialement adaptée aux connaissances traditionnelles⁵¹. Cette proposition prévoit l'établissement d'un registre des innovations traditionnelles et la création d'un fonds au bénéfice de l'ensemble de la communauté. Les entreprises qui souhaiteraient utiliser une connaissance traditionnelle à des fins commerciales devraient payer une redevance à la communauté.

Toutefois, l'idée d'octroyer des droits de propriété intellectuelle individuels ou collectifs aux communautés locales ou à leurs membres demeure controversée et suscite de nombreuses critiques⁵². On voit mal comment des droits de propriété intellectuelle sur les connaissances traditionnelles peuvent contribuer à leur préservation. Le propre des connaissances traditionnelles n'est-il pas justement d'évoluer dans un « processus de travail [jugé] productif, et non d'un acte novateur délibéré »⁵³ ? Leur consécration à l'intérieur d'un registre n'est-elle pas contraire à leur caractère évolutif ?

En outre, les concepts juridiques occidentaux de profit et de droit de propriété semblent incompatibles avec les notions de partage de plusieurs communautés du Sud. Comme le souligne Carlos Correa : « *The granting of exclusive rights may [...] limit rather than promote the use of TK [Traditional Knowledge]. It may also be in contradiction of the practices and values of remuneration, not associated to the exercise of an exclusive right* »⁵⁴. La répartition des revenus tirés des droits exclusifs sur les connaissances traditionnelles fera face à de graves problèmes pratiques. Comment les redevances seront-elles partagées si une ou plusieurs communautés s'enregistrent comme dépositaires ? Qu'en sera-t-il des migrants saisonniers et des

50. www.sristi.org (page consultée le 10 janvier 2003), www.kippewa-gardens.com (page consultée le 10 janvier 2003), et <http://ip.aaas.org/tekpad> (page consultée le 10 janvier 2003).

51. Gurdial Singh NIJAR, *In Defense of Local Community Knowledge and Biodiversity: A Conceptual Framework and the Essential Elements of a Rights Regime*, Penang, Third World Network, 1996, p. 56 à 62.

52. Darrell POSEY et Graham DUTFIELD, *Le marché mondial de la propriété intellectuelle. Droits des communautés traditionnelles et indigènes*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, Genève, Fonds mondial pour la nature, 1997, p. 102.

53. THE CRUCIBLE GROUP, *Un brevet pour la vie. La propriété intellectuelle et ses effets sur le commerce, la biodiversité et le monde rural*, op. cit., p. 43.

54. Carlos CORREA, « Traditional Knowledge and Intellectual Property », loc. cit., p. 15.

exilés vers les centres urbains⁵⁵ ? Et est-ce que ce système est juste et équitable pour les inventions développées de façon autonome et indépendante par des individus⁵⁶ ? Il s'agit du cœur du paradoxe que formule Laurie Anne Whitt à propos de la lutte contre la brevetabilité des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles :

*Indigenous resistance to biocolonialism faces a difficult dilemma : How to challenge a form of power – in this case, Western intellectual property law – without accepting its own terms of reference and hence losing the battle before it has begun. On the one hand, unless indigenous peoples have control over their intellectual products, their knowledge stands to be expropriated without any material benefits reaching them*⁵⁷.

Bien qu'il puisse être difficile d'imaginer une protection des connaissances traditionnelles qui respecte entièrement les cultures des communautés locales, certains pays du Sud ont vu, dans la proposition des ONG d'appliquer des droits de propriété intellectuelle *sui generis* sur les connaissances traditionnelles, une occasion unique pour faire obstacle aux droits de propriété intellectuelle détenus par les pays du Nord. Comme le remarque Graham Dutfield, les débats sur les connaissances traditionnelles intéressaient, jusqu'au milieu des années 1990, principalement les ONG et relativement peu les États⁵⁸. Par contre, en constatant l'opposition au développement du droit international de la propriété intellectuelle que peuvent susciter les débats sur les connaissances traditionnelles, de plus en plus d'États s'intéressent à cet enjeu⁵⁹.

D'une part, la protection des connaissances traditionnelles pourrait conduire au rejet de demandes de brevet et même à la révocation de brevets déjà conférés sur des inventions biotechnologiques dérivées de connaissances traditionnelles. Déjà, plusieurs pays comme le Brésil, le Costa Rica, l'Inde, le Panama, le Pérou et les Philippines ont adopté des lois visant à protéger les connaissances traditionnelles et à éviter leur appropriation par brevets⁶⁰. Les débats sur le projet de Traité sur le droit matériel des brevets reflètent cette évolution des législations nationales et portent entre autres sur une proposition restreignant la brevetabilité des inventions qui dérivent de connaissances traditionnelles⁶¹.

D'autre part, les débats sur les connaissances traditionnelles offrent de précieux avantages stratégiques aux pays en développement dans le régime international des brevets. Comme le souligne Graham Dutfield, la protection des connaissances traditionnelles peut servir de monnaie d'échange avec les États-Unis et l'Union

55. Charles ZERNER et Kelly KENNEDY, « Equity Issues in Bioprospecting », in Miges BAUMANN *et al.* (sous la dir.), *The Life Industry : Biodiversity, People and Profits*, Intermediate Technology Publication, 1996, p. 106.

56. Graham DUTFIELD, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity : Seeds and Plant Varieties*, Cambridge, The World Conservation Union, 2000, p. 120.

57. Laurie Anne WHITT, « Interdisciplinary Perspective : Indigenous Peoples, Intellectual Property & the New Imperial Science », *Oklahoma City University Law Review*, 23, 1998, p. 251.

58. Graham DUTFIELD, « Trips Related Aspects of Traditional Knowledge », *loc. cit.*, p. 236.

59. *Ibid.*, p. 237.

60. <http://www.grain.org/brl/index-en.cfm> (page consultée le 10 juin 2003).

61. http://www.wipo.org/news/en/index.html?wipo_content_frame=/news/en/conferences.html (site visité le 24 mai 2003).

européenne : « *[Developing countries] may simply wish to exploit the issue, not out of a sense of justice on behalf of their traditional peoples and communities [...], but because they are looking for concessions on TRIPS* ⁶² *from developed countries* » ⁶³. Lors de la Conférence annuelle sur la propriété intellectuelle organisée par l'Université Fordham au printemps 2002, le professeur Neil Netanel a soumis une hypothèse similaire : « *I would speculate that in the context of TRIPs that national governments are raising this issue really for strategic bargaining purposes, that governments do not really care about this issue* » ⁶⁴.

Les droits d'accès au matériel génétique et les droits de propriété sur les connaissances traditionnelles peuvent être utilisés, dans le régime international des brevets, comme des outils de négociations pour limiter l'extension de la brevetabilité. Le recours à ces thèmes, tirés du régime international de la biodiversité, démontre que les ONG et les pays du Sud ont appris à jouer un rôle « proactif » et à fixer les limites d'un régime commercial à leur avantage tout comme les firmes privées et les pays du Nord l'ont fait lors du cycle de l'Uruguay ⁶⁵. Dès lors, le régime international des brevets n'est plus un régime imposé par le Nord : il devient le lieu d'un affrontement entre des acteurs aux objectifs difficilement compatibles. Les négociations actuelles à propos de la Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA) en constituent un exemple éloquent.

IV. La propriété intellectuelle et la biodiversité dans le projet de ZLÉA

Depuis le Sommet des Amériques de Miami en 1994, et jusqu'en 2005, trente-quatre gouvernements de l'hémisphère occidental négocient un projet de Zone de libre-échange des Amériques. Les ministres du commerce de l'hémisphère ont créé différents groupes de travail dont l'un est spécialisé dans les droits de propriété intellectuelle. Les négociations sur la propriété intellectuelle de la ZLÉA constituent un objet d'étude particulièrement intéressant parce qu'elles sont le théâtre d'un choc entre des systèmes régionaux fort différents qui tenteront de s'imposer comme modèle hémisphérique.

IV.1. Le rehaussement contre la réorientation

En novembre 2002, un avant-projet de ZLÉA a été rendu public. Cet avant-projet s'avère, en fait, une compilation des propositions négociées par les trente-quatre gouvernements des Amériques et la quasi-totalité d'entre elles sont toujours entre crochets, indiquant qu'elles ne font pas encore l'objet d'un consensus. Bien que l'origine des propositions ne soit pas indiquée, on dégage aisément, en matière de brevetabilité du matériel biologique, une polarisation entre le rehaussement des

62. Trade Related Intellectual Property.

63. Graham DUTFIELD, « Trips Related Aspects of Traditional Knowledge », *loc. cit.*, p. 239.

64. Neil NETANEL, « Panel Discussion on Traditional Knowledge », in Hugh C. HANSEN (sous la dir.), *International Intellectual Property Law & Policy*, vol. 7, Yonkers (NY), Juris Publishing, Londres, Sweet & Maxwell, 2002, p. 78-82.

65. Graham DUTFIELD, « Trips Related Aspects of Traditional Knowledge », *loc. cit.*, p. 275.

normes de propriété intellectuelle au-delà de l'Accord sur les ADPIC et leur réorientation vers le régime de la biodiversité.

Une première série de propositions contenues dans l'avant-projet de ZLÉA vont bien au-delà de ce que prévoit l'Accord sur les ADPIC en matière de brevets sur le matériel génétique. Alors que l'Accord sur les ADPIC ne traitait pas spécifiquement de la protection qui doit être accordée à la descendance du matériel biologique breveté, l'avant-projet de ZLÉA contient cette proposition « Dans les cas où le brevet protège une séquence génétique particulière ou un matériel biologique contenant cette séquence, la protection s'étendra également à tout produit comprenant cette séquence ou le matériel exprimant cette information génétique »⁶⁶. D'autres propositions suggèrent d'imposer aux membres de la ZLÉA d'adhérer à la Convention de l'Union internationale pour la protection des nouvelles variétés végétales et au Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets⁶⁷.

Les États-Unis sont certainement favorables à cette première série de propositions. La position officielle du gouvernement américain est d'imposer la brevetabilité des formes de vie supérieures dans l'accord sur la ZLÉA⁶⁸. Déjà, l'accord de libre-échange signé le 3 juin 2003 entre les États-Unis et le Chili impose aux pays signataires la brevetabilité des végétaux⁶⁹. Cette tendance répond d'ailleurs aux attentes exprimées par la Biotechnology Industry Organization : « *Future agreements must close the loophole of Article 27(3)(b) of the TRIPS Agreement by requiring Agreement signatories to grant patents on new, useful and non-obvious transgenic plant and animal inventions* »⁷⁰.

Devant cette volonté de rehausser les normes de propriété intellectuelle dans les Amériques, une deuxième série de propositions tend à associer la protection de la propriété intellectuelle et la protection de la biodiversité à l'intérieur même de la ZLÉA. Par exemple, une proposition suggère que « la délivrance de brevets pour des inventions élaborées sur la base de matériel obtenu à partir du patrimoine biologique et génétique [...] sera subordonnée à la condition que ce matériel ait été acquis conformément aux dispositions internationales, régionales, infrarégionales et nationales »⁷¹. Une autre suggère d'imposer aux parties à la ZLÉA de donner effet aux dispositions de la Convention sur la diversité biologique⁷². Une section entière du chapitre sur la propriété intellectuelle est même consacrée à la protection des connaissances traditionnelles : « Chacune des parties assurera la protection des ressources génétiques et des savoirs traditionnels de ses communautés autochtones

66. Article 3(4) de la section 5 du chapitre sur la propriété intellectuelle de l'avant-projet de la ZLÉA en date du 1 novembre 2002.

67. Article 5 de la partie 1 du chapitre sur la propriété intellectuelle de l'avant-projet de la ZLÉA en date du 1 novembre 2002.

68. www.ustr.gov/regions/whemisphere/intel.html (visité le 29 mars 2003).

69. Article 17(9)(2) du *Free Trade Agreement between the United States and Chile*, signé le 6 juin 2003.

70. <http://www.bio.org/ip/global/20030129.pdf> (visité le 20 avril 2003).

71. Article 1(5) de la section 6 du chapitre sur la propriété intellectuelle de l'avant-projet de la ZLÉA en date du 1 novembre 2002.

72. Article 5(3) de la section 1 du chapitre sur la propriété intellectuelle de l'avant-projet de la ZLÉA en date du 1 novembre 2002.

et locales au moyen d'un système efficace garantissant, au minimum, une rémunération juste et équitable pour l'accès à ces ressources ou à ces savoirs » 73.

Cette association entre propriété intellectuelle et diversité biologique est le reflet de la position de plusieurs pays latino-américains. De façon générale, les accords d'intégration régionale conclus entre les pays latino-américains ne prévoient pas ou peu d'obligations en matière de propriété intellectuelle. Ainsi, l'accord du Groupe des trois, formé par la Colombie, le Mexique et le Venezuela, contient un chapitre sur la propriété intellectuelle, mais il ne traite pas du droit des brevets 74. De même, le traité d'Asunción instituant le Marché commun du Cône Sud (Mercosur) ne contient aucune disposition sur la propriété intellectuelle 75. Bien qu'un comité sur la propriété intellectuelle ait été créé en 1993 entre les pays du Mercosur, il n'a pas encore fixé de normes communes en matière de brevet 76. Les pays de l'union douanière d'Amérique centrale, de leur côté, ont bien adopté un accord sur les marques de commerce, mais leur projet de créer un régime commun sur les brevets est toujours en négociation 77.

Si les pays latino-américains n'ont pas adopté d'accord sur la propriété intellectuelle fixant des normes plus élevées que celles prévues par l'Accord sur les ADPIC, leur association stratégique entre la biodiversité et la propriété intellectuelle se reflète dans leurs accords internationaux. Par exemple, l'article 3 de la décision 486 de la Communauté andine prévoit : « *The Member Countries shall ensure that the protection granted to intellectual property elements shall be accorded while safeguarding and respecting their biological and genetic heritage* » 78. L'article 16 de cette même décision consacre l'association entre le régime de la propriété intellectuelle et celui de la biodiversité en exigeant des demandeurs de brevets qu'ils fournissent la preuve qu'ils ont obtenu toutes les autorisations nécessaires des ayants droit pour accéder et utiliser les ressources génétiques.

Tant les États-Unis que les pays latino-américains tenteront d'imposer leur modèle d'accord international de propriété intellectuelle dans la ZLÉA. Le chapitre de la ZLÉA consacré à la propriété intellectuelle rehaussera-t-il les normes minimales de propriété intellectuelle et les réorientera-t-il vers une application synergique avec la Convention sur la diversité biologique ? Sa formulation dépendra probablement de l'efficacité des stratégies de négociation retenues, d'une part, par les États-Unis et, d'autre part, par les pays latino-américains.

73. Article 1(3) de la section 6 du chapitre sur la propriété intellectuelle de l'avant-projet de la ZLÉA en date du 1 novembre 2002.

74. *Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos, la República de Colombia y la República de Venezuela*, septembre 1990.

75. *También conocido como el Tratado de Asunción* du 26 mars 1991. Voir aussi Wilfrido FERNANDEZ, « Mercosur and its Implications for Industrial Property », in Dennis CAMPBELL et Susan COTTER, *International Intellectual Property Law*, Chichester, New York, John Wiley, 1995, p. 136.

76. Robert M. SHERWOOD et Carlos A. PRIMO BRAGA, *Intellectual Property, Trade and Economic Development : A Road Map for the FTAA Negotiations*, Coral Gables, North-South Center, University of Miami, 1996, p. 5.

77. *Ibid.*

78. Article 3 de la Décision 486 de la Communauté andine.

IV.2. La coercition contre la coalition

Afin de poursuivre l'extension de la brevetabilité du matériel biologique dans la ZLÉA, les États-Unis pourront recourir à leur puissance coercitive. Dans son rapport annuel de 2002 sur la propriété intellectuelle, le représentant au commerce américain, Robert B. Zoellick, avertissait sévèrement les pays latino-américains qui, à ses yeux, ne respectent pas les normes prévues dans l'Accord sur les ADPIC :

Other countries that do not appear to meet their TRIPS obligation include several countries in the Andean Community, as well as the Dominican Republic [...]. The United States will consider all options, including but not limited to possible initiation of new WTO dispute settlement cases, in working with these countries toward full TRIPS implementation 79.

L'Argentine, les Bahamas, la Bolivie, le Brésil, le Canada, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, le Guatemala, la Jamaïque, le Pérou, la République dominicaine, l'Uruguay et le Venezuela ont été placés sur une liste spéciale de pays dont les législations et les pratiques en matière de propriété intellectuelle ont des impacts négatifs sur le commerce de produits américains. Ces pays sont dès lors encouragés à modifier leurs législations ou leurs pratiques sous peine de se voir imposer des sanctions commerciales.

En outre, les États-Unis offrent des avantages commerciaux aux pays latino-américains qui acceptent d'adopter des législations et des pratiques qui vont au-delà de ce que prévoit l'Accord sur les ADPIC. En analysant le cas nicaraguayen, Peter Drahos a constaté que l'accord bilatéral sur l'investissement que le Nicaragua voulait conclure avec les États-Unis a été conditionnel à la signature préalable d'un accord sur la propriété intellectuelle⁸⁰. De même, pour être admissible aux tarifs préférentiels prévus dans le US-Caribbean Trade Partnership Act of 2000, le gouvernement américain tient compte de divers facteurs, et notamment « *the extent to which the country provides protection of intellectual property rights consistent with or greater than the protection afforded under the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* »⁸¹.

En utilisant cette stratégie « de la carotte et du bâton », les États-Unis sont déjà parvenus à signer plusieurs accords bilatéraux de propriété intellectuelle avec des pays latino-américains. En fait, depuis le Sommet des Amériques de 1994 et le lancement du projet de ZLÉA, les États-Unis ont atteint, par le biais d'accords bilatéraux, au moins un pays de chacune des quatre unions douanières des Amériques, soit la Communauté andine, le Mercosur, le Marché commun de l'Amérique centrale et le Caricom⁸². Il n'est pas exclu que la stratégie commerciale américaine

79. UNITED STATES TRADE REPRESENTATIVE, *2002 Special 301 Report*, p. 8.

80. Peter DRAHOS, *Bilateralism in Intellectual Property*, Londres, Oxfam, 2001, p. 2 et 3.

81. Section 211 de *US-Caribbean Trade Partnership Act of 2000*.

82. *Agreement Concerning the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights between the Government of the United States of America and the Government of Jamaica*, signé le 17 mars 1994 ; *Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Nicaragua Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, signé le 7 janvier 1998 ; *Memorandum of Understanding between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Paraguay on Intellectual Property Rights*, signé le 17 novembre 1998 ; *Memorandum of Understanding between the United States of America and the Republic of Peru*, signé le 23 mai 1997.

prévoit que ces pôles serviront ensuite de modèles exemplaires à leurs voisins ou d'alliés dans le cadre de négociations de la ZLÉA⁸³.

Toutefois, on peut douter que le Canada et le Mexique appuient sans réserve leur partenaire de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA). En effet, contrairement à l'office américain des marques et des brevets, l'Office canadien des brevets et l'Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial ne sont toujours pas autorisés à octroyer des brevets sur les plantes et les animaux. Par conséquent, aucun des accords de libre-échange conclus jusqu'à présent par le Canada ou le Mexique⁸⁴ n'impose la brevetabilité des formes de vie supérieure. Dans le cadre du projet de ZLÉA, le gouvernement canadien soutient lui-même que sa priorité immédiate est « de veiller à ce que les règles internationales actuelles de la propriété intellectuelle soient pleinement mises en œuvre, plutôt que de rechercher un élargissement de la protection existante »⁸⁵.

Face aux États-Unis, les pays latino-américains qui ont proposé d'associer la biodiversité à la propriété intellectuelle dans la ZLÉA ne sont pas dépourvus de moyens pour promouvoir leurs idées. En effet, contrairement au contexte bilatéral qui a conduit plusieurs pays d'Amérique latine à des concessions supplémentaires sur la brevetabilité du matériel biologique, la ZLÉA regroupe plusieurs pays qui se disent favorables à l'intégration de la biodiversité dans un chapitre de propriété intellectuelle et qui peuvent se solidariser dans un front commun. Les pays d'Amérique latine jouissent ainsi d'un avantage numérique et peuvent former une coalition.

De plus, les pays latino-américains peuvent s'associer avec des ONG pour condamner et faire la promotion de leurs positions auprès de l'opinion publique des Amériques. Lors de la conférence ministérielle de Quito en novembre 2002, quatre ONG ont organisé un atelier parallèle sur la propriété intellectuelle et ont conclu : « *Any chapter on intellectual property rights in the final FTAA agreement would only make sense if such issues as genetic resources, traditional knowledge, technology transfer, flexibility in plant variety protection, and competition regulations against abuse of rights were included* »⁸⁶. L'alliance entre pays en développement et ONG pourrait permettre de faire fléchir les pays industrialisés : « *Weak single strands of webs of influence often become strong by being tied to other weak strands* »⁸⁷. Cette alliance stratégique a d'ailleurs déjà permis de réaliser de petites

83. Selon certains observateurs, l'inclusion du Mexique dans l'ALÉNA expliquerait en partie le fait que les pays en développement membres de l'OMC aient accepté l'Accord sur les ADPIC. Cf. Michael RYAN, *Knowledge Diplomacy : Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, Washington, Brookings Institution Press, 1998, p. 92.

84. Toutefois, contrairement aux traités bilatéraux canadiens, plusieurs traités bilatéraux de libre-échange signés par le Mexique exigent que les parties adhèrent à la plus récente version de la *Convention de l'Union internationale pour la protection des nouvelles variétés végétales* (UPOV 91).

85. www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/IP-P&P-f.asp (page consultée le 10 décembre 2001).

86. David VIVAS EUGUI, « Intellectual Property in the FTAA : New Imbalances and Small Achievements », *Bridge*, 6 (8), 2002, p. 18.

87. Peter DRAHOS, *Developing Countries and International Intellectual Property Standard-Setting*, *op. cit.*, p. 47.

victoires dans le régime international des brevets, notamment en matière d'accès aux médicaments⁸⁸.

Quoi qu'il en soit, il est probable que seul le *statut quo* puisse faire l'objet d'un consensus parmi les pays membres de la ZLÉA. En d'autres termes, si les référents à la biodiversité ne réussissent pas à s'imposer dans le chapitre sur la propriété intellectuelle, il est néanmoins possible qu'ils servent de monnaie d'échange et qu'ils fassent ainsi échec aux propositions américaines sur la brevetabilité du matériel génétique.

Conclusion

Comment des dispositions sur la protection de la biodiversité se sont-elles retrouvées dans l'avant-projet de traité de libre-échange des Amériques ? Nous avons soumis l'hypothèse qu'il s'agissait d'une réaction à l'extension de la brevetabilité du matériel biologique. Alors que les firmes de biotechnologie ont convaincu les gouvernements des pays du Nord de conclure des accords internationaux sur la brevetabilité du matériel biologique, d'autres acteurs privés, des ONG, ont soutenu les pays en développement dans leur association stratégique entre le régime de la biodiversité et celui de la propriété intellectuelle. À la propriété intellectuelle sur l'immatériel génétique, les pays en développement ont répliqué par des droits d'accès au matériel génétique. Même si la protection de la biodiversité ne figure toujours pas parmi les objectifs des accords de propriété intellectuelle conclus par les pays du Nord, l'association entre la biodiversité et la propriété intellectuelle est véhiculée sur différents canaux de socialisation. On retrouve maintenant cette association tant à l'OMPI, à l'OMC, que dans l'avant-projet de ZLÉA. Les pays en développement peuvent dès lors s'en servir pour limiter l'extension de la brevetabilité qui demeure, à leurs yeux, un obstacle majeur au transfert de technologie.

Le régime de la biodiversité n'est pas le seul à avoir fait l'objet d'une association stratégique avec le régime international des brevets. En effet, les questions de santé publique sont maintenant indissociables des accords de propriété intellectuelle. Plusieurs ONG, comme Public Citizens, Médecins Sans Frontières et Oxfam, et des pays en développement, comme le Brésil et l'Inde, ont déployé des efforts intenses pour limiter, non pas l'objet d'application des brevets, mais les droits conférés par des brevets⁸⁹. Cette campagne s'est soldée par un succès relatif : en avril 2001, les entreprises pharmaceutiques, particulièrement sensibles à un boycott commercial, ont elles-mêmes retiré leur plainte en Afrique du Sud à propos du projet de loi sur les licences obligatoires⁹⁰. Quelques semaines plus tard, les États-Unis ont retiré leur plainte à l'OMC sur la loi brésilienne en matière de brevets pharmaceutiques⁹¹. Ainsi, les membres de l'OMC sont convenus, à Doha, que

88. Ellen't HOEN, « Public Health and International Law : TRIPS, Pharmaceutical Patents, and Access to Essential Medicines : A Long Way from Seattle to Doha », *loc. cit.*

89. Susan K. SELL, « TRIPS and Access to Medicines : TRIPS and the Access to Medicines Campaign », *Wisconsin International Law Journal*, 481, 2002.

90. *Ibid.*

91. ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, « Brésil. Mesures affectant la protection conférée par un brevet : notification de la solution convenue d'un commun accord », G/L/454, IP/D/23/Add.1, WT/DS199/4, 19 juillet 2001.

l'Accord sur les ADPIC devait être interprété avec flexibilité pour faciliter l'accès aux médicaments et qu'il fallait examiner la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique ⁹².

Désormais, les négociations internationales sur le droit des brevets ne peuvent plus échapper aux questions portant sur la diversité biologique, sur les connaissances traditionnelles et sur la santé publique. Il s'agit, sans aucun doute, d'un succès pour les pays en développement et d'une preuve qu'ils ne sont plus des acteurs passifs ou réactifs mais bien proactifs. On peut toutefois s'attendre à ce que certains pays, particulièrement les plus importants exportateurs de technologie, tentent de reprendre le contrôle des débats pour imposer leur vision de la propriété intellectuelle. Dans cette optique, la voie bilatérale, qui offre un rapport de force accru, sera privilégiée à la voie multilatérale, plus sujette aux critiques des ONG et aux coalitions des pays en développement. Déjà, un nombre croissant d'accords bilatéraux de propriété intellectuelle, qui évacuent les questions de biodiversité et de santé publique, sont conclus entre, d'une part, les États-Unis et l'Union européenne, et, d'autre part, les pays en développement ⁹³.

Pour en savoir plus

<http://www.iprsonline.org>

Ce site a été créé conjointement par l'International Centre for Trade and Sustainable Development et la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, notamment pour offrir des mises à jour sur les dernières négociations internationales relatives à la propriété intellectuelle.

www.grain.org

Ce site est celui de GRAIN, une des organisations militantes les plus actives pour défendre les droits des agriculteurs des pays en développement.

www.bio.org

Ce site est celui de la Biotechnology Industry Organization, une association industrielle qui exprime fréquemment le besoin de rehausser la protection conférée par un brevet.

www.unisfera.org

Ce site est celui d'Unisféra, un centre de recherche indépendant qui travaille sur le droit et les politiques de la propriété intellectuelle.

92. Paragraphe 19 de la *Déclaration ministérielle de la Conférence de Doha*, adoptée le 14 novembre 2001 ; *Déclaration sur l'Accord sur les ADPIC et la santé publique*, adoptée le 14 novembre 2001.

93. Jean-Frédéric MORIN, « Le droit international des brevets : entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain », *loc. cit.* L'auteur tient à remercier l'équipe du Centre international Unisféra, Monsieur Marc Hufty de l'Institut universitaire d'études du développement et Madame Céline Montminy. Les opinions exprimées dans cet article et toute inexactitude demeurent entièrement attribuables à l'auteur.