



# **Protocole de Nagoya et protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques: la fabrique d'un droit international de la reconnaissance**

**Thèse**

**M Pag Yendu Yentchare**

**Doctorat en droit**  
Docteur en droit (LL. D.)

Québec, Canada

**PROTOCOLE DE NAGOYA ET PROTECTION JURIDIQUE DES SAVOIRS  
TRADITIONNELS ASSOCIÉS AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES : LA FABRIQUE  
D'UN DROIT INTERNATIONAL DE LA RECONNAISSANCE**

**Thèse**

**Pag-yendu M. Yentcharé**

Sous la direction de :

Sophie Lavallée, Professeure titulaire en droit international de l'environnement

Et

Georges Azzaria, Professeur titulaire en droit de la propriété intellectuelle

## Résumé

Cette thèse traite de la protection juridique des savoirs traditionnels. Cette question est devenue un problème public à la faveur de la dénonciation, par plusieurs acteurs de la société civile, d'actes de biopiraterie. La biopiraterie désigne l'appropriation illicite des savoirs traditionnels des peuples autochtones ou des communautés locales (PACL) par des utilisateurs qui s'en servent pour fabriquer de nouveaux produits (alimentaires, cosmétiques ou pharmaceutiques) protégés par des droits de propriété intellectuelle – surtout des brevets –, sans toutefois reconnaître l'apport des PACL dans la création de l'innovation protégée.

Face à ce problème, le droit international propose deux réponses. D'une part, l'article 5(5) du Protocole de Nagoya, entré en vigueur le 12 octobre 2014, pose le principe du partage juste et équitable, avec les communautés autochtones ou locales, des avantages monétaires et non monétaires, résultant de l'utilisation de leurs savoirs traditionnels sur les vertus des plantes ou animaux. Ce principe est toutefois conditionné par les conditions et limites que peut fixer le droit national de l'État fournisseur. D'autre part, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) élabore depuis 18 ans des projets de lois spécifiques dites *sui generis*, pour protéger les savoirs traditionnels, invoquant l'inadéquation du brevet pour ce faire puisque les savoirs traditionnels ne rempliraient pas les conditions de nouveauté, d'inventivité et d'application industrielle requis par les droits nationaux de brevet. Ces deux solutions, considérées comme complémentaires, ne semblent toutefois pas parvenir à répondre efficacement au problème de la protection des savoirs traditionnels.

Cette thèse cherche donc une solution juridique qui soit plus adaptée aux réalités vécues par les PACL. À partir de l'approche de la construction sociale du droit et des concepts de reconnaissance, d'équité et de justice environnementale, cette thèse veut comprendre comment se sont structurés les deux approches majoritaires concernant la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques en droit international. Cette réflexion ouvre à la possibilité de remise en cause de la non-brevetabilité des savoirs traditionnels, grâce à une étude de trois cas de biopiraterie (les affaires du *Hoodia gordonii*, du *Guiera senegalensis* et de la *Quassia amara*). Elle suggère également, à l'occasion de la mise en œuvre du Protocole de Nagoya, une approche renouvelée et pragmatique du brevet comme outil de protection des savoirs traditionnels.

## Abstract

This thesis aims at contributing to the legal protection of traditional knowledge (TK). This topic has received an increasing international attention, thanks to the denunciation of misappropriation of the traditional knowledge (TK) of indigenous peoples or local communities (IPLCs) by the civil society. Such a misappropriation, also refers to as “biopiracy”, happens when users rely on the TK of IPLCs to make new food products, cosmetics or pharmaceuticals, obtain intellectual property rights – especially patents – on these products, without recognizing their contribution in the making of protected innovation.

In response to this problem, international law proposes two answers. On one hand, Article 5(5) of the Nagoya Protocol, which entered into force on 12 October 2014, establishes the principle of fair and equitable sharing of the monetary and non-monetary benefits arising out of the use of the TK of IPLCs on the virtues of plants or animals. However, this principle is conditioned by the conditions and limits that may be set by the national law of the supplier State. On the other hand, the World Intellectual Property Organization (WIPO) has been developing for the past 18 years specific *sui generis* legislation to protect TK in response to allegations of the inadequacy of patents to do so. In fact, TK is considered not to fulfill the conditions of novelty, inventiveness and industrial application required by national patent laws. These two solutions, considered complementary, do not seem to suit with an effective protection of TK. This thesis therefore seeks a legal solution that is more adapted to the realities experienced by the IPLCs.

Building on a theoretical framework articulating the concepts of social construction, recognition and equity and environmental justice, this thesis aims at understanding of how the two major approaches concerning the protection of genetic resources in international law have been structured. This reflection opens the possibility to challenge the argument of non-patentability of TK based on the analysis of three biopiracy cases (the *Hoodia gordonii*, the *Guiera Senegalensis* and the *Quassia amara* cases). It also suggests, in the post-Nagoya era, a renewed and pragmatic approach to patent as an effective tool for the protection of traditional knowledge.

# Tables des matières

<i>Résumé</i> .....	<i>iii</i>
<i>Abstract</i> .....	<i>iv</i>
<i>Tables des matières</i> .....	<i>v</i>
<i>Liste des acronymes et abréviations</i> .....	<i>x</i>
<i>Dédicaces</i> .....	<i>xii</i>
<i>Remerciements</i> .....	<i>xiii</i>
<i>Introduction générale</i> .....	<i>1</i>
1. Problématique .....	7
2. Objectifs et intérêts de la recherche .....	9
3. Cadre théorique.....	11
3.1 Le constructivisme.....	12
3.1.1 Constructivisme en sociologie et en relations internationales .....	12
3.1.2 Constructivisme juridique .....	17
3.2 La reconnaissance .....	19
3.2.1 Notion de « reconnaissance » .....	19
3.2.2 La reconnaissance dans l'œuvre de Hegel et d'Axel Honneth .....	21
3.2.3 La théorie honnéthienne de la reconnaissance et le droit international.....	25
3.3 La justice : finalité de la construction du droit international mu par un besoin de reconnaissance	
28	
3.3.1 Notions du « juste » et de justice : l'intérêt de l'approche ricœurienne .....	28
3.3.2 Justice et reconnaissance : quand Axel Honneth et Paul Ricœur se rencontrent.....	31
3.3.3 L'équité.....	34
3.3.3.1 Les acceptions de l'équité en philosophie.....	34
3.3.3.2 Les usages juridiques de l'équité .....	37
3.3.4 La conception de l'équité retenue et sa relation à la justice environnementale .....	39
3.3.5 Justice environnementale et approche par les « capacités » selon Amartya Sen.....	41
3.3.5.1 Justice et capacités selon Amartya Sen.....	41
3.3.5.2 Justice environnementale et approche par les « capacités » .....	46
4. Méthodologie de la recherche.....	48
<b><i>PARTIE I : LE PROTOCOLE DE NAGOYA, UN CADRE INSTITUTIONNEL FAVORABLE À L'APPROPRIATION ILLICITE DES SAVOIRS TRADITIONNELS ASSOCIÉS AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES ?</i></b> .....	<b><i>50</i></b>
Chapitre 1 : Le Protocole de Nagoya, une victoire symbolique dans la lutte pour la reconnaissance des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques .....	51
Introduction .....	51
Section I : Les affaires de biopiraterie : une construction sociale .....	53

I.	Le discours du champ scientifique de l'ethnobiologie.....	55
II.	Le discours de l'autochtonie .....	66
2.1.	La phase pré-onusienne .....	66
2.2.	La phase onusienne .....	69
2.2.1	L'organisation de la lutte autochtone.....	69
2.2.2	L'avènement décisif du rapport Cobo.....	75
III.	Le discours de la société civile .....	78
3.1	Le contexte géopolitique mondial.....	79
3.2	L'approche stratégique de la société civile.....	83
3.3	La récupération médiatique des accusations de biopiraterie .....	91
IV.	Le discours du développement.....	96
<b>Section II : L'art 5(5) du Protocole de Nagoya : fruit en droit international de la construction sociale de la biopiraterie .....</b>		<b>104</b>
I.	Les conditions de la construction en droit international d'une norme « anti-biopiraterie » .....	105
1.1	L'environnementalisme culturel : terreau favorable de la construction sociale de l'article 5(5) du Protocole de Nagoya .....	105
1.2	La diffusion de la norme du partage juste et équitable.....	107
II.	Les effets de la construction juridique d'une norme « anti-biopiraterie » .....	114
2.1	L'art 5(5) du Protocole de Nagoya : dispositif-clé des usages militants du droit contre les faits de biopiraterie ? .....	114
2.1.2	Le chemin de l'action judiciaire.....	118
2.1.3	La recherche d'un changement social .....	125
2.2	L'art 5(5) du Protocole de Nagoya : un levier de changement social face à la biopiraterie ?	130
<b>Conclusion partielle .....</b>		<b>133</b>
<b>Chapitre 2 : Le Protocole de Nagoya, une réponse insatisfaisante à la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques .....</b>		<b>136</b>
<b>Introduction .....</b>		<b>136</b>
<b>Section I : Les défis de la mise en œuvre de l'art 5(5) du Protocole de Nagoya .....</b>		<b>137</b>
I.	Les enjeux de justice procédurale.....	138
1.1	Définir le concept de « Communautés autochtones et locales ».....	138
1.2	Appréhender le concept de « Savoirs traditionnels » .....	142
1.3	« Lever le voile sur la communauté » .....	145
1.4	Les institutions responsables de l'APA.....	147
1.5	Le consentement préalable donné avec connaissance de cause .....	149
1.6	La fragmentation des règles relatives à l'APA.....	154
II.	Les défis de la justice distributive.....	156
2.1	L'équité dans la distribution des avantages .....	156
2.2	La traçabilité des avantages à partager.....	161
2.3	Nature juridique des contrats de bioprospection et régime applicable .....	163
2.4	Le réinvestissement des avantages dans la conservation de la diversité biologique .....	167
III.	Les défis de la justice de reconnaissance.....	169
3.1	L'effet rhétorique du Protocole de Nagoya .....	170
3.2	De la signification du principe du partage juste et équitable des avantages pour la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques.....	174

Section II : APA et Soft Law : quelle contribution à la justice environnementale ? .....	176
I. Les instruments de Soft Law relatifs à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya : un indice de socialisation des acteurs du champ de la protection de la diversité biologique .....	176
II. Les fondements de l'efficacité des normes de Soft Law relatives à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya .....	183
2.1 La joie et la peur au service du respect du Guide japonais .....	185
2.2 La peur, la honte et le respect de l'autorité au service du respect des Lignes directrices pratiques de l'UA.....	192
Conclusion partielle .....	196
<b><i>PARTIE II : LE PROTOCOLE DE NAGOYA, UN TREMPLIN VERS UNE PROTECTION EFFICACE DES SAVOIRS TRADITIONNELS.....</i></b>	<b>199</b>
Chapitre 3 : L'OMPI comme nouvelle arène de lutte pour la reconnaissance : une impasse pour la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques ? .....	200
Introduction .....	200
Section I : Construction sociale du régime <i>sui generis</i> de protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques .....	200
I. Historique et fonctionnement du CIG-OMPI.....	201
1.1 Historique du CIG-OMPI.....	201
1.2 Fonctionnement du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI .....	208
II. De la caractéristique « sui generis » des lois développées par le CIG-OMPI : fruit d'un discours dominant ? .....	213
2.1 L'initiative des États et des organisations internationales avant l'établissement du CIG-OMPI .....	213
2.2 Le discours de la doctrine juridique.....	215
2.2.1 L'argument de la production des savoirs traditionnels dans un cadre communautaire ....	216
2.2.2 L'argument de la personnalité juridique des PACL .....	218
2.2.3 La double confusion à propos du prédicat « traditionnel » et de la production incrémentale des connaissances des PACL et les travers de la notion de « domaine public » .....	218
2.2.4 L'argument des obstacles pratiques à la brevetabilité des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques .....	221
III. Le droit international <i>sui generis</i> pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques : une science normale du droit ?.....	222
IV. Une voix discordante avec le discours majoritaire de la doctrine juridique .....	225
Section II : Test de brevetabilité des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.....	230
I. Les inventions brevetables.....	232
1.1 Le régime juridique des inventions brevetables .....	232
1.2 Les connaissances traditionnelles relatives au <i>Hoodia gordonii</i> , au <i>Guiera senegalensis</i> et à la <i>Quassia amara</i> : des inventions brevetables ? .....	234
II. La nouveauté.....	239
2.1 La nouveauté dans la législation américaine.....	239
2.1.1 Le savoir traditionnel relatif au <i>Hoodia gordonii</i> est-il nouveau ? .....	240

2.1.2	Le savoir traditionnel relatif au <i>Guiera senegalensis</i> est-il nouveau ? .....	243
2.1.3	Le savoir traditionnel relatif à la <i>Quassia amara</i> est-il nouveau ? .....	244
2.1.4	Conclusion sur le critère de la nouveauté aux États-Unis .....	244
2.2	La nouveauté dans la législation européenne .....	246
2.2.1	Les règles communes relatives à l'antériorité .....	247
2.2.2	Les règles particulières relatives à l'antériorité .....	248
2.2.3	Le savoir traditionnel relatif au <i>Hoodia gordonii</i> est-il nouveau ? .....	249
2.2.4	Qu'en est-il des savoirs traditionnels relatifs au <i>Guiera senegalensis</i> et à la <i>Quassia amara</i> , passés au crible du critère de la nouveauté ? .....	252
III.	L'inventivité .....	252
3.1	L'inventivité aux États-Unis .....	253
3.1.1	Le savoir traditionnel relatif au <i>Hoodia gordonii</i> est-il inventif ? .....	255
3.1.2	Le savoir traditionnel relatif au <i>Guiera senegalensis</i> est-il inventif ? .....	258
3.1.3	Le savoir traditionnel relatif à la <i>Quassia amara</i> est-il inventif ? .....	258
3.2	L'inventivité dans l'Union européenne .....	259
3.2.1	Le savoir traditionnel relatif au <i>Hoodia gordonii</i> est-il inventif ? .....	261
3.2.2	Les savoirs traditionnels relatifs au <i>Guiera senegalensis</i> et à la <i>Quassia amara</i> sont-ils inventifs ? .....	266
IV.	L'application industrielle .....	267
4.1	L'application industrielle aux États-Unis .....	267
4.1.1	Le savoir traditionnel relatif au <i>Hoodia gordonii</i> est-il utile ? .....	269
4.1.2	Le savoir traditionnel relatif au <i>Guiera senegalensis</i> est-il utile ? .....	271
4.1.3	Le savoir traditionnel relatif à la <i>Quassia amara</i> est-il utile ? .....	271
4.2	L'application industrielle dans l'Union européenne .....	272
	Conclusion partielle .....	272
	<b>Chapitre 4 : Le Protocole de Nagoya : une opportunité pour la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques .....</b>	<b>274</b>
	<b>Introduction .....</b>	<b>274</b>
	<b>Section I : Des bases théoriques pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques grâce au brevet .....</b>	<b>274</b>
I.	Des fondements théoriques en faveur de l'option <i>sui generis</i> pour la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques : Déconstruction .....	275
1.1	L'argument de la production des savoirs traditionnels dans un cadre communautaire : une généralisation excessive ? .....	275
1.2	La personnalité juridique des PACL : un argument faible .....	278
1.3	La persistance de l'opposition binaire « traditionnel » contre « moderne » .....	281
1.4	Les considérations pratiques en faveur de l'option <i>sui generis</i> : des difficultés surmontables .....	283
II.	Les potentialités du brevet: une reconstruction .....	287
2.1	La conception économiciste du brevet : un courant parmi d'autres dans la sociologie de la brevetabilité .....	287
2.2	Brevet et savoirs traditionnels : le langage comme point d'entrée de la reconnaissance .....	290
2.3	Brevets et savoirs traditionnels : mise en garde contre le « dark side » du projet <i>sui generis</i> .....	293
2.4	Brevets, « capacités » et « vie bonne » : d'Amartya Sen à Axel Honneth .....	296

<b>Section II : Recommandations .....</b>	<b>306</b>
<b>I. La brevetabilité des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques en pratique .....</b>	<b>307</b>
1.1 La mise en place de politiques nationales de sensibilisation des PACL.....	308
1.2 La mise en place de politiques nationales de coopération .....	309
1.3 Le dépôt de demandes de brevet auprès d'organismes régionaux .....	311
1.4 La protection alternative par des modèles d'utilité.....	317
1.5 Le potentiel du Traité de coopération en matière des brevets (PCT) pour la protection à l'étranger des connaissances traditionnelles associées aux ressources.....	318
1.6 La signature de contrats de licence « intelligents ».....	322
1.7 Le rôle renouvelé des organisations de la société civile .....	324
<b>II. Les lois nationales relatives à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya .....</b>	<b>325</b>
2.1 La définition des PACL .....	325
2.2 La promotion des protocoles communautaires .....	327
2.3 L'amélioration des lois sur la participation du public .....	328
2.4 Une valorisation d'avantages monétaires et non monétaires « clés ».....	330
 <b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	 <b>323</b>
<b>I. Synthèse et intérêt pratique de la thèse .....</b>	<b>323</b>
1.1 Synthèse des réflexions.....	323
1.2 Apports pratiques.....	329
<b>II. Contribution à l'avancement des connaissances en droit international.....</b>	<b>330</b>
2.1 Retour sur la reconnaissance.....	331
2.2 L'apport théorique de notre recherche .....	333
 <b>ANNEXES .....</b>	 <b>338</b>
 <b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	 <b>371</b>

## Liste des acronymes et abréviations

**AIA:** Leahey-Smith America Invents Act

**ANIA :** Association Nationale des Industries Agro-Alimentaires

**AME :** Accord multilatéral sur l'environnement

**APA :** Accès aux ressources génétiques/savoirs traditionnels et partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation

**ARIPO :** African Regional Intellectual Property Organisation

**BNST :** Bibliothèque numérique de savoirs traditionnels

**CAL :** Communautés autochtones ou locales

**CBE :** Convention sur le brevet européen

**CDB :** Convention sur la diversité biologique

**CIG-OMPI :** Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

**CIJ :** Cour internationale de justice

**CNUCED :** Conférence des Nations Unies pour le commerce et le Développement

**Compact OED:** Compact Oxford English Dictionary

**CSIR:** Council for Scientific and Industrial Research

**DEA:** Department of Environmental Affairs

**DNUDPA :** Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones

**DRHST-CUA :** Département des ressources humaines, des sciences et de la technologie de la Commission de l'Union Africaine

**EARO:** Ethiopian Agricultural Research Organization

**ETC Group:** Action Group on Erosion, Technology and Concentration

**FEM :** Fonds pour l'Environnement Mondial

**FiRST:** Financial Resource Support for Teff fund

**G77 :** Groupe des 77 aux Nations Unies

**HPFI:** Health and Performance Food International

**IBC:** Institute for Biodiversity Conversation

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

**IIFB** : International Indigenous Forum on Biodiversity (en français, Forum international autochtone sur la biodiversité)

**IRD** : Institut de Recherche pour le Développement

**ISC**: International Stevia Council

**ISE**: International Society of Ethnobiology

**JBA**: Japan Bioindustry Association

**NOEI** : Nouvel Ordre Économique International

**OAPI** : Organisation africaine de la propriété intellectuelle

**OEB** : Office européen du brevet

**OIT** : Organisation Internationale du Travail

**OMC** : Organisation mondiale du commerce

**OMPI** : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

**ONG(s)** : Organisation(s) non gouvernementale(s)

**ONU** : Organisation des nations unies

**PACL** : Peuples autochtones ou communautés locales

**PNUD** : Programme des Nations Unies pour le Développement

**SDN** : Société des Nations

**SCP** : **Standing Committee on the Law of Patents (en français** Comité permanent du droit des brevets)

**TRGPAA** : Traité de la FAO sur les ressources génétiques et phylogénétiques utiles pour l'alimentation et l'agriculture

**TWN**: Third World Network

**UA**: Union africaine

**UEBT**: Union for Ethical BioTrade

**UICN** : Union internationale pour la conservation de la Nature

**UNESCO**: United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (en français, Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture)

# Dédicaces

*À Patrice et à Léa,*

*À Jean Claude,*

*À Épiphanie, Ophélie et Fabrice,*

*Merci d'exister...*

## Remerciements

C'est une caractéristique contemporaine du marché du développement personnel que d'avoir réhabilité l'image du « Self-made man », cet individu dont le succès s'explique, non par des conditions exogènes, mais exclusivement par ses qualités intrinsèques. Aussi, à en croire les tenants de cette doctrine, ce serait normal et approprié de m'attribuer le « mérite » de ce travail de recherche, et pour cause ! Les longues heures de travail, l'extrême solitude ressentie parfois ou souvent, les privations de tous ordres, la culpabilité du plaisir de vivre alors que les pages blanches attendent d'être remplies de mots, etc., en sont une preuve on ne peut plus éloquente. Ainsi, il conviendrait de célébrer l'« *achievement* » que d'avoir rédigé une thèse de doctorat, condition *sine qua non* pour se voir octroyé, ici, le précieux grade de « Docteur », en Droit international.

Dieu me garde cependant d'un tel déni de reconnaissance...car à la vérité, le point de vue que je livre dans cette thèse, bien trop modeste pour se penser être une œuvre, n'aurait jamais pu être exprimé sans la bienveillance et la charité de plusieurs personnes.

Infiniment merci, Madame Sophie Lavallée et Monsieur Georges Azzaria, pour votre soutien radicalement indéfectible et votre accompagnement méthodique. Je suis chanceux d'avoir bénéficié, sous vos auspices, d'une direction scientifique d'une qualité absolument inégalée. « Quand je serai grand », j'espère que je serai un peu de vous deux.

Professeur Jean-Guy Belley, je vous exprime ma profonde gratitude pour avoir été la voix discrète mais inspirante qui a, dans les premières heures de ce travail, aidé à verbaliser les intuitions de cette recherche que je n'osais pas exprimer. Je suis privilégié d'avoir profité de vos conseils.

Madame Éliisa Morgera et Monsieur Fransceco Sindico, votre chaleureux accueil au *Strathclyde Centre for Environmental Law and Governance*, votre disponibilité sans limites et les enrichissantes discussions avec vous ont profondément déterminé l'orientation finale qu'a prise cette recherche. J'espère que les relations professionnelles et personnelles désormais créées survivront au temps et aux épreuves.

Saskia Vermeulen, Elsa Tsioumani, Annalisa Savaresi, Kim Bouwer, Louisa Parks, Daniela Diz Pereira Pinto, Xiaou Zheng, Miranda Geelhoed et Marie-Catherine Petersmann, de la splendide équipe du Projet BENELEX, vos nombreux commentaires d'une pertinence hors pair m'ont permis

de réaliser une remise en cause permanente de mon projet de thèse et m'ont ouvert à des perspectives insoupçonnées sur la direction à donner à cette recherche. Encore merci.

Madame Isabelle Cadet et Monsieur Jacques Plante, votre altruisme et votre charité exceptionnels ont précédé la possibilité même de faire cette thèse. Je n'oublierai jamais.

Naima « La fourmi », toi qui as été témoin de tous les moments de mon pèlerinage au Québec, reçois mon infinie reconnaissance.

Ma gratitude va également à la Faculté de droit de l'Université Laval pour m'avoir offert d'excellentes conditions de travail et de nombreux prix et bourses d'étude afin de soutenir la recherche. Encore merci !

Je ne saurais taire le soutien exceptionnel :

- du Programme de recherche en droit international du Centre pour l'Innovation dans la Gouvernance Internationale, et en particulier de Madame Oonagh Fitzgerald et de Monsieur Bassem Awad ;
- du Fonds de Recherche Québec Société et Culture,
- du Centre de la science de la Biodiversité du Québec de l'Université McGill, et en particulier du Professeur Andrew Gonzalez et de Monsieur Philippe Auzel,
- du regroupement stratégique « Droit, changements et gouvernance » de l'Université Laval, de l'Université McGill et de l'Université de Montréal,
- du Conseil pour le développement de la recherche en sciences sociales en Afrique (CODESRIA).

Votre générosité, exprimée à travers les prix et bourses d'études décernés, a renforcé ma confiance dans la pertinence de ce travail et m'a permis de consacrer toute mon énergie à la réalisation de cette thèse.

À vous tous, trop nombreux pour être nommément cités mais si précieux pour moi, encore merci!

Et à toi Suphu, mon silence est plus vaste que toutes les paroles...



# Introduction générale

Les questions environnementales ont pour la première fois été mises au rang des préoccupations internationales les plus pressantes dès 1972. En effet, du 5 au 16 juin 1972, la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain s'était tenue à Stockholm en Suède (d'où la dénomination « Conférence de Stockholm »). Elle s'était soldée par, entre autres, l'adoption d'une Déclaration<sup>1</sup> contenant vingt-six principes et la création du Programme des Nations Unies pour l'Environnement<sup>2</sup> (PNUE). Ce premier effort pour la protection de l'environnement s'est poursuivi chaque décennie, dans le cadre de ce qu'on désigne désormais par les Sommets de la Terre.

Ainsi, une seconde conférence succédant à celle de Stockholm a eu lieu à Nairobi en 1982, mais elle passa largement inaperçue en raison du contexte mondial dominé par la guerre froide et du désintérêt du président américain d'alors, Ronald Reagan. Néanmoins, l'adoption du rapport « Notre avenir à tous »<sup>3</sup>, rédigé en 1987 par la Commission mondiale sur l'environnement et le développement de l'Organisation des Nations Unies, présidée par la norvégienne Gro Harlem Brundtland, redonna ses lettres de noblesses à la cause de la poursuite d'un développement durable.

Le troisième sommet de la Terre, qui s'est tenu à Rio de Janeiro au Brésil du 3 juin au 14 juin 1992 sera probablement le plus emblématique de l'engagement des États membres de l'ONU à s'investir dans des activités de développement qui soient respectueuses de l'environnement. En effet, à cette Conférence des Nations Unies sur l'Environnement et le Développement (CNUED)<sup>4</sup>, la Convention des Nations-Unies sur la lutte contre la désertification<sup>5</sup> a été négociée, et deux traités internationaux ont été adoptés : la Convention-cadre des Nations-Unies sur les changements

---

<sup>1</sup> *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement*, Doc off AG NU, 1972, Doc NU A/CONF.48/Rev.1 [Déclaration de Stockholm].

<sup>2</sup> Cette institution a désormais pour dénomination « ONU Environnement ».

<sup>3</sup> Commission mondiale sur l'environnement et le développement, *Notre avenir à tous*, Éditions du fleuve, Montréal, 1988 (Rapport Brundtland).

<sup>4</sup> *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement*, Doc off NU, 1992, Doc NU A/CONF.151/26/REV.1 (Vol I) (1993) 3 [Déclaration de Rio].

<sup>5</sup> *Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique*, 17 juin 1994, 1954 RTNU 3 (entrée en vigueur : 26 décembre 1996) [Convention sur la lutte contre la désertification].

climatiques<sup>6</sup> et la Convention sur la diversité biologique (CDB)<sup>7</sup> à laquelle cette thèse s'intéresse plus particulièrement.

L'histoire de la rédaction de la CDB, entrée en vigueur le 29 décembre 1993, est chargée de conflits idéologiques. En effet, pendant les négociations menant à la signature de ce traité, un désaccord est né entre les États parties au sujet des principes devant fonder la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité. D'un côté, les pays développés ont soutenu l'idée selon laquelle la biodiversité est un « patrimoine commun de l'humanité »<sup>8</sup>. Ce principe, véhiculé par les experts de l'Union internationale pour la conservation de la Nature (UICN)<sup>9</sup>, était sous-jacent à une approche qui misait sur la conservation *in situ*<sup>10</sup> et la création d'un fonds destiné à indemniser les États ayant la charge d'assumer les coûts d'une telle conservation. Ce faisant, la *coutume* qui consistait pour les scientifiques, majoritairement<sup>11</sup> situés dans les pays développés, à prélever librement les éléments de la riche biodiversité des pays du Sud, dans le but de fabriquer de nouveaux produits, pouvait se poursuivre sans questionnement.

De l'autre côté, les progrès des biotechnologies permettaient désormais de prélever un fragment d'acide désoxyribonucléique (ADN) d'un organisme vivant pour l'insérer dans un autre, en vue de lui assurer une fonction précise<sup>12</sup>. Ces progrès ont permis de « vulgariser le dogme central de la biologie moléculaire: un gène = une enzyme = une fonction [, de sorte] que le gène a vite été

---

<sup>6</sup> *Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques*, 9 mai 1992, 1771 RTNU 107 (entrée en vigueur : 21 mars 1994) [CCNUCC].

<sup>7</sup> *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 170 (entrée en vigueur le 29 décembre 1993).

<sup>8</sup> Jean-Maurice Arbour et al, *Droit international de l'environnement*, 3e édition, Montréal, Québec, Éditions Yvon Blais, 2016 à la p 408.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Aux termes de l'article 2 de la CDB, la conservation *in situ* désigne « la conservation des écosystèmes et des habitats naturels et le maintien et la reconstitution de populations viables d'espèces dans leur milieu naturel et, dans le cas des espèces domestiquées et cultivées, dans le milieu où se sont développés leurs caractères distinctifs ». *Convention sur la diversité biologique*, *supra* note 7.

<sup>11</sup> Il convient de souligner que cette vision dichotomique qui consiste à considérer que les États en développement sont ceux qui sont riches en diversité biologique alors que ceux développés sont riches en biotechnologies est quelque peu simpliste. Même s'il évident que les pays situés dans les tropiques disposent souvent d'une riche biodiversité, il n'en demeure pas moins que des pays comme le Canada, sans être situé dans les tropiques, constitue un « gisement » fort important de ressources génétiques (V. dans ce sens Chidi Oguamanam, « Canada: Time to Take Access and Benefit Sharing Over Genetic Resources Seriously » [2010], en ligne : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2283254](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2283254)> (consulté le 22 mai 2015).

<sup>12</sup> Marie-Angèle Hermitte, « La Convention sur la diversité biologique » (1992) 38:38 *Annuaire français de droit international* 844–870 à la p 845.

présenté comme une matière première pour l'industrie des biotechnologies »<sup>13</sup>. Aussi, les nombreuses applications potentielles de l'ingénierie génétique laissaient-elles présager, pour les pays en développement, qu'ils retireraient dans le futur (des ressources biologiques situées sur leurs territoires), des mannes financières importantes utiles à leur développement économique. Or, dès les années 1970 et 1980, ces pays en développement s'offusquaient du fait que les ressources génétiques présentes sur leur territoire étaient souvent prélevées sans leur consentement et leur étaient revendues, à fort prix, sous forme de médicaments, de semences, de produits chimiques<sup>14</sup>. Aussi, ont-ils saisi le puissant levier de négociation que constitue l'argument de la valeur économique supposée des gènes, révélée par les progrès de l'ingénierie génétique, pour faire entendre leurs voix dans les négociations. En l'espèce, ils avaient l'option d'exiger ou non d'avoir le droit d'imposer un coût financier pour l'accès à leurs ressources naturelles. Ainsi que Marie-Angèle Hermitte le rapporte :

[...] deux solutions étaient possibles. Une solution douce consistait à conserver le principe du libre accès en déclarant les ressources patrimoine commun de l'humanité, ce qui n'empêchait pas de faire payer le droit de réaliser une prospection, ou le droit d'utiliser dans des processus industriels le patrimoine génétique des spécimens prélevés. Une solution plus dure consistait à soumettre toute prospection à une autorisation préalable expresse obligatoire pouvant être refusée : c'était la fin de la coutume du libre accès<sup>15</sup>.

C'est la deuxième solution qui fut retenue, car la CDB affirme « [...] que les États ont des droits souverains sur leurs ressources biologiques »<sup>16</sup>. Ceci leur donnait ainsi le pouvoir de prélever des droits d'accès aux ressources génétiques, moyennant le partage des avantages qui en découlent. À tout le moins, ainsi que la rhétorique le suggère<sup>17</sup>, ces avantages devaient contribuer à la

---

<sup>13</sup> Catherine Aubertin, « La biodiversité: une notion en quête de stabilité », in Catherine Aubertin, dir, *Représenter la nature? ONG et biodiversité*, IRD Editions, 2005 à la p 109.

<sup>14</sup> Sophie Lavallée et Pag-yendu M. Yentcharé, « Éditorial » (2016) 101 *Revue Liaison Énergie-Francophonie* 120 à la p 6.

<sup>15</sup> Hermitte, *supra* note 12 à la p 846.

<sup>16</sup> V. le Préambule et l'art.15.1 de la *Convention sur la diversité biologique*, *supra* note 7. Il n'en demeure pas moins que « la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune à l'humanité ». Voir Arbour et al., *supra* note 8 à la p 414. Ces auteurs soulignent la précieuse nuance qui existe entre « patrimoine commun de l'humanité » et « préoccupation commune de l'humanité ». En effet, cette deuxième expression permet de souligner que la responsabilité de la protection de la nature échoie à tous les êtres humains; mais elle ne leur garantit pas pour autant librement accès à leurs éléments, ainsi que le sous-tend l'idée du patrimoine commun de l'humanité discuté ci-dessus.

<sup>17</sup> Jean-Frédéric Morin, « Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la Convention sur la diversité biologique ? » (2003) 34 *RDUS* 307–373 à la p 307, en ligne : <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srcid=3B15&doctype=cite&docid=34+R.D.U.S.+307&key=c30c3f8b787ccc0b938ba15889339f24> (consulté le 7 septembre 2015); Elisa Morgera, Matthias Buck et Elsa

conservation de la diversité biologique, qui mérite en vertu d'une certaine éthique anthropocentrée, d'être utilisée de façon durable<sup>18</sup> ; d'où les trois objectifs de la CDB que sont : la conservation de la diversité biologique, son utilisation durable, l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation (ci-après APA)<sup>19</sup>.

Alors que les deux premiers objectifs de la CDB n'ont pas posé de difficultés majeures quant à leur mise en œuvre<sup>20</sup>, le troisième objectif relatif à l'APA a fait l'objet de discussions supplémentaires entre les Parties contractantes. En effet, à la quatrième Conférence des Parties (COP4) de la CDB, un groupe d'experts sur l'accès et le partage des avantages a été créé afin de clarifier les principes et les concepts clés de l'APA tels que : le « consentement préalable donné en connaissance de cause », les « conditions convenues d'un commun accord », le « partage des avantages », le « renforcement des capacités » et l'« implication des parties prenantes dans les processus APA »<sup>21</sup>. Deux années plus tard, en 2000, a été créé par la COP6, le Groupe spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages. Celui-ci élaborera *Les Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation ont été adoptées*. Celles-ci seront adoptées en 2002 pour aider les Parties à établir des mesures administratives, législatives ou politiques sur l'APA et/ou pour négocier des contrats sur l'APA<sup>22</sup>. La même année, au Sommet mondial pour le développement durable, le groupe spécial est chargé par la COP de négocier un régime international sur l'APA. Et au terme de onze réunions du groupe de travail spécial sur l'APA, entre 2005 et 2010, le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages qui découlent de son utilisation (ci-après Protocole de Nagoya) est adopté à Nagoya au Japon, le 29 octobre 2010<sup>23</sup>.

---

Tsioumani, *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges*, Leiden & Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013 à la p 2.

<sup>18</sup> De fait, le concept de développement durable suggère une perspective éthique aux termes de laquelle l'humain est le cœur de l'écosystème : ceci ne signifie pas qu'il a une place supérieure aux autres espèces de la nature; il est seulement souligné que l'humain en a l'intendance. Autant il n'est pas tenu de considérer que celle-ci n'a pas de valeur intrinsèque qu'il faut valoriser de manière autonome, autant il doit respect à la Nature qui l'entoure et d'où il tire l'essentiel des ressources qui satisfont ses besoins économiques.

<sup>19</sup> Article 1<sup>er</sup>, *Convention sur la diversité biologique*, supra note 7.

<sup>20</sup> Celle-ci s'est faite notamment grâce à l'adoption de stratégies nationales de gestion de la biodiversité et par la vulgarisation de la pratique des évaluations environnementales des projets de développement.

<sup>21</sup> Convention sur la diversité biologique, *Accès et partage des avantages*, Décision IV/8/COP4/CDB, 4 au 15 mai 1998.

<sup>22</sup> « Historique du Protocole de Nagoya » (dernière consultation le 22 décembre 2015), en ligne : *Convention sur la diversité biologique* < [www.cbd.int/abs/background/default.shtml](http://www.cbd.int/abs/background/default.shtml) >.

<sup>23</sup> Morgera, Buck et Tsioumani, supra note 17 à la p 8.

Le Protocole de Nagoya est entré en vigueur le 12 octobre 2014. Ce nouveau traité international vise à organiser d'une part, l'accès aux ressources génétiques pour les bioprospecteurs, c'est-à-dire à des personnes intéressées à leur recherche et à leur collecte ; et d'autre part, le partage juste et équitable des avantages monétaires et non monétaires qui découlent de leur utilisation. L'une de ses originalités majeures est de prévoir plusieurs niveaux de gouvernance car contrairement au droit international public classique qui concerne des relations entre les sujets originaires du droit international, ce traité associe le rôle des États avec les contributions d'acteurs non étatiques tels que les communautés autochtones et locales, le monde de la recherche, le secteur privé et les ONG<sup>24</sup>. Une telle situation s'explique non seulement par le caractère transnational de la bioprospection que le Protocole de Nagoya entend réguler, mais aussi par les faits politiques et sociaux qui avaient conduit à l'adoption de la CDB dont il est venu préciser le troisième objectif<sup>25</sup>. De fait, l'activité de bioprospection met souvent en présence un utilisateur de ressources génétiques (par exemple un chercheur universitaire ou une entreprise privée) avec un État fournisseur de ressources génétiques, et parfois avec des peuples autochtones ou communautés locales (PACL) qui possèdent des connaissances traditionnelles sur les vertus alimentaires, cosmétiques ou pharmaceutiques de parties de plantes ou d'animaux. Même si elles ne font pas encore l'objet d'une définition faisant l'unanimité, les connaissances traditionnelles désignent des savoir-faire, techniques ou pratiques qui « sont élaborées, préservées et transmises d'une génération à l'autre au sein d'une communauté et qui font souvent partie intégrante de son identité culturelle ou spirituelle »<sup>26</sup>. Elles n'ont pas toujours trait à des éléments de la biodiversité<sup>27</sup>, c'est-à-dire de l'ensemble des milieux naturels et des organismes vivant de la faune et de la flore ; lesquels jouissent d'un régime de protection constitué à l'échelle internationale par la CDB. Dans cette thèse, nous employons de façon indifférenciée les expressions « connaissances traditionnelles

---

<sup>24</sup> *Ibid* à la p 10.

<sup>25</sup> Arianna Broggiato, Tom Dedeurwaerdere, Fulya Batur et Brendan Coolsaet, « Introduction. Access Benefit-Sharing and the Nagoya Protocol: The Confluence of Abiding Legal Doctrines », dans Brendan Coolsaet et al, *Implementing the Nagoya Protocol: Comparing Access and Benefit-sharing Regimes in Europe*, Hotei Publishing, 2015, 1 aux pp 1-3.

<sup>26</sup> « Savoirs traditionnels » (21 janvier 2019), en ligne : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) < <https://www.wipo.int/tk/fr/tk/> >. De façon conventionnelle, l'OMPI distingue entre les savoirs traditionnels au sens large qui recouvrent également les expressions culturelles traditionnelles qui sont surtout des œuvres littéraires et artistiques créées par des peuples autochtones ou des communautés locales.

<sup>27</sup> Il en est ainsi des expressions culturelles traditionnelles qui sont surtout des œuvres littéraires et artistiques créées par des peuples autochtones ou des communautés locales, dont ne nous traiterons pas dans cette thèse.

(ou savoirs traditionnels) associés aux ressources génétiques », pour désigner les savoir-faire des PACL qui impliquent des éléments de la biodiversité.

Plusieurs chercheurs et acteurs de la société civile avaient dénoncé l'appropriation illicite des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, par des utilisateurs qui s'en servaient pour innover, sans pour autant partager avec les PACL les fruits de cette innovation. Ils avaient également cherché à apporter à cette situation d'appropriation illicite une solution juridique en faisant intégrer dans la CDB un article 8-j) libellé comme suit :

Chaque Partie contractante, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra [...], 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 »,

Aussi, par un effet de miroir à cet article 8-j), l'article 5(5) du Protocole de Nagoya pose le principe du partage des avantages avec les PACL, lorsque leurs savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques sont utilisés pour la fabrication de nouveaux produits qui peuvent être alimentaires, cosmétiques ou pharmaceutiques.

Or, pour intéressante et innovatrice que soit cette solution, elle doit s'apprécier dans un contexte plus large qui fait intervenir le champ du droit international de la propriété intellectuelle. En effet, après l'adoption de la CDB et antérieurement à celle du Protocole de Nagoya, d'autres négociations avaient été initiées, dès l'an 2000, dans le contexte de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), visaient à protéger les savoirs traditionnels associées aux ressources génétiques. Ces négociations étaient justifiées par le fait que l'appropriation illicite de ces savoirs se faisait par le truchement du système de la propriété intellectuelle (institué par l'Accord de Marrakech dès 1995), situation désignée sous le vocable de « biopiraterie ». En pratique, des utilisateurs obtenaient généralement des brevets sur des produits ou des procédés déjà connus par les PACL, sans mentionner leurs savoirs traditionnels comme source d'inspiration pour leurs innovations, ni partager avec eux les fruits de cette innovation. Or dans le même temps, le droit des brevets est considéré comme inadéquat pour protéger les savoirs traditionnels associés

aux ressources génétiques. En effet, d'après l'analyse de plusieurs auteurs de la doctrine juridique, non seulement ces savoirs ne remplissent pas les conditions de nouveauté, d'inventivité et d'application industrielle requises par les droits nationaux, mais encore sont-ils construits dans une épistémologie différente de celle des innovations éligibles au brevet. Dans ce contexte, il est aisé de comprendre que le Protocole de Nagoya ait été accueilli au niveau international comme un succès de la coopération en matière de gouvernance mondiale des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés, puisque son article 5(5) constitue une sorte de seuil minimum pour la reconnaissance de l'apport des PACL à l'innovation.

Les négociations à l'OMPI qui avaient commencé dès les années 2000 ont tenu compte des développements qui se déroulaient dans l'arène environnementale que constitue la CDB, en s'efforçant de contribuer, par-delà le partage juste et équitable des avantages, à une réelle protection juridique des droits des PACL sur leurs savoirs traditionnels. Aussi, ces négociations se sont-elles orientées vers la définition d'un droit international *sui generis*, c'est-à-dire de son propre genre, pour pallier l'inadéquation du droit des brevets pour protéger les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques. Il est cependant frappant de constater que les projets de lois *sui generis* faisant l'objet de discussions à l'OMPI semblent reproduire des mécanismes de la CDB et du Protocole de Nagoya. En effet, ces mécanismes s'appuient largement sur l'idée du partage juste et équitable des avantages résultant de l'exploitation des savoirs traditionnels, sur l'exigence du consentement préalable donné en connaissance de cause des PACL, et sur une obligation de divulgation de l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés. Cette dernière mesure se présente comme une manière d'assurer que des brevets ne soient pas délivrés de façon induue<sup>28</sup>.

## 1. Problématique

Cette brève historiographie des luttes dans le champ du droit international pour la reconnaissance de la contribution des PACL au développement scientifique et à la commercialisation des

---

<sup>28</sup> En effet, en exigeant que les demandes de brevets mentionnent la source des ressources génétiques ou connaissances traditionnelles qui ont permis l'obtention de l'invention dont on recherche la protection, on peut effectivement vérifier que cette invention est suffisamment nouvelle et inventive par rapport à l'état de la technique.

innovations en découlant révèle et véhicule un ensemble de croyances devenues des « vérités immuables ». Celles-ci se sont établies au fur et à mesure des études réalisées par des auteurs de la doctrine juridique, si nombreuses qu'on ne saurait les présenter exhaustivement. Il est néanmoins possible de repérer au sein de ces études un fonds argumentaire commun. Ces auteurs partent presque tous de l'hypothèse que l'appropriation illicite des savoirs traditionnels détenus par les PACL est injuste, qu'il convient de les rétribuer de façon juste et équitable, que le brevet est inadéquat pour ce faire et qu'il convient d'imaginer un système *sui generis* pour les protéger. Il en a résulté une redondance dans les travaux dans ce champ de recherche, qui semblent tous procéder de la même trame narrative. Qui plus est, l'intervention de plusieurs autres acteurs tels que les médias et des activistes de la société civile a précipité la problématique de la reconnaissance des droits des PACL hors des frontières de l'académie vers l'espace public. En vulgarisant dans l'opinion publique les affaires de biopiraterie, ces nouveaux acteurs ont coproduit et endossé les mêmes solutions que les organisations internationales pour faire face au déni de l'apport des PACL dans les innovations scientifiques.

Or, peu d'études ont tenté de comprendre comment ces solutions ont été élaborées. Par ailleurs, très peu de recherches, à part celles de Petra Ebermann<sup>29</sup> et plus récemment celles de Nilce Ekandzi<sup>30</sup> ont, à notre connaissance, tenté d'évaluer si, par-delà les conceptions idéologiques, des considérations scientifiquement vérifiées justifient la méfiance voire l'abjuration du brevet comme outil de protection des connaissances traditionnelles. En conséquence, l'incursion dans la thématique de la protection des droits des PACL sur leurs savoirs traditionnels semble donner l'impression qu'il s'agit d'un sujet clos. Ce sont pourtant ces « goûts d'achevé et de finitude », symptomatiques de l'enracinement de paradigmes selon Thomas Kuhn<sup>31</sup> dans le champ de recherche à l'interface entre biodiversité et propriété intellectuelle, qui stimulent la présente recherche doctorale.

Cette thèse fait un pari osé : celui qu'en revisitant et en déconstruisant les axiomes bien ancrés dans la doctrine juridique, qui questionnent l'adéquation des brevets pour protéger les savoirs

---

<sup>29</sup> Petra Ebermann, *Patents as protection of traditional medical knowledge?: a law and economics analysis*, Cambridge, Intersentia, 2012.

<sup>30</sup> Nilce Ekandzi, *La protection des savoirs traditionnels médicaux par le droit de la propriété intellectuelle dans l'espace OAPI*, thèse de doctorat en droit, Université Paris II Panthéon-Assas, 2017 [non publiée].

<sup>31</sup> Thomas Samuel Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

traditionnels et qui proposent l'alternative des lois *sui generis* comme avenue à la sanction des droits des PACL, on peut renouveler la pensée critique dans ce champ de recherche et libérer l'inventivité. Ceci paraît d'autant plus nécessaire que dès son adoption, plusieurs observateurs ont questionné le potentiel du Protocole de Nagoya à atteindre les objectifs qu'il visait <sup>32</sup>, alors que l'adoption prochaine des projets de lois *sui generis* élaborés à l'OMPI paraît hautement incertaine.

Dans cette perspective, notre problématique de recherche part du constat de la duplication des mécanismes au sein du Protocole de Nagoya et des projets de lois *sui generis* développés à l'OMPI, et pose la question principale de savoir comment protéger les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques des PACL dans le contexte de l'adoption du Protocole de Nagoya ? Cette question principale peut se décliner en deux questions spécifiques.

La première cherche à savoir comment ces « vérités immuables » à propos de la reconnaissance de l'apport des PACL à l'innovation scientifique se sont construites et comment elles déterminent les solutions que le droit international peut y apporter ? Cette investigation se fonde sur l'hypothèse que les réponses du droit international à la non-reconnaissance de l'apport des PACL à l'innovation sont le fruit d'un cadrage réalisé par les acteurs de ce champ, reflétant ainsi leurs choix éthiques et culturels.

La seconde question spécifique, à distance de la littérature dominante, peut se formuler comme suit : dans quelles mesures le brevet peut-il constituer une alternative aux lois *sui generis* pour la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques ? Une telle interrogation postule que l'exclusion du brevet pour assurer la protection des droits des PACL dépend de la conception qu'en ont les acteurs de ce champ et qu'un retour au brevet peut être encouragé si les autres logiques auxquelles cet outil de propriété intellectuelle répond sont explicitées.

## **2. Objectifs et intérêts de la recherche**

Cette thèse poursuit l'objectif principal de contribuer à la réflexion sur la protection juridique des savoirs traditionnels et des PACL eux-mêmes dans cette ère post-Nagoya, en montrant la

---

<sup>32</sup> Voir dans ce sens Arbour et al, *supra* note 8; Thomas Burelli, « Faut-il se réjouir de la conclusion du protocole de Nagoya? » (2012) 37:1 Revue juridique de l'environnement 45-61.

pertinence d'un rapport renouvelé au brevet. Pour ce faire, elle propose de revisiter l'histoire contextuelle de la protection juridique des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, afin d'élucider les présupposés qui ont orienté sa définition. Un tel niveau de compréhension nous paraît nécessaire afin de réhabiliter le rôle du brevet comme un outil approprié pour protéger ces savoirs traditionnels.

Cette thèse voudrait, tout en rendant hommage au mouvement des acteurs qui œuvrent en faveur d'une meilleure justice et équité pour les PACL, aller plus loin, pour que la défense des intérêts de ces PACL soit vectrice d'un développement humainement soutenable. Elle rejoint ainsi un intérêt personnel et un souci d'articuler doctrine juridique et justice sociale, droit et équité, science et action.

En effet, le choix d'aborder la question de la protection juridique des savoirs traditionnels est né des recherches antérieures effectuées dans le cadre de notre mémoire<sup>33</sup> de Master 2 en Éthique Économique et Développement Durable. Dans ce travail, nous avons décrypté les valeurs et idéologies sous-jacentes à deux outils techniques déployés lors des études d'impact environnemental et social dans toute l'Afrique de l'ouest et du centre : la matrice américaine de Léopold utilisée pour identifier les impacts environnementaux et la grille québécoise de Fecteau, déployée pour l'évaluation de ces impacts. L'objectif visé était d'apprécier la capacité de ces outils à contribuer au développement durable. Nous sommes parvenu, aux termes de cette recherche en éthique appliquée aux évaluations environnementales, à la conclusion que la matrice de Léopold ne permet que l'identification des impacts sur le milieu naturel et non sur le milieu humain. Quant à la grille de Fecteau, elle n'accorde qu'une place très limitée aux savoirs traditionnels des communautés au moment de l'évaluation des impacts sur leur environnement.

Il nous a donc semblé nécessaire, dans le cadre d'un parcours doctoral, de poursuivre cette réflexion en nous interrogeant sur la place que le droit international accorde aux savoirs traditionnels : sont-ils traités de façon équitable par rapport à l'expertise scientifique produite selon une méthode rationnelle ? Comment contribuer à mieux protéger ces savoirs, si l'hypothèse de la

---

<sup>33</sup> Pag-yendu M. Yentcharé, *Regard éthique sur des outils d'analyse des impacts environnementaux : contribution à de nouvelles méthodes pour JAT Consulting*, Mémoire de Master en Éthique et Gouvernance, option Éthique Économique et Développement Durable, 2013 [non publié].

portion congrue qui leur est donnée dans les évaluations environnementales se vérifiait aussi pour ce qui concerne leur protection juridique ?

Ce sont ces questions qui nous ont orienté vers la problématique de cette thèse. Tenter d'y répondre nous a semblé d'autant plus opportun que ces questions étaient contemporaines à l'initiative des États parties à élaborer des textes de droit national mettant en œuvre le Protocole de Nagoya, à l'impasse des négociations internationales à l'OMPI et à l'actualité de quelques affaires récentes de biopiraterie. Ainsi, la présente recherche a pour intérêt pratique de se servir du Protocole de Nagoya, comme d'un tremplin vers une meilleure protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques.

Parallèlement aux études doctorales, nous avons complété une recherche sur la construction des changements climatiques en Afrique de l'ouest francophone comme un objet scientifique et politique<sup>34</sup>, recherche subventionnée par le Conseil pour le développement de la recherche en sciences sociales en Afrique. Celle-ci a été pour nous l'occasion de tester les théories de la construction sociale des thèmes environnementaux. Les connaissances ainsi acquises durant cette « propédeutique » ont été réinvesties dans le cadre de cette recherche puisque cette thèse accorde également une place importante aux théories de la construction sociale du droit international. Mais elle déploie en plus de ces dernières, les théories de la reconnaissance et de la justice environnementale. Un tel cadre théorique, qui offre ainsi la possibilité de recourir à d'autres sciences sociales nous est apparu être un moyen d'enrichir la réflexion juridique proposée.

### **3. Cadre théorique**

Le cadre théorique de cette recherche est un triptyque, qui mobilise trois concepts qui s'articulent afin de proposer une explication des implications du Protocole de Nagoya pour la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques. Il s'agit des concepts de constructivisme juridique, de reconnaissance et de justice.

---

<sup>34</sup> Pag-yendu M Yentcharé, *L'Afrique de l'Ouest Francophone dans les négociations climatiques sous les auspices des Nations Unies : d'une posture à une stratégie*, rapport de recherche pour le Conseil pour le Développement de la Recherche en Sciences Sociales en Afrique (CODESRIA), 2016 [non publié].

Ces trois concepts sont largement explorés dans plusieurs autres sciences sociales, allant de la philosophie à la psychologie en passant par la sociologie et les relations internationales. Un détour préliminaire à travers quelques-uns de ces autres champs disciplinaires, est important pour comprendre l'intérêt que leurs perspectives peuvent avoir pour le droit. Notre intention est ainsi d'ancrer conceptuellement nos réflexions dans une perspective plus critique, étant convaincu, comme Michel Villey, que le fait que « la science juridique positiviste se soit [donné] pour tâche de décrire le droit tel qu'il existe en fait [...] ne signifie rien »<sup>35</sup>, ou pour le moins, n'est pas aussi absolu que cela.

### 3.1 Le constructivisme

Le mot – constructivisme – a été inventé par Nicholas Greenwood Onuf<sup>36</sup>. Les partisans de cette approche, bien qu'évoluant dans des univers scientifiques différents, développent une épistémologie commune. Pour eux, c'est parce que le monde social est construit par les êtres humains qu'il est intelligible<sup>37</sup>. Aussi, étant donné que, « le constructivisme est à la fois une théorie sociale et une théorie des relations internationales »<sup>38</sup>, nous voudrions, dans les lignes ci-après, le préciser, afin de mieux énoncer le concept de constructivisme juridique : celui-ci constitue le premier élément de notre triptyque théorique.

#### 3.1.1 Constructivisme en sociologie et en relations internationales

Dans le champ de la sociologie, les travaux de Peter Berger et Thomas Luckmann<sup>39</sup> ont été précurseurs. En effet, pour ces auteurs, le réel est « une qualité appartenant à des phénomènes que

---

<sup>35</sup> Michel Villey, cité par Charalambos Apostolidis, « Le droit international de la reconnaissance comme champ de recherche : Réflexions autour de l'ouvrage d'Emmanuelle Tourme Jouannet « Qu'est-ce qu'une société internationale juste » », dans Emmanuelle Tourme- Jouannet et al, dir, *Droit international et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2016, 63 à la p 65.

<sup>36</sup> Nicholas G Onuf, *World of Our Making: Rules and Rule in Social Theory and International Relations*, Columbia, SC: University of South Carolina Press, 1989, cité par Jutta Brunnée et Stephen J Toope, « International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law » (2000) 39 *Colum J Transnat'l L* 19 à la p 26.

<sup>37</sup> Henrique Mercer, *L'accès et le partage des avantages des savoirs traditionnels en Amérique latine: comment les droits de propriété intellectuelle peuvent empêcher la biopiraterie*, thèse de doctorat en droit, Université de Montréal, 2014, [non publié].

<sup>38</sup> *Ibid* à la p 88.

<sup>39</sup> Peter Berger et Thomas Luckmann, *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1986.

nous reconnaissons comme ayant une existence indépendante de notre propre volonté » et la connaissance est « la certitude que les phénomènes sont réels et qu'ils possèdent des caractéristiques spécifiques »<sup>40</sup>. Pour Yenny Vega Cardenas « [L]a réalité [est] une simple idée construite par les discours portés par les acteurs sociaux dominants d'une certaine époque, d'une certaine culture ou d'une certaine nation.

Le constructivisme, dans sa version sociologique, considère donc que la réalité sociale et les phénomènes sociaux n'ont pas d'essence propre : « le réel [n'est pas] une donnée objective que le scientifique peut soumettre à sa manipulation quasi-exclusive, comme pour en extirper la *vérité* »<sup>41</sup>. Cette théorie remet donc profondément en cause l'idée selon laquelle « la science est un ensemble des connaissances d'une valeur universelle, fondées sur des relations « objectives véritables » [...] »<sup>42</sup>. Au contraire, elle considère que la réalité sociale est produite par les êtres humains et reproduite à travers leurs pratiques quotidiennes<sup>43</sup>.

Il n'est pas toujours aisé de saisir le contenu de l'expression « constructivisme social » ou de « construction sociale ». Pour sortir de l'imprécision, Marc Lorient a proposé une typologie des formes d'usage de la notion de « construction sociale » : une première forme est relative à la manière dont les représentations que se font certains acteurs des problèmes parviennent à exister socialement. Une autre forme, réfère pour lui, à l'ensemble des processus à l'œuvre dans l'émergence d'une nouvelle étiquette permettant de catégoriser et caractériser un phénomène particulier. Le concept de construction sociale peut également désigner, d'après la typologie de Lorient, quels facteurs expliquent la manière dont (quels vecteurs, par le travail de quels acteurs) certaines conceptions s'imposent<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> *Ibid* à la p 7.

<sup>41</sup> Yentcharé, *supra* note 33.

<sup>42</sup> Yenny Vega Cardenas, *La construction sociale du statut juridique de l'eau: le cas du Québec et du Mexique*, JDF Éditions, 2015 à la p 10, en ligne : <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/8935>> (consulté le 2 février 2017).

<sup>43</sup> Thomas Risse, « Social constructivism meets globalization » dans *Globalization Theory: Approaches and Controversies*, 4, 2007, 126 à la p 3.

<sup>44</sup> » Voir dans ce sens Marc Lorient, « Réflexions sur la notion de « construction sociale », février 2004 [non publié, archivé RTF n°6 à Villeteuse]. Il convient de souligner que ce travail s'est limité aux analyses des politiques sanitaires et sociales

L'approche du constructivisme a trouvé un terreau fertile pour son expérimentation dans d'autres sciences sociales<sup>45</sup>. Ainsi, de façon symétrique aux travaux en sociologie, le constructivisme dans le champ des relations internationales remet en cause la version des théories rationalistes selon laquelle « les États [sont] des agents rationnels et unitaires qui agissent en fonction de la balance du pouvoir et selon la maximalisation de leurs intérêts nationaux »<sup>46</sup>. Au contraire, ce courant de pensée « considère les acteurs et les événements internationaux comme socialement construits »<sup>47</sup>. Comme le soutient Hélène Mayrand, « [d]ans le domaine des Relations internationales, les faits étudiés sont [...] des faits sociaux, et [...] leur existence dépend des compréhensions partagées et des discours sur la réalité »<sup>48</sup>. Cette approche a été « [é]laborée [dans le champ des relations internationales] vers la fin des années 1980 par les travaux de Nicholas Onuf [...], Alexander Wendt [...] et de Friedrich Kratochwil [...] »<sup>49</sup>.

Trois principes généraux de base sont, d'après Hélène Mayrand, au cœur de l'approche constructiviste en relations internationales :

- 1) [L]a réalité internationale, soit les acteurs, institutions, événements, est socialement construite ; 2) la compréhension que les acteurs se font des idées est intersubjective et institutionnalisée ; et 3) il existe une relation de constitution mutuelle entre les agents et les structures internationales [...]<sup>50</sup>.

Elle ajoute ensuite qu'on entend « par structures non seulement les institutions, mais également les arrangements intersubjectifs (*shared understandings*), ou les idées et compréhensions du monde qui sont partagées et qui définissent le contexte des Relations internationales [...] »<sup>51</sup>.

---

<sup>45</sup> Conformément à la citation de Mercer qui sert de trame à la réflexion, nous abordons le constructivisme tel que pensé par les chercheurs en relations internationales. Nous n'entendons pas signifier par-là que d'autres sciences sociales ne se sont pas intéressées à cette approche : « L'approche constructiviste est née et s'est développée dans le cadre d'autres domaines que le droit international et les relations internationales. Au rang de ces domaines figurent la sociologie [...] et la philosophie [...] ». Voir *supra* note 3 à la p 78.

<sup>46</sup> Hélène Mayrand, « L'apport mutuel entre constructivisme et théories critiques » dans Rémi Bachand, dir, *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 147 à la p 151.

<sup>47</sup> *Ibid* à la p 148.

<sup>48</sup> *Ibid* à la p 151.

<sup>49</sup> Alexander E Wendt, « The agent-structure problem in international relations theory » (1987) 41:03 *International organization* 335–370 ; Alexander Wendt, « Constructing international politics » (1995) 20:1 *International security* 71–81 à la p 73 ; Alexander Wendt, « Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics » (1992) 46:02 *International organization* 391–425 ; Mayrand, *supra* note 46 à la p 150.

<sup>50</sup> Mayrand, *supra* note 46 à la p 152.

<sup>51</sup> *Ibid*.

Ce concept d'« arrangements intersubjectifs » appelle des précisions. En effet, dans une recherche récente, Jutta Brunnée et Stephen Toope proposent d'expliquer l'émergence de tels arrangements dans la société internationale<sup>52</sup>. Le point de départ de leur réflexion est qu'ils endossent, du moins en partie, l'idée de « cycle des normes » développée par Martha Finnemore et Kathryn Sikkink dans leur article intitulé « *International norm dynamics and political change* »<sup>53</sup>. Pour ces dernières auteures, les normes ne naissent pas du néant : elles sont activement construites par des agents ayant une vision claire de la conduite appropriée ou souhaitable au sein de leur communauté<sup>54</sup>.

Dans cette perspective, des agents, par leur action militante, font œuvre d'une sorte d'entrepreneuriat et s'engagent dans ce que Ethan Nadelmann appelle prosélytisme moral (« *moral proselytism* »).<sup>55</sup> Ces agents peuvent être des acteurs variés tels que des États, des ONGs et des personnes leaders d'opinion<sup>56</sup>. Et ce qu'ils visent par leur militantisme, c'est de convaincre un nombre suffisant d'États d'endosser la nouvelle norme et de la promouvoir en retour dans leurs interactions avec d'autres États ou à travers les arènes internationales appropriées<sup>57</sup>. Succède à la première étape du cycle de vie des normes, une deuxième étape caractérisée davantage par une dynamique d'imitation durant laquelle des leaders d'opinion tentent de socialiser d'autres États pour qu'ils adoptent la norme. Finalement, survient un phénomène d'internalisation des normes pendant lequel elles sont prises pour acquises et ne font plus l'objet d'un large débat public<sup>58</sup>.

Jutta Brunnée et Stephen Toope poursuivent leur réflexion en souscrivant également au concept de « communautés épistémiques », ces réseaux d'experts dont la plupart sont axés sur des questions économiques, scientifiques et techniques<sup>59</sup>. À l'intérieur de ces réseaux, expliquent-ils, les membres jouissent d'une autorité certaine en raison non seulement de leur expertise, mais aussi

---

<sup>52</sup> Jutta Brunnée et Stephen J Toope, *Legitimacy and legality in international law: an interactional account*, vol 67, Cambridge University Press, 2010 aux pp 56 à 87.

<sup>53</sup> Martha Finnemore et Kathryn Sikkink, « International norm dynamics and political change » (1998) 52:04 *International organization* 887-917.

<sup>54</sup> *Ibid* à la p 896.

<sup>55</sup> Ethan A Nadelmann, « Global prohibition regimes: The evolution of norms in international society » (1990) 44:04 *International Organization* 479-526 à la p 480. Il s'agit dans les termes de Lawrence Lessig de « gestionnaires de sens » (« *meaning managers* ») ou d'« architectes de sens » (« *meaning architects* »). Voir dans ce sens Finnemore et Sikkink, *supra* note 53 à la p 897.

<sup>56</sup> *Ibid* ; Brunnée et Toope, *supra* note 52 à la p 57.

<sup>57</sup> Brunnée et Toope, *supra* note 52 à la p 57.

<sup>58</sup> Finnemore et Sikkink, *supra* note 53 à la p 895.

<sup>59</sup> Brunnée et Toope, *supra* note 52 à la p 59.

à cause de la supposée impartialité des activités qu'ils mènent. Et bien que ces réseaux soient souvent caractérisés par leur interdisciplinarité, leurs membres en viennent souvent à partager des croyances communes à propos des causes des phénomènes. De plus, arrivent-ils à développer des notions communes de ce qui est valide ou à entreprendre des politiques communes : en somme, au fur et à mesure de l'évolution de leurs travaux, ils s'engagent dans des processus d'apprentissage communs<sup>60</sup>.

Or, l'autorité des membres des communautés épistémiques (en raison notamment de leur pédigree académique qui renforce leur crédibilité aux yeux du grand public et de leur supposée neutralité), les arènes dans lesquelles ils se mettent en scène<sup>61</sup>, et l'implication des médias et des organisations de la société civile<sup>62</sup>, sont autant de facteurs qui participent à la définition de certains paradigmes ou compréhensions du monde.

Ces deux concepts – celui de cycle des normes et celui des communautés épistémologiques – ne suffisent pas cependant, pour Jutta Brunnée et Stephen Toope, à rendre compte à eux-seuls de la réalité que recouvre les arrangements intersubjectifs. En effet, selon eux, bien que le concept de « cycle de normes » illustre l'origine et l'histoire de certaines compréhensions, il se focalise sur les actions, souvent stratégiques des entrepreneurs de normes et sur la manière dont ces normes finissent par être adoptées par d'autres acteurs, fût-ce en raison d'un calcul stratégique ou d'une posture rationnelle. Or, une telle posture centrée sur les agents ne permet pas de comprendre comment les compréhensions collectives sont construites à travers les interactions sociales. De même, la littérature à propos de l'influence des communautés épistémiques est dominée par l'enseignement par ces communautés ou leurs membres et la réception de leurs enseignements par d'autres<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> L'idée de « mise en scène de soi » vient du travail d'Erving Goffman, sociologue et linguiste américain d'origine canadienne Erving Goffman, dans son travail sur *La mise en scène de la vie quotidienne*. Celui-ci y défend une appréhension du monde social comme une scène de théâtre, et l'interaction entre êtres humains comme une représentation dramaturgique. Pour plus de détails, voir Erving Goffman, *La mise en scène de la vie quotidienne*, Paris, Éditions de Minuit, 1973. Voir aussi une application de ce cadre conceptuel à la problématique de la publication abondante en sciences juridiques, *infra* note 104. Au fur et à mesure des développements dans cette thèse, nous verrons la pertinence de l'emploi de ce concept.

<sup>62</sup> Alastair Iain Johnston, « Treating international institutions as social environments » (2001) 45:4 *International Studies Quarterly* 487–515 à la p 497; Brunnée et Toope, *supra* note 52 à la p 60.

<sup>63</sup> Brunnée et Toope, *supra* note 52 à la p 61 et 62.

Ces auteurs proposent plutôt le concept de « communauté de pratiques », qui réfère à des espaces où la connaissance résulte de l'engagement mutuel des différents acteurs de la société dans le processus d'apprentissage. Michel de Montaigne aurait pu écrire à ce sujet, que c'est à force de « [...] froter et limer sa cervelle contre celle d'autrui »<sup>64</sup> que naît le savoir.

L'intérêt de la notion de communauté de pratiques pour la théorie constructiviste est qu'elle permet d'expliquer en quoi le cycle de vie des normes et/ou l'influence des communautés épistémiques participent à la constitution d'une vision du monde, qui finit par être partagée. D'une part, les agents génèrent et favorisent des compréhensions particulières, que ce soit par l'esprit d'entreprise normatif ou par le travail des communautés épistémiques. Ces compréhensions partagées apparaissent alors, évoluent ou disparaissent dans les processus d'apprentissage social. [...] D'autre part, une fois existant, les compréhensions partagées deviennent des « structures » qui façonnent la manière dont les acteurs se perçoivent et perçoivent le monde, comment ils forment des intérêts et définissent des priorités, et comment ils forment des arguments ou évaluent les arguments des autres<sup>65</sup>.

### 3.1.2 Constructivisme juridique

Le constructivisme juridique est le pendant en droit de la notion de constructivisme, telle qu'entendue aussi bien en sociologie qu'en relations internationales. À ce titre, il permet de se détacher d'au moins deux positions épistémologiques en droit : le droit naturel, qui considère la loi comme étant le fruit de la volonté divine, et le droit positif, qui considère le droit comme un ensemble de règles qui régit une réalité sociale qui lui préexiste<sup>66</sup>. Au contraire, le constructivisme juridique permet d'envisager que le droit est construit à travers une activité rhétorique entre les acteurs sociaux, qui conduit à son tour à établir des compréhensions partagées du monde<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Michel de Montaigne, Livre 1, 1595, cité par Bénédicte Étienne, « « Froter et limer sa cervelle contre celle d'autrui » » [2010] 167 *Le français aujourd'hui* 79-89.

<sup>65</sup> Brunnée et Toope, *supra* note 52 à la p 64 et 65

<sup>66</sup> Vega Cardenas, *supra* note 42 à la p 22.

<sup>67</sup> Brunnée et Toope, *supra* note 52 à la p 65.

Une telle conception, dite « théorie interactionnelle du droit »<sup>68</sup> s'applique évidemment au droit international, puisque ce champ scientifique « [...] fait partie d'une activité sociale dans laquelle [il] est formé et maintenu par des luttes sociales constantes »<sup>69</sup>. Cette conception s'inspire de la pensée séminale de Lon Fuller<sup>70</sup>, même si ses travaux étaient principalement orientés vers le droit interne, notamment le droit des contrats<sup>71</sup>.

Or, si le droit international résulte de l'interaction de plusieurs agents qui déploient une rhétorique structurée autour d'idées et de compréhensions partagées du monde - ou de « préjugés structurels »<sup>72</sup> d'après la formule de Martti Koskenniemi<sup>73</sup> -, il en résulte que le concept de « communauté de pratiques » tel que conceptualisé par Brunnée et Toope devient d'une importance capitale pour comprendre la théorie interactionnelle du droit. Il est notamment pertinent pour comprendre la place que le constructivisme juridique fait à la multitude d'acteurs non étatiques, tels que les organisations internationales et non gouvernementales, les entreprises, les experts, etc.<sup>74</sup> et aux conceptions partagées qu'ils ont du monde et des solutions possibles aux problèmes juridiques.

Cette thèse suggère donc que tant les normes contenues dans le Protocole de Nagoya, et en particulier son article 5(5) relatif au partage juste et équitable des avantages avec les PACL, que les normes spécifiques sur la protection des savoirs traditionnels développées dans le cadre de l'OMPI sont des « construits sociaux ». La réflexion proposée dans cette thèse tentera donc de

---

<sup>68</sup> Voir le chapitre premier de Brunnée et Toope, *supra* note 52 aux pp 20-55, intitulé « An interactional theory of international legal obligation ». Ceux-ci se fondent en effet sur la théorie juridique du juriste américain Lon Fuller.

<sup>69</sup> *Ibid* à la p 22 ; Mayrand, *supra* note 46 à la p 167.

<sup>70</sup> De fait, Fuller pense que le droit devrait être considéré comme une activité créative puisqu'il est le fruit du travail de ses participants quotidiens, un effort continu pour construire et maintenir un cadre institutionnel commun pour répondre aux exigences de la vie sociale selon certains idéaux. Pauline Westerman, « Means and Ends » dans Kenneth Winston, Willem J. Witteveen et Wibren van der Burg, *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, John F Kennedy School of Government, Harvard University, Politics Research Group, 1999 à la p 167; Brunnée et Toope, *supra* note 36 à la p 46.; Kenneth I Winston, « Three Models for the Study of Law » dans Willem J Witteveen et Wibren van der Burg, dir, *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, John F Kennedy School of Government, Harvard University, Politics Research Group, 1999; Brunnée et Toope, *supra* note 52 aux pp 46-47.

<sup>71</sup> Brunnée et Toope, *supra* note 52 à la p 48.

<sup>72</sup> En effet, d'après l'analyse de Mayrand, *supra* note 46 à la p 167, « Même si Koskenniemi ne théorise pas entièrement sa conception des préjugés structurels et que le langage utilisé soit quelque peu différent de celui du constructivisme, nous prétendons que cette conception est compatible avec le constructivisme et sa prémisse selon laquelle les structures idéationnelles déterminent les identités et préférences des acteurs internationaux ».

<sup>73</sup> Martti Koskenniemi, *From apology to utopia: the structure of international legal argument: reissue with a new epilogue*, New York, Cambridge University Press, 2005.

<sup>74</sup> Brunnée et Toope, *supra* note 52 à la p 45.

décrypter les stratégies des acteurs impliqués dans ce sous-champ de la protection de la diversité biologique, notamment les réseaux d'experts académiques, les mouvements autochtones, les organisations de la société civile et les acteurs administratifs et politiques des États. En utilisant la théorie du constructivisme juridique comme structure d'explication, il s'agit donc de proposer une compréhension sociologiquement riche et nuancée du droit international<sup>75</sup>. C'est du moins le désir que manifeste notre recherche.

Quelles sont les raisons qui président à un processus de construction de normes<sup>76</sup> en droit international ? La présente recherche soutient que la reconnaissance, en tant que valeur éthique, est celle qui est sous-jacente à cet effort de construction sociale du droit international.

## 3.2 La reconnaissance

### 3.2.1 Notion de « reconnaissance »

Dans une enquête philosophique abordant la problématique juridique de la reconnaissance des droits ancestraux au Canada<sup>77</sup>, Maxime St-Hilaire reprend la démarche inédite de Paul Ricœur, qui a conduit celui-ci à prendre « pour premier guide un dictionnaire alphabétique et analogique comme *Le Grand Robert*, [s]on principal informateur »<sup>78</sup>. Poursuivant les traces de celui-ci, St-Hilaire souligne les différentes acceptions que recouvre ce concept de reconnaissance. Pour ce faire, il pose d'abord que « reconnaître » dans *Le Grand Robert*, fait référence à trois idées maîtresses :

I. Saisir (un objet) par l'esprit, par la pensée, en reliant entre elles des images, des perceptions qui le concerne ; distinguer, identifier, connaître par la mémoire, le jugement ou l'action », ou « II. Accepter, tenir pour vrai (ou pour tel) », ou bien « III.

---

<sup>75</sup> *Ibid* à la p 125.

<sup>76</sup> Il s'agit, en l'occurrence de celles qui postulent du partage des fruits de l'innovation avec les peuples autochtones et les communautés locales, de même que celles relatives à la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques en cours d'élaboration.

<sup>77</sup> Maxime St-Hilaire, *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux problématique juridique et enquête philosophique*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université Laval, 2013 [non publiée].

<sup>78</sup> Paul Ricœur, *Parcours de la reconnaissance: trois études.*, Stock, Paris, 2004 à la p 357; St-Hilaire, *supra* note 77 à la p 242.

Témoigner par de la gratitude que l'on est redevable envers qqn de (qqch., une action)<sup>79</sup>.

Il poursuit par une analyse plus détaillée, en explicitant que des trois idées mères sous-jacentes au concept de reconnaissance, les deux premières se ramifient suivant une logique arborescente, « l'une en deux, l'autre, en sept acceptions »<sup>80</sup> :

Au sens II, soit celui d'accepter, de tenir pour vrai ou pour tel, « reconnaître » peut, plus précisément, vouloir dire « 1. Admettre, avouer qu'on a commis (un acte blâmable, une faute) ». Il peut aussi avoir pour sens particulier « 2. Admettre (une personne) pour chef, pour maître, etc. » ou, par extension, « 3. Reconnaître un Dieu [...] une foi, une croyance ». L'emploi du verbe peut également servir à signifier « 4. Admettre pour vrai après avoir nié, ou après avoir douté, accepter malgré des réticences » ou encore « 5. Tenir pour vrai après une recherche ; être conduit à connaître, à savoir... » Ces acceptions n'épuisent pas le sens deuxième de « reconnaître », qui peut également équivaloir à « 6. Chercher à connaître, à déterminer », comme dans « reconnaître le terrain ». Enfin, « reconnaître » au sens II peut être « 7. Admettre officiellement l'existence juridique de... »<sup>81</sup>.

Plusieurs autres définitions de « reconnaître » et « reconnaissance » sont proposées par diverses sources. Par exemple, Louis Carré, s'appuyant sur les résultats de l'entrée « Reconnaissance » dans le *Trésor de la langue française*, écrit en 2013 que « Reconnaître peut signifier : 1) le fait d'« identifier quelqu'un ou quelque chose », 2) le fait de « reconnaître officiellement l'autorité de, la souveraineté de, de reconnaître pour chef, pour maître incontesté », ou 3) le fait de « se reconnaître mutuellement » »<sup>82</sup>.

Sylvain Zeghni, pour sa part, proposera également trois acceptions au concept de reconnaissance :

Identifier, distinguer, reconnaître quelque chose ou quelqu'un, ou explorer un terrain, examiner, vérifier [; ou] Assumer ses actes, sa responsabilité, reconnaître ses fautes et ses dettes, ses devoirs, ses enfants, ses appartenances [; ou encore] Remercier, redevoir, gratitude et réciprocité, reconnaissance mutuelle<sup>83</sup>.

Une constante perceptible dans ces trois définitions est qu'elles reproduisent chacune, à tout le moins, le sens qui paraît être premier<sup>84</sup> celui de la réminiscence d'une connaissance antérieure

---

<sup>79</sup> St-Hilaire, *supra* note 77 à la p 243.

<sup>80</sup> St-Hilaire, *supra* note 77 à la p 232.

<sup>81</sup> *Ibid* à la p 233.

<sup>82</sup> Louis Carré, *Axel Honneth: le droit de la reconnaissance*, Éditions Michalon, 2013 à la p 33.

<sup>83</sup> Sylvain Zeghni, « Parcours de la reconnaissance » (2004) no 128:4 *Mondes en développement* 131-132 à la p 131.

<sup>84</sup> En effet, ce sens paraît être le plus proche de la racine même du mot « connaître », dont vient « reconnaissance ».

(sens I selon les 3 auteurs) par le truchement de l'identification. Dans le cadre de cette thèse, nous ne nous intéressons pas à cette acception de la reconnaissance.

Le sens II de Ricœur incorpore les sens que lui attribuent Zeghni (reconnaître sa faute) et Carré (reconnaître une autorité quelconque) : ici, la reconnaissance paraît naviguer entre aveu et force morale d'une personne (physique ou morale), à elle conférée en raison même de ses attributs naturels ou sociaux. Notre thèse ne s'intéresse pas non plus à cette compréhension de la reconnaissance.

Une autre signification rapportée à l'idée de gratitude, présente aussi bien chez Zeghni que chez Ricœur. En dépit de leur usage indifférencié dans le langage courant, la gratitude et la reconnaissance ne réfèrent pas à la même réalité. En effet, la gratitude exprime davantage un « état d'âme », le sentiment de reconnaissance. Quant à la reconnaissance, elle est « l'action, le fait de reconnaître et de témoigner que l'un est redevable de quelque chose à l'autre »<sup>85</sup>. Cette dernière signification de la reconnaissance se rapproche du sens qui lui est donné dans cette thèse. Une telle signification a fait l'objet de travaux en philosophie par plusieurs auteurs, notamment par Hegel et par Axel Honneth. Ces conceptions sont celles que nous retenons. Dès lors, il convient de les énoncer brièvement afin d'éclairer les promesses dont elles sont porteuses pour une analyse critique du droit international.

### **3.2.2 La reconnaissance dans l'œuvre de Hegel et d'Axel Honneth**

Hegel, dans son œuvre intitulée *La Phénoménologie de l'Esprit*, met en scène les rapports entre « maîtrise » et « servitude », qui aboutissent à terme à la reconnaissance mutuelle<sup>86</sup>. Deux étapes se succèdent dans cette hypothèse de lutte pour la reconnaissance : d'abord, deux adversaires, dotés de libertés individuelles et donc égaux par principe, s'engagent dans « une lutte à mort à travers laquelle les consciences mettent à l'épreuve, l'une face à l'autre, leurs libertés

---

<sup>85</sup> Zeghni, *supra* note 83.

<sup>86</sup> Carré, *supra* note 82 à la p 37.

respectives »<sup>87</sup>. Une telle lutte s'achève par la victoire de l'un (le Maître) sur l'autre (l'Esclave)<sup>88</sup>. Ensuite, la reconnaissance découle du lien de dépendance unilatérale entre maître et esclave ou serviteur, puisque chacun des protagonistes « se sait reconnu dans l'autre qui est libre, et il sait cela dans la mesure où il reconnaît l'autre et le sait libre »<sup>89</sup>.

Les réflexions de Hegel sur la reconnaissance inspireront fortement Axel Honneth<sup>90</sup>. Ce dernier comprend la reconnaissance comme celle qui s'entend de la reconnaissance mutuelle, c'est-à-dire celle qui enjoint à des sujets d'observer des comportements positifs les uns vis-à-vis des autres<sup>91</sup>. Mais il prendra également appui sur l'« impératif catégorique »<sup>92</sup> d'Emmanuel Kant et sur la psychologie sociale de George Herbert Mead<sup>93</sup> pour fonder sa théorie de la reconnaissance, qu'il désigne par « théorie sociale à valeur normative ». En raison de celle-ci, il existe trois sphères de reconnaissance intersubjective ou mutuelle : l'amour, le droit et la solidarité. Des précisions relativement à chacune de ces sphères s'imposent.

D'abord, pour A. Honneth, il convient de « ne pas enfermer l'« amour » dans l'acception étroite que ce concept a prise depuis la valorisation romantique du rapport d'intimité sexuelle, [et] de l'employer [...] de la manière la plus neutre que possible »<sup>94</sup>. Ainsi, pour lui, « l'« amour » comprendra ici toutes les relations primaires qui, sur le modèle des rapports érotiques, amicaux ou familiaux, impliquent des liens affectifs puissants entre un nombre restreint de personnes »<sup>95</sup>. Il constitue « la condition de la « confiance en soi » »<sup>96</sup>. Comme il l'écrit :

---

<sup>87</sup> *Ibid.*

<sup>88</sup> Olivier de Frouville, « La lutte pour la reconnaissance : une nouvelle théorie explicative de l'évolution du droit international ? À propos de « Pour une société internationale juste. Entre droit du développement et reconnaissance », d'Emmanuelle Tourme Jouannet », dans Emmanuelle Tourme Jouannet, *supra* note 35, 93, à la p 95.

<sup>89</sup> Carré, *supra* note 82 à la p 38.

<sup>90</sup> En effet, Axel Honneth affirme dans sa préface que « Ce livre, issu d'une thèse d'habilitation, est une tentative pour tirer du modèle hégélien d'une lutte pour la reconnaissance » les fondements d'une « théorie sociale à valeur normative ». Axel Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2013 à la p 9.

<sup>91</sup> Carré, *supra* note 82 à la p 40.

<sup>92</sup> *Ibid* à la p 40 et 41. Dans ce contexte, Axel Honneth invite à se « « départir d'une perspective égocentrique en témoignant du respect [à l'Autre] et en le confirmant dans sa dignité morale ».

<sup>93</sup> Honneth, *supra* note 90 à la p 120. En effet, en vertu de cette posture scientifique, les sujets humains doivent leur identité à l'expérience d'une reconnaissance intersubjective.

<sup>94</sup> *Ibid* à la p 161.

<sup>95</sup> *Ibid.*

<sup>96</sup> Frouville, *supra* note 88, à la p 96.

L'expérience intersubjective de l'amour ouvre l'individu à cette strate fondamentale de sécurité émotionnelle qui lui permet non seulement d'éprouver, mais aussi de manifester tranquillement ses besoins et ses sentiments, assurant ainsi la condition psychique du développement de toutes les autres attitudes de respect de soi<sup>97</sup>.

Ensuite, pour A. Honneth, la sphère du droit s'envisage comme un lieu de reconnaissance mutuelle, dans la mesure où elle confère aux « sujets juridiques la capacité de [se] prononcer de manière rationnelle et autonome sur les questions morales »<sup>98</sup>. Enfin, la dernière sphère - celle la solidarité - vient parachever la réalisation d'une reconnaissance intersubjective complète. Dans cette sphère, la reconnaissance résulte de l'estime que l'acteur à la recherche de la reconnaissance reçoit de la société<sup>99</sup>.

L'idée de *La lutte pour la reconnaissance* suggère donc que celle-ci est une manière pour leurs protagonistes, de retrouver leur propre humanité dès lors qu'ils ont fait l'expérience du mépris, qui prend la forme soit d'une violence physique (reflétant un déni de reconnaissance dans la sphère de l'amour), soit d'une atteinte au respect de soi (reflétant un déni subi dans la sphère du droit), soit encore d'une humiliation (dès lors que la sphère de la solidarité est celle qui est affectée par la situation de non-reconnaissance).<sup>100</sup>.

Parmi les trois sphères de la reconnaissance, la sphère juridique paraît être d'une importance capitale - du moins pour les réflexions de la présente thèse - dans la mesure où comme Axel Honneth l'observe lui-même, « cette sphère est en conflit permanent pour savoir qui est inclus dans le système des droits égaux, qui est exclu, comment devons-nous exactement comprendre le

---

<sup>97</sup> Honneth, *supra* note 90 à la p 181. Ailleurs, nous avons souligné l'importance de la reconnaissance comme terreau d'expérimentation de l'amour. En effet, nous soutenons qu'un besoin de reconnaissance est à la base, en particulier pour les juristes-chercheurs émergents, du travail de publication scientifique ; une manière pour ceux-ci d'accéder à une communauté de chercheurs et d'être assurés d'être *aimés* pour leurs idées. Voir Pag-yendu M. Yentcharé, « Épistémologie de la production scientifique en droit : une mise en scène de soi ? », dans Georges Azzaria, dir, *Les nouveaux chantiers de la doctrine juridique*, Éditions Yvon Blais, 2016, 259, aux pp 266-269.

<sup>98</sup> Carré, *supra* note 82 à la p 48 ; Honneth, *supra* note 90 à la p 194.

<sup>99</sup> De fait, ce que Honneth désigne par « estime sociale », ce sont « les qualités particulières par lesquelles les hommes se caractérisent dans leurs spécificités personnelles ». Honneth, *supra* note 90 à la p 207.

<sup>100</sup> Carré, *supra* note 82 à la p 51 et 52. Louis Carré commente ainsi qu'une « phénoménologie des blessures morales » [...] nous apprend que l'identité morale des individus vacille aussitôt que l'assise intersubjective de la reconnaissance se dérobe sous leurs pieds. Faire l'expérience d'un déni de reconnaissance, que ce soit dans les registres de l'amour, du droit ou de l'estime sociale, provoque toujours chez celles et ceux qui la subissent une dégradation de la représentation qu'ils ont forgée d'eux-mêmes ».

sens des droits subjectifs, positifs ou égaux »<sup>101</sup>. Tout comme « Honneth [qui] ne fait pas de mystère du fait que c'est dans la sphère du droit que les attentes normatives sont initialement produites, [Olivier de Frouville affirme que] le droit *moderne* est en quelque sorte l'élément déclencheur de la lutte » [nos italiques]<sup>102</sup>.

Plusieurs auteurs ont également traité du concept de reconnaissance. Il en est ainsi de Charles Taylor pour qui « le problème brûlant de la reconnaissance ne pouvait surgir dans les sociétés traditionnelles, dans la mesure où la reconnaissance des individus y allait de soi en vertu des positions occupées par chacun au sein d'une hiérarchie sociale préalablement donnée »<sup>103</sup>. Mais l'approche de Taylor se distingue foncièrement de celle de Honneth, puisqu'il s'attache à étudier non pas les « dénis de reconnaissance existant au sein de toute société démocratique actuelle »<sup>104</sup>, mais à proposer une « politique respectueuse des différences culturelles au sein de sociétés devenues multiculturelles »<sup>105</sup>.

Pour sa part, Nancy Fraser propose une relecture historique du changement de paradigme intervenu dans la manière d'aborder la justice sociale<sup>106</sup>. Elle observe à cet égard que pour assurer une telle justice, les politiques de redistribution équitable des biens économiques se sont progressivement transformées, des années 1960 aux années 1980 en politiques de l'identité culturelle, avec le risque que celles-ci fassent ombre à celles-là<sup>107</sup> : « l'identité collective remplace les intérêts de classe comme lieu de la mobilisation politique, et l'injustice fondamentale n'est plus l'exploitation, mais la domination culturelle »<sup>108</sup>. Or, constate-t-elle : « les personnes qui sont objets simultanément d'injustice culturelle et d'injustice économique ont besoin à la fois de reconnaissance et de redistribution ; elles ont besoin à la fois de revendiquer et de nier leur spécificité »<sup>109</sup>. Elle suggère donc « une conception « bidimensionnelle » de la justice qui intégrerait à la fois redistribution

---

<sup>101</sup> Entrevue de Sylvie Bourmeau à Axel Honneth (2 janvier 2010) sur « Théorie de la reconnaissance », dans l'émission « La suite dans les idées », France Culture, en ligne : Fabrique de sens < <http://www.fabriquedesens.net/Theorie-de-la-reconnaissance-avec> > (31 mars 2017).

<sup>102</sup> Frouville, *supra* note 88 à la p 96.

<sup>103</sup> Carré, *supra* note 82 à la p 15.

<sup>104</sup> Emmanuelle Jouannet, *Qu'est-ce qu'une société internationale juste? : le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011 à la p 168.

<sup>105</sup> *Ibid.*

<sup>106</sup> Nancy Fraser, *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, Paris, La Découverte, 2005.

<sup>107</sup> Carré, *supra* note 82 à la p 18.

<sup>108</sup> Fraser, *supra* note 106 à la p 13.

<sup>109</sup> *Ibid* à la p 21.

égalitaire et la reconnaissance des différences « comme des dimensions de la justice que l'on peut retrouver dans tous les mouvements sociaux » »<sup>110</sup>.

Il est intéressant de remarquer que même si Axel Honneth apporte une critique à la réflexion de Nancy Fraser relativement à la succession chronologique des revendications de redistribution économique équitable et de celles liées à l'affirmation de l'identité culturelle, c'est néanmoins la perspective de celle-ci qui lui permet de mieux situer son point de vue<sup>111</sup>. De fait, pour lui, la question de la redistribution économique peut être intégrée à la question de la reconnaissance, à condition de s'appuyer sur un concept sensiblement élargi, quasi anthropologique de la reconnaissance<sup>112</sup>. Cette remarque d'Axel Honneth est particulièrement importante dans le cadre de cette thèse. En effet, elle nous permet de vérifier l'hypothèse selon laquelle le sous-champ de la biodiversité et de la propriété intellectuelle est un lieu où les demandeurs de reconnaissance luttent pour une meilleure redistribution économique là où leurs attentes légitimes de reconnaissance n'ont pas été satisfaites par le droit international<sup>113</sup>.

### 3.2.3 La théorie honnéthienne de la reconnaissance et le droit international

Judith Butler<sup>114</sup>, Charles Taylor<sup>115</sup>, Paul Ricœur<sup>116</sup>, Emmanuel Renault<sup>117</sup> sont autant d'auteurs dont les perspectives et les critiques ont remodelé la « théorie sociale à valeur normative » d'Axel Honneth. Cependant, cette théorie peut paraître quelque peu difficile à articuler avec une réflexion sur le droit international, pour l'excellent motif qu'elle verse dans une sorte de « psychologie morale de la souffrance prépolitique »<sup>118</sup>. En effet, la lutte pour la reconnaissance, parce qu'elle

---

<sup>110</sup> *Ibid* à la p 45.

<sup>111</sup> En effet, contrairement à Nancy Fraser, Axel Honneth ne considère pas la reconnaissance comme un statut qui permet de déterminer la position des individus et des groupes au sein d'une hiérarchie sociale, mais comme une dimension ontologique de la nature humaine et le « résultat historique d'un processus de différenciation propre aux sociétés modernes ». Voir Carré, *supra* note 82 à la p 79.

<sup>112</sup> Carré, *supra* note 82 à la p 23.

<sup>113</sup> *Ibid* à la p 78.

<sup>114</sup> Judith P Butler et Maxime Cervulle, *Défaire le genre*, Amsterdam, 2006; Judith Butler, *La vie psychique du pouvoir: l'assujettissement en théories*, Editions Léo Scheer, 2014.

<sup>115</sup> Charles Taylor, « La politique de la reconnaissance » [1994] *Multiculturalisme Différence et démocratie* 41–99.

<sup>116</sup> Ricœur, *supra* note 78.

<sup>117</sup> Renault Emmanuel, *L'expérience de l'injustice: reconnaissance et clinique de l'injustice*, Paris, La Découverte, 2004.

<sup>118</sup> Carré, *supra* note 82 à la p 84.

est connotée d'une certaine teneur psychologisante, peut-elle également concerner des entités fictives comme des nations ou groupes, comme elle concerne les individus - personnes physiques ? Définitivement oui, répondent Alain Caillé et Thomas Lindemann : « Les sujets individuels veulent voir leur valeur et leur être reconnus au sein de leurs collectifs d'appartenance premiers : famille, voisinage, groupe de pairs, etc. Mais ceux-ci également entendent voir leur valeur reconnue par une société ou une culture englobantes »<sup>119</sup>.

Cependant, lorsque la question concerne le champ spécifique des relations interétatiques, il semble que la réponse soit historiquement moins décisive : en effet, pour Hegel lui-même, le concept de reconnaissance ne pouvait s'appliquer qu'aux luttes pour la reconnaissance, menées par des peuples qui sont, selon ses termes, « à un degré inférieur de civilisation »<sup>120</sup>. En effet, la lutte pour la reconnaissance était l'apanage des seules nations sous-développées, dans les frontières restreintes de l'État duquel elles réclament le respect, alors que le comportement des États eux-mêmes ne devait s'analyser qu'en « terme de poursuite d'un intérêt stratégique et matériel rationnellement défini »<sup>121</sup>. De sorte qu'il y aurait un risque de « personnalisation abusive de l'État [...] »<sup>122</sup>, que de considérer que les sujets originaires du droit international puissent être engagés, au même titre que des individus ou des groupes sociaux, dans une lutte pour la reconnaissance. Malgré tout, Lindemann et Saada défendent la thèse selon laquelle les théories de la reconnaissance peuvent concerner les États. Ainsi qu'ils l'affirmeront : « [Les sociétés ou cultures englobantes] sont représentées, en tout ou en partie, par des États qui aspirent eux aussi à la reconnaissance de la part des autres États et, asymptotiquement, de la société-monde »<sup>123</sup>.

Dans le cadre de cette thèse, la question de la reconnaissance appliquée aux relations internationales revêt une importance capitale. En effet, elle nous permet de soutenir le point de vue selon lequel la lutte pour la reconnaissance engagée par des mouvements autochtones a été notamment endossée par certains États, qui ont puisé dans le stock argumentaire déployé par ces

---

<sup>119</sup> Alain Caillé et Thomas Lindemann, « La lutte pour la reconnaissance par le don entre acteurs collectifs (II) » [2016] 48 *Revue du MAUSS* 319-336 à la p 334.

<sup>120</sup> Thomas Lindemann et Julie Saada, « Théories de la reconnaissance dans les relations internationales » [2012] 87 *Cultures & Conflits* 7-25 à la p 10, citant Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, trad. J.-L. Vieillard-Baron, Paris, Flammarion, 1993, § 331.

<sup>121</sup> *Ibid* à la p 11.

<sup>122</sup> Lindemann et Saada, *supra* note 120 à la p 18.

<sup>123</sup> *Ibid* à la p 8.

minorités ethniques dans leur quête identitaire. Une telle récupération politique par ces États, permet d'un point de vue conceptuel, de relier le premier pilier de notre cadre conceptuel (le constructivisme juridique) avec le deuxième pilier (la reconnaissance). De fait, comme l'ont montré Thomas Lindemann et Julie Saada, les théories de la reconnaissance peuvent également revêtir une nature hautement stratégique<sup>124</sup>. Au soutien de leur analyse, ils estiment en référant à Alexander Wendt<sup>125</sup>, que la stratégie ressortit davantage du registre du symbolique : « les États poursuivent des intérêts « égoïstes », mais [...] ces intérêts sont socialement construits et ne se réduisent pas à des intérêts matériels »<sup>126</sup>. Au-delà de la simple rentabilité matérielle, il y a – et c'est ici tout l'intérêt de la théorie honnéthienne de la reconnaissance pour la présente thèse – un fort besoin de reconnaissance des États, qui voudraient au-delà de la *mêmeté* que suggère leur traitement en droit international, être considérés dans leur différence<sup>127</sup>.

En tout état de cause, il demeure la question essentielle de savoir si la réclamation d'un « droit à la différence de traitement » n'est pas tout autant motivée vers une simple logique utilitariste ? Qu'il suffise ici de retenir que cette thèse postule que la reconnaissance est le fondement éthique de la construction sociale du droit international à son intersection entre protection de la diversité biologique et protection juridique des savoirs traditionnels : un tel alliage théorique met en évidence le fait que « La lutte pour la reconnaissance fournit une partie de l'explication en établissant un lien systématique entre certains faits sociaux et les caractéristiques du droit moderne »<sup>128</sup>. Or, l'approche du constructivisme juridique, en raison de l'importance qu'elle donne à la diversité des acteurs non étatiques, qui, à côté des États, produisent le droit international, est celle qui paraît la plus cohérente pour apporter une compréhension nuancée des faits sociaux évoqués par Olivier de Frouville ci-dessus. Mais alors, quelle est la finalité d'une construction sociale du droit international, mue par un besoin de reconnaissance ?

---

<sup>124</sup> *Ibid* à la p 16.

<sup>125</sup> Pour rappel, Alexander Wendt est un auteur que nous avons cité lorsque nous développons notre cadre théorique à propos du constructivisme juridique.

<sup>126</sup> Lindemann et Saada, *supra* note 120 à la p 17.

<sup>127</sup> Tourme-Jouannet, *supra* note 104 à la p 137.

<sup>128</sup> Frouville, *supra* note 88 à la p 98.

### **3.3 La justice : finalité de la construction du droit international mu par un besoin de reconnaissance**

S'il est vrai, d'après le juge et philosophe français Antoine Garapon que « La reconnaissance entoure l'idée de justice en se posant à la fois comme le préalable et l'horizon »<sup>129</sup>, il est alors raisonnable d'affirmer que l'idée de justice est la finalité d'une lutte pour la reconnaissance. Deux raisons militent en faveur d'une telle assertion. D'une part, elle se déduit aisément d'une lecture partielle du schéma – justice encadrée de part et d'autre par la reconnaissance – que propose Antoine Garapon. D'autre part, une telle affirmation est suggérée par les termes mêmes du Protocole de Nagoya, qui emploie les prédicats de « juste » et d'« équitable » dans son intitulé, pour référer aux modalités de partages des avantages susceptibles de résulter de l'exploitation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels qui leur sont associées.

De l'affirmation selon laquelle la justice est la finalité d'une lutte pour la reconnaissance, surviennent deux interrogations : en premier lieu, on doit se demander quel peut être le sens du « juste »<sup>130</sup> et de la Justice, notamment en lien avec le concept de reconnaissance. En second lieu, la coordination entre le « juste » et l'« équitable » qu'opère l'intitulé du Protocole de Nagoya commande de vérifier, si dans la perspective des États parties à ce traité, il existerait une différence entre ces concepts là où le vocabulaire courant les confond généralement.

#### **3.3.1 Notions du « juste » et de justice : l'intérêt de l'approche ricœurienne**

Un retour vers les travaux de Paul Ricœur permet de cerner avec précision le sens de ce concept de justice. Bien que l'exploration de ce concept soit arrivée relativement tard dans les recherches de l'auteur<sup>131</sup>, celui-ci finit par s'y intéresser, en produisant des œuvres dont l'autorité scientifique ne fait pas de doute. En effet, il a d'abord publié des articles qui découlent de sa compréhension et

---

<sup>129</sup> Antoine Garapon, « Justice et reconnaissance » (2012) Mars/avril:3 Esprit 231-248 à la p 241.

<sup>130</sup> D'après les termes du Protocole de Nagoya.

<sup>131</sup> Mohamed Turki, Le juste et la justice chez Paul Ricœur, dans Jacques Poulain, Fathi Triki et Hans Jörg Sandkühler, dir, Justice, Droit et Justification Perspectives transculturelles, Frankfurt, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2010 à la p 151..

la *Théorie de la justice* selon John Rawls<sup>132</sup>. Ensuite, il a publié deux livres, *Le Juste 1*<sup>133</sup> et *Le Juste 2*<sup>134</sup>. Enfin, il a fait un dernier travail sur *Le juste, la justice et son échec*<sup>135</sup>.

La thèse de Paul Ricœur est que « Le juste [se trouve] entre le légal et le bon »<sup>136</sup>. Dans ses propres termes, « le juste [...] regarde de deux côtés : du côté du bon dont il marque l'extension des relations interpersonnelles aux institutions et du côté du légal, le système judiciaire conférant à la loi cohérence et droit de contrainte »<sup>137</sup>.

Lorsqu'il aborde la question du juste<sup>138</sup> comme « bon », Ricœur considère que la justice est une sorte d'idéal dont la recherche participe de la construction d'un monde parfait « dont la notion populaire de bonheur donne une idée approchée »<sup>139</sup>. Il s'agit de la dimension de « vertu » que revêt la justice, qu'Aristote considère comme la « plus importante des vertus, « *plus admirable même que l'étoile du soir et [...] celle du matin* » »<sup>140</sup>.

Ricœur n'est cependant pas dupe du caractère à la fois séduisant et troublant de la distance que la justice peut avoir au bonheur. Il connaît suffisamment « les grands débats de l'époque hellénistique entre les différents courants philosophiques (platoniciens, aristotéliens, stoïciens, épicuriens, etc.) »<sup>141</sup>, relativement au contenu de ce qui est bien. Et il sait que « l'absence de consensus sur ce

---

<sup>132</sup> Paul Ricœur, « John Rawls: de l'autonomie morale à la fiction du contrat social » (1990) 95:3 *Revue de Métaphysique et de Morale* 367–384; Paul Ricœur, « Le cercle de la démonstration » dans *Individu et justice sociale*, Le Seuil (programme ReLIRE), 1988, 127–144, en ligne : Individu et justice sociale <<http://www.cairn.info/individu-et-justice-sociale--9782020098915-page-127.htm>> (consulté le 15 avril 2017); Paul Ricœur, *Lectures, 1. Autour du politique*, 1991, en ligne : <<https://philpapers.org/rec/RICLA-2>> (consulté le 15 avril 2017). ; Paul Ricœur, *Lectures, 1. Autour du politique*, 1991, en ligne : <<https://philpapers.org/rec/RICLA-2>> (consulté le 15 avril 2017).

<sup>133</sup> Paul Ricœur, *Le juste 1*, coll Philosophie, Paris, Editions Esprit : Distribution-diffusion, Le Seuil, 1995.

<sup>134</sup> Paul Ricœur, *Le juste 2*, coll Philosophie, Paris, Editions Esprit : Diffusion Le Seuil, 2001. Il convient de souligner que Paul Ricœur a abordé la question de la justice dans plusieurs autres de ses travaux, qu'il s'agisse d'articles ou de monographies ultérieures.

<sup>135</sup> Paul Ricœur, *Le juste, la justice et son échec*, Paris, Herne, 2006.

<sup>136</sup> Paul Ricœur, « Le juste entre le légal et le bon » [1991] *Esprit* (1940-) 5–21.

<sup>137</sup> Paul Ricœur, *Soi-même comme un autre*, coll L'Ordre philosophique, Paris, Seuil, 1990 à la p 231.

<sup>138</sup> L'emploi de l'adjectif « juste » comme substantif n'est pas sans signification dans les travaux de Paul Ricœur. Comme Mohammed Turki le rappelle, « En discernant entre les deux termes du juste et de la justice, Ricœur met l'accent surtout sur l'adjectif au lieu du substantif, considérant que le premier appartient à l'ordre pratique et englobe aussi bien le sens auquel fait recours l'opinion publique que celui du philosophe, alors que le deuxième est pris plutôt dans le sens institutionnel et implique autant les normes, les règles et les lois du droit positif que l'institution judiciaire », *supra* note 131 à la p 153.

<sup>139</sup> Ricœur, *supra* note 136 à la p 6.

<sup>140</sup> Aristote et Jean Cachia, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Ellipses, 1998, cité par Jean-Marc Gaté, « Entretien avec Paul Ricœur » [2012] 15 *Le Philosophoïre* 9-21 à la p 9.

<sup>141</sup> Turki, *supra* note 131 à la p 153.

que constitue véritablement et absolument le Bien fait que la signification attachée au prédicat « bon » se trouve frappée d'incertitude »<sup>142</sup>. Il va cependant souligner le fait que « la justice est définie par l'équilibre fragile qu'elle établit entre un excès et un défaut, un trop et un pas assez, ce qui la fait considérer comme une « médiété », un terme moyen entre deux extrêmes »<sup>143</sup>. Or, s'il faut déterminer un tel *moyen* entre des points supposément *extrêmes*, c'est qu'il faut déterminer « des règles selon lesquelles cette égalité doit s'appliquer, c'est-à-dire [qu'] il faut clarifier la modalité des grandeurs qui permettent une répartition juste des biens, mais aussi déterminer l'institution qui régit le partage »<sup>144</sup>.

Il en résulte donc que la justice ricœurienne est celle qui « régit la distribution de toutes les sortes de biens, extérieurs et précaires, en rapport à la prospérité et à l'adversité, qui s'annoncent comme des biens à partager et des charges à répartir »<sup>145</sup>. En cela, elle est nécessairement distributive, « proportionnelle »<sup>146</sup>, dira Ricœur lui-même « parce que, comme dans la théorie des proportions mathématiques, l'égalité n'est pas entre des choses, mais entre des rapports, à savoir ici le rapport entre la contribution de tel individu et telle part, et le rapport de la contribution de tel autre individu et telle autre part »<sup>147</sup>. Il ajoutera également que « La justice distributive consiste alors à rendre égaux deux rapports entre chaque fois une personne et un mérite. Elle repose donc sur un rapport de proportionnalité à quatre termes : deux personnes et deux parts »<sup>148</sup>.

On constate ainsi un glissement de l'idée du juste vers la sphère de la justice distributive d'Aristote, pour qui il existe deux formes de justice. La première, commutative (*iustitia commutativa*), réfère à une situation dans laquelle dans « l'échange d'une chose contre une autre, celui qui reçoit est obligé de rendre à l'autre l'équivalent de ce qu'il reçoit, afin de ne pas détruire l'équilibre préexistant entre leurs patrimoines respectifs ».<sup>149</sup> Il s'agit donc d'une d'égalité arithmétique. La

---

<sup>142</sup> Ricœur, *supra* note 136 à la p 6.

<sup>143</sup> *Ibid.*

<sup>144</sup> Turki, *supra* note 131 à la p 154.

<sup>145</sup> Ricœur, *supra* note 136 aux pp 6-7.

<sup>146</sup> *Ibid* à la p 8.

<sup>147</sup> *Ibid.*

<sup>148</sup> Ricœur, *supra* note 137 à la p 235.

<sup>149</sup> Sophie Lavallée et Pag-yendu M. Yentcharé, « L'équité dans l'APA : le Protocole de Nagoya et la loi-modèle africaine sous la loupe » (2014) RADE 173 41 à la p 48.

seconde, dite distributive (*iustitia distributiva*), est davantage géométrique et vise une justice sociale lorsque les individus en présence sont dans des situations d'inégalité.

Dès lors, l'assertion d'Olivier Abel selon laquelle « d'une part le juste désigne le bon, la vertu au sens aristotélicien, dans une visée de style téléologique, d'autre part le juste désigne plutôt ce qui est légal, la règle au sens kantien, et le style est ici plus procédural »<sup>150</sup> devient plus claire.

### 3.3.2 Justice et reconnaissance : quand Axel Honneth et Paul Ricœur se rencontrent

Paul Ricœur développe successivement sa réflexion sur le juste et la justice en mobilisant après les pensées de Platon et d'Aristote, celles des philosophes contractualistes tels que Jean-Jacques Rousseau et Emmanuel Kant, eux-mêmes repris plus récemment par John Rawls et Jürgen Habermas<sup>151</sup>. L'effet d'une telle articulation de théories sur le concept ricœurien de la justice est que celle-ci est affranchie « de toute référence au prédicat du bon et lui assigne une fonction d'obligation légale qui relève plutôt du droit positif »<sup>152</sup>.

Deux points d'une importance majeure doivent être soulignés relativement à la perspective de Paul Ricœur sur l'idée de justice. Le premier est que la justice, d'un point de vue téléologique, s'appréhende en fait à partir d'une expérience négative. La formule d'Antoine Garapon, commentant le travail de Ricœur, est à cet égard éclairante : « On entre [...] dans la question de la justice par l'expérience de l'injustice »<sup>153</sup>. Les situations provoquant cette expérience de l'injustice sont diverses, et vont « [d]es violences physiques, [...] humiliations, [...] atteintes à la dignité [à] toutes les formes de *déni de reconnaissance* » [Nos italiques].

Le second point est que la justice suggère toujours la prise en compte d'un Autre, qui selon la théorie éthique que Ricœur développe, doit toujours être un autre soi-même dans des institutions

---

<sup>150</sup> Olivier Abel, « La difficile institution du juste » (7 avril 2017), en ligne : <<http://olivierabel.fr/ricoeur/la-difficile-institution-du-juste.php>>.

<sup>151</sup> Turki, *supra* note 131 à la p 151.

<sup>152</sup> *Ibid* à la p 155.

<sup>153</sup> Ricœur, *supra* note 137 à la p 266.

justes<sup>154</sup>. Aristote avait vu juste en déclarant que « [seule] de toutes les vertus, la justice paraît être un bien qui ne nous est pas personnel, puisqu'elle intéresse les autres »<sup>155</sup>. Dans cette perspective, l'Autre devient un citoyen, un « partenaire »<sup>156</sup>, qui n'est pourtant pas un « prochain ». Au contraire, il prend la figure d'un « tiers »<sup>157</sup>, qui dans la société affectée de la charge de répartir les biens entre tous, devient par la médiation opérée par l'institution « justice », un être capable de faire « le récit de lui-même [et d'accéder] à la reconnaissance de soi »<sup>158</sup>. Charles Reagan commentant la position ricœurienne dira à cet effet que la « [...] distribution demande l'amitié, le respect d'autrui, et la sollicitude de l'autre. En bref, on doit pouvoir *reconnaître* l'autre comme soi-même »<sup>159</sup> [Nos italiques].

Les emphases sous la forme d'italiques<sup>160</sup> dans les deux paragraphes ci-dessus ont pour but de mettre en lumière la relation qui existe entre les concepts de justice et de reconnaissance : en effet, aussi bien du point de vue téléologique que du point de vue pratique de Ricœur, la justice implique la reconnaissance. Une telle situation est renforcée par la similitude des expressions employées par Paul Ricœur et Axel Honneth dans leurs théories respectives. De fait, on se souviendra que pour ce dernier, ce sont les dénis de reconnaissance dans les sphères de l'amour, du droit et de la solidarité qui sont à l'origine des luttes pour la reconnaissance. Or, Ricœur affirme entre autres choses que les dénis de reconnaissance sont des injustices, ressentis qui fournissent le matériau réel d'où découle l'idéal de justice.

L'analyse croisée de ces deux points de vue permet de soutenir l'idée selon laquelle la justice est la finalité de la lutte pour la reconnaissance. Sébastien Roman, dans un article très récent, fournit à ce propos une analyse qui fait écho à nos propres convictions :

Les luttes pour la reconnaissance concernent [...] la justice, à double titre. D'une part, parce que la justice, inexorablement, a affaire aux conflits au sens large, à la violence,

---

<sup>154</sup> « Vivre ensemble dans "les institutions justes" signifie vivre dans un [État] avec un gouvernement légitime, et reconnu comme légitime par ses citoyens. Cet [État] doit avoir un système judiciaire réputé juste, avec des lois claires et raisonnables, avec des juges irréprochables, des policiers équitables, et un système pénal humain ». Charles Reagan, « La reconnaissance, la justice, et la vie bonne » (2013) 4:2 *Études Ricoeuriennes/Ricoeur Studies* 79–89 à la p 83.

<sup>155</sup> Aristote et Cachia, cité par Gaté, *supra* note 140 à la p 9.

<sup>156</sup> Ricœur, *supra* note 136 à la p 7.

<sup>157</sup> *Ibid.*

<sup>158</sup> Gaté, *supra* note 140 à la p 146.

<sup>159</sup> Reagan, *supra* note 154 aux pp 83-84.

<sup>160</sup> Voir les mots mis en italiques dans chacun des deux paragraphes précédents.

à l'agonistique social, dont l'expression sur le plan délibératif est la confrontation des différents sens de la justice des citoyens, notamment au sujet de la question de la répartition et de la hiérarchisation des biens. Nos convictions bien pesées sur la justice ne s'accordent pas aisément sur les principes de justice à établir [...]. D'autre part, parce que la dimension éthique de l'enjeu de la reconnaissance s'applique directement à la justice, en se rapportant à l'exigence d'égalité – vouloir être reconnu, dans ses droits, son humanité, exige d'être considéré comme l'égal des autres, même si cela peut passer par la reconnaissance de différences ou de spécificités<sup>161</sup>.

Beatriz Contreras Tasso est du même avis lorsqu'elle rappelle que pour Ricœur, « il existe en effet un “noyau à partir duquel nous interprétons la vie,” et ce “noyau éthique et mythique de l'humanité” [...] est précisément ce qui permet de montrer qu'une reconnaissance est à la base de toute possibilité de justice »<sup>162</sup>. Il en est de même pour Hervé Pourtois, qui présume d'une place de la reconnaissance dans la réflexion normative sur la justice, même s'il développe son opinion à partir des thèses de Nancy Fraser, lesquelles les corrobore partiellement<sup>163</sup>.

Une critique légitime à l'alliage théorique entre déni de reconnaissance (donc injustice) et lutte pour la reconnaissance (dans l'objectif de réaliser l'idéal de justice) consisterait à se demander si tous les dénis de reconnaissance sont nécessairement injustes ? Fabien Lamouche, explorant cette tension, propose une réponse fort convaincante à partir des travaux de Paul Ricœur et d'Axel Honneth. Il rappelle, à partir du premier (donc selon la perspective ricœurienne) que « La reconnaissance est une question de *justice* (« rendre à chacun ce qui lui est dû ») et non de *désir* (« donner à chacun ce qu'il demande ») »<sup>164</sup>. En partant du second, il affirme que :

[Le] défaut d'estime de soi, de respect de soi ou de confiance en soi, le malaise identitaire dont souffriraient des individus ne suffisent pas à conclure qu'ils soient victimes d'une injustice. Et tout manque ou défaut de reconnaissance n'est pas en soi injuste. Il suffit pour s'en convaincre, comme le concède lui-même Axel Honneth à Nancy Fraser [...], de remarquer que la société n'a pas d'obligation à l'égard de ceux

---

<sup>161</sup> Sébastien Roman, « Justice sociale et luttes pour la reconnaissance: la question de l'agapè » (2015) 6:2 Études Ricoeuriennes/Ricoeur Studies à la p 88.

<sup>162</sup> Beatriz Contreras Tasso, « Connaissance de soi et reconnaissance. Bases éthico-anthropologiques de la justice dans la pensée ricœurienne » (2016) 6:2 Études Ricoeuriennes / Ricoeur Studies à la p 72, en ligne : Études Ricoeuriennes / Ricoeur Studies <<https://ricoeur.pitt.edu/ojs/index.php/ricoeur/article/view/301>> (consulté le 7 avril 2017).

<sup>163</sup> Hervé Pourtois, « La reconnaissance: une question de justice? Une critique de l'approche de Nancy Fraser » (2009) 28:3 Politique et Sociétés 161–190.

<sup>164</sup> Fabien Lamouche, « Paul Ricœur et les « clarières » de la reconnaissance » (2012) Juillet:7 Esprit 76-87 à la p 79.

qui ne pourraient satisfaire leurs besoins de reconnaissance et d'estime de soi qu'à travers des formes de socialité liées au crime ou au mépris de l'étranger<sup>165</sup>.

La reconnaissance (second élément de notre triptyque théorique) est donc le médian qui explique l'inscription des idéaux de justice et d'équité (dernier élément de ce triptyque) au sein du *Protocole de Nagoya* et des projets de lois de l'OMPI. En effet, la présente recherche tient pour vrai que si une construction sociale a conduit à inscrire sous la forme de normes juridiques l'idée du partage des fruits de l'innovation avec les PACL, concernant l'utilisation de leurs savoirs traditionnels, c'est qu'« une méditation sur l'injustice »<sup>166</sup> a été conduite. Cette méditation par des acteurs ayant des intérêts plus ou moins convergents, du fait de l'action d'autres acteurs dans le champ de la gestion de la biodiversité, a conduit à affirmer qu'il y a une injustice.

Si le lien entre reconnaissance et justice est désormais éclairé, et permet de déployer ces concepts comme éléments de notre cadre théorique, il faut encore élucider celui d'équité, ainsi que sa relation à la justice, notamment parce que les adjectifs « juste et équitable » qui en dérivent apparaissent tous les deux dans l'intitulé du *Protocole de Nagoya*.

### **3.3.3 L'équité**

Pour bien comprendre le sens que l'équité prend dans cette thèse, il faut explorer les définitions qui en sont proposées par les philosophes et par les juristes.

#### **3.3.3.1 Les acceptions de l'équité en philosophie**

Le mot « équité », bien qu'étant toujours associé à la poursuite de la justice et qu'une telle connexion signale que c'est l'une des grandes caractéristiques de l'identité humaine, demeure extrêmement difficile à saisir<sup>167</sup>. En effet, pour Aristote qui a apporté une importante contribution

---

<sup>165</sup> Pourtois, *supra* note 163 à la p 182-183.

<sup>166</sup> Antoine Garapon, « Justice et reconnaissance » (2012) : 3 Esprit 231-248 à la p 232.

<sup>167</sup> Christopher R Rossi, *Equity and international law: a legal realist approach to the international decisionmaking*, Transnational Pub Inc, 1993; Elisa Morgera, « Justice, equity and benefit-sharing under the Nagoya Protocol to the Convention on Biological Diversity » (2015) 24:1 The Italian Yearbook of International Law Online 113–141 à la p 114.

à la compréhension de l'équité, c'est la disposition d'esprit de la personne qui est équitable. C'est donc en regard, non du substantif « équité », mais de l'adjectif substantifié « équitable » qu'il oriente sa réflexion. Ainsi qu'il l'affirme, l'équitable « est juste et il est supérieur à une certaine espèce de juste, non pas supérieur au juste absolu mais seulement au juste où peut se rencontrer l'erreur due au caractère absolu de la règle »<sup>168</sup>. Plus simplement, l'équité est une forme de justice, qui ne confine cependant pas à la loi : elle lui est supérieure.

Pour comprendre cette précieuse nuance, s'en rapporter à la *Somme Théologique* de Saint Thomas d'Aquin peut être d'un secours certain. En effet, celui-ci considère la justice humaine comme « valeur ultime »<sup>169</sup> et « la vertu morale selon laquelle on traite chacun selon son droit, « chacun » étant un individu particulier ou un groupe d'individus »<sup>170</sup>, et affirme que :

(...) parce que les actes humains pour lesquels on porte des lois consistent en des cas singuliers et contingents, variables à l'infini, il a toujours été impossible d'instituer une règle légale qui ne serait jamais en défaut. Mais les législateurs, attentifs à ce qui se produit le plus souvent, ont porté des lois en ce sens. Cependant, en certains cas, les observer va contre l'égalité de la justice, et contre le bien commun, visé par la loi. Ainsi la loi statue que les dépôts doivent être rendus, parce qu'elle est juste dans la plupart des cas. Il arrive pourtant parfois que ce soit dangereux, par exemple si un furieux a mis une épée en dépôt et la réclame pendant une crise, ou encore si quelqu'un réclame une somme qui lui permettra de combattre sa patrie. En ces cas et d'autres semblables, le mal serait de suivre la loi établie ; le bien est, en négligeant la lettre de la loi, d'obéir aux exigences de la justice et du bien public. C'est à cela que sert l'*épikie*, que l'on appelle chez nous l'équité. Aussi est-il clair que l'*épikie* est une vertu<sup>171</sup>.

L'*a priori* qui préside donc à la conception de l'équitable est que la loi peut être imparfaite. Cette imperfection, liée à la nature même de l'humain, entache la loi, qui est par principe obligée à un caractère de généralité et d'impersonnalité. Il est donc nécessaire d'envisager une forme de justice supérieure à celle qui découle de la loi, afin de protéger cette dernière d'elle-même, dès lors que les circonstances particulières l'éloigneraient de l'idéal de justice auquel elle participe. Dans les termes de Véronique Guienne, « [...] l'équitable est un correctif ponctuel de la justice légale ; cette

---

<sup>168</sup> Aristote et Jules Tricot, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Vrin, 1994 à la p 244-245.

<sup>169</sup> Andréa Teixeira dos Reis Huet, *La justice humaine chez Thomas d'Aquin*, Paris, EPHE, 2015 à la p 5, en ligne : <<http://www.theses.fr/2015EPHE5015>> (consulté le 25 avril 2017).

<sup>170</sup> *Ibid* aux pp 188-189.

<sup>171</sup> Saint Thomas d'Aquin, *Somme Théologique*, cité par dos Reis Huet, *supra* note 169 à la p 210.

dernière ayant été pensée pour les cas les plus fréquents, elle peut se révéler inopérante dans un cas particulier ».<sup>172</sup>

Dès lors, il est important de souligner que l'idée d'équité dans la perspective aristotélicienne-thomiste est différente de celle rawlsienne, pour qui « [l']équité consiste à compenser, autant que possible, toutes les inégalités d'origine sociale, telle que l'éducation familiale, mais aussi d'origine « naturelle », tels que les handicaps physiques, par de justes inégalités (appelées parfois « discriminations positives ») »<sup>173</sup>. Jean-Michel Pouzin éclaire le sens de l'équité chez Aristote et chez Rawls, lorsqu'il souligne que :

Pour Rawls, le mot « équité » signifie d'abord les « contreparties » dans les « coopérations mutuellement avantageuses » telles que « les deux principes de justice [les] définissent » [...]. Il n'a donc pas le sens qu'il a traditionnellement, et qui vient d'Aristote. Dans l'Éthique à Nicomaque, celui-ci explique l'injustice inhérente à toute loi instituée, à toute légalité. En effet, dit-il, la loi est générale et le cas est particulier. Or il n'existe pas de règle générale pour appliquer la règle générale au cas particulier. Donc, si l'égalité de la loi est appliquée à la lettre, sans tenir compte des circonstances aggravantes ou atténuantes, la loi est injuste (cf. l'adage latin : *summum jus, summa injuria*, l'extrême droit est une extrême injustice !). Il faut donc recourir à l'institution du juge, car sa position de tiers, en principe impartial, lui permet d'interpréter la lettre du texte de loi, pour corriger l'inévitable généralité de la loi en jugeant selon l'esprit de la loi. Cette justice propre au droit appliqué, qui ne prend vie que dans la personne du juge, est l'équité (« *epieikeia* », Éthique à Nicomaque, V, 14). La loi juridique peut donc se discuter elle-même dans l'exercice de ce que nous appelons la jurisprudence<sup>174</sup>.

C'est peut-être la difficulté à saisir cette nuance qui a conduit Agnès Michelot à écrire que « [Le] contenu [de l'équité ou de l'équitable] est aussi évident qu'indéfini et ce caractère contingent en fait sa faiblesse, sa force et aussi son intérêt »<sup>175</sup>. Ces notions peuvent néanmoins être éclairées quant à leur signification en droit international.

---

<sup>172</sup> Aristote et Cachia, *supra* note 140 à la p 266 cité par Véronique Guienne, « Du sentiment d'injustice à la justice sociale » [2007] 110 Cahiers internationaux de sociologie 131-142 à la p 137.

<sup>173</sup> Jean-Michel Pouzin, « L'idée de justice selon Jaurès et d'équité selon le philosophe contemporain John Rawls » (dernière consultation le 25 avril 2017) à la p 7, en ligne : < [www.culture-chapelle-st-luc.fr/IMG/pdf/livret\\_rp\\_01.pdf](http://www.culture-chapelle-st-luc.fr/IMG/pdf/livret_rp_01.pdf) >.

<sup>174</sup> *Ibid.*

<sup>175</sup> Agnès Michelot, « Avant-propos » dans Agnès Michelot et Dinah Shelton, dir, *Équité et environnement quel(s) modèle(s) de justice environnementale?*, Bruxelles, Larcier, 2012 à la p 25. Voir aussi Sophie Lavallée et Kristin Bartenstein, « Le principe des responsabilités communes mais différenciées au service du développement durable », dans A. Michelot et Dinah Shelton, *Équité et environnement : Quel(s) modèle(s) de justice environnementale?*, Bruxelles, Larcier, 2012, 377-396.

### 3.3.3.2 Les usages juridiques de l'équité

Plusieurs champs du droit international font usage du substantif « équité » ou du prédicat « équitable ». À titre d'exemple, on peut noter l'existence de ce concept en droit international des investissements, sous le vocable de « traitement juste et équitable ». On le retrouve également en droit international économique<sup>176</sup>. La présente étude n'explore pas ces champs, se contentant de ceux du droit international public général et du droit international de l'environnement.

Relativement au droit international public général, une remarque générale est que l'équité dont l'article 38-2) du Statut de la Cour internationale de justice (CIJ) fait mention, n'est pas celle d'Aristote qu'explique Saint Thomas d'Aquin. En effet, cette forme d'équité prévoit la possibilité pour les juges de statuer *ex aequo et bono* si les parties au différend qui leur est soumis sont d'accord. Dans ce contexte, l'équité consiste pour les juges à trancher un litige international, soit en écartant une règle de droit positif dont l'application provoquerait une iniquité entre les parties, soit à combler une lacune de droit international par l'énonciation de règles supposées équitables qui devraient s'appliquer au cas d'espèce, soit encore en statuant par référence exclusive aux faits de la cause, de sorte à en dériver une solution juridique équitable compte tenu de l'intérêt des parties<sup>177</sup>. Dès lors, l'équité de l'article 38-2) implique des pouvoirs extrêmement larges confiés aux juges, ce qui justifie qu'aucune jurisprudence de la CIJ ne soit fondée sur elle.<sup>178</sup> De fait, les juges de la CIJ doivent recevoir le consentement exprès de toutes les parties pour mettre en œuvre ce principe.

En revanche, en droit international de l'environnement, un premier sens de l'équité reconnu est celui de : « principe de répartition des charges »<sup>179</sup>. En vertu de ce principe, un traitement juridique

---

<sup>176</sup> À ce sujet, Pascal Lamy, ex-directeur général de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), affirmait ceci : « La problématique de l'équité dans une société internationale comme aujourd'hui ne se pose pas de la même manière que dans une société nationale. La mission de l'OMC, qui est d'accroître les échanges pour faciliter le progrès économique et social et le développement durable, implique un traitement différencié selon qu'elle s'adresse à un pays riche ou un pays pauvre, à un pays émergent ou à un des pays les moins avancés (PMA). Le principe d'équité est inscrit dans le programme politique de cet archipel de la gouvernance globale ». Pascal Lamy, « Equité et justice dans la mondialisation » (2011) Tome 414:1 Études 7-17 à la p 8.

<sup>177</sup> Dominique Carreau et Fabrizio Marrella, *Droit international*, 11<sup>ème</sup> édition, coll Etudes internationales (EI), n°no 1, Paris, Editions Pedone, 2012 aux pp 357-358.

<sup>178</sup> Quelques sentences arbitrales réfèrent cependant à l'équité. Voir les affaires le règlement de la « guerre du Chaco », les affaires des Pêcheries de l'Atlantique Nord (R.S.A., vol. XI.167) ou de l'*m Alone* (R.S.A., vol. III.1612).

<sup>179</sup> Sandrine Maljean-Dubois, « Justice et société internationale : l'équité en droit international de l'environnement », dans Michelot et Shelton, dir, *supra* note 175 à la p 363.

différencié des États du Nord et du Sud peut être justifié, et il « se concrétise notamment par une dualité des normes et une allocation différenciée des charges et des coûts »<sup>180</sup>. Les sens aristotélicien et thomiste de l'équité qui s'avèrent pertinents pour cette recherche sont ceux qui permettent d'appréhender celle-ci comme principe général du droit. Dans ce sens, elle contribue à remédier aux inflexibilités de la loi face aux spécificités des cas particuliers<sup>181</sup>.

C'est la raison pour laquelle Éliisa Morgera suggère que le fait que le partage des avantages soit désormais constamment qualifié de « partage juste et équitable des avantages » en droit international [...] semble indiquer qu'il doit être compris comme un principe aussi équitable<sup>182</sup>. Elle poursuit cependant sa réflexion, afin de déterminer dans quelles mesures l'équitable telle qu'entendue au sens du Protocole de Nagoya peut opérer comme équité au sens du droit international public. L'intérêt de cette approche est de déterminer si le partage des avantages peut fonctionner comme une équité au sein et au-delà de la loi (*infra et praeter legem*) et, ce faisant, contribuer à la reconnaissance, à la justice distributive et procédurale et, éventuellement, à la justice réparatrice<sup>183</sup>. Aussi, soutient-elle que le cas du partage *équitable* des fruits de l'innovation avec les peuples autochtones ou communautés locales du fait de l'usage de leurs savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques constitue un exemple d'équité *infra legem*, qui permet au juge de combler les lacunes volontaires de la loi <sup>184</sup>.

---

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

<sup>181</sup> Voir dans ce sens l'Affaire du plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark ; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), [1969] CIJ rec. 3 : ici, la CIJ a souligné qu'elle ne jugeait pas *ex aequo et bono*. Au contraire, elle vérifiait si « l'application de principes équitables et, en l'espèce, la méthode de l'équidistance aboutirait à créer une incontestable iniquité [étant donné qu'] il existe aussi d'autres méthodes que l'on peut employer, isolément ou concurremment, selon les zones visées. Des sentences arbitrales (comme la sentence des Indiens Cayugas de 1926 entre la Grande-Bretagne et les États-Unis (R.S.A.N.U., vol. VI, 173), et plusieurs autres décisions de la CIJ (par exemple, l'affaire des pêcheries islandaises entre l'Islande et la Grande-Bretagne (arrêt du 25 juillet 1974) ou l'affaire de la délimitation du plateau continental entre la Libye et la Tunisie (arrêt du 24 février 1982), même dans cette dernière affaire, des auteurs déplorent une délicate frontière avec l'équité dans son acception *ex aequo et bono*) utilisent l'équité comme mode d'interprétation du droit.

<sup>182</sup> Morgera, *supra* note 167 à la p 126.

<sup>183</sup> *Ibid.* à la p 129.

<sup>184</sup> *Ibid.* aux pp 130-131. « Le partage des avantages comme équité *infra legem* peut contribuer à la justice commutative et distributive, ainsi qu'à la justice en tant que reconnaissance. En outre, dans la mesure où le partage juste et équitable des avantages au titre du Protocole de Nagoya influe sur l'interprétation des dispositions relatives au consentement préalable en connaissance de cause des communautés locales (par opposition aux communautés autochtones), outre la reconnaissance peu claire de ces communautés. Droit légitime, [...] il apporte une contribution originale à la justice comme reconnaissance en développant progressivement le droit international à la croisée des droits de l'homme et de la biodiversité » [notre traduction].

Quant à l'équité *praeter legem*, elle permet de combler les lacunes involontaires de la loi. L'article 10 du Protocole de Nagoya constitue, dans ce sens, une mise en œuvre de l'idée de l'équité *praeter legem*. En effet, il est relatif au mécanisme multilatéral mondial de partage des avantages des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées qui se trouvent dans des situations transfrontières ou pour lesquelles il n'est pas possible d'accorder ou d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause.

Enfin, pour ce qui concerne l'équité *contra legem*, qui permet de se prononcer contre la loi, Éliane Morgera reconnaît qu'il s'agit d'une complexité certaine dans le cadre du Protocole de Nagoya. En effet, ses articles auraient pu être un moyen de déroger aux règles de propriété intellectuelle, mais l'environnement politique des négociations ne l'ont pas permis<sup>185</sup>.

### **3.3.4 La conception de l'équité retenue et sa relation à la justice environnementale**

Dans cette thèse, l'« équitable » est considéré dans sa fonction de technique d'interprétation du droit international. Il en résulte que les attentes des acteurs à l'origine de la construction sociale du sous-champ du droit international relatif à l'interface entre biodiversité et propriété intellectuelle vont aussi loin que celle d'une équité qui vise à « tempérer la rigueur du droit »<sup>186</sup>, selon l'excellente formule de Dominique Carreau et Fabrizio, en cas d'utilisation de leurs savoirs traditionnels ou en cas de protection de ces connaissances traditionnelles.

L'équité s'ajoute ainsi à la justice qui est la finalité de la construction sociale du droit, afin de l'élargir au plus grand idéal qui puisse être désiré par une société internationale en crise environnementale. Elle permet de rechercher une meilleure justice environnementale. Or, ainsi que le soulignent Jérôme Ballet, Damien Bazin et Jérôme Pellenc :

La justice environnementale ne repose pas sur une définition unique et consensuelle. Elle renvoie à un ensemble hétérogène de préoccupations dont on trouve les origines dans les mouvements issus de la société civile. Elle renvoie initialement, d'une part aux mouvements plutôt urbains de revendication contre les effets toxiques de la

---

<sup>185</sup> *Ibid* à la p 133.

<sup>186</sup> Carreau et Marrella, *supra* note 177 à la p 360.

pollution dans les pays du Nord et d'autre part aux mouvements plutôt ruraux d'écologie de la subsistance dans les pays du Sud [...]»<sup>187</sup>.

En effet, historiquement, la notion de justice environnementale a été produite<sup>188</sup> afin de rapporter à des situations différentes dans leurs origines et dans leurs manifestations. Si on s'attarde sur les conditions de cette émergence aux États-Unis par exemple, on se rend assez vite compte qu'elle a été davantage déployée par des mouvements sociaux qui soulignaient le fait que les pollutions environnementales touchent davantage les minorités ethniques, en particulier les populations noires, asiatiques, latino-américaines. En témoignent les définitions qui étaient alors données au phénomène : « *'Environmental justice'* refers to the fair treatment and meaningful involvement of all people regardless of race, color, national origin, or income with respect to the development, implementation, and enforcement of environmental laws »<sup>189</sup>. En témoigne aussi l'expression synonyme choisie pour exprimer le concept : « environmental racism »<sup>190</sup>, comme pour souligner qu'il s'agit d'une sorte de profilage racial réalisé par les pouvoirs publics dans la définition des zones de rejets de produits et substances polluantes. En l'espèce, les termes de la construction sociale visée ici résident dans le fait que « les mouvements pour la justice environnementale procèdent en fait [...] de la convergence de multiples préoccupations, parmi lesquelles les droits des citoyens, la santé et la sécurité au travail, les droits des populations autochtones, la sécurité et la santé publique, etc. »<sup>191</sup>.

Élisa Morgera souligne que les enjeux de commutation, distribution, procédure et reconnaissance sont au cœur du Protocole de Nagoya en tant qu'instrument juridique visent la réalisation de la justice environnementale<sup>192</sup>. Étant donné que cette thèse se focalise sur le cas des peuples

---

<sup>187</sup> Jérôme Ballet, Damien Bazin et Jérôme Pelenc, « Justice environnementale et approche par les capacités » (2015) 16:1 *Revue de philosophie économique* 13-39 à la p 15.

<sup>188</sup> Le mot « produite », relativement à l'émergence du concept de justice environnementale dans cette phrase est employé à dessein. Il a pour objet d'assurer l'unité du triptyque théorique qui sous-tend la réflexion proposée par cette thèse, en la raccordant au concept de construction sociale. Il faut signaler aussi l'idée de « construction de la justice environnementale », utilisée par Dinah Shelton, susceptible d'après elle de « fournir un soutien aux pratiques de développement qui permettent d'atténuer la pauvreté en donnant plus de pouvoir aux populations vulnérables et marginalisées tout en assurant une allocation de ressources équitable. Dinah Shelton, Préface, dans Michelot et Shelton, *supra* note 175.

<sup>189</sup> Ronald Bass, « Evaluating environmental justice under the national environmental policy act » (1998) 18:1 *Environmental Impact Assessment Review* 83-92 à la p 83.

<sup>190</sup> Voir dans ce sens United Church of Christ Commission for Racial Justice, *Toxic wastes and race in the United States: A national report on the racial and socio-economic characteristics of communities with hazardous waste sites*, Public Data Access, 1987.

<sup>191</sup> Daniel Faber et Deborah McCarthy, « Neo-liberalism, globalization and the struggle for ecological democracy: linking sustainability and environmental justice » [2003] *Just sustainabilities: Development in an unequal world* 38-63; cités par Ballet, Bazin et Pelenc, *supra* note 187.

<sup>192</sup> Morgera, *supra* note 167 à la p 122.

autochtones et des communautés locales, on peut imaginer que la question de la justice commutative *per se* est exclue en ce qu'elle réfère strictement au partage de bénéfices en contrepartie de l'accès aux ressources génétiques. Une objection légitime contre cet argument est qu'on peut valablement souscrire à l'opinion que la relation de justice est également commutative, lorsqu'elle concerne le partage des fruits de l'innovation en contrepartie de l'accès que des communautés donnent à leurs connaissances traditionnelles. Mais aussi bien dans le champ de la biodiversité que dans celui de la propriété intellectuelle, le principe d'une telle commutation se trouve arrimé à des exigences qui intègrent les autres dimensions de la justice environnementale, à savoir la distribution, la participation et la reconnaissance. Dès lors, il devient nécessaire de recourir à un concept de justice environnementale qui valorise ces trois dimensions. Pour ce faire, nous explorerons le concept de capacités d'Amartya Sen, en vue d'en préciser la pertinence pour cette thèse.

### **3.3.5 Justice environnementale et approche par les « capacités » selon Amartya Sen**

Il convient d'abord d'explorer la pensée d'Amartya Sen sur la justice qui s'appuie sur le critère de capacités (2.3.5.1), avant d'envisager sa pertinence pour la justice environnementale (2.3.5.2).

#### **3.3.5.1 Justice et capacités selon Amartya Sen**

Prix Nobel d'Économie 1998, Amartya Sen est un économiste et philosophe indien, professeur à l'Université Harvard<sup>193</sup>. Ses travaux de recherche ont été particulièrement influencés par ses expériences personnelles. En effet, encore enfant, Amartya Sen est témoin d'une famine qui dévaste la région du Bengale. Durant deux années, près de trois millions de personnes meurent.

---

<sup>193</sup> Pour sa biographie et ses travaux, voir « Amartya Sen: Thomas W. Lamont University Professor, and Professor of Economics and Philosophy » (19 avril 2017) Harvard University, en ligne < <http://scholar.harvard.edu/sen/home> >.

Or, il ne fait pas de doute que pendant la même période, les réserves alimentaires étaient suffisantes pour nourrir la population.

Cette tragédie conduit Sen à faire une réflexion sur les causes de la famine. Celle-ci est développée dans un livre intitulé *Poverty and Famines : An Essay on Entitlement and Deprivation*<sup>194</sup>, qui est en fait le compte-rendu d'une recherche empirique sur les famines. Il se base à cet effet sur la famine de 1943 sus-évoquée, les famines éthiopiennes de 1972-1974, la famine sahélienne de 1973 ainsi qu'une autre famine advenue au Bangladesh en 1974<sup>195</sup>. Dans cette œuvre séminale, Amartya Sen soutient que dans de nombreux cas de famine, notamment dans trois des cas étudiés (l'exception étant le cas sahélien), les approvisionnements alimentaires n'étaient pas considérablement réduits.

Observant que : « L'approvisionnement actuel en rizière pour 1943 n'était que d'environ 5% inférieur à la moyenne des cinq années précédentes. C'était, en fait, 13% plus élevé qu'en 1941, et il n'y avait évidemment pas de famine en 1941 » [notre traduction] <sup>196</sup>, il conclut que les famines ne sont pas dues à une crise de disponibilité de ressources, mais à une inégale distribution d'aliments et de revenus. Dans ses termes, cette famine de 1943 est une famine causée du fait de l'être humain (« man-made famine »)<sup>197</sup>, due à plusieurs causes : l'augmentation de la demande alimentaire et du prix du riz en raison de la deuxième guerre mondiale, et la stagnation voire la chute de revenus dans les zones rurales, la mauvaise gestion du gouvernement, la spéculation des paysans convaincus qu'ils feraient une meilleure affaire en raison de l'augmentation du prix du riz et les migrations massives vers les zones rurales<sup>198</sup>.

Amartya Sen formulera, à la suite de cette recherche, l'approche par les « capacités » (en anglais, « capabilities »), dont l'objectif est de proposer une alternative à la façon classique pour les économistes de mesurer le bien-être des individus. De fait, dans cette approche traditionnelle dont

---

<sup>194</sup> Amartya Sen, *Poverty and famines: an essay on entitlement and deprivation*, Oxford university press, 1981.

<sup>195</sup> C T Kurien, « Review of Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation » (1983) 11:8 *Social Scientist* 66-70 à la p 66, DOI : 10.2307/3517051.

<sup>196</sup> Amartya Sen, « Starvation and exchange entitlements: a general approach and its application to the Great Bengal Famine » (1977) 1:1 *Cambridge Journal of Economics* 33-59 à la p 39.

<sup>197</sup> Amartya Sen and Satyajit Ray, « The Bengal Famine of 1943 » ( dernière consultation le 19 avril 2017), *Pooreconomics*, en ligne < [http://www.pooreconomics.com/sites/default/files/14.73\\_Food\\_Lecture4.pdf](http://www.pooreconomics.com/sites/default/files/14.73_Food_Lecture4.pdf) >.

<sup>198</sup> *Ibid.*

les origines remontent aux travaux de Jeremy Bentham, « le bien-être des individus [est] défini uniquement par leur « utilité », c'est-à-dire par [...] leur quantité de bonheur ressenti, ou dans une version légèrement plus moderne, pour le montant de la satisfaction de leurs préférences<sup>199</sup>. Elsa Tovar a proposé, dans une capsule vidéo, de manière succincte mais complète les critiques que Sen apporte à l'approche classique de mesure du bien-être, ci-dessous retranscrite :

La [première critique que Sen apporte sur] la nature subjective de l'utilité : [...] on ne peut pas se fier au ressenti des individus car ils obéissent à un principe de réalité ; ils vont adapter leurs préférences et leurs aspirations à ce qu'ils peuvent raisonnablement obtenir. [...]. En fondant la mesure du bien-être sur une utilité subjective, on risque de surestimer le bien-être réel des pauvres et des opprimés si ceux-ci – et [cela] arrive très souvent – sont résignés et satisfaits – [...] à tort – de leurs conditions.

Par contraste, l'approche par les capacités [proposera] que le bien-être intègre d'autres éléments qui [décriront] objectivement l'existence des individus, non pas de leur point de vue, mais du point de vue de la société dans son ensemble.

La deuxième critique que Sen [adresse au concept d'] utilité porte sur son étroitesse, car elle est uniquement sensible au bonheur des individus, mais elle est complètement aveugle à d'autres dimensions du bien-être. La première dimension [...] sont les réalisations effectives des individus, qui sont mesurés dans ce que Sen appelle l'espace des fonctionnements<sup>200</sup> [qui renvoient] à la collection des éléments [permettant] de décrire une existence humaine : être heureux, [c'est] l'utilité ; mais aussi être bien nourri, être éduqué, être logé, être respecté, etc. La deuxième dimension du bien-être [renvoie] aux capacités des individus, c'est-à-dire à l'ensemble des opportunités de vie d'une personne. Pour reprendre l'image mathématique qui est utilisée par Sen, si chaque existence est décrite par un vecteur de fonctionnements, les capacités [représentent] la matrice de tous les vecteurs de fonctionnements qui sont potentiellement accessibles aux individus. [...] La troisième dimension du bien-être [est] la liberté de choix [qui renvoie] au degré de contrôle par les individus de la réalisation d'une existence parmi toutes celles de leur matrice des capacités<sup>201</sup>.

Un exemple utilisé par Sen lui-même permet de faire la différence entre les « fonctionings » (traduit par fonctionnements en français) et les capacités. Celui-ci suggère qu' :

en termes de faim ou de carence alimentaire, quelqu'un qui jeûne volontairement pour des raisons politiques ou religieuses est parfois tout aussi dénutri qu'une victime de la famine. Leur sous-alimentation manifeste – leur fonctionnement accompli – est tout à

---

<sup>199</sup> Elsa Tovar, « L'approche par les capacités d'Amartya Sen », Février 2014, en ligne : <[http://www.canal-u.tv/video/canal\\_aunege/l\\_approche\\_par\\_les\\_capabilites\\_d\\_amartya\\_sen.13955](http://www.canal-u.tv/video/canal_aunege/l_approche_par_les_capabilites_d_amartya_sen.13955)> (consulté le 19 avril 2017).

<sup>200</sup> Les fonctionnements sont la traduction anglaise de ce que Sen appelle « *functionings* »

<sup>201</sup> Tovar, *supra* note 206.

fait comparable ; pourtant, les capacités de la personne aisée qui *choisit* de jeûner sont bien supérieures à celle de la personne qui meurt de faim involontairement par pauvreté et indigence<sup>202</sup>.

Cet exemple permet aussi d'entrevoir l'importance des travaux en sciences économiques d'Amartya Sen, relativement à la mesure de la pauvreté et à la conception même de l'idée de développement. De fait, elle a permis au Programme des Nations Unies pour le Développement (PNUD) d'élaborer l'indice du développement humain (IDH) dans la mesure de la pauvreté, qui intègre au-delà du simple revenu, l'éducation et l'espérance de vie. Quant à la manière d'appréhender le développement, celui-ci ne réfère plus seulement à la croissance économique, mais à un « processus d'expansion des libertés individuelles substantielles »<sup>203</sup>. Il développe cette perspective notamment dans son ouvrage intitulé *Development as Freedom*<sup>204</sup>, et écrit à ce sujet : « *Development consists of the removal of various types of unfreedoms that leave people with little choice and little opportunity of exercising their reasoned agency. The removal of substantial unfreedoms is constitutive of development* »<sup>205</sup>.

L'approche par les « capacités » introduite par Amartya Sen dans ses travaux en matière de développement économique prendra une importance majeure dans un autre ouvrage dont il est l'auteur, *L'idée de justice*<sup>206</sup>. Cette œuvre n'est pas une théorie de justice *per se*, mais seulement une tentative « d'explorer les comparaisons fondées sur les réalisations, qui se concentrent sur les avancées ou les reculs de la justice »<sup>207</sup>. En effet, comme Ricœur, Amartya Sen construit son idée de la justice à partir des lectures qu'il fait de la théorie de la justice de John Rawls. Celui-ci ressentait fortement que la société américaine souffrait de l'absence d'une réponse bien pensée à la question de savoir comment une société juste devrait réglementer la répartition des avantages et la charge de coopération entre les membres<sup>208</sup>. Rawls décline alors sa théorie de la justice entendue

---

<sup>202</sup> Amartya Sen, *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2012 à la p 290.

<sup>203</sup> Christian de Boissieu et al, « Amartya Sen, la pauvreté comme absence de capacité » (mars 2004), en ligne : Revue Projet <<http://www.revue-projet.com/articles/2004-3-amartya-sen-la-pauvrete-comme-absence-de-capacite/>> (consulté le 19 avril 2017).

<sup>204</sup> Amartya Sen, *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

<sup>205</sup> *Ibid* à la p xii.

<sup>206</sup> Sen, *supra* note 202.

<sup>207</sup> *Ibid* à la p 33.

<sup>208</sup> Andreas Follesdal, John Rawls' Theory of Justice as Fairness, dans Guttorm Fløistad, dir, *Philosophy of justice*, coll Contemporary philosophy, n°12, Dordrecht, Springer, 2014.

dans la perspective aristotélicienne de l'équité, sous la forme de deux principes : d'abord un principe de liberté, qui affirme que :

Chacun a le même droit inaliénable à un ensemble satisfaisant de droits fondamentaux égaux, ce qui est conforme à l'ensemble de droits des personnes concernées. Ils comprennent les droits civils et politiques, tels que les droits de vote, la liberté d'expression et la religion, et le droit à une protection égale en vertu de la loi [notre traduction]<sup>209</sup>.

Quant au second principe, qui se décline respectivement en principe d'égalité d'opportunité et en principe de différence, Rawls pose que :

Les disparités sociales et économiques qui existent doivent être liées aux positions sociales - emplois et carrières - qui sont également accessibles à tous avec la même capacité et la même volonté d'utiliser ces capacités.

Les inégalités sociales et économiques ne sont justifiables que si et dans la mesure où elles bénéficient aux membres les moins favorisés de la société. La plus petite partie de la tarte sociale doit être aussi grande que possible [notre traduction]<sup>210</sup>.

John Rawls conceptualise sa théorie de la justice dans le contexte d'une expérience virtuelle, celle d'un « voile d'ignorance » où des représentants de différents groupes sociaux sont considérés dans une position originelle où ils n'ont aucune connaissance de leur propre situation (qu'il s'agisse de leur statut social, de leur sexe, de leur citoyenneté, etc.). Une telle expérience est supposée garantir, d'après lui, l'élaboration de principes de justice dans un esprit de neutralité.

Lorsqu'il aborde le travail de Rawls dans *L'idée de justice*, Amartya Sen soutient qu'il correspond à une « approche transcendantale », dont le but est d'identifier des dispositifs parfaitement justes et déterminer si tel changement social va accroître la justice<sup>211</sup>. Or, une telle démarche pose à ses yeux deux problèmes :

« Premièrement, il est possible qu'on ne parvienne à un accord raisonné sur la nature de la société « juste », même dans de strictes conditions d'impartialité et d'ouverture d'esprit [...] : c'est le problème de la *faisabilité* d'un consensus sur une solution transcendantale. Deuxièmement, tout exercice de la raison pratique en vue d'un choix réel exige un cadre de comparaison des degrés de justice qui permette ce choix entre des options réalisables, et non l'identification d'une situation parfaite, insurpassable et

---

<sup>209</sup> *Ibid* à la p 314.

<sup>210</sup> *Ibid*.

<sup>211</sup> Sen, *supra* note 202 à la p 14.

peut-être inaccessible : c'est le problème de la non-nécessité d'une solution transcendantale »<sup>212</sup>.

Aussi, à cette approche transcendantale, il oppose une approche dit « comparative »<sup>213</sup>, en la justifiant :

L'usage d'une perspective comparative [...] peut apporter ici une précieuse contribution. Lorsque nous décidons de combattre une oppression (comme l'esclavage ou l'assujettissement des femmes), de protester contre une négligence médicale systématique (due à l'absence d'équipements médicaux dans certaines régions d'Afrique ou d'Asie, ou d'assurance-maladie dans la plupart des pays du monde, y compris aux États-Unis), de dénoncer la torture (qui reste très fréquemment utilisée dans le monde contemporain – parfois par des piliers de l'*establishment* mondial), ou encore de refuser que la disette chronique continue à être tolérée (par exemple en Inde, malgré l'élimination des grandes famines), nous faisons des comparaisons en termes de progrès de la justice<sup>214</sup>.

Aussi, affirme-t-il, « une théorie de la justice pouvant servir de base à nos raisonnements pratiques doit inclure des moyens de déterminer comment réduire l'injustice et faire progresser la justice ; elle ne doit pas viser exclusivement à définir des sociétés parfaitement justes »<sup>215</sup>. L'intuition convainc ici d'une articulation harmonieuse entre la perspective senienne et ricœurienne<sup>216</sup>, puisque ces dernières suggèrent que les expériences d'injustice provoquent l'analyse critique qui aboutit à une réflexion sur la justice.

### 3.3.5.2 Justice environnementale et approche par les « capacités »

La thèse que nous présentons ici déploie l'approche comparative à la manière de Sen, plutôt qu'une approche transcendantale, car elle est celle qui accorde aux PACL la liberté de choisir la vie qu'ils

---

<sup>212</sup> *Ibid* à la p 34.

<sup>213</sup> *Ibid* à la p 16.

<sup>214</sup> *Ibid*.

<sup>215</sup> *Ibid* à la p 13.

<sup>216</sup> Ainsi que nous l'avons démontré plus haut, l'approche de Ricœur et de Honneth s'emboîtent aisément dans la même ligne de pensée. Spécifiquement, Ricœur, *supra* note 137 à la p 231 écrivait à ce sujet que « C'est bien sur le mode de la plainte que nous pénétrons dans le champ de l'injuste et du juste. Et même au plan de la justice instituée, devant les cours de justice, nous continuons de nous comporter en « plaignants » et de « porter plainte ». Or, le sens de l'injustice n'est pas seulement plus poignant, mais plus perspicace que le sens de la justice ; car la justice est plus souvent ce qui manque et l'injustice ce qui règne, et les hommes ont une vision plus claire de ce qui manque aux relations humaines que de la manière droite de les organiser ».

valorisent le mieux<sup>217</sup>. Ce faisant, il ne s'agit pas d'invalider la théorie de la justice comme équité de John Rawls. En effet, ailleurs, nous avons souligné l'importance de la justice distributive et de la justice commutative en tant que clé de lecture pour comprendre les relations d'équité ou d'iniquité que le *Protocole de Nagoya* prévoit entre ses destinataires<sup>218</sup>. La théorie rawlsienne pourrait prendre tout son sens dans ce contexte, en renforçant une meilleure évaluation des situations d'iniquité au sein de cet accord multilatéral sur l'environnement, ainsi que l'a démontré John Bernhard Kleba<sup>219</sup>.

L'approche comparative – fondée sur le critère des capacités – a été précisée dans le contexte de la justice environnementale dans un travail récent effectué par Jérôme Ballet, Damien Bazin et Jérôme Pelenc<sup>220</sup>. Elle est pertinente car elle englobe les trois enjeux que soulève la justice environnementale dans cette recherche, tels que précisés ci-après.

D'abord, les « capacités » rapportent largement à l'idée de « la liberté réelle que l'on a de choisir entre différentes façons de vivre »<sup>221</sup>. Une telle liberté est donc impérativement arrimée à la disponibilité d'informations éclairant ces différentes possibilités de vie. Dans le contexte du *Protocole de Nagoya* et des projets de lois de l'OMPI sur la protection des savoirs traditionnels, la livraison de telles informations découlerait du respect de l'exigence du consentement préalable donné en connaissance de cause<sup>222</sup>. Cette exigence de délibération démocratique est particulièrement cohérente avec l'approche des capacités d'Amartya Sen défendue par Ballet, Bazin et Pelenc puisqu'elle rend les peuples autochtones et les communautés locales aptes à formuler collectivement des décisions sur leur devenir commun<sup>223</sup>.

Ensuite, l'approche par les capacités suggère de se focaliser, non pas que sur les fonctionnements (les réalisations effectives des individus), mais surtout sur les réelles opportunités. Une lecture attentive du *Protocole de Nagoya* et des projets de lois de l'OMPI sur la protection des savoirs

---

<sup>217</sup> Julia Carbone, « A capabilities-based approach », dans Tania Bubela et E Richard Gold, *Genetic Resources and Traditional Knowledge: Case Studies and Conflicting Interests*, Edward Elgar Publishing, 2012 à la p 352.

<sup>218</sup> Lavallée et Yentcharé, *supra* note 149.

<sup>219</sup> John Bernhard Kleba, « Fair Biodiversity Politics with and beyond Rawls » (2013) 9 *Law Env't & Dev J* 221. En effet, contrairement à Lavallée et Yentcharé, John Kleba s'inspire spécifiquement de la pensée rawlsienne et non pas de celle d'Aristote pour mettre en lumière l'équité dans le *Protocole de Nagoya*.

<sup>220</sup> Ballet, Bazin et Pelenc, *supra* note 187 aux pp 27-35.

<sup>221</sup> Sen, *supra* note 202 à la p 279.

<sup>222</sup> Voir notamment les articles 6(2) et 7 du *Protocole de Nagoya*.

<sup>223</sup> Ballet, Bazin et Pelenc, *supra* note 187 à la p 29.

traditionnels révèle que les obligations de distribution des fruits de l'innovation réfèrent – de manière positive (à travers le partage des avantages monétaires ou non monétaires et à une protection par un droit *sui generis*) ou de manière négative (empêcher l'appropriation illicite des savoirs traditionnels par d'autres acteurs) – à la nécessité de garantir que les PACL notamment puissent choisir la vie qui leur convient.

Enfin, « l'approche des capacités forme une approche cohérente avec la nécessité de reconnaissance des populations »<sup>224</sup>. En effet, il n'est pas tautologique de rappeler que la lutte pour la reconnaissance naît du sentiment d'injustice, lui-même instigateur de la réflexion critique sur la justice. Dans le Protocole de Nagoya et les projets de lois de l'OMPI sur la protection des savoirs traditionnels, l'idée de la reconnaissance des peuples autochtones et des communautés locales est centrale puisqu'elle justifie l'ensemble des mesures qui sont instituées en vue souligner la valeur de leur contribution à l'innovation scientifique. Elle justifie également que ces textes fassent la promotion des protocoles communautaires, ces textes qui accordent une place importante aux normes développées à l'intérieur de ces communautés.

#### **4. Méthodologie de la recherche**

La méthodologie de recherche privilégiée dans cette thèse s'articule autour d'une recherche dogmatique classique en droit dans les sources primaires (conventions internationales, coutumes, lois) et dans les sources secondaires (doctrine, contrats, jurisprudence). Elle sera complétée par une analyse critique de trois cas de bioprospection de ressources génétiques, recensés dans la littérature : 1. le *Hoodia gordonii*, un cactus supprimeur d'appétit connu des CAL San en Afrique australe, qui a attiré l'industrie diététique pour lutter contre l'obésité ; 2. le *Guiera senegalensis*, une plante analgésique utilisée par les CAL Dogon au Mali, à l'efficacité contre le cancer du sein prouvée ; 3. la *Quassia amara*, une plante utilisée par les populations guyanaises afin de guérir le paludisme.

---

<sup>224</sup> *Ibid* à la p 31. Il souligner ici qu'il y a un ajustement relatif au concept de capacités collectives qui vient ajouter la dimension « communautaire » à celle plus individuelle à laquelle Amartya Sen semble référer dans son idée de la justice.

Conformément à la méthodologie de la théorie constructiviste en droit, nous nous efforcerons d'identifier les acteurs sociaux (ONGs pro-autochtones, médias, experts et autres entrepreneurs de normes) qui produisent le champ de la protection des savoirs traditionnels comme champ juridique nouveau. Nous nous intéresserons particulièrement à la documentation produite par ces acteurs, qu'il s'agisse de documents internes (rapports, recommandations, etc.), d'articles de presse ou de médias sociaux ou de la littérature savante, dont ils sont auteurs. Nous tenterons également de mettre en lumière les croyances et idéologies qui sous-tendent les vues qu'elles défendent. Ainsi, la méthode d'analyse est essentiellement herméneutique et vise par ce fait à proposer une interprétation des sources exploitées, laquelle se fera au regard des concepts exposés dans le cadre théorique. Cette interprétation prend largement la forme d'un exercice de déconstruction d'un ensemble de propositions – telles que la biopiraterie, la non-brevetabilité des savoirs traditionnels ou la nécessité de lois *sui generis* – tenues pour objectives. L'approche de la déconstruction ne confine pas à la destruction de ce qui se sait déjà dans le champ du droit à l'interface entre biodiversité et propriété intellectuelle. Elle consiste plutôt à mettre en lumière les rouages de ce que l'on sait pour en débusquer les valeurs implicites, afin de les questionner. Par ailleurs, l'interprétation dans cette thèse prend également la forme d'une reconstruction, à partir d'un ensemble de bases théoriques que nous expliciterons.

La thèse que nous présentons dans les prochaines lignes se développe à travers un plan binaire. Ainsi, dans une première partie, nous nous interrogeons sur le point de savoir si le Protocole de Nagoya n'a pas institué un cadre favorable à la biopiraterie (Partie I). Dans une seconde partie, nous montrons dans quelles mesures le Protocole de Nagoya peut être un tremplin pour mieux protéger les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques (Partie II).

# **PARTIE I: LE PROTOCOLE DE NAGOYA, UN CADRE INSTITUTIONNEL FAVORABLE À L'APPROPRIATION ILLICITE DES SAVOIRS TRADITIONNELS ASSOCIÉS AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES ?**

Dans cette première partie, nous analysons d'une part, la norme du partage juste et équitable des avantages avec les PACL comme étant une réponse du droit international au besoin de reconnaissance qui a légitimé la construction de cette norme (Chapitre 1). D'autre part, nous mettons en lumière la difficile mise en œuvre, liée à l'existence de nombreux défis épistémologiques et pratiques qu'il convient de relever. Nous analysons ensuite comment la recherche de la reconnaissance est à l'origine un mouvement de construction de droit mou, dont l'intervention est supposée garantir l'adoption de lois nationales plus efficaces dans la réalisation de la justice et l'équité (Chapitre2).

# Chapitre 1 : Le Protocole de Nagoya, une victoire symbolique dans la lutte pour la reconnaissance des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques

## Introduction

Le premier chapitre de cette thèse s'affirme comme une contribution au champ de l'histoire du droit international, à son intersection entre droit international de l'environnement et droit international de la propriété intellectuelle. En raison de l'approche constructiviste retenue comme premier pilier du cadre théorique, ce chapitre s'efforce de présenter une réflexion qui se veut critique, et qui déconstruit une série de discours que nous présenterons. En effet, la production de ceux-ci et leur récupération politique seront analysées de façon détaillée, avec un souci permanent de mettre en lumière la nature des acteurs et des institutions. Les différents jeux de positionnement stratégiques auxquels ces acteurs se livrent, afin que le droit international leur assure la reconnaissance et la justice qu'ils recherchent, seront également mis en évidence. Nous sommes convaincus, avec Elsa Reimerson que « le but de l'analyse du discours est de réaliser une cartographie des processus, ou des luttes, par lesquels les significations sont établies » [notre traduction]<sup>225</sup>. Dans cette perspective, nous présentons l'article 5(5) du *Protocole de Nagoya* comme étant le fruit d'une lutte pour la reconnaissance de l'injustice que représente la biopiraterie, et pour la justice environnementale. Au centre de cette lutte, se trouvent des États – majoritairement ceux des pays en développement – et des communautés autochtones, mais aussi un grand nombre d'autres acteurs pour lesquels l'enjeu de la reconnaissance n'est pas anodin : experts académiques, militants d'organisations de la société civile et médias.

En fait, une telle [...] perspective historique a été privilégiée dans la mesure où elle remet en cause toute idée de rupture radicale entre hier et aujourd'hui et où elle aide à comprendre la persistance actuelle de certaines ambivalences et contradictions passées de la société internationale et de son droit sur ces questions. Faire comme si le passé n'avait plus de pertinence ne peut conduire en effet qu'à reproduire sans fin des

---

<sup>225</sup> David Howarth, *Discourse* (Buckingham and Philadelphia, Open University Press, 2000; cité par Elsa Reimerson, « Between nature and culture: exploring space for indigenous agency in the Convention on Biological Diversity » (2013) 22:6 *Environmental Politics* 992–1009 à la p 997.

pratiques et techniques juridiques qui ne seront que des répétitions irréfléchies d'un passé que l'on a oublié ou tenté de refouler<sup>226</sup>.

D'un point de vue méthodologique, si ce chapitre présente quelques cas de « vols » présumés de connaissances traditionnelles, largement discutés par la littérature académique pertinente et par les médias, il s'intéressera aussi et plus particulièrement à un cas récent de biopiraterie (2016), celui de la *Quassia amara*, encore pendant devant les organes judiciaires pertinents. Le caractère contemporain de ce cas présente l'avantage d'articuler nos réflexions autour d'une problématique qui fait encore l'actualité, en même temps qu'il témoigne de l'intérêt scientifique et pratique de notre thèse. Nous exploiterons donc non seulement plusieurs ressources documentaires essentiellement produites par des organisations de la société civile et des médias, mais aussi des œuvres doctrinales aussi bien en droit international qu'en relations internationales et sociologie<sup>227</sup>.

D'emblée, nous souhaiterions mettre en garde le lecteur, qui pourrait soupçonner un parti pris dans l'affaire de la *Quassia amara* contre les organisations de la société civile qui l'ont déclenchée ; alors même que les ONGs bénéficient généralement d'une opinion publique favorable justifiée ou non, qu'elles sont souvent considérées comme portant une autorité morale et qu'elles sont moins souvent soupçonnées (à tort ou non) de promouvoir un intérêt privé<sup>228</sup>. Alors que nous respectons une telle opinion, nous voudrions faire prévaloir ici la posture épistémologique du chercheur en droit sur le « balcon », plutôt que sur la « scène »<sup>229</sup>. L'avantage de la distance critique du chercheur, nous le pensons, peut faciliter la mise à jour des « vérités » qui ne sont pas nécessairement les bienvenues à propos d'un sujet de droit international de l'environnement aussi émotionnellement chargé que celui de la biopiraterie<sup>230</sup>. Dans ce contexte, nous ne pouvons qu'endosser sans réserve le propos ci-après de Hanne Svarstad,

En tant que spécialistes des sciences sociales, nous sommes souvent confrontés à des situations dans lesquelles différents acteurs s'attendent à ce que nous fournissions des résultats de recherche conformes à un discours dominant ou hégémonique ; en effet,

---

<sup>226</sup> Tourme-Jouannet, *supra* note 104 à la p 7.

<sup>227</sup> Ce, en raison même de la relation du concept de « constructivisme juridique » à ces trois champs disciplinaires.

<sup>228</sup> Jean-Frédéric Morin, « The strategic use of ethical arguments in international patent lawmaking » [2008] à la p 512, en ligne : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1311208](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1311208)> (consulté le 25 juin 2017).

<sup>229</sup> François Ost et Michel Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? » [1991] Normes juridiques et régulation sociale Paris: LGDJ 67–80.

<sup>230</sup> Voir l'étude de Peter H Huang, « International environmental law and emotional rational choice » (2002) 31:S1 The Journal of Legal Studies S237–S258.

il y a des façons de sanctionner les chercheurs qui présentent plutôt des recherches indépendantes qui [critiquent] la sagesse conventionnelle. Pour les chercheurs, de telles situations peuvent impliquer des choix difficiles entre popularité et normes professionnelles<sup>231</sup> [notre traduction].

Les réflexions proposées dans ce premier chapitre se développent à travers deux sections. La première présente la biopiraterie comme une construction sociale (I). La seconde section présente la manière dont résulte, de ce construit social, une norme de droit international (Section II).

### **Section I : Les affaires de biopiraterie : une construction sociale**

Le fil conducteur qui oriente cette section est que, conformément au cadre conceptuel explicité ci-dessus, la biopiraterie, en tant que « problème public »<sup>232</sup>, est une construction sociale. Une telle affirmation n'a **certainement** pas pour but d'invalider les allégations des organisations de la société civile qui sont à l'avant-garde de ces dénonciations contre certaines personnes dont elles estiment les pratiques d'obtention et d'utilisation de connaissances traditionnelles peu éthiques. Il ne s'agit pas non plus de nier l'existence de la biopiraterie, mais d'insister sur le fait que d'un point de vue conceptuel, en tant que fait, « la « « réalité [de la biopiraterie] » et [s]a connaissance [...] sont une œuvre sociale collective liée au langage »<sup>233</sup>. Précisément, il s'agit, en adoptant un point de vue qui voudrait questionner jusqu'aux fondements mêmes de la situation analysée, de conclure avec Mary Pettenger que les faits sociaux sont réels parce que nous les appréhendons comme étant réels<sup>234</sup>. En effet, la biopiraterie existe parce que des acteurs sociaux en affirment l'existence, à partir d'une trajectoire narrative que plusieurs auteurs considèrent comme prévisible. Dans un article à paraître, Sean Pager détaille une telle trajectoire en ces termes :

---

<sup>231</sup> Hanne Svarstad, « Analysing Conservation—Development Discourses: The Story of a Biopiracy Narrative » (2002) 29 *Forum for Development studies* 63–92 à la p 87.

<sup>232</sup> L'expression « problème public » est empruntée à Joseph Gusfield, dans son œuvre intitulée Joseph Gusfield, *Drinking-driving and the symbolic order: the culture of public problems*, Chicago: University of Chicago Press, 1981. Dans ce travail, Gusfield s'intéresse à la façon dont la question de la conduite d'une automobile sous l'influence de l'alcool est devenue un sujet de préoccupation politique. Il s'agit donc d'un travail majeur du courant constructiviste. En désignant la biopiraterie par le terme « problème public », plutôt que « fléau international » par exemple, nous entendons d'emblée nous situer sur le balcon, plutôt que sur la scène. C'est là notre façon d'indiquer au lecteur que nous ne prenons pas pour acquis que la biopiraterie est une donnée objective, mais plutôt une réalité sociale construite, conformément au premier pilier de notre cadre théorique.

<sup>233</sup> Vittorio Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme » dans Paul Amselek, *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1994, 288 à la p 288.

<sup>234</sup> Nicholas Onuf, " Foreword", in Mary E Pettenger, dir, *The social construction of climate change: Power, knowledge, norms, discourses*, Ashgate Publishing, Ltd, 2007 à la p xv.

Un voyageur occidental parcourt une forêt tropicale et rencontre une tribu indigène qui vit paisiblement dans cet habitat immaculé depuis des siècles, guidée par la sagesse de ses ancêtres. Ce voyageur occidental prend des notes relatives à la fleur que le chaman du village cueille pour préparer un remède à base de plantes. Il enregistre également le « chant de guérison » que les villageois chantent pour favoriser le traitement rapide de la maladie. L'intrus occidental s'en va alors et, rentrant chez lui, exploite commercialement ces facettes du patrimoine culturel de la tribu – à la fois la « chanson de guérison » et le remède de la fleur du chaman – sans le consentement de la tribu et d'une manière inauthentique et culturellement irrespectueuse ; en présentant frauduleusement ses marchandises comme « fabriquées à 100% par des autochtones ». Après avoir commis ces actes de détournement, la communauté tribale est dévastée, son héritage dépouillé et son ordre traditionnel bouleversé. Pendant ce temps, l'indignité de la violation est aggravée par la connaissance que d'autres profitent aux frais de la communauté [notre traduction]<sup>235</sup>.

Il s'appuie, pour ce faire, sur ce que Jim Chen avait lui-même déjà appelé « le récit paradigmatique de la prétendue cupidité nordique et de la victimisation méridionale dans le débat mondial sur la biodiversité, la biotechnologie et la relation appropriée entre la protection de l'environnement, l'innovation technologique et la justice sociale »<sup>236</sup> [notre traduction]. Celui-ci avait d'ailleurs établi plusieurs hypothèses sur la forme de cette rhétorique de biopiraterie, ainsi que le texte ci-après le suggère :

*<Une grande entreprise du Nord> <cherche ou développe > une <variété végétale> ou un <produit pharmaceutique> hautement sophistiqué et envoie des chercheurs dans <un lieu exotique>. Après avoir interviewé des <agriculteurs locaux>, les chercheurs de l'entreprise identifient une <espèce ou variété ou race> de <forme de vie> qui semble responsable du <caractère désirable>. Les chercheurs collectent quelques spécimens et rassemblent leurs interviews. Les échantillons et les savoirs locaux inspirent un programme réussi de <croisement ou de génie génétique ou de développement pharmaceutique>, qui permet à l'entreprise d'économiser des milliers d'heures et lui permet d'écraser sa concurrence. Cependant, l'entreprise ne partage jamais ses bénéfices avec la communauté locale dont elle a tiré les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles [notre traduction]<sup>237</sup>.*

De fait, le style narratif de la biopiraterie doit son existence à l'intervention de plusieurs acteurs dont les valeurs et/ou les intérêts se retrouvent dans les discours qui supportent son existence. Nous précisons ces rhétoriques dans les développements ci-après.

---

<sup>235</sup> Sean A Pager, « Traditional Knowledge Rights and Wrongs » (2016) 20 Va JL & Tech 82 à la p 108.

<sup>236</sup> Jim Chen, « There's No Such Thing as Biopiracy...and It's a Good Thing Too » (2006) 37 McGeorge L Rev 1 à la p 2.

<sup>237</sup> *Ibid.* ; Paul J Heald, « The rhetoric of biopiracy » (2003) 11 Cardozo J Int'l & Comp L 519.

## I. Le discours du champ scientifique de l'ethnobiologie

L'existence de la biopiraterie est d'abord liée à l'expansion d'un discours développé dans le champ de l'ethnobiologie. Discipline scientifique, l'ethnobiologie désigne la connaissance de la diversité biologique par certains groupes particuliers<sup>238</sup>. Dans les termes de Edward F. Castetter qui a été le premier à en apporter une définition formelle, l'ethnobiologie réfère à « l'utilisation des plantes [c'est-à-dire l'ethnobotanique] et des animaux [c'est-à-dire l'ethnozoologie] par des peuples primitifs » [notre traduction]<sup>239</sup>. Le préfixe « ethno » dont il est affublé réfère aux créations folkloriques, idées et pratiques traditionnelles (telles que la musique, l'art, la danse, les contes et récits et l'alimentation) de communautés de petites tailles –installées sur des espaces réduits qu'on désigne généralement de « locaux » – et des peuples autochtones.

Dernière à se développer d'un point de vue chronologique par rapport à l'ethnobotanique, l'ethnozoologie avait pour objet « l'étude des interrelations passées et présentes entre les cultures et les animaux dans leur environnement. Elle comprend la nomenclature et la classification des formes zoologiques, les croyances à leur sujet et l'utilisation d'animaux sauvages et domestiques » [notre traduction].<sup>240</sup> Après cinquante années de développement, des relations conceptuelles entre études religieuses et ethnozoologie sont établies dans la perspective de mieux comprendre les rapports entre les êtres humains et les animaux<sup>241</sup>. Ceci a pour conséquence que l'ethnozoologie devient une dimension importante des études en anthropologie<sup>242</sup>.

Quant à l'expression « botanique autochtone », elle avait été déjà formulée dès l'année 1874 par Stephen Powers pour désigner l'usage des plantes par les Indiens de la Californie aux États-Unis<sup>243</sup>. John Harshberger y référerait en 1895 précisément par le terme « ethnobotanique »<sup>244</sup>. Ce

---

<sup>238</sup> Eugene Anderson, « Ethnobiology: overview of a growing field », in Eugene Anderson et al, dir, *Ethnobiology*, Hoboken, New Jersey, Wiley-Blackwell, 2011 à la p 1.

<sup>239</sup> Edward F Castetter, « The Domain of Ethnobiology » (1944) 78:775 *The American Naturalist* 158-170 à la p 160, DOI : 10.1086/281182.

<sup>240</sup> *Ibid.*

<sup>241</sup> Roy Ellen, *The cultural relations of classification*, Cambridge, Cambridge Univ Press, 1993, cité par Richard Ford, « History of Ethnobiology », in Anderson et al, *supra* note 238 à la p 18.

<sup>242</sup> Ford, *supra* note 241 à la p 19.

<sup>243</sup> *Ibid* à la p 26.

<sup>244</sup> John W Harshberger, « The purpose of Ethnobotany » (1896) 21 *Bot Gaz* 146–158; Anderson et al, *supra* note 238 à la p 16.

champ scientifique se développe rapidement et se fragmente en sous-champs spécialisés, allant de l'étude de la vannerie aux plantes alimentaires, en passant par les textiles, les colorants et les médicaments.<sup>245</sup> Il s'oriente davantage vers une perspective économique au fur et à mesure que le champ s'internationalise.

Cependant, aux États-Unis, les universitaires spécialisés en ethnobotanique s'orientent vers la nomenclature et classification des plantes comme une façon de comprendre le monde végétal à partir de la perspective des autochtones<sup>246</sup>. C'est dans ce contexte que Harold Conklin se distingue comme une figure majeure de cette discipline, car son travail séminal<sup>247</sup> permettra au monde *occidental de découvrir* l'importance des connaissances traditionnelles. En effet, celui-ci s'était intéressé aux savoirs sur les plantes des Hanunóo en Philippines. Ceux-ci employaient 1500 termes de catégories de végétaux pour identifier des plantes, « en décrivant leurs parties constitutives et leurs propriétés »<sup>248</sup> ; activité réalisée notamment durant et après les repas du soirs<sup>249</sup>. Conklin dérive de cette observation des communautés Hanunóo « une double crédibilité scientifique, de systématiciens et de botanistes économiques »<sup>250</sup>, commente Marie Roué<sup>251</sup>. Celle-ci ne manque pas de rapporter un épisode de l'expérience de terrain de Conklin, qui nous paraît capitale dans la construction de la validité des connaissances traditionnelles et surtout de leur aspect partagé :

Conklin raconte comment, à sa grande surprise, une petite fille de 7 ans suggéra un matin qu'il lui montre « les images » de l'ouvrage en trois volumes de Brown sur les plantes utiles des Philippines. Elle avait vu l'ethnologue travailler avec les adultes pour identifier les plantes à partir de cet ouvrage, et était vexée de n'avoir pas été, elle aussi, consultée [...]. Elle se mit alors à commenter le livre, donnant pour chaque plante une désignation hanunóo, ou déclarant solennellement qu'elle « n'avait pas vu cette plante auparavant ». Elle accomplit ainsi la performance d'identifier correctement 51 plantes sur 75, avec seulement deux erreurs. Comme l'illustre le défi

---

<sup>245</sup> Ford, *supra* note 241 à la p 16.

<sup>246</sup> *Ibid* à la p 17.

<sup>247</sup> Harold Conklin, *The Relation of Hanunóo Culture to the Plant World*, Yale University, 1954.

<sup>248</sup> Marie Roué, « Histoire et épistémologie des savoirs locaux et autochtones » [2012] 1 *Revue d'ethnoécologie* à la p 7, DOI : 10.4000/ethnoecologie.813.

<sup>249</sup> Conklin, *supra* note 247 à la p 73 cité par Roué, *supra* note 248 à la p 7.

<sup>250</sup> Conklin, *supra* note 247 à la p 180.

<sup>251</sup> Roué, *supra* note 248.

de cette très jeune détentrice des savoirs locaux, l'acquisition du savoir local est initiée dès le plus jeune âge<sup>252</sup>.

De l'autre côté de l'Atlantique, d'autres recherches viennent insister sur l'importance des connaissances traditionnelles. Dans ce sillage, se trouve Claude Lévi-Strauss dont l'œuvre, *La pensée sauvage*<sup>253</sup>, est d'une importance capitale pour l'ethnologie et plus largement pour l'anthropologie. Fondateur du Laboratoire d'anthropologie sociale au Collège de France, Lévi-Strauss se consacre à la rédaction de cette œuvre centrale dans son cheminement académique, dans le contexte d'une « pause » qu'il s'offre pour « reprendre souffle entre deux efforts »<sup>254</sup> à savoir, l'analyse des systèmes de parenté [qui conduit à la rédaction de] *Structures élémentaires de la parenté* (1949) et l'analyse des mythes [qui débouche sur son livre intitulé] *Mythologiques* (1964-1971) »<sup>255</sup>. Aussi, se propose-t-il d'attaquer le travail antérieur de Lucien Lévy-Bruhl, collaborateur d'Émile Durkheim et de Marcel Mauss, qui élaborait la thèse philosophique selon laquelle il existerait une « mentalité primitive »<sup>256</sup>. Claude Lévi-Strauss rejette « l'idée d'une « mentalité » propre aux sociétés primitives : [car pour lui,] la pensée humaine procède partout selon les mêmes mécanismes et se déploie de façon variable selon les sociétés »<sup>257</sup>.

De toute évidence, l'usage du qualificatif « primitif » que fait Lévi-Bruhl sera fortement critiqué par ses pairs, en raison de sa nature discriminante, alors que les nuances qu'il tentera de leur apporter paraîtront pour le moins limitées dans leur potentiel de conviction<sup>258</sup>. Or, ainsi que Frédéric Keck l'analyse plus rigoureusement :

À vrai dire, de L. Lévy-Bruhl à C. Lévi-Strauss, la transition n'est pas si brutale qu'on le croit. L. Lévy-Bruhl n'était pas évolutionniste : il a commencé par critiquer James

---

<sup>252</sup> *Ibid* à la p 7 et 8.

<sup>253</sup> Claude Lévi-Strauss, *La pensée sauvage*, Plon, Paris, 1962.

<sup>254</sup> Claude Lévi-Strauss, *Le Cru et le Cuit*, Paris, Plon, 1964 à la p 17.

<sup>255</sup> Frédéric Keck, « Individu et événement dans la pensée sauvage » 628 *Les Temps Modernes* 37 à la p 38.

<sup>256</sup> Lucien Lévy-Bruhl, *La mentalité primitive*, 406, Librairie Félix Alcan, 1922.

<sup>257</sup> Frédéric Keck, « Tous les hommes sont modernes », en ligne : *Sciences Humaines* <[https://www.scienceshumaines.com/tous-les-hommes-sont-modernes\\_fr\\_22937.html](https://www.scienceshumaines.com/tous-les-hommes-sont-modernes_fr_22937.html)> (consulté le 15 mai 2017).

<sup>258</sup> En témoigne ce propos tiré d'une conférence que Lucien Lévy-Bruhl donne à l'Université Oxford en 1931 : « Où, quand, et comment a vécu l'homo sapiens primitif, nous n'en savons rien. Si donc nous persistons à parler de « primitifs », il faut toujours prendre garde que c'est là un terme conventionnel, qui sert à désigner ce qu'on appelait autrefois les « sauvages », des hommes qui, en fait, ne sont pas plus « primitifs » que nous, mais qui appartiennent à des sociétés inférieures ou peu civilisées — « Mentalité », d'autre part, est un terme vague, introduit et popularisé par les journalistes. Il est passé aujourd'hui dans l'usage. Il peut servir à désigner l'ensemble des façons de penser et de sentir, d'où découlent les façons d'agir ». Voir Lucien Lévy-Bruhl cité par Liliane Maury, « Lévy-Bruhl et La mentalité primitive » (1923) 23:2 *Bulletin de la Société française de Philosophie* 17–48 à la p 19.

Frazer pour avoir projeté sur les « primitifs » ses préjugés de savant moderne, et il a cherché à comprendre de l'intérieur ces sociétés qui sont pour lui essentiellement « autres ». Dans ses *Carnets*, publiés après sa mort, il se corrigeait lui-même : « *Il n'y a pas une mentalité primitive qui se distingue de l'autre par deux caractères qui lui sont propres, il y a une mentalité mystique plus marquée et plus facilement observable chez les "primitifs" que dans nos sociétés, mais présente dans tout esprit humain (1).* »<sup>259</sup>.

On serait tenté de l'extérieur, de formuler à l'égard de Claude Lévi-Strauss la même critique ethnocentrique qu'a essuyé Lucien Lévi-Bruhl, pour l'emploi du mot « sauvage » dans le titre de son ouvrage. Or, un tel emploi se justifie car pour celui-là, « la pensée sauvage, ce n'est pas la pensée des sauvages, c'est la pensée à l'état sauvage, c'est-à-dire non domestiqué, lorsqu'elle retrouve toute la dynamique de ses possibilités propres »<sup>260</sup>, commente Frédéric Keck. Celui-ci explicitera ailleurs que la pensée non domestiquée est celle qui est délivrée de tout objectif de rendement<sup>261</sup>.

Au Canada, des pionniers tels que Milton Freeman et Robert Johannes apportent une contribution supplémentaire à la compréhension de l'importance des connaissances traditionnelles. Cependant, leurs apports respectifs se situent à des niveaux différents. En effet, Freeman réunit en 1973 « une équipe de chercheurs, d'interprètes et d'enquêteurs, inuit et allochtones, pour recueillir et analyser un corpus de données sur l'utilisation présente et passée du territoire inuit, incluant la mer »<sup>262</sup>, « à la demande de l'association nationale *Inuit Tapirisat of Canada* »<sup>263</sup> et en raison d'un mandat du Ministère des affaires indiennes et du Nord Canada. Mais il ne s'agit pas encore d'une recherche *per se* sur les savoirs autochtones.

Robert Johannes, sera l'un des premiers, sinon le premier ethnologue à reconnaître dans son ouvrage *Words of the Lagoon* (1981) qu'il doit une grande partie de ce qu'il sait à un homme, Ngirakland<sup>264</sup>. En effet, Ngirakland était un pêcheur, chef du petit village de Ngeremlengui sur l'île de Palau<sup>265</sup>. Il acquit son savoir sur la pêche grâce à l'écoute active qu'il mit à disposition de

---

<sup>259</sup> Keck, *supra* note 257.

<sup>260</sup> Keck, *supra* note 255 à la p 39.

<sup>261</sup> Frédéric Keck, « Lévi-Strauss et la pensée sauvage » (dernière consultation le 15 mai 2017) à la p 7, en ligne : <[https://www.academia.edu/5716446/L%C3%A9vi-Strauss\\_et\\_la\\_pens%C3%A9e\\_sauvage](https://www.academia.edu/5716446/L%C3%A9vi-Strauss_et_la_pens%C3%A9e_sauvage)> (consulté le 15 mai 2017).

<sup>262</sup> Roué, *supra* note 248 à la p 10.

<sup>263</sup> *Ibid.*

<sup>264</sup> *Ibid* à la p 11.

<sup>265</sup> *Ibid* à la p 10.

son propre apprentissage, « avec le désir de devenir le meilleur pêcheur et d'en savoir plus que quiconque »<sup>266</sup>, écrit Marie Roué. Pour ce faire, il développa un esprit critique envers ses « maitres », en se donnant de vérifier leurs informations qu'ils recevaient d'eux. Plus tard, « Son intérêt scientifique de naturaliste s'étendit aux plantes et à leur floraison, aux oiseaux, aux insectes [confirmant ainsi une expertise de naturaliste] d'un homme capable de décrire le cycle lunaire du frai de 45 espèces de poisson »<sup>267</sup>. L'œuvre de Johannes est d'un tel intérêt scientifique pour ses pairs, qui ont reçu grâce à lui une description inédite d'un modèle heuristique d'acquisition de savoir par un autochtone<sup>268</sup>, que l'un d'entre eux a écrit après sa mort :

Son travail de pionnier était exceptionnellement original et influent parce qu'il suivait sa propre vision des processus vraiment importants et n'était pas contraint par les paradigmes traditionnels et les perspectives de ses administrateurs (...) Il a observé que les Océaniens connaissaient mieux leurs poissons coralliens que les scientifiques, et que leurs pratiques de gestion traditionnelles étaient plus efficaces. Il était capable d'écouter les pêcheurs locaux, plaçant leurs connaissances en complément de la science, plutôt que de les patronner avec sa formation technique. Il a vraiment fallu qu'il soit ouvert d'esprit pour être le premier à écouter les gens sans éducation en les considérant comme des pairs<sup>269</sup> [notre traduction].

Les travaux de Claude Lévi-Strauss, tout comme ceux des ethnologues et anthropologues de la même époque, avaient débouché sur la conclusion selon laquelle la vaste étendue des connaissances de ces peuples appelés primitifs n'était pas motivée par une éthique utilitariste. Au contraire, elle visait un objectif - plus noble ? - de connaissance en soi : « Les espèces animales et végétales ne sont pas connues, pour autant qu'elles sont utiles : elles sont décrétées utiles ou intéressantes, parce qu'elles sont d'abord connues »<sup>270</sup>. Cette vision était partagée aux États-Unis, en particulier par Edward Castetter (l'un des précurseurs de la discipline), puisqu'il est établi qu'il s'est rangé contre le domaine émergent de la botanique économique comme étant la commercialisation des plantes dans les sociétés avancées<sup>271</sup>. Quant à Johannes au Canada, il montre dans son livre *Words of the Lagoon*, (1981) comment le mode de vie traditionnel des

---

<sup>266</sup> *Ibid* à la p 11.

<sup>267</sup> *Ibid* à la p 12.

<sup>268</sup> *Ibid* à la p 11.

<sup>269</sup> *Ibid* à la p 13.

<sup>270</sup> Frank G Speck, « Reptile lore of the northern Indians » (1923) 36:141 *The Journal of American Folklore* 273–280 à la p 21; Roué, *supra* note 248 à la p 9.

<sup>271</sup> Roué, *supra* note 248 à la p 19.

habitants de Palau<sup>272</sup> est peu à peu détruit par la rencontre avec le modèle de l'économie de marché »<sup>273</sup>.

Ainsi, une science normale de l'ethnologie se construit autour de paradigmes, c'est-à-dire autour de bases de travail qui sont conventionnellement retenues et reconnues<sup>274</sup> à l'intérieur des communautés épistémiques qui en sont à l'origine. Quelques-uns de ces paradigmes – en l'occurrence, trois d'entre eux – méritent ci-dessous des développements en raison de l'importance qu'ils revêtent pour notre démonstration.

D'abord, l'ethnobiologie est le champ scientifique qui contribue à construire l'idée que les savoirs de ces peuples autres qu'occidentaux sont *traditionnels*. Mais les ethnosciences peinent à les désigner à partir de terminologies stables ou précises. À ce propos, l'histoire enseigne que d'autres terminologies ont été inventées, chacune d'elles étant quelque peu idéologiquement chargée :

Doit-on parler de savoir écologique traditionnel (*Traditional Ecological Knowledge, TEK*), ou de savoir traditionnel (*Traditional Knowledge, TK*), comme on l'a fait dans les années 80 au tout début du développement de ce champ et comme certains le font toujours ? [...] Serait-il préférable d'abandonner cette désignation au profit d'une dénomination plus politisée, celle de savoir autochtone (*Indigenous Knowledge, IK*) ? [...] Doit-on tout au contraire choisir une notion la plus neutre, celle de savoirs locaux (*Local Knowledge, LK*) ? Si cette dernière dénomination a l'inconvénient d'être si large qu'elle en arrive à signifier tout et son contraire, elle a au moins l'avantage de n'exclure aucun des détenteurs de ces savoirs, et en particulier tous ceux qui ne sont pas autochtones ou ne veulent pas être désignés comme tels. [...] L'avantage des premières désignations (TEK ou TK) était d'évoquer immédiatement l'ancienneté de ces savoirs, et d'annoncer clairement leur domaine, celui de la nature,

---

<sup>272</sup> Qui correspondait au modèle de l'abondance décrit par Sahlins (1976) dans *Âge de pierre, âge d'abondance* où l'on produit en quantité suffisante tout ce dont on a besoin

<sup>273</sup> Roué, *supra* note 248 à la p 12.

<sup>274</sup> Thomas Kuhn soutient en effet que l'histoire des sciences n'est pas un processus linéaire et continu : elle est, au contraire, un véritable phénomène social dynamique dont le cours s'effectue selon deux phases. D'abord, la « science normale », qui correspond à une période historique dans une discipline donnée, où les chercheurs s'efforcent de tester et de confirmer autant que possible le paradigme existant, c'est-à-dire la base de travail conventionnellement reconnue. Dans cette recherche de normalisation de la « science normale », surgissent un certain nombre d'« anomalies » que le paradigme reconnu ne parvient pas à résoudre. Cette situation s'explique par le fait que cette base de travail est insuffisante pour appréhender les subtilités que présentent les nouveaux objets de recherche. Ensuite, succède à la première phase, celle de la science extraordinaire : elle provient de l'introduction d'une part d'extra-rationalité dans le modèle de pensée classique. Cette introduction d'innovation dans l'approche scientifique traditionnelle provoque ainsi un changement de paradigme dans la manière d'appréhender cette base de travail. Ce mouvement fait régulièrement intervenir des éléments non rationnels et des mécaniques de domination, de rejet, de préjugés, sous l'influence de tensions psychologiques, politiques et historiques divers. Les adhérents « rescapés » du paradigme antérieur perdent néanmoins plus ou moins rapidement leur autorité scientifique, tandis que les partisans du nouveau paradigme qualifient, selon Kuhn, la révolution en cours de « progrès ». Kuhn, *supra* note 31 à la p 10 et suivant. Voir aussi Yentcharé, *supra* note à la p 33.

en posant d'emblée la question du rapport entre les savoirs des populations locales avec la science de l'écologie<sup>275</sup>.

Par-delà la difficulté de trouver une terminologie qui fasse consensus, le qualificatif « traditionnel » se révèle hautement contentieux dans la mesure où il ne réfère pas au caractère suranné des connaissances en cause. Une telle conception pourrait même être accusée de raciste ou de folkloriste. Au contraire, ainsi que le démontre Eugene Anderson, « le caractère traditionnel de leur savoir provient de ce qu'il a été construit depuis plusieurs années et ensuite transmis avec des degrés de fidélité variable pendant au moins deux ou trois générations » [notre traduction]<sup>276</sup>. Et Marie Roué d'explicitier par des exemples qui exposent la nuance qu'il convient de percevoir dans l'appréhension de ce qui fait des connaissances qu'elles soient traditionnelles :

La tradition doit être comprise au contraire comme ce qui relie les hommes d'aujourd'hui aux hommes d'hier, c'est-à-dire l'interprétation par des sociétés contemporaines de ce qu'elles ont reçu de celles qui les ont précédées. Dans cette acception la tradition n'exclut pas le changement. (Amselle 2008 ; Goody 1977 ; Lenclud 1987 ; Pouillon 1998). Les peuples autochtones, tout comme les cultures occidentales, sont en effet modernes et vivent, eux aussi, dans la contemporanéité (Latour 1991 ; Augé 1994). Quand les Inuits adoptent, pour chasser, tous les derniers avatars techniques de nos sociétés, vêtement comme mode de transport ou arme à feu, ils continuent à chasser « leurs » animaux, en utilisant leur compétence du terrain, leurs savoirs sur les conditions climatiques, les déplacements, la biologie des animaux, et en considérant, tout comme leurs ancêtres, qu'il leur faut respecter les animaux qui se donnent à eux. Cette acception de la tradition est donc bien loin d'une opposition à la modernité<sup>277</sup>.

Cependant, il n'est pas certain que de tels niveaux de nuance aient été diffusés de façon neutre dans les autres cercles scientifiques et dans la société de façon générale. Bien souvent, la confusion du traditionnel, que le sens commun oppose d'emblée au moderne, continuera d'alimenter certaines réflexions hors du champ propre de l'ethnobiologie<sup>278</sup>. En tout état de cause, se construit dans les milieux ethno-scientifiques le mythe du bon sauvage, protecteur de Gaïa, comme la citation ci-après le démontre :

Ce que savent les peuples autochtones, ce qu'ils savent faire et surtout leurs représentations du monde sont intimement liées : leur pensée procède d'une démarche

---

<sup>275</sup> Roué, *supra* note 248 à la p 2.

<sup>276</sup> Anderson, *supra* note 238 à la p 2.

<sup>277</sup> Roué, *supra* note 248 à la p 3.

<sup>278</sup> Voir ci-dessous la section relative à « La double-confusion à propos du prédicat « traditionnel » et de la production incrémentale des connaissances des PACL » au chapitre 3 de cette thèse.

holiste. La vision occidentale dichotomique qui sépare la Nature de la Culture, et l'homme de tous les autres êtres vivants, n'est nullement la leur. Les peuples autochtones ne font jamais de la science en tant qu'activité séparée. Notre science occidentale, elle, s'est constituée en se coupant de la philosophie et de la religion, et en séparant de surcroît chaque domaine scientifique de celui des autres sciences. Enfin l'opposition entre savoir et croire, cette volonté d'universalité de la science qui cherche des lois valables en toutes circonstances est une démarche que ne partagent qu'en partie les « savants » autochtones<sup>279</sup>.

Ensuite, l'ethnobiologie participe à construire l'idée d'une production incrémentale des connaissances traditionnelles. Pour comprendre ceci, il faut remonter en particulier aux travaux de Claude Lévi-Strauss. En effet, celui-ci avait contribué à affirmer la validité scientifique des connaissances qu'il qualifie de « premières », terme moins controversé que celui de primitif de Lucien Lévi-Bruhl<sup>280</sup>. Pour ce faire, il emploiera une allégorie, celle du bricoleur et de l'ingénieur. Aux termes de celle-ci, alors que l'ingénieur reste extérieur au monde *naturel* qu'il manipule,

la règle [du] jeu [du bricoleur] est de toujours s'arranger avec les “moyens du bord”, c'est-à-dire un ensemble à chaque instant fini d'outils et de matériaux, hétéroclites au surplus, parce que la composition de l'ensemble n'est pas en rapport avec le projet du moment, ni d'ailleurs avec aucun projet particulier, mais est le résultat contingent de toutes les occasions qui se sont présentées de renouveler ou d'enrichir le stock, ou de l'entretenir avec les résidus de constructions et de destructions antérieures<sup>281</sup>.

Or, ainsi que Marie Roué le souligne, le fait que « la postérité ait choisi de se souvenir seulement du terme de bricolage qui, pour certains lecteurs superficiels, souvent anglo-saxons, a masqué la subtilité d'une réflexion épistémologique sur la comparaison entre pensée « rationnelle » occidentale et pensée « sauvage »<sup>282</sup>. En effet, à l'instar de la confusion sémantique que provoque le qualificatif du *traditionnel* des savoirs autochtones, la notion de bricolage a été entendue comme étant le propre d'une activité préscientifique, non-orientée vers une finalité de création suivant la méthodologie rigoureuse et rationnelle de l'expérimentation que l'on reconnaît à la science depuis René Descartes. Or, déjà marqués du qualificatif également controversé de « traditionnel », les

---

<sup>279</sup> Roué, *supra* note 248 à la p 2.

<sup>280</sup> Il affirmera d'ailleurs à ce sujet qu'« Au lieu, donc, d'opposer magie et science, il vaudrait mieux les mettre en parallèle, comme deux modes de connaissance, inégaux quant aux résultats théoriques et pratiques, [...] mais non par le genre d'opération mentale qu'elles supposent toutes deux ».

<sup>281</sup> Lévi-Strauss, *supra* note 253 à la p 31.

<sup>282</sup> Roué, *supra* note 248 à la p 9.

savoirs autochtones ont été relégués au domaine de l'anté-civilisationnel au fur et à mesure de la diffusion du concept dans le corps social.

Enfin, un autre paradigme se construit à la faveur du développement de l'ethnobiologie grâce à l'interaction croissante entre chercheurs et communautés : celui de la juste compensation<sup>283</sup> des premiers par les seconds, en tant que manifestation d'une éthique de la recherche. En effet, au départ, deux programmes de recherche avaient provoqué une réflexion à propos du consentement volontaire des participants, de la réalisation d'une évaluation des coûts versus les bénéfices attendus de la recherche, et de l'assurance que les participants peuvent se retirer d'une étude sans aucune conséquence pour eux. Il s'agit notamment d'une étude sur la syphilis de Tuskegee (1932-1972) et d'une expérimentation humaine atroce sur les prisonniers des camps de concentration dans l'Allemagne nazie pendant les années 1940 pendant la Seconde Guerre mondiale<sup>284</sup>. Par ailleurs, les ethnobiologistes et anthropologues avaient été également incriminés pour leur rôle controversé dans d'autres affaires telles que celles du Projet Camelot au Chili et durant la guerre du Vietnam<sup>285</sup>, où la collecte d'informations à caractère militaire pendant les périodes de guerre se réalisait sous couvert de sciences sociales.

Pour pallier cette situation, les milieux scientifiques concernés vont se lancer dans l'élaboration de standards éthiques en vue de (re)donner un visage plus humain à leurs travaux et d'en assurer la responsabilité sociale<sup>286</sup>. Le secteur de la bioprospection n'est pas exclu de ce mouvement général, avec l'œuvre du lanceur d'alerte de Darell Posey, un anthropologue et biologiste de formation, dont la carrière avait commencé par son intérêt pour l'ethno-entomologie et la gestion traditionnelle des ressources par les Kayapo du Brésil. De fait, il avait eu très tôt l'intuition que les systèmes traditionnels de gestion des ressources étaient d'une importance capitale pour la mise en œuvre du concept de développement durable<sup>287</sup>. Il en vint ainsi à diriger le premier congrès de la Société internationale d'ethnobiologie (International Society of Ethnobiology, ISE), ayant

---

<sup>283</sup> Nous empruntons l'idée de la "juste compensation" à Darell Posey lui-même. Voir à la note 289 infra les références complètes de l'article qu'il y consacre.

<sup>284</sup> Preston Hardison et Kelly Bannister, " Ethics in Ethnobiology: History, International Law and Policy, and Contemporary Issues", in Anderson et al, *supra* note 238.

<sup>285</sup> Pour plus de détails, voir Kalman H Silvert, « American Academic Ethics and Social Research Abroad: The Lesson of Project Camelot » (1965) 9:3 Background 215-236, DOI : 10.2307/3013706.

<sup>286</sup> Ford, *supra* note 241 à la p 17.

<sup>287</sup> *Ibid* à la p 32.

conduit à l'adoption de la déclaration de Belém dont la résolution 4 contient les prémisses du partage des fruits de l'innovation avec les peuples autochtones et communautés locales. Aux termes de celui-ci, « Nous, membres de l'International Society of Ethnobiology, demandons instamment que l'on agisse comme suit: [...] 4. Procédures à développer pour indemniser les peuples autochtones pour l'utilisation de leurs connaissances et de leurs ressources biologiques »<sup>288</sup> [Notre traduction].

L'œuvre militante de Darrell – du moins en rapport avec cette thèse – culmine en 1990 avec la publication d'un article intitulé « *Intellectual property rights and just compensation for indigenous knowledge* »<sup>289</sup>. Dans ce travail, Posey commence par souligner l'importance des connaissances traditionnelles et le fait que pour plusieurs raisons (notamment, le changement rapide de culture<sup>290</sup>) elles disparaissent. Il rappelle ensuite qu'il n'y a nulle part aucune disposition juridique protégeant les connaissances traditionnelles, et que malgré leurs plaintes répétées, ces connaissances sont exploitées sans aucune compensation. De plus, il utilisera plusieurs statistiques pour signifier la valeur des connaissances traditionnelles pour l'industrie cosmétologique, pharmaceutique et semencière, qui toutes s'en inspirent pour fabriquer de nouveaux produits. Aussi, affirmera-t-il :

Maintenant, plus que jamais, les droits de propriété intellectuelle des peuples autochtones doivent être protégés, et une juste compensation pour la connaissance doit être garantie. Nous ne pouvons pas simplement compter sur la « bonne volonté » des entreprises et des institutions pour « faire droit » aux peuples autochtones. Si quelque chose n'est pas fait maintenant, l'exploitation des richesses du savoir indigène deviendra la dernière forme d'exploitation néocoloniale des peuples autochtones. La question de l'obtention des droits de propriété intellectuelle pour les peuples autochtones sera le principal problème éthique, intellectuel et pratique auquel les ethnobiologistes et les anthropologues devront faire face dans les années 1990 et constitue un obstacle majeur à l'avancement de ces disciplines<sup>291</sup> [notre traduction].

À la question de savoir si la juste compensation des peuples autochtones et des communautés locales dont il fait l'apologie n'est pas de nature à favoriser le changement de leurs cultures – et

---

<sup>288</sup> Voir « Declaration of Belem » (16 janvier 2017), International Society of Ethnobiology, en ligne: <<http://www.ethnobiology.net/what-we-do/core-programs/global-coalition-2/declaration-of-belem/>>.

<sup>289</sup> Darrell Posey, « Intellectual property rights: and just compensation for indigenous knowledge » (1990) 6:4 *Anthropology Today* 13–16.

<sup>290</sup> *Ibid* à la p 14.

<sup>291</sup> *Ibid* à la p 15.

donc, à terme, leur perte – et la surexploitation de la nature à fins économiques, Posey oppose un argument pour le moins remarquable :

[...] ne pas ouvrir cette boîte de Pandore, c'est accepter la responsabilité éthique et morale d'un paternalisme – l'hypothèse que ceux des « sociétés avancées » savent ce qui est bon pour « l'indigène » parce que « nous » avons déjà fait l'erreur de gaspiller nos richesses culturelles et naturelles – laquelle a miné l'indépendance indigène depuis la première vague de colonialisme<sup>292</sup>[notre traduction].

Il est frappant de noter toutefois que les propositions de Darell Posey écartent l'utilité du droit international pour assurer la juste compensation des peuples autochtones et des communautés locales. De fait, le lanceur d'alerte propose ce qu'il appelle des codes d'éco-ethno éthiques (« *code of eco-ethno ethics* »)<sup>293</sup>. C'est dire qu'il croit davantage en l'efficacité d'une réelle éthique de la coopération entre chercheurs et autochtones, déterminant eux-mêmes les conditions d'une juste compensation pour l'accès que ces derniers donnent à leurs savoirs aux premiers<sup>294</sup> [notre traduction].

La Résolution 4 de la Déclaration de Belém et les réflexions subséquentes de Darell Posey évolueront, et seront intégrées au Code éthique de l'ISE adopté finalement en 2006, soit cinq ans après le décès de Darell Posey, et amendé en 2008 pour une intégration d'un sommaire exécutif et d'un glossaire. En témoigne le point 5 de ce code éthique qui précise qu'« on s'attend à ce que les chercheurs intègrent la réciprocité, le bénéfice mutuel et le partage équitable d'une manière culturellement appropriée et conforme aux souhaits de la communauté concernée [Notre traduction]»<sup>295</sup>; ce qui reflète une admission plus large du principe du partage des fruits de l'innovation avec les peuples autochtones et les communautés locales<sup>296</sup>. Ainsi que le précisent Preston Hardison et Kelly Bannister :

Le Code de déontologie de l'ISE offre des conseils sur des questions clés qui sont débattues en droit international et dans les forums politiques en rapport avec l'appropriation des savoirs traditionnels. Notamment le consentement préalable en connaissance de cause, les conditions convenues d'un commun accord, le partage des

---

<sup>292</sup> *Ibid.*

<sup>293</sup> *Ibid* à la p 16.

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

<sup>295</sup> « Researchers are expected to incorporate reciprocity, mutual benefit, and equitable sharing in ways that are culturally appropriate and consistent with the wishes of the community involved »

<sup>296</sup>. Voir Hardison et Bannister, *supra* note 284 à la p 33.

avantages, le renforcement des capacités, la reconnaissance des lois coutumières et le rôle vital des protocoles de recherche communautaires dans l'évolution de la pratique de la recherche, de la prise de décision et nécessitant probablement des processus et des ententes plus formels pour définir les buts et les termes de la recherche tels qu'ils sont définis par les communautés sources et les détenteurs de savoirs traditionnels<sup>297</sup> [notre traduction].

Le discours scientifique développé dans le champ de l'ethnobiologie a ainsi joué un rôle clé dans la formulation des arguments qui permettent de soutenir la validité du discours de la biopiraterie. Mais un autre discours a contribué, de façon non négligeable, à le renforcer.

## II. Le discours de l'autochtonie

Avec le discours scientifique, un autre discours développé dans le contexte des luttes pour la reconnaissance de l'identité autochtone participera à légitimer la voix de la biopiraterie<sup>298</sup>. Ce nouveau discours se fabrique en réalité en deux étapes : une phase pré-onusienne, et une phase contemporaine à l'activité des Nations-Unies.

### 2.1. La phase pré-onusienne

Il faut remonter à la période de l'expansion coloniale européenne dans les territoires du Nouveau-Monde, le continent américain, pour situer la genèse des exactions subies par les populations amérindiennes, du fait du nouvel occupant<sup>299</sup>. Cependant, la constitution de l'autochtonie en tant que mouvement politique de revendication sur la scène internationale s'appréhende de façon conventionnelle par les auteurs, dès 1923, lorsque « le chef des Iroquois fait son entrée à la Société des Nations à Genève pour plaider la cause de son peuple et faire en sorte que celui-ci soit reconnu comme une nation souveraine »<sup>300</sup>. Bien que le contexte dans lequel se développe cette affaire soit quelque peu différent de celui auquel cette recherche se rapporte (il s'agissait d'une lutte pour la

---

<sup>297</sup> *Ibid* à la p 35

<sup>298</sup> S James Anaya, *Indigenous peoples in international law*, 2nd ed, Oxford, Oxford University Press, 2004 à la p 56.

<sup>299</sup> Rodolfo Stavenhagen, *The emergence of indigenous peoples*, 3, Springer Science & Business Media, 2012 à la p 46.

<sup>300</sup> Nicolas Brahy et Sélim Louafi, « La convention sur la diversité biologique à la croisée de quatre discours », IDDRI, 2004 à la p 19, en ligne : <[http://www.iddri.org/Publications/Collections/Idees-pour-le-debat/id\\_142004\\_louafy.pdf](http://www.iddri.org/Publications/Collections/Idees-pour-le-debat/id_142004_louafy.pdf)> (consulté le 7 août 2015).

reconnaissance de droits fonciers), il n'est pas impertinent de le rappeler, dans la perspective de démontrer qu'elle offre un prélude intéressant et utile pour notre étude, du moins en regard du cadre théorique choisi. En l'espèce, un accord datant de 1784 – le Haldimand Treaty – entre la Grande-Bretagne et les Six Nations accordaient à ces derniers des terres le long de la Rivière Grand dans l'actuel Ontario et leur garantissait une certaine autonomie en matière juridique, en récompense de leur fidélité aux côtés des britanniques durant la révolution américaine.

Les Six Nations, désormais propriétaires fonciers aux termes du Haldimand Treaty, concédèrent d'abord à des individus non-indigènes une portion de leurs terres à des fins d'exploitation agricole, à condition que cette cession ne soit jamais transférée à qui que soit. Par la suite, afin d'obtenir des fonds nécessaires à leur prise en charge économique et sociale, les Six Nations accordèrent des baux de longue durée à d'autres occupants. Cependant, dans ces deux cas de concession, aucune, sinon seulement d'infimes compensations ont été perçues par les peuples natifs installés au Canada.

Il s'en suit, de surcroît, dans les années 1920, une expropriation unilatérale des terres possédées par les Indiens, désormais exploitées pour l'augmentation de la production agricole, aux fins d'assistance des soldats qui combattaient alors durant la première guerre mondiale<sup>301</sup>. Cette expropriation s'est faite grâce à la mise en œuvre d'une politique d'émancipation qui plaçait les Indiens détenteurs de terre sous le régime des lois canadiennes, souvent contre leur gré, puisque ceux-ci souhaitaient demeurer sous l'égide de leurs propres normes d'organisation sociale. Par ailleurs, alors que la police avait été déployée afin d'occuper leurs terres, les Six Nations ont formulé une requête judiciaire formulées contre le gouvernement canadien, arguant que les mesures prises par celui-ci violaient leur droit à l'autonomie gouvernementale interne. Leur requête a été rejetée, jugée irrecevable<sup>302</sup>. Une deuxième requête présentée au gouvernement canadien sera également rejetée.

Pendant ce temps, la permission accordée à d'autres utilisateurs *non-autochtones* des ressources situées sur leurs territoires, alors qu'ils en étaient exclus, exacerbe la volonté des Iroquois de

---

<sup>301</sup> Grace Li Xiu Woo, « Canada's forgotten founders: The modern significance of the Haudenosaunee (Iroquois) application for membership in the League of Nations » (2003) 30 Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD) 03 1 à la p 9.

<sup>302</sup> Emmanuelle Sibeud, « Entre geste impériale et cause internationale: défendre les indigènes à Genève dans les années 1920 » [2014] 2 Monde (s) 23–43 à la p 40.

rechercher la protection de la Couronne<sup>303</sup>. Aussi, l'approche des représentants des Six Nations consistera-t-elle à s'adresser au souverain britannique. Mais celui-ci les renverra au gouvernement canadien pour l'excellent motif qu'il s'agit d'une affaire interne, donc ne ressortissant pas de sa compétence.

Changeant de stratégie, le chef iroquois Levi General, qui porte le titre traditionnel de chef Deskaheh, entend profiter du système de protection des minorités établi dans le cadre de la SDN<sup>304</sup>. Ce système avait pour objectif « le maintien de la paix et de la stabilité dans les parties d'Europe où les questions de minorités pouvaient déclencher un différend international »<sup>305</sup>.

Deskaheh, conseillé par son avocat George Decker et soutenu par l'ambassadeur néerlandais à Washington, investit la SDN afin de déposer une plainte contre le Canada en 1923. Celle-ci porte sur

[La] validation des patentes royales anglaises reconnaissant l'indépendance de l'Iroquois, la demande d'une indemnité pour les agressions commises contre son territoire, le remboursement des taxes retenues par le Canada et le libre-passage à travers le territoire canadien jusqu'à l'océan. Enfin, le délégué iroquois demandera à la SDN « de protéger et de garantir son indépendance si le gouvernement impérial de Grande-Bretagne ne veut plus assumer cette protection »<sup>306</sup>.

Cette seconde tentative échoue, face au refus du secrétariat général de la SDN d'enregistrer la plainte, alors que les gouvernements britanniques et canadiens s'y opposent. Avec le soutien d'ONGs telles que le Bureau international de défense des indigènes, et grâce au leadership militant de Deskaheh qui s'exprimait avec éloquence et persuasion en Français, le mouvement autochtone en constitution gagna les suffrages de quelques pays (notamment l'Estonie, le Panama, la Perse et la République indépendante d'Irlande)<sup>307</sup>. Par ailleurs, la cause des Six Nations indiennes voisines

---

<sup>303</sup> Laurence M Hauptman, *Seven generations of Iroquois leadership: the Six Nations since 1800*, 1st ed, coll The Iroquois and their neighbors, Syracuse, NY, Syracuse University Press, 2008 à la p 131.

<sup>304</sup> Sibeud, *supra* note 302 à la p 40. D'après l'analyse d'Emmanuelle Sibeud, « cette démarche, en tous points conforme aux procédures de la SDN ».

<sup>305</sup> Sebastian Bartsch, « Le système de protection des minorités dans la société des nations » dans Andre Liebich et André Reszler, dir, *L'Europe centrale et ses minorités : vers une solution européenne ?*, coll International, Genève, Graduate Institute Publications, 2015, 37-50, en ligne : L'Europe centrale et ses minorités : vers une solution européenne ? <<http://books.openedition.org/iheid/4805>> (consulté le 29 mai 2017).

<sup>306</sup> Anne-Marie Cruz, « La Genève de 1923 se solidarise avec Deskaheh, chef iroquois », en ligne : LeCourrier <[https://www.lecourrier.ch/123080/la\\_geneve\\_de\\_1923\\_se\\_solidarise\\_avec\\_deskaheh\\_chef\\_iroquois](https://www.lecourrier.ch/123080/la_geneve_de_1923_se_solidarise_avec_deskaheh_chef_iroquois)> (consulté le 29 mai 2017).

<sup>307</sup> Sibeud, *supra* note 302 à la p 40.

de la Rivière Grand atteignit la large audience de l'Assemblée annuelle des États membres de la SDN, grâce à une distribution informelle d'une pétition portée par Deskaheh<sup>308</sup>.

Levi General meurt en Juillet 1925 aux États-Unis, sans avoir pu retourner sur ses terres au Canada. Le combat des Iroquois ne s'est toutefois pas arrêté pour autant. En effet, Nicolas Brahy et Selim Louafi signalent qu'une autre tentative, également sans succès, est réalisée en 1930 par les Iroquois, alors considérés seulement comme une minorité ethnique<sup>309</sup>.

## **2.2. La phase onusienne**

Un travail de « prosélytisme moral » a permis de coordonner les prémisses de la lutte autochtone, qui a ensuite reçu l'adhésion institutionnelle des Nations Unies.

### **2.2.1 L'organisation de la lutte autochtone**

La prise en compte de la question autochtone à l'ONU a été impulsée grâce au travail du lanceur d'alerte Guatémaltèque, Augusto Willemsen-Díaz, qui « favorisa et guida l'introduction des droits des peuples autochtones au niveau international »<sup>310</sup>. En effet, il saisit l'occasion qui lui avait été offerte de participer, en sa qualité de fonctionnaire onusien rattaché à la Sous-Commission de prévention des discriminations et pour la protection des minorités, à la rédaction d'une *Étude spéciale sur la discrimination raciale dans les sphères politique, économique, sociale et culturelle*, pour proposer un chapitre intitulé « Mesures adoptées pour la protection des peuples autochtones ». Cette approche stratégique d'inclusion de la question spécifiquement autochtone dans un rapport qui traite des minorités au sens large ne fut cependant pas sans difficultés<sup>311</sup>. Mais

---

<sup>308</sup> *Ibid.*

<sup>309</sup> Brahy et Louafi, *supra* note 300 à la p 19.

<sup>310</sup> Augusto Willemsen-Díaz, « Comment les droits des peuples autochtones sont entrés à l'ONU, dans Claire Charters et Rodolfo Stavenhagen, dir, La déclaration des droits des peuples autochtones: genèse, enjeux et perspectives de mise en œuvre », Editions L'Harmattan, 2013 à la p 20. Voir notamment la biographie en note infrapaginale.

<sup>311</sup> *Ibid* à la p 21.

elle était motivée par une conviction particulièrement forte. Ainsi que le rapporte Augusto Willemsen-Díaz lui-même :

Il me parut particulièrement important que soit respectée leur vision collective particulière du cosmos et d'eux-mêmes, leur vision du monde différente, notamment le respect de la Terre-Mère et de la nature, d'importance vitale pour eux. Confiant que le succès était possible, je me dévouai à cette cause, tout en remplissant mes obligations de fonctionnaire du Secrétariat général des Nations unies. [...] L'objectif [étant de]: réussir, dans la mesure du possible, à avancer chaque jour pour obtenir la reconnaissance des peuples autochtones comme peuples historiques vivants, et celle de leurs droits humains et libertés fondamentales, mais avec un accent particulier sur les droits collectifs, historiques et spécifiques qui les caractérisent et qui, à travers l'histoire, ont toujours contribué au bien-être et au développement intégral de toute l'humanité, dans une atmosphère de compréhension et de solidarité entre tous et dans le respect des différences<sup>312</sup>.

L'air du temps semblait militer en faveur de Willemsen-Díaz, même si les quelques évolutions qu'il constatait n'étaient pas nécessairement celles qu'il souhaitait. En effet, la *Convention concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants*<sup>313</sup> de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), mieux connue sous l'intitulé Convention (n° 107) relative aux populations autochtones et tribales, adoptée en 1957, était déjà en vigueur. Cependant, elle avait pour limite de rechercher à les protéger et à les *intégrer*, ce qui était largement entendu comme une forme de paternalisme et la poursuite insidieuse du mouvement colonialiste.

Afin de renverser cette trajectoire largement controversée, la stratégie d'Augusto Willemsen-Díaz consista à sensibiliser les différents mouvements autochtones sur la nécessité de mener leur combat non pas à partir de l'extérieur, mais à l'intérieur même du système onusien<sup>314</sup>. Connaisseur du système onusien, Willemsen-Díaz suggéra à ses « amis autochtones » de se constituer en ONG, même si « les peuples autochtones n'étaient pas des ONG en soi »<sup>315</sup> afin d'avoir un statut consultatif au sein de l'ONU. Entre-temps, il joua de son entregent avec l'Anti-Slavery Society et la Commission internationale des juristes, afin que ceux-ci, « [donnant] quelques minutes de leur

---

<sup>312</sup> *Ibid* à la p 23.

<sup>313</sup> *Convention concernant la protection et l'intégration des populations autochtones et autres populations tribales et semi-tribales dans les pays indépendants*, n° 107 du 26 juin 1957 de l'O.I.T.

<sup>314</sup> Willemsen-Díaz, *supra* note 310 à la p 24.

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

temps de parole dans les exposés oraux et quelques paragraphes dans les documents écrits qu'elles présenteraient, [enrichissent] leurs présentations en matière de droits de l'homme par l'ajout d'informations sur les peuples autochtones »<sup>316</sup>. On est ainsi en présence d'un jeu de construction du droit international, qui s'origine dans une stratégie de partenariat entre ONGs dont les idéologies et les activités militantes coïncident avec « avec [les] intentions et des objectifs »<sup>317</sup> des mouvements autochtones *per se* avec lesquelles ces ONGs font alliance.

Même si la déontologie implicite des fonctionnaires onusiens s'accommodait peu d'une alliance trop « affective » avec les mouvements autochtones, en raison des risques d'incidents diplomatiques qui auraient pu en découler<sup>318</sup>, l'action prosélyte engagée suivit lentement son cours et empruntât divers chemins : mise en relief des « voix autochtones » dans des arènes pertinentes, poursuite des alliances avec des mouvements de lutte contre le racisme et l'apartheid, lobbysme auprès de mouvements religieux, etc. La lutte pour la reconnaissance des droits en construction se traduisit par une première « victoire », lorsque le 23 Septembre 1977, une « Déclaration de principes pour la défense des nations et peuples autochtones de l'hémisphère occidental »<sup>319</sup> découlant d'une conférence organisée à propos par des ONGs fut rédigée. Le lieu est emblématique : c'est le Palais des Nations, siège des bureaux de l'ONU à Genève en Suisse qui accueille l'évènement qui se tient pendant quatre jours<sup>320</sup>. L'évènement est véritablement symbolique pour la cause autochtone. Ainsi que le rapporte Françoise Morin :

Pour la première fois, dans les locaux de Genève, une centaine d'Indiens représentaient plus de 60 « nations » autochtones des deux Amériques. Leur séjour à Genève fut largement commenté dans la presse européenne, qui souligna la signification historique de leur venue et salua ce début de reconnaissance internationale. Pour la première fois dans l'histoire, les représentants autochtones pouvaient dialoguer avec les délégués gouvernementaux et faire entendre leur voix sur les liens particuliers qui les unissait à la terre, sur l'importance du droit et des coutumes traditionnels, sur les problèmes posés par l'exploitation des ressources naturelles dans leur territoire et leur manque de contrôle sur ces exploitations, sur la

---

<sup>316</sup> *Ibid* aux pp 24-25.

<sup>317</sup> *Ibid* à la p 25.

<sup>318</sup> *Ibid*. En effet, ainsi qu'il le raconte, Augusto Willemsen-Díaz n'a pas obtenu l'autorisation de son administration afin de se rendre à une réunion organisée par la Fraternité indienne nationale du Canada sur la question des droits autochtones.

<sup>319</sup> UN DOC E/CN.4/Sub.2/476/Add.5 Annexe 4 (1981).

<sup>320</sup> Soit du 20 au 23 septembre 1977.

nécessité de respecter leur culture et de protéger leur héritage, et sur leur volonté d'autodétermination<sup>321</sup>.

D'après le commentaire de cette déclaration qui est proposé par Nicolas Brahy et Selim Louafi :

Cette déclaration contient déjà tous les éléments de la question autochtone. Elle aborde notamment une question centrale, en revendiquant la personnalité juridique de droit international des peuples autochtones. Elle souligne l'importance des traités conclus par les puissances européennes et dénonce leur tentative d'abrogation. Y figurent aussi des éléments sur la protection de l'environnement et l'intégrité culturelle<sup>322</sup>.

De fait, le contexte géopolitique mondial avait déjà vu l'adoption des 26 principes élaborés dans le cadre de la Déclaration de Stockholm de 1972, qui tente d'articuler objectifs de développement avec questions environnementales<sup>323</sup>. Dès lors, la lutte pour la reconnaissance des autochtones promut une nouvelle construction sociale, celle de la cosmovision : « la terre n'est pas une simple étendue mais une [partie du corps social] et la demeure des ancêtres [et] l'homme n'en est qu'une dimension et pas nécessairement la plus élevée : en tout cas, il n'est ni le centre ni le but premier »<sup>324</sup>. C'est la raison pour laquelle :

Ils invoquent le concept de « terre-mère » que l'on ne peut pas posséder ni s'approprier comme une simple marchandise. La terre est de nature collective et les autochtones ne cessent d'expliquer qu'ils doivent la préserver afin d'assumer leurs responsabilités envers les générations futures<sup>325</sup>.

Cette fabrication du rapport holistique des peuples autochtones à la Terre – inspiré du mythe du bon sauvage fabriqué dans les ethnosciences - sera officiellement consacrée en 1981 lorsqu'une nouvelle Conférence des ONGs sur les peuples autochtones et la Terre se tint au Palais des Nations<sup>326</sup>. Cette fabrication de la notion de rapport holistique a du succès puisqu'elle s'appuie sur des paradigmes propres au champ de l'écodéveloppement<sup>327</sup> (qui deviendra développement

---

<sup>321</sup> Françoise Morin, « L'ONU comme creuset de l'autochtonie » (2005) 5 *Parcours anthropologiques* 35 à la p 37.

<sup>322</sup> Brahy et Louafi, *supra* note 300 à la p 19.

<sup>323</sup> Voir Déclaration de Stockholm de 1972...Référence McGill

<sup>324</sup> Nadia Belaidi et al, « Autochtonie(s) et sociétés contemporaines. La diversité culturelle, entre division et cohésion sociale » [2016] 72 *Droit et cultures Revue internationale interdisciplinaire* 43-76 à la p 56.

<sup>325</sup> Morin, *supra* note 321 à la p 40.

<sup>326</sup> Willemsen-Díaz, *supra* note 310 à la p 26.

<sup>327</sup> Voir les travaux d'Ignacy Sachs sur le concept d'écodéveloppement

durable dans les années suivantes), lesquels sont réorganisés à l'intérieur de la logique stratégique des luttes autochtones.

En tout état de cause, l'association conceptuelle entre protection de l'environnement et identité culturelle est renforcée par l'effet de mise en scène de soi emprunté par les leaders autochtones, dans la mesure où la manière de présenter leur « façade »<sup>328</sup> est objectivement destinée à servir d'arme de guerre dans la lutte dans laquelle ils sont investis. À ce sujet, Françoise Morin, citant Rostkowski (1986), souligne qu'à cette première conférence organisée dans les locaux de l'ONU, les représentants autochtones revêtus de leurs costumes traditionnels<sup>329</sup> ont su impressionner et réussi à faire entendre leur voix : en effet, « deux articles de la Convention 169 de l'OIT, neuf articles de la Déclaration des Droits des Peuples Autochtones et le Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio 1992) tiennent compte de leur lien particulier à la terre »<sup>330</sup>.

Il convient aussi de souligner qu'alors que la question de la juste compensation et de la protection des connaissances traditionnelles se conceptualise sous l'impulsion de Darell Posey en 1988, un autre événement majeur vient consolider, dans la même période, le lien entre la question autochtone et la conservation de la nature. De fait, Chico Mendès, leader charismatique de populations amazoniennes, est assassiné cette même année 1988 dans le cadre d'un conflit opposant des petits paysans et de gros propriétaires agricoles<sup>331</sup>. Il en résulte une importante médiatisation qui conduit à idéaliser l'image des habitants de la forêt comme ayant un mode de vie favorable à la préservation de la diversité biologique<sup>332</sup>. Catherine Aubertin, Florence Pinton et Valérie Boisvert ont proposé une explication à cette situation :

Les organisations indigènes ont ainsi trouvé dans le mouvement international en faveur de l'environnement l'opportunité d'alerter l'opinion publique des pays industrialisés sur leur sort et le moyen de faire pression sur les États-nations pour voir

---

<sup>328</sup> Le terme « façade » est emprunté au sociologue et linguiste américain d'origine canadienne Erving Goffman, dans son travail sur *La mise en scène de la vie quotidienne*. Celui-ci y défend une appréhension du monde social comme une scène de théâtre, et l'interaction entre êtres humains comme une représentation dramaturgique. Pour plus de détails, voir Erving Goffman, *La mise en scène de la vie quotidienne*, Paris, Éditions de Minuit, 1973. Voir aussi une application de ce cadre conceptuel à la problématique de la publication abondante en sciences juridiques, *supra* note 89.

<sup>329</sup> *Supra* note 428.

<sup>330</sup> Morin, *supra* note 321 à la p 40.

<sup>331</sup> Brahy et Louafi, *supra* note 300 à la p 21.

<sup>332</sup> *Ibid.*

reconnaître leurs droits. Elles ont utilisé leur image écologique pour s'adresser directement aux agences de financement multilatérales dont les États du Sud endettés étaient largement tributaires. Une relation directe s'est établie entre des groupes autochtones locaux et des organisations internationales de protection de la nature, les premiers adoptant le langage des seconds et les seconds se faisant l'écho des luttes politiques des premiers, notamment de leurs revendications territoriales. Les droits sur la terre et sur les ressources naturelles sont apparus comme le thème fédérateur<sup>333</sup>.

Cette identité nouvellement construite, sur fonds de lutte entre une idéologie capitaliste et une autre plus communautariste, permettra de fabriquer l'idée de « gestion participative mentionnée dans l'Agenda 21, la CDB ou encore la stratégie de l'UICN ou de la Banque Mondiale »<sup>334</sup>. Parallèlement, le champ scientifique de l'ethnobiologie puise dans le discours autochtone pour renforcer son paradigme de l'implication des peuples autochtones et des communautés locales, en même temps qu'il soutient celui de l'autochtonie sur la conservation de la nature :

Lors du second congrès [de la Société internationale d'ethnobiologie (ISE)] à Kunming (Chine) en 1990, un plan d'action est élaboré, le *Kunming Action Plan* (KAP), établissant l'agenda politique pour les membres de l'ISE. Le KAP appelle notamment à la création d'un organe permanent, *The Global Coalition for Biological and Cultural Diversity*, dont l'objectif est de mettre en place une stratégie vigoureuse pour l'utilisation des connaissances « traditionnelles », l'implication des populations locales dans l'élaboration et la mise en œuvre des stratégies de conservation. Cette coalition a aussitôt entrepris d'influencer le contenu de la conférence de Rio pour que soit pris en compte le lien entre diversité biologique et diversité culturelle. Son action se manifeste notamment par l'organisation du très médiatique « Parlement de la Terre » regroupant un grand nombre de représentants de populations autochtones (ou se considérant comme tels)<sup>335</sup>.

Il faut donc en conclure que ce n'est pas en vertu d'un mouvement linéaire que le discours autochtone se nourrit du discours scientifique. Les deux milieux s'empruntent des arguments et les orientent en vertu des finalités que leurs acteurs poursuivent : d'un point de vue théorique, ceci s'explique par le fait que ces arguments sont de véritables paradigmes tels qu'entendus par Thomas Kuhn<sup>336</sup>. Une autre étape sera franchie avec la publication du rapport Cobo.

---

<sup>333</sup> Catherine Aubertin, Florence Pinton et Valérie Boisvert, *Les marchés de la biodiversité*, Paris, IRD éditions, 2007 aux pp 154-155.

<sup>334</sup> Brahy et Louafi, *supra* note 300 à la p 21.

<sup>335</sup> *Ibid.*

<sup>336</sup> Kuhn, *supra* note 31 à la p 10.

### 2.2.2 L'avènement décisif du rapport Cobo

Le crédit de la reconnaissance de la cause autochtone ne revient pas seulement aux performances individuelles de Augusto Willemsen-Díaz, soutenu par d'autres mouvements de la société civile qui trouvaient également un intérêt pour ce faire : il fallait aussi compter sur l'engagement des institutions onusiennes elles-mêmes. De fait, l'idée d'organiser des réflexions spécifiques sur la situation des peuples autochtones, alors proposée par Augusto Willemsen-Díaz, avait commencé à faire son chemin et commençait par convaincre les fonctionnaires de l'ONU. Celui-ci avait convaincu ses pairs de la nécessité que la question autochtone ne soit pas traitée comme une question de minorité :

Je m'opposai toutefois à l'idée de la relier, comme cela fut suggéré dans les discussions, à une autre étude qui traiterait des minorités. J'indiquai que, s'il y avait, certes, des similitudes entre autochtones et minorités, il y avait également des différences significatives. Parmi les arguments que j'avançai, et puisque la notion purement numérique de « minorité » avait du succès dans les milieux de l'ONU, je citai les cas de la Bolivie et du Guatemala, en indiquant que les peuples autochtones de ces deux pays représentaient une écrasante majorité<sup>337</sup>.

La mise en œuvre de cette proposition d'une étude séparée sur les problématiques vécues par les autochtones fut finalement entérinée par la Résolution 8 (XXIV) du 18 août 1971, qui nomma José Ricardo Martínez Cobo en tant que Rapporteur spécial, mandaté pour réaliser une *Étude du problème de la discrimination contre les populations autochtones*, mieux connue sous l'appellation Rapport Cobo. En pratique, cependant, « José Ricardo Martínez Cobo décida de me laisser la responsabilité de rédiger le rapport »<sup>338</sup>, confiera Augusto Willemsen-Díaz. Ce document sera central dans la construction de l'autochtonie, en ce qu'il dégage des critères de définition, sans en proposer en tant que tel :

Par communautés, populations et nations autochtones, il faut entendre celles qui, liées par une continuité historique avec les sociétés antérieures à l'invasion et avec les sociétés précoloniales qui se sont développées sur leurs territoires, se jugent distinctes des autres éléments des sociétés qui dominent à présent sur leurs territoires ou parties de ces territoires. Ce sont à présent des éléments non dominants de la société, et elles

---

<sup>337</sup> Willemsen-Díaz, *supra* note 310 à la p 27.

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

sont déterminées à conserver, développer et transmettre aux générations futures les territoires de leurs ancêtres et leur identité ethnique qui constituent la base de la continuité de leur existence en tant que peuple, conformément à leurs propres modèles culturels, à leurs institutions sociales et à leurs systèmes juridiques.

Cette continuité historique peut consister dans le maintien, pendant une longue période jusqu'ici ininterrompue, de l'un des facteurs suivants ou de plusieurs :

- a) l'occupation des terres ancestrales ou au moins d'une partie de ces terres ;
- b) l'ascendance commune avec les premiers occupants de ces terres ;
- c) la culture en général ou sous certaines de ses manifestations (telles que religion, vie en système tribal, appartenance à une communauté autochtone, costume, moyens d'existence, mode de vie, etc.) ;
- d) la langue (qu'elle soit utilisée comme langue unique, comme langue maternelle, comme moyen habituel de communication au foyer ou dans la famille, ou comme langue principale, préférée, habituelle, générale ou normale) ;
- e) l'implantation dans certaines parties du pays ou dans certaines régions du monde ;
- f) d'autres facteurs pertinents<sup>339</sup>.

La tentative d'inclusion de la terminologie « peuples », plutôt que « populations » autochtones dans le rapport Cobo butta contre l'habitus des fonctionnaires onusiens et des États membres de l'ONU, déjà familiarisés avec l'expression « populations autochtones », en raison de son usage généralisé depuis l'étude antérieure sur la discrimination raciale. La décennie suivante sera bien plus riche en résultats positifs. En effet, une résolution 1982/34 du 7 mai 1982 de l'ONU établit d'abord le Groupe de Travail sur les populations autochtones, qui a pour spécificité d'accorder un temps de parole à des représentants de mouvements autochtones, rompant ainsi avec « toutes les règles qui prévalaient dans les autres structures de l'ONU où seuls les États et les ONG accréditées pouvaient participer »<sup>340</sup>. Ensuite, un fonds de contribution volontaire visant à soutenir la participation des représentants autochtones aux réunions du GTPA, dont l'idée avait déjà été suggérée par Augusto Willemsen-Díaz, finit par être opérationnel dès 1988 et continue de fonctionner jusqu'à nos jours<sup>341</sup>.

---

<sup>339</sup> José R Martínez Cobo, *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, United Nations Economic and Social Council, 1983.

<sup>340</sup> Morin, *supra* note 321 à la p 38.

<sup>341</sup> Willemsen-Díaz, *supra* note 310 à la p 30 à 34.

Par ailleurs, l'article 8 de la Résolution 49/214 de l'Assemblée Générale des Nations Unies consacre le 9 août comme journée internationale des peuples autochtones. Cette journée devait être célébrée chaque année de la Décennie internationale des populations autochtones qui avait commencé le 10 décembre 1994<sup>342</sup>. Pourtant, elle a continué d'être célébrée pendant une Deuxième Décennie<sup>343</sup>, proclamée le 20 décembre 2004. C'est durant cette seconde décennie que sera adoptée la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA)<sup>344</sup>, soit le 13 septembre 2007. Il est intéressant de remarquer le Préambule de cette Déclaration qui fait référence au droit à la différence des peuples autochtones<sup>345</sup>, et reconnaît :

- Les « injustices historiques à cause, entre autres, de la colonisation et de la dépossession de leurs terres, territoires et ressources, ce qui les a empêchés d'exercer, notamment, leur droit au développement conformément à leurs propres besoins et intérêts »<sup>346</sup>,
- Le respect des « traités, accords et autres arrangements constructifs conclus avec les États »<sup>347</sup>,
- Le « respect des savoirs, des cultures et des pratiques traditionnelles autochtones contribue à une mise en valeur durable et équitable de l'environnement et à sa bonne gestion »<sup>348</sup> ;
- Les « droits collectifs qui sont indispensables à leur existence, à leur bien-être et à leur développement intégral en tant que peuples »<sup>349</sup>.

Ces injustices à l'encontre des peuples autochtones et la promotion de leurs droits collectifs et valeurs énumérées dans le préambule de la DNUDPA (dont seulement les plus pertinentes pour cette thèse sont rapportées ici) témoignent de la place prépondérante que ceux-ci ont joué dans l'élaboration de ce texte onusien. Ceux-ci se sont investis dans une lutte longue (et continuent de

---

<sup>342</sup> *Décennie internationale des populations autochtones*, Rés AG 48/163, Doc off AGNU, 48<sup>e</sup> session, A/RES/48/163 (1994).

<sup>343</sup> *Deuxième Décennie internationale des populations autochtones*, Rés 59/174, Doc off AGNU, 59<sup>e</sup> session, A/RES/59/174 (2005).

<sup>344</sup> *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés 61/295, Doc off AGNU, 61<sup>e</sup> session, A/RES/61/295 (2007)

<sup>345</sup> Le préambule de la Déclaration pose à cet effet que les États membres de l'Assemblée générale des Nations Unies « [Affirment] que les peuples autochtones sont égaux à tous les autres peuples, tout en reconnaissant le droit de tous les peuples *d'être différents, de s'estimer différents et d'être respectés en tant que tels* » [Nos italiques].

<sup>346</sup> Préambule de Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, *supra* note 447 à la p 2.

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

<sup>348</sup> *Ibid.*

<sup>349</sup> *Ibid* à la p 3.

le faire puisque le succès dans l'univers du droit<sup>350</sup> ne signifie pas pour autant une victoire dans le monde réel), mais gagnante, grâce au déploiement d'une stratégie qui a associé diversité biologique et diversité culturelle. Derrière cette association, il y a en filigrane l'idée que « lorsque les connaissances traditionnelles sont soutenues, récompensées et encouragées, nous assistons à une revitalisation des langues locales et à une augmentation de la diversité biologique locale »<sup>351</sup>[Notre traduction].

Il en a résulté une perception sociale des peuples autochtones comme des garants de l'harmonie entre la « nature » et la « culture », pourtant spoliés par des chercheurs du Nord avides de prestige et prêts à tout pour construire et/ou renforcer leur capital de réputation par l'obtention de brevets<sup>352</sup>. Même s'il s'agit d'une importante simplification des rapports entre chercheurs et communautés<sup>353</sup>, elle assure, du moins partiellement, l'existence sociale de la biopiraterie : celle-ci procède donc de la fabrication des discours scientifique et autochtone qui se sont stratégiquement servis l'un de l'autre afin de légitimer les luttes qu'elles combattaient dans leurs propres champs. Un autre discours, celui des organisations non gouvernementales (ONGs) et des médias, contribuera à diffuser auprès du grand public (donc un public plus large que celui des ethnologues et les mouvements autochtones ainsi que leurs interlocuteurs onusiens) la problématique de la biopiraterie. Il convient de le décrypter.

### **III. Le discours de la société civile**

Bien que le discours des ethnosciences et celui de l'autochtonie aient une part importante dans sa fabrication, l'existence sociale de la biopiraterie a pu compter également sur l'intervention

---

<sup>350</sup> Encore que là, il est tout à fait possible d'émettre des réserves. De fait, la violation des termes de la DNUDPA ne donne lieu à aucune sanction juridique. Même s'il faut considérer que la condamnation politique peut-être tout aussi, sinon parfois plus sévère que celle juridique, il en demeure que du point de vue du droit, ce n'est pas un texte déclenchant l'application d'une sanction.

<sup>351</sup> Rosemary J Coombe, « The Recognition of Indigenous Peoples' and Community Traditional Knowledge in International Law, The » (2001) 14. Thomas L Rev 275 à la p 279.

<sup>352</sup> C'est l'occasion de rappeler une fois de plus que ce n'est pas parce qu'il y a une construction sociale que l'événement auquel celle-ci se rapporte est faux : le chemin de la construction sociale vise, entre autres choses, à décoder les stratégies des acteurs et à décrypter dans la rhétorique, les valeurs qui motivent les acteurs du champ sous étude.

<sup>353</sup> En effet, l'on peut rationnellement supposer que tous les chercheurs ne sont pas des « voleurs » de savoirs traditionnels, qu'il y a certainement eu, historiquement, des cas de spoliation de connaissances traditionnelles ; autant qu'il convient de considérer que si les modes de vie des peuples autochtones peuvent être utiles pour protéger l'environnement, il n'en demeure pas moins que historiquement, il a été rapporté que certaines de leurs pratiques furent particulièrement destructrices de la biodiversité.

d'organisations non gouvernementales et la récupération médiatique des faits dénoncés par ces organisations. Avant d'analyser leur discours, il convient de présenter le contexte géopolitique mondial qui préside à la construction de cette rhétorique de la société civile.

### 3.1 Le contexte géopolitique mondial

Le contexte géopolitique qui précède l'intervention des acteurs de la société civile dans la problématique de la biopiraterie est marqué par une série de développements dans le champ du droit américain des brevets qui exacerbe des problématiques environnementales qui avaient déjà cours depuis quelques décennies. De fait, en 1980, la Cour suprême des États-Unis d'Amérique rend la décision *Diamond c. Chakrabarty*<sup>354</sup>, désormais bien célèbre. Et pour cause : elle est relative à une affaire impliquant un biochimiste du nom de Ananda Chakrabarty, employé de la société General Electric, qui mit au point une bactérie du genre *Pseudomonas*, capable de dégrader tous les composants du pétrole, l'utilité d'une telle réalisation étant de contribuer à limiter les dommages d'éventuelles marées noires de pétrole. Il fit une demande de brevet portant sur trois points : le procédé de production de la bactérie, l'inoculum constitué de support capable de flotter sur l'eau, et sur la bactérie elle-même. Alors que les deux premiers brevets furent accordés sans problèmes, celui sur la bactérie elle-même fut rejeté par l'Office américain de la propriété intellectuelle. Portée devant la Cour suprême, les juges statuant, à une majorité de cinq contre quatre lui accordèrent la protection de son invention aux motifs que « *Everthing under the sun that is made by man [is patentable]* »<sup>355</sup> : la brevetabilité du vivant est ainsi consacrée.

La décision *Diamond c. Chakrabarty* est tout à fait innovante d'un point de vue non seulement juridique, mais encore philosophique. En effet, dans l'état antérieur à leur prononcé, les droits de

---

<sup>354</sup> « *Diamond v. Chakrabarty* 447 U.S. 303 (1980) », en ligne : Justia Law <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/303/case.html>> (consulté le 15 mars 2015).

<sup>355</sup> Daniel Kevles, « *Diamond v. Chakrabarty and beyond: The political economy of patenting life* » [1998] *Private science: Biotechnology and the rise of the molecular sciences* 65-79; Douglas Robinson et Nina Medlock, « *Diamond v. Chakrabarty: a retrospective on 25 years of biotech patents* » (2005) 17:10 *Intellectual Property & Technology Law Journal* 12-15; Bernard Edelman et Marie Angèle Sanson-Hermitte, *L'Homme, la nature et le droit*, C Bourgois, 1988 à la p 27 et s.; Jean- Christophe Galloux, « La brevetabilité du vivant: historique juridique », in Thérèse Leroux et Lyne Letourneau, dir, *L'être humain, l'animal et l'environnement: dimensions éthiques et juridiques*, Les éditions Thémis, Montréal, Québec, Canada, 1996 à la p 203 et s.; Hiroko Yamane, *Interpreting TRIPS : globalisation of intellectual property rights and access to medicines*, Oxford, Hart publishing, 2011 aux pp 64-66.

propriété intellectuelle sur la matière vivante laissaient pour le moins indifférent, tant que les innovations scientifiques étaient faites grâce à leur concours.<sup>356</sup> Or cette fois-ci, les brevets sont accordés sur le vivant *per se*, ce qui dénote d'un changement du rapport de l'homme à la nature : celui-ci peut prétendre la posséder<sup>357</sup>. Il en résulte que la marchandisation qui se profile porte avec elle l'espérance d'importants gains économiques.

Parallèlement à ce tournant jurisprudentiel emblématique, au début des années 1980, l'économie américaine souffrait d'un important déficit commercial : la part des États-Unis dans la production mondiale était passée de 40,3% en 1950 à 21,8% en 1980<sup>358</sup>. Comparativement, « la part attribuée à la [communauté économique européenne] s'est élevée pendant cette période de 21,1% à 29,8%, avec la part japonaise de 1,6% à 8,8%, et celle des PVD, de 12,7% à 17,9% »<sup>359</sup>. Au départ, ce déséquilibre de la balance commerciale américaine était attribué à la hausse du dollar qui augmentait le prix des produits américains sur les marchés étrangers.<sup>360</sup> Mais très vite, la concurrence étrangère sera mise en cause ; l'Accord de Plaza de 1985, ayant planifié la dévaluation du dollar ne s'avérant finalement qu'une solution partielle<sup>361</sup>. Cette concurrence étrangère, déloyale parce que fondée sur une contrefaçon des biens produits par les firmes américaines, est présumée responsable d'un manque à gagner dont elles souffrent :

[...] C'est en acquérant un savoir-faire de nouveaux produits – médicaments, ordinateurs, équipements de télécommunication, produits chimiques et autres – que les compagnies américaines sont devenues si compétitives. Et ce savoir-faire est volé par la non reconnaissance de droits découlant de leurs brevets [Notre traduction]<sup>362</sup>.

---

<sup>356</sup> Jean-Christophe Galloux rapporte à cet effet que l'on n'avait jamais questionné d'un point de vue éthique la brevetabilité des processus de fermentation, de fabrication de pain, de bière, de vinaigre ou de cultures de levures, ni même sur une levure obtenue par Louis Pasteur, sur un sérum et une bactérie-vaccin (probablement du fait de leur utilité thérapeutique. Voir Galloux, *supra* note 361 à la p 210.

<sup>357</sup> Pamela Obertan, *Le brevet sur le vivant, une menace au droit à l'autodétermination des peuples autochtones?* Mémoire de maîtrise, Département des sciences juridiques, Université de Québec à Montréal, 2006 à la p 22. L'étude de cette auteure démontre que la brevetabilité du vivant provoque un changement de paradigme dans la perception que l'homme a de la nature. Autrefois « sacralisée », celle-ci est désormais réifiée et peut faire l'objet de commerce.

<sup>358</sup> Shu Zhang, *De l'OMPI au GATT: protection internationale de droits de propriété intellectuelle (DPI)*, Paris, Éditions Litec, 1994 à la p 207.

<sup>359</sup> *Ibid.*

<sup>360</sup> Jean-Frédéric Morin, *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, Bruxelles, Larcier, 2007 à la p 104.

<sup>361</sup> Zhang, *supra* note 358 à la p 207; Morin, *supra* note 360 à la p 102.

<sup>362</sup> C'est le propos de Barry MacTaggart, président de la firme pharmaceutique Pfizer. « It is in acquiring the knowledge to make new products – computers, pharmaceuticals, telecommunications equipment, chemicals and others – that American companies

Ces plaintes sont confirmées par des statistiques : en 1985, les pertes subies par le seul secteur de l'agriculture se chiffrent entre 150 et 300 millions de dollars par an.<sup>363</sup> Ces accusations attirant l'attention du gouvernement américain, celui-ci envisagea la conduite d'une étude de portée plus grande par la Commission du commerce international, touchant à tous les secteurs de l'industrie. Les conclusions de celle-ci soutinrent fortement les allégations des industriels américains, puisqu'elle évaluait les gains manqués du fait de la contrefaçon à 16% du déficit commercial en 1986, correspondant à 23,8 milliards de dollars.<sup>364</sup> Or, ainsi que l'analyse Jean-Frédéric Morin :

Rendre la contrefaçon étrangère responsable d'une part du déficit commercial représentait une échappatoire facile et attirante pour les décideurs publics. Elle leur permettait d'absoudre leurs propres politiques économiques de la responsabilité du déficit commercial<sup>365</sup>.

Dans le même temps, une telle approche servait nécessairement les intérêts des firmes américaines dans la mesure où leurs revendications, internalisées par les décideurs politiques, mèneraient à les inscrire au sein même de l'agenda de la politique commerciale américaine. Ce fut la première étape de la construction du discours qui voulait légitimer le renforcement de la protection de la propriété intellectuelle en l'inscrivant dans le contexte du système commercial multilatéral. Celle-ci s'est poursuivie par la diffusion d'une rhétorique éthique, qui a d'abord associé la propriété du brevet à un droit naturel, alors même que, depuis longtemps, le brevet était considéré comme un privilège<sup>366</sup>. De la sorte, sa violation devait être interprétée comme un acte de « piraterie », activant ainsi l'indignation de tous et déclenchant par le même effet une volonté unanime de rechercher la protection du brevet et sa sanction. Or, s'il fallait sanctionner ceux qui violent les brevets américains, provoquant par ailleurs le déficit de la balance commerciale du pays, il eût fallu le justifier, à tout le moins, juridiquement. Ce fut l'essence de l'article 301 du *Trade and Tariffs Act* des États-Unis de 1984, qui autorise le président à prendre des sanctions contre n'importe quel pays qui restreindrait le commerce américain. Il fut utilisé contre le Brésil et la Corée du Sud<sup>367</sup>.

---

have been so good. And this knowledge is being stolen by the denial of patent rights », extrait de « Stealing from the Mind » (1982) 9 New York Times à la p A25. V. aussi Morin, *supra* note 360 à la p 105.

<sup>363</sup> Morin, *supra* note 360 aux pp 105-106.

<sup>364</sup> *Ibid* à la p 106.

<sup>365</sup> *Ibid* à la p 107.

<sup>366</sup> Sophie Chauveau, « Marchandisation et brevet » dans Michel Vivant, dir, *Propriété intellectuelle et mondialisation: la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?*, Paris, Dalloz, 2004 à la p 106; Obertan, *supra* note 363 à la p 22.

<sup>367</sup> Peter Drahos et John Braithwaite, *Information feudalism: Who owns the knowledge economy?*, Earthscan, London, 2002 à la p 88.

Dans le même temps, cette loi subordonnait le bénéfice du programme américain de préférences commerciales au respect des droits de propriété intellectuelle<sup>368</sup>.

Une telle expérimentation réussie en interne pouvait alors s'exporter à l'échelle internationale et être scellée par un accord international<sup>369</sup>. Le forum légitime, compétent et pertinent<sup>370</sup> pour ce faire, notamment l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) a pourtant été écarté par les États-Unis, pour plusieurs raisons bien documentées dans la littérature<sup>371</sup>. Pour ce faire, ces derniers ont dû néanmoins compter sur le soutien d'alliés sans l'aide desquels une telle démarche aurait probablement échoué. En effet, un comité de 12 membres, dénommé *Intellectual Property Committee* (IPC), composé de hauts dirigeants d'entreprises pharmaceutiques, du génie logiciel et du divertissement<sup>372</sup> s'adressèrent à leurs homologues européens et japonais afin qu'ils reproduisent la même stratégie ayant abouti à la prise en compte de la propriété intellectuelle dans l'agenda de la politique commerciale de leurs pays respectifs<sup>373</sup>. Ceux-ci soutinrent la démarche. Leurs gouvernements appuyèrent l'inscription de cette question dans le cycle d'Uruguay, alors que les délégations argentine et brésilienne s'y opposèrent fermement<sup>374</sup>. Il n'en demeure pas moins que la propriété intellectuelle fut mise à l'agenda de ce cycle de négociation tarifaire et commerciale.

La vision américaine de la propriété intellectuelle finit par triompher, grâce à l'effet conjugué de

---

<sup>368</sup> Morin, *supra* note 360 aux pp 115-116. On peut légitimement penser que les États-Unis ont inclut cette prescription, parce que confiants que l'expérience réussie de la menace d'utiliser l'article 301 dans sa version originale de 1974 contre la Corée du Sud, la Hongrie, le Mexique, Singapour et Taiwan s'ils ne changent pas leurs lois de propriété intellectuelle dans un sens qui convient aux États-Unis, est reproductible.

<sup>369</sup> Guy-Philippe Wells, *Une perspective néogramscienne des origines de l'ADPIC*, Mémoire de maîtrise, Département de science politique, Université du Québec à Montréal, 2014 à la p 45).

<sup>370</sup> Zhang, *supra* note 358 à la p 269.

<sup>371</sup> Pour plus de détails sur cette question, V. Shu Zhang, *supra* note 358, aux pp 269-293. Entre autres raisons, on peut évoquer l'existence quasi-systématique de deux blocs de pays (développés et en développement) à l'OMPI qui restreint les chances de succès des États-Unis dans les négociations, le caractère moins favorable du système de vote existant à l'OMPI plutôt que celui du consensus en vigueur au sein du GATT, le caractère favorable de la culture institutionnelle de l'OMPI plus favorable aux pays en développement, la facilité pour les États-Unis de « négocier des règles imposant des modifications aux droits nationaux avec des négociateurs commerciaux plutôt proches du pouvoir qu'avec des techniciens de la propriété intellectuelle », V. Morin, *supra* note 360 aux pp 121-122; ou le besoin de ne pas rentrer en conflit avec un État qui violerait les droits de propriété intellectuelle des citoyens américains, V. Wells, *supra* note 375 à la p 68. . Avec le recul, il faut à tout le moins *féliciter* l'ingéniosité d'une telle approche puisqu'ils peuvent désormais obtenir une sanction efficace du non-respect de leurs droits grâce au mécanisme de règlement des différends de l'OMC.

<sup>372</sup> Daniel J Gervais, *The TRIPS agreement: drafting history and analysis*, 4th ed, London, Sweet & Maxwell, 2012 à la p 12.

<sup>373</sup> Drahos et Braithwaite, *supra* note 367 à la p 253.

<sup>374</sup> Gervais, *supra* note 372 à la p 14.

trois séries d'actions. D'abord, les firmes américaines, européennes et japonaises élaborèrent une proposition d'accord sur la propriété intellectuelle en juin 1988, qui se transforma en l'actuel Accord sur les ADPIC, par sa promotion par leurs États respectifs. Ensuite, pour faire taire les vues divergentes qui contestaient ce texte, vraisemblablement trop promoteur des intérêts américains pour satisfaire l'intérêt de tous les États intervenant dans le système commercial multilatéral, les États-Unis amendèrent leur article 301 de la loi de 1984, en deux nouvelles dispositions, le *Super 301* et le *Special 301*, qui le renforcent. Le Brésil, d'abord<sup>375</sup> et plusieurs autres pays en développement<sup>376</sup> ensuite, firent les frais de leur résistance. Enfin, en raison de la règle de l'engagement unique qui prévaut à l'OMC, la majorité des États en développement accepta l'Accord sur les ADPIC : c'était pour eux un pis-aller puisqu'il s'agissait désormais d'être ou ne pas être dans le système commercial multilatéral. À tout le moins, ils pouvaient encore espérer accéder aux marchés du textile et de l'agriculture des pays développés, pour leur prospérité<sup>377</sup>.

### 3.2 L'approche stratégique de la société civile

Dans ce contexte mondial où le gouvernement américain s'assure en 1995 – l'année de son entrée en vigueur – que l'Accord sur les ADPIC est littéralement du *lex americana*, un droit d'où s'origine la brevetabilité du vivant, les résistances à la marchandisation de la nature se manifestent. Plusieurs organisations de la société civile s'investissent dans l'alerte de l'opinion publique, en suivant des lignes idéologiques qui leurs sont propres :

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 naturelle [...]. 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 [...] » [...]. À côté de ce premier groupe, des ONG dont les

---

<sup>375</sup> Susan K Sell, *Private power, public law: the globalization of intellectual property rights*, 88, Cambridge University Press, 2003 à la p 108.

<sup>376</sup> Drahos et Braithwaite, *supra* note 367 à la p 108; Morin, *supra* note 360 à la p 128.

<sup>377</sup> Morin, *supra* note 360 aux pp 129-130.

fondements s'appuient souvent sur des assises religieuses estiment que l'application de 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 [...] <sup>378</sup>.

Dès lors, les « prêt-à-penser » définis par les ethnosciences et la rhétorique des mouvements autochtones, et largement légitimés par l'ère de l'écodéveloppement puis celle du développement durable, deviennent la base du discours contre-hégémonique des organisations de la société civile. Celles-ci reprennent d'abord à leur compte qu'il existe des formes alternatives de savoir, dits « traditionnels », qui ont une valeur quasi-équivalente à l'expertise technoscientifique des chercheurs occidentaux. Pour ces organisations, ces connaissances sont possédées par des peuples autochtones ou du moins par des communautés locales, qui vivent dans un rapport d'harmonie avec la nature. Elles affirment que ces connaissances sont spoliées par des acteurs du Nord qui ne voient dans l'environnement que des « ressources » qu'on peut s'approprier. Elles empruntent ensuite à l'évolution judiciaire et législative récente en matière de propriété intellectuelle aux États-Unis des arguments supplémentaires pour fonder leur praxis : en l'occurrence, ces acteurs du Nord se sont assurés de l'insertion de leur vision dans les législations les plus imposantes à l'échelle planétaire, ce qui leur garantit un monopole sur le patrimoine commun de l'humanité auquel ils ont eu accès gratuitement. Or, ce faisant, elles excluent les autres acteurs de la jouissance de ces biens. Par exemple, pour ce qui concerne les semences, à cause de la brevetabilité du vivant désormais acquise, « il n'y a aucune garantie que [les semences] puissent rester une ressource « gratuite » qui pourrait être échangée entre les agriculteurs » <sup>379</sup>. Jack Kloppenburg, commentant cette situation, affirme en renfort à cet argument que les grains sortent des pays du Sud en tant que patrimoine commun de l'humanité et y retournent en tant que marchandises <sup>380</sup>. Cette situation d'injustice, car constituant *littéralement* « une appropriation indue des ressources des pays en développement » s'arrime, pour certaines « ONG, comme Third World Network [...] à du bio-

---

<sup>378</sup> Jean-Frédéric Morin, « Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle » [2008] 58 *Droit et société* 633-653 à la p 638.

<sup>379</sup> Chris Hamilton, « Biodiversity, Biopiracy and Benefits: What Allegations of Biopiracy Tell Us About Intellectual Property » (2006) 6:3 *Developing World Bioethics* 158-173 à la p 161, DOI : 10.1111/j.1471-8847.2006.00168.x.

<sup>380</sup> Jack Kloppenburg, cité par Hamilton, *supra* note 379.

colonialisme ou à du bio-impérialisme »<sup>381</sup>.

Aussi, le concept de biopiraterie est-il fabriqué en 1993 par Pat Mooney, de l'ONG canadienne Rural Advancement Foundation International (RAFI), actuellement dénommée Groupe ETC, pour désigner l'un des phénomènes contre lesquels lutte son organisation de la société civile. La définition qui lui est donnée illustre d'ailleurs la récente évolution historique qui lui précède. La biopiraterie, c'est: « *the appropriation of the knowledge and genetic resources of farming and indigenous communities by individuals or institutions who seek exclusive monopoly control (patents or intellectual property) over these resources and knowledge* »<sup>382</sup>. L'analyse sémantique de cette définition permet de se rendre compte de l'agrégation des trois discours jusqu'ici explorés :

**Le groupe de mots** [*Appropriation of the knowledge of [...] indigenous communities by individuals or institutions*] **reflète** le discours des ethnosciences et le discours autochtone

**Le groupe de mots** [*Appropriation of [...] genetic resources of farming [...] communities [by] exclusive monopoly control (patents or intellectual property)*] **reflète** le discours des ethnosciences et des organisations de la société civile.

Il est important de souligner que ce concept de biopiraterie émerge en réaction à celui de « bioprospection », proposée par le World Resources Institute, et qui la définit comme : « l'exploration de la biodiversité pour les ressources génétiques et les produits biochimiques d'intérêt commercial »<sup>383</sup> [notre traduction]. Ainsi que le souligne Daniel Robinson, l'ouvrage du World Resources Institute :

[...] a défendu un scénario « gagnant – gagnant » de « partage des bénéfices » et de respect des connaissances autochtones ou traditionnelles, et également un bienfait pour l'humanité à travers la recherche scientifique. Mooney et RAFI sont en désaccord avec ces hypothèses, employant le terme « biopiraterie » pour souligner que l'environnement socio-économique de l'époque rendait pratiquement impossible la conclusion de contrats mutuellement avantageux entre les fournisseurs et les

---

<sup>381</sup> Morin, *supra* note 378.

<sup>382</sup> Hamilton, *supra* note à la p 379.

<sup>383</sup> Walter V Reid et al, *Biodiversity prospecting: using genetic resources for sustainable development*, n°GTZ-PR 665, ICIMOD, Kathmandu (Nepal), 1993, cité par Sarah A Laird, *Biodiversity and traditional knowledge: equitable partnerships in practice*, Routledge, 2010 à la p 244.

utilisateurs de ressources génétiques<sup>384</sup> [notre traduction].

La désignation du phénomène, en tant que bioprospection ou biopiraterie, n'est donc pas neutre. Elle permet d'affirmer son opinion sur le point de savoir s'il s'agit d'un scénario gagnant-gagnant - ou pour employer le vocabulaire de notre cadre théorique, équitable – ou au contraire s'il s'agit d'un jeu à perte pour les plus faibles de la relation<sup>385</sup>. Pour les organisations de la société civile, il s'agit indubitablement d'un jeu à perte pour PACL<sup>386</sup>.

Aussi, en 1994, l'expression « biopiraterie » est-elle précisée lorsque le groupe ETC répond aux allégations des firmes américaines qui se plaignent du manque à gagner qu'elles subissent en raison de la piraterie de leurs productions, à laquelle s'adonnent les pays du Sud. Le groupe ETC considère que cela n'est rien comparé à une « plus grande perte pour le Sud en raison du « piratage inversé » du Nord par son utilisation de semences et de médicaments issus de la biodiversité dans le Sud (RAFI, 1994) »<sup>387</sup> [notre traduction]. L'année suivante, cette même organisation affirmera que la biopiraterie est une pandémie mondiale (« global pandemic »)<sup>388</sup>. En associant métaphoriquement la biopiraterie à un problème de santé publique, le groupe ETC réussit à insuffler une charge émotionnelle sur la problématique qui justifie son militantisme, en même temps qu'il s'assure une audience plus large que celle relativement limitée des communautés épistémiques qui s'y intéressaient.

D'autres militants rejoignent la lutte contre les « spoliateurs de ressources génétiques et de savoirs traditionnels associés » et se font la caisse de résonance des situations d'injustice dont ils estiment que les détenteurs de ces connaissances sont victimes. Figure majeure de ce groupe de militants et fondatrice de l'ONG Third World Network (TWN), Vandana Shiva, proposera en 1997 une définition qui fera autorité dans la plupart des travaux académiques qui concernent la biopiraterie. D'après celle-ci, ce phénomène fait référence à l'utilisation de systèmes de propriété intellectuelle

---

<sup>384</sup> Daniel F Robinson, « Locating biopiracy: geographically and culturally situated knowledges » (2010) 42:1 Environment and Planning A 38–56 à la p 40.

<sup>385</sup> Voir dans ce sens Svarstad, *supra* note 231 aux pp 70-74.

<sup>386</sup> W Neil Adger et al, « Advancing a political ecology of global environmental discourses » (2001) 32:4 Development and change 681–715 à la p 696.

<sup>387</sup> *Ibid* à la p 695.

<sup>388</sup> Rural Advancement Foundation International, communiqué, Septembre/Octobre 1995, « Biopiracy Update: A Global Pandemic » (1<sup>er</sup> octobre 1995), en ligne ETC Group < <http://www.etcgroup.org/sites/www.etcgroup.org/files/publication/473/01/raficom45biopupdate95.pdf> >.

pour légitimer la propriété et le contrôle exclusifs des ressources biologiques et des produits biologiques qui ont été utilisés au cours des siècles dans des cultures non industrialisées<sup>389</sup>. La très médiatique campagne qu'elle lance contre le brevet obtenu sur le *Neem* obtenu par la firme multinationale W. R. Grace basée à New York est symbolique d'une « victoire » gagnée dans son parcours militant. Il convient de souligner que dans cette aventure de dénonciation du brevet obtenu par W. R. Grace, Vandana Shiva a pu compter sur le soutien de la présidente du groupe des Verts au Parlement européen et par la Fédération internationale des mouvements d'agriculture biologique, Ifoam<sup>390</sup>. Cette coordination d'action témoigne du partage de la cause défendue et confirme l'origine développementaliste (le Third World Network), environnementaliste (le groupe des verts européens) et semencière (la Fédération internationale des mouvements d'agriculture biologique) des groupes qui sont à l'arrière-plan de la définition du problème public de la biopiraterie.

Par ailleurs, plusieurs ONGs s'investissent dans une critique des acteurs qu'elles considèrent comme biopirates. Par exemple,

[Les] prix du Capitaine Crochet, *Captain Hook Awards*, sont décernés tous les deux ans lors de joyeuses manifestations en marge des Conférences des Parties (COP) [...] de la CDB par la Coalition contre la biopiraterie, menée par le groupe ETC. Les plus grands pirates, ainsi que les communautés qui ont su se défendre avec éclat contre les actions de biopiraterie, en sont les lauréats<sup>391</sup>.

Hanne Svarstad a souligné, dans son étude, l'humour sarcastique de ces prix, qui caractérisent les campagnes de biopiraterie<sup>392</sup>. En 2006, Vandana Shiva était récompensée du « prix collectif de la victoire la plus agréable concernant l'annulation d'un brevet sur le *Neem* », alors qu'au plan africain, c'est l'African Centre for Biosafety, et l'Edmonds Institute aux États-Unis qui sont récompensés en tant que meilleurs accusateurs : leur rapport intitulé *Out of Africa : Mysteries of Access and Benefit Sharing*<sup>393</sup> suggère une énorme suspicion à propos des cas de bioprospection ayant eu cours en Afrique. Plus récemment, il est fort intéressant de noter que c'est le groupe Coca-

---

<sup>389</sup> Vandana Shiva, *Protect or plunder? Understanding intellectual property rights*, Halifax, NS, Fernwood, 2001 à la p 49.

<sup>390</sup> Catherine Aubertin et Pierre Moretti, « La biopiraterie entre illégalité et illégitimité », dans Aubertin, Pinton et Boisvert, *supra* note 333 à la p 95.

<sup>391</sup> *Ibid* à la p 94.

<sup>392</sup> Svarstad, *supra* note 231 à la p 73.

<sup>393</sup> Jay McGown et Beth Elpern Burrows, *Out of Africa: mysteries of access and benefit sharing*, Edmonds Institute, 2006.

Cola contre laquelle une pétition est désormais signée<sup>394</sup>, avec l'entreprise française cosmétologique Clarins, qui a remporté le Prix 2016 des biopirates les plus cupides<sup>395</sup>. Ce prix consiste en une cravate.

Dans le même sens, deux ans avant, en 2014, la Fondation France Libertés qui a permis la médiatisation de l'affaire de la Quassia Amara<sup>396</sup>, décernait le Prix Danielle Mitterrand à la Société péruvienne de droit de l'environnement (SPDA), « acteur de référence qui contribue non seulement à l'émergence d'alternatives à la biopiraterie, mais également à faire vivre les valeurs des peuples autochtones d'Amérique latine portées par Danielle Mitterrand »<sup>397</sup>. Ce prix a été réceptionné par Manuel Ruiz, directeur du programme affaires internationales et biodiversité de la SPDA, mais également tuteur du cours « Intellectual Property, Traditional Knowledge and Traditional Cultural Expressions » offert par l'Académie de l'Organisation Mondiale de la Propriété Mondiale. Dans l'article publié sur le site internet de la Fondation France Libertés relativement au Prix Danielle Mitterrand, il est souligné le rôle « [...] précurseur [du Pérou] dans la lutte contre la biopiraterie »<sup>398</sup>; ce qui fait écho au rôle central joué par le péruvien Alejandro Argumedo, qui est une autre figure majeure des dénonciations des cas de biopiraterie qui a dirigé l'Indigenous People's Biodiversity Network au Canada<sup>399</sup>. On lui doit cette définition de la bioprospection qui force pour le moins à un examen de conscience: « *Bioprospecting is like waking up in the night to find robbers in your home with a bag full of your possessions. When you ask them what's going on, they reply, 'don't worry, we have a proposal for benefit-sharing'* »<sup>400</sup> [nos

---

<sup>394</sup> Dans une affaire très récente (depuis Décembre 2016), Coca-Cola est sous les feux des projecteurs d'un groupe d'ONGs qui l'accusent d'utiliser dans ses produits, une plante au pouvoir sucrant. Après avoir d'abord refusé toute négociation visant un partage des avantages avec des communautés qui se réclament dépositaires des connaissances sur la plante en jeu, Coca-Cola semble avoir révisé sa position. Voir la Section II, paragraphe 2 et point 2.1 du présent chapitre, ci-dessous.

<sup>395</sup> « Captain Hook Awards for Biopiracy 2016 » (15 juin 2017), Synbiowatch, en ligne : < <http://www.synbiowatch.org/captain-hook-awards-2016/>>.

<sup>396</sup> L'affaire de la *Quassia amara* est une affaire récente, taguée de biopiraterie, par une Fondation contre des chercheurs de l'Institut français de la recherche pour le développement, accusés d'avoir volés les savoirs traditionnels des communautés guyanaises sur une plante, la *Quassia amara*, et qui l'ont brevetée, sans avoir signé d'accord de partage des avantages avec les peuples des connaissances desquels ils se sont inspirés. Voir la Section II, paragraphe 2 et point 2.1 du présent chapitre, ci-dessous.

<sup>397</sup> « Conférence et prix Danielle Mitterrand 2014 » (15 juin 2017), France Libertés en ligne : < <https://www.france-libertes.org/Conference-et-prix.html> >.

<sup>398</sup> *Ibid.*

<sup>399</sup> Il faut ici s'interroger sur le point de savoir s'il s'agit pour la Fondation France Libertés de se mettre en scène, et de tirer parti du capital de réputation que lui conférerait le positionnement qu'elle s'assure dans l'arène de la biopiraterie, par le rapprochement qu'elle opère médiatiquement avec le Pérou.

<sup>400</sup> Svarstad, *supra* note 231 à la p 73.

italiques].

Une autre ONG dénommée Genetic Resources Action International, à l'acronyme très évocateur, « GRAIN », assimile les activités de recherche et de collecte des éléments de la biodiversité à des fins commerciales aux activités menées d'antan dans les colonies d'exploitation<sup>401</sup>. Mais dans son approche critique de la biopiraterie, il s'agit moins de dénoncer l'appropriation à partir des droits de propriété intellectuelle que de réactiver la problématique plus ancienne des droits des obtenteurs. Ceux-ci, de son point de vue, participent peu sinon pas du tout à la création de nouveaux gènes : ils ne font que les réorganiser<sup>402</sup>.

Ainsi, le phénomène de la biopiraterie dépasse le cadre exclusif de la brevetabilité du vivant, et concerne une diversité de problématiques incluant :

des dépôts de brevet sur une application ou une propriété d'une plante recueillie auprès de communautés locales ou sur leur territoire, avec ou sans leur accord ; des divulgations ou utilisations à des fins mercantiles de savoirs traditionnels ; des noms vernaculaires ou toponymes déposés comme noms de marque ; des accords dont les clauses ou la mise en œuvre ne donnent pas satisfaction ; de l'« amateurisme » de chercheurs peu familiers des subtilités du droit ; des politiques de développement et des conventions internationales, etc.<sup>403</sup>.

De plus :

Les opposants à la biopiraterie n'offrent [...] pas un front uni et ne sont pas unanimement opposés à la marchandisation du vivant. Certains aimeraient avoir leur part des bénéfices et acceptent donc implicitement le principe de droits de propriété intellectuelle sur les innovations issues de la biodiversité. D'autres critiquent de façon plus radicale privatisation et marchandisation, quelles qu'en soient les conditions et quelles que soient les clauses qui accompagnent d'éventuels contrats. Cette pluralité de points de vue se retrouve sous la même appellation de biopiraterie<sup>404</sup>.

Dans cette nouvelle géopolitique de la biopiraterie, la planète paraît désormais divisée en zones d'influence bien réparties : le groupe ETC a pour ressort territorial l'Amérique du Nord, l'ONG GRAIN se réserve le territoire européen alors que le TWN opère principalement en Asie<sup>405</sup>. Il n'en

---

<sup>401</sup> *Ibid.*

<sup>402</sup> Genetic Resources Action International (GRAIN), « Biopiracy by another name ? » (3 octobre 2002), GRAIN, en ligne : <<http://www.grain.org/fr/article/entries/1883-biopiracy-by-another-name>>.

<sup>403</sup> Aubertin et Moretti, *supra* note 390 à la p 92.

<sup>404</sup> *Ibid* à la p 95.

<sup>405</sup> Svarstad, *supra* note 231 à la p 72.

demeure pas moins qu'elles étendent leurs tentacules dans des espaces qui ne relèvent pas prioritairement de leur « juridiction ». Jean Foyer signale à cet effet que : « Le TWN ouvre dans les années 1990 un secrétariat en Uruguay et un au Ghana, puis, plus récemment, en Inde et en Suisse. RAFI/ETC, basé à Ottawa, ouvre des correspondances très légères (une à deux personnes) au Mexique, aux États-Unis, aux Philippines ou en Éthiopie »<sup>406</sup>. Le rayonnement de leurs actions dans des espaces désormais « communs » ou nouveaux permet une structuration de leurs actions en réseau, ce qui assure une unicité du discours, une meilleure visibilité à leurs actions coordonnées et une légitimité à la cause défendue. Qui plus est, d'autres organisations à l'influence plus modeste se joignent à la lutte. Dans ce sillage, se retrouvent des ONGs telles que Southeast Asia Regional Institute for Community Education (SEARICE), qui ont établi un Programme Biopiraterie en Asie du Sud-Est<sup>407</sup>. On peut citer aussi l'ONG « [...] COMPITCH (Consejo de Médicos y Parteras Indígenas Tradicionales de Chiapas) [qui] est devenue, grâce à ses prises de positions relayées au niveau international par les réseaux d'experts militants, un des symboles de la résistance indigène à la biopiraterie »<sup>408</sup>, « Acción Ecológica en Équateur à partir de 1995, le Grupo Semillas fondé en 1993 en Colombie ou encore Acción por la Biodiversidad qui fonde, depuis Buenos Aires, le réseau d'information Biodiversidadla »<sup>409</sup>. En Afrique australe notamment, il convient de souligner le rôle d'ONGs telles que Survival International qui avait alerté en 2001 les communautés San sur le fait que l'agent P57 contenu dans le *Hoodia* avait fait l'objet d'un brevet ou encore l'organisation Biowatch South Africa en 1997 et l'organisation Commutech au Zimbabwe<sup>410</sup>. Cette intervention des organisations de la société civile provenant de tous les continents contribuera à donner une dimension politique à ce que Darell Posey avait problématisé sous la forme de la juste compensation des peuples autochtones et de la protection de leurs droits de propriété intellectuelle. Mais c'est à travers une forte activité médiatique que cette problématique atteindra le grand public.

---

<sup>406</sup> Jean Foyer, « Le réseau global des experts-militants de la biodiversité au cœur des controverses sociotechniques » [2012] 3 *Hermès*, La Revue 155–163 à la p 157.

<sup>407</sup> Svarstad, *supra* note 231 à la p 73.

<sup>408</sup> Geoffroy Filoche et Jean Foyer, « La bioprospection au Brésil et au Mexique, un eldorado? » (2011) 52:2 *Revue d'anthropologie des connaissances* 234–259 à la p 253.

<sup>409</sup> Foyer, *supra* note 406 à la p 157.

<sup>410</sup> Foyer, *supra* note 406 à la p 157.

### 3.3 La récupération médiatique des accusations de biopiraterie

Dans la problématique du rapport éthique entre chercheurs et communautés autochtones qui légitime de nouveaux fronts de luttes sociétales, la crédibilité des organisations de la société civile est renforcée par la « [...] lecture politique et idéologique des faits [de biopiraterie qui] s'accompagne de références présentées comme scientifiques : noms botaniques, numéros des brevets... ». Il en résulte pour elles qu'elles apparaissent comme aussi expertes de la biopiraterie que les scientifiques dont ils dénoncent les comportements peu éthiques. Ce constat est vrai pour l'affaire de la *Quassia Amara*, dans le contexte duquel la Fondation France Libertés a fixé son discours autour de la molécule *Ske*, isolée par les chercheurs de l'IRD. Il ne s'agit cependant pas – ou du moins, pas nécessairement – que d'un jeu de self-marketing comme dans l'arène climatique où les acteurs de la société civile font souvent montre, dans leur parcours militant, d'une certaine misère intellectuelle, qui se révèle par leur emploi de concepts inappropriés<sup>411</sup>.

Jean Foyer souligne au contraire que : « [les] membres [des organisations de la société produisant le champ de la biopiraterie] sont souvent dotés d'une solide formation universitaire [...] qui leur permet d'avoir un pied dans les milieux spécialisés, académiques ou officiels. Beaucoup d'entre eux sont en outre capables de produire leur propre expertise, souvent très documentée »<sup>412</sup>. Cette documentation à forte teneur scientifique <sup>413</sup> produite par les organisations de la société civile ne

---

<sup>411</sup> « Par exemple, dans une interview accordée à une chaîne de télévision, un haut responsable d'ONG en Côte d'Ivoire [affirmait] que les énergies renouvelables sont « les énergies qui utilisent le vent et le soleil ». Il évoquera ensuite ce qu'il appelle « le principe de la responsabilité différenciée » au lieu du principe des « responsabilités communes mais différenciées », dans une réflexion visant à situer les responsabilités historiques des États dans le réchauffement climatique. Si ce propos dénote d'une faible maîtrise du jargon technique propre aux accords multilatéraux sur l'environnement, il met aussi et surtout en lumière le fait que ceux qui s'improvisent en défenseur de la société et en expert-climatique n'en sont pas réellement. [Il] y a de la part de plusieurs leaders de la société civile un usage exagéré voire inflationniste d'expressions qui servent à fonder leur discours militant et à faire *le show* ». Ce commentaire provient d'une analyse sur la place des médias et de la société civile dans la construction sociale des changements climatiques en tant que fait scientifique et politique en Afrique de l'Ouest francophone, à partir de cas d'études en Côte d'Ivoire et au Togo. Yentcharé, *supra* note 33 aux pp 89-90.

<sup>412</sup> Foyer, *supra* note 406 à la p 159. Par exemple, dans le cas de la *Quassia Amara*, il faut noter que l'action de mobilisation juridique a été réalisée grâce au concours de Thomas Burelli qui a produit une importante littérature scientifique sur le thème de la biopiraterie, et de l'avocat Cyril Coste.

<sup>413</sup> Il convient de relativiser ce point. De fait, nous partageons l'analyse de Jean Foyer selon laquelle : « Le positionnement entre expertise et militantisme n'est pas non plus sans ambiguïté puisque l'équilibre entre les deux logiques peut parfois s'avérer périlleux. Ainsi, ces organisations ont été, au moins dans un premier temps, très vivement critiquées pour le manque de sérieux de leurs analyses et de leur expertise. Elles sont même régulièrement accusées par leurs détracteurs de pratiquer la désinformation, d'entretenir la fantasmagorie et les peurs irrationnelles. Certains experts « classiques », issus des milieux scientifiques et/ou institutionnels, refusent encore d'accorder le statut d'experts à cette catégorie d'acteurs jugés trop politiques. Entre le souci de nécessaire vulgarisation et la volonté de convaincre, inévitablement liée à l'activité politique, il est certain qu'on a pu assister à des simplifications et à des montées en généralité des argumentaires. Au moment de s'adresser au grand public,

sert pas qu'aux fins d'opposition devant des offices de brevet ou des organes judiciaires étatiques. Elle devient en soi un support de communication destiné à mettre l'affaire de la biopiraterie dans l'espace public. Le format numérique sous lequel elle se présente souvent facilite la diffusion de l'information sur internet. Cette documentation a d'ailleurs pour caractéristique de refléter plusieurs réalités, de façon symétrique à la polysémie de l'expression « biopiraterie » qu'elle veut décrire, ce qui étend leur audience ainsi invitée à s'intéresser au problème dénoncé. On peut présumer qu'à l'ère des réseaux sociaux, il est davantage aisé pour ces ONGs d'organiser la dissémination de l'information qu'elles désirent porter à l'attention du public. De plus,

Outre Internet, ces organisations savent utiliser toute une gamme de moyens de communications plus classiques, notamment à travers la publication de revues et d'ouvrages dans différentes langues – souvent l'anglais, le français, l'espagnol, et même le chinois dans le cas du TWN –, le plus souvent mis à disposition gratuitement. Les membres de ces organisations écrivent aussi régulièrement des articles de vulgarisation ou de dénonciation dans la presse. Enfin, beaucoup d'entre eux participent à des émissions de radio, de télévision ou même à des colloques internationaux et scientifiques. De la vulgarisation à travers Internet et la radio, à la publication d'ouvrages techniques, en passant par les interventions lors des colloques, tous les moyens de communication et les registres d'argumentation semblent mobilisés dans l'objectif de diffuser le plus largement possible les différents thèmes de mobilisation<sup>414</sup>.

Par exemple, dans l'affaire de la *Quassia Amara*, les médias sont apparus comme un *ring* inédit dans lequel des opinions entre ce qui ressort de la bioprospection et ce qui ressort de la biopiraterie se sont affrontées. Ainsi, Inf'OGM, une organisation de la société civile qui se présente comme « [...] une association [au titre de la] loi 1901 née en 1999 [qui] publie de l'information indépendante et critique sur les OGM, les biotechnologies et les semences »<sup>415</sup>, dans son journal<sup>416</sup> d'actualités n°144 de la période mars / avril 2017, a proposé un dossier ayant pour titre : « Biopiraterie, comment s'en sortir ? »<sup>417</sup>. Celui-ci contient un article sous la forme de débat entre

---

la complexité des questions est souvent réduite à quelques arguments définitifs ou expressions chocs, à forte charge émotive et donc plus aptes à mobiliser. C'est ainsi que toute activité de prospection biologique est suspectée de « biopiraterie » et que la technologie de stérilisation des plantes OGM est rebaptisée « Terminator ». Le ton alarmiste et les actions symboliques caractérisent aussi le registre d'action de ces ONGs et tranchent singulièrement avec la supposée rationalité objective du ton de l'expertise classique », Foyer, *supra* note 406 aux pp 160-161.

<sup>414</sup> Foyer, *supra* note 406 à la p 158.

<sup>415</sup> « Qui sommes-nous ? » (21 juin 2017), Inf'OGM, en ligne : < [https://www.infogm.org/-qui-est-infogm->](https://www.infogm.org/-qui-est-infogm-).

<sup>416</sup> Il convient de préciser que tous les articles de ce journal sont diffusés sous la licence Creative Common, *ibid*.

<sup>417</sup> « Pourquoi la recherche publique est-elle parfois accusée de « biopiraterie » ? » (21 juin 2017), Inf'OM, en ligne : <[https://www.infogm.org/spip.php?page=spipdf&spipdf=spipdf\\_article&id\\_article=6135&nom\\_fichier=article\\_6135](https://www.infogm.org/spip.php?page=spipdf&spipdf=spipdf_article&id_article=6135&nom_fichier=article_6135)> .

Catherine Aubertin et Thomas Burelli, et s'intitule « Pourquoi la recherche publique est-elle parfois accusée de « biopiraterie » ? »<sup>418</sup>. Il n'est pas impertinent de s'attarder quelque peu sur son contenu. En effet, il est précisé en chapeau de l'article, les informations ci-après :

*Inf'OGM* a fait dialoguer deux acteurs autour de la biopiraterie. Avec des tensions, comme vous le verrez, puisque l'un, Thomas Burelli, professeur en droit à l'Université d'Ottawa, s'oppose notamment à une demande de brevet déposé par l'Institut de l'autre, Catherine Aubertin, chercheuse à l'Institut de recherche pour le développement (IRD). L'écriture de cet article-débat s'est opérée en trois phases : une première série de questions, auxquelles les intervenants avaient dix jours pour répondre, avec en moyenne le même nombre de signes. Puis dix nouveaux jours pour que chacun réagisse aux réponses de l'autre, souligne les différences de point de vue. Enfin, après un dernier échange des textes, dix jours pour identifier des accords... ou acter les désaccords<sup>419</sup>.

Il est intéressant de remarquer que le discours de Catherine Aubertin confine davantage au scénario gagnant-gagnant qui caractérise la bioprospection. À la question de savoir ce en quoi consiste pour elle la biopiraterie, Aubertin commence par répondre en mentionnant que « *Les accusations de biopiraterie concernent...* »<sup>420</sup> [*Nos italiques*]. Elle finit en affirmant « Autant de mots employés, autant d'objets de débats où s'opposent diverses visions du monde »<sup>421</sup>. Tout se passe comme si dès l'entame du débat, elle souhaite faire preuve d'un langage nuancé, distancié par rapport à la réalité de la biopiraterie (elle considère que ce sont des « accusations », donc que rien n'est encore prouvé comme vrai). Une telle posture est cohérente avec le pedigree de la chercheuse qui est aussi depuis une vingtaine d'années membre du comité de rédaction et du comité éditorial de la revue « Natures, Sciences, Sociétés », une revue qui s'adresse « à tous ceux qui s'interrogent sur les constructions des problèmes d'environnement et les politiques de recherche autour des changements globaux, de la biodiversité, de la sécurité alimentaire, des dynamiques territoriales et urbaines, des relations santé-environnement »<sup>422</sup>. Thomas Burelli, quant à lui, proposera une définition plus incriminante :

La biopiraterie consiste dans l'accès et l'utilisation de ressources de la biodiversité et de savoirs traditionnels associés, en violation des droits de leurs détenteurs. Les

---

<sup>418</sup> *Ibid.*

<sup>419</sup> *Ibid.*

<sup>420</sup> *Ibid.*

<sup>421</sup> *Ibid.*

<sup>422</sup> « Présentation : Objectifs et domaines » (21 juin 2017), *Nature, sciences et société : recherches et débats interdisciplinaires*, en ligne : < <https://www.nss-journal.org/fr/presentation>>.

détenteurs sont par exemple les communautés autochtones et locales qui ont développé de nombreuses connaissances et pratiques en lien avec leur environnement. Les droits évoqués sont en particulier, le respect du consentement préalable libre et éclairé et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources et des savoirs.

La biopiraterie renvoie par exemple au fait pour des utilisateurs (chercheurs, entreprises, etc.) de ne pas informer de manière complète les détenteurs avant l'accès, ou de ne pas les tenir à jour des découvertes en cours de projet. La forme la plus aboutie est caractérisée par le dépôt de brevets sans consulter les détenteurs de ressources et de savoirs et sans les y associer<sup>423</sup>.

Le choix définitionnel de Thomas Burelli est également logique dans la mesure où il est à l'avant-garde de l'alerte de biopiraterie lancée contre l'IRD. L'opposition idéologique des deux acteurs sur la nature du scénario en jeu – bioprospection ou biopiraterie – influencera leurs opinions au long du débat reproduit dans l'article d'Inf'OGM, qui semble s'achever sur une note contentieuse. Alors que Thomas Burelli qualifie d'« anachroniques et abusives »<sup>424</sup> les pratiques et logiques actuelles d'une partie du monde de la recherche », Catherine Aubertin lui opposera que « Pour la plupart, les chercheurs se soucient sincèrement de l'équité de leur travail et apportent des réponses en ce sens, mais aussi sophistiquées soient-elles, elles sont condamnées à rater leur cible. »<sup>425</sup>. Elle ajoutera que « Thomas Burelli donne à penser qu'il veut plus mordre les mollets des chercheurs que rechercher les intérêts des autochtones »<sup>426</sup>.

Ce combat d'idées dépassera largement le cadre de l'article publié par Inf'OGM, puisqu'il a été transformé en un outil supplémentaire de dénonciation contre l'IRD : la Fondation France-Libertés publiera le 20 mars 2017 sur son site internet un article intitulé : « Cas de biopiraterie Quassia Amara : la défense contestable de l'IRD »<sup>427</sup>, qui affirme que la réponse de l'IRD est « juridiquement, éthiquement et moralement critiquable [et] ne remet absolument pas en cause les

---

<sup>423</sup> *Supra* note 419.

<sup>424</sup> *Ibid.*

<sup>425</sup> *Ibid.*

<sup>426</sup> *Ibid.*

<sup>427</sup> « Cas de biopiraterie Quassia Amara : la défense contestable de l'IRD » (20 mars 2017), Fondation France Libertés, en ligne : <<https://www.france-libertes.org/Cas-de-biopiraterie-Quassia-Amara.html>>. Un autre article publié sur Mediapart et signé par la Fondation France Libertés indiquera que cette défense a été « laborieuse » : « Cas de biopiraterie Quassia Amara : la défense laborieuse de l'IRD » (29 mai 2017), en ligne : <<https://blogs.mediapart.fr/francelibertes/blog/290517/cas-de-biopiraterie-quassia-amara-la-defense-laborieuse-de-l-ird>>.

fondements de [leur] opposition, ni sa légitimité »<sup>428</sup>. Il convient de préciser que ces deux articles ont fait l'objet de tweets par Emmanuel Poilane<sup>429</sup>, directeur de la Fondation France Libertés, lesquels ont été re-tweetés par Thomas Burelli. Quant à l'IRD, elle n'a pas fait mention de ce débat sur son site internet<sup>430</sup>. En effet, le dernier article publié sur ce site date du 23 mars 2017 et est intitulé « Lutte contre le paludisme : les recherches de l'IRD sur le *Quassia amara* en Guyane ». Il réfère en fait à la version des faits de l'organisme de recherche français : « l'IRD tient à préciser qu'il n'a manqué à aucune réglementation en déposant le brevet SkE. Une meilleure communication sur sa stratégie de valorisation auprès des populations et des autorités aurait néanmoins été nécessaire »<sup>431</sup>.

Cette *diabolisation* réciproque des acteurs aux vues divergentes sur la circulation des ressources génétiques et connaissances traditionnelles est explicitée ci-dessous<sup>432</sup>. La Fondation France Libertés comme l'IRD revendiquent chacune le rôle le plus vertueux, et c'est cette caractéristique dramatique qui justifie l'intérêt de cette affaire pour les médias. Cette situation a déjà été mise en lumière par Stefan Aykut dans le contexte des changements climatiques : il considère que « les « faits » scientifiques ne deviennent intéressants pour les médias et pour le système politique qu'une fois insérés dans des histoires dramatiques »<sup>433</sup>. Emmanuel Paris explique dans les termes ci-après cette situation : « Pour qu'une situation attire l'attention des journalistes, il faut qu'elle soit « évènementialisable », qu'elle réponde d'emblée à la définition sociale, commercialement rentable, de l'évènement digne de faire la une des médias »<sup>434</sup>.

Il en résulte une formation de l'opinion publique, et pour cause : si les situations dramatiques sont

---

<sup>428</sup> *Ibid.*

<sup>429</sup> Emmanuel Poilane, « Cas de biopiraterie *Quassia Amara*: la défense laborieuse de l'IRD » (29 mai 2017 à 07h59), en ligne : Twitter < <https://twitter.com/emmanuelpoilane/status/869161394456772609> >.

<sup>430</sup> Cette information a été obtenue en recherchant les mots-clés « *Quassia amara* » dans l'outil de recherche sur le site internet de l'IRD, le 25 juin 2017.

<sup>431</sup> Institut de la recherche pour le développement, « Lutte contre le paludisme : les recherches de l'IRD sur le *Quassia amara* en Guyane » (23 mars 2016), en ligne : IRD < [http://www.ird.fr/toute-l-actualite/actualites/actualites-generales/lutte-contre-le-paludisme-les-recherches-de-l-ird-sur-le-quassia-amara-en-guyane/\(language\)/fre-FR](http://www.ird.fr/toute-l-actualite/actualites/actualites-generales/lutte-contre-le-paludisme-les-recherches-de-l-ird-sur-le-quassia-amara-en-guyane/(language)/fre-FR) >.

<sup>432</sup> Voir la Section II, paragraphe 2.1 et le point 2.2.2 intitulés « La recherche d'un changement social ? » ci-dessous.

<sup>433</sup> Stefan Cihan Aykut, *Comment gouverner un 'nouveau risque mondial'? La construction du changement climatique comme problème public à l'échelle globale, européenne, en France et en Allemagne*, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS), 2012 à la p 390, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00757106/>> (consulté le 22 décembre 2016).

<sup>434</sup> Emmanuel Paris, « Les couloirs de la persuasion. Usages de la communication, tissu associatif et lobbies du changement climatique » dans Amy Dahan Dalmedico, dir, *Les modèles du futur*, La Découverte, 2007, 227–244 à la p 231, en ligne : *Les modèles du futur* <<http://www.cairn.info/les-modeles-du-futur--9782707150134-page-227.htm>> (consulté le 21 décembre 2016).

*évènementialisables*, c'est parce que le public cible en est également friand. La biopiraterie établit ainsi son existence sociale, grâce à une sorte de « banalisation médiatique de certains mots-chocs »<sup>435</sup> qui permet d'informer le citoyen sur des problématiques qui interpellent sa propre responsabilité éthique. Le caractère « grand public » des médias qui diffusent l'information relative à la biopiraterie, et l'usage généralisé des réseaux sociaux à notre ère contemporaine, permettent de présumer que celle-ci ne s'adresse pas qu'à des spécialistes rompus à cette problématique : les acteurs étatiques, personnels administratif et politique sont également (in)formés sur les enjeux et les défis qu'elle suscite. Historiquement, ces derniers ont saisi l'opportunité qu'offrait le discours de la biopiraterie pour réactiver d'anciennes préoccupations nationales, fortement liées au clivage économique entre le Nord et le Sud.

#### **IV. Le discours du développement**

En 1945, dans un monde nouveau résolu à ne plus verser dans l'atrocité de la guerre, l'idéologie du développement a été consignée dans la charte des Nations Unies en tant qu'objectif poursuivi par la communauté des États – une sorte de métaphore à l'affrontement entre Nations, qui ne devrait plus passer par les armes, mais par la richesse produite – dans la perspective de garantir la paix<sup>436</sup>. Dans ce contexte, les États-Unis lancent leur Plan Marshall en 1947, un programme de prêts destinés à soutenir les États de l'Europe de l'ouest dans leurs efforts de reconstruction. Ce plan présentait un avantage certain pour l'Europe, qui pouvait se relancer dans son mouvement de développement économique, et retrouver le prestige dont elle jouissait sur l'échiquier mondial avant d'être détruite par l'Allemagne de Hitler. De plus, elle pouvait espérer rattraper le retard qu'elle accusait désormais face aux États-Unis et veiller à ne pas se faire dépasser par les économies du Japon et des « tigres asiatiques » qui présentaient alors une croissance rapide<sup>437</sup>.

Le plan Marshall proposé par les États-Unis ne procédait pas d'une œuvre charitable. Ainsi que le notait Adam Smith, « Ce n'est pas de la bienveillance du boucher, du brasseur ou du boulanger

---

<sup>435</sup> Catherine Aubertin, « Les ONG dans le champ de la biodiversité » (2002) 10:1 Natures Sciences Sociétés 86–91 à la p 87.

<sup>436</sup> À ce titre, l'article 55-a) de la charte des Nations Unies précise que les « [...] les Nations Unies favoriseront [le] développement dans l'ordre économique et social ». Voir *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, RT Can 1945 n°7.

<sup>437</sup> Michael Dunford, « Le développement économique en Europe depuis 1950, European Regional Economic Development since 1950 » (2010) 71:4 L'Information géographique 68-99 à la p 69.

que nous attendons notre dîner, mais plutôt du soin qu'ils apportent à la recherche de leur propre intérêt. Nous ne nous en remettons pas à leur humanité, mais à leur égoïsme »<sup>438</sup>. De fait, les États-Unis s'investissaient déjà dans un projet de conquête économique du vieux continent, qui s'affirmait être un important marché pour l'écoulement de leur production industrielle, et un lieu d'influence du reste du monde, face au rival soviétique idéologiquement opposé au capitalisme américain. Or, voici que cette aire d'hégémonie économique et politique s'étend considérablement avec l'avènement de la décolonisation. Aussi, le Président Truman, dans son célèbre discours du 20 janvier 1949 proposera-t-il, stratégiquement, une vision dichotomique du monde en « nations sous-développées et nations développées »<sup>439</sup>. Il soutiendra également que « les États-Unis doivent apporter leur assistance financière, économique et technologique à tous les États « sous-développés » de la planète »<sup>440</sup> [notre traduction]. Dans ses propres termes : « [...], nous devons nous lancer dans un nouveau programme audacieux pour mettre les avantages de nos progrès scientifiques et du progrès industriel à la disposition de l'amélioration et de la croissance des zones sous-développées »<sup>441</sup> [notre traduction]. Opposant démocratie qu'il loue au communisme qu'il diabolise, il ne manquera pas de signifier que « Le vieil impérialisme – l'exploitation pour le profit étranger – n'a pas sa place dans nos plans. Ce que nous envisageons est un programme de développement basé sur les concepts de démocratie et de commerce équitable »<sup>442</sup> [notre traduction].

Une telle proposition concordait avec les ambitions des nouveaux États décolonisés, qui n'entendaient plus retourner à la situation de dominés dont ils venaient de s'affranchir, et voulaient faire entendre leurs voix comme égale à celles de leurs anciens dominateurs. Ils espéraient améliorer le sort des populations qui les constituaient. Très vite, l'idéologie du développement se présenta pour eux « comme la solution globale [leur] permettant [...] de rattraper leur retard sur

---

<sup>438</sup> Adam Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, traduit par Germain Garnier, édition Otto Zeller, 1966 à la p 19.

<sup>439</sup> Tourme- Jouannet, *supra* note 104 à la p 14.

<sup>440</sup> *Ibid.*

<sup>441</sup> Son excellence Harry Truman, « Truman's Inaugural Address », Discours sur l'état de l'Union, présenté au Capitole, 20 janvier 1949, en ligne : Harry S. Truman Library and Museum <[https://www.trumanlibrary.org/whistlestop/50yr\\_archive/inagural20jan1949.htm](https://www.trumanlibrary.org/whistlestop/50yr_archive/inagural20jan1949.htm)>. Le texte dans sa version originale affirme ceci : « we must embark on a bold new program for making the benefits of our scientific advances and industrial progress available for the improvement and growth of underdeveloped areas ».

<sup>442</sup> *Ibid.* « The old imperialism-exploitation for foreign profit-has no place in our plans. What we envisage is a program of development based on the concepts of democratic fair-dealing ».

les États riches et donc de résoudre à terme les inégalités socio-économiques entre États »<sup>443</sup>. Ceux-ci envisagèrent la question développementale dans le cadre du Nouvel Ordre Économique International (NOEI) qu'ils appelaient à l'existence, en vue du renouvellement de leurs rapports avec les pays du Nord. En effet :

La plupart des États du tiers monde sont pauvres ou très pauvres et vivent dans l'espoir qu'ils vont pouvoir s'en sortir à plus ou moins brève échéance grâce au développement de leur économie et à tout ce qui peut favoriser leur croissance économique. Ils aspirent tous à se transformer en sociétés modernes et industrielles afin d'éradiquer la misère et obtenir un meilleur niveau de vie pour leurs populations mais aussi afin de pouvoir faire jeu égal avec les pays riches, les anciens « tuteurs ». Le développement comme élément clé de la reconstruction de la société postcoloniale devient donc bien un des paradigmes internationalistes les plus importants du discours juridique de l'après Seconde Guerre mondiale et la matrice intellectuelle et sociale qui guide tous les comportements de l'époque<sup>444</sup>.

Un droit international du développement commence par se constituer, afin de légitimer juridiquement le secours que l'idéologie du développement peut apporter aux États du Sud. Ses contours sont précisés par Emmanuelle Jouannet :

Au plan institutionnel, a été mis en place ce que l'on appelle parfois le « Système des Nations Unies pour le développement », suscitant un déploiement considérable de la bureaucratie internationale et de l'expertise au service d'opérations d'assistance technique – l'aide financière étant en revanche du ressort du FMI et de la Banque mondiale. Au plan normatif, ce droit international du développement repose sur un petit groupe de principes fondamentaux comme la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, la liberté de choix de son système économique et le principe d'équité. Il correspond également à un ensemble de règles juridiques plus techniques à caractère interventionniste, discriminatoire ou préférentiel qui se différencient des règles ordinaires du droit international applicables aux autres États dès lors qu'elles visent à corriger les défauts du système libéral juridico-économique existant en compensant les écarts de situation matérielle entre États développés et PED. Cet ensemble de principes et de règles a abouti dans les années 1960-1970 à la formulation d'un Nouvel ordre économique international (NOEI) que les pays du tiers monde souhaitaient substituer à l'ordre juridico-économique existant, et que, pour mieux comprendre, il convient de resituer dans le grand mouvement de réformisme juridique du tiers monde qui l'a tout à la fois précédé et préparé<sup>445</sup>.

---

<sup>443</sup> Jouannet, *supra* note 111 à la p 9.

<sup>444</sup> *Ibid* à la p 19.

<sup>445</sup> Tourme- Jouannet, *supra* note 104 à la p 28.

À la même époque, le réel des pays développés, était déjà très différent. Les crises environnementales des années 60 avaient déjà engagé ceux-ci dans un mouvement de préservation de l'environnement naturel, dans un contexte social dominé par des pensées relativement extrêmes comme celles de la *deep ecology* de Arne Naess<sup>446</sup>. Or, ceci constituait un risque pour les États du Sud, puisque ceux-ci craignaient que la protection de l'environnement promu par le Nord n'« [hypothèque] leur croissance économique et leur développement et [mette] à mal leur souveraineté sur leurs ressources »<sup>447</sup>. Fort de leurs acquis en matière de constitution d'un front uni dans le cadre du Groupe des 77 (G77) à la CNUCED pour ce qui concerne les questions économiques<sup>448</sup>, ces États des pays en développement réarticuleront leurs préoccupations développementales, mais cette fois-ci avec le label environnemental. Aussi, dès la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain qui avait eu à Stockholm en 1972, un changement de perspective intervient dans la manière de concevoir environnement et développement : il ne s'agit plus d'activités antinomiques, mais harmoniques. L'invention du concept d'écodéveloppement, puis celui de développement durable soutiendra ce nouveau paradigme, auquel le pilier social sera ajouté.

Peu avant l'adoption du rapport Brundtland en 1987, un nouveau front de lutte relatif à la hiérarchie entre protection de l'environnement et développement économique s'était ouvert avec les négociations sur la protection de la diversité biologique, cristallisant une fois de plus les clivages Nord-Sud. En effet, « Les pays développés [pointaient] du doigt la pauvreté comme étant la principale menace pesant sur la biodiversité alors que les pays en développement mettaient l'accent sur la surproduction et la surconsommation des populations dans les pays développés »<sup>449</sup>.

Dans ce contexte, l'Union Internationale pour la Conservation de la Nature (UICN) développa un projet de texte aux visées conservationnistes, fondé sur le principe du patrimoine commun de

---

<sup>446</sup> Arne Naess, *Ecology, Community, and Lifestyle: Outline of an Ecosophy*. translated and revised by David Rothenberg, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

<sup>447</sup> M. Miller, *The Third World Agenda in Environmental Politics: From Stockholm to Rio*, in Manochehr Dorraj, dir, *The changing political economy of the Third World*, Boulder, Co, Lynne Rienner, 1995 aux pp 245-264., cité par Brendan Coolsaet, *Le rôle du Sud dans la gouvernance internationale de la biodiversité*, Mémoire de Maitrise en Sciences et Gestion de l'environnement, Université Libre de Bruxelles, 2011 à la p 12, en ligne : <[http://mem-envi.ulb.ac.be/Memoires\\_en\\_pdf/MFE\\_10\\_11/MFE\\_Coolsaet\\_10\\_11.pdf](http://mem-envi.ulb.ac.be/Memoires_en_pdf/MFE_10_11/MFE_Coolsaet_10_11.pdf)> (consulté le 13 août 2016).

<sup>448</sup> Emmanuelle Tourme-Jouannet réfère à ce mouvement comme un « véritable contre-récit juridico-politique suffisamment influent pour s'opposer à la représentation du monde qui jusque-là avait été imposée par les Occidentaux », *supra* note 104 à la p 31.

<sup>449</sup> Arbour et al, *supra* note 8 à la p 407.

l'humanité. Cette approche, préférée par les États des pays développés<sup>450</sup>, avait déjà fait ses preuves pour la protection de l'Antarctique<sup>451</sup> et de l'espace extra-atmosphérique<sup>452</sup>. Elle ne concordait cependant pas avec les intérêts des États des pays en développement, qui craignaient de porter la charge économique de la conservation des ressources biologiques, alors que celles-ci seraient libres d'accès pour les États des pays développés, qui leur revendiqueraient des produits issus de l'exploitation de ces ressources. Une telle réalité aurait achevé d'entériner leur retard, dans un moment historique où ils recherchaient l'égalité avec les États du Nord. Parallèlement, les négociations du Cycle de l'Uruguay pour un nouveau système commercial multilatéral avaient commencé et dans ce contexte, quelques États des pays en développement avaient déjà fait les frais de la posture dominante des pays du Nord et des États-Unis en particulier<sup>453</sup>. Ces pays avaient fait un usage agressif de la technique de la « carotte et du bâton », afin de contraindre les récalcitrants à rentrer dans leur vision<sup>454</sup>.

Dans ce contexte, les États du Sud tentèrent de redistribuer les cartes en leur faveur<sup>455</sup>, afin de se donner des chances pour atteindre le développement dans la croyance duquel ils ont adhéré<sup>456</sup>. Pour ce faire, ils se servent des cadres narratifs préexistants pour construire leur argumentaire. Le discours de l'autochtonie avait déjà réussi à articuler la protection de la diversité biologique avec celle de la diversité culturelle. Durant les négociations de la CDB, et particulièrement durant l'évènement parallèle du Parlement de la Terre, leurs voix étaient particulièrement influentes grâce au soutien du discours scientifique porté par les ethnologues.

Les États des pays en développement soutiendront le discours autochtone dans la mesure où le succès de celui-ci suggère également pour eux une reconnaissance de la valeur de leur diversité biologique, et logiquement la récupération de droits d'accès à celles-ci. Cette stratégie réussit dans la mesure où ils obtiennent à leur avantage l'inscription du principe de la souveraineté des États

---

<sup>450</sup> *Ibid.*

<sup>451</sup> *Traité sur l'Antarctique*, 1er décembre 1959, 402 RTNU 71 (entrée en vigueur : 23 juin 1961).

<sup>452</sup> *Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes*, 19 décembre 1966, 6 *ILM* (1967) 386 (entrée en vigueur : 10 octobre 1967).

<sup>453</sup> Voir aussi ci-dessus la section sur le contexte géopolitique mondial précédant la fabrication du discours de l'autochtonie.

<sup>454</sup> Pour plus de détails, voir Morin, *supra* note 360.

<sup>455</sup> Étant donné le projet d'accord multilatéral sur l'environnement qui leur ôtait leur principale monnaie d'échange – leur riche diversité biologique – en raison du libre accès que suggère l'idée du patrimoine commun de l'humanité.

<sup>456</sup> Gilbert Rist, *Le développement: Histoire d'une croyance occidentale*, 3. éd. revue et augm, coll. Références Mondes, Paris, Presses de Sciences Po, 2007.

sur les ressources naturelles<sup>457</sup> qui se trouvent sur leur territoire dans la CDB. Les États développés appuient paradoxalement un tel principe, mais certainement pas dans une optique altruiste. Ainsi que l'explique Brendan Coolsaet, il s'agissait aussi pour eux de « faire passer la pilule de la propriété intellectuelle aux pays du Sud »<sup>458</sup>.

Une lecture rétrospective de ce fait historique laisse penser que les États des pays en développement se sont *littéralement fait avoir* dans ce jeu d'inscriptions des valeurs éthiques propres à chaque partie dans l'élaboration d'une convention internationale. Quoiqu'il en soit, l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC en 1995 et le militantisme des organisations de la société civile les sensibiliseront très vite de ce qu'ils ont été dupes des États riches en biotechnologies. Dès lors, ils endossent le discours de la biopiraterie fabriqué par celles-ci, en l'inscrivant dans la longue histoire de rapports inégalitaires qui les lient avec les États du Nord. Dans cette perspective, ils associent la problématique environnementale à celle de la propriété intellectuelle<sup>459</sup>, celle-ci constituant une arène où ils avaient déjà expérimenté la non-reconnaissance de leur indépendance. Pamela Obertan rapporte les étapes de cette nouvelle approche, et les succès qui en ont résulté :

[Malgré] la force des lobbies économiques et l'asymétrie d'une telle négociation, les [pays en voie de développement] réussissent à bloquer la progression du brevet sur le vivant lors de la Conférence ministérielle de Seattle en 1999. Deux ans après, ils insufflent de nouvelles idées, comme le concept de biopiraterie ou l'idée d'une protection des savoirs traditionnels, qui sont intégrés dans la Déclaration ministérielle de Doha (Doha 2001). Celle-ci demande au Conseil des ADPIC de prendre en compte un certain nombre de principes relevant de l'intérêt général ainsi que la dimension du développement. Les PVD arrivent à réorienter les débats vers leurs thématiques préférées au détriment de la question de l'extension du brevet sur le vivant. De plus, cette opposition dure depuis plus de quinze ans et les PVD continuent à raffiner leurs propositions<sup>460</sup>.

En effet, Obertan a décrypté le discours des pays en voie de développement sur la base de 27 communications relatives au brevet sur le vivant, entre 1999 et 2011 qui contiennent les positions

---

<sup>457</sup> Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, Rés AG 1803 (XVII) Doc off AGNU, 17e sess. Supp n°17, Doc. NU A/5217 (1962) 15.

<sup>458</sup> Coolsaet, *supra* 447 à la p 25.

<sup>459</sup> Morin, *supra* note 378 à la p 639.

<sup>460</sup> Pamela Obertan, « Gagner de l'influence dans une négociation asymétrique : Le cas d'une coalition de PVD au Conseil des ADPIC de l'OMC » 45:3 Études internationales 399-424 à la p 401.

officielles des pays relativement aux sujets discutés<sup>461</sup>. Elle en conclut que « le brevet sur le vivant est vivement critiqué par tous les PVD ayant soumis des communications »<sup>462</sup> :

En premier lieu, l'universalisation du brevet sur le vivant favoriserait la biopiraterie.

Le deuxième problème est lié au fait que le brevet sur les variétés végétales restreint et criminalise les pratiques des agriculteurs, notamment le réensemencement ou l'échange de semences.

Le troisième problème concerne les questions éthiques et culturelles. En effet, certains PVD affirment que le brevet s'accompagne d'une commercialisation du vivant, ce qui est « contraire aux principes culturels d'un nombre non négligeable de sociétés » (Groupe africain 2000: 3). Il conviendrait pour ces pays d'interdire le brevet sur toutes les formes de vie (Groupe africain 1999: 3; Inde 1999: 2)<sup>463</sup>.

Quant à l'idée d'une contradiction aux principes culturels des sociétés africaines, il s'agit vraisemblablement d'une récupération stratégique du discours autochtone qui a fixé sa tactique de lutte autour de la figure du bon sauvage. En effet, un tableau sur les préférences des acteurs clés relativement aux éléments du Protocole de Nagoya, réalisé par Linda Wallbott, Franziska Wolff et Justyna Pozarowska renseigne que la prise en compte des savoirs traditionnels résulte surtout de l'action diplomatique du Groupe africain<sup>464</sup>. Celui-ci avait fait la promotion d'une vaste inclusion de ce sujet lors des négociations, mais n'a finalement obtenu qu'une inclusion limitée, excluant les savoirs traditionnels publiquement disponibles<sup>465</sup>. En dépit de ce succès mitigé, une telle analyse suggère rétroactivement que les États africains ont eu une part importante dans l'inscription du principe du partage des fruits de l'innovation avec les CAL dans le Protocole de Nagoya.

Cette réutilisation politique se révèle néanmoins paradoxale. En effet, si les États fraîchement décolonisés puisent dans le stock argumentaire du mouvement autochtone, lui-même fondé scientifiquement<sup>466</sup>, il n'en demeure pas moins qu'elle dissimule peu le fait que pour plusieurs

---

<sup>461</sup> *Ibid* à la p 403.

<sup>462</sup> *Ibid* à la p 405.

<sup>463</sup> *Ibid* aux pp 405-406.

<sup>464</sup> Linda Wallbott, Franziska Wolff et Justyna Pozarowska, "The negotiations of the Nagoya Protocol: issues, coalitions and process, in Sebastian Oberthür et G Kristin Rosendal, dir, *Global governance of genetic resources access and benefit sharing after the Nagoya protocol*, New York, Routledge, Taylor and Francis, 2014 à la p 52.

<sup>465</sup> *Ibid*.

<sup>466</sup> Puisque soutenu à la fois par des scientifiques du Nord (par exemple Darell Posey) et des autochtones désormais éduqués à la manière occidentale.

d'entre eux en Afrique, reconnaître des droits aux minorités revient à ouvrir une boîte de Pandore susceptible de remettre en cause l'indépendance qu'ils viennent pourtant d'acquérir (sur le fondement du droit à l'autodétermination), aux termes de luttes parfois sanglantes.

En tout état de cause, le succès de cette nouvelle rhétorique des pays en développement est fortement lié, d'après Pamela Obertan, à leur formation en coalition. Celle-ci, ayant la nature d'une « alliance [à la fois] souple et stratégique » leur a permis de lutter en front uni contre le projet américain internationalisé, auquel s'étaient jointes les communautés européennes, pour ce qui concerne l'extension du brevet à toutes les formes de vie et supprimant les flexibilités prévues initialement dans l'Accord sur les ADPIC<sup>467</sup>.

Une telle réussite a également pu compter sur le leadership des pays dits méga-divers<sup>468</sup> qui ont apporté une expertise scientifique et technique sur la question de la biopiraterie, et ont forcé la migration des principes admis dans le cadre de la CDB à l'OMC<sup>469</sup>. À l'intérieur de ce groupe, le dynamisme de pays comme le Brésil et l'Inde<sup>470</sup> – sur les territoires desquels ont été dénoncés des cas de biopiraterie – ainsi que de la Chine, qui sont du reste tous des pays émergents, a fortement contribué à souder leur position. Celle-ci a été développée au fur et à mesure de leurs tentatives de pression multiformes sur les pays du Nord à l'OMC, par la mise sur la table de négociation du principe de divulgation de l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet, comme une manière ultime d'harmoniser l'Accord sur les ADPIC et la CDB. Même si le caractère générique de cette exigence par les pays en développement ne présente pas de garantie absolue face au phénomène d'appropriation illicite des connaissances traditionnelles,

---

<sup>467</sup> Obertan, *supra* note 460 aux pp 400-401.

<sup>468</sup> Il s'agit d'un groupe de 17 pays, qui concentrent sur leur territoire environ 70% de la diversité biologique. On compte parmi eux l'Afrique du Sud, la Bolivie, le Brésil, la Chine, la Colombie, la République démocratique du Congo, le Costa Rica, l'Équateur, l'Inde, l'Indonésie, le Kenya, Madagascar, la Malaisie, le Mexique, le Pérou, les Philippines et le Venezuela.

<sup>469</sup> Obertan, *supra* note 460 à la p 411.

<sup>470</sup> Par exemple, le gouvernement indien affirmera que « India has been a victim of misappropriation or biopiracy of our genetic resources and associated traditional knowledge, which have been patented in other countries...it is expected that the ABS Protocol which is a key missing pillar of the CBD, would address this concern ». Voir Intellectual Property Watch, « Brief : India Ratifies Nagoya Protocol On Biodiversity Access And Benefit-Sharing » (27 juin 2017), en ligne : Intellectual Property Watch < <https://www.ip-watch.org/2012/10/05/india-ratifies-nagoya-protocol-on-biodiversity-access-and-benefit-sharing/> >. Des propos analogues seront tenus par le Mexique, pour qui le Protocole de Nagoya : « [would] provide legal certainty regarding the use of genetic resources to indigenous and local communities, industries, pharmaceutical companies and researchers, by establishing measures to avoid misappropriation and misuse ». Voir Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, communiqué, « Megadiverse Mexico ratifies the Nagoya Protocol on genetic resources » (23 mai 2012), en ligne Convention sur la diversité biologique < <https://www.cbd.int/doc/press/2012/pr-2012-05-23-Mexico-en.pdf> >.

il n'en demeure pas moins qu'en vertu de la charge émotionnelle qu'elle porte, elle séduit les participants au système commercial international, même ceux du Nord<sup>471</sup>. Il en résulte une diffusion de la question de la biopiraterie qui s'affirme à l'international, puisque légitimée par des sujets originaires du droit international. Qui plus est, des actions internes aux États contribuent fortement à assurer l'existence sociale de la biopiraterie. Par exemple, le Pérou crée en 2004 une commission nationale anti-biopiraterie, alors que l'Inde se distingue particulièrement dans cette problématique, par la mise en place d'une base de données qui recense les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par ses communautés, dans la perspective de faire opposition aux demandes de brevets qui se fonderaient sur elles<sup>472</sup>.

Nous avons démontré jusqu'ici que la biopiraterie est un construit social, dont l'existence est assurée par l'imbrication de quatre discours développés grâce au champ de l'ethnobiologie, à la lutte autochtone pour la reconnaissance de leur identité culturelle, au militantisme des organisations de la société civile et la récupération médiatique de leurs propos, et par les États. Il convient dès à présent d'analyser les conséquences juridiques de cette construction sociale.

## **Section II : L'art 5(5) du Protocole de Nagoya : fruit en droit international de la construction sociale de la biopiraterie**

Dès lors que la rhétorique de la biopiraterie s'est diffusée dans le corps social, le mouvement logique qui s'en suivra aura été d'articuler sous forme juridique les valeurs de justice et d'équité au profit des « victimes » de ce phénomène. Nous explorons ci-après les conditions qui ont

---

<sup>471</sup> Par exemple, la Suisse a amendé sa loi sur les brevets et requiert désormais la divulgation de l'origine des ressources génétiques et/ou des connaissances traditionnelles. Voir article 49-a) de la Loi fédérale sur les brevets d'invention, en ligne Le Portail du gouvernement suisse < <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19540108/index.html> > : « La demande de brevet doit contenir des indications concernant la source: a. de la ressource génétique à laquelle l'inventeur ou le requérant a eu accès, pour autant que l'invention porte directement sur cette ressource; b. du savoir traditionnel des communautés indigènes ou locales relatif aux ressources génétiques auxquelles l'inventeur ou le requérant a eu accès, pour autant que l'invention porte directement sur ce savoir. Si la source n'est connue ni de l'inventeur ni du requérant, ce dernier doit le confirmer par écrit ».

<sup>472</sup> « About TKDL » (27 juin 2017), en ligne : TKDL < <http://www.tkdil.res.in/tkdil/LangFrench/common/Abouttkdl.asp?GL=Eng> > : « Traditional Knowledge Digital Library (TKDL) is a pioneer initiative of India to prevent misappropriation of country's traditional medicinal knowledge at International Patent Offices on which healthcare needs of more than 70% population and livelihood of millions of people in India is dependent. Its genesis dates back to the Indian effort on revocation of patent on wound healing properties of turmeric at the USPTO ».

favorisé la construction en droit international d'une norme juridique répondant à cette « injustice » sociale (I), ainsi que leurs effets (II).

## **I. Les conditions de la construction en droit international d'une norme « anti-biopiraterie »**

Le concept d'environnementalisme culturel s'est révélé comme un terreau favorable pour l'introduction d'une norme garantissant la reconnaissance des fournisseurs de ressources génétiques et de savoirs traditionnels associés (1.1). La diffusion de cette norme (1.2) dans plusieurs disciplines juridiques fournira le précédent permettant d'ancrer au sein du Protocole de Nagoya les termes de son article 5(5).

### **1.1 L'environnementalisme culturel : terreau favorable de la construction sociale de l'article 5(5) du Protocole de Nagoya**

Le concept de « *cultural environmentalism* » (environnementalisme culturel en français) a été proposé par James Boyle<sup>473</sup>. En effet, au cœur de la pensée de James Boyle relativement à ce concept, existe une analogie qu'il établit entre les questions environnementales et celles de propriété intellectuelle. Il constate d'abord que l'idéologie *propriétaire* a conduit, en matière environnementale, à ignorer les externalités négatives des productions industrielles telles que la pollution, qui en découlaient. Or observait-t-il, il y avait des domaines du droit de la propriété intellectuelle où le domaine public était sous-estimé par une idéologie quelque peu romantique à propos du droit d'auteur, fondé sur l'a priori que l'innovation vient de nulle part<sup>474</sup>.

Dans un livre<sup>475</sup> dont il est l'auteur, Boyle explicite, à partir du cas de la pervenche rose de Madagascar, les travers d'une fascination inappropriée pour le mythe de la paternité d'une œuvre,

---

<sup>473</sup> James Boyle, « Cultural Environmentalism and Beyond Cultural Environmentalism @ 10 » (2007) 70 Law & Contemp Probs 5-22 à la p 6. Celui-ci le définit comme : " an idea, an intellectual and practical movement, that is supposed to be a solution to a set of political and theoretical problems-an imbalance in the way we make intellectual property policy, a legal regime that has adapted poorly to the way that technology has broadened its ambit, and perhaps most importantly a set of mental models, economic nostrums, and property theories that each have a public-domain-shaped hole at their center".

<sup>474</sup> *Ibid* à la p 7.

<sup>475</sup> James Boyle, *Shamans, software, and spleens: law and the construction of the information society*, Cambridge, Mass, Harvard Univ Press, 1997.

qui ne s'appuierait pas sur les connaissances disponibles, mais revendiquerait une originalité complète. La pervenche rose, de nom scientifique *Catharanthus roseus*, est une plante de laquelle ont été extraites des molécules – la vinblastine et la vincristine – qui rentrent dans le traitement de nombreux cancers. Eli Lilly & Company est l'entreprise responsable de l'utilisation des connaissances traditionnelles relatives à cette plante. Or, comme dans presque tous les cas de biopiraterie, aucun avantage n'a été perçu ni par les shamans ni par l'État malgache. James Boyle, observe pourtant que l'entreprise qui a un revenu annuel de plus de 100 millions de dollars aurait pu participer à impulser de façon significative l'économie de Madagascar, ne serait-ce qu'en consentant à reverser une fraction de ses revenus<sup>476</sup>.

Suivant son idée d'environnementalisme culturel, Boyle affirme que le problème du système de propriété intellectuelle est qu'il considère comme nulle la valeur des matières premières qui entrent dans la production des biens protégés par le système de propriété intellectuelle, alors que les produits qui en résultent peuvent, eux, permettre l'accumulation de richesses par un groupe d'acteurs, en l'occurrence les compagnies. Dans le même temps, il observe que la perte rapide de la diversité biologique met en péril les possibilités d'y extraire de nouveaux médicaments<sup>477</sup>.

La suite est facile à deviner : le domaine public est ainsi fabriqué, et il devient le réceptacle des connaissances utiles ou potentiellement utiles sur lesquelles l'innovation s'appuie. Celle-ci ne peut se réclamer d'avoir germé au creux du génie unique de l'inventeur : il a nécessairement dû puiser dans le stock de connaissances disponibles afin de proposer son invention. Newton aurait pu affirmer à ce sujet, dans sa lettre à Robert Hooke en 1676 que « si j'ai pu voir aussi loin, c'est parce que j'étais juché sur les épaules de géants », reprenant ainsi Bernard de Chartres, un philosophe du XIIe siècle<sup>478</sup> ?

Or, ainsi que l'analysera Madhavi Sunder,

La théorie de Boyle sur le domaine public a fourni une base intellectuelle aux arguments pour reconnaître la valeur des contributions culturelles des peuples autochtones et du tiers-monde à l'innovation. La CDB et, plus récemment, le projet de convention sur l'accès aux connaissances proposé, promeuvent un régime juridique

---

<sup>476</sup> *Ibid* à la p 128.

<sup>477</sup> *Ibid* aux pp 128-129. Aussi, s'interroge-t-il en ces termes : « Who knows what other unique and potentially valuable plants disappear with the forest, what generations of pharmacological experience disappear as the indigenous culture is destroyed? ».

<sup>478</sup> Édouard Jeauneau, « *Lectio philosophorum* »: *Recherches sur l'école de Chartres*, Amsterdam, 1973 aux pp 51-73.

international qui récompenserait les peuples autochtones pour l’approvisionnement en matières premières de l’innovation et la préservation du domaine public. Employant le langage combiné de l’écologie et de l’économie, la CDB qualifie les populations locales de « gestionnaires des ressources » et de « gestion des espèces », [...] et accorde aux pays des droits de propriété souverains sur les ressources génétiques trouvées à l’intérieur de leurs frontières. Ces droits servent à la fois de récompense ex post pour la conservation de la biodiversité et d’incitation ex ante pour la conservation continue. La CDB accorderait à la fois la souveraineté sur les ressources biologiques et le droit de partager les avantages des produits brevetés découlant de l’appropriation de la biodiversité ou des savoirs traditionnels d’un pays.<sup>479</sup>

Il a fallu cependant prendre appui sur un « arrangement intersubjectif », pour voir s’éclorre en droit international cette idée qui elle-même dérivait d’une considération purement éthique et qui, d’après Darell Posey, devait s’opérationnaliser en dehors de ce même droit international.

## 1.2 La diffusion de la norme du partage juste et équitable

Dans un article utilisant une approche interdisciplinaire à la croisée du droit, de la sociologie politique et des relations internationales<sup>480</sup>, Louisa Parks et Élisa Morgera ont proposé d’éclairer le chemin qu’a emprunté la norme du partage juste et équitable des avantages. Pour ce faire, elles s’appuient sur la littérature relative à la diffusion des normes, et conviennent avec William Twining que ce concept est particulièrement pertinent pour comprendre les relations et les interactions mutuelles entre les différents niveaux de l’ordre juridique (qui ne sont pas nécessairement statiques ou clairement définis) des relations humaines à différents niveaux géographiques<sup>481</sup>.

Partant de l’acception générique de la norme entendue comme un standard de comportement approprié pour des acteurs ayant une identité donnée<sup>482</sup>, elles souscrivent à l’approche constructiviste du droit international qui considère que « [...] les normes sont souvent reprises par

---

<sup>479</sup> Madhavi Sunder, « The invention of traditional knowledge » (2007) 70:2 *Law and Contemporary Problems* 97–124 à la p 105.

<sup>480</sup> Ce travail s’avère particulièrement intéressant pour notre thèse dans la mesure où il s’articule harmonieusement avec le concept de constructivisme juridique, qui s’est développée à la croisée de ces trois champs disciplinaires.

<sup>481</sup> Louisa Parks et Elisa Morgera, « The Need for an Interdisciplinary Approach to Norm Diffusion: The Case of Fair and Equitable Benefit-sharing » (2015) 24:3 *Review of European, comparative & international environmental law* 353–367 à la p 357; William Twining, « Diffusion of law: A global perspective » (2004) 36:49 *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1–45 à la p 14.

<sup>482</sup> Finnemore et Sikkink, *supra* note 53 à la p 891, voir la note 17.

les acteurs (un individu, un Etat ou une organisation) parce qu'elles sont considérées comme appropriés ou justes »<sup>483</sup> [notre traduction]. Précisément, elles indiquent partager, conformément à la théorie interactionnelle du droit international de Jutta Brunnée et Stephen Toope, l'idée d'un rôle majeur joué par des acteurs individuels ou collectifs dans la propagation des normes juridiques. Ces acteurs peuvent être autant des organes institutionnels que d'organisations de la société civile ou encore des acteurs clés situés dans des arènes de communication précises où ils se servent de canaux appropriés (qu'il s'agisse de travaux académiques ou des médias)<sup>484</sup>. Par exemple, elles démontrent que l'idée des protocoles communautaires dans le cadre des accords de partage des avantages a d'abord été suggérée par des ONGs durant les événements parallèles qui se tiennent en marge des négociations internationales. Par la suite, cette idée a été reprise par des acteurs locaux qui ont convaincu des leaders des groupes régionaux de discussion de l'inclure dans leurs positions officielles : « Grâce au travail des ONG sur le terrain et à leurs efforts pour transmettre les leçons apprises à la table de négociation internationale, les protocoles communautaires ont été reconnus dans le texte d'un traité international, le Protocole de Nagoya »<sup>485</sup> [notre traduction]. Par ailleurs, Parks et Morgera affirment que l'idée de cadrage<sup>486</sup> (« *framing* ») est centrale pour comprendre la manière dont les normes finissent par être intégrées au sein d'une convention internationale. Elles empruntent cette idée de « cadrage » ou de « présentation » à Erving Goffman.

L'étude de Louisa Parks et Éliisa Morgera est d'une importance cruciale dans la perspective de l'approche interactionnelle du droit international (le premier élément de notre triptyque théorique), dans la mesure où elle permet de comprendre les raisons qui justifient la diffusion de la norme du partage juste et équitable des avantages en droit international<sup>487</sup>. En effet, la raison est (suivant le concept de « *framing* » emprunté à Goffman) que le principe du partage juste et équitable des avantages fournit un cadre d'analyse de la justice sociale pour la résolution des problèmes de gestion de l'environnement. Ce cadre « permet de réconcilier les intérêts concurrents de l'État et des communautés, en insistant sur les avantages découlant de la protection et de la réglementation

---

<sup>483</sup> Parks et Morgera, *supra* note 481 à la p 359.

<sup>484</sup> *Ibid* à la p 361.

<sup>485</sup> *Ibid* à la p 360.

<sup>486</sup> Une traduction plus correcte référerait « au fait de présenter comme ».

<sup>487</sup> Parks et Morgera, *supra* note 481 à la p 366.

de l'environnement, facilitant ainsi une compréhension partagée des avantages et assurant la coopération » [notre traduction]<sup>488</sup>.

Dans le cadre de cette thèse, les résultats de cette étude sont particulièrement intéressants : ils démontrent que pour trouver une solution au problème de « biopiraterie », les acteurs à l'origine de sa construction sociale, convaincus de l'existence d'un domaine public abusé par les utilisateurs du système de propriété intellectuelle, ont veillé à enchâsser leur vision à travers la norme du partage juste et équitable. L'historique de celle-ci en droit international apporte des réponses intéressantes à cet égard.

En effet, la généalogie de cette norme permet de situer sa première apparition à l'article 27(1) de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, sous la forme d'un droit humain à la science : « Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent »<sup>489</sup>. Une autre formulation est celle de l'article 15 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* aux termes duquel « Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit [de] bénéficier du progrès scientifique et de ses applications »<sup>490</sup>.

Ce droit à la science a été précisé par la suite par la *Déclaration des Nations-Unies sur le progrès et le développement dans le domaine social*<sup>491</sup>. Ainsi, son article premier pose que :

Tous les peuples, tous les êtres humains, sans distinction de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, de nationalité, d'origine ethnique, de condition familiale ou sociale, ou de convictions politiques ou autres, ont le droit de vivre dignement et de jouir librement des fruits du progrès social, et doivent, pour leur part, contribuer à ce progrès.

Quant à son article 13-a), il affirmera que :

---

<sup>488</sup> *Ibid* à la p 365. Justement, la première section de ce chapitre a l'intérêt scientifique de ce qu'elle présente à partir du cas contemporain de *la Quassia amara*, la manière dont le droit est mobilisé pour présenter (« framing ») l'affaire entre l'IRD et les communautés guyanaises comme étant un problème de justice sociale.

<sup>489</sup> Voir art 27(1) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217 A (III), Doc off AG, 3<sup>e</sup> sess, supp n°13, Doc NU A/810 (1948) 71.

<sup>490</sup> Art 15(1) -a) du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 993 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976)

<sup>491</sup> *Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social*, Rés AG 2542 (XXIV), Doc off AGNU, 1792<sup>e</sup> séance plén, A/RES/2542 (1969) 51.

Le progrès et le développement dans le domaine social doivent viser enfin à la réalisation des objectifs suivants :

a) Répartir équitablement les avantages découlant des progrès scientifiques et techniques entre les pays développés et les pays en voie de développement et étendre constamment le champ d'application de la science et de la technique afin de favoriser le développement social de l'humanité [...].

Qui plus est, il est intéressant de remarquer que les précisions attachées à un droit humain à la science sont justifiées à partir de la référence à un autre principe, qui était alors déjà accepté par la communauté internationale, à savoir : la souveraineté permanente de chaque nation sur ses richesses et ses ressources naturelles<sup>492</sup>, ce même principe qui a été une sorte de monnaie d'échange pour les États des pays développés, pour stimuler (au risque de sanctionner) ceux des pays en voie de développement à accepter les termes de l'Accord sur les ADPIC<sup>493</sup>.

Aussi, faut-il convenir avec Élisabeth Morgera que « le concept de « partage » des avantages tel que développé par le droit international sur la biodiversité peut servir à interpréter le droit à la science dans sa dimension d'accès aux bénéfices de la science en tant qu'instrument d'inclusion interculturelle et d'autonomisation des différents acteurs »<sup>494</sup> [notre traduction]. En suivant une telle prémisse, Morgera démontrera que l'accès aux bienfaits de la science (tel que proposée par le champ des droits humains) et le partage des avantages (ressortissant du champ du droit international de la biodiversité) réfèrent à la même réalité. Dans ce contexte, le « partage » (en anglais, « *sharing* ») des avantages évoque dans le contexte des droits humains, un impératif de « participation » active. Une telle participation s'oppose à une réception passive des fruits de l'innovation<sup>495</sup>. Quant aux bénéfices, affirme-t-elle, ils devraient être appréhendés dans le sens d'« avantages matériels que chaque personne devrait pouvoir apprécier dans la vie de tous les jours en améliorant directement les « capacités » humaines, en améliorant les niveaux de vie et

---

<sup>492</sup> Ainsi, la *Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles* a été reprise par l'art 3-d) de la *Déclaration des Nations-Unies sur le progrès et le développement dans le domaine social*.

<sup>493</sup> Voir *supra* note 495.

<sup>494</sup> Elisa Morgera, « Fair and equitable benefit-sharing at the cross-roads of the human right to science and international biodiversity law » (2015) 4:4 *Laws* 803–831 à la p 811.

<sup>495</sup> *Ibid* à la p 812.

en permettant aux gens de participer plus activement à la vie de leur communauté »<sup>496</sup>[notre traduction].

Pour le cas spécifique des peuples autochtones et des communautés locales dont les savoirs sont utilisés pour la fabrication de nouveaux produits assurant la sécurité alimentaire et la santé mondiales, ou les services écosystémiques, Morgera soutient que la question du partage des avantages dépasse celle de la simple commutation (logique d'échanges de bénéfices contre l'accès aux ressources traditionnelles), et évoque davantage un besoin de reconnaissance<sup>497</sup>. Finalement, en dépit du peu de différenciation auquel réfère le contenu du droit à la science<sup>498</sup>, il est clair que sa forme la plus rapprochée, du moins dans le champ de droit international de l'environnement, en particulier à son intersection entre biodiversité et propriété intellectuelle, est celle du partage des avantages<sup>499</sup>.

Or, c'est cette idée de « [...] jouir [ou de bénéficier] des [...] bienfaits qui en résultent »<sup>500</sup> qui a été mobilisée<sup>501</sup> pour proposer, par souci de justice et d'équité, une réponse internationale au problème public de biopiraterie. Ceci s'explique aisément si l'on recourt au concept de *shared understandings* de Jutta Brunnée et Stephen Toope, puisqu'il permet d'affirmer que la norme du partage juste et équitable des avantages avec les peuples autochtones et les communautés locales s'appuie sur une compréhension internationale de ce qu'il s'agit d'un attribut essentiel de l'humain, d'avoir un droit à la science<sup>502</sup>. Quelles seraient les étapes d'une telle mobilisation ?

---

<sup>496</sup> *Ibid.*

<sup>497</sup> *Ibid* à la p 813. Ici, il n'est pas redondant de souligner la pertinence du dernier élément de notre cadre théorique – la justice environnementale utilisant l'approche par les capacités d'Amartya Sen – dans la mesure où il fait, comme l'étude d'Élisa Morgera, également référence à l'impératif de participation, de distribution et de reconnaissance.

<sup>498</sup> *Ibid* à la p 806. En effet, Élisa Morgera souligne dans son travail les efforts de conceptualisation de la doctrine juridique qui affirme qu'il s'agit tantôt d'un droit civil et politique, tantôt d'un droit appartenant à la deuxième génération des droits humains (les droits économiques, sociaux et culturels). Elle cite dans les pages subséquentes les appels de la rapporteuse spéciale des Nations Unies pour la réalisation d'un commentaire à propos d'un droit humain à la science.

<sup>499</sup> Morgera, *supra* note 494.

<sup>500</sup> D'après les termes du droit à la science.

<sup>501</sup> Mobilisée, justement parce qu'elle fournissait le cadre (« frame », d'après Erving Goffman) de justice sociale.

<sup>502</sup> Ainsi que l'affirme Élisa Morgera, « The legal concept of fair and equitable benefit-sharing [...] has increasingly emerged in various areas of international environmental law – most visibly in international biodiversity law, [...] but also in relation to oceans, climate change, water, food and agriculture, [...] as well as in international processes on human rights and corporate accountability ». Voir Parks et Morgera, *supra* note 481 à la p 353.

Une première victoire dans la lutte contre le problème public de la biopiraterie sera gagnée avec l'inscription de l'article 8-j) de la CDB. Toutefois, en dépit de cet appel au « partage équitable des avantages découlant de l'utilisation [des connaissances traditionnelles] », rien ne sera véritablement fait par les États parties afin d'en assurer l'effectivité.

Ensuite, en avril 2002, les *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation*<sup>503</sup> seront adoptées. Il s'agit en fait d'un texte de *soft law*<sup>504</sup>, adopté par les États Parties à la Convention lors de sa sixième réunion à La Haye. Cependant, la question du partage des fruits de l'innovation avec les peuples autochtones et les communautés locales demeura quelque peu obscure dans la mesure où aucune référence explicite à l'utilisation de leurs connaissances traditionnelles comme facteur déclenchant le partage des avantages n'est faite. En effet, l'article 48 des *Lignes directrices de Bonn* qui s'en rapproche le plus ne souligne l'hypothèse d'un bénéfice au profit de ces communautés qu'en référence aux ressources génétiques qu'elles auraient contribué à protéger grâce à leurs savoirs. Un tel bénéfice ne sera accordé du reste qu'« après le consentement préalable donné en connaissance de cause [...] de tous ceux qui ont été identifiés comme ayant contribué à la gestion de la ressource et au processus scientifique et/ou commercial ». Quant à l'article 31 du même texte, il établit le respect de leurs normes internes d'organisation sociale :

En ce qui concerne les droits légaux établis des communautés autochtones et locales relativement aux ressources génétiques auxquelles il est demandé d'avoir accès ou lorsqu'on demande à avoir accès aux connaissances traditionnelles associées à ces ressources génétiques, le consentement préalable donné en connaissance de cause des communautés autochtones et locales et l'approbation et la participation des détenteurs des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles devraient être obtenus

---

<sup>503</sup> Convention sur la diversité biologique, *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation*, Montréal, Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, 2002.

<sup>504</sup> Les présentes Lignes directrices sont volontaires et ont été établies de manière à assurer leur :

a) Caractère volontaire : elles sont destinées à guider à la fois les utilisateurs et les fournisseurs de ressources génétiques sur une base volontaire; b) Facilité d'utilisation : afin de maximiser leur utilité et de convenir pour un large éventail d'applications, les Lignes directrices sont simples; c) Caractère pratique : les éléments contenus dans les Lignes directrices sont pratiques et visent à réduire les coûts de transaction; d) Acceptabilité : les Lignes directrices sont conçues pour gagner l'appui des utilisateurs et des fournisseurs; e) Complémentarité : les Lignes directrices et les autres instruments internationaux pertinents sont complémentaires; f) Approche évolutive : les Lignes directrices sont conçues pour être réexaminées en vue d'être révisées et améliorées à mesure que l'on aura acquis de l'expérience en matière d'accès et de partage des avantages; g) Flexibilité : afin de pouvoir être utiles pour une pluralité de secteurs, d'utilisateurs ou de conditions et juridictions nationales, les Lignes directrices doivent être souples; h) Transparence : elles sont conçues pour promouvoir la transparence dans la négociation et la mise en œuvre des arrangements portant sur l'accès et le partage des avantages.

conformément à leurs pratiques coutumières, aux politiques nationales d'accès et compte tenu des lois internes.

Les États des pays en développement n'ont cependant pas accueilli les *Lignes directrices de Bonn* avec l'enthousiasme qu'on aurait pu imaginer en raison de son caractère novateur. Pour eux, si ces *Lignes directrices* « apportaient une aide utile au développement des systèmes nationaux de réglementation, elles ne constituaient cependant pas un cadre international efficace pour traiter les questions *d'appropriation illicite et de partage des avantages* », écrit Hamdallah Zedan, ex-directeur du Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique<sup>505</sup> [Nos italiques].

Aussi, sous l'impulsion des pays méga-divers, sera lancé en septembre 2002 au Sommet mondial sur le développement durable à Johannesburg un appel à négocier un régime international sur l'APA. Un tel appel sera légitimé par l'invitation de la 57<sup>e</sup> session de l'Assemblée générale des Nations Unies à négocier le régime APA envisagé. Dès 2004, la Conférence des Parties à la CDB répondra en établissant un mandat à cette fin<sup>506</sup>. Après six années d'intenses négociations, qui ont été marquées entre-temps par l'adoption de la DNUDPA, le *Protocole de Nagoya* sera finalement adopté le 29 octobre 2010, en même temps que le *Plan stratégique pour la biodiversité 2011-2020* dit « Objectifs d'Aichi », et un accord sur une stratégie de mobilisation des ressources financières<sup>507</sup>.

L'article 5(5) du Protocole de Nagoya prévoit que :

Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, afin que les avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques soient partagés de manière juste et équitable avec les communautés autochtones et locales détentrices de ces connaissances. Ce partage s'effectue selon des conditions convenues d'un commun accord.

---

<sup>505</sup> Hamdallah Zedan, « Patents and biopiracy: the search for appropriate policy and legal responses » (2005) 12:1 The Brown Journal of World Affairs 189–205 à la p 195.

<sup>506</sup> Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, Décision VII/19, *Accès aux ressources génétiques et partage des avantages* (article 15), art 1 : « Décide de confier au Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, avec la collaboration du Groupe de travail spécial sur l'article 8 j) et les dispositions connexes, en assurant la pleine participation des communautés autochtones et locales, des organisations non gouvernementales et intergouvernementales, du secteur privé, des établissements scientifiques et des institutions d'enseignement, le mandat d'élaborer et de négocier un régime international sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages, en vue d'adopter un ou plusieurs instruments qui puissent mettre en œuvre de façon efficace les dispositions des articles 15 et 8 j de la Convention et les trois objectifs de la Convention ».

<sup>507</sup> Arbour et al, *supra* note 8 à la p 441.

Cette disposition constitue ainsi la réponse internationale de droit positif que la communauté internationale a trouvé au problème public de biopiraterie, dans la mesure où la reconnaissance sous la forme d'avantages monétaires et non monétaires qu'elle propose a pour objectif d'éviter l'injustice que représente la biopiraterie. Dès l'entrée en vigueur du *Protocole de Nagoya*, elle a commencé par produire des effets dans la société internationale, qu'il convient d'analyser.

## II. Les effets de la construction juridique d'une norme « anti-biopiraterie »

Depuis l'année de son entrée en vigueur, soit depuis 2014, l'article 5(5) du *Protocole de Nagoya* a déjà été invoqué dans au moins trois affaires de biopiraterie. Nous explorerons brièvement la première et la seconde d'entre elles, puis focaliseront notre analyse sur la dernière. Précisément, il s'agira de montrer comment l'article 5(5) du *Protocole de Nagoya* devient un dispositif central pour la mobilisation du droit international en matière de biopiraterie (2.1). Nous nous interrogerons ensuite sur le potentiel de cette norme à provoquer un réel changement social (2.2).

### 2.1 L'art 5(5) du Protocole de Nagoya : dispositif-clé des usages militants du droit contre les faits de biopiraterie ?

Le 15 mars 2014, une note d'information du Third World Network (TWN), publiée sur son site internet, renvoyait à une étude de Edward Hammond selon laquelle des chercheurs français se sont intéressés à une plante aux mille vertus<sup>508</sup> – le *Guiera Senegalensis* – et l'ont collectée à des fins non commerciales au départ auprès du peuple Dogon au Mali, dans la perspective d'en vérifier les propriétés analgésiantes<sup>509</sup>. Mais, poursuit le TWN, leur recherche les a conduits à la découverte de propriétés anticancérigènes, qui font désormais l'objet de brevets détenus par trois universités françaises, alors que d'autres demandes de brevet sont pendantes devant l'Office européen du brevet, aux États-Unis, en Corée du Sud et en Chine<sup>510</sup>. Dans ce cas précis, il faut noter

---

<sup>508</sup> Pag-yendu M Yentcharé, « Partager les fruits de l'innovation avec les communautés autochtones ou locales: les 12 travaux d'Hercule? » (2016) 30:1 *Revue internationale de droit économique* 107–139 à la p 130.

<sup>509</sup> Edward Hammond, *Guiera du Senegal : une plante médicinale africaine anticancéreuse accaparée par les universités françaises : Document d'information biopiraterie*, Third World Network, 2015 à la p 2, en ligne : <<http://www.twn.my/title2/biotk/2015/btk150301.htm>>, consulté le 12 janvier 2017.

<sup>510</sup> *Ibid.*

essentiellement un changement d'orientation des objectifs de recherche initialement fixés, qui déclenche le mouvement de dénonciation par le TWN. Les exigences nouvelles posées par le Protocole de Nagoya auraient nécessité de ces chercheurs français qu'ils informent les communautés Dogon du changement d'intention dans leur ambition de recherche qui était de vérifier les propriétés analgésiantes du *Guiera senegalensis*, et qui est désormais d'en vérifier les propriétés anticancérigènes (article 6 et 8 du Protocole de Nagoya). Une telle opération aurait également nécessité la conclusion d'un accord de partage des avantages conformément aux termes de l'article 5(5). Il est important de souligner que tout ceci est contingent au fait que le Mali où cette ressource génétique et savoirs traditionnels y associés ont été collectés, ait préalablement (du moins à la période où l'affaire de biopiraterie a été portée à l'attention du public), ratifié le Protocole de Nagoya, et adopté des lois nationales mettant en œuvre ses articles 5(5), 6 et 8, ce qui n'était pas encore le cas. L'action du TWN s'inscrit donc dans une tentative de « stimuler » les chercheurs français à partager les fruits résultant de l'utilisation de leurs connaissances des Dogons avec eux, dans la nouvelle ère ouverte par le Protocole de Nagoya. Mais pour l'heure, il demeure difficile de prédire si ces communautés obtiendraient une quelconque part des fruits de l'innovation.

Plus récemment, le 16 novembre 2016, trois ONGs – Public Eye (autrefois connue sous le nom de Déclaration de Berne), la Fondation France Libertés et SumOfUs – ont lancé une pétition en vue de faire pression sur la compagnie américaine Coca-Cola<sup>511</sup>. L'accusation portée contre Coca-Cola était liée à la divulgation d'un groupe d'ONGs - Public Eye, CEIDRA, Misereor, Pro Stevia Suisse, et SUNU – et de scientifiques, relativement aux usages d'une ressource génétique, la *Stevia*. En effet, la *Stevia* est largement utilisée dans les produits fabriqués par des entreprises telles que Evolva, Nestlé...et Coca-Cola, en raison de son pouvoir sucrant et faiblement calorique. Aussi, ces organisations de la société civile ont-elles exigé de ces entreprises qu'elles signent un accord de partage juste et équitable des avantages avec les communautés autochtones Guarani, qui sont d'après elles en fait détentrices du savoir traditionnel relatif aux vertus de cette plante.

À la suite de ces appels, des groupes autochtones sud-américains (Paï Tavera et Kaiowa) du peuple Guarani qui se trouvent de part et d'autre de la frontière du Paraguay et du Brésil – et qui se

---

<sup>511</sup> SumOfUs, « Here's the bitter truth about Coca-Cola's favorite natural sweetener. » (16 novembre 2016), en ligne : SumOfUs <<https://actions.sumofus.org/a/stevia-coca-cola>> (consulté le 12 janvier 2017).

réclament détenteurs traditionnels des connaissances sur l'utilisation de la plante *Stevia* – ont dénoncé dans une déclaration conjointe, l'exploitation de leurs savoirs et de leur biodiversité par des entreprises multinationales et ont demandé à celles-ci d'entrer en négociation avec eux.

Comment comprendre alors que l'acharnement des ONGs instigatrices de la pétition soit essentiellement contre le groupe Coca-Cola ? Un message affiché par l'ONG Public Eye sur son site internet l'explique on ne peut plus clairement :

Tandis que les peuples autochtones revendiquent leurs droits, l'entreprise Evolva basée à Bâle a indiqué qu'elle était disposée à négocier un accord avec les Guarani. Nestlé, quant à lui, soutient le principe du partage des avantages, mais n'a pas encore pris d'engagement spécifique. Mais Coca-Cola, qui est l'un des principaux utilisateurs de glycosides de stéviol, ne reconnaît même pas le problème fondamental. Par conséquent, une pétition est lancée pour convaincre le géant américain des boissons gazeuses de mettre fin à son acte de biopiraterie<sup>512</sup> [notre traduction].

Au 12 janvier 2017, sur les 250.000 signatures nécessaires pour forcer Coca-Cola à signer un accord de partage des avantages tirés de l'exploitation des produits à base de *Stevia*, 214.472 ont été récoltées : il restait encore à en obtenir 35.528. En juin 2017, plus de 280.000 signatures ont été reçues, exigeant du groupe Coca-Cola qu'il respecte les droits des Guarani<sup>513</sup>. L'actualité de cette affaire invite à la suivre de près, dans la perspective de tirer entre autres, des conclusions sur l'effet que produit l'invocation de l'article 5(5) du *Protocole de Nagoya*, relatif au partage juste et équitable des fruits de l'innovation avec les peuples autochtones et les communautés locales.

Une autre affaire est cependant au centre de la réflexion ici proposée, en raison des éléments d'analyse intéressants qu'elle fournit pour la présente thèse. En effet, le 25 janvier 2016, le titre du journal électronique français *Mediapart* était hautement gênant pour les personnes, physiques et morales, qui en étaient l'objet. Il affirmait que « Des chercheurs français sur le paludisme [sont] accusés de biopiraterie ». De fait, l'article y afférent relatait un cas de biopiraterie, c'est-à-dire « d'appropriation illicite » des connaissances traditionnelles de communautés autochtones ou

---

<sup>512</sup> Public Eye, « Press Release – Public Eye » (16 novembre 2016), en ligne : Public Eye <[https://www.publiceye.ch/en/media/press-release/stevia\\_coca\\_colo\\_needs\\_to\\_negotiate\\_a\\_benefit\\_sharing\\_agreement\\_with\\_the\\_guarani/?cHash=88277abab40d85fae599e445f8558093&platform=hootsuite](https://www.publiceye.ch/en/media/press-release/stevia_coca_colo_needs_to_negotiate_a_benefit_sharing_agreement_with_the_guarani/?cHash=88277abab40d85fae599e445f8558093&platform=hootsuite)> (consulté le 12 janvier 2017).

<sup>513</sup> Béatrice Héraud, « Stévia : La campagne contre la biopiraterie porte ses fruits » (19 juin 2017), Novethic, en ligne : <<http://www.novethic.fr/isr-et-rse/actualite-de-la-rse/isr-rse/biopiraterie-la-stevia-un-edulcorant-au-gout-amer-pour-les-guaranis-144185.html>>.

locales par des utilisateurs par le biais des droits de propriété intellectuelle, notamment le système de brevets<sup>514</sup>. L'intrigue de l'affaire a été résumée dans une note d'information publiée sur le site internet de la Fondation France Libertés de Madame Danielle Mitterrand :

Au début des années 2000, des chercheurs de l'IRD se sont rendus en Guyane française. Ils ont questionné les populations autochtones et locales à propos des remèdes traditionnels utilisés pour lutter contre le paludisme. L'étude de leurs pratiques ancestrales a permis à l'IRD d'identifier une plante, la *Quassia Amara*, et d'isoler une molécule active, la Simalikalactone E (SkE). Plutôt que de partager les résultats des recherches avec les populations y ayant pourtant participé, l'IRD a préféré breveter l'utilisation de la SkE à son seul bénéfice auprès de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI) et de l'Office Européen des Brevets (OEB)<sup>515</sup>.

En l'espèce, l'Institut de Recherche de Développement (IRD) français était critiqué pour « ses pratiques peu éthiques »<sup>516</sup>, et pour le fait que sa demande de brevet eût été à la fois « immorale et contraire aux règles de propriété intellectuelle »<sup>517</sup> et de celles du Protocole de Nagoya dont les discussions sur la mise en œuvre étaient toujours en cours devant le Parlement<sup>518</sup>. En réaction à cette pratique, la Fondations France Libertés a déposé une opposition auprès de l'Office européen des brevets, afin de contester la validité du brevet obtenu par l'IRD.

D'un point de vue théorique, il est possible de situer les allégations de biopiraterie dans le champ des théories de la mobilisation du droit<sup>519</sup>. En effet, celle-ci désigne « tout type de processus par lequel des acteurs individuels ou collectifs invoquent des normes juridiques, des discours ou des symboles pour influencer les politiques ou les comportements »<sup>520</sup> [notre traduction]. Dans les termes de Paul Burstein, il s'agit d'une tactique mise en œuvre par des mouvements sociaux qui s'investissent dans une lutte pour une cause qui légitime leur militantisme, et qui espèrent la gagner<sup>521</sup>. Doulas NeJaime précise à cet égard qu'il s'agit d'une « stratégie [...] qui déploie des

---

<sup>514</sup> V. Walid Abdelgawad, « Contrats Internationaux de Bioprospection: Moyen de Protection de la Biodiversité et des Savoirs Traditionnels ou Instrument de Biopiraterie, Les » (2009) 22 Rev quebecoise de droit int'l 53 à la p 54. : « stevia ».

<sup>515</sup> France Libertés et Thomas Burelli, « Des chercheurs français s'approprient des savoirs guyanais ancestraux » (25 janvier 2016), en ligne : France Libertés <<http://www.france-libertes.org/Des-chercheurs-francais-biopiraterie.html>> (consulté le 12 janvier 2017).

<sup>516</sup> *Ibid.*

<sup>517</sup> *Ibid.*

<sup>518</sup> *Ibid.*

<sup>519</sup> Ces théories sont davantage connues de la littérature anglophone, qui les désigne sous le vocable de « legal mobilization ».

<sup>520</sup> Oxford University Press, sub verbo « Legal Mobilization », par Lisa Vanhala.

<sup>521</sup> Paul Burstein, « Legal Mobilization as a Social Movement Tactic: The Struggle for Equal Employment Opportunity » (1991) 96:5 American Journal of Sociology 1201-1225 à la p 1201. Voir aussi David Pettinicchio, « The When, Why, and How of

litiges en conjonction avec une gamme d'autres tactiques et qui exploite le potentiel politique de mobilisation des actions de revendications de droits »<sup>522</sup>. Suivant cette typologie, nous analyserons tour à tour le chemin de l'action judiciaire et le chemin de la mobilisation du public dans le contexte de l'affaire de la Quassia amara.

### 2.1.2 Le chemin de l'action judiciaire

La mobilisation du droit a emprunté les chemins de l'action en opposition au brevet déposée par la Fondation France Libertés devant l'Office européen du brevet (OEB). Cette opposition avait pour objectif de prouver l'absence de fondement juridique du droit de propriété intellectuelle obtenu par l'IRD. À ce titre, la Fondation affirmera que :

Notre recours conteste la validité du brevet. En effet, la délivrance d'un brevet repose sur trois critères : la nouveauté, l'inventivité et l'application industrielle. En l'occurrence, les deux premiers critères ne sont pas selon nous respectés : les chercheurs ont mobilisé des connaissances traditionnelles ancestrales largement connues. Ces savoirs ont constitué des éléments cruciaux pour le développement de l'innovation. L'IRD a pourtant revendiqué pour son seul bénéficiaire l'« invention », niant de cette manière la créativité des populations autochtones et locales<sup>523</sup>.

Ce faisant, l'association invoquait directement les termes des dispositions de la Convention sur le brevet européen (CBE). Ainsi que le précisent les auteurs de l'opposition au brevet « EP2443126 « Simalikalactone E et son utilisation comme médicament » », à savoir la Fondation France Libertés, Thomas Burelli et Cyril Costes :

L'opposition est formée contre le brevet dans son ensemble.

L'opposition est fondée sur les motifs suivants :

- L'objet du brevet EP2443126 « Simalikalactone E et son utilisation comme médicament » n'est pas brevetable en vertu des articles 52 à 57 de la Convention sur le Brevet Européen (CBE), en particulier :

---

Legal Mobilization » (4 février 2013), *Mobilizing Ideas* (blogue), en ligne : <<https://mobilizingideas.wordpress.com/2013/02/04/the-when-why-and-how-of-legal-mobilization/>>.

<sup>522</sup> Douglas NeJaime, « The legal mobilization dilemma » (2011) 61:4 *Emory Law Journal* à la p 664, en ligne : <<http://law.emory.edu/elj/content/volume-61/issue-4/thrower-symposium-articles/legal-mobilization-dilemma.html#section-63ab93a3338ad46ae67e1da9dadcb8c0>> (consulté le 17 juillet 2017).

<sup>523</sup> France Libertés et Burelli, *supra* note 515.

- L'exploitation commerciale de l'invention protégée est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (art. 53(a) CBE) étant donné les conditions de développement de l'invention et les conditions de sa protection ; conditions caractéristiques d'actes de biopiraterie.
  - L'invention revendiquée n'est pas nouvelle (art. 54 CBE) en raison de l'existence de nombreux savoirs traditionnels antérieurs à la demande, notamment documentés par les déposants.
  - L'invention n'implique pas une activité inventive et découle d'une manière évidente de l'état de technique, en raison notamment de l'existence de savoirs traditionnels connus et antérieurs à la demande, et en raison d'antériorités publiées par les déposants.
- Le brevet EP2443126 « Simalikalactone E et son utilisation comme médicament » n'expose pas l'invention de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter<sup>524</sup>.

Il convient au préalable de noter que l'opposition contre le brevet EP2443126 s'appuie sur les termes de la CBE, qui dérivent eux-mêmes de l'article 27(1) de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (Accord sur les ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)<sup>525</sup>. Aussi, le but recherché était-il de prouver que les conditions qu'il prévoit ne sont pas réunies, de sorte qu'il n'y a pas lieu que l'IRD obtienne un brevet.

Dans cette perspective, les opposants au brevet invoquent les termes de l'article 54(1) et (2) de la CBE<sup>526</sup> dans leur argumentaire visant à établir l'absence de nouveauté de l'invention revendiquée par l'IRD dans sa demande de brevet. Pour ce faire, ils établissent l'existence de publications scientifiques antérieures au dépôt du brevet par l'IRD. Ainsi, après avoir rappelé les revendications sur lesquelles portent le brevet EP2443126<sup>527</sup>, ils précisent que :

<sup>524</sup> « Opposition au brevet EP2443126 « Simalikalactone E et son utilisation comme médicament » », (Mémoire des opposants à la p. 2), en ligne : Office européen des brevets

< <https://register.epo.org/application?documentId=EX6CGK4X2126DSU&number=EP10734771&lng=fr&npl=false> > [Mémoire des opposants au brevet EP2443126].

<sup>525</sup> En effet, aux termes de l'article 27 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 15 avril 1994, Annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avril 1994, 1867 RTNU 31874, 33 ILM 1197 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995), « 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 ».

<sup>526</sup> Voir l'article 54 (1) et (2) de la *Convention sur le Brevet Européen*, 5 octobre 1973, (16<sup>e</sup> édition, juin 2016) [CBE] : (1) Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique ; (2) L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen.

<sup>527</sup> 1— La molécule répondant à la formule décrite dans la demande de brevet ; 2— Médicament comprenant la molécule de formule 1 selon la revendication 1, et un support pharmaceutique acceptable ; 3— Médicament selon la revendication 2, pour son utilisation pour la prévention et/ou le traitement du paludisme ; 4— Médicament selon la revendication 2 ou la revendication 3 pour

Les remèdes divulgués dans les documents [Vigneron, 2003], [Vigneron et al., 2005], [Bertani et al., 2005] et [Bertani, 2006] représentent des médicaments pour le traitement du paludisme contenant la simalikalactone E et la divulgation de ces documents détruit selon nous la nouveauté des revendications 1 à 4.

Les revendications dépendantes 5 et 6 ne contiennent aucune caractéristique qui, en combinaison avec celles de l'une quelconque des revendications à laquelle elles se réfèrent définisse un objet qui satisfasse au critère de la nouveauté, en particulier comme la quantité de principe actif a été déterminée à la base du traitement traditionnel.

Les revendications présentes ne sont pas limitées à une utilisation de la simalikalactone E isolée. La portée présente de la revendication 1 englobe l'utilisation de compositions comprenant la Simalikalactone E, y compris un extrait comme divulgué dans les documents [Vigneron, 2003], [Vigneron et al., 2005], [Bertani et al., 2005] et [Bertani, 2006].

Par conséquent, l'objet des revendications 1 à 6 n'est pas nouveau au sens de l'article 54(1) et (2) CBE<sup>528</sup>.

Les documents [Vigneron, 2003], [Vigneron et al., 2005], [Bertani et al., 2005] et [Bertani, 2006] divulguent des procédés d'isolation de la Simalikalactone E à partir de feuilles de Quassia Amara. En conséquence, les revendications 7-8 ne sont pas nouvelles.

De plus, dans la perspective d'établir le défaut d'inventivité du brevet en cause, les opposants invoquent les termes de l'article 56 de la CBE qui pose qu'

Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique. Si l'état de la technique comprend également des documents visés à l'article 54, paragraphe 3, ils ne sont pas pris en considération pour l'appréciation de l'activité inventive<sup>529</sup>.

Ils s'appuient aussi sur le paragraphe 3 de l'article 54 qui établit qu'il « [est] également considéré comme compris dans l'état de la technique le contenu de demandes de brevet européen telles qu'elles ont été déposées, qui ont une date de dépôt antérieure à celle mentionnée

---

son utilisation pour réduire la transmission du paludisme ; 5— Médicament selon l'une des revendications 2 à 4, qui est destiné à une administration par voie orale, rectale ou injectable ou topique ; 6— Médicament selon l'une quelconque des revendications 2 à 5 dans lequel la dose journalière de SkE est de 0,01 mg/kg/j à 500 mg/kg/j de SkE ; 7— Procédé d'isolement de la SkE selon la revendication 1 à partir de feuilles de Quassia Amara ; 8— Procédé selon la revendication 7 d'isolement de la SkE à partir de feuilles de Quassia Amara qui comprend les étapes suivantes.

<sup>528</sup> « Opposition au brevet EP2443126 « Simalikalactone E et son utilisation comme médicament » », *supra* note 524 aux pp 54-55.

<sup>529</sup> Article 56 de la *Convention sur le Brevet Européen*.

au paragraphe 2 et qui n'ont été publiées qu'à cette date ou à une date postérieure ». Aussi, soutiennent-ils qu'il n'y a rien d'inventif dans le fait de séparer les composés individuels et d'analyser leur activité puisqu'il s'agit là du mouvement normal de l'homme du métier visé par l'article 56 de la CBE. Ainsi qu'ils l'écrivent :

L'homme de l'art connaissant la divulgation des documents [Vigneron, 2003], [Vigneron et al., 2005], [Bertani et al., 2005], [Bertani, 2006], [Bertani et al., 2007], c'est-à-dire les remèdes traditionnels les plus utilisés par les populations autochtones et locales interrogées, essaierait, avec préférence et sans être inventif, d'isoler de l'extrait aqueux le composé le plus actif contre le paludisme. Il est connu des documents [Vigneron, 2003], [Vigneron et al., 2005], [Bertani et al., 2005], [Bertani, 2006], [Bertani et al., 2007] que ce composé est compris dans l'extrait aqueux des feuilles de *Quassia Amara*. La seule chose à faire pour trouver le principe actif est de séparer les composés individuels et d'examiner leur activité.<sup>530</sup>

Par ailleurs, les opposants tenteront de prouver le manque de divulgation claire et complète de l'invention, devant permettre à l'homme du métier de reproduire l'invention<sup>531</sup>, en affirmant ceci :

Les demandeurs indiquent que l'extraction de la Simalikalactone E implique l'usage de « *feuilles mures séchées de Quassia Amara* », or il n'est pas précisé en quoi consiste des « *feuilles mures de Quassia Amara* » comparativement à des feuilles juvéniles. Un homme du métier ne peut donc pas exécuter l'invention.

L'aspect le plus remarquable de l'opposition réside dans les arguments déployés par France Libertés, Thomas Burelli et Cyril Costes afin de soutenir la non-conformité du brevet EP2443126 à l'ordre public et aux bonnes mœurs. En effet, aux termes de l'article 53(a) de la CBE :

Les brevets européens ne sont pas délivrés pour [...] les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, une telle contradiction ne pouvant être déduite du seul fait que l'exploitation est interdite, dans tous les États contractants ou dans plusieurs d'entre eux, par une disposition légale ou réglementaire<sup>532</sup>.

Relativement à l'ordre public, les auteurs de l'opposition soutiennent d'abord que l'exploitation du brevet de l'IRD pourrait « pourrait entraîner de sérieux risques de troubles à l'ordre public ». Ils explicitent ce point en posant que :

---

<sup>530</sup> « Opposition au brevet EP2443126 « Simalikalactone E et son utilisation comme médicament » », supra note 524 à la p 60.

<sup>531</sup> *Ibid.*

<sup>532</sup> <sup>532</sup> Article 53(a) de la *Convention sur le Brevet Européen*.

L'exploitation du brevet pourrait [...] avoir de graves conséquences sur les rapports entre les autorités de la région et les instituts de recherche locaux. Cela pourrait notamment entraîner une rupture de liens et de partenariats et l'annulation de financements. La réparation des dommages et le retour de la confiance demanderaient d'immenses efforts et beaucoup de temps<sup>533</sup>.

Ils ajoutent ensuite qu'une telle exploitation risque d'exacerber le climat de méfiance entre communautés et scientifiques, les premières voyant leurs convictions d'avoir été (historiquement?) spoliées par les seconds, confirmées. Enfin, ils jouent la carte de la protection de la biodiversité : puisque « la simalikalactone E n'est pas une molécule aujourd'hui synthétisée, et en raison de la complexité de sa structure, [et qu'] il est peu probable que les chercheurs parviennent à la synthétiser rapidement »<sup>534</sup>, « L'exploitation de l'invention objet du brevet EP2443126 présente donc des risques pour la conservation et l'équilibre de la biodiversité en Guyane »<sup>535</sup>.

Sur les bonnes mœurs, en s'appuyant sur un précédent jurisprudentiel<sup>536</sup>, les auteurs de l'opposition considéreront que :

En effet, selon nous, est contraire aux bonnes mœurs, l'exploitation d'un brevet développé dans l'irrespect des normes de conduite conventionnelles en matière de recherche impliquant les communautés autochtones et locales (plus largement les êtres humains), mais aussi en matière d'accès et d'utilisation (incluant les normes reconnues en matière de partage des avantages) des savoirs traditionnels, de même que l'exploitation d'un brevet ne reconnaissant pas l'apport décisif des populations autochtones et locales et qui pourrait permettre aux détenteurs du brevet d'interdire l'utilisation et l'exploitation des remèdes traditionnels<sup>537</sup>.

Ils mobilisent ensuite une série de textes internationaux ayant ou non une valeur juridique, qui contiennent des normes évoquant largement les termes de l'article 5(5) du *Protocole de Nagoya*.

---

<sup>533</sup> « Opposition au brevet EP2443126 « Simalikalactone E et son utilisation comme médicament » », *supra* note 524 à la p 52.

<sup>534</sup> *Ibid* à la p 53.

<sup>535</sup> *Ibid*.

<sup>536</sup> « La notion de bonnes mœurs est fondée sur la conviction selon laquelle certains comportements sont conformes à la morale et acceptables, tandis que d'autres ne le sont pas, eu égard à l'ensemble des normes acceptées et profondément ancrées dans une culture donnée. Aux fins de la CBE, la culture en question est la culture inhérente à la société et à la civilisation européennes. En conséquence, les inventions dont la mise en œuvre n'est pas conforme aux normes de conduite conventionnelles adoptées dans cette culture doivent être exclues de la brevetabilité, conformément à l'article 53a) CBE, car elles sont contraires aux bonnes mœurs ». Voir dans ce sens le Point 6 de la décision T 0356/93 (Cellules de plantes) du 21 février 1995, cité par « Opposition au brevet EP2443126 « Simalikalactone E et son utilisation comme médicament » », *supra* note 524 aux pp 14-15.

<sup>537</sup> *Ibid* à la p 15.

À cet effet, ils citent les guides de mise en pratique du droit international qui établissent « les bonnes mœurs », notamment *Les Lignes directrices de Bonn*, le Code de conduite éthique propre à assurer le respect du patrimoine culturel et intellectuel des communautés autochtones et locales: Tkarihwaïé : ri. Ils réfèrent également, pour ce qui concerne le droit européen, à la résolution du Parlement européen sur les aspects relatifs au développement des droits de propriété intellectuelle sur les ressources génétiques ainsi qu'au *Règlement n° 511/2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation* (APA).

Ils s'appuient également sur des textes de droit français, notamment La loi sur les parcs de 2006 et ses dispositions sur le Parc Amazonien de Guyane, la Loi du pays n° 2012-5 du 23 janvier 2012, relative à l'accès aux ressources biologiques et au partage des avantages résultant de leur valorisation, le projet de loi du pays pour la sauvegarde du patrimoine immatériel autochtone et le projet de loi français sur la biodiversité.

Par ailleurs, plusieurs codes éthiques sont cités : le Code d'éthique de la Société Internationale d'Ethnobiologie, des exemples étrangers (notamment les politiques en matière d'éthique de la recherche des organismes subventionnaires canadiens, et des textes de la même nature édictés par des universités en Australie, au Canada, aux États-Unis et en Nouvelle-Zélande - et qui prévoient soit le contrôle par les communautés des données collectées, soit le partage des avantages - ), la Charte éthique de la société d'Ethnopharmacologie, l'avis sur l'impératif d'équité dans les rapports entre chercheurs et populations autochtones, les Lignes directrices pour l'accès aux ressources génétiques et leur transfert, la première et deuxième édition du Guide des bonnes pratiques de la recherche pour le développement, la Politique en matière d'éthique et d'intégrité scientifique de l'Agence Nationale de la Recherche (en France), le code éthique du Criobe-CNRS, la Charte Nationale de Déontologie des Métiers de la Recherche, adoptée par un groupe d'organismes de recherche dont l'IRD. Ils font aussi référence à une série de déclarations propres à des peuples autochtones et communautés locales, et à des analyses doctrinales soulignant l'éthique de recherche appropriée à observer lorsque celle-ci implique des peuples autochtones.

Pour ce qui concerne les textes ayant valeur juridique, les opposants au brevet citent (nous les reprenons dans l'ordre de leur adoption) :

- La Convention 169 de l'OIT, notamment en son article 7(1) qui établit le droit aux peuples indigènes et tribaux d'exercer le contrôle sur leur propre développement social et culturel;
- L'article 8-j) de la CDB ;
- L'article 31 de la DNUDPA, relatif au droit pour ces peuples de contrôler leur patrimoine culturel immatériel ;
- Les articles 5(2), 5(5) relatifs au partage juste et équitable des avantages découlant respectivement des ressources génétiques détenues par les peuples autochtones et les communautés locales, et de l'utilisation de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques ; ainsi que l'article 7 du Protocole de Nagoya, relatif au consentement préalable donné en connaissance de cause des communautés quant à l'accès que ces communautés donnent à leurs ressources génétiques et/ou savoirs.

On est donc dans une stratégie de contestation du brevet dans laquelle la norme de partage des avantages et la batterie de mécanismes institutionnels prévus pour en assurer l'efficacité (notamment la participation des communautés et le respect de leurs protocoles communautaires) est reconstruite comme étant une norme *éthique* dans le sens le plus large, qui vise à assurer une certaine moralité dans les rapports entre chercheurs et peuples autochtones ou communautés locales. Faut-il croire que dans l'esprit des auteurs de l'opposition au brevet EP2443126, ce soit le point le plus problématique ? C'est certainement une hypothèse qui peut être inférée, lorsqu'on considère la longueur formelle des arguments qui sont déployés à cet égard comparativement aux arguments énoncés sur les conditions de fonds du brevet nouveauté, inventivité et application industrielle)<sup>538</sup>. À tout le moins, on peut s'interroger : la longueur formelle de l'exposé de l'opposition au brevet en cause sur le fondement de la non-conformité aux bonnes mœurs s'explique-t-elle seulement par la présentation de la multitude de textes qui exigent la juste compensation des communautés ayant participé à la recherche ? Ou relève-t-elle plus du caractère laborieux que l'affaire présente, de produire l'argument valable aux yeux des organes judiciaires que de l'absence de partage juste et équitable des avantages avec les communautés guyanaises est une question de bonnes mœurs ?

---

<sup>538</sup> À noter que la section sur les bonnes mœurs s'étend de la page 14 à 52 (soit environ 39 pages), celle sur l'ordre public tient à peine sur une page (page 52 à 53) ; alors que la contestation au fonds du brevet s'étend de la page 53 à 62 (environ 10 pages).

Si la première hypothèse est celle qui est la plus vraie, il devient alors possible d'affirmer que cet effort tout à fait original d'analyser les termes de l'article 5(5) du *Protocole de Nagoya* comme une affaire de bonnes mœurs réfléchit l'histoire de la construction sociale du problème public de biopiraterie et en est la réponse du droit international positif. Dans ce contexte, il devient aisé de comprendre pourquoi le récit de l'affaire de la *Quassia amara* sur le site internet de la Fondation France Libertés emprunte<sup>539</sup>, à l'instar de toutes les affaires de biopiraterie, le style narratif qu'on lui reconnaît. Ceci explique aussi que cette affaire soit classée parmi les avatars les plus récents de biopiraterie<sup>540</sup>. Si la seconde hypothèse est celle qui est vraie, il reste néanmoins possible de comprendre que, derrière la mobilisation juridique dans le cadre de l'affaire de la *Quassia amara*, gît un besoin de provoquer un changement social. Cependant, il se peut que les deux hypothèses soient toutes à la fois vraies, en ce que malgré l'existence des nombreux textes invitant à une meilleure éthique de la recherche, la sensibilité des affaires de biopiraterie est telle que pour espérer une décision en leur faveur, les opposants se sont vus obligés de traduire leur contestation dans un langage recevable ou de la construire sur des fondements juridiques séduisants pour les offices de brevet. Mais dans ce cas, c'est également la nécessité de provoquer un changement social qui paraît sous-jacente à la rhétorique de l'opposition au brevet.

### 2.1.3 La recherche d'un changement social

L'une des caractéristiques des usages militants du droit est de rechercher l'avènement d'un changement social. Ceci est aussi vrai dans l'affaire de la *Quassia Amara*. Pour s'en convaincre, il suffit de relever ce passage fort évocateur de la note d'information sur ce cas de biopiraterie, publiée sur le site internet de la Fondation France Libertés :

Au-delà des enjeux d'équité et de justice, la démarche a pour but de *sensibiliser* le monde de la recherche et le secteur privé *afin que leurs pratiques évoluent vers plus de respect envers les populations autochtones et locales*. Ces dernières doivent être considérées comme de véritables partenaires dépositaires de droits, notamment sur

---

<sup>539</sup> Voir Pager, *supra* note 235 et Chen, *supra* note 236.

<sup>540</sup> En effet, ainsi que nous l'avons mentionné plus haut, la biopiraterie réfère à plusieurs réalités. Mais il est vrai qu'on la reconnaît surtout à sa capacité à exprimer l'injustice du « vol » de connaissances de peuples autochtones ou de communautés locales, grâce à l'appropriation réalisée par le truchement du brevet.

leur patrimoine culturel immatériel et matériel qu'elles communiquent dans le cadre de projets scientifiques<sup>541</sup>. [Nos italiques].

Dans cette perspective, la tâche s'est révélée relativement facile pour la Fondation, puisque la trame narrative de la *Quassia Amara* « remplit les exigences de la « bonne histoire » selon les médias [dans la mesure où] elle fournit un compte-rendu clair de conflits, avec des méchants à mépriser et des victimes avec qui sympathiser »<sup>542</sup>[notre traduction]. En effet, à l'instar de la rhétorique sur les changements climatiques – qui emploie les canaux de la violence climatique, en tant que formule idoine par laquelle une parole dominante fondée sur la peur et la culpabilité<sup>543</sup> des hommes qui ont enragé Mère Nature du fait de leurs modes de production et de consommation « voraces »<sup>544</sup> doivent payer les conséquences qui en découlent – le discours sur la biopiraterie opère une mise en scène du bien contre le mal, en reproduisant un schème intrinsèque à la stratégie du « name and shame »<sup>545</sup> contre l'utilisateur considéré comme « biopirate », en l'occurrence l'IRD<sup>546</sup>.

En l'espèce, les *pauvres* communautés autochtones de la Guyane française ont été présentées comme les victimes de la spoliation de leurs savoirs traditionnels par des chercheurs *immoraux*<sup>547</sup> de l'IRD, qui représentaient les méchants de l'histoire. Il n'est donc pas étonnant que l'article de *Mediapart* ait été repris à travers autres plusieurs médias : ainsi, *Le Kotidien -Journal de Guyane* s'interrogera en ces termes : « Biopiraterie du Couachi<sup>548</sup> par l'IRD ? », dans sa parution du 27 janvier 2016<sup>549</sup>. Le 1<sup>er</sup> février 2016, c'est *Boursorama* qui fera paraître un titre affirmant que « Des

---

<sup>541</sup> Jade Linaard, « Des chercheurs français sur le paludisme accusés de biopiraterie » (26 janvier 2016), en ligne : Mediapart <<chrome://zotero/content/tab.xul>> (consulté le 12 janvier 2017).

<sup>542</sup> Svarstad, *supra* note 231 à la p 82.

<sup>543</sup> Paris, *supra* note 434 à la p 230.

<sup>544</sup> Hans Jonas, *Pour une Éthique du Futur*, Éditions Payot et Rivages, Paris, 1998 aux pp 106-107.

<sup>545</sup> Michael John Bloomfield, « Shame campaigns and environmental justice: corporate shaming as activist strategy » (2014) 23:2 *Environmental Politics* 263–281 à la p 264.

<sup>546</sup> Telle que la définition proposée par Bloomfield (Voir note précédente) le suggère, la stratégie du « name and shame » vise des entreprises. Dans le cas d'espèce, nous considérons qu'elle ne saurait se limiter aux seules organisations à but lucratif, et qu'elle s'étend, dans le cas de la biopiraterie, aux entités qui, pour des raisons diverses, jouissent d'un capital symbolique lié à l'obtention de brevet sur des ressources génétiques et/ou savoirs traditionnels.

<sup>547</sup> V. dans ce sens le champ lexical employé dans l'allégation de biopiraterie publiée sur le site de la Fondation France Libertés, *supra* note 2 : « immorale », « [...] peu éthiques ».

<sup>548</sup> Dans cet article, la *Quassia amara* est aussi appelée Couachi.

<sup>549</sup> Erwann S, « Biopiraterie du Couachi par l'IRD ? », en ligne : *Le Kotidien* <<http://lekotidien.fr/2016/01/27/biopiraterie-du-couachi-par-lird/>> (consulté le 14 janvier 2017).

chercheurs français accusés de « biopiraterie »<sup>550</sup>, renvoyant à une page du journal français *Le Monde* qui titre : « Un institut français accusé de « piller » les savoirs traditionnels »<sup>551</sup>. Aux États-Unis, un article intitulé « Biopiracy : when indigenous knowledge is patented for profit »<sup>552</sup> du journal *The Conversation*, qui se réclame d'une rigueur académique et d'un flair journalistique<sup>553</sup> s'est également servi de l'affaire de la *Quassia Amara* comme cas illustratif des situations qualifiées de biopiraterie. L'article de blog de Victorayoli également diffusé sur *Mediapart*, à propos de la même affaire est, quant à lui, tout simplement ravageur, et pour cause : il s'intitule « les voleurs de savoirs »<sup>554</sup>.

Pourtant, les opinions ne sont pas unanimes relativement au fait que l'action de mobilisation juridique déclenchée contre l'IRD correspond nécessairement à une situation d'injustice réelle qui eût méritée l'attention médiatique qui lui a été accordée. En effet, comme l'expliquera Catherine Aubertin : « Les dénonciations de "biopiraterie" suivent la même rhétorique simple qui se résume en une phrase : des savoirs traditionnels ont été confisqués par les chercheurs à leur profit »<sup>555</sup>. Or, poursuivra-t-elle :

[C]es accusations reprises par la presse dénotent une méconnaissance de la recherche. Elles donnent l'impression qu'à partir d'un recueil de savoirs, les chercheurs peuvent presque immédiatement traduire celui-ci par un dépôt de brevet sur les principes actifs d'une plante afin d'en tirer des retours financiers importants. Cela ne se passe évidemment pas comme cela : c'est un processus de recherche publique et de valorisation coûteux, très long et complexe, qui peut durer des décennies pour une nouvelle molécule, qui dans le meilleur des cas, après un développement industriel, aboutira à un traitement médical efficace <sup>556</sup>.

---

<sup>550</sup> « Des chercheurs français accusés de « biopiraterie » », en ligne : Boursorama <<http://www.boursorama.com/actualites/des-chercheurs-francais-accuses-de-biopiraterie-194433dd6caf7a1d30f55c599bc94e9e>> (consulté le 14 janvier 2017).

<sup>551</sup> Martine Valo, « Un institut français accusé de « piller » les savoirs traditionnels », *Le Monde.fr*, sect Planète (1 février 2016), en ligne : *Le Monde.fr* <[http://www.lemonde.fr/planete/article/2016/02/01/des-chercheurs-francais-accuses-de-biopiraterie\\_4856892\\_3244.html](http://www.lemonde.fr/planete/article/2016/02/01/des-chercheurs-francais-accuses-de-biopiraterie_4856892_3244.html)> (consulté le 14 janvier 2017).

<sup>552</sup> Janna Rose, « Biopiracy: when indigenous knowledge is patented for profit », en ligne : *The Conversation* <<http://theconversation.com/biopiracy-when-indigenous-knowledge-is-patented-for-profit-55589>> (consulté le 14 janvier 2017).

<sup>553</sup> *Ibid.*

<sup>554</sup> Victorayoli, « Les voleurs des savoirs », en ligne : *Club de Mediapart* <<https://blogs.mediapart.fr/victorayoli/blog/020216/les-voleurs-de-savoirs>> (consulté le 14 janvier 2017).

<sup>555</sup> Catherine Aubertin, « Ce que ne disent pas les dénonciations de biopiraterie... », en ligne : <<http://www.huffingtonpost.fr/catherine-aubertin/ce-que-ne-disent-pas-les-denonciations-de-biopiraterie/>> (consulté le 14 janvier 2017).

<sup>556</sup> *Ibid.*

Aussi, conclura-t-elle son opinion publiée dans *Le Huffington Post* sur une note bienveillante envers les *méchants* : « Prenons les chercheurs pour ce qu'ils sont le plus souvent : des alliés »<sup>557</sup>. Si l'on doit décoder ici qu'un tel discours évoque l'hypothèse gagnant-gagnant de la bioprospection, la distance critique oblige toutefois à relativiser une telle opinion, à la lumière de la vaste littérature scientifique qui tente de prouver que les pratiques peu éthiques des chercheurs doivent être questionnées. L'existence de celle-ci ne signifie cependant pas pour autant, que les cas qu'elle rapporte sont tous avérés. C'est dire que la circonspection est nécessaire dans leur analyse.

À tout le moins, la réflexion de Catherine Aubertin permet d'avancer la thèse selon laquelle la biopiraterie n'est pas encore un paradigme entièrement établi ; ultime preuve que la construction sociale qui en a établi l'existence sociale n'est pas achevée et qu'elle se poursuit à travers l'œuvre de la parole qui se structure en discours, lesquels obtiennent pour leurs (re)producteurs des alliés ou des antagonistes.

Parmi ces derniers, se trouve Jim Chen, qui considère que « la plupart des allégations de biopiraterie sont tellement criblées d'incohérences et de mensonges absolus que tout le genre, sous réserve de précisions, doit être consigné au domaine de la « légende rurale » [notre traduction]<sup>558</sup>.

Ailleurs, Jim Chen écrira également que :

La connaissance ethnobiologique se caractérise mieux par la transformation inventive de l'information génétique en applications commercialement intéressantes. Une vision utilitariste de la propriété et sa relation avec chaque couche d'information biologique dissout ainsi toute allégation de biopiraterie<sup>559</sup> [notre traduction].

Mais c'est à cette critique que répondra Daniel Robinson, un partisan du discours pro-biopiraterie, en fustigeant au passage la légitimité de Jim Chen :

Qui est Chen pour juger comment la connaissance ethnobiologique est « mieux » caractérisée ? À qui appartient une vue utilitaire de la propriété et de l'information biologique ? Ces caractérisations peuvent sembler appropriées à certains juristes spécialisés dans la propriété intellectuelle, à certains économistes et à certains biotechnologistes, mais elles ne constituent probablement pas les meilleures caractérisations ou hypothèses appropriées pour les personnes qui voient le monde

---

<sup>557</sup> *Ibid.*

<sup>558</sup> Chen, *supra* note 236 à la p 5.

<sup>559</sup> *Ibid* à la p 6.

d'une multitude d'autres points de vue. Les protagonistes des agendas expansionnistes de la propriété intellectuelle et les contre-discours sur la biopiraterie ne présentent qu'une vision étroite du monde, mais leur succès a été considérable grâce à la participation translationnelle des acteurs clés (Latour, 1986) soutenue par des tactiques commerciales<sup>560</sup> [notre traduction].

Par-delà ces divergences de vue qui impliquent parfois des conflits d'autorité entre experts du sujet, des vues moins radicales qui ne versent pas dans une forme de suspicion – légitime ? – contre la biopiraterie, existent également. On peut compter parmi celles-ci, Thomas Burelli, qui est coauteur de l'article de dénonciation de l'appropriation illicite de la *Quassia Amara* avec la Fondation France Libertés<sup>561</sup>, car il écrivait en 2014 que :

Les scientifiques ne sont ni anges ni démons, mais des acteurs naviguant à vue entre légalité et légitimité. Des acteurs se contentant parfois des dispositions du droit qui les autorisent à exploiter légalement, et généralement sans obligation de partage des bénéfices, les connaissances traditionnelles<sup>562</sup>.

L'auteur note cependant :

D'un amour fusionnel lors de la phase d'identification de ressources naturelles d'intérêt, le traitement réservé aux savoirs traditionnels et à l'apport des autochtones peut rapidement virer à l'ignorance voire au mépris total lors des phases d'analyse et de valorisation des ressources identifiées. Cette relation de partenariat à géométrie variable conduit parfois certains commentateurs à dépeindre les scientifiques comme des « pirates » sans scrupule des connaissances autochtones<sup>563</sup>.

Le caractère fluctuant des relations entre chercheurs et communautés locales est ainsi mis en évidence. Les intérêts et les motivations des uns et des autres ne convergent pas toujours et les agendas cachés existent de part et d'autre.

Au total, l'affaire de la *Quassia amara* enseigne que depuis au moins l'année 2010, le *Protocole de Nagoya* et en particulier son article 5(5) produit l'effet épistémique de créer une société dans

---

<sup>560</sup> Robinson, *supra* note 384 à la p 43.

<sup>561</sup> L'on observera également que Thomas Burelli, professeur à la section droit civil Faculté de droit de l'Université d'Ottawa (Canada) et auteur de nombreuses publications sur le Protocole de Nagoya, a rejoint en 2017 le comité scientifique de la Fondation France Libertés. Pour plus de détails, V. « Thomas Burelli nouveau membre du comité scientifique de France Libertés », en ligne : Faculté de droit – Section de droit civil < <http://droitcivil.uottawa.ca/fr/nouvelles/thomas-burelli-nouveau-membre-du-comite-scientifique-france-libertes> > (consulté le 14 janvier 2017).

<sup>562</sup> Thomas Burelli, « Les chercheurs : incorrigibles flibustiers de la connaissance? » *Le Monde* à la p 8, en ligne : *Le Monde* < [https://www.academia.edu/5720709/Les\\_chercheurs\\_incorrigibles\\_flibustiers\\_de\\_la\\_connaissance](https://www.academia.edu/5720709/Les_chercheurs_incorrigibles_flibustiers_de_la_connaissance) > (consulté le 14 janvier 2017).

<sup>563</sup> *Ibid.*

laquelle la non-reconnaissance de l'apport des communautés au développement de la science et l'injustice des faits tagués de biopiraterie ne sont plus souhaitables. La Fondation France Libertés a bien compris cette situation, et s'en servi d'une façon hautement stratégique contre l'IRD. Bien qu'aucune décision n'ait encore été rendue relativement à l'opposition formulée par France Libertés, Thomas Burelli et Cyril Costes – et donc, qu'il soit trop tôt pour tirer des conséquences définitives – l'on peut néanmoins s'interroger sur le changement social recherché.

## **2.2 L'art 5(5) du Protocole de Nagoya : un levier de changement social face à la biopiraterie ?**

Une des prémisses fondamentales de notre réflexion est que les affaires de biopiraterie, y compris celle de la *Quassia amara*, sont des construits sociaux. De cette prémisse, a découlé une vision plus nuancée du droit international. Celle-ci rompt avec le point de vue trivial selon lequel les traités internationaux résultent de la volonté d'États souverains, qui acceptent de transiger sur une question d'intérêt en vue de l'atteinte d'objectifs communs. De fait, l'on se souviendra avec Jutta Brunnée et Stephen Toope qu'en vertu de l'approche constructiviste, « La loi se construit et se maintient à travers des luttes continues de pratique sociale »<sup>564</sup>. Yeny Vega Cardenas, pour sa part, fait valoir que « le droit [est] une construction sociale, fruit des luttes de pouvoir entre les acteurs, définisseurs de réalités »<sup>565</sup>. En l'espèce, le fruit de telles luttes est l'inscription de la norme du partage juste et équitable des avantages avec les CAL, tel que prévu par l'article 5(5) du Protocole de Nagoya. Or, d'un point de vue théorique,

[L]e constructivisme attribue aux discours juridiques la possibilité de créer une réalité autonome, c'est-à-dire que le droit, comme discours lui-même institutionnalisé, peut à son tour créer la société et la modeler. Le discours juridique devient par conséquent un nouveau sujet épistémique<sup>566</sup>.

Dans une société internationale post-Brundtland, la téléologie même du Protocole de Nagoya est désormais de mettre en œuvre cette justice et cette équité à l'avantage des peuples autochtones et aux communautés locales. Dans cette perspective, on peut mieux comprendre la haute teneur

---

<sup>564</sup> Brunnée et Toope, *supra* note 52 à la p 22.

<sup>565</sup> Cardenas, *supra* note 42 à la p 8.

<sup>566</sup> *Ibid* à la p 28.

émotionnelle des plaintes de biopiraterie, après l'adoption du Protocole de Nagoya, le 29 octobre 2010. Par exemple, dans l'affaire de la *Quassia Amara*, le président de la communauté territoriale de la Guyane, Rodolphe Alexandre, a publié une déclaration dans laquelle il dénonçait également le manque d'éthique de l'IRD. Ainsi que le journal *Le Monde* le rapportera, pour Rodolphe Alexandre, « [l]'utilisation abusive des connaissances traditionnelles des populations sans leur consentement préalable, ainsi que l'absence totale de retour pour le territoire ne peuvent plus être tolérés »<sup>567</sup>.

Dans une certaine mesure, on peut considérer que l'usage stratégique et militant du droit réalisé par la Fondation France Libertés est efficace puisqu'elle a assuré la diffusion plus large d'une version des faits dans le corps social, ainsi que les suites de l'affaire le prouvent. En effet, dans une lettre du 26 janvier 2016, publiée sur le site internet de l'IRD, son Président Directeur Général Jean-Paul Moatti, ému de la grande « violence »<sup>568</sup> des accusations portées contre son institution de recherche, a exprimé à la Fondation France Libertés, ses regrets et son étonnement pour l'absence de discussions préalables avec la Fondation avant que celle-ci eût déposé une opposition au brevet sur la *SkE*. Il a également souligné l'excellence scientifique des chercheurs de l'IRD, fondée sur les partenariats qu'ils créent avec les équipes scientifiques locales sur le terrain et la relation de confiance qu'ils établissent avec les communautés. Il a finalement rappelé la volonté de l'IRD de faciliter l'accès le plus large et le plus égal à ces communautés, dans le cas où une exploitation publique-privée du brevet sur la *Quassia Amara* conduirait à un nouveau médicament pour guérir le paludisme, ainsi que la participation de son institution aux groupes de travail du ministère de la recherche impliqués dans la mise en œuvre du Protocole de Nagoya. Dans une autre entrevue du 11 février 2016, Jean-Paul Moatti considérera « qu'associer le terme de biopiraterie au problème posé est excessif et injuste pour l'IRD. [...] C'est un mauvais procès qu'on nous fait ! »<sup>569</sup>, affirmera-t-il.

---

<sup>567</sup> Valo, *supra* note 551.

<sup>568</sup> Jean-Paul Moatti, « Lettre du président-directeur général de l'IRD à la fondation France Libertés » (27 janvier 2016), en ligne : Institut de recherche pour le développement (IRD) <<https://www.ird.fr/toute-l-actualite/actualites/actualites-generales/lettre-du-president-directeur-general-de-l-ird-a-la-fondation-france-libertes>> (consulté le 12 janvier 2017).

<sup>569</sup> « « Il est injuste d'associer l'IRD et la biopiraterie » en ligne : Journal France-Guyane en ligne <<http://www.franceguyane.mobi/regions/france-monde/il-est-injuste-d-associer-l-ird-et-la-biopiraterie-279767.php>> (consulté le 14 janvier 2017).

On peut même présumer que pour la postérité, l'usage militant du droit aura des effets sociétaux particulièrement intéressants. Certes, il est vrai qu'historiquement, les victoires associées à la mobilisation juridique ont été plus symboliques que réelles, sinon contre-efficaces à la cause défendue<sup>570</sup> et qu'aussi, il peut être tentant pour certaines industries, impliquées dans des activités de bioprospection, de ne pas respecter les termes de l'article 5(5) du Protocole de Nagoya. Le devoir de prudence et de diligence qui s'impose à tout sujet de droit suggère cependant que ces industries ne devraient pas succomber à une telle tentation, même si elles peuvent rationnellement arguer de l'inexistence de cadre légal clair susceptible de leur dicter la conduite à suivre. En effet, à une ère caractérisée par une étonnante défiance de la société civile, le risque de réputation est trop élevé pour être pris. Dans le cas d'espèce, le nom de l'IRD est désormais associé à l'image peu glorieuse de « biopirate », alors même que sa proposition d'accord de partage des avantages avec les populations guyanaises peut être analysée comme une tentative désespérée de redorer son blason, après s'être rendu coupable d'un *vol de savoirs traditionnels où ses chercheurs ont été pris la main dans le sac*.<sup>571</sup> Quant à ces derniers, il importe peu que l'humiliation qu'ils subissent soit corroborée par des faits avérés ou non. Les suspicions portées contre leur éthique en matière de recherche ont ou peuvent avoir sur eux des conséquences graves : Catherine Aubertin les a nommées sous le vocable émouvant de « massacre psychologique »<sup>572</sup>. À ce sujet d'ailleurs, les propos des chercheurs de l'IRD ci-dessous, rapportés par le journal *Mediapart*, illustrent le mal-être qui en découle pour eux.

Geneviève Bourdy, chercheuse à l'IRD et codétentrice du brevet [affirmera], « *cela n'a rien à voir avec la biopiraterie ! Je récusé cette accusation. C'est très désagréable d'entendre cela* ». Quant à Éric Deharo, codéporteur du brevet, il lâche : « *Les bras m'en tombent. C'est quinze ans de recherche qui tombent à l'eau. Quel laboratoire va s'intéresser à une molécule accusée de biopiraterie ? C'est une catastrophe.* »<sup>573</sup>.

Quoi qu'il en soit, il semble évident que de plus en plus d'acteurs, y compris la Fondation France Libertés – ainsi que le suggère l'affaire de la *Stevia*, désormais soutenue par le suffrage public

---

<sup>570</sup> Julie Aubriot, « Accès à l'eau et usages militants du droit-Étude de cas à Soweto » [2012] à la p 12, en ligne : <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00758743/>> (consulté le 17 janvier 2017); Voir plus généralement Gerald Rosenberg, *The hollow hope : can courts bring about social change ?*, Chicago, University of Chicago, 1993.

<sup>571</sup> Notre propos n'est pas d'endosser une telle accusation, mais de faire remarquer que c'est désormais la perception du public, étant donné que la biopiraterie est un construit social.

<sup>572</sup> Catherine Aubertin, « Ce que ne disent pas les dénonciations de biopiraterie... », en ligne : Le Huffington Post <<http://www.huffingtonpost.fr/catherine-aubertin/ce-que-ne-disent-pas-les-denonciations-de-biopiraterie/>> (consulté le 14 janvier 2017).

<sup>573</sup> Lingaard, *supra* note 541.

qu'indiquent les 280 000 signatures obtenues par la pétition y afférente – agiront comme lanceurs d'alerte pour dénoncer les personnes qu'ils estiment ne pas se situer en relation de respect des droits des CAL, lorsque l'enjeu est celui de l'exploitation des savoirs traditionnels de ces derniers.

### **Conclusion partielle**

Dans ce premier chapitre, nous avons tenté de mettre en lumière comment l'article 5(5) du Protocole de Nagoya est le fruit d'une construction sociale du droit international. Pour ce faire, nous avons privilégié une approche qui montre comment « le droit international peut être influencé à partir d'en bas »<sup>574</sup>, notamment à travers l'inscription de l'article 5(5) du Protocole de Nagoya. Cette disposition révèle la prise en compte par le droit international de la volonté d'un groupe d'acteurs – ceux ayant développé les discours produisant socialement la biopiraterie – contre ceux qui lui étaient opposés, notamment les entreprises. En effet, d'après l'analyse proposée par Amandine Orsini pour comprendre le rôle des acteurs non étatiques dans les négociations du Protocole de Nagoya :

L'industrie a moins bien réussi à faire entendre sa position par les gouvernements, même si le Japon a soutenu une proposition de la [chambre de commerce international sur la nécessité de mener une étude sur les coûts liés à un certificat international lors de la cinquième réunion du [groupe de travail sur l'APA] en 2007, tandis que le Canada a approuvé une proposition de BIO sur la protection des renseignements confidentiels lors de la huitième réunion du [groupe de travail sur l'APA] en 2009<sup>575</sup>.

Cette victoire est donc symbolique à deux égards : d'une part, ainsi que l'affirment Éliisa Morgera, Matthias Buck et Elsa Tsioumani, « Le Protocole de Nagoya a énoncé, pour la première fois dans des dispositions juridiquement contraignantes, l'obligation de partage des avantages découlant de l'utilisation des savoirs traditionnels des communautés autochtones et locales dans la recherche et le développement »<sup>576</sup> [notre traduction]. Il y a donc lieu de souligner cette innovation juridique absolument inédite. D'autre part, le caractère symbolique de la victoire du groupe d'acteurs ayant

---

<sup>574</sup> Parks et Morgera, *supra* note 595 à la p 366.

<sup>575</sup> Amandine Orsini, « The role of non-state actors in the Nagoya Protocol negotiations », in Sebastian Oberthür et G Kristin Rosendal, dir, *Global governance of genetic resources access and benefit sharing after the Nagoya protocol*, New York, Routledge, Taylor and Francis, 2014 à la p 72.

<sup>576</sup> Elisa Morgera, Elsa Tsioumani et Matthias Buck, *Unraveling the Nagoya Protocol: a commentary on the Nagoya Protocol on access and benefit-sharing to the Convention on biological diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014 à la p 24. le 23 février 2015).

œuvré pour l'adoption de l'article 5(5) du Protocole de Nagoya réside dans le fait que son application se révèle complexe. En effet, même si l'action en opposition devant l'OEB et la campagne médiatique opérée par la Fondation France Libertés a permis de dépeindre les méchants de l'affaire (en l'occurrence, l'IRD)<sup>577</sup>, y a-t-il eu une avancée réelle résultant de l'invocation de l'article 5(5) du Protocole de Nagoya dans cette affaire ?

La question est légitime car si le 5 février 2016, l'IRD a annoncé qu'elle proposerait un protocole commun pour le partage des avantages du brevet sur la molécule *SkE*<sup>578</sup>, on ne peut pour autant ignorer ces voix qui se sont élevées dans la presse<sup>579</sup> pour critiquer la célérité de l'opération<sup>580</sup>. À ce sujet, l'avis de Rodolphe Alexandre est que « Cette démarche [de partage des avantages du brevet], qui se veut exhaustive et globale et non pas seulement ponctuelle, ne peut aboutir en quelques jours alors même que nous n'avons pas à ce jour connaissance du nombre et de la nature de tous les brevets déposés par l'IRD »<sup>581</sup>. Par ailleurs, même si l'affaire de la *Quassia Amara* a relancé le débat sur la mise en œuvre du Protocole de Nagoya en France, qui a finalement été rendu possible par l'adoption de la *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages* le 20 juillet 2016, il reste à voir à quel point l'accord sera équitable pour les peuples autochtones. En effet, ce texte souffre encore de plusieurs insuffisances, comme la présence de l'expression non définie de « communauté d'habitants », préférée à celle « peuples autochtones » pour sa tension avec le principe constitutionnel d'égalité de tous les citoyens français devant la loi. Il convient donc de demeurer, à tout le moins, circonspect dans la manière d'interpréter les effets juridiques (et non plus que sociétaux) de l'affaire de la *Quassia Amara*, à défaut de se

---

<sup>577</sup> Nous rappelons que d'un point de vue conceptuel, l'usage militant du droit vise à opérer un changement social.

<sup>578</sup> Institut de Recherche pour le Développement, « L'IRD va proposer aux autorités guyanaises un protocole d'accord conjoint pour le partage des avantages issus du brevet SkE - Institut de recherche pour le développement (IRD) », en ligne : IRD - France <[https://www.ird.fr/toute-l-actualite/actualites/communiques-et-dossiers-de-presse/cp-2016/l-ird-va-proposer-aux-autorites-guyanaises-un-protocole-d-accord-conjoint-pour-le-partage-des-avantages-issus-du-brevet-ske/\(language\)/fre-FR](https://www.ird.fr/toute-l-actualite/actualites/communiques-et-dossiers-de-presse/cp-2016/l-ird-va-proposer-aux-autorites-guyanaises-un-protocole-d-accord-conjoint-pour-le-partage-des-avantages-issus-du-brevet-ske/(language)/fre-FR)> (consulté le 17 janvier 2017); Elisabeth Pain, « French institute agrees to share patent benefits after biopiracy accusations » (10 février 2016), en ligne : Science - AAAS <<http://www.sciencemag.org/news/2016/02/french-institute-agrees-share-patent-benefits-after-biopiracy-accusations>> (consulté le 17 janvier 2017).

<sup>579</sup> Il est intéressant de remarquer que ce sont les médias qui offrent l'espace public aux argumentations pour et contre cette affaire de biopiraterie : peut-on théoriser en avançant que les médias sont un lieu de construction du droit ?

<sup>580</sup> Frédéric Prat, « Biopiraterie en France : une solution, trop rapide, de l'IRD ? », en ligne : Inf'OGM - Veille citoyenne sur les OGM <<https://www.infogm.org/5905-france-biopiraterie-ird-tente-de-se-justifier>> (consulté le 17 janvier 2017).

<sup>581</sup> Rodolphe Alexandre, « Lettre du Président de la Collectivité territoriale de Guyane » (12 février 2016), en ligne : <[http://www.guyaweb.com/assets/20160212\\_Courrier\\_IRD.pdf](http://www.guyaweb.com/assets/20160212_Courrier_IRD.pdf)> (consulté le 16 janvier 2017).

résoudre à penser qu'il s'agit d'une réponse insatisfaisante à la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques (Chapitre 2).

## **Chapitre 2 : Le Protocole de Nagoya, une réponse insatisfaisante à la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques**

### **Introduction**

Nous avons proposé dans le chapitre précédent une lecture nuancée du processus d'élaboration du droit international, non pas d'en-haut mais d'en bas, en montrant comment ses règles résultent d'une lutte entre des choix éthiques ou des visions du monde propres à des acteurs aux intérêts divergents.

Ce deuxième chapitre propose de tirer les conséquences de cette construction sociale, en analysant de façon critique les défis que pose la mise en œuvre de cet article 5(5) du Protocole de Nagoya (Section I). Il convient de préciser que cette première section reprend extensivement le contenu d'un article paru à la Revue internationale de droit économique, et intitulé « Partager les fruits de l'innovation avec les communautés autochtones ou locales : les 12 Travaux d'Hercule ? »<sup>582</sup>. En effet, dans ce travail, nous avons mobilisé un récit mythologique, celui d'Hercule, pour souligner la complexité que suppose la mise en œuvre de cette disposition pour le juriste.

D'après la mythologie gréco-romaine<sup>583</sup>, Hercule (ou Héraclès en grec) est le fils du dieu Jupiter et d'une humaine, Alcène. Sa naissance est désirée par Jupiter qui souhaitait avoir un fils mortel, néanmoins doté de pouvoirs exceptionnels. Il prend l'apparence de l'époux d'Alcène, la séduit et conçoit avec elle, Hercule. Hercule grandit, épousa Mégara, et eut avec elle trois enfants. Junon, la sœur et l'épouse de Jupiter, jalouse de l'adultère dont elle a été victime, et ruminant la douleur et l'humiliation qui en a découlé pour elle, provoque à Hercule une crise de folie. Pris sous les effets de sa démence, il tua sa femme Mégara ainsi que trois enfants. Reprenant ses esprits et découvrant l'horreur commise par ses mains, Hercule s'en alla consulter la Pythie, l'oracle, afin de savoir comment expier sa faute. Celle-ci le renvoie vers son cousin Eurysthée, qui lui imposa l'accomplissement de 12 travaux réputés irréalisables.

---

<sup>582</sup> Yentcharé, *supra* note 508.

<sup>583</sup> Joël Schmidt, *Dictionnaire de la mythologie grecque et romaine*, Paris, Larousse, 2012. *sub verbo* « Héraclès »

L'hypothèse de cette recherche était donc, par renvoi à la métaphore que suggère le mythe d'Hercule, que le partage juste et équitable des avantages avec les CAL, du fait de l'utilisation de leurs savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, est une « mission impossible » ; la question de cette recherche étant de savoir quels sont les défis qui se posent dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 5.5 du Protocole de Nagoya. Ceux-ci prennent la forme de questionnements épistémologiques et difficultés pratiques, et préfigure un important travail d'innovation pour la réalisation de l'objectif de justice environnementale, et plus largement de développement durable recherché par cet accord multilatéral sur l'environnement.

Ce premier niveau d'analyse des défis que suppose la mise en œuvre de l'article 5(5) du Protocole de Nagoya nous permettra de questionner une pratique extra-juridique, celle du développement des normes de « droit mou », relatives à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya (Section II). À cet égard, nous prendrons pour cas d'étude le *Guide japonais sur l'accès aux ressources génétiques à l'intention des utilisateurs* et les *Lignes directrices pratiques de l'Union Africaine pour la mise en œuvre coordonnée du Protocole de Nagoya en Afrique*. Une telle réflexion nous introduira au caractère insuffisant de la contribution du Protocole de Nagoya à la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques des PACL.

### **Section I : Les défis de la mise en œuvre de l'art 5(5) du Protocole de Nagoya**

Dans cette première section, nous proposons d'analyser les défis de la mise en œuvre de l'article 5(5) du Protocole de Nagoya à la lumière des trois enjeux de justice environnementale (enjeux de reconnaissance (I), de distribution équitable (II) et de participation véritable des PACL (III)) tels qu'ils découlent de la prise en compte de la notion de « capacités » d'Amartya Sen, mobilisée dans notre cadre théorique.

## I. Les enjeux de justice procédurale

### 1.1 Définir le concept de « Communautés autochtones et locales<sup>584</sup> »

Dans le cadre de la mise en œuvre de l’art. 5.5 du Protocole de Nagoya, une « épreuve » à laquelle devront se soumettre les légistes qui élaboreront les lois nationales est la définition de « communautés autochtones et locales » (CAL)<sup>585</sup>. D’un point de vue strictement juridique, il revient à chaque communauté de se déclarer autochtone ou locale<sup>586</sup>. Cette situation paraît bien complexifier les défis des États dans le cadre de la mise en œuvre dudit protocole. En effet, dans plusieurs cas où la question s’est posée, il s’est avéré difficile de trouver une solution satisfaisante. La célèbre affaire du *San Hoodia* en offre un exemple pertinent<sup>587</sup>. En l’espèce, un accord est intervenu en 2003 entre le *Council for Scientific and Industrial Research* (CSIR) et le *South African San Council*, pour encadrer le partage des avantages tirés de l’exploitation du *Hoodia*, un suppressor d’appétit utilisé depuis des millénaires par les San, a nécessité de recenser les membres de la communauté autochtone San. Or, ainsi que l’observent Peter Munyi et Harris Jonas:

Les « San » sont en fait de nombreuses communautés vivant dans des contextes socio-économiques très différents et leur patrimoine culturel et les connaissances traditionnelles ne sont pas uniformes. Par exemple, certaines communautés Khwe vivant dans et autour de l’Okavango Panhandle en Angola, en Namibie et dans le nord du Botswana vivent dans les zones rurales, par rapport aux San Khomani, dont beaucoup vivent dans des milieux urbains et semi-urbains au Cap Nord de l’Afrique du Sud, à 2 000 kilomètres [notre traduction]<sup>588</sup>.

Le temps restreint accordé, ainsi que le peu de moyens financiers alloués au projet d’identification des membres de cette communauté ont sans aucun doute eu un impact sur la qualité de l’opération réalisée.

---

<sup>584</sup> Bien que la terminologie retenue dans cette thèse soit celle de « peuples autochtones et communautés locales » (PACL), nous employons dans cette section celle de « communautés autochtones ou locales » telle qu’elle ressortit des termes mêmes du Protocole de Nagoya.

<sup>585</sup> Lavallée et Yentcharé, *supra* note 149 à la p 51.

<sup>586</sup> En effet, pour ces auteurs, « First, ABS forced communities to define themselves », V. Peter Munyi et Harry Jonas, « Implementing the Nagoya Protocol in Africa opportunities and challenges for African indigenous and local communities » dans Morgera, Buck et Tsioumani, *supra* note 17, 217, à la p 225.

<sup>587</sup> Pour les détails de cette affaire, voir *infra* aux pp 223-227.

<sup>588</sup> *Ibid* à la p 225.

Cette question s'est également posée dans plusieurs domaines, non nécessairement liés à l'APA, mais dont la prise en compte est éclairante sur la complexité qu'implique la définition des CAL. Peter Geschiere, fait remarquer, dans les termes suivants, les difficultés qu'un tel concept, mu néanmoins par de « bonnes intentions »<sup>589</sup>, pose en pratique pour la mise en œuvre d'une loi forestière :

Les formes locales d'organisation restent marquées par une forte segmentation et un balancement constant entre fission et fusion. Des groupes qui ont fait cause commune contre un intrus peuvent rapidement voler en éclat quand ils doivent se répartir des ressources. De plus, les villages ont une histoire mouvementée. Créés pour la plupart durant la colonisation, ils sont marqués par des tensions internes. En mettant en avant la communauté en tant qu'acteur, la nouvelle loi forestière peut déclencher des luttes sanglantes autour de questions comme : Qui appartient réellement à telle communauté ? Qui peut participer à l'administration des ressources forestières locales ? Qui devrait, au contraire, en être exclu <sup>590</sup> ?

Cet auteur met en garde contre les « dangers de notions [qu'il juge] inadaptées<sup>591</sup>. En effet, l'on peut bien s'imaginer qu'un processus d'identification des membres d'une CAL par elle-même puisse être source de conflits identitaires et politiques. Dans le contexte de la Côte d'Ivoire, l'identification des personnes qui sont autochtones et de celles qui sont allogènes, à travers le concept très controversé et chargé d'histoires d'« ivoirité », et le statut de la nationalité dans ce pays, en offre une illustration, à un niveau macro, aussi éloquente que choquante. En effet, une telle démarche a conduit à un conflit armé. Celui-ci, ayant débuté vers les années 2000, s'est finalement soldé par la crise postélectorale de 2010-2011, particulièrement sanglante. Or, ainsi que l'affirme Abraham Gadji, le concept de communautés locales est ambigu et n'existe pas en droit ivoirien<sup>592</sup>.

---

<sup>589</sup> Peter Geschiere, « Communautés locales et autochtonie : le danger de notions inadaptées au Cameroun », dans Sélim Louafi et Bernard Roussel, dir, *Biodiversité et savoirs naturalistes locaux en France*, Paris, Cirad, Iddri, IFB, Inra, 2005, 79, à la p 79.

<sup>590</sup> *Ibid.* aux pp 80-81.

<sup>591</sup> *Ibid.*

<sup>592</sup> Abraham Gadji, « Access to genetic resources in Ivory Coast », in Kent Nnadozie, *African perspectives on genetic resources: a handbook on laws, policies and institutions*, Environmental Law institute, 2003, à la p 128: « The concept of local communities is ambiguous and does not exist in Ivorian law [...] ».

Tchaa BoukpeSSI postule de l'existence du peuple Kabyè dans la région centrale du Togo.<sup>593</sup> Or, il est admis que la Région de la Kara, située au Nord de celle-ci et appartenant à un regroupement administratif distinct, est le territoire de ce peuple. Comment justifier alors sa présence au centre-Togo, où il a étudié les pratiques endogènes de conservation de la biodiversité ? La raison qu'il avance est que « L'arrivée des Kabyè au centre-Togo est le fruit de la colonisation, [précisément d'une] [...] émigration forcée ... vers [des] zones disponibles »<sup>594</sup>. Ceux-ci, en effet, fuyaient la domination coloniale. D'autres analyses réfèrent aux conditions géographiques défavorables dans la région de la Kara et de l'existence de meilleures terres arables dans la région centrale pour justifier cette émigration. Aujourd'hui, si l'on reconnaît aux communautés Kabyè la personnalité juridique, peut-on néanmoins considérer que les communautés Kabyè du centre-Togo qui possèdent des savoirs traditionnels liés à la diversité biologique sont les mêmes que celles de la région de la Kara, puisque peu importe leur localisation, leurs membres sont tous Kabyè ? Si l'on choisit la formule des lignages, des clans ou de tout autre organisation sociale reconnue, ne serait-ce pas ainsi marquer une frontière – donc légitimer une césure - entre les membres d'une communauté qui partagent pourtant la même culture ? Sinon, quel critère peut valablement servir pour une autodéfinition en tant que communauté autochtone ou locale ? Serait-il restrictif aux seuls membres d'une communauté vivant sur un territoire déterminé ou plus étendu comme dans l'affaire du *Hoodia* ? S'appuierait-il, pour la délimitation du territoire, sur l'espace géographique des collectivités locales en tant qu'entités qui, dans le cadre d'une décentralisation politique du pouvoir, jouissent d'une certaine capacité à prendre les décisions les concernant, et à disposer de moyens financiers propres ? L'hypothèse est malaisée. En effet, les processus de décentralisation politique dans les États membres de la CEDEAO sont encore embryonnaires, parfois inexistantes<sup>595</sup>, de sorte que le critère de qualification fondé sur cette formule de gouvernance étatique pourrait être inopérant<sup>596</sup>. Par ailleurs, si l'« étendue »<sup>597</sup>, est appréhendée comme un paramètre d'analyse

---

<sup>593</sup> Tchaa BoukpeSSI, *Aménagement, gestion et conservation de la biodiversité : Les pratiques endogènes de la conservation de la biodiversité au Centre-Togo*, Éditions Universitaires Européennes, 2010 à la p 58 et suivantes.

<sup>594</sup> *Ibid* à la p 59.

<sup>595</sup> C'est le cas du Togo par exemple.

<sup>596</sup> Même dans les cas comme celui de la Côte d'Ivoire, où l'on aurait pu s'attendre à une réussite du processus, la guerre intervenue à partir de 2002 a interrompu le processus, résignant les autorités à s'en remettre à la classique dévolution de la responsabilité des pouvoirs par le truchement de la déconcentration. V. Gadjji, *supra* note 592, à la p 128.

<sup>597</sup> Nous empruntons cette expression à Martin Fecteau, auteur de la célèbre grille de Fecteau qui est utilisée dans le cadre de l'évaluation des impacts sur l'environnement. Selon cet auteur, l'étendue « exprime la portée ou le rayonnement spatial des effets

pour déterminer le caractère « local » d'une communauté sur un territoire où ont été développés des savoirs traditionnels liés aux ressources génétiques, l'on peut se permettre de douter, par avance, de l'opérationnalité d'un tel critère. En effet, comment pourrait-il s'apprécier de façon objective, dans la mesure où « il n'est pas toujours facile de séparer une étendue locale d'une étendue régionale »<sup>598</sup> ?

Il apparaît donc que cette construction fictive, contenue au sein du Protocole de Nagoya, au-delà d'être floue, contraint les États parties à cette convention internationale à un exercice difficile de définition d'identité, qui pourrait, au pire des cas, être sans issue. Et quand bien même elle serait totalement assumée par ses membres, elle n'en serait pas moins opportuniste car orientée vers la protection d'un intérêt immédiat. En effet, il est déjà apparu dans l'histoire que derrière le voile de l'autochtonie, pouvaient se cacher de véritables jeux de positionnements géostratégiques<sup>599</sup>.

---

générés par une intervention sur le milieu. Cette notion se réfère soit à une distance ou à une superficie sur lesquelles seront ressenties les modifications subies par une composante ou encore à la proportion d'une population qui sera touchée par ces modifications ». Martin Fecteau détermine par ailleurs trois critères pour apprécier ce paramètre d'analyse des impacts : l'étendue peut être donc ponctuelle, locale (et c'est cette « ressemblance » terminologique qui insinue le rapprochement) ou régionale selon que, respectivement, les impacts sont localisés sur un point quelconque du site du projet, sur toute l'étendue du site, ou en dehors du site du projet. Voir Yentcharé, *supra* note 31 à la p 68. Dans le contexte de notre étude, la contextualisation de la terminologie employée revient à considérer que c'est le rayonnement spatial par rapport à une ressource génétique à laquelle sont associés des savoirs traditionnels qui détermine le qualificatif de « communauté locale ».

<sup>598</sup> Gaétan A. Leduc et Michel Raymond, *L'évaluation des impacts environnementaux : un outil d'aide à la décision*, Québec, Canada, 2000, Éditions Multimondes, à la p 171.

<sup>599</sup> Par exemple, l'étude de David Bernstein (V. David Bernstein, « Looking like a white man : geopolitical strategies of the Iowas during American incorporation », in David M. Gordon et Shepard Krech III, *Indigenous knowledge and the environment in Africa and North America*, Ohio University Press, 2012 aux pp 27-53) démontre que le « Nothcinga's map », une carte exposée dans un musée américain, est davantage le fruit d'une tactique déployée par une communauté d'indiens face à la puissance d'autres groupes envahisseurs, qu'un trésor historique, original et proprement autochtone, prouvant par ailleurs la théorie d'une catégorisation binaire et antagoniste du monde en société moderne et société indigène. En effet, à la recherche de la protection des forces de conquête de territoires américains contre d'autres groupes indiens, les Iowas ont conçu une carte pour démontrer la propriété de leurs territoires. Cette conception de carte, dans une culture supposée « indigène » avait non seulement pour objectif de convaincre le protecteur américain qu'il devait donner raison aux Iowas parce qu'ils partagent des similitudes du point de vue de la culture – à travers l'écriture notamment –, mais encore marquait une distanciation circonstancielle – car les Iowas n'ont jamais entendu renier leur autochtonie – avec leurs adversaires que les américains devaient considérer comme des sauvages. Ces événements se sont déroulés vers les années 1837. Pourtant, dans la présentation de cette carte au Field Museum de Chicago en Hiver 2007, figure une citation de l'auteur de cette carte, et qui dit : « It is the land we have always claimed for old times – we have owned this land – it is ours – it bears our names » (V. dans ce sens *Indigenous Knowledge and the Environment*, *supra* note 36 à la p 29). Une compréhension objective de cette carte aujourd'hui ne peut donc se passer de la compréhension de son contexte historique, car elle donnerait l'impression que celle-ci ne fait que reproduire la répartition spéciale sur le territoire revendiqué de la tribu des Iowas. V. aussi à Geschiere, *supra* note 589.

## 1.2 Appréhender le concept de « Savoirs traditionnels »

Quelle réalité recouvre le concept de « savoirs traditionnels » ? En l'absence de toute définition faisant l'objet d'un consensus au niveau international, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) les appréhende comme « les connaissances, le savoir-faire, les techniques et les pratiques qui sont élaborées, préservées et transmises d'une génération à l'autre au sein d'une communauté et qui font souvent partie intégrante de son identité culturelle ou spirituelle »<sup>600</sup>.

Elle distingue aussi entre les savoirs traditionnels au sens large, qui « recouvrent les connaissances proprement dites ainsi que les expressions culturelles traditionnelles, y compris les signes distinctifs et les symboles associés aux savoirs traditionnels », et les savoirs traditionnels au sens strict, qui eux, « désignent les connaissances en tant que telles, en particulier celles qui résultent de l'activité intellectuelle exercée dans un contexte traditionnel et comprennent le savoir-faire, les pratiques, les techniques et les innovations »<sup>601</sup>.

Jonathan Curci a tenté de classer à travers des catégories, les différents types de savoirs traditionnels qui existent. Pour lui :

Les catégories de savoirs traditionnels comprennent les matières suivantes: savoir agricole; savoir scientifique; connaissance technique; connaissance écologique; connaissances médicales, y compris les médicaments et les remèdes connexes; connaissances liées à la biodiversité; "Expressions du folklore" sous forme de musique, de danse, de chant, d'artisanat, de dessins, d'histoires et d'œuvres d'art; les éléments de langues, tels que les noms, les indications géographiques et les symboles; et, les biens culturels mobiliers. Sont exclus de cette description les savoirs traditionnels qui ne résultent pas d'activités intellectuelles dans les domaines industriel, scientifique, littéraire ou artistique, tels que les restes humains, les langues en général et le "patrimoine" au sens large<sup>602</sup> [notre traduction].

Le groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages,

---

<sup>600</sup> « Savoirs traditionnels », en ligne : WIPO < <http://www.wipo.int/tk/fr/tk/> >, page consultée le 26 mars 2014.

<sup>601</sup> *Ibid.*

<sup>602</sup> Jonathan Curci, *The protection of biodiversity and traditional knowledge in international law of intellectual property*, 12, Cambridge University Press, 2010 à la p 92. Par exemple, leur extrême variété a conduit par exemple Ikechi Mgbeoji à traiter uniquement des savoirs traditionnels lorsqu'ils impliquent des ressources biologiques pour leur intérêt médical et thérapeutique, dans son papier intitulé « Making Space for Grandma: The Emancipation of Traditional Knowledge and the Dominance of Western-Style Intellectual Property Rights Regimes ».

institué par la Conférence des Parties à la *Convention sur la diversité biologique* dans sa décision IX/12, a noté à ce sujet que la « durée des négociations à l'OMPI faisait ressortir l'éventuelle impossibilité pratique d'élaborer une définition »<sup>603</sup>. La perspective de s'accorder une liste indicative paraît être l'une des pistes possibles, mais les caractéristiques définies par ce groupe d'experts juridiques et techniques sont-elles suffisantes ?

La posture du Secrétariat du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI a été de fendre le concept holistique de savoirs traditionnels en deux, à savoir ceux relatifs à la biodiversité en général, d'une part; et ceux relatifs aux arts, comme l'artisanat ou les expressions du folklore de l'autre<sup>604</sup>. Il est tout de même possible de se demander s'il ne s'exprime pas dans cette manière de faire, un biais épistémologique aux termes duquel il apparaît que les savoirs traditionnels sont aliénés au savoir savant, moderne, celui-ci étant « supérieur » à celui-là<sup>605</sup> ? En effet, ainsi que l'explique Jonathan Curci, les desseins avoués d'une telle approche sont de rendre les savoirs traditionnels plus propices à la protection dans le cadre des systèmes de propriété intellectuelle existants<sup>606</sup>.

En tout état de cause, ce que la Convention sur la diversité biologique nomme « savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques » et dont le Protocole de Nagoya prône la protection ne correspond pas à un corpus immatériel de connaissances immuable et figé. Il s'agit en effet du fruit de compromis entre plusieurs cultures, s'enrichissant les unes les autres à la faveur des ans. À ce propos, James L.A. Webb, Jr avance que : « ... les systèmes de connaissances autochtones dans les différentes régions du monde pourraient être considérés comme les legs de

---

<sup>603</sup> V. Rapport de la Réunion du Groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages, 9-15 novembre 2009, UNEP/CDB/WG-ABS/8/2 paragraphe 31 à la p 11.

<sup>604</sup> Curci, *supra* note 602 à la p 93.

<sup>605</sup> Certes, des auteurs, tels que Graham, Dutfield expliquent que ce qui est « traditionnel » dans ces savoirs n'est pas leur antiquité mais la manière dont ils sont acquis (V. dans ce sens Graham Dutfield, « The Public and Private Domains Intellectual Property Rights in Traditional Knowledge » (2000) 21:3 Sci Commun 274–295, en ligne : Science Communication <<http://scx.sagepub.com/content/21/3/274.short>> (consulté le 18 mars 2015). Mais il serait sans doute possible d'évaluer les discours des auteurs et leurs argumentations pour vérifier si derrière la construction de ces savoirs que l'on qualifie de « traditionnels », il ne demeure pas une conception - traversée par une arrogance ethnocentrique ? - de ce qu'ils sont une sorte de réalité rétrograde.

<sup>606</sup> Curci, *supra* note 602 à la p 93.

l'expérimentation et de l'échange régionaux plutôt que de la connaissance exclusive des tribus ou des groupes ethniques » [notre traduction]<sup>607</sup>.

Les savoirs traditionnels évoluent avec le temps : et pourtant, il faudra les déterminer de façon précise, décrire leur étendue, les techniques qu'ils impliquent au temps où leur utilisation participe à la fabrication d'un nouveau produit alimentaire, pharmaceutique ou cosmétique, pour qu'une communauté autochtone ou locale puisse bénéficier du partage des fruits de telles innovations.

Appréhender les savoirs traditionnels devient ainsi en soi une difficulté à surmonter, à laquelle vient s'ajouter la question de leur propriété : quels critères permettent de les considérer comme appartenant à telle communauté, les connaissances liées à telle médecine par exemple ? À ce propos, David M. Gordon et Shepard Krech III observent à bon escient que « Le dynamisme et l'hybridité des savoirs autochtones rendent difficile l'attribution de la propriété légale sur les connaissances et les ressources indigènes. À qui seraient ces ressources et ces connaissances? La tribu, la lignée, la famille ou l'individu » [notre traduction]<sup>608</sup>.

Il appert que la définition du concept de « savoirs traditionnels » est inexorablement liée à celle de « communautés autochtones et locales ». La complexité de cet enjeu définitionnel a conduit Peter Drahos à conclure que le concept de « savoir traditionnel » est peut-être le plus ouvert que l'on ait pu choisir dans [les discussions sur la propriété intellectuelle et le savoir indigène] » [notre traduction]<sup>609</sup>. Il parle en outre des « sables mouvants de la définition »<sup>610</sup> pour souligner les risques qu'il y a de s'y perdre définitivement.

---

<sup>607</sup> James L.A. Webb, Jr, « On Biomedicine, Transfers of Knowledge, and Malaria Treatments in Eastern North America and Tropical Africa », dans David M. Gordon et Shepard Krech III, *supra* note 599, à la p 55: « the systems of indigenous knowledge in various world regions might best be thought of as the legacies of regional experimentation and exchange rather than the proprietary knowledge of tribes or ethnic groups ».

<sup>608</sup> David M. Gordon et Shepard Krech III, *supra* note 599, à la p 17: « The dynamism and hibridity of indigenous knowledge makes it difficult to attribute legal ownership over indigenous knowledge and resources. To whom would such resources and knowledge belong? The tribe, lineage, family or individual? ».

<sup>609</sup> Peter Drahos, *Intellectual Property, Indigenous People and their Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014 à la p 23: «Traditional knowledge is perhaps the most open-ended concept that one might choose in [discussions of intellectual property and indigenous knowledge] ».

<sup>610</sup> *Ibid.* [Notre traduction]. L'auteur utilise, en effet, dans le titre dédié au développement de cette question, l'expression « The quicksands of definition ».

### 1.3 « Lever le voile sur la communauté »<sup>611</sup>

Qui, dans la communauté, est dépositaire du savoir traditionnel ? Rien de moins évident... Miranda Forsyth a montré l'ampleur de ces questions dans le contexte de la protection du tatouage Samoan, dans l'État indépendant des Samoa. Elle rapporte qu'historiquement, le tatouage Samoan relevait de l'expertise exclusive des *tufuga*, spécialistes reconnus, appartenant à deux grandes familles : les « 'aiga Sa Tulou'ena » et les « 'aiga Sa Su'a »<sup>612</sup>. Lors de ces enquêtes de terrain destinées en partie à comprendre les liens entre les communautés possédant le savoir relatif audit tatouage, elle a découvert que plusieurs membres de ces deux familles, sans même être des *tufuga*, revendiquent être dépositaires de ce savoir. Une telle situation est davantage plus complexe que l'appartenance à ces familles n'est pas fondée sur un lien héréditaire. Des entretiens qu'elle a réalisés, il ressort qu'une troisième famille, innommée, aurait reçu à l'instar des deux autres, le savoir relatif au tatouage samoan de deux déesses jumelles, *Taema* et *Tilafaiga*, venues des îles Fiji. Celles-ci auraient donné à leurs ancêtres des paniers de peignes à tatouage et des instructions sur la manière de les utiliser. Elle cite aussi les recherches de plusieurs autres auteurs<sup>613</sup>, pour qui les allégations des *Sa Su'a* sont contestés par certains matai (chefs du village) et par certains membres des familles dépositaires du savoir relatif au tatouage [notre traduction]<sup>614</sup>. Mais auquel des ancêtres de ces deux familles les paniers ont été donnés en premier ? La question n'a pas de réponse, face aux silences de l'histoire. Y a-t-il eu un premier en fait ? L'on peut bien s'interroger à propos, en considérant l'image d'un père bienveillant ou d'une mère bienveillante qui offre à ces enfants le même bien : dans cet acte de don, y a-t-il véritablement un premier et un dernier ? Que ce père ou cette mère choisisse d'offrir le bien à l'aîné avant le cadet ou inversement, doit-il nécessairement s'entendre d'une volonté implicite de faire un classement ?

Par ailleurs, ce don *prétendument* reçu des déesses implique-t-il que seuls les membres autorisés de ces communautés ont le droit exclusif d'utiliser le savoir relatif au tatouage samoan ? Une

---

<sup>611</sup> Nous empruntons cet intitulé à Miranda Forsyth, qui en est l'auteure originaire, pour avoir réalisé un article à propos, mais dans le contexte des expressions culturelles du folklore. La référence de cet article se trouve à la note suivante.

<sup>612</sup> Miranda Forsyth, « Lifting the Lid on "The Community": Who Has the Right to Control Access to Traditional Knowledge and Expressions of Culture? » (2012) 19:01 Int J Cult Prop 1–31 à la p 8.

<sup>613</sup> Mallon, Sean et al., « Samoan Tatau as Global Practice » in Nicholas Thomas et al., (dir), *Tattoo: Bodies, Art and Exchange in the Pacific and the West*, Durham: Duke University Press, 2005 aux pp145–239.

<sup>614</sup> Forsyth, *supra* note 612 à la p 13: « the claims of the Sa Su'a are contested by some leading matai (village chiefs) and by some within the tattooing families themselves »

réponse non plus claire n'est donnée à cette interrogation, les vues étant partagées : il y a certains *tufuga* qui affirment qu'aucune règle n'impose que les autres utilisent ce savoir, mais tiennent à ce que les « profanes » aient un minimum de connaissances avant de les utiliser. D'autres *tufuga* préfèrent défendre une vision monopolistique du savoir et s'insurgent contre son utilisation par des tiers non autorisés<sup>615</sup>. L'on découvre comment les jeux de pouvoir peuvent structurer l'argumentaire des uns et des autres sur la *propriété*. Qui plus est, que dire de la « territorialité du savoir » ? Les déesses ont-elles autorité au-delà de la terre des Samoans ? Peut-on, et doit-on interdire à des Samoans à l'étranger d'utiliser ce savoir (en partant de l'hypothèse qu'ils sont membres de la communauté) ? Comment est-il raisonnablement possible d'interdire à un *tufuga* ou tiers utilisateur à l'étranger d'utiliser son savoir, d'autant plus que pour mille et une raisons cette expertise peut être même disponible dans le domaine public ? « Un savoir autochtone délocalisé peut-il encore être vecteur de sens ? Pour un esprit cartésien, analytique, vraisemblablement, mais est-ce le sens qui lui était attribué à l'origine par ses auteurs, cela est peu probable »<sup>616</sup>.

En considérant fictivement que le tatouage Samoan, bien que ressortissant davantage des arts et expressions culturelles traditionnelles pût faire l'objet d'une réglementation sur l'APA<sup>617</sup>, ces questions liées à la propriété se posent avec plus d'acuité que ce sont leurs réponses qui déterminent le partage des avantages qui découleraient de l'exploitation du savoir en cause. En effet, aux termes de l'article 7 du Protocole de Nagoya :

Conformément à son droit interne, chaque Partie prend, selon qu'il convient, les mesures appropriées pour faire en sorte que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones ou locales soit soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation de ces communautés autochtones et locales, et que des conditions convenues d'un commun accord soient établies.

---

<sup>615</sup> *Ibid* à la p 11.

<sup>616</sup> Albane Geslin, « Populations autochtones et brevetabilité du vivant : la tentation de Perséphone » in E. Brosset (dir.), *Le droit international et européen du vivant. Quel rôle pour les acteurs privés ?*, coll. Monde européen et international, La Documentation française, 2009, 139 à la p 9.

<sup>617</sup> En effet, l'on considère que les expressions culturelles des savoirs sont eux-mêmes une forme de savoir traditionnel. Ceci renvoie au biais épistémologique qui consiste dans la césure entre savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques et savoirs traditionnels relatifs aux expressions du folklore; quoiqu'une telle différenciation soit moins artificielle qu'elle ne corresponde à un intérêt pratique d'application de droits différents de propriété intellectuelle.

Quant à l'article 12-3 a) du même texte, il promeut l'usage de protocoles communautaires des communautés autochtones ou locales en vue de s'assurer que l'accès aux connaissances traditionnelles et le partage des avantages découlant de leur utilisation se fait conformément à leurs normes de régulation sociale.

Identifier, au sein de la communauté, « qui » est « le » détenteur du savoir traditionnel, revêt donc une importance toute particulière, dans la mesure où c'est le point de départ pour respecter les droits qu'ont ces communautés d'accorder l'accès à leurs savoirs ancestraux, pour respecter les procédures internes de partage de ces savoirs avec des non-membres. C'est aussi le point de départ pour garantir que le partage des fruits de l'innovation se fera sur des bases légales légitimes aux yeux des membres de ces communautés. Il faut comprendre, par-là, que le Protocole de Nagoya encourage une véritable synergie inter-normative entre les règles traditionnelles de ces communautés, et les règles étatiques modernes qui se sont greffées sur celles-là à la suite des différents processus historiques de colonisation. C'est là un défi pour les juristes, qui devront s'assurer ainsi que les lois nationales sur l'APA clarifient cette question, dans la perspective d'une réelle justice cognitive<sup>618</sup>.

#### **1.4 Les institutions responsables de l'APA**

L'article 13 du Protocole de Nagoya est relatif aux attributions des correspondants nationaux et autorités nationales compétentes qui doivent être désignés par les lois des pays fournisseurs de ressources génétiques. Les correspondants nationaux sont investis d'une mission d'information aux utilisateurs de ressources, lorsque ceux-ci voudraient connaître les modalités d'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés<sup>619</sup>; tandis que les autorités nationales compétentes sont celles habilitées à accorder cet accès et les documents qui en font la preuve<sup>620</sup>. Le paragraphe 3 de cet article établit que la même entité peut cumuler les fonctions de correspondant national et d'autorité nationale compétente.

---

<sup>618</sup> Il faut entendre derrière cette expression, le besoin de reconnaître existantes, valides et pertinentes les manières de connaître des autres peuples. V. dans ce sens Boaventura de Sousa Santos, *Epistemologies of the South : justice against epistemicide*, Paradigm Publishers, USA, 2014.

<sup>619</sup> Article 13.1 du Protocole de Nagoya

<sup>620</sup> Article 13.2 du Protocole de Nagoya

Cet article est intéressant dans la mesure où il propose un schéma de « bonne » gouvernance dans la manière d'accéder aux ressources génétiques et savoirs traditionnels associés. Il désigne une ou des entités, auxquelles des missions précises sont confiées. Il propose également qu'un élément de preuve soit accordé aux utilisateurs lorsque ceux-ci ont respecté les procédures que les lois nationales sur l'APA auront définies pour l'accès aux ressources génétiques et savoirs associés. Ce faisant, pour autant que cette mesure soit correctement transcrite dans les lois nationales, la nécessité de transparence sous-jacente aux accords de bioprospection serait satisfaite.

Cependant des risques existent que cet accord pose en pratique quelques difficultés. C'est ce qu'ont démontré Harinirina Saholy Rambinintsaoatra et Guy Rabarison dans leur article intitulé *Enjeux et défis pour la mise en place du dispositif APA à Madagascar : les droits locaux et les contrats de bioprospection*<sup>621</sup>. Ils évoquent notamment des « problèmes institutionnels sur le conflit d'autorité et de responsabilité »<sup>622</sup>, dans la mesure où le rôle d'autorité nationale compétente accordé au Ministère chargé de l'environnement, plutôt qu'à celui de la recherche scientifique ou des ressources halieutiques – qui s'estiment tout autant compétents – est de nature à susciter des frustrations. Par ailleurs, ils poursuivent en faisant observer que les collectivités décentralisées réclament d'avoir leurs propres autorités compétentes régionales, dont l'avis doit être considéré par l'autorité compétente nationale. Or, de telles réclamations sont de nature à complexifier les procédures d'APA et de décourager les éventuels utilisateurs de ressources génétiques. Il y a donc lieu de jauger entre les réclamations bien justifiées de ces autorités régionales - puisque celles-ci seraient plus au fait des enjeux locaux – et la nécessité de créer un marché attractif pour l'exploitation de la biodiversité malgache, afin d'éviter toute approche bureaucratique rebutante.

Cet exemple propre au contexte malgache est parfaitement reproductible dans la plupart des pays fournisseurs, et dans les pays africains notamment, où on reproche souvent à l'administration publique une lenteur et des procédures excessivement coûteuses et inefficaces. À cela, il faut ajouter les cas de corruption qui peuvent survenir : en reprenant le cas malgache, qu'arrive-t-il si l'autorité nationale compétente en venait à invalider l'accès accordé par une autorité régionale en constatant l'irrégularité de la procédure suivie par un utilisateur, qui aurait usé de manœuvres peu

---

<sup>621</sup> Harinirina Saholy Rambinintsaoatra et Guy Rabarison, « Enjeux et défis pour la mise en place du dispositif APA à Madagascar : les droits locaux et les contrats de bioprospection » (2015) 2 RADE 123 aux pp 123-129.

<sup>622</sup> *Ibid* à la p 128.

orthodoxes? Et de façon plus délicate, comment gérer la situation où c'est l'autorité régionale qui refuse l'accès à un utilisateur qui a des « relations » avec les plus hauts fonctionnaires de l'État, qui lui autorisent de « violer » la compétence des collectivités territoriales ?

Bien que ces cas ne puissent être résolus par la simple adoption de règles de droit bien réfléchies sur l'APA, il n'en demeure pas moins que celles-ci ont un rôle crucial à jouer : puisque l'éthique est l'ensemble des valeurs individuelles et collectives dont le Droit est porteur<sup>623</sup>, les lois sur l'APA devront être fondées à tout le moins sur une éthique cohérente avec la notion de « bonne gouvernance » et de « transparence », si la justice environnementale est l'objectif ultime qu'elles visent. Elles devront veiller à définir le domaine de compétence de chaque acteur de régulation de l'accès aux ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées, et harmoniser leurs interventions de sorte que celles-ci soient au bénéfice de l'État fournisseur.

### **1.5 Le consentement préalable donné avec connaissance de cause**

Par vingt et une fois, le texte du Protocole de Nagoya cite l'expression « consentement préalable donné en connaissance de cause ». En ce qui concerne le cas discuté dans cet article, cette convention pose le principe selon lequel le consentement préalable donné en connaissance de cause des communautés autochtones ou locales<sup>624</sup> doit être obtenu pour l'accès à leurs ressources génétiques, et pour l'accès à leurs connaissances traditionnelles<sup>625</sup>.

Pour Frédéric Desmarais, ce principe exige qu'un « projet de développement, de recherche ou de bioprospection mis de l'avant par un État, l'un de ses agents ou par un acteur privé [...] susceptible d'avoir un impact sur les territoires, les ressources naturelles ou génétiques ou sur les connaissances traditionnelles d'un peuple autochtone, cet État ou cet acteur privé [obtienne] le consentement préalable, libre et éclairé de ce peuple avant de mettre le projet en branle »<sup>626</sup>. Il

---

<sup>623</sup> Jean-Claude Rocher, *Fondements éthiques du droit, Phénoménologie*, Paris, FAC-éditions, Livre 1, 1993 à la p 10.

<sup>624</sup> Article 6.2 du Protocole de Nagoya

<sup>625</sup> Article 7 du Protocole de Nagoya

<sup>626</sup> Frédéric Desmarais, « Le consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones en droit international à la lumière des modèles de l'intégrité culturelle et de l'autodétermination: la nécessaire redéfinition de son cadre conceptuel » (2007) 19 1 RQDI 161–209 aux pp 162-163.

s'agit, dans les termes de Sebastiaan Johannes Rombouts d'un outil en droit international qui permet aux peuples autochtones d'y participer et d'influencer les décisions qui les concernent<sup>627</sup>.

De façon théorique, on considère qu'un tel consentement suppose d'une part, le droit de prendre toutes les décisions liées au développement et à d'autres activités touchant leurs terres et leurs ressources; et d'autre part, le droit de prendre des décisions relativement à des activités se déroulant à l'extérieur de leurs territoires, mais qui peuvent les toucher de façon significative, et en particulier lorsque leurs droits humains sont affectés<sup>628</sup>.

Ainsi, tel que conceptualisé, l'exigence du consentement préalable donné en connaissance de cause répond à la nécessité, dans le contexte du Protocole de Nagoya, de s'assurer que les communautés autochtones ou locales prennent une part active au processus de développement qui engage leurs savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques. Il constitue ainsi une traduction d'un principe cardinal du développement durable, celui de la participation du public. De plus, il s'analyse comme un « moyen d'affirmation et de protection des droits des peuples autochtones [...] »<sup>629</sup>.

Les législateurs nationaux devront donc édicter des règles sur cette question très importante pour une mise en œuvre efficace du Protocole de Nagoya. Or, ainsi que nous l'avons observé plus haut, l'identification des communautés autochtones ou locales et la définition des savoirs traditionnels restent un véritable défi, de la résorption duquel dépendra l'efficacité des règles sur le consentement préalable donné en connaissance de cause. De fait, il faut déjà savoir de quel groupe de populations l'on requiert le consentement, et à propos de quels savoirs traditionnels, avant de rechercher un tel consentement.

En admettant que cette question de fond soit résolue, il reste encore d'importants défis à relever d'un point de vue processuel. En effet, quelles dispositions juridiques viendront encadrer la

---

<sup>627</sup> Sebastiaan Johannes Rombouts, « Having a say: Indigenous peoples, international law and free, prior and informed consent » [2014] à la p 11 : « [...] *free, prior and informed consent* (FPIC) is divised as a tool in international law to give indigenous people the power to participate in, and influence the outcome of, such decisions ». [Notre traduction]

<sup>628</sup> Indian Law Resource Center, Indigenous People's Right of Free Prior Informed Consent with respect to Indigenous Lands, Territories and Resources, Doc. Off. CES NU, 2005, Doc. NU PFII/2004/WS.2/6 à la 2.

<sup>629</sup> Véronique Lebus et Geneviève King-Ruel, « Le consentement libre, préalable et informé: une norme internationale en émergence pour la protection des populations locales autochtones » (2010) 40 Recherches amérindiennes au Québec 3 85 à la p 86.

recherche d'un tel consentement? L'on peut penser que l'approche « naturelle » des États serait de renvoyer aux textes nationaux sur la participation du public, requise dans le cadre des études d'impact sur l'environnement. Or, ceci n'est pas sans poser des difficultés.

D'abord, d'un point de vue réflexif, il faut s'interroger sur le caractère logique d'une telle démarche : le concept de « consentement préalable donné en connaissance de cause », à travers son émergence et son domaine d'application, semble s'appliquer aux peuples autochtones. Cependant, la participation du public suppose de requérir l'implication d'un « public » dont la composition peut excéder les limites d'une communauté qui se déclare « autochtone ». Ceci peut paraître cohérent, dans la mesure où le Protocole de Nagoya inclut parmi ces communautés, celles dites « locales », pour rester justement souple et considérer la situation des pays où des communautés, qui sans être strictement autochtones, ont développé des savoirs du fait de leur proximité avec la nature. Mais à y voir de près, ce qui se dit ici, c'est le flou conceptuel qui enrobe les objectifs du Protocole de Nagoya : la solution d'étendre au consentement préalable donné en connaissance de cause, les règles de participation du public, n'est qu'un écho plus retentissant du malaise des définitions qui se dégage de cette convention. Elle révèle davantage le fait que c'est un traité négocié et construit sur la base de plusieurs discours<sup>630</sup>, dont celui sur l'autochtonie.

Ensuite, une question que les juristes esquivent trop souvent est celle de l'aspect technique de l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause. En général, celle-ci est laissée à la discrétion du bureau spécialisé en évaluations environnementales, mandaté par une entreprise prospectrice. C'est donc à un expert, lié contractuellement<sup>631</sup> à cette entreprise, de déployer des outils de sciences sociales pour obtenir ce consentement : questionnaires, entretiens non directifs ou semi-directifs, groupes de discussions. En général, le déploiement de l'une de ces méthodes se précède par une visite au chef de la communauté autochtone ou locale. Or, du point de vue de Sudharto P. Hadi<sup>632</sup>, le crédit offert par l'équipe d'experts en évaluations environnementales aux approches formelles telles que les visites du chef de village et le recueil

---

<sup>630</sup> Brahy et Louafi, *supra* note 300.

<sup>631</sup> Nous faisons ici l'hypothèse qu'un tel bureau spécialisé en évaluations environnementales a une éthique propre qui lui permet de réaliser en toute indépendance sa mission, sans se sentir liée soit par contrainte, soit par suite de corruption avec son mandant (l'entreprise bio-prospectrice).

<sup>632</sup> Sudharto P. Hadi, "Public participation in Indonesian EIA", in Barry Sadler et Mary McCabe(dir.), *Environmental impact assessment training resource manual*, 1, UNEP Division of Technology, Industry and Economics Economics and Trade Branch, 2002 à la p 79.

des avis des populations lors des réunions publiques se révèle être une erreur méthodologique « grave ». Cela se justifie non seulement par le fait qu'à cette étape de la procédure, les populations ont très peu d'informations sur le projet envisagé, mais encore parce que les personnes avec lesquelles les évaluateurs entrent en contact (notamment les autorités de la localité) ne sont pas forcément suffisamment représentatives des intérêts économiques, sociaux et/ou culturels des autres membres de la communauté qui pourraient être affectés, en particulier les minorités et ceux qui sont trop faibles pour oser s'exprimer.

De plus, même si cet auteur reconnaît l'utilité des questionnaires en tant qu'outil de collectes de données telles que le nombre d'écoles, de maisons, d'institutions publiques ou les services sociaux disponibles dans la région, il les trouve impropres à décrypter la réelle perception des habitants sur le projet envisagé. Par exemple, dans le cas de l'Indonésie qu'il analyse, les questionnaires se sont révélés infructueux parce que la tendance générale des enquêtés est de donner une réponse qui ne frustre pas l'enquêteur<sup>633</sup>.

En outre, l'auteur observe qu'en Indonésie, en raison du caractère trop formel<sup>634</sup> de la procédure d'évaluation du rapport par la commission centrale ou régionale des études d'impact environnemental et social, il devient difficile pour les populations affectées de participer librement aux débats dans cette atmosphère. De fait, leur parole est bloquée lorsqu'elles prennent place auprès de personnalités aussi distinguées.

Dans le cadre d'un projet de recherche-action sur l'évaluation épistémologique et l'analyse éthique des outils déployés lors de la phase d'identification et d'évaluation des impacts d'un projet de l'environnement<sup>635</sup>, nous avons eu l'occasion de participer à une séance de consultation du public dans la localité d'Adokpoé dans le canton d'Agbélouvé au Togo où un projet de concassage de gneiss était envisagé. Il s'agissait de la deuxième réunion entre les membres de la communauté riveraine du site du projet, et la réunion publique s'est tenue le mardi 4 décembre 2012 de 9h 30 à 10h20. Elle avait pour objectif l'information et la sensibilisation des populations locales. Aussi, avons-nous observé que sur une population de plus de 1000 habitants, 11 personnes seulement étaient présentes dont le chef du village et une seule femme. Par ailleurs, il nous a semblé pendant

---

<sup>633</sup> *Ibid.*

<sup>634</sup> *Ibid.*

<sup>635</sup> Yentchare, *supra* note 33 aux pp 99-107.

l'observation non participative à laquelle nous nous étions livrés, que lors des échanges, deux hommes présents manifestaient un ardent désir de s'exprimer sur l'un des points à l'ordre du jour de la réunion. Convaincus de l'affirmation de Loïc Blondiaux selon laquelle « le refus de la prise de parole peut être lié à une forme d'autocensure, à la peur de dévoiler son opinion ou de réprobations éventuelles dans son environnement immédiat, peur que renforcera la petite taille des publics et des collectivités concernées »<sup>636</sup>, nous avons interprété leur posture d'abstention comme un sentiment de peur dont ils seraient animés, intimidés d'être en présence d'experts. Sans doute, ce sentiment de complexe a pu être amplifié par la présence du chef et des dignitaires de la communauté. Cette hypothèse devrait être vérifiée, mais on peut raisonnablement penser que dans ce cas, le consentement n'était pas si libre qu'il y paraissait.

Enfin, si les textes de participation du public sont ceux retenus pour l'obtention du consentement libre et éclairé des communautés autochtones ou locales dans le cadre de la mise en œuvre du Protocole de Nagoya, il faut interroger épistémologiquement le pouvoir de ceux qui feront partie de ce public. Ainsi que déterminé plus haut, lever le voile sur la communauté a pour intérêt de déterminer la ou les personnes légitimes pour accorder l'accès aux savoirs traditionnels. Mais logiquement, il semble que le consentement recherché ne concerne pas que l'accès aux savoirs. Il concerne aussi, ou à tout le moins devrait concerner aussi le partage juste et équitable des avantages qui découlent de leur exploitation<sup>637</sup>. Cette réflexion a pour effet d'obliger à se demander si les personnes « légitimes » à accorder l'accès aux savoirs traditionnels le sont également lorsque la question du partage « juste et équitable » se posera. Par exemple, dans la législation togolaise relative à la participation du public, pour la validation des études d'impact sur l'environnement notamment, il est prévu que la consultation des parties prenantes à cette étape de la procédure consiste essentiellement en « la participation des représentants du public aux travaux du comité ad hoc en qualité de membres ou personnes ressources »<sup>638</sup>. Or, l'histoire politique du pays et la faiblesse du système démocratique pourraient avoir pour effet, non seulement d'amplifier la non-

---

<sup>636</sup> Françoise Gourmelon et al, « Modélisation multi-agents et jeu de rôles: des outils de médiation et d'apprentissage au service du développement durable » [2010], en ligne : <<http://hal.univ-nantes.fr/hal-00457773/document>> (consulté le 15 septembre 2015).

<sup>637</sup> C'est à tout le moins le sens que suggère l'analyse de la conjonction de coordination « et » qui lie l'accès au partage juste et équitable dans l'intitulé du Protocole de Nagoya.

<sup>638</sup> V. art.4-3) de l'arrêté n°018/MERF fixant les modalités et les procédures d'information et de participation du public au processus d'étude d'impact sur l'environnement.

représentativité des populations affectées<sup>639</sup>, mais encore de renforcer le sentiment d'impuissance des représentants présents devant des autorités publiques.

En revenant au contexte de la mise en œuvre du Protocole de Nagoya, comment s'assurer que ces dépositaires de savoirs traditionnels négocient les bénéfices résultant de l'utilisation des savoirs de toute la communauté, dans un sens qui sert d'abord ses intérêts, et non les leurs propres? Ce pourrait être, sous l'effet de certaines circonstances, économiques par exemple, un exercice délicat pour le « féticheur » du village, dont la science sur les vertus des plantes de la forêt sacrée est utilisée, de ne pas considérer les avantages monétaires et non monétaires qui sont promis par une entreprise pharmaceutique comme une reconnaissance « rémunérée » de cette science ; plutôt qu'une contrepartie nécessaire pour avoir eu accès à des connaissances communautaires.

### **1.6 La fragmentation des règles relatives à l'APA**

Il faut rédiger des lois sur l'APA, mettant en œuvre le Protocole de Nagoya : mais a-t-on suffisamment réfléchi aux coûts induits par une telle entreprise ? Voilà une question importante et pleine d'enjeux, à laquelle les faiseurs de lois devront répondre, tant et si bien que l'efficacité de celles-ci est l'effet qu'ils recherchent. En effet, il convient dès à présent de se poser plusieurs questions : d'abord, les lois sur l'APA viendront-elles s'ajouter à l'importante liste de dispositions sur la protection de l'environnement, ou consisteront-elles en une modification des codes de l'environnement de sorte à en constituer un chapitre particulier.

À en croire l'actualité sur la mise en œuvre du Protocole de Nagoya<sup>640</sup>, il faut admettre que la tendance est favorable pour la première option : l'adoption de nouvelles lois, spécifiques pour l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation.

Dans les pays ayant retenu cette solution, n'y a-t-il pas lieu de craindre, toutes choses étant égales par ailleurs, un problème de fragmentation du droit national de l'environnement ? En effet, ne serait-il pas plus judicieux, par pragmatisme, que l'APA qui est d'abord une problématique

---

<sup>639</sup> Les personnes ressources censées les représenter pouvant être enclines à faire valoir leur intérêt propre.

<sup>640</sup> Voir la *Loi fédérale N° 13.123/2015 du 20 Mai 2015 sur la biodiversité au Brésil*. Voir aussi la *Loi de la République démocratique du Congo n°14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature*.

environnementale – si du moins la rhétorique de la conservation de la biodiversité est vraie – soit réglementé par un seul et même code de l’environnement en raison des questions transversales qu’il soulève ? Par exemple, nous avons souligné ci-dessus l’importance du principe du consentement préalable donné en connaissance de cause, qui est généralement traduit dans les législations internes à travers les lois sur la participation du public. Celles-ci réfèrent elles-mêmes à la nécessité d’exiger des évaluations environnementales, rempart juridique garantissant l’utilisation durable des éléments de la biodiversité en tant que deuxième objectif de la CDB. Ces règles de participation du public, à l’épreuve, mériteraient d’être améliorées en tenant compte de la diversité des techniques de sciences sociales disponibles pour faire réellement « participer » les populations à ces décisions les affectant dans leur environnement naturel et humain. Il demeure aussi la question de la mise en conformité de ces règles sur l’APA avec celles qui résulteront de la mise en œuvre du Traité sur les ressources génétiques et phytogénétiques pour l’alimentation et l’agriculture de la FAO<sup>641</sup>.

Ensuite, pour ce qui concerne le cas particulier des communautés autochtones ou locales, il faut également envisager une mise en cohérence des lois sur l’APA avec celles sur la propriété intellectuelle et envisager de quelle manière ces deux grands domaines du droit peuvent être harmonisés. C’est ce qu’appelle de tous ses vœux la Conférence des Nations Unies sur le Commerce et le Développement :

La protection efficace de la biodiversité ne peut être satisfaite que par des lois sur la protection de l’environnement. Un problème critique est celui de l’incohérence – c’est-à-dire que les lois, les politiques et les réglementations visant à protéger la biodiversité et à favoriser son utilisation et son développement durables ne sont pas établies de manière cohérente et mutuelle avec les lois, les politiques et les règlements dans d’autres domaines, tels que la politique industrielle ou la propriété intellectuelle, qui ont un impact sur la biodiversité<sup>642</sup> [notre traduction].

---

<sup>641</sup> Morten Walløe Tvedt, « Access to Plant Genetic Resources – Legal Questions for Material on its Way into the Multilateral System of the Plant Treaty » (2015) 11 LEAD 1 35-50. V. aussi Jorge Cabrera Medaglia et al., *The Interface between the Nagoya Protocol on ABS and the ITPGRFA at the International Level: Potential Issues for Consideration in Supporting Mutually Supportive Implementation at the National Level*. FNI Report 1/2013. Lysaker, FNI, 2013.

<sup>642</sup> UNCTAD, « The Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol: Intellectual Property Implications » (2014) à la p 1, en ligne: ABS - INITIATIVE <[http://www.abs-initiative.info/fileadmin/media/Knowledge\\_Center/Publications/Intellectual\\_Property/CBD\\_Handbook\\_IP\\_Unit\\_\\_2\\_.pdf](http://www.abs-initiative.info/fileadmin/media/Knowledge_Center/Publications/Intellectual_Property/CBD_Handbook_IP_Unit__2_.pdf)> (consulté le 27 août 2015).

En tout état de cause, les coûts liés à l'élaboration d'un cadre de référence clair et à la mise en place d'un système de gouvernance efficace<sup>643</sup> sont tels qu'ils pourraient grever l'efficacité des dispositions sur l'APA. La question se pose davantage pour les pays en voie de développement qui devront trouver des fonds pour l'élaboration de ce cadre juridique. Certes, ils peuvent toujours compter sur l'aide du Programme des Nations Unies pour le Développement et le Fonds pour l'Environnement Mondial pour ce faire. Ils peuvent également compter sur l'aide au développement des partenaires bilatéraux, mais dans ce cas, il faut aussi questionner l'intérêt de ces partenaires à financer de telles lois. En effet, les fonds pour l'élaboration des lois sur l'APA ne peuvent pas être un appât pour orienter le droit dans le sens qui convient à une seule partie.

C'est dire finalement que les questions financières représentent une fois de plus le « nerf de la paix » : le trouver et l'utiliser à bon escient pour l'élaboration des lois nationales sur l'APA est une garantie de leur efficacité. Mais celle-ci dépend aussi de la justiciabilité des litiges découlant des rapports entre fournisseurs de ressources génétiques, PACL et utilisateurs.

## **II. Les défis de la justice distributive**

La mise en œuvre du Protocole de Nagoya pose également des questions d'ordre de justice distributive qu'il convient d'élucider.

### **2.1 L'équité dans la distribution des avantages**

Conformément à l'article 8 (j) de la Convention sur la diversité biologique, le Protocole de Nagoya a établi expressément, pour la première fois en termes juridiquement contraignants, à son article 5, le principe du partage des avantages avec les PACL si leurs savoirs traditionnels sont impliqués dans la recherche-développement<sup>644</sup>. Son annexe comprend ainsi une liste non limitative d'avantages monétaires et non monétaires qui peuvent être consentis en contrepartie de l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels qui y sont associés<sup>645</sup>.

---

<sup>643</sup> Voir la section sur les institutions responsables de l'APA.

<sup>644</sup> Morgera, Tsioumani et Buck, *supra* note 576.

<sup>645</sup> Voir l'Annexe du Protocole de Nagoya.

À ce titre, le Protocole de Nagoya constitue un bel exemple de la justice environnementale en mouvement, puisqu'elle promeut une éthique de la reconnaissance dans les rapports entre fournisseurs de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles d'une part; et les utilisateurs de ceux-ci de l'autre.

À la lumière d'expériences passées sur l'APA, il faut néanmoins s'interroger sur la mesure à laquelle cette justice parvient à se réaliser. Il s'agit ici de se demander, non pas dans une perspective théorique, mais plutôt pragmatique, ce qui se cache derrière les prédicats de « juste et équitable » qui devraient, selon les vœux du Protocole de Nagoya, caractériser l'accès et le partage des avantages. L'intérêt ici, étant de laisser l'évidence suggérer à tout esprit commun, dans la spontanéité, un sentiment personnel d'avoir *rencontré* de la justice et de l'équité dans les cas cités ci-après.

L'affaire du Teff éthiopien est relative à un accord de bioprospection signé entre l'Institute for Biodiversity Conservation (IBC) en sa qualité de fournisseur, l'Ethiopian Agricultural Research Organization (EARO) représentant l'État éthiopien et le Health and Performance Food International bv. (HPFI) en tant qu'utilisateur.<sup>646</sup> En effet, l'objet du contrat était une céréale, le Teff, de nom scientifique *Eragrostis tef*, qui a acquis une popularité certaine dans l'opinion publique internationale : « céréale sacrée éthiopienne, prochain aliment en or », <sup>647</sup> « graine d'or »<sup>648</sup>, « big super grain »<sup>649</sup>. Cet accord d'une durée de 10 ans, consistait dans quatre modalités de paiement d'avantages monétaires aux fournisseurs des ressources génétiques :

[...] sous la forme d'un paiement unique au IBC à effectuer en 2010 sur la base du résultat net de la société en 2007, 2008 et 2009; sous la forme de redevances annuelles versées au IBC au titre des ventes de semences de base et certifiées provenant des variétés [...] teff représentant 30% des bénéfices résultant de ces ventes; sous la forme de droits de licence annuels au IBC basés sur le nombre d'hectares de teff cultivés par l'entreprise et par n'importe quelle semence fournie par l'entreprise en Europe et en

---

<sup>646</sup> Regine Andersen et Tone Winge, *The Access and Benefit-Sharing Agreement on Teff Genetic Resources Facts and Lessons*, Oslo, FNI Report, 2012 à la p 27.

<sup>647</sup> « Le teff, céréale éthiopienne sacrée, prochain aliment en or pour le reste du monde? », en ligne : Le Huffington Post < [http://quebec.huffingtonpost.ca/2014/03/05/le-teff-crale-thiopie\\_n\\_4901242.html](http://quebec.huffingtonpost.ca/2014/03/05/le-teff-crale-thiopie_n_4901242.html) >, consulté le 3 juin 2015.

<sup>648</sup> « Céréale : le teff, une graine d'or venue d'Éthiopie », en ligne: Futura-Sciences.com < <http://www.futura-sciences.com/magazines/nature/infos/actu/d/botanique-cereale-teff-graine-or-venue-ethiopie-52690/> >, consulté le 3 juin 2015.

<sup>649</sup> « Move over quinoa, Ethiopia's teff poised to be next big super grain », en ligne : The Guardian < <http://www.theguardian.com/global-development/2014/jan/23/quinoa-ethiopia-teff-super-grain> >, consulté le 3 juin 2015.

Amérique du Nord (10 euros/10 dollars US par hectare cultivé en Europe/Amérique du Nord des 12 variétés livrées par l'EARO, et 5 euros/ dollars US pour chaque hectare de variétés en copropriété cultivées en Europe/ Amérique du Nord); et quatrièmement sous la forme de contributions annuelles au fonds, le Financial Resource Support for Teff fund (FiRST), à concurrence de 5% du bénéfice net de la société, mais jamais inférieur à 20 000 EUR<sup>650</sup> [notre traduction].

Selon la perspective, l'analyste pourrait être impressionné par la « qualité » des avantages prévus dans ce cas contrat de bioprospection. Il pourrait ainsi proclamer l'existence de justice et d'équité au sein de celui-ci. En effet, la diversité des modalités de paiement semble garantir que les prestations de chacune des parties sont équilibrées.

Cependant, à y voir de près, rien n'est véritablement prévu pour les CAL, sinon seulement 5% des bénéfices nets tiré de l'exploitation de la ressource génétique, et destinés à financer un fonds (dit FiRST) ayant pour objectif d'améliorer les conditions de vies des communautés d'agriculteurs et de développer du marché du Teff en Éthiopie<sup>651</sup>.

Cet avantage monétaire peut s'expliquer par au moins une raison : par exemple, l'Éthiopie comme la plupart des pays africains a pu se résoudre à ne pas reconnaître explicitement l'existence de CAL pour plusieurs raisons historiques et politiques<sup>652</sup> ; ce qui a pu lui permettre d'écarter des négociations tout groupe ethnique ayant des connaissances traditionnelles sur le Teff (toutes les CAL les possédant théoriquement). De sorte que ce montant représenterait un fonds destiné à financer le développement local des collectivités où se cultive le Teff, et les projets y afférant. En conséquence, le fournisseur légitime étant l'Éthiopie et ses organes représentatifs compétents, il va de soi que la plus grosse part du « gâteau » lui revienne. Cette hypothèse devrait être confirmée par des études plus précises, mais nous pourrions la retenir pour les fins de l'analyse en raison de sa cohérence. Par ailleurs, elle traduit une hypothèse prévue par la CDB et le Protocole de Nagoya qui posent que le partage des avantages avec les CAL doit se faire dans la mesure où la législation nationale le prévoit<sup>653</sup>.

---

<sup>650</sup> Andersen et Winge, *supra* note 646 aux pp 61-62.

<sup>651</sup> *Ibid.*

<sup>652</sup> Comme l'affirment David M. Gordon et Shepard Krech III, « Africa vigorously contest the idea that one ethnic group is more indigenous than another », David M. Gordon et Shepard Krech III, *supra* note 599, à la p 4.

<sup>653</sup> Article 8 (j) de la CDB et article 5 du Protocole de Nagoya.

Dès lors, il est possible de se demander si 5% des bénéfices résultant de l'exploitation du Teff constituent une contrepartie juste et équitable pour des CAL dont on reconnaît que leurs savoirs inspirent fortement les entreprises impliquées dans la recherche-développement ? Il est même possible de se demander si derrière l'expression « améliorer les conditions de vie des communautés agricoles locales et [...] développer les activités de Teff en Éthiopie »<sup>654</sup> [notre traduction] que Regine Andersen et Tonge Winge emploient pour caractériser l'affectation de cet avantage monétaire, il n'y a pas que des mots magiques<sup>655</sup>. En effet, en quoi consisteraient l'amélioration des conditions de vie de ces communautés? Lesquelles au fait? Ces conditions seraient améliorées par rapport à quel état antérieur ? Le développement durable est-il l'objectif ultime d'un tel projet d'amélioration ?

La même question pourrait être posée pour le cas du *Hoodia* en Afrique du Sud, où 6% du bénéfice net était promis à la communauté autochtone si leur savoir traditionnel sur cette plante produisant un effet coupe-faim – donc utile pour lutter contre l'obésité – était produit.

Il va donc sans dire que le partage des fruits monétaires de l'innovation avec les CAL représente un énorme défi, duquel dépendra l'effectivité des lois sur l'APA. Si un tel partage ressorti nécessairement du domaine du contrat, la loi peut-elle fixer un pourcentage minimum ? Par exemple, l'article 22 de la *Loi modèle africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs et pour les règles d'accès aux ressources biologiques*<sup>656</sup> suggère qu'au moins 50% des bénéfices résultant de l'utilisation des savoirs traditionnels des CAL leur revienne, dans la part que l'État fournisseur reçoit. Mais encore faut-il se demander si cela est réaliste, et si les rapports de force entre les parties déjà déséquilibrées par leur pouvoir économique respectif favoriseraient un tel partage ?

Les avantages non monétaires représentent aussi un défi certain pour les juristes dans le cadre de la mise en œuvre du Protocole de Nagoya. En effet, son annexe en dresse une longue liste non

---

<sup>654</sup> Andersen et Winge, *supra* note 646 à la p 62.

<sup>655</sup> Voir dans ce sens Olivier Reboul, « Comme dans la magie, les mots n'ont pas de sens, ils ont un pouvoir ; un pouvoir qui est inversement proportionnel à leur sens ». Olivier Reboul, *Langage et Idéologie*, PUF, Paris, France, 1984 à la p 34.

<sup>656</sup> African model legislation for the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of access to biological resources, Algérie, 2000. [en ligne: [http://www.oapi.wipo.net/wipolex/fr/text.jsp?file\\_id=252153](http://www.oapi.wipo.net/wipolex/fr/text.jsp?file_id=252153), page consultée le 3 juin 2014.

limitative et extrêmement variée. En prenant par exemple le cas du transfert de technologie<sup>657</sup>, on peut s'interroger sur sa faisabilité en pratique. Ainsi que l'observent Sophie Lavallée et Pag-yendu M. Yentcharé, il revient à l'État sur le territoire duquel se trouvent les utilisateurs de prendre des mesures pour faciliter le transfert de technologies vers les pays fournisseurs. Or, comment un État peut-il contraindre des personnes privées à transférer des technologies protégées par des brevets et qu'il est tenu de respecter <sup>658</sup>?

Par ailleurs, même si le renforcement des capacités représente un avantage non monétaire intéressant, il suppose souvent que son bénéficiaire soit conscient de sa propre carence, en évalue l'étendue et demande du soutien à ce propos ; sauf à promouvoir en l'espèce les approches paternalistes dont on sait le désastre en matière d'aide au développement.

En outre, on peut s'interroger sur la pertinence et la bonne foi de la « reconnaissance sociale »<sup>659</sup> en matière d'avantages non monétaires. En analysant cet avantage comme une possibilité pour les CAL qui auraient un tel rapport à la nature que la marchandisation de leurs savoirs choquerait leurs valeurs, celui-ci se justifie aisément. Dans cette perspective, il fait écho au droit moral en matière de propriété intellectuelle qui oblige à reconnaître la paternité d'une œuvre à son auteur. Cependant, il serait parfaitement approprié de trouver le Protocole de Nagoya pour le moins cynique, de proposer que la reconnaissance sociale soit la contrepartie de l'utilisation des savoirs traditionnels de certaines CAL : de façon prosaïque, c'est simplement rappeler que l'on ne vit pas d'amour et d'eau fraîche. De sorte qu'il faut s'interroger avec Peter Drahos sur le point de savoir si : « le discours du droit ne [...] représente simplement un jeu de politique symbolique dans lequel les autochtones et leurs partisans reçoivent des assurances mythiques tout en se voyant refuser des avantages tangibles » [notre traduction]<sup>660</sup>.

Il faut donc se rendre compte que l'idéal de justice et d'équité recherché par le Protocole de Nagoya a besoin de plus d'efforts de conceptualisation et de mise en œuvre réaliste pour produire ses pleins effets. Or, celle-ci est davantage grevée par l'effet « loterie » qui gît au creux de l'APA : en effet,

---

<sup>657</sup> Voir l'article 16 de la CDB et le point (f) de l'Annexe du Protocole de Nagoya.

<sup>658</sup> Lavallée et Yentcharé, *supra* note 149 aux pp 58-59.

<sup>659</sup> Point (p) de l'Annexe du Protocole de Nagoya.

<sup>660</sup> Drahos, *supra* note 609 à la p 72: « [...] the language of the law [...] simply represents a game of symbolic politics in which indigenous people and their supporters are given mythical assurances while being denied tangible benefits ».

les avantages sont dus, *si et seulement si* l'utilisateur fait des bénéfices. En fait, ceci n'est possible que si les CAL peuvent suivre le trajet de leur savoir traditionnel et son importance dans la mise en œuvre de nouveaux produits – qui eux, sont souvent protégés par des droits de propriété intellectuelle – pour revendiquer les avantages qui leurs sont dus.

## 2.2 La traçabilité des avantages à partager

Les CAL doivent ainsi avoir les moyens de contrôler la traçabilité de leurs ressources génétiques et des savoirs traditionnels qui y sont associés. Ceci est particulièrement vrai lorsque les intentions des utilisateurs en matière de recherche et développement ont changé dans le temps. C'est ce que le Protocole de Nagoya promeut de tous vœux dans son article 8 intitulé « Considérations spéciales ». En effet, selon le paragraphe (a) de cet article, il est demandé aux parties de prendre en compte le changement d'intention quant aux objectifs de recherche à des fins non-commerciales.

Une affaire récemment médiatisée, brièvement présentée dans le premier chapitre, permet de comprendre les enjeux d'une telle prescription. Il s'agit de l'affaire du *Guiera senegalensis*, une plante médicinale utilisée par plusieurs communautés dans toute la zone sahélienne de l'Afrique, pour traiter plusieurs pathologies : bronchite, diarrhée, dysenterie, colique, folie, asthénie sexuelle, eczéma, plaies, asthme, paludisme, caries dentaires, gingivites, etc.<sup>661</sup>. Des chercheurs français se sont intéressés à cette plante aux mille vertus, et l'ont collectée à des fins non commerciales au départ, auprès du peuple Dogon au Mali, dans la perspective d'en vérifier les propriétés analgésiantes. Mais leur recherche les a conduits à la découverte de propriétés anticancérigènes. Trois universités françaises sont désormais détentrices de brevets sur ce « vivant » ayant manifesté une utilité certaine en médecine, et plusieurs autres demandes de brevet sont pendantes devant l'Office européen du brevet, aux États-Unis, en Corée du Sud et en Chine<sup>662</sup>.

Dans quelle mesure les communautés Dogon du Mali auprès desquelles cette ressource a été prélevée prendront part au partage des avantages qui résulteraient de l'exploitation commerciale

---

<sup>661</sup> V. <http://aphrodisiaquedafrik.e-monsite.com/pages/content/les-plantes-aphrodisiaques-d-afrique/guiera-senegalensis.html>, consulté le 07 septembre 2015.

<sup>662</sup> *Ibid* à la p 4.

d'un éventuel produit anti-cancéreux et analgésiant ? L'étude de Edward Hammond citée ici souligne également que les tribus Hausa et Kanuri dans les régions du Nord-Est nigérian utilisent le *Guiera senegalensis* pour traiter le cancer du sein et des lésions inflammatoires du sein associées<sup>663</sup> d'une part; et que « la demande de brevet n'est pas spécifiquement liée à la cancérothérapie, les futures demandes de brevet [pouvant revendiquer d'autres utilisations en tant qu'analgésique] »<sup>664</sup>, d'autre part. Il faut donc se demander si les communautés Hausa et Kanuri du Nigéria, et de façon plus large, si toutes les communautés de la zone sahélienne, du Sénégal au Soudan, auront également une part des avantages résultant des fruits de l'« innovation » des universitaires français? Cette question, qui fait écho au problème de l'identification des communautés et à celui de la détention d'un savoir traditionnel, confirme le propos de Peter Drahos sur le caractère symbolique d'un quelconque partage des avantages avec les CAL.

Dans l'affaire du Teff ci-dessus relatée, il est advenu également que la compagnie Health and Performance Food International bv. (HPFI) ayant acquis cette ressource génétique en 2003, a déclaré faillite en 2009<sup>665</sup>. Cependant, les dirigeants de la même entreprise tombée en faillite avaient constitué dès 2007 une nouvelle société, Ecosem, dans l'actif de laquelle se trouve le brevet sur le Teff. Il est ici tout à fait possible d'arguer que la faillite de HPFI est un stratagème visant à rompre tout lien juridique entre cette société et l'État éthiopien, de sorte à rendre caduque l'accord de bioprospection. Dans ces conditions, et sachant que même l'Éthiopie n'a jamais vraiment bénéficié des avantages résultant de l'exploitation du Teff, il faut se demander comment les CAL font pour suivre le parcours de leur savoir traditionnel sur le Teff, pour réclamer les 5% affectés à l'amélioration de leurs conditions de vie ? À supposer même qu'elles avaient les moyens de suivre le trajet de leurs savoirs traditionnels, de quels recours bénéficient-elles en pratique, si l'État éthiopien ne leur reconnaît pas un statut juridique – leur octroyant la capacité d'ester en justice – et à partir duquel elles pourraient attaquer directement HPFI ou Ecosem ? Et si elles pouvaient le faire, n'abandonneraient-elles du fait du coût excessivement élevé d'une telle procédure ?

---

<sup>663</sup> *Ibid* à la p 3.

<sup>664</sup> *Ibid*.

<sup>665</sup> Regine Andersen et Tone Winge, *supra* note 646 à la p 115.

S'il a donc suffi d'un tour de passe-passe juridique pour enlever, entre autres avantages, les 5% des CAL éthiopiennes sur leur savoir traditionnel associé au Teff, il faut peut-être envisager de meilleurs garde-fous pour assurer la justice et l'équité dans le partage des avantages.

### **2.3 Nature juridique des contrats de bioprospection et régime applicable**

La discussion sur la mise en œuvre du Protocole de Nagoya est fort bien justifiée de se focaliser sur la conception de lois nationales. En effet, ce sont les termes de ce traité international qui le suggèrent. Et les nombreux défis à relever expliquent que les efforts de la majeure partie de la doctrine soient orientés vers la question du « comment » faire des lois sur l'APA assurant la justice et l'équité pour toutes les parties.

Cependant, l'une des innovations majeures du Protocole de Nagoya est de proposer d'un point de vue théorique, une articulation entre la loi et le contrat : alors que celle-là orientera les comportements des entreprises dans l'objectif ultime d'assurer la justice environnementale, celle-ci s'affirmera comme l'outil privilégié de relais pour assurer la protection de la diversité biologique<sup>666</sup>) et de lutte contre la biopiraterie. Cette articulation entre loi et contrat, illustre le dépassement de la dichotomie classique entre droit public et droit privé tout en mettant en évidence la convergence fructueuse du droit économique et du droit de l'environnement<sup>667</sup>.

Il serait donc plus approprié d'accorder aux contrats sur l'APA, la même attention que celle dont les lois sur l'APA jouissent<sup>668</sup>. Pour le juriste, quelle est la nature juridique du contrat de bioprospection ? Quelles sont les règles qui devraient lui être appliquées en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution ?

---

<sup>666</sup> V. dans ce sens le Protocole de Nagoya.

<sup>667</sup> Gilles Martin, *Pour un droit économique de l'environnement : mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Éditions Frison-Roche, Paris, 2013.

<sup>668</sup> À moins qu'une telle absence se justifie par le propos de Valérie Boisvert, « Bioprospection et biopiraterie: le visage de Janus d'une activité méconnue » (2005) 30 Cahiers du Gemdev 123–136 ?

Le contrat de bioprospection suppose un accord au moins bipartite entre un État, fournisseur de ressources génétiques qui accepte de donner l'accès à celles-ci à un utilisateur étranger, moyennant un partage des avantages qui résulteraient de leur utilisation<sup>669</sup>.

Il paraît *a priori* impossible de déterminer son architecture, celle-ci variant au gré de la volonté des parties. Cependant, il est possible de rencontrer dans la pratique des hypothèses où l'on réfère au contrat de bioprospection. Par exemple, Florence Bellivier et Christine Noiville distinguent, du point de vue de sa structure, quatre modalités plus ou moins compliquées du contrat de bioprospection<sup>670</sup>. La première, qualifiée de « simple », met en relation deux contrats bilatéraux dont le premier met en relation un pays fournisseur de ressources à un organisme de recherche, et un second concerne cette unité de recherche scientifique à une entreprise<sup>671</sup>. Une deuxième modalité, ayant une structure de « roue », représente le cas d'un acteur central lié par une série de plusieurs contrats à d'autres entités n'ayant aucun lien contractuel entre elles<sup>672</sup>.

La troisième hypothèse concerne des contrats emboîtés les uns aux autres : par exemple<sup>673</sup>, un premier sous-ensemble lie une université qui analyse les ressources génétiques collectées et détermine ses substances intéressantes pour la recherche, une ONG qui réunit les savoirs traditionnels y associés, un jardin botanique qui collecte les spécimens et forme les scientifiques locaux à ces pratiques, et deux entreprises pharmaceutiques chargées du développement du ou des produits qui en résulteront. Un second sous-ensemble contractuel concerne la transmission des savoirs traditionnels des peuples autochtones et communautés locales à l'ONG faisant partie du premier sous-ensemble moyennant leur représentation assurée par celle-ci auprès des autres acteurs concernés. Puis un troisième sous-ensemble contractuel lie les communautés locales à

---

<sup>669</sup> Mais il peut aussi inclure d'autres parties, au nombre desquelles des communautés autochtones ou locales, en raison de leurs savoirs traditionnels qui orientent souvent vers les ressources génétiques intéressantes pour la recherche et le développement de nouveaux produits alimentaires, cosmétiques ou pharmaceutiques.

<sup>670</sup> Florence Bellivier et Christine Noiville, *Contrats et vivant*, L.G.D.J., Paris, 2006, aux pp. 147-148.

<sup>671</sup> Les deux auteures citent à titre illustratif ce contrat conclu entre « une communauté locale des îles Fidji [qui] s'engage à fournir du matériel à l'université du Pacifique Sud, laquelle, dans un second contrat, convient de fournir les échantillons collectés à l'institut écossais Stratchclyde Institute of Drug Research. *Ibid.* à la p 147.

<sup>672</sup> Les deux auteures citent le cas du Smithsonian Tropical Research Institute lié d'abord à l'Autoridad Nacional del Ambiente du Panama dans le cadre d'un contrat d'accès ; ensuite à l'Université du Panama chargée de tester des extraits des ressources génétiques collectées pour déterminer leur potentiel anti-cancérigène et de lutte contre le virus du Sida ; et enfin le Gorgas Memorial Institute for Health Research.

<sup>673</sup> Pour plus de détails sur cet exemple, voir *supra* note 670 à la p 148.

l'une des entreprises pharmaceutiques impliquées dans le développement, et d'autres parties prenantes (un fonds commun et une entité qui se dédie à la conservation de la diversité biologique).

La quatrième modalité est qualifiée par ces auteurs de « consortium » :

Il s'agit d'une sorte de club dans lequel se regroupent par exemple plusieurs fournisseurs de ressources génétiques – une communauté locale, une administration, un fonds de conservation – qui s'engagent, les premiers, à accorder des autorisations de collecte, les autres, à affecter les éventuels bénéfices à la réalisation d'opérations préalablement définies par les partenaires (protection de l'environnement, aide aux plus pauvres, développement économique, etc.). Plutôt que des fournisseurs, le contrat peut lier une série de prospecteurs – universités, jardins botaniques, musées, instituts de recherche – ou, plus en aval, viser la recherche et le développement – entreprises, instituts de recherche, etc.<sup>674</sup>.

Face au caractère protéiforme du contrat de bioprospection, il est nécessaire de s'interroger sur sa nature juridique, ce qui doit se réaliser par le truchement d'un exercice de qualification. Pour ce faire, il peut être avisé pour le juriste de déterminer s'il s'agit d'un contrat complexe, d'un groupe ou complexe de contrats, ou plutôt s'il s'agit d'un contrat *sui generis*, par l'exercice de classification des contrats.

Aux termes de cet exercice de classification, il peut conclure qu'il s'agit d'un contrat complexe, c'est-à-dire d'un contrat qui, soit, résulte de la combinaison de plusieurs contrats spéciaux, de sorte qu'il devient unique ; soit qui est un « contrat-frontière » se trouvant à la limite entre deux contrats spéciaux différents sans être ni l'un ni l'autre<sup>675</sup>. Dans ce cas, il appliquerait la règle de la qualification exclusive, c'est-à-dire que la nature juridique du contrat de bioprospection sera celle du contrat qui est le plus déterminant dans l'ensemble contractuel. S'il s'agit plutôt d'un complexe de contrats, il faudra appliquer la règle de la qualification distributive qui implique que la nature juridique du contrat de bioprospection variera selon les moments de la vie contractuelle où le juriste voudrait lui appliquer des règles de droit.

Mais il est tout à fait possible que le contrat de bioprospection conduise à une qualification en tant que contrat *sui generis*, qui présente une telle originalité qu'il ne rentre dans aucune des catégories

---

<sup>674</sup> *Ibid.*

<sup>675</sup> Alain Bénabent, « L'hybridation dans les contrats » [1999] *Prospective du droit économique* à la p 27.

prévues par les différents codes de tradition civiliste. Ainsi que l'analysent Florence Bellivier et Christine Noiville :

[...] [On peut penser] à l'échange entre deux chercheurs ou équipes, par lequel les parties se donnent respectivement une ressource pour une autre, ou à la licence de brevet, contrat de louage des choses. [...] à la vente, dont on retrouve les conditions [...] et les effets, à savoir le transfert de propriété des produits, des accessoires et des risques. Quant à la qualification de contrat d'entreprise, elle s'applique sans encombre à la majorité des contrats – prestation de recherche, conservation de tel échantillon, traitement de tel autre, transfert de savoir-faire, etc<sup>676</sup>.

Dans le même sens, la conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement estime pour sa part que les accords de transfert de matériel se rapprochent davantage dans leur nature des contrats de licence ou de prêts qu'à des contrats de vente<sup>677</sup>. Ils sont tout aussi proches du contrat aléatoire de vente de choses futures<sup>678</sup>, mais ils n'en sont pas véritablement, pour deux raisons : non seulement l'utilisateur de la ressource ne partage les avantages que s'il en résulte de sa recherche-développement, mais encore il n'y a pas de transfert de propriété à son profit, les ressources étant seulement mises à sa disposition.

Or, que faire en face d'un contrat *sui generis* ? Il s'agit d'une énigme encore irrésolue en droit spécialisé des contrats, ou du moins d'une situation qui appelle à l'application de règles bien définies. De sorte que si, dans la pratique, les contrats de bioprospection en venaient à revêtir la nature de contrat *sui generis*, il faut véritablement s'inquiéter de la sanction des droits de la partie la plus diligente de la transaction. En l'espèce, les CAL, qui apparaissent comme la partie économiquement la plus faible dans les transactions sur l'APA, sont certainement celles qui subiront les effets d'une éventuelle iniquité.

Nommer, ou d'un point de vue étymologique, qualifier le contrat de bioprospection d'un nom de contrats déjà existants, représente ainsi l'un, sinon l'exercice le plus difficile qui découlera de la mise en œuvre du Protocole de Nagoya.

---

<sup>676</sup> Bellivier et Noiville, *supra* note 670 à la p 205.

<sup>677</sup> UNCTAD, *supra* note 642 à la p 156.

<sup>678</sup> « Le contrat aléatoire de vente de choses futures désigne un contrat dont l'objet est non pas la vente, mais la chance de vendre. À l'occasion de celui-ci, l'acheteur devra payer en toute circonstance le prix convenu lors du contrat. L'exemple classique de ce contrat est la vente d'un coup de filet : même si le pêcheur ne prend pas de poissons, le contrat est valable, et l'acheteur doit payer le prix stipulé ». V. Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, *Les contrats spéciaux*, 5e éd, Paris, Defrénois, 2011, aux pp 134-135.

## 2.4 Le réinvestissement des avantages dans la conservation de la diversité biologique

La discussion sur la mise en œuvre du Protocole de Nagoya, que ce soit du point de vue des fournisseurs des ressources génétiques et/ou des savoirs traditionnels associés que de celui des utilisateurs, reste dominée par la question du partage des avantages. Alors que les premiers tendent à vouloir, à la lumière des expériences passées – et peut-être à bon escient – mettre en place des législations qui les assurent de ne pas être les perdants de la transaction, les utilisateurs voient dans la mise en œuvre de cet instrument juridique des coûts additionnels à leur business<sup>679</sup>.

Dans ce contexte, l'une des missions des juristes élaborant les nouvelles lois sur l'APA, sous l'égide du Protocole de Nagoya, serait de revenir à l'essentiel. De quoi s'agit-il ?

L'introduction du Protocole de Nagoya mentionne qu' :

En encourageant l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées à celles-ci, et en consolidant les occasions de partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, le Protocole contribuera à stimuler la conservation de la diversité biologique, l'utilisation de ses éléments constitutifs, et à accroître la contribution de la diversité biologique au développement durable et au bien-être humain<sup>680</sup>.

De plus, son préambule insiste sur le fait qu'un tel partage des avantages avec les « gardiens de la diversité biologique sont d'importantes mesures d'incitation disponibles pour la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments constitutifs<sup>681</sup>.

Aussi, est-il cohérent d'avancer que le but de tout dispositif sur l'APA devrait être de garantir la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité. Cependant, la réalité semble décalée par

---

<sup>679</sup> Evanson Chege Kamau, Bevis Fedder et Gerd Winter, « The Nagoya Protocol on access to genetic resources and benefit sharing: what is new and what are the implications for provider and user countries and the scientific community? » (2010) 6:3 Law & Development Journal (LEAD) 248–263 à la p 248; Balakrishna Pisupati et Sanjay K Bavikatte, « Access and Benefit Sharing as an Innovative Financing Mechanism » (2014) 16:2 Perspectives 53–70 à la p 59. V. aussi Tvedt, Walloe Morten et Tomme Young. *Au-delà de l'accès : l'application du partage juste et équitable des avantages en vertu de la CDB*, UICN, 2009.

<sup>680</sup> Introduction du Protocole de Nagoya, à la p 1.

<sup>681</sup> *Ibid.* à la p 2.

rapport à cette rhétorique du Protocole de Nagoya, elle-même inspirée de celle de la CDB. C'est du moins le résultat des enquêtes de Jean-Frédéric Morin, qui soutient que :

[...] les avantages monétaires et technologiques qui sont partagés ne sont que rarement investis dans la conservation de la biodiversité. Ils sont davantage utilisés pour mousser les relations publiques des utilisateurs et pour mieux intégrer les fournisseurs aux industries biotechnologiques<sup>682</sup>.

Cette conclusion découle de l'analyse d'une dizaine de contrats de bioprospection par l'auteur, où celui-ci s'interrogeait sur le point de savoir si les accords de bioprospection permettaient de dégager des fonds à affecter à la conservation de la biodiversité, s'ils facilitaient le transfert de technologies utiles à cette conservation, et s'ils encourageaient les fournisseurs à conserver leurs ressources dans l'espoir d'en tirer des ressources<sup>683</sup>. Ces questions posées dans un article publié en 2003 sont sans aucun doute pertinentes puisque la mise en œuvre imminente du Protocole de Nagoya les actualise, en ne garantissant pas toutefois qu'elles soient mieux prises en compte. Par ailleurs, l'APA étant désormais encadré juridiquement, il pourrait en découler que la forte demande de ressources génétiques n'entraîne une forte pression sur la viabilité même des écosystèmes où elles existent naturellement. Ainsi que l'affirme Rose Makhubela, une tradithérapeute sud-africaine, dans un reportage de l'ONG Natural Justice sur les protocoles communautaires bioculturels :

Now there is a problem. They [i.e. the large foreign companies] don't conserve this plant because they just don't understand what is going on. I, myself didn't understand why should I plant the marula tree when the marula is there. But later, [...] when I went to school, when I came back, then I realized that this is very important. You get a fruit, you get medication, you get everything, you get oil, you get the creams from one plant. That's why it's important for us to conserve our nature. Because all these plants are going to be finished: because of what? Because of the development<sup>684</sup>.

Cette situation a déjà été rapportée dans l'affaire de l'huile d'argan au Maroc, où Morton et Vess estiment que la « collecte excessive de fruits provenant du sol peut affecter l'étendue de la

---

<sup>682</sup> Jean-Frédéric Morin, « Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la Convention sur la diversité biologique? » (2003) 34 RDUS 307-373 à la p 307.

<sup>683</sup> *Ibid* à la p 314.

<sup>684</sup> « Biocultural Community Protocols: Articulating and Asserting Stewardship » (20 juillet 2012), en ligne : Youtube < <https://www.youtube.com/watch?v=oWx9IVj173A> > consulté le 14 septembre 2015.

germination naturelle. La croissance de l'arganier est lente, mais la durée de vie de l'arbre peut aller jusqu'à 125-150 ans » [notre traduction]<sup>685</sup>.

Les juristes sont ainsi invités à user de tous les moyens possibles pour résister aux charmes de l'or vert – les ressources génétiques et savoirs traditionnels associés – pour concentrer leur énergie sur la conception de lois promouvant des transactions sur l'APA plus favorables à la conservation de la biodiversité.

### **III. Les défis de la justice de reconnaissance**

L'indubitable mérite du Protocole de Nagoya est d'avoir assuré à travers ses dispositions, une reconnaissance de la contribution des PACL à la production de nouveaux biens alimentaires, cosmétiques et pharmaceutiques. Cette reconnaissance s'exprime dans le droit dont ils disposent de bénéficier d'une partie des avantages qui découleraient de l'exploitation de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. On pourrait donc convenir avec Axel Honneth que la portée théorique d'une telle reconnaissance est de permettre aux CAL d'acquérir le respect d'eux-mêmes, car dit-il, « [se] considérer comme détenteur de droits, c'est développer un sentiment de fierté légitime, c'est avoir ce minimum de respect pour soi-même sans lequel on ne serait pas digne de l'amour et de l'estime d'autrui ». Par ailleurs, ainsi que nous l'avons démontré dans notre cadre théorique, il y a une forte relation conceptuelle entre la reconnaissance et la justice de sorte que l'on peut considérer que l'effet épistémique du Protocole de Nagoya est d'ouvrir une ère nouvelle où les CAL peuvent espérer le juste et l'équitable, dans leurs rapports avec ceux qui s'intéressent à leur capital informationnel sur les vertus des plantes et/ou des animaux.

Il faut, au-delà de ces bonnes intentions manifestées par le Protocole de Nagoya, s'interroger davantage sur l'étendue de cette justice fondée sur la reconnaissance comme valeur éthique dont les CAL sont les récipiendaires. Pour ce faire, les développements qui suivent s'intéressent à l'effet

---

<sup>685</sup> Julia F Morton et Gilbert L Voss, « The argan tree (*Argania sideroxylon*, Sapotaceae), a desert source of edible oil » (1987) 41:2 *Economic Botany* 221–233 à la p 221; cités par Daniel F Robinson, *Biodiversity, Access and Benefit-sharing: Global Case Studies*, Routledge, 2014 aux pp 125-126. : « the over-collection of fruit from the ground can affect the extent of natural germination. Argan tree growth is slow, but the tree can be extremely long-lived to 125-150 years ».

rhétorique du Protocole de Nagoya (3.1) et à la signification même de l'idée du partage des avantages pour la protection des connaissances traditionnelles (3.2).

### 3.1 L'effet rhétorique du Protocole de Nagoya

Dans un article intitulé « *Le droit international face à l'éthique et à la politique de l'environnement : la Convention de Rio 1992 sur la diversité biologique* »<sup>686</sup>, Christopher Stone fait remarquer que :

Les [pays] pauvres furent encouragés à croire que leurs forêts recelaient des réservoirs de ressources génétiques fabuleusement riches, que les firmes des pays riches, en particulier les entreprises pharmaceutiques, armées des dernières techniques et appareils de la biotechnologie, étaient impatientes d'exploiter à leur propre profit. Le moins que les pauvres puissent espérer de la CDB c'était de leur assurer une part de cette manne prétendument imminente<sup>687</sup> [nos italiques].

En se fondant sur le sens et la portée d'une telle affirmation, il est possible de se demander si la Convention sur la diversité biologique, et subséquemment le Protocole de Nagoya, ne sont pas fondés sur une pure fiction<sup>688</sup> ? À ce titre, il est assez intéressant de remarquer que la rhétorique internationale sur les avantages de la bioprospection se construit autour d'une série d'arguments redondants.

D'abord, il est affirmé que les pays du Sud, notamment les pays africains, disposent d'une riche diversité biologique. Ce propos est à l'origine d'une certaine conception des acteurs de l'APA, elle-même retenue par les États parties à la CDB et au Protocole de Nagoya. C'est ainsi qu'on distingue d'une part les pays fournisseurs de ressources génétiques qui sont en général des pays en voie de développement et d'autre part les utilisateurs de ressources génétiques, que l'on suppose être dans les pays développés<sup>689</sup>. D'ailleurs, l'influence des pays méga-divers de même esprit dans le cadre des négociations multilatérales à la CDB, à l'Organisation mondiale de la propriété

---

<sup>686</sup> Christopher D Stone, « La convention de Rio de 1992 sur la diversité biologique » [1996] *Le droit international face à l'éthique et à la politique de l'environnement*, Genève, Georg 119–133 à la p 122.

<sup>687</sup> *Ibid.*, à la p 121.

<sup>688</sup> L'hypothèse la plus plausible en l'espèce est que les États des pays développés ont soutenu ceux des pays en développement dans une stratégie plus large consistant à les faire adhérer à leurs standards en matière de propriété intellectuelle.

<sup>689</sup> V. *supra* à la p 1.

intellectuelle et à l'Organisation mondiale du commerce<sup>690</sup> l'exprime assez bien, et a contribué à renforcer cette dichotomie. Or, dans la pratique, la situation apparaît plus nuancée puisque des pays comme le Canada<sup>691</sup> ou des régions comme les Territoires d'Outre-Mer français se trouvent incontestablement riches en biodiversité. La conséquence est que l'argument selon lequel le Protocole de Nagoya vise l'équité dans l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en résultent entre le Nord et le Sud pourrait être invalidé dans la mesure où les pays du Nord trouveraient des raisons suffisantes d'organiser l'accès aux ressources génétiques de leur territoire. En effet, dans cette mesure, il y a fort à parier que les utilisateurs de ressources génétiques s'en tiendraient à celles-là, surtout si elles leur permettent de produire des biens pour lesquels ils ont déjà des parts de marché. L'épidémie récente d'Ébola a mis en exergue le fait que les industries pharmaceutiques – pour ne retenir que celles-ci – sont plus enclines à investir dans des produits pour lesquels leurs clients sont capables et prêts à payer le surcoût induit par l'existence d'un droit de propriété intellectuel tel qu'un brevet<sup>692</sup>.

Ensuite, la bioprospection apparaît comme la nouvelle « panacée » pour régler le problème de l'approvisionnement des ressources naturelles qui sont à la base de la conception de nouveaux produits alimentaires, cosmétiques et pharmaceutiques appréciés sur le marché. Or, en pratique, on rencontre un nombre « étonnamment faible de projets que l'on retrouve sans cesse cités, comme s'ils revêtaient un quelconque caractère de généralité »<sup>693</sup>. Certes, des clauses de confidentialité justifient largement que l'accès aux contrats de bioprospection soit rendu difficile, mais les raisons d'une telle situation doivent être recherchées ailleurs. Valérie Boisvert a ainsi présenté plusieurs éléments permettant de soutenir l'avis selon lequel la bioprospection serait un mythe construit de toute pièce. Elle évoque ainsi les techniques de criblage à haut débit, permettant le traitement rapide et à grande échelle d'un grand nombre d'échantillons d'origine animale ou végétale, dont le coût élevé et l'usage généralisé justifient que les industriels se retournent vers des collections *ex situ* plutôt que d'accéder aux ressources génétiques *in situ*<sup>694</sup>. Par ailleurs, elle évoque les études

---

<sup>690</sup> Obertan, *supra* note 460 à la p 410. Sont parties au pays mégadivers du même esprit, l'Afrique du Sud, la Bolivie, le Brésil, la Chine, la Colombie, le Costa Rica, la République démocratique du Congo, l'Équateur, l'Inde, l'Indonésie, le Kenya, Madagascar, la Malaisie, le Mexique, le Pérou, les Philippines et le Venezuela.

<sup>691</sup> Pour plus de détails, V. Chidi Oguamanam, « Canada: Time to Take Access and Benefit Sharing Over Genetic Resources Seriously » [2010], en ligne : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2283254](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2283254) > (consulté le 22 mai 2015).

<sup>692</sup> Boisvert, *supra* note 668 à la p 134.

<sup>693</sup> *Ibid* à la p 126.

<sup>694</sup> *Ibid* à la p 133.

croissantes sur la biodiversité marine, en tant que source plus intéressante d'inputs utiles à l'industrie plutôt que la biodiversité végétale ou animale, et l'existence de base de données qui fournissent de précieuses informations sur les connaissances traditionnelles – en les mettant par le même effet dans le domaine public – réduisant ainsi le besoin de se rapporter à leurs détenteurs. Elle recommande ainsi que « Les espoirs nourris par certains pays de tirer des rentes des ressources endémiques [soient] tempérés »<sup>695</sup>. Il est donc nécessaire que face aux « déconvenues » qu'une telle surenchère peut engendrer, les juristes « s'agacent » – ne serait-ce que par prudence – du flot d'expressions favorables qui entoure le domaine de la bioprospection, qu'ils suspectent la plausibilité des avantages mirobolants qui sont censés résulter de l'exploitation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés, et qu'ils se délivrent en définitive d'une rhétorique qui peut noyer dans des chimères.

Cette question, qui ressortit davantage d'une analyse de science politique, ne peut laisser le juriste indifférent. En effet, le 20 mai 2015, le Brésil a adopté une nouvelle *Loi n°13, 123/15 sur la biodiversité*, qui introduit de nouvelles dispositions sur les conditions d'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages qui en résulteront. De l'avis de la présidente Dilma Rousseff qui l'a promulguée, cette nouvelle loi assure aux entreprises qu'elles peuvent « sans conflits, difficultés ou litiges utiliser le patrimoine génétique et les connaissances traditionnelles au Brésil »<sup>696</sup>. Or, à peine publiée, cette loi a essuyé de nombreuses critiques au nombre desquelles figure son incapacité à défendre efficacement les droits et intérêts des peuples autochtones<sup>697</sup>, du reste, peu représentés, et le fait qu'elle est essentiellement basée sur des résultats de plus de 300 enquêtes réalisées avec les industriels<sup>698</sup>. C'est donc à juste titre qu'il faut se demander si les juristes brésiliens ayant élaboré cette loi sont suffisamment conscients de la connotation « mythique » qui entoure la bioprospection ? Leur loi, telle que conçue, servira-t-elle effectivement les besoins du Brésil et de ses communautés ?

---

<sup>695</sup> *Ibid.*

<sup>696</sup> V. dans ce sens « Brazil's New Biodiversity Law » (20 juillet 2015), en ligne : National Law Review <<http://www.natlawreview.com/article/brazil-s-new-biodiversity-law>>.

<sup>697</sup> *Ibid.*

<sup>698</sup> « New Biodiversity Law receives mixed reviews in Brazil » (20 juillet 2015), en ligne : The Rio Times <<http://riotimesonline.com/brazil-news/rio-politics/new-biodiversity-law-fosters-praises-and-criticism-in-brazil/>>.

Enfin, une autre image qui nourrit le « mythe de l'or vert » est celle qui présente l'utilité fonctionnelle des connaissances traditionnelles des communautés autochtones ou locales dans le fonctionnement de la conservation de la diversité biologique : celles-ci sont révérees également comme « panacée ». La science occidentale rencontrant ses limites, l'on (re)découvre les vertus de ces savoirs antiques, renvoyant aux choses simples de la vie, à cet espace social où l'humain ne se croit encore ni D miurge ni Prométhée, et où ce qu'il sait lui est inspiré par un environnement non plus seulement perçu, mais aussi vécu. Et dans une sorte de parallélisme avec le courant « swag »<sup>699</sup>, les savoirs traditionnels sont « ressuscités », au point de devenir un nouveau paradigme à la manière kuhnienne<sup>700</sup>. De fait, ces savoirs sont de plus en plus invoqués dans tous les débats sur la réalisation du développement durable et la protection de l'environnement, notamment dans la lutte contre les changements climatiques où ils ont été si *désirés* dans l'accord censé intervenir sur cette question à Paris en 2015<sup>701</sup>, qu'ils ont fini par être mentionnés à son article à son article 7(5)<sup>702</sup>.

Certes, des études récentes confirment le potentiel des savoirs traditionnels à guider les prospecteurs vers les ressources génétiques qui pourraient leur être utiles<sup>703</sup>. Cependant, les juristes

---

<sup>699</sup> Le « swag » est un courant de mode qui remet à jour des styles vestimentaires d'une autre époque et une attitude décalée, mais fortement appréciée.

<sup>700</sup> Kuhn, *supra* note 31 à la p 10 et suivant. Voir aussi Yentcharé, *supra* note à la p 33.

<sup>701</sup> Annalisa Savaresi, « Traditional knowledge in the new climate agreement » (22 mai 2015), en ligne : BENELEX <<http://www.benelexblog.law.ed.ac.uk/2015/04/07/traditional-knowledge-in-the-new-climate-agreement/>>.

<sup>702</sup> Cette disposition pose en effet que : « Les Parties reconnaissent que l'action pour l'adaptation devrait suivre une démarche impulsée par les pays, sensible à l'égalité des sexes, participative et totalement transparente, prenant en considération les groupes, les communautés et les écosystèmes vulnérables, et devrait tenir compte et s'inspirer des meilleures données scientifiques disponibles et, selon qu'il convient, *des connaissances traditionnelles, du savoir des peuples autochtones et des systèmes de connaissances locaux*, en vue d'intégrer l'adaptation dans les politiques et les mesures socioéconomiques et environnementales pertinentes, s'il y a lieu » [Nos italiques]. Voir article 7(5) de l'Accord de Paris, FCCC/CP/2015/L.9/Rev.1, 12 décembre 2015. Ceci témoigne par ailleurs que le droit international est véritablement une construction sociale.

<sup>703</sup> Nwodo Jn et al, « Exploring cancer therapeutics with natural products from African medicinal plants, part II: alkaloids, terpenoids and flavonoids. » [2015] *Anticancer Agents Med Chem*, en ligne : Anti-cancer agents in medicinal chemistry <<http://europepmc.org/abstract/med/25991425>> (consulté le 3 juillet 2015); Markku Hokkanen, « Imperial Networks, Colonial Bioprospecting and Burroughs Wellcome & Co.: The Case of *Strophanthus Kombe* from Malawi (1859–1915) » (2012) 25:3 *Soc Hist Med* 589-607, DOI : 10.1093/shm/hkr167; Fidele Ntie-Kang, Justina Ngozi Nwodo et al, « Molecular Modeling of Potential Anticancer Agents from African Medicinal Plants » (2014) 54:9 *J Chem Inf Model* 2433-2450, DOI : 10.1021/ci5003697; Daiany Alves Ribeiro et al, « Promising medicinal plants for bioprospection in a Cerrado area of Chapada do Araripe, Northeastern Brazil » (2014) 155:3 *Journal of Ethnopharmacology* 1522-1533, DOI : 10.1016/j.jep.2014.07.042; Fidele Ntie-Kang, Lydia L Lifongo et al, « The uniqueness and therapeutic value of natural products from West African medicinal plants, part II: terpenoids, geographical distribution and drug discovery » (2014) 4:67 *RSC Adv* 35348-35370, DOI : 10.1039/C4RA04543B; Fidele Ntie-Kang, Lydia L Lifongo et al, « The uniqueness and therapeutic value of natural products from West African medicinal plants. Part I: uniqueness and chemotaxonomy » (2014) 4:54 *RSC Adv* 28728-28755, DOI : 10.1039/C4RA03038A.

devraient être plus « tempérés », suivant l'excellent conseil de Valérie Boisvert, dans leur travail d'élaboration de lois sur l'APA. En effet, cette tendance à présenter les connaissances traditionnelles comme « la » nouvelle solution à la conservation de la diversité biologique et pour la lutte contre les changements climatiques feint d'ignorer la réalité, pourtant certaine, selon laquelle toutes les pratiques traditionnelles des peuples autochtones ou communautés locales ne sont pas utiles pour la conservation de la diversité biologique<sup>704</sup>. Il y a donc lieu de craindre que cette tendance obscurcisse le jugement du juriste élaborant ces lois sur l'APA, pris dans l'espérance exagérée que dénonce Christopher Stone.

### **3.2 De la signification du principe du partage juste et équitable des avantages pour la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques**

Pour une véritable reconnaissance des droits des CAL, il est nécessaire de s'interroger sur le principe même du partage des fruits de l'innovation, en se demandant s'il résout pour autant la question fondamentale de la protection juridique de leurs savoirs traditionnels.

Une métaphore, relative au phénomène d'« éclipse solaire » permet de mieux comprendre cette problématique. Supposons que les droits de propriété intellectuelle des CAL sur leurs savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques représentent le « soleil »<sup>705</sup>. Quant à la « lune », elle est représentée par le « partage juste et équitable des avantages avec les CAL du fait de l'utilisation de leurs savoirs traditionnels ». Étant donné que la Convention sur la diversité biologique et le Protocole de Nagoya traitent de façon minimale<sup>706</sup> les questions de propriété intellectuelle, il existe un risque que les lois sur l'APA, produisent un effet d'éclipse solaire. À ce moment magique – celui de l'adoption des lois sur l'APA –, la nature révélera sa beauté. Dans son pagne coloré, elle convaincra de la réalisation de la justice environnementale, puisqu'à l'image de la lune qui fait « un » avec le soleil, on pourra considérer que les droits des CAL sur leurs savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques sont reconnus. Leur rétribution à

---

<sup>704</sup> « Gordon demonstrates that indigenous knowledges had deleterious ecological consequences » V. dans ce sens David M. Gordon et Shepard Krech III David M Gordon et Shepard Krech III, *supra* note 599 à la p 12, citant David M Gordon, *Nachituti's gift: Economy, society, and environment in Central Africa*, Univ of Wisconsin Press, 2006 aux pp 141-169.

<sup>705</sup> La référence à cette étoile galactique est liée au fait que les savoirs traditionnels envisagés sont reconnus comme inspirant le développement de nouveaux produits alimentaires, cosmétologiques et pharmaceutiques.

<sup>706</sup> UNCTAD, *supra* note 642 à la p 4.

travers les différents accords de bioprospection est de fait une reconnaissance à la fois symbolique et matérielle de l'utilité de leurs connaissances ancestrales.

Mais une éclipse solaire est courte. Elle ne dure qu'un instant...quelques minutes, et les premiers rayons de soleil qui se déploieront vers la terre dégageront des rayons ultra-violets qui pourront aveugler à jamais les imprudents qui s'attarderont trop longtemps sur le spectacle. Il ne faut donc pas oublier que la lune n'est que passagère, soumise à la rigueur d'un sablier qui la presse de continuer sa ronde terrestre, et que si l'on n'y prend garde, on sera pris par la cécité qui arrive sournoisement. Il vaudrait donc mieux regarder le soleil tel qu'il est, s'accommoder de sa clarté, peut-être éblouissante, mais qui éclaire nos jours. Il faut donc penser à une modification des différentes lois nationales sur la propriété intellectuelle, et peut-être réfléchir à l'élaboration de systèmes de protection plus adaptés à la spécificité de ces connaissances traditionnelles si cela s'avère pertinent.

À travers cette métaphore, il s'agit simplement d'expliquer que la réalité du partage juste et équitable des avantages pourrait entraîner de nombreuses déconvenues. D'une part, et d'un point de vue épistémologique, il suggère d'une manière ou d'une autre la légitimation d'une certaine arrogance ethnocentrique du juriste positiviste, qui présente le partage des avantages comme un « salaire » que les « scientifiques modernes » paient aux peuples autochtones et aux communautés locales, pour avoir développé un savoir dit « traditionnel », qu'ils ont reconnu et validé à partir de leurs propres schèmes de fonctionnement. D'autre part, et d'un point de vue pratique, il interroge les capacités d'innovation du juriste contemporain, en l'invitant à faire de l'APA un tremplin vers la construction d'un système harmonisé de propriété intellectuelle, qui fait place à ces savoirs étrange(r)s et qui exprime le pas décisif qu'il est demandé à notre humanité de réaliser : le respect de l'Autre, comme un autre soi-même, dans sa manière de construire ce qu'il sait de son environnement naturel, dans la façon dont il voudrait que ce savoir soit considéré et reconnu de façon authentique.

Les manifestations de cette reconnaissance peuvent être plurielles : dans la société internationale, l'option a été davantage de l'orienter vers le développement de projets de lois *sui generis*. Malgré tout l'intérêt de cette approche, il n'est pas certain que ce soit la voie la plus efficace, ou du moins la seule voie susceptible d'assurer la liberté de choisir la vie que l'on valorise le mieux, dans la

perspective d'A. Sen. Ainsi les défis de la mise en œuvre de l'article 5(5) ci-dessus exposés s'avèrent particulièrement complexes.

Les utilisateurs de ressources génétiques et/ou de savoirs traditionnels et leurs fournisseurs semblent avoir pris la mesure d'une telle difficulté. Aussi, depuis l'adoption du Protocole de Nagoya en 2010, certains d'entre eux se sont lancés dans la formulation de normes sur l'APA par lesquelles ils démontrent leur volonté de partager de façon juste et équitable les fruits de l'innovation. Spécifiquement, il s'agit souvent de codes éthiques adoptés par des centres de recherche ou des entreprises du secteur de la bio-industrie<sup>707</sup>. La section suivante propose une analyse du développement de ces lois « molles » (Section 2).

## **Section II : APA et Soft Law : quelle contribution à la justice environnementale ?**

Après avoir explicité brièvement le processus de construction sociale de quelques instruments de Soft Law (I), nous en montrerons les effets sur l'idée de reconnaissance et sur l'objectif de justice environnementale que vise le Protocole de Nagoya (II).

### **I. Les instruments de Soft Law relatifs à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya : un indice de socialisation des acteurs du champ de la protection de la diversité biologique**

L'expression « Soft Law » (ou droit mou en français) désigne des règles dont la valeur normative est diminuée par rapport à des règles de « Hard Law » (ou droit dur en français). Dans les termes du doyen Carbonnier, par *Soft Law* il convient « d'entendre, non pas le vide absolu de droit, mais une baisse plus ou moins considérable de la pression juridique »<sup>708</sup> que cette régulation exerce sur ses destinataires.

Avant l'adoption du Protocole de Nagoya en 2010, plusieurs acteurs s'étaient donné les moyens de la mise en œuvre des termes de la CDB, en attendant le développement de législations nationales

---

<sup>707</sup> L'on peut citer à titre d'exemple les standards en matière d'APA de l'*Union for Ethical Biotrade* (Genève, 2007), ou le code éthique du Centre de Recherches Insulaires et Observatoire de l'environnement (CRIOBE, Polynésie française, 2014).

<sup>708</sup> Jean Carbonnier, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 10<sup>e</sup> éd., 2001 à la p 26.

y afférentes. Aussi, dès 1996, les États membres de la Communauté andine (à savoir la Bolivie, la Colombie, l'Équateur, le Pérou et le Venezuela) avaient adopté une *Décision 391* qui reconnaissait aux PACL le droit de décider ce qu'il adviendrait de leurs savoir-faire, innovations et pratiques traditionnelles associées aux ressources génétiques et à leurs sous-produits<sup>709</sup>. D'autres organisations d'envergure régionale ou continentale se sont également investies dans cette production de normes devant soutenir la mise en œuvre des dispositions de la CDB. Il en est ainsi de l'ancienne Organisation de l'Union Africaine (OUA), qui avait élaboré en 2000 une *Loi modèle africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs et pour les règles d'accès aux ressources biologiques*<sup>710</sup>. La dénomination de cette législation sous le vocable de « loi modèle » renseigne d'emblée vers la force normative de son contenu : il ne s'agit pas d'une « une méga-loi »<sup>711</sup>, de portée supranationale qui vise à s'appliquer sur le territoire des États africains. Il s'agit simplement d'un ensemble de « principes qui pourraient être appliqués dans la formulation de législations relatives à l'accès et le partage des avantages, de législations sui generis sur la protection des obtentions végétales, de lois sur la protection des connaissances traditionnelles et des droits des communautés locales, notamment des agriculteurs »<sup>712</sup>. Les États membres de l'*African Regional Intellectual Property Organisation* (ARIPO) ont également élaboré en Août 2010, un texte intitulé *The ARIPO Swakopmund Protocol on protection of traditional knowledge and expressions of folklore*, devant permettre aux États membres de l'ARIPO de protéger spécifiquement les connaissances traditionnelles, à l'exclusion des ressources génétiques qui y sont associées<sup>713</sup>.

---

<sup>709</sup> Article 7 de l' *ARIPO Swakopmund Protocol on protection of traditional knowledge and expressions of folklore* : « The Member Countries, in keeping with this Decision and their complementary national legislation, recognize and value the rights and the authority of the native, Afro-American and local communities to decide about their Know-How, innovations and traditional practices associated with genetic resources and their by-products ».

<sup>710</sup> *African model legislation for the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of access to biological resources*, Algérie, 2000, (5 octobre 2017), en ligne: Organisation africaine de la propriété intellectuelle, [http://www.oapi.wipo.net/wipolex/fr/text.jsp?file\\_id=252153](http://www.oapi.wipo.net/wipolex/fr/text.jsp?file_id=252153).

<sup>711</sup> Johnson A. Ekpéré, « Loi-Modèle de l'OUA pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques » (5 octobre 2017), en ligne : ICTSD, [http://www.ictsd.org/downloads/2008/06/dakar\\_chapter11.pdf](http://www.ictsd.org/downloads/2008/06/dakar_chapter11.pdf).

<sup>712</sup> *Ibid.*

<sup>713</sup> « Regional laws on traditional knowledge and access to genetic resources » (5 octobre 2017), en ligne Biocultural Heritage – International Institute for Environment and Development: < <https://biocultural.iied.org/regional-laws-traditional-knowledge-and-access-genetic-resources> >.

Cependant, des acteurs non-étatiques, notamment des entreprises engagées dans des activités de bioprospection ont également développé des normes et standards devant garantir une approche éthique dans la recherche et la collecte des éléments de la biodiversité<sup>714</sup>. C'est le cas de l'*Union for Ethical BioTrade* (UEBT), une association à but non-lucratif, créée en 2007 et qui a organisé d'ailleurs plusieurs activités relatives à l'APA à l'intention de ses membres<sup>715</sup>.

Notre analyse portera sur le *Guide japonais sur l'accès aux ressources génétiques à l'intention des utilisateurs* (ci-après le Guide japonais) et les *Lignes directrices pratiques de l'Union Africaine pour la mise en œuvre coordonnée du Protocole de Nagoya en Afrique* (ci-après Lignes directrices pratiques de l'UA), tous les deux élaborés après l'adoption du Protocole de Nagoya. Il convient de souligner ici que le choix de ces outils ne tend ni à soutenir que ce sont les seuls instruments de *Soft Law* relatifs à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya existants, pas plus qu'ils en seraient des échantillons représentatifs. Un tel choix a donc seulement une valeur illustrative.

Ces deux instruments renvoient à la représentation usuelle selon laquelle les États du Sud seraient riches en biodiversité, alors que ceux du Nord seraient riches en biotechnologie<sup>716</sup>. D'une part, le Guide japonais est simplement symbolique du pays où le Protocole de Nagoya a été adopté. De plus, nous faisons l'hypothèse que le fait que l'office japonais des brevets soit considéré comme l'un des plus importants au monde laisse présumer qu'un intérêt stratégique peut avoir motivé sa production. D'autre part, les *Lignes directrices pratiques de l'UA* paraissent intéressantes dans la mesure où les États africains considèrent leurs territoires comme étant une importante niche de la diversité biologique et culturelle. Par ailleurs, les nombreux cas de biopiraterie dénoncés sur le continent renforcent cet intérêt dans la mesure où la production de ces lignes directrices viendrait soutenir l'effort d'injustice que le Protocole de Nagoya veut résoudre par son article 5(5).

Durant les négociations menant à l'adoption de la Convention sur la diversité biologique, des projets de coopération en matière de recherche impliquant la biodiversité et la biotechnologie entre

---

<sup>714</sup> « About the Union » (5 octobre 2017), en ligne : Union for Ethical BioTrade, < <http://ethicalbiotrade.org/about-the-union/> >.

<sup>715</sup> *Ibid.*

<sup>716</sup> Nous rappelons néanmoins qu'une telle acception est largement simplifiée. Pour preuve, les Lignes directrices pratiques de l'UA précisent d'ailleurs dès la première page du document que « alors même que les Lignes directrices de l'UA précisent que « La capacité scientifique et technologique croissante en Afrique commence à transformer les [ressources génétiques] et les [connaissances traditionnelles associées] en nouveaux produits biotechnologiques et de bio-commerce, créant de nouvelles opportunités de revenus pour les CAL dans le processus ».

le Japon et la Thaïlande, l'Indonésie et la Malaisie<sup>717</sup> avaient été élaborés. Ces projets avaient pour but de parvenir à une compréhension partagée de la signification de la CDB pour ces pays à l'occasion du déploiement de leurs propres efforts de formation de compétences scientifiques pour la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité<sup>718</sup>.

Or, à cette époque, l'APA n'était ni un objectif spécifique ni un objectif immédiat que poursuivaient les "Projects on Conservation and Sustainable Use of Tropical Biological Diversity"<sup>719</sup>, qui liaient en fait ces États de l'Asie. Néanmoins, ce projet coopératif va servir de plateforme pour renforcer les infrastructures nationales de mise en œuvre des dispositions relatives à l'APA. Ainsi, la *Japan Bioindustry Association* (JBA, en français l'Association japonaise de bio-industrie), habilitée officiellement par le ministère du commerce international et de l'industrie<sup>720</sup> va-t-elle prendre part aux réunions et activités de la Conférence des Parties à la CDB, en soutien au gouvernement japonais.

Avec l'établissement du *Research Institute of Biological Resources (RIBR)* en 1997, la question de l'APA sera officiellement mise sur l'agenda normatif japonais. Au sein de ce centre de recherche, un comité pour la biodiversité sera établi, avec deux missions. La première était d'aborder les problèmes liés à l'APA tandis que l'autre consistait à aborder les problèmes liés aux collections biologiques *ex situ*, en particulier les « collections de cultures microbiennes et les bases de données associées » dans le contexte de la CDB, pour soutenir la microbiologie dans les applications dans lesquelles le Japon avait des forces de classe mondiale<sup>721</sup>.

Aussi, la première version<sup>722</sup> du Guide que nous proposons d'analyser ici sera-t-elle élaborée en 1999, comme résultats de la première mission assignée au *RIBR*. Dès lors, était constituée une plateforme pour les activités relatives à l'APA au Japon. Cependant, à partir des années 2002, les *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable*

---

<sup>717</sup> Seizo Sumida, « Experience with ABS Implementation-Guidelines for Users » (2014) 44:4 Environmental Policy and Law 380 à la p 380.

<sup>718</sup> Fujio Ishikawa, « Biodiversity, biotechnology and research cooperation for sustainable development » [2000] Asia Pacific Tech Monitor Nov-Dec, at 31–36; Sumida, *supra* note 717 à la p 380.

<sup>719</sup> Sumida, *supra* note 717 à la p 380.

<sup>720</sup> À travers la *New Energy and Industrial Technology Development Organization*, et qui administrait les projets de conservation et d'utilisation durable de la biodiversité

<sup>721</sup> Sumida, *supra* note 717 à la p 380.

<sup>722</sup> V. JBA Research Institute of Biological Resources. *Guidebook on Access to Genetic Resources '99*. Tokyo: Japan Bioindustry Association, 1999.

*des avantages résultant de leur utilisation* seront adoptées dans le contexte de la CDB<sup>723</sup>. De façon naturelle, il revenait à l'Association japonaise de bio-industrie de vulgariser les principes contenus dans les lignes directrices de Bonn<sup>724</sup>, tâche qui fût accomplie à travers l'organisation de plusieurs ateliers de formation. Or, très tôt, le caractère peu pratique de ces dispositions a été relevé par les destinataires des ateliers de formation sur l'APA. Ainsi que l'affirme Seizo Sumida, coordonnateur du développement du guide japonais pour le compte du JBA :

la difficulté majeure pour eux était que les lois ou les exigences réglementaires régissant l'APA ne semblaient pas être en place dans la plupart des pays fournisseurs. Le manque d'informations fiables sur les procédures légales pour l'APA a été un sérieux obstacle à la mise en pratique des principes des lignes directrices de Bonn. La recommandation unique de la JBA de ne fournir que des « principes de l'APA » sans fournir une solution praticable aux utilisateurs semblait non seulement insuffisante, mais aussi irresponsable, car cela découragerait involontairement la coopération internationale en matière de recherche impliquant des ressources génétiques. Or, ceci nuirait au développement sain de la science et technologie à long terme [notre traduction]<sup>725</sup>.

En 2005, l'Association japonaise et son ministère de tutelle, en collaboration avec des experts du secteur académique et des industriels ont conjugué leurs efforts dans le but de concevoir un guide adapté à la situation des utilisateurs de ressources génétiques. Ce nouveau guide devait être conforme aux dispositions de la CDB et aux *Lignes directrices de Bonn*. Par ailleurs, ils ont également développé des outils complémentaires, tels que l'organisation de séminaires de sensibilisation sur l'accès aux ressources génétiques, la conception d'un site internet spécialisé sur l'APA, la création d'un bureau d'information spécialisé sur les questions de l'APA, l'organisation de réunions avec des autorités compétentes ou d'autres experts provenant de pays fournisseurs, et d'autres activités à caractère plus international (symposiums, ateliers, ...) <sup>726</sup>.

L'adoption du Protocole de Nagoya le 29 octobre 2010 a donc entraîné la mise à jour du Guide japonais de 2005, en Avril 2012. Le *Guidelines on Access to Genetic Resources For Users in Japan* de 2012 constitue ainsi, dans la période transitoire à l'adoption de législations japonaises sur l'APA, l'instrument applicable dans ce champ du droit.

---

<sup>723</sup> *Convention sur la diversité biologique* (CBD), Conférence des Parties (CdP), Décision VI/24 A (2002).

<sup>724</sup> Sumida, *supra* note 717 à la p 381.

<sup>725</sup> *Ibid.*

<sup>726</sup> Sumida, *supra* note 717 à la p 381 et 382.

En Afrique, l'adoption du Protocole de Nagoya a créé une opportunité pour les États membres de l'Union africaine d'imaginer un cadre favorisant la mise en œuvre coordonnée des dispositions prévues par ce traité international. Il s'est agi pour eux non seulement d'adopter une posture témoignant de l'unité du continent face à la « menace » de la biopiraterie, mais aussi de réhabiliter l'ancien projet de la *Loi modèle africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs et pour les règles d'accès aux ressources biologiques*.

Cette loi modèle avait été adoptée en 2000 dans la perspective d'inspirer la rédaction des lois sur l'accès et le partage des avantages (APA) des pays africains membres de l'Union africaine, en vue d'assurer une meilleure équité pour les agriculteurs africains et les communautés locales relativement à leurs savoirs traditionnels<sup>727</sup>. Dans ce contexte, dès 2011, une analyse des lacunes que présenterait cette loi modèle face aux nouvelles exigences du Protocole de Nagoya – jeune de dix ans par rapport à elle – a été commandée par le Département des ressources humaines, des sciences et de la technologie de la Commission de l'Union Africaine (DRHST-CUA)<sup>728</sup>.

Par la suite, l'idée des Lignes directrices sur l'APA en Afrique a été confiée par la Commission de l'Union Africaine à un groupe d'experts, avec l'appui financier de l'Initiative pour le renforcement des capacités pour l'APA (Initiative APA). Deux documents complémentaires en ont résulté, notamment les *Lignes directrices stratégiques*<sup>729</sup> de l'Union Africaine pour la mise en œuvre coordonnée du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation [nous soulignons] d'une part, et *Les lignes directrices pratiques de l'Union Africaine pour la mise en œuvre coordonnée du Protocole de Nagoya en Afrique*<sup>730</sup> de l'autre. Elles ont été adoptées par l'Assemblée de l'UA à sa XXVème Session Ordinaire tenue à Johannesburg, Afrique du Sud en 2015. Il convient de préciser brièvement la différence entre ces deux documents.

Les Lignes directrices stratégiques de l'UA fournissent l'orientation politique générale de cette organisation en matière de mise en œuvre coordonnée des dispositions nationales APA, en fournissant des « conseils stratégiques »<sup>731</sup>. Ceux-ci sont relatifs aux procédures APA, à la

---

<sup>727</sup> Lavallée et Yentcharé, *supra* note 149 à la p 45.

<sup>728</sup> *Lignes directrices pratiques*, Union africaine à la p 2.

<sup>729</sup> Ci-après « Lignes directrices stratégiques de l'UA ».

<sup>730</sup> Ci-après « Lignes directrices pratiques de l'UA ».

<sup>731</sup> *Ibid.*

sensibilisation des parties prenantes et au partage d'informations, notamment avec le Centre d'échange institué par le Protocole de Nagoya; à l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées, au partage des avantages en découlant ; à la surveillance de l'utilisation des ressources génétiques grâce l'établissement de certificats de conformité reconnus à l'échelle internationale ; et enfin, au renforcement des capacités et au transfert de technologies. Quant aux Lignes directrices pratiques de l'UA, elles proposent des conseils « étape-par-étape » pour la mise en œuvre du Protocole et pour un système APA au niveau national et régional.

D'un point de vue formel, les Lignes directrices pratiques constituent dans le contexte de l'UA, le pendant de ce que constitue le Guide japonais pour les utilisateurs de la bio-industrie. Il y a donc, dans l'esprit de leurs auteurs, une volonté manifeste d'apporter de la clarté et de la précision là où le caractère général de la CDB et du Protocole de Nagoya renseigne insuffisamment sur des cas pratiques dans lesquels ils pourraient être impliqués. Il ne s'agit pas pour eux de se substituer aux lois nationales gouvernant l'APA, mais simplement de compléter celles-ci, ce qui justifie l'insistance sur leur caractère volontaire<sup>732</sup>.

D'un point de vue théorique, le développement de ces instruments de Soft Law indique que la construction sociale du droit international ayant conduit à l'intégration de l'article 5(5) du Protocole de Nagoya n'est pas réellement achevée : elle s'est déplacée sur un autre terrain, en l'occurrence celui du droit mou. En effet, cette construction dénote d'un phénomène de socialisation par lequel les acteurs (utilisateurs et fournisseurs) intériorisent les normes du Protocole de Nagoya, car l'initiative de s'imposer une régulation privée sur le commerce des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées dispose d'une importante

---

<sup>732</sup> Par exemple, le Guide japonais souligne au point 4 de ses objectifs que ses directives « [...] sont volontaires et ne devraient pas être interprétées comme modifiant les droits et obligations juridiques existants des fournisseurs et des utilisateurs de ressources génétiques ». Voir Guide japonais, à la p 3. Dans le même sens, les Lignes directrices pratiques jouent sur la liberté de choix dont disposent les États dans leur décision de suivre les prescriptions qu'elles édictent : « que « chaque étape décrite dans ces *Lignes directrices* ne sera pas pertinente ou applicable de la même manière dans tous les pays », et que « les pays ne doivent pas nécessairement prendre toutes les étapes dans le même ordre présenté dans ces *Lignes directrices*, tant que les mesures efficaces internes existent, ou sont mises en place, afin de traiter la substance de chaque étape ». Voir les Lignes directrices pratiques de l'UA, à la p 4.

fonction heuristique<sup>733</sup>. De fait, elle familiarise ses destinataires aux exigences nouvelles de la société juste et équitable ouverte par cette convention internationale.

On peut donc dire que l'Association japonaise de bio-industrie et l'Union africaine constituent des communautés de pratiques<sup>734</sup>, c'est-à-dire des espaces où les membres apprennent les uns des autres<sup>735</sup> les comportements les plus éthiquement acceptables et conformes au droit international. Du fait des activités de formation et de sensibilisation sur l'APA qu'elles ont organisées à l'intention des destinataires des instruments de Soft Law sur la mise en œuvre du Protocole de Nagoya, elles sont devenues des sortes de « tribus de survie ». À l'intérieur de celles-ci, se partagent des connaissances pratiques sur les stratégies les plus idoines pour face à la menace biopirate (pour ce qui concerne les fournisseurs africains) ou la menace du risque de réputation subséquent à une accusation de biopiraterie (pour ce qui concerne les utilisateurs japonais). L'efficacité de cet apprentissage collectif est garantie par une série de mécanismes que nous explicitons ci-dessous.

## **II. Les fondements de l'efficacité des normes de Soft Law relatives à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya**

Les acteurs à l'initiative des instruments de Soft Law relative à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya ont pris soin d'articuler les normes qui en découlent autour de mécanismes émotionnels pour en garantir l'efficacité. Le présent paragraphe propose de les mettre en lumière<sup>736</sup>.

*A priori*, un tel exercice peut paraître périlleux, en raison du recours qu'il fait nécessairement au registre de l'éthique, lequel invite lui-même à explorer la place des sentiments ou des émotions dans la production du droit international, même mou. Ceci est particulièrement vrai lorsqu'on considère la nature *aseptisée* par laquelle le droit positif se caractérise parfois. En effet, l'aspiration

---

<sup>733</sup> Agnès Pivot et Nicole Mathieu, « Agnès Pivot : l'écriture, processus heuristique et outil pour le dialogue dans une démarche interdisciplinaire » (2007) 15:4 Natures Sciences Sociétés 411-416 à la p 412.

<sup>734</sup> Brunnée et Toope, *supra* note 52 à la p 45.

<sup>735</sup> Voir plus généralement sur les "communautés de pratique" Etienne Wenger, Richard Arnold McDermott et William Snyder, *Cultivating communities of practice: A guide to managing knowledge*, Harvard Business Press, 2002.

<sup>736</sup> Nous verrons au fur et à mesure de nos développements qu'un tel détour est important pour comprendre la manière dont les instruments de Soft Law relatifs à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya affaiblissent son efficacité, déjà fortement grevée par le caractère très souple des obligations qu'il définit.

de celui-ci à être traité comme une science, ainsi que le recours quasi-systématique au syllogisme juridique comme forme par excellence de raisonnement dans les formations des professionnels du droit le suggère, ont conduit à classer les émotions dans la catégorie des subjectivités. Les émotions brouilleraient ainsi les frontières de l'objectivité de la réflexion juridique et biaiserait les conclusions impartiales auxquelles celle-ci aurait dû aboutir. Le droit invite à un exercice qui se veut hautement neutre et sérieux pour éviter le sensationnel ou même les jugements de valeur de l'ordre de la simple opinion. Aussi, les émotions sont-elles généralement extirpées de toute analyse car elles constituent en soi une menace pour le bon fonctionnement du système juridique<sup>737</sup>.

Cependant, il est tout à fait possible d'envisager que le « droit international possède une vie sentimentale »<sup>738</sup>. Encore faut-il, pour envisager sérieusement cette hypothèse de vie sentimentale du droit international, commencer peut-être par nuancer la lecture binaire qui tend systématiquement à opposer le rationnel et l'émotionnel. Ainsi que l'indique Alexandre Flückiger :

L'opposition entre raison et émotion est en réalité utilisée à des fins persuasives dans tout processus de décision, que celui-ci soit juridique, politique, économique ou autre : celui qui appelle l'autre à la raison tente en fait de lui montrer qu'il existe d'autres émotions susceptibles de fonder sa décision qui doivent l'emporter ou que certaines émotions peuvent être apaisées. Les décisions qualifiées d'émotionnelles illustrent le propos. L'internement à vie des délinquants dangereux est émotionnellement fondé sur le dégoût et la peur du criminel pervers, sur l'empathie envers les victimes et la tristesse ainsi que la colère que celles-ci peuvent ressentir; les mesures restrictives à l'égard des étrangers sont essentiellement fondées sur la peur de l'autre en raison de la dangerosité prétendue ou de la crainte que les indigènes perdent leurs emplois<sup>739</sup>.

Une telle vision est particulièrement cohérente avec le cadre théorique de cette recherche car comme nous l'avons démontré, le besoin de reconnaissance entre États est l'arrière-plan éthique des relations interétatiques <sup>740</sup> : l'affirmer tel quel n'équivaut pas à soutenir une personnification exagérée de l'entité étatique – et donc de verser dans la subjectivité ou l'émotionnel entendue ici

---

<sup>737</sup> Susan Bandes, « What Roles Do Emotions Play in the Law? | Emotion Researcher » (23 octobre 2017), en ligne : Emotion Researcher: ISRE's Sourcebook for Research on Emotion and Affect <<http://emotionresearcher.com/what-roles-do-emotions-play-in-the-law/>>.

<sup>738</sup> Gerry Simpson, « The sentimental life of international law » (2015) 3:1 *Lond Rev Int Law* 3-29, DOI : 10.1093/lri/lru013.

<sup>739</sup> Alexandre Flückiger, « Pourquoi respectons-nous la soft law ? » [2009] XLVII-144 *Revue européenne des sciences sociales European Journal of Social Sciences* 73-103 à la p 77, DOI : 10.4000/ress.68.

<sup>740</sup> Axel Honneth, « La reconnaissance entre États : l'arrière-plan moral des relations interétatiques » [2012] 87 *Cultures & Conflits* 27-36, DOI : 10.4000/conflits.18467.

dans son acception péjorative – , c’est seulement proposer une autre grille de lecture où l’action étatique est interprétée à partir du registre de l’éthique.

Le point de vue développé ici est donc que de réelles variables émotionnelles ont mû le développement des instruments de *Soft Law* que sont le Guide japonais et les Lignes directrices pratiques de l’UA et visent à en garantir l’efficacité. Nous les caractériserons tour à tour, en montrant comment elles servent le besoin de reconnaissance de ses destinataires et l’effet qu’elles produisent sur l’objectif de justice environnementale que vise le Protocole de Nagoya.

### **2.1 La joie et la peur au service du respect du Guide japonais**

La joie est incontestablement l’une des émotions ayant justifié le développement du Guide japonais, et qui par le même effet, est censé en garantir le respect. Mais la joie est une notion qui ne se laisse pas aisément définir. En s’appréhendant de façon générique comme un sentiment très agréable de bonheur intense, elle s’affirme particulièrement évanescence puisque variant au gré de la définition qu’un sujet aura de ce qui est agréable, de comment il en juge le caractère agréable et intense, et de sa perception même de ce qu’est le bonheur. Cependant, on peut souscrire à la pensée d’Alexandre Flückiger qui, abordant le concept de « joie » en tant qu’émotion favorisant le respect des instruments de *Soft Law*, l’appréhende comme un sentiment de plein bonheur dont peuvent découler d’autres émotions positives telles que la fierté, le plaisir ou l’estime de soi<sup>741</sup>.

Ces modalités d’expression de la joie ont été mises au service du respect du Guide japonais. Pour s’en convaincre, il suffit de considérer le moment de son adoption, dont la première édition est intervenue en 2005 et la seconde en 2012. Ce développement des normes « privées » relatives à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya intervient peu après son adoption (pour la seconde édition) et l’adoption des Lignes directrices de Bonn (pour la première édition). Une telle initiative est nécessairement louable pour eux dans la mesure où elle dénote de leur capacité à s’autoorganiser en définissant des manières de faire souhaitable dans leur domaine d’activité, la bioprospection.

À tout le moins, elle est caractéristique d’une sorte de conformisme d’identification qu’Alexandre Flückiger définit comme « la joie, la fierté ou le désir de reconnaissance lorsque l’individu se conforme pour s’établir dans le groupe et conserver des relations positives avec ce dernier dans

---

<sup>741</sup> Flückiger, *supra* note 739 à la p 91.

l'espoir d'obtenir éventuellement prestige et visibilité ». Dans le cas d'espèce, l'initiative japonaise devrait s'analyser comme un moyen pour ses instigateurs de démontrer leur capacité de se conformer aux règles internationales. On se souviendra en particulier que le Japon a fait montre d'un leadership certain, en assurant dans la ville de Nagoya l'adoption du Protocole qui porte le même nom.

Qui plus est, on pourrait soutenir l'hypothèse selon laquelle la production du Guide japonais correspond à une volonté de générer des normes partagées, un sens de l'objectif commun et de l'identité de groupe dans l'espace des entreprises bioprospectrices japonaises. Dans ce contexte, le plaisir se caractérise par le fait que ces entreprises seraient d'autant plus motivées qu'elles appliqueraient des normes qui n'ont pas la valeur impérative d'une norme de *Hard Law*. En effet, d'un point de vue théorique, les normes d'autorégulation sont considérées comme une manière pour leurs auteurs de disposer de règles adaptées à leur domaine d'activité et par voie de conséquences, particularisées. Dans les termes du Guide japonais lui-même, il s'agit de « promouvoir la flexibilité des entreprises dans [leurs activités de bioprospection] »<sup>742</sup>. De plus, le point 3 de son chapitre 4 du Guide japonais recommande à cet effet à ses destinataires de « [...] conduire leurs activités conformément aux lignes directrices de 2012 afin de bénéficier plus facilement d'un soutien approprié de la JBA et du METI »<sup>743</sup> [notre traduction].

Un des effets de cette initiative d'autorégulation est que leurs auteures ont pleinement conscience de leur capacité d'auto-organisation. Aussi, se présentent-elles, au nom de celles-ci, comme expertes. En effet, l'Association japonaise de bio-industrie n'a pas manqué de souligner son expérience diversifiée et longue de vingt années dans le conseil des entreprises, universités, chercheurs et individus<sup>744</sup>. Elle précise également que cette expertise excède le domaine APA et concerne des questions que ses membres ne peuvent résoudre par eux-mêmes, leur recommandant ainsi de la contacter au plus tôt pour espérer voir leurs problèmes résolus<sup>745</sup>.

---

<sup>742</sup> *Guide japonais*, à la p 3.

<sup>743</sup> *Ibid* à la p 40.

<sup>744</sup> « (1) On behalf of the Ministry of Economy, Trade and Industry (METI), Japan Bioindustry Association (JBA) has been implementing CBD-ABS for two decades. As a result, the JBA has accumulated many diverse experiences, and developed an extensive network with diverse countries. With this background, JBA has been offering advice, as requested, to corporations, universities, research institutes, individuals, etc. concerning ABS matters ».

<sup>745</sup> « (2) METI can also be consulted not only for general questions about CBD-ABS but also for problems difficult for corporations to resolve on their own. The earlier you consult, the better, when you feel that there is a problem ».

L'analyse de l'identité d'expert que la JBA se fabrique à travers les lignes du Guide japonais invite ici à considérer la place de la reconnaissance dans son développement<sup>746</sup>. En effet, Alexandre Flückiger a montré qu'en affectant un instrument de droit mou telle qu'une recommandation d'un prix ou d'une distinction particulière, son caractère appréciatif augmente et peut s'analyser comme une contrainte implicite<sup>747</sup>. Dans ce contexte, cette recommandation aurait parié sur la fierté que le récipiendaire ressent en suivant ses termes. Pour reprendre le vocabulaire de notre cadre théorique, c'est parce que le récipiendaire d'un tel prix se sentirait reconnu d'avoir respecté l'instrument de Soft Law auquel il est assujéti qu'il le respecte<sup>748</sup>. Dans le contexte de notre recherche, on peut donc avancer que les entreprises japonaises du secteur de la bio-industrie tirent une joie liée à la reconnaissance qu'elles reçoivent symboliquement de leurs pairs – et plus largement, de la société internationale – pour avoir élaboré des règles relatives à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya. Ceci est davantage vrai lorsqu'on considère le phénomène de socialisation décrit dans le paragraphe précédent. En effet, celui-ci contribue à constituer une identité sociale pour les utilisateurs japonais, en les regroupant autour d'une sorte de code de déontologie dans leur pratique de bioprospection. Il en résulte pour eux un renforcement du sens de la communauté, donc de l'identité interne à ces groupes. Ceci leur suggère à eux-mêmes un principe identitaire : nous sommes des utilisateurs japonais respectueux des normes de droit international.

La joie n'est pas la seule émotion censée garantir le respect du Guide japonais. La peur occupe, dans ce contexte, une place prépondérante. En effet, le Guide japonais mentionne d'emblée dès son chapitre sur les objectifs qu'il vise « à minimiser le risque pour les utilisateurs d'être impliqués dans des problèmes lorsqu'ils utilisent les ressources génétiques à des fins commerciales »<sup>749</sup>. Dans cette perspective, il fait l'option de présenter des notes explicatives de chaque article du Protocole

---

<sup>746</sup> En effet, les recherches en sciences sociales montrent clairement le lien conceptuel entre la présentation de soi et la reconnaissance. Par exemple, notre chapitre sur le discours de l'autochtonie a montré comment la mise en scène de l'autochtone (le bon sauvage, le récit de soi comme vivant en harmonie avec la nature, ses vêtements dans les conférences internationales) participent d'une stratégie de lutte pour la reconnaissance de l'identité culturelle. Toujours à propos de la relation conceptuelle entre présentation de soi et (demande) de reconnaissance, voir Fabien Granjon et Julie Denouël, « Exposition de soi et reconnaissance de singularités subjectives sur les sites de réseaux sociaux, Self exposure and recognition of subjective singularities in social network sites » (2010) 1:1 Sociologie 25-43.

<sup>747</sup> Flückiger, *supra* note 739 à la p 91.

<sup>748</sup> *Ibid* à la p 92. À titre d'exemple, Flückiger affirme que : « La nouvelle campagne fédérale de lutte contre le tabagisme consiste à féliciter les personnes et les organisations ayant joué un rôle pionnier dans la promotion d'un environnement sans fumée afin de faire un maximum d'émules [...] »

<sup>749</sup> « The specific aims of the 2012 Guidelines are as follows: - To minimize the risk to users of getting involved in problems when they seek to utilize genetic resources for commercial purposes; and to promote business flexibility in those activities ».

de Nagoya et de fournir des exemples particulièrement détaillés sur des situations éventuelles dans lesquelles les entreprises bioprospectrices japonaises pourraient se retrouver.

À titre d'exemple, la première note explicative détaille le contenu de l'article 15 de la CDB relatif au droit souverain de chaque État de déterminer les conditions d'accès aux ressources génétiques qui se trouvent sur son territoire. Cette note détaille aussi le rôle du point focal national ou de l'autorité nationale compétente telle que prévue à l'article 13 du Protocole de Nagoya. Elle se poursuit cependant par une mise en garde spéciale : « Notez que vous devez faire preuve de prudence lorsque vous obtenez des ressources génétiques de sources étrangères via des intermédiaires, par exemple »<sup>750</sup> [notre traduction].

Pour le partage des avantages, la note explicative souligne d'abord l'intérêt de l'article 15 de la CDB et de l'article 5 du Protocole de Nagoya, y compris son paragraphe 5 relatif à l'obligation de partage des avantages avec les PAUL. Elle précise aussi l'intérêt de l'établissement de conditions convenues d'un commun accord pour la gestion de la relation entre les fournisseurs éventuels et utilisateurs japonais. Dans ce contexte, cette note avertit ses destinataires qu'il pourrait être nécessaire pour eux de conduire une « enquête minutieuse » (careful investigation) relativement aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques du pays sur le territoire duquel ils exerceraient leurs activités, car dit-elle, « [...] y a souvent un haut niveau d'incertitude à ce sujet »<sup>751</sup>[notre traduction].

De tels avertissements ou recommandations sont fréquents dans le texte du Guide japonais, ainsi que le suggère l'expression « you need to », que l'on peut traduire en français par « vous devriez... ». De fait, nous avons compté que cette expression apparaît au moins 16 fois dans le texte du Guide japonais qui fait 48 pages, soit une moyenne d'un avertissement/d'une recommandation toutes les trois pages. Si l'on considère la reproduction des articles et du Protocole de Nagoya qui s'étendent parfois sur deux ou trois pages, l'introduction et les annexes, on se retrouve assez rapidement avec une moyenne d'un avertissement/d'une recommandation à chaque page et demie.

---

<sup>750</sup> « Note that you need to exercise caution, when you obtain genetic resources from foreign sources via intermediaries, for example ».

<sup>751</sup> La lettre de la norme stipule exactement ceci : « Careful investigation may be necessary about their country's traditional knowledge associated with genetic resources, because there is often a high level of uncertainty about it ».

Par ailleurs, le Guide japonais réalise des scénarios sous la forme de « questions fréquemment posées ». Aussi, une suite de questions/réponses construit-elle des cas fictifs de problématiques dans lesquels les utilisateurs pourraient se retrouver et quelles pourraient être les options qui s'offrent à eux. Par exemple, la question 2 des problèmes pratiques et solutions suggérées du Guide japonais envisage le cas d'un utilisateur japonais qui ne reçoit pas de réponse rapide après avoir contacté le point focal national, ou lorsque, avec une réponse préliminaire donnée par le point focal national, il est finalement référé à divers départements au sein du gouvernement de ce pays sans progrès significatif<sup>752</sup>. La réponse suggérée dans ce cas est de persévérer dans l'initiative de contacter l'entité de l'État fournisseuse la plus indiquée, et ce, par tous les moyens disponibles. Néanmoins, l'Association japonaise ainsi que son ministère de tutelle peuvent être consultés, étant donné qu'ils peuvent disposer de précieuses informations à cet égard.

De même, la question 16 est relative au cas d'un fournisseur désireux de s'inspirer de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans son processus de recherche-développement, et qui ne sait pas comment identifier des parties prenantes pertinentes<sup>753</sup>. Le Guide japonais, en réponse, explique d'abord que le concept de « connaissances traditionnelles » n'est pas défini par la CDB, mais que le Protocole de Nagoya établit des dispositions y afférentes. Il poursuit ensuite en invitant ses destinataires au respect des législations nationales. Il reconnaît aussi qu'il peut être difficile de déterminer l'entité qui devrait donner son consentement préalable libre et éclairé, parce que les connaissances traditionnelles sont souvent détenues collectivement et parce que plusieurs PACL détiennent les mêmes connaissances traditionnelles. Dans ce contexte, le Guide japonais recommande de s'adresser à l'autorité nationale compétente du pays considéré ou de consulter l'Association japonaise de bio-industrie et son ministère de tutelle pour obtenir des informations utiles.

Ces exemples disent du Guide japonais qu'il est fondé sur une base extrêmement prudentielle, qui se rapproche particulièrement d'une éthique non pas de précaution<sup>754</sup> comme il en est souvent le

---

<sup>752</sup> *Guide japonais*, à la p 13.

<sup>753</sup> *Guide japonais*, aux pp 28 et suivants.

<sup>754</sup> Le principe de précaution consiste à décider « dans l'incertitude, c'est-à-dire dans des cas où il y a des risques éventuellement importants et irréversibles dont la démonstration scientifique n'a pas été établie avec toute la rigueur désirée ». Mark Hunyadi, « La logique du raisonnement de précaution » [2004] XLII-130 *Revue européenne des sciences sociales European Journal of Social Sciences* 9-33 à la p 10, DOI : 10.4000/ress.341. Voir aussi André Beauchamp, « La Commission de l'éthique de la science

cas en matière environnementale, mais d'une éthique de prévention. En effet, il invite ses destinataires à une posture d'évitement « des problèmes lorsqu'ils utilisent les ressources génétiques à des fins commerciales »<sup>755</sup>. L'histoire des rapports entre fournisseurs et utilisateurs de RG/CTA renseigne extensivement sur les problèmes, ou plus précisément « du problème » dont il s'agit en l'espèce : le risque d'accusation de biopiraterie. Sans qu'il n'y transparaisse une panique collective, l'analyse du Guide japonais donne néanmoins l'impression que ses destinataires ont pleinement conscience des effets néfastes qui s'attachent à être perçu comme des usurpateurs de connaissances traditionnelles ou des voleurs de ressources génétiques. Dès lors, on peut comprendre aisément la force morale de la catégorie « biopiraterie » et de son potentiel à modifier les comportements des acteurs du champ de la bioprospection. Du reste, on peut aussi comprendre l'efficacité de l'approche retenue par les instigateurs de l'affaire *Quassia amara*.

En s'appuyant sur la peur comme variable émotionnelle pour assurer le respect du Guide japonais, ses rédacteurs projettent une identité externe qui suggère un « qui ne nous ne sommes pas », un effet de miroir inversé. De sorte que dans l'arène de la biodiversité, l'*Autre* (notamment les États fournisseurs de ressources génétiques et les PACL) devient le miroir de l'estime que chacune des entreprises bioprospectrices japonaises a pour elle-même, ou à tout le moins l'image de soi qu'elle veut projeter. Or, la médiation par le regard de cet Autre permet de soutenir, toutes choses étant égales par ailleurs, qu'un besoin de reconnaissance sociale se cache derrière la production de cet instrument de *Soft Law*. La formule de Jean-Jacques Rousseau selon laquelle « les autres ne sont pas seulement un milieu naturel pour l'individu, mais lui sont nécessaires pour accéder à sa complétude, à la condition humaine »<sup>756</sup> est à cet égard fort pertinente.

Il serait cependant naïf de considérer que la peur de représailles militantes obscurcit le jugement des utilisateurs japonais, au point de les conduire à établir des normes contraires à leurs intérêts. Par exemple, la note explicative sur le partage des avantages invite ses destinataires à partager les bénéfices en fonction du degré de contribution. À ce titre, elle précise que certains fournisseurs pourraient ne pas savoir que l'expression « partage juste et équitable » ne signifie pas que les

---

et de la technologie et l'éthique préventive » [2002] vol. 4, n° 2 Éthique publique Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale à la p 6, DOI : 10.4000/ethiquepublique.2209.

<sup>755</sup> Nous reprenons ici les termes des objectifs du Guide japonais : « *To minimize the risk to users of getting involved in problems when they seek to utilize genetic resources for commercial purposes* » [nos italiques]. Guide japonais, à la p 3.

<sup>756</sup> Yentcharé, *supra* note 97 à la p 266.

avantages devraient être partagés sur une base strictement égalitaire (50%-50%). Bien qu'une telle norme soit cohérente avec le concept de justice et d'équité telle que conceptualisé dans cette thèse, il demeure néanmoins nécessaire de s'interroger sur la façon dont le calcul du degré de contribution de chaque partie à la transaction se ferait. Dans une logique purement stratégique, et sans présumer *a priori* de la mauvaise foi des utilisateurs, il demeure assez difficile de s'imaginer qu'une entreprise bioprospectrice considère que sa contribution dans le développement d'un médicament basé sur un savoir local est de 15%, puisque ce savoir local a fortement inspiré (à 85% donc) ses scientifiques. L'argument de la recherche-développement d'un produit pharmaceutique qui exige des années de recherche et d'importants moyens financiers pourrait en l'espèce être facilement exploité en vue d'augmenter la part qu'elle aurait normalement dû recevoir, conformément à ce cas fictif.

Peu avant cette recommandation, la même note explicative sur le partage des avantages invite les destinataires du Guide japonais à s'assurer, durant les négociations, d'avoir une compréhension partagée de ce que « bénéfices à partager » signifie : alors que l'utilisateur du matériel génétique ou des connaissances associées entendrait par bénéfice ce qui reste après déduction des coûts associés à la recherche-développement, le fournisseur pourrait y comprendre autre chose : en l'occurrence, que les bénéfices consistent dans le montant brut perçu après la vente des produits découlant de leur exploitation.

Ici, la posture du Guide japonais est d'autant plus intéressante qu'elle correspond *a priori* à une logique comptable : les bénéfices, c'est ce qu'il reste lorsqu'on retranche du prix total d'une vente, le coût de production. Il ne faudrait pas y voir nécessairement une stratégie de fraude dans la formulation de cette note explicative. Il demeure toutefois difficile d'envisager des mécanismes permettant au fournisseur de contrôler l'authenticité de la valeur des bénéfices qui lui sont présentés. En effet, alors même que la bonne foi se présume toujours en droit, il est tout à fait possible de s'imaginer que la manipulation du coût de la recherche-développement conduite à un rétrécissement de la part des bénéfices à partager.

On voit ainsi que l'émotionnel ne s'oppose pas systématiquement au rationnel, et que l'émotionnel peut être absolument rationnel<sup>757</sup>. En d'autres termes, si le Guide japonais reconnaît l'importance

---

<sup>757</sup> Susan Bandes, *The passions of law*, New York University Press, 2000 à la p 284 et suivants; Flückiger, *supra* note 739 à la p 77.

de respecter les termes du Protocole de Nagoya, il donne aussi l'occasion d'une mise en scène des acteurs japonais et d'une promotion d'une certaine interprétation des dispositions de cet AME. La conséquence peut être de réduire substantiellement le résultat d'un partage juste et équitable des avantages, qu'il faut se demander si finalement la texture ouverte du Protocole de Nagoya ne renforce pas la biopiraterie ?

Les destinataires des Lignes directrices pratiques de l'UA ne se sont pas privés de l'opportunité de fonder « sentimentalement » leur instrument de *Soft Law*. Il faut expliciter et évaluer ces fondements au regard de l'objectif de justice environnementale que poursuit le Protocole de Nagoya.

## **2.2 La peur, la honte et le respect de l'autorité au service du respect des Lignes directrices pratiques de l'UA**

Par-delà la relative simplicité qui caractérise leur adoption par rapport aux instruments de *Hard Law*<sup>758</sup>, les instruments de *Soft Law* aspirent à devenir du droit, et inspirent souvent le développement du droit<sup>759</sup>. Les lignes directrices pratiques de l'UA font vraisemblablement ce pari, puisqu'elles ont pour ambition de « Fournir une orientation pratique aux États membres de l'Union africaine sur la façon dont le système d'APA peut être mis en œuvre d'une manière coordonnée au niveau régional, conformément aux dispositions du [Protocole de Nagoya] »<sup>760</sup>. Cette ambition se veut néanmoins circonstanciée puisque cet instrument de *Soft Law* africain reconnaît que « chaque étape [qu'il décrit] ne sera pas pertinente ou applicable de la même manière dans tous les pays »<sup>761</sup>, et que « les pays ne doivent pas nécessairement prendre toutes les étapes dans le même ordre présenté dans ces Lignes directrices, tant que les mesures efficaces internes existent, ou sont mises en place, afin de traiter la substance de chaque étape »<sup>762</sup>.

---

<sup>758</sup> En effet, les instruments de *Hard Law* impliquent souvent un engagement qui n'est pas toujours désiré des États, du fait des sanctions symboliques ou réelles qui peuvent résulter du non-respect éventuel de leurs obligations internationales.

<sup>759</sup> Julien Cazala, « « Le *Soft Law* international entre inspiration et aspiration » » (2011) me 66:1 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 41-84.

<sup>760</sup> *Lignes directrices pratiques de l'UA*, à la p 5.

<sup>761</sup> *Ibid* à la p 4.

<sup>762</sup> *Ibid*.

Ainsi, dans la perspective de devenir du droit dur, les Lignes directrices pratiques de l'UA jouent sur un principal ressort émotionnel, la peur. En effet, le premier objectif de cet instrument de *Soft Law* est de prévenir « un scénario de « nivellement par le bas » dans lequel les utilisateurs des [ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées] montent les États membres de l'Union africaine et/ou les CAL africaines les uns contre les autres »<sup>763</sup>. Il s'agit également d'établir « une approche régionale coordonnée et coopérative pour prévenir l'appropriation illicite des RG et/ou des CTA africaines, et de punir une telle appropriation illicite lorsqu'elle survient »<sup>764</sup>.

Tout se passe comme si, ayant retenu les leçons de l'histoire, les États africains voulaient sortir de leur posture naïve d'antan. La peur de la biopiraterie, qui a plausiblement joué un rôle dans le développement du Guide japonais, vient également alimenter le développement des Lignes directrices de l'UA. Le registre sur lequel la peur intervient est également celui de la prévention, à la différence près qu'elle opère dans une conviction que les États africains ont été historiquement les *victimes*, et non les *bourreaux*. Dès lors, ces Lignes directrices pratiques proposent-elles une pléthore de recommandations à leurs destinataires. La longueur formelle du document des Lignes directrices pratiques de l'UA témoigne de ce souci<sup>765</sup>. De plus, le champ lexical qu'elles déploient renvoie à une posture extrêmement prudentielle, voire défensive. En témoignent des expressions comme « il est préférable de ne pas<sup>766</sup>... », « doit clairement »<sup>767</sup>, « il est fortement recommandé »<sup>768</sup>, « il est conseillé »<sup>769</sup> qui parcourent son texte. Par ailleurs, elles réaffirment la souveraineté de ses États membres de l'UA sur les ressources naturelles qui se trouvent sur leurs territoires ; une manière de rappeler aux bioprospecteurs qu'ils exercent une autorité suprême sur celles-là. On retrouve ainsi un jeu de mise en scène de soi à l'occasion duquel l'Union africaine se présente comme garante ou gardienne des ressources génétiques et savoirs traditionnels associés situés sur ton territoire.

---

<sup>763</sup> *Lignes directrices pratiques de l'UA*, à la p 5.

<sup>764</sup> *Ibid.*

<sup>765</sup> En effet, les Lignes directrices pratiques s'étendent sur une cinquantaine de pages, et s'allongent d'une autre quarantaine de pages de cinq d'annexes alors que le Guide japonais s'étend au total sur 48 pages.

<sup>766</sup> *Lignes directrices pratiques de l'UA*, à la p 14.

<sup>767</sup> *Ibid* aux pp 22-74.

<sup>768</sup> *Ibid.* aux pp 14-40.

<sup>769</sup> *Ibid* aux pp 40-75.

De façon incidente, l'effet apprécitif de la peur comme ressort émotionnel du développement des Lignes directrices pratiques de l'UA est amplifié par la honte que ressentent les personnes (physiques ou morales) accusées de biopiraterie<sup>770</sup>. En effet, le pari de ces Lignes directrices est de miser sur le déshonneur humiliant que pourraient ressentir des utilisateurs jugés au « tribunal de l'opinion publique » que sont les médias<sup>771</sup> et sur toutes les conséquences économiques qui pourraient en découler pour eux. Ce contexte favorable aux fournisseurs de ressources génétiques et savoirs traditionnels associés devient ainsi l'occasion de reconstruire les termes du Protocole de Nagoya dans un sens qui leur est favorable.

Par exemple, la thématique « Surveillance de l'utilisation des [ressources génétiques] (et des [connaissances traditionnelles associées]) » des Lignes directrices pratiques commence par noter que l'article 17 du Protocole de Nagoya ne fait aucune référence aux savoirs traditionnels dans le contexte de son mécanisme de surveillance<sup>772</sup>. Cependant, elles précisent que « Dans le contexte africain, étant donné l'importance largement reconnue des CTA dans la région et ses CAL, cette omission délibérée peut et doit être résolue au sein des droits internes ou des exigences réglementaires ». D'un point de vue conceptuel, on peut considérer qu'il s'agit d'un cas original de « *managérialisation du droit* », c'est-à-dire d'un processus par lequel les concepts juridiques sont reconfigurés par la manière de penser des gestionnaires, dès lors qu'ils intègrent le domaine du management. Dans le cas d'espèce, il s'agit précisément d'une adaptation du Protocole de Nagoya, qui excède cependant les limites de celui-ci, par les États Parties suivant leurs intérêts propres. Derrière cette nouvelle construction sociale de l'article 17 du Protocole de Nagoya, il est aisé de percevoir une volonté de valider la reconnaissance des connaissances traditionnelles dans la perspective d'éviter ultimement la biopiraterie. Aussi devient-il nécessaire de faire un front uni contre leurs *spoliateurs* de ressources naturelles et informationnelles. On voit clairement que le but recherché ici est de renforcer la justice environnementale envers les PACL africaines.

Les Lignes directrices pratiques de l'UA jouent aussi sur le respect de l'autorité qui les a élaborées, son Assemblée générale, pour impulser le respect des dispositions qu'elle propose à ses

---

<sup>770</sup> C'est ce qu'illustre justement les propos des membres de l'IRD dans l'affaire *Quassia amara* exposée au chapitre précédent.

<sup>771</sup> *Ibid.*

<sup>772</sup> L'article 17 du Protocole de Nagoya vise à assurer la surveillance de l'utilisation des ressources génétiques et à augmenter la transparence concernant cette utilisation.

destinataires. Pour susciter leur adhésion, elles recommandent que la stratégie de valorisation des ressources génétiques tienne compte des priorités nationales, dans un esprit d'équilibre, notamment entre une vision de prévention de la « biopiraterie » et « une utilisation optimale du capital naturel et humain existant de la nation »<sup>773</sup>, ou « un partenariat commercial ayant pour résultat le transfert de technologie »<sup>774</sup>. Dès lors, la représentation binaire et simpliste qui voit dans les États africains des fournisseurs de ressources génétiques et savoirs traditionnels associés, en raison du défaut d'existence sur leurs territoires de technologies appropriées, est battue en brèche par la manière dont se présentent les pays membres. Dans cette perspective, l'analyse des Lignes directrices pratiques de l'UA montre que les États ont également intégré le discours<sup>775</sup> de la bioprospection, et pas seulement celui de la biopiraterie. En effet, le point 3 de leurs objectifs précise qu'elles « ont l'intention de » :

Encourager l'utilisation des atouts des RG et/ou des CTA de l'Afrique de manière à soutenir les objectifs et stratégies régionales sur le développement des ressources humaines, le transfert de technologie, le renforcement des capacités scientifiques et techniques, la sécurité alimentaire et la croissance économique tout en encourageant la conservation et l'utilisation durable du capital naturel et humain, y compris les droits des CAL

Ce rapport à la bioprospection qu'ont les États membres de l'UA a d'ailleurs été reconnu dans le Préambule des Lignes directrices stratégiques, en ces termes : l'Assemblée de l'Union Africaine reconnaît que :

[L'] objectif principal du régime international pour promouvoir et sauvegarder le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques est de créer des opportunités de développement durable supplémentaires de la diversité biologique et des connaissances traditionnelles associées aux pays d'origine et aux communautés autochtones et locales.

Au total, l'élaboration des *Lignes directrices pratiques* de l'UA répond symétriquement à l'initiative qui a conduit à la rédaction du Guide japonais dans sa deuxième version. Il ne s'agit

---

<sup>773</sup> *Ibid.*

<sup>774</sup> *Ibid.*

<sup>775</sup> Ici, nous entendons le concept de « discours » tel qu'appréhendé par Hanne Svarstard, c'est-à-dire comme la compréhension partagée d'un phénomène par un nombre plus ou moins élevé de personnes au niveau local, national, international ou mondial. Svarstad, *supra* note 231 à la p 68. Elle précise par ailleurs que les acteurs impliqués dans le discours participent (à des degrés divers) à la production, à la reproduction et à la transformation par des déclarations écrites et orales. Ces déclarations posent certaines régularités, non seulement quant au contenu (ou au message), mais aussi à l'utilisation de certains moyens expressifs partagés en termes, par exemple, de certains métarécits et de dispositifs rhétoriques tels que la métaphore.

pas ici de soutenir l'hypothèse selon laquelle une intentionnalité claire et assumée a présidé au choix de l'UA de s'engager dans une entreprise de production d'un instrument de *Soft Law*. Il s'agit simplement d'inférer de l'engagement des États membres de l'UA que la socialisation des normes découlant du Protocole de Nagoya a atteint au même titre les fournisseurs de ressources génétiques et de savoirs traditionnels associés que les utilisateurs de ces ressources et savoirs.

Au soutien de cet argument, il suffit de considérer qu'à l'instar du Guide japonais, les Lignes directrices de l'UA prévoient aussi une section intitulée « notes explicatives », après l'énoncé de disposition du Protocole de Nagoya, qui précise celle-ci, en fournissant des conseils additionnels sur la conduite ou la stratégie appropriée que l'acteur concerné devrait suivre. Cette répétition d'une pratique initiée par le Guide japonais par les Lignes directrices pratiques de l'UA pourrait s'expliquer par plusieurs raisons (notamment que les consultants de l'Initiative allemande APA qui ont soutenu l'UA dans le développement de leurs lignes directrices se seraient inspirés des guides existants, y compris le Guide japonais). Il ne faudrait cependant pas y voir une critique qui consisterait à affirmer que les Lignes directrices pratiques de l'UA ne font que copier ou plagier (du moins du point de vue formel) le Guide japonais. Dans la perspective constructiviste, il convient surtout d'y voir la propagation des normes à l'œuvre d'après le cycle de vie des normes proposée par Martha Finnemore et Kathryn Sikkink. Cette propagation est, comme elles l'expliquent, facilitée par le besoin de conformité, le souci de renforcement de la légitimité internationale et le désir des États adoptant la norme d'améliorer leur estime de soi.

Cependant, leur existence donne l'impression d'une sorte de conversation entre ces instruments ; un discours du droit, à l'occasion duquel les fournisseurs africains de ressources génétiques et savoirs traditionnels associés envoient une sorte de (droit de) réponse au message symboliquement émis par les utilisateurs japonais, à travers le Guide s'appliquant aux acteurs de la bio-industrie.

### **Conclusion partielle**

L'article 5(5) du Protocole de Nagoya est indubitablement une innovation juridique majeure dans l'arène de la biodiversité. L'imbrication des discours qui a conduit à sa fabrication et à son intégration au sein de cet AME a suscité de l'espoir quant à l'avènement d'un monde où la justice et l'équité envers les PAUL, du fait de l'utilisation de leurs savoirs traditionnels associés aux

ressources génétiques n'est plus seulement une option. Cependant, une analyse minutieuse des défis que sa mise en œuvre pose donne de sérieuses raisons de s'inquiéter de son opérationnalité. Nous avons présenté ces défis en fonction des enjeux de justice environnementale suggérés par la perspective d'Amartya Sen, à savoir ceux de justice procédurale, de justice distributive et de justice de reconnaissance.

Que ces défis soient d'une complexité quasi-équipollente aux « 12 Travaux d'Hercule » n'est pas en soi une fatalité, et *a fortiori* une exception, dans la mesure où en matière environnementale, l'effectivité des normes édictées font l'objet de moult discussions doctrinales. Aussi, le contexte mondial de la « normativité polycentrique »<sup>776</sup> dans lequel le Protocole de Nagoya a été adopté a-t-il favorisé l'émergence d'instruments de *Soft Law*, aussi bien par les utilisateurs que les fournisseurs de ressources génétiques et de savoirs traditionnels associés, qui essaient de le préciser. Cette initiative s'explique par les notions de socialisation et de communauté de pratiques qui sont centrales dans l'approche constructiviste juridique telle que retenue dans cette thèse.

Prenant le cas du Guide japonais et des Lignes directrices pratiques de l'UA, nous avons démontré que la reconnaissance est la valeur centrale qui meut le développement de ces instruments de *Soft Law*. En effet, en misant sur l'éthique de la coopération dans le contexte de l'Union africaine, et la peur des utilisateurs japonais de ressentir une forme de honte ou d'humiliation en raison des plaintes de biopiraterie, les fournisseurs obtiennent une reconnaissance symbolique de leur statut historique de victimes. Elles s'offrent aussi l'occasion de profiter du marché créé par le Protocole de Nagoya. En face, les utilisateurs sont investis dans une lutte pour la reconnaissance qui s'appuie sur les variables émotionnelles que sont la joie et la peur. En retour, la reconnaissance que cette communauté d'utilisateurs reçoit contribue – ou devrait contribuer – à terme, à garantir la justice que le Protocole de Nagoya recherche pour les PACL.

Avec la prudence et la modestie qu'une telle entreprise requiert, on pourrait donc avancer que c'est un droit international mou qui se constitue autour du paradigme de la reconnaissance<sup>777</sup>. Or, même

---

<sup>776</sup> Isabelle Duplessis, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international » [2008] Hors-série-Avril 2007 Revue québécoise de droit international à la p 246, en ligne : Revue québécoise de droit international <<https://www.sqdi.org/fr/le-vertige-et-la-soft-law-reactions-doctrinales-en-droit-international/>> (consulté le 1 novembre 2017).

<sup>777</sup> Nous suivons dans ce sens Emmanuelle Tourme Jouannet qui suggère que « depuis la fin de la guerre froide, une nouvelle branche du droit international est en train d'émerger. Nous la dénommons « droit international de la reconnaissance » car elle traduit l'apparition du nouveau paradigme social et culturel de la reconnaissance des identités qui s'est imposé à la fois au plan interne et au plan international. Tourme Jouannet et al, *supra* note 35 à la p 7.

si les ressorts émotionnels sur lesquels repose ce « droit international mou de la reconnaissance » peuvent s'avérer particulièrement convaincants pour des acteurs tentés de profiter des nombreuses failles du Protocole de Nagoya, il ne résout pas non plus les questions essentielles que pose la mise en œuvre de ce Protocole. Au mieux, ses termes suggèrent que certains utilisateurs pourraient renforcer l'asymétrie des rapports qu'ils entretiennent avec des fournisseurs, en raison d'une interprétation qui leur est favorable ou de manœuvres que ces derniers ne peuvent contrôler<sup>778</sup>.

En tout état de cause, dans l'hypothèse idéale où toutes les difficultés liées à la justice distributive et procédurale que cette mise en œuvre pose sont levées, les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques demeurent sans protection en droit international. Ceci donne l'impression que le Protocole de Nagoya entérine, ou pour le moins ne protège pas avec une insistance suffisante, en raison de ses carences, l'appropriation illicite des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques des PAQL.

L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle a été pendant près de deux décennies l'arène dans laquelle plusieurs acteurs ont essayé de résoudre cette problématique. La deuxième partie de cette thèse explore les débats qui s'y sont tenus et réhabilite à partir de réflexion critique qu'elle en propose, le potentiel du brevet et l'opportunité du Protocole de Nagoya pour la protection juridique des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

---

<sup>778</sup> Voir à ce sujet nos développements sur l'interprétation stratégique qu'opère le Guide japonais, sur les bénéfices à partager et la signification de « partage juste et équitable », *supra* point 2.2 de la Section II du chapitre 2.

## **PARTIE II : LE PROTOCOLE DE NAGOYA, UN TREMPLIN VERS UNE PROTECTION EFFICACE DES SAVOIRS TRADITIONNELS**

Cette seconde partie de notre thèse analyse la manière dont l'OMPI est devenue une arène où la lutte pour la reconnaissance des droits des PACL initiée à la CDB se poursuit, même après l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya. Notant l'impasse dans laquelle cette lutte à l'OMPI se situe, nous nous proposons de vérifier la pertinence de l'argument de l'inadéquation des brevets à protéger les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, à partir d'une analyse de droit positif s'appuyant sur les législations américaine et européenne (Chapitre 3). Le chapitre suivant poursuit cet exercice d'évaluation sur les fondements de la lutte qui s'opère à l'OMPI et décline des bases théoriques invitant à reconsidérer le rôle du droit des brevets pour protéger les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques (Chapitre 4).

## **Chapitre 3 : L'OMPI comme nouvelle arène de lutte pour la reconnaissance : une impasse pour la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques ?**

### **Introduction**

Les discussions pour la protection juridique des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques se sont tenues, parallèlement aux efforts déployés dans l'arène environnementale, à l'OMPI. Dans ce troisième chapitre, nous ferons un bilan des discussions qui s'y sont tenues (Section I). Ce panorama fait une incursion dans la « boîte noire » que constitue l'OMPI où semble se perpétuer la lutte pour la reconnaissance des droits des PACL, qui a atteint un certain niveau de succès symbolique avec l'adoption du Protocole de Nagoya. Nous verrons également que les travaux réalisés à l'OMPI sont cohérents avec une logique d'aversion contre le droit positif du brevet institué par l'Accord sur les ADPIC. Celle-ci a été historiquement construite et renforcée au fil des ans, à la faveur d'une sorte d'*habitus*<sup>779</sup> acquis en raison d'expériences (que nous présenterons brièvement) et d'arguments d'autorité produits par des figures expertes en droit de la propriété intellectuelle et des activistes pro-autochtones et pro-environnementaux. Prenant le contre-pied du paradigme que constituent ensemble ces arguments d'autorité, les développements suivants (Section II) envisageront le potentiel du droit du brevet à protéger les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

### **Section I : Construction sociale du régime *sui generis* de protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques**

Cette section est marquée par quatre temps de discussion. Dans un premier temps, nous proposons d'explorer l'historique de la constitution du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI

---

<sup>779</sup> Selon Anne-Catherine Wagner, « L'habitus est un ensemble de dispositions durables, acquises, qui consiste en catégories d'appréciation et de jugement et engendre des pratiques sociales ajustées aux positions sociales ». Voir Anne-Catherine Wagner, « Habitus » [2012] Sociologie, en ligne : Sociologie <<http://journals.openedition.org/sociologie/1200>> (consulté le 22 mai 2018). Ce concept a été davantage élaboré par Pierre Bourdieu.

(ci-après, CIG-OMPI), ainsi que son fonctionnement (I). En effet, il s'agit de la principale arène au sein de laquelle se discutent les modalités de protection des savoirs traditionnels.

La caractéristique *sui generis* par laquelle les normes produites dans ce forum se distinguent sera, dans un deuxième temps, analysée comme résultant à la fois d'une initiative des États et des organisations internationales, et d'un discours juridique dominant produit au fur et à mesure des rencontres internationales et des stratégies d'acteurs œuvrant pour la reconnaissance des droits des PACL (II). Dans un troisième temps, nous nous interrogerons sur le point de savoir si une science normale du droit international relatif à la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques ne s'est pas ainsi progressivement instituée dans ce champ du droit (III). Peut-être est-ce le cas, en particulier en raison de l'existence d'une littérature scientifique minoritaire qui paraît isolée par les acteurs mêmes du champ de la protection des droits de propriété intellectuelle des PACL (IV).

## **I. Historique et fonctionnement du CIG-OMPI**

Nous envisagerons d'abord l'historique du CIG-OMPI (1.1) en veillant à mettre en lumière comment la reconnaissance sociale, en tant que valeur éthique, innerve le jeu de construction stratégique de normes juridiques qui y sont développées. Nous proposerons ensuite une réflexion sur le fonctionnement du CIG-OMPI (2.2).

### **1.1 Historique du CIG-OMPI**

Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI (CIG-OMPI) a été établi en 2000. Il faut situer sa création dans la suite des événements qui ont eu lieu après l'adoption de la CDB, neuf années auparavant, et qui préfiguraient l'avènement d'un régime juridique nouveau pour le commerce des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées. En effet, l'euphorie du succès diplomatique qui a consisté dans l'inscription de dispositions avant-gardistes telles que les articles

8(j) et 16(5)<sup>780</sup>, en particulier pour les États des pays en développement et des PACL, s'estompera très vite avec l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC<sup>781</sup>, le 1<sup>er</sup> janvier 1995.

La réaction des États des pays en développement ne se fera pas attendre. À la troisième Conférence ministérielle de l'OMC, ayant eu lieu à Seattle du 30 novembre au 3 décembre 1999, plusieurs d'entre eux soumettront des propositions visant à modifier l'article 27-3(b) de l'Accord sur les ADPIC<sup>782</sup> en particulier, tant cette disposition non seulement représentait la symbolique même de l'exportation imposée du système de propriété américain accusée de favoriser la biopiraterie, mais encore réduisait l'accès des ressortissants des pays en développement aux médicaments, notamment aux antirétroviraux<sup>783</sup>.

Dans ce contexte de fortes tensions entre États des pays en développement et ceux des pays développés, l'OMPI s'investira peu avant la Conférence de Seattle, dès juillet 1998, dans neuf missions d'enquêtes dans différentes régions, à savoir dans le Pacifique Sud, dans l'Asie du Sud, en Afrique de l'Est, de l'Ouest et du Sud, en Amérique du Nord, du Centre et du Sud, dans les Caraïbes, et dans certains pays arabes<sup>784</sup>. Une telle initiative, lancée grâce à l'entrepreneuriat de son directeur général d'alors, le Soudanais Kamil Eltayeb Idris, était mue par le besoin d'identifier et d'explorer les besoins et attentes en termes de propriété intellectuelle des nouveaux bénéficiaires, y compris des détenteurs de connaissances traditionnelles, dans le but de promouvoir la contribution du système de propriété intellectuelle au développement économique, social et

---

<sup>780</sup> Article 16(5) de la *Convention sur la diversité biologique*, *supra* note 7 : « Les Parties contractantes, reconnaissant que les brevets et autres droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur l'application de la Convention, coopèrent à cet égard sans préjudice des législations nationales et du droit international pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à rencontre de ses objectifs ».

<sup>781</sup> On se souviendra que l'Accord sur les ADPIC définit des standards minimaux pour l'octroi des brevets consignés à son article 27(1) et consacre la brevetabilité du vivant à son article 27-3(b).

<sup>782</sup> Il en est ainsi du Kenya, au nom du groupe africain (OMC, *Communication du Kenya au nom du Groupe africain*, OMC Doc WT/GC/W/302 (3 janvier 2018), en ligne : < [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=F&CatalogueIdList=7776&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=F&CatalogueIdList=7776&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True) > ; ou de Cuba, du Honduras, du Paraguay et du Venezuela OMC, *Proposition concernant la protection des droits de propriété intellectuelle afférents aux connaissances traditionnelles des communautés locales et indigènes*, OMC Doc WT/GC/W/329 (3 janvier 2018), en ligne : OMC < [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/FE\\_S\\_S009-DP.aspx?language=F&CatalogueIdList=63982&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=F&CatalogueIdList=63982&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=371857150&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True) >.

<sup>783</sup> En effet, deux affaires opposant tour à tour les États-Unis et des firmes américaines à l'Afrique du Sud (à partir de l'année 1998) et l'État américain au Brésil (en 2001). Voir dans ce sens Morin, *supra* note 360 aux pp 165-169.

<sup>784</sup> Ahmed Abdel-Latif, « Revisiting the creating of the IGC: The limits of constructive ambiguity », in Daniel F Robinson, Ahmed F Abdel-Magid et Pedro Roffe, dir, *Protecting traditional knowledge: the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, London, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017 à la p 13.

culturel<sup>785</sup>. Elle eut deux conséquences majeures : d'une part, elle permit de considérer les groupes autochtones en tant que premier groupe de nouveaux bénéficiaires potentiels de la protection de la propriété intellectuelle. D'autre part, elle contribua à réhabiliter la crédibilité et le leadership de l'OMPI, qui avait subi une perte de vitesse face à l'OMC, désormais également compétente en matière de propriété intellectuelle<sup>786</sup>.

Une table-ronde organisée en novembre 1999 poursuivra les efforts de l'OMPI pour une meilleure appréhension des connaissances traditionnelles. Mais à l'époque, l'OMPI ne s'intéresse pas encore aux ressources génétiques *per se*, pour le motif que celles-ci ne peuvent faire l'objet de protection par des droits de propriété intellectuelle si elles se retrouvent seulement dans la nature<sup>787</sup>. Il n'en demeure pas moins qu'elle s'intéressera aux ressources génétiques, mais d'une manière qui lui permet de justifier son objet social sans provoquer de conflits de compétences. Aussi, cet intérêt sera-t-il limité à la biotechnologie, au transfert de ces biotechnologies et au rôle du système de propriété intellectuelle dans la préservation, la conservation et la diffusion de la diversité biologique<sup>788</sup>. Cette initiative de l'OMPI sera favorablement accueillie par les États Parties à la CDB. Le Secrétariat de la CDB, qui soutiendra également cette initiative, demandera et obtiendra un statut d'observateur<sup>789</sup> à l'OMPI.

---

<sup>785</sup> OMPI, *Table ronde sur la propriété intellectuelle et les peuples autochtones*, WIPO Doc WIPO/INDIP/RT/98 (3 janvier 2018), en ligne : OMPI < [http://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting\\_id=3505](http://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting_id=3505) >.

<sup>786</sup> OMPI, *Table ronde sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels*, WIPO Doc WIPO/IPTK/RT/99 (3 janvier 2018), en ligne : OMPI < [http://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting\\_id=3898](http://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting_id=3898) >.

<sup>787</sup> Une telle limitation de son champ d'intervention doit s'entendre comme une manière d'affirmer son domaine d'expertise mais aussi comme une façon pour l'OMPI de reconnaître le champ d'intervention de la CDB – en l'occurrence, celui de la conservation de la diversité biologique, son utilisation durable et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques.

<sup>788</sup> Oluwatobiloba Oluwayomi Moody, *WIPO and the reinforcement of the Nagoya Protocol: Towards effective implementation of an access and benefit sharing regime for the protection of traditional knowledge associated with genetic resources*, Thèse de doctorat en droit international, Queen's University (Canada), 2016 à la p 303.

<sup>789</sup> En effet, le Rapport de la réunion intersessions sur le fonctionnement de la Convention, UNEP/CBD/COP/5/4, tenu le 9 juillet 1999 à Nairobi (Kenya) mentionne à cet égard que « Un représentant, prenant la parole au nom d'une organisation régionale d'intégration économique et de ses États membres, s'est félicité des travaux lancés par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) concernant la protection juridique des connaissances des peuples autochtones et a proposé que des travaux supplémentaires soient entrepris pour dégager une appréciation commune des relations entre les droits de propriété intellectuelle et les dispositions pertinentes de l'Accord sur les ADPIC et de la Convention sur la diversité biologique. Reconnaissant que la protection de la diversité biologique et celle des droits de propriété intellectuelle gagneraient beaucoup à être abordées d'une façon intégrée, il a souhaité que soient tissés des liens étroits entre la Convention et l'Accord et approuvé l'inclusion des questions touchant aux droits de propriété intellectuelle dans l'ordre du jour du Groupe d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages découlant de leur utilisation. De nombreux autres représentants ont appuyé sa déclaration. Il a été proposé que la réunion intersessions étudie les moyens et possibilités de suivre de près les travaux de l'OMPI et de l'OMC afin de présenter un rapport à ce sujet à la Conférence des Parties à sa cinquième réunion ».

Cependant, c'est un autre fait qui accélérera l'établissement du CIG-OMPI. En effet, en septembre 1999, à la troisième session du Comité permanent du droit des brevets (Standing Committee on the Law of Patents, ci-après SCP)<sup>790</sup>, la Colombie, s'exprimant au nom de la Communauté andine, proposa l'inclusion d'une disposition dans le Traité sur le droit des brevets alors en discussion. Celle-ci prescrivait d'une part que la délivrance de brevets ou d'enregistrements aux éléments du patrimoine biologique et génétique des pays fournisseurs soit subordonnée à leur acquisition légale. D'autre part, cette disposition imposait la spécification du numéro d'enregistrement du contrat donnant accès aux ressources génétiques et une copie de celui-ci lorsque les produits ou services pour lesquels la protection est demandée ont été fabriqués ou développés à partir de ressources génétiques ou de produits dérivés, dont l'un des États membres est le pays d'origine<sup>791</sup>.

La proposition colombienne s'affirmait ainsi comme une forme embryonnaire de l'obligation de divulgation de l'origine des ressources génétiques, construite comme étant l'un des moyens par lesquels la cohérence entre la CDB et l'Accord sur les ADPIC pouvait être réalisée. Aussi, faisait-elle naturellement l'affaire des États des pays en développement qui s'empressèrent de la supporter. Cependant, elle sera rejetée par l'Allemagne, soutenue par la France, la Finlande, les États-Unis d'Amérique, le Japon, la République de Corée et la Roumanie, qui arguèrent qu'une telle disposition relevait de problématiques de droit matériel, ce qui les excluait du champ du Traité sur le droit des brevets qui a pour objet l'harmonisation de procédures d'octroi de brevets.

Un compromis politique entre États des pays développés et ceux des pays en développement sera proposé par le SCP. Celui-ci consistera à obtenir l'aval des pays en développement à l'avancement de l'agenda du SCP pour la signature du Traité sur le droit des brevets, en contrepartie de l'inclusion par le Bureau International de l'OMPI de la problématique de la protection juridique des ressources biologiques et génétiques dans les travaux du Groupe de travail sur les inventions biotechnologiques. Ce groupe de travail devait être convoqué par l'OMPI en novembre 1999.

Il est important de souligner ici que la proposition du SCP était particulièrement intéressée. En effet, le Secrétariat de l'OMPI tenait particulièrement à obtenir un accord sur le Traité sur le droit

---

<sup>790</sup> Ce comité, créé en 1998, est une instance de débat qui vise à faciliter la coordination et à définir des orientations concernant le développement progressif du droit international des brevets, avec pour objectif principal l'harmonisation du droit des brevets. Pour plus de détails, voir OMPI : < <http://www.wipo.int/policy/fr/scp/index.html> > (3 janvier 2018).

<sup>791</sup> WIPO, Protection of biological and genetic resources: Proposal by the Delegation of Colombia, WIPO Doc SCP/3/10 (3 janvier 2018), en ligne: OMPI < [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp\\_3/scp\\_3\\_10.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_3/scp_3_10.pdf) >.

des brevets car celui-ci lui permettait non seulement de revendiquer une légitimité renouvelée dans le champ des brevets (du fait de la concurrence institutionnelle avec l'OMC), mais encore de la rendre compétente en matière d'administration des brevets à l'échelle mondiale, toutes choses utiles pour lui assurer d'obtenir des recettes tirées du dépôt des brevets par des demandeurs<sup>792</sup>.

Par la suite, le SCP invita le Bureau International de l'OMPI à convoquer une réunion entre États membres, relative à l'interface droit de propriété intellectuelle et ressources génétiques. Cette réunion se tint les 17 et 18 avril 2000. Des échanges entre les participants à cette rencontre internationale, l'idée d'un forum approprié pour discuter des enjeux de propriété intellectuelle posés par l'exploitation des ressources génétiques s'imposa. Or, à la même période<sup>793</sup>, la Conférence des Parties à la CDB avait adopté une décision V/16 par laquelle elle établissait un programme de travail sur la mise en œuvre de l'article 8-j) de la CDB. Cette décision mentionnait clairement la nécessité d'exécuter les travaux relatifs à l'article 8-j) de la CDB avec les organisations internationales pertinentes, y compris l'OMPI<sup>794</sup>. Une autre décision V/26 invitera :

[Les] organisations internationales compétentes, notamment l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, à étudier les questions relatives aux droits de propriété intellectuelle ayant trait à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages, notamment la fourniture d'informations sur l'origine des ressources génétiques, si elle est connue, lors de la présentation concernant les demandes de droit de propriété intellectuelle, y compris les brevets<sup>795</sup>.

Malgré l'intérêt croissant pour la prise en compte des enjeux de propriété intellectuelle posés par l'accès et l'exploitation des ressources génétiques dans l'arène de la CDB et de l'OMPI, la Colombie, avec le soutien de plusieurs États de pays en développement, déposera à nouveau<sup>796</sup> la proposition qu'elle avait faite devant le SCP, durant la conférence diplomatique devant conduire à l'adoption du Traité sur le droit des brevets. Les États des pays développés opposeront la même résistance à l'initiative portée par la Colombie, sous les mêmes motifs, à savoir que le Traité sur le droit des brevets ne s'occupera pas de questions de fond liées à la brevetabilité.

---

<sup>792</sup> Moody, *supra* note 788 à la p 302, note de bas de page 1102.

<sup>793</sup> Précisément en Mai 2000, soit un mois après la Réunion

<sup>794</sup> COP 5, Décision V/16 Articles 8-j), UNEP/CBD/COP/DEC/V/16. Voir notamment la Tâche 17, i).

<sup>795</sup> COP 5, Décision V/26 Accès aux ressources génétiques, UNEP/CBD/COP/DEC/V/26.

<sup>796</sup> Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que la conférence diplomatique pour l'élaboration du Traité sur le droit des brevets a débuté ses travaux en Mai 2000, sensiblement à la même période que la Conférence des Parties à la CDB qui adoptera les décisions V/16 et V/26.

Kamil Idris, le Directeur général de l'OMPI d'alors, conduira des négociations afin de résoudre le conflit entre les intérêts en présence. C'est dans ce contexte qu'émergera pour la première fois l'idée d'un comité pour discuter des « questions concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore »<sup>797</sup>.

Même si la proposition de la création du CIG-OMPI a été finalement adoptée pendant la 26<sup>e</sup> session de l'Assemblée générale de l'OMPI<sup>798</sup>, il n'est pas certain qu'elle faisait véritablement l'affaire des États des pays développés<sup>799</sup>. À l'opposé, pour les États des pays en développement, il s'agissait d'un véritable succès diplomatique puisqu'ils voyaient dans la création du CIG-OMPI une reconnaissance des problématiques qui leur tenaient à cœur<sup>800</sup>.

D'une certaine manière, on pourrait considérer qu'après avoir craint le « bâton » que les États-Unis d'Amérique brandissaient pour les obliger à « manger » la « carotte » que constituait l'Accord sur les ADPIC<sup>801</sup>, les États des pays en développement avaient – enfin ? – le sentiment de retrouver dans les relations internationales, l'égalité de leur statut avec les autres États des pays développés. Ceci leur paraissait davantage légitime puisque c'est dans le cadre onusien – précisément à l'OMPI, une agence spécialisée des Nations-Unies – que le rapport de force avait pu être rétabli, là où à l'OMC, la « raison du plus fort [était] la meilleure ». Aussi, espéraient-ils que le CIG-OMPI devienne l'arène dans laquelle s'effectuerait la restauration d'un système de propriété intellectuelle véritablement universel et inclusif. Du reste, il n'était que justice pour eux que leurs actifs intellectuels intangibles (notamment les savoirs traditionnels associés ou non aux

---

<sup>797</sup> OMPI, Assemblée générale, Questions concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore, OMPI Doc WO/GA/26/6 (25 août 2000), 26<sup>e</sup> session (12<sup>e</sup> session extraordinaire), en ligne : OMPI < [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/fr/wo\\_ga\\_26/wo\\_ga\\_26\\_6.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/govbody/fr/wo_ga_26/wo_ga_26_6.pdf) > (4 janvier 2018).

<sup>798</sup> *Ibid.*

<sup>799</sup> Ahmed Abdel-Latif soulignera à cet effet que « While the statements made by countries during the Twenty-Six WIPO General Assembly, in which the proposal for the IGC's creation was approved, showed broad support for the proposal, the contrast between the way it was expressed by developed and developing countries was glaring. Developed countries were not very enthusiastic to say the least », *supra* note 784 à la p 18.

<sup>800</sup> Comme pour la construction sociale de la biopiraterie qui a permis d'envisager le rôle particulier d'entrepreneurs de normes tels que Darell Posey ou Augusto Willemssen-Díaz, Kamil Idris apparaît comme une figure centrale dans l'établissement du CIG-OMPI. À ce titre, les travaux de Ahmed Abdel-Latif et d'Oluwatobiloba Oluwayomi Moody soulignent clairement l'engagement de ce  *fils d'Afrique*  pour la protection juridique des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

<sup>801</sup> Morin, *supra* note 360.

ressources génétiques et les expressions culturelles du folklore) soient protégés, au même titre que les créations intellectuelles des ressortissants des pays développés<sup>802</sup>.

Dans le même temps, l'OMPI pouvait, grâce à la création du CIG, se requalifier comme une institution pertinente en matière de propriété intellectuelle. En 1996, déjà anxieuse de l'ombre que lui faisait désormais l'OMC, elle s'était précipitée de conclure avec celle-ci un accord par lequel elle serait l'organisation multilatérale compétente pour fournir de l'assistance technique aux pays en développement, relativement à la mise en œuvre de l'Accord sur les ADPIC. De même, elle avait veillé à conduire les négociations pour l'adoption du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur (WCT)<sup>803</sup> et du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT)<sup>804</sup> (désignés conjointement comme les "traités Internet"<sup>805</sup>), une manière d'affirmer son leadership sur des disciplines qui n'étaient pas encore rentrées dans le champ d'expertise de sa puissante rivale, l'OMC<sup>806</sup>.

On voit ainsi qu'à travers la construction d'une plateforme devant impulser la création d'un droit relatif à la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, la place de la reconnaissance est centrale, aussi bien pour les États que pour les organisations internationales investies dans ce cheminement. Elle est l'arrière-plan éthique qui motive leur agir et se présente comme un moyen de faire justice aux détenteurs de ces connaissances. Il reste à déterminer si le CIG-OMPI, du fait de sa structure, de son mode de fonctionnement et du modèle de protection qu'elle envisage, participe également à assurer la justice environnementale.

---

<sup>802</sup> Abdel-Latif, *supra* note 784 à la p 20.

<sup>803</sup> *Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 20 décembre 1996 (entré en vigueur le 6 mars 2002).

<sup>804</sup> *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 20 décembre 1996 (entré en vigueur le 20 mai 2002).

<sup>805</sup> Ces deux traités établissent des normes internationales dont l'objet est d'empêcher l'accès non autorisé aux œuvres de l'esprit et l'utilisation de ces œuvres sur l'Internet ou d'autres réseaux numériques

<sup>806</sup> D'un point de vue théorique, on peut analyser, à partir de la théorie du champ de Pierre Bourdieu, cette approche de sécurisation de territoire (qui fait presque écho à l'occupation de territoires en période coloniale). D'après celle-ci, chaque acteur d'un champ possède un capital spécifique au départ, qui lui permet de revendiquer une position particulière. Il s'engage ensuite dans une lutte visant à s'octroyer une position dominante du champ, laquelle lui garantirait des avantages de nature symbolique ou matérielle. Dans le cas d'espèce, l'OMPI, à travers son engagement favorable pour la création du CIG – en sus du pedigree de son directeur général d'alors, Kamil Idris (ressortissant d'un pays africain en développement) – a tenté de récupérer dans le champ de la propriété intellectuelle, la position dominante que lui a ravi l'OMC. Sa légitimité est davantage renforcée qu'elle réussira dans les années à venir, à tirer d'importants moyens financiers de la rente que constitue l'enregistrement des brevets.

## 1.2 Fonctionnement du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI

Le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI (CIG-OMPI) s'est réuni pour la première fois du 30 avril au 3 mai 2001<sup>807</sup>. Sa première activité fut d'organiser son programme de travail. Dans ce contexte, une première difficulté fut d'en désigner le Président. Un premier compromis consista dans le partage de cette position entre Sergio Marchi, ambassadeur du Canada, et Chak Mun See, ambassadeur de Singapour<sup>808</sup>. Par la suite, les positions commencèrent par se polariser. D'une part, le Groupe africain suggérait l'élaboration d'un traité juridiquement contraignant pour la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions juridiques du folklore. D'autre part, des États de pays développés ont exprimé leur inquiétude relativement à la proposition du Groupe africain, affirmant qu'il n'est pas certain qu'un instrument juridique à l'échelle mondiale soit la meilleure avenue pour les PACL<sup>809</sup>. Ces pays développés soutenaient également que le CIG-OMPI devait se concentrer sur la définition de lignes directrices à valeur normative non-contraignante et tableur sur les expériences nationales des États<sup>810</sup>.

Cependant, des avancées majeures intervinrent durant le mandat du CIG-OMPI, s'étendant de 2001 à 2003. En effet, c'est au cours de cette période que des travaux ont été réalisés aux fins de reconnaître les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques comme état de l'art antérieur dans l'octroi de brevets s'en inspirant. C'est également au cours de cette période que des outils de renforcement de capacité sur la documentation relative aux savoirs traditionnels

---

<sup>807</sup> OMPI, *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle et des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et du folklore*, OMPI Doc WIPO/GRTKF/IC/1/13 au point 9, en ligne : OMPI <[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo\\_grtkf\\_ic\\_1/wipo\\_grtkf\\_ic\\_1\\_13.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_1/wipo_grtkf_ic_1_13.pdf)> (6 janvier 2018). Il faut également noter que le CIG\_OMPI a élu Petko Draganov, ambassadeur de Bulgarie, et Fayza Abounaga, ambassadeur d'Égypte, aux postes de vice-présidents.

<sup>808</sup> Wend Wendland, *The evolution of the IGC from 2001 to 2016: An insider's perspective*, in Daniel F Robinson, Ahmed F Abdel-Magid et Pedro Roffe, dir *Protecting traditional knowledge : the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, London, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2647688>>.

<sup>809</sup> Dans ce contexte, les États-Unis d'Amérique feront valoir que « l'élaboration d'un nouveau régime type de propriété intellectuelle aux fins de la protection des savoirs traditionnels, [...] ne semble pas être le mieux adapté aux besoins des détenteurs de ces savoirs [...]. De plus, il y a tant d'attentes, d'objectifs et de systèmes autochtones différents dans la conception de la propriété et de l'atteinte à la propriété qu'un système utile et global applicable sera quasiment impossible à mettre en place. Une conception "taille unique" pourra être interprétée comme un manque de respect envers les coutumes et les traditions locales », OMPI, *supra* note 791, au point 49.

<sup>810</sup> Wendland, *supra* note 808 à la p 36.

et des clauses contractuelles sur les enjeux de propriété intellectuelle posés par l'accès aux ressources génétiques furent développés. À la même époque, le CIG-OMPI, à la demande de la CDB, conduisit une étude technique sur la divulgation de l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets<sup>811</sup>.

Malgré ce qui pouvait alors être perçu comme une avancée dans ses tâches, certains pays en développement commenceront à manifester leurs inquiétudes quant à l'intérêt des documents, certes à forte valeur pragmatique<sup>812</sup>, que produisait le CIG-OMPI. De fait, plusieurs d'entre eux trouvaient que les débats se compliquaient, et que la documentation produite était verbeuse. Par ailleurs, certaines ONGs soupçonnaient que ce travail de création de documents pratiques sur la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions du folklore ne soit qu'une manœuvre visant à détourner l'attention du CIG-OMPI de la mission dont elle avait été investie<sup>813</sup>. En face, plusieurs représentants de pays développés étaient toujours très peu convaincus de la pertinence d'une institution comme le CIG-OMPI, qui semblait s'embarquer dans une sorte de ré-imagination de tout le système de propriété intellectuelle. Or, soutenaient-ils, le CIG-OMPI n'avait pas encore réglé les questions essentielles de leur point de vue, à savoir les objectifs de la protection des ressources génétiques, savoirs traditionnels et expressions culturelles du folklore, l'objet de la protection et l'étendue des droits à accorder, ainsi que la nature des bénéficiaires<sup>814</sup>.

Dans ce contexte de crise qui menaçait d'entamer l'existence même du CIG-OMPI, l'Assemblée générale de l'OMPI convint d'un nouveau mandat biennuel (de 2004 à 2005) couvrant en particulier les questions jusque-là débattues, sans préjudice de celles discutées dans d'autres forums, et sans qu'il ne soit exclu la possibilité des instruments juridiques en résultant<sup>815</sup>. Ce compromis fragile ainsi arraché, aux termes d'une formulation fortement précautionneuse dans

---

<sup>811</sup> *Ibid.*

<sup>812</sup> En effet, les statistiques chiffrent à environ 80, les documents produits par le CIG-OMPI en Juillet 2003. *Ibid* à la p 37

<sup>813</sup> *Ibid.*

<sup>814</sup> Il est particulièrement intéressant de relever qu'une année plus tard, en 2004, les États-Unis renouvelleront cet argument, en faisant valoir qu'« Il faut tout d'abord établir des objectifs. L'étape suivante consiste à répondre aux questions de fond : que cherche-t-on exactement à protéger? Comment définir les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles ? Comment établir la distinction entre les deux? Qui peut revendiquer la titularité des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles? Quant aux objectifs, ils peuvent inclure la protection culturelle, des avantages financiers et non financiers ainsi que la préservation de savoirs ou de secrets ». Voir *infra* note 801 au paragraphe 218.

<sup>815</sup> *Ibid.*

l'établissement du deuxième mandat du CIG-OMPI, avait néanmoins une finalité stratégique. En insistant sur l'absence de préjudice de discussions similaires tenues dans des forums autres que le CIG-OMPI, les États des pays en développement s'étaient ainsi assuré que les représentants des pays développés ne les empêcheraient d'envisager les mêmes débats à l'intérieur d'autres arènes où ils se sentent moins influents, notamment au Conseil de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC<sup>816</sup>.

En pratique, à partir de 2004, la tâche se compliquera davantage pour le CIG-OMPI. En effet, il s'était posé la question de savoir s'il fallait définir *a priori* la nature juridique des résultats de ses travaux ou plutôt s'il fallait simplement travailler sur les questions de fonds qui justifiaient sa création. Il s'était également posé la question de savoir si le CIG-OMPI devait directement s'atteler à travailler sur des articles ayant une valeur juridique contraignante ou s'il fallait essayer de s'accorder sur les objectifs et les principes d'un instrument ayant une telle valeur juridique<sup>817</sup>. Pour résoudre ces questions, les documents sur les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles du folklore produits par le CIG-OMPI étaient formulés de sorte à comprendre des options juridiques et des options politiques, ainsi que des objectifs de politique et des principes directeurs généraux, une manière de satisfaire les vues opposées en présence.

La crise atteindra son paroxysme lorsqu'en juin 2005, le Secrétariat de l'OMPI introduit des projets d'articles sur les savoirs traditionnels et les expressions culturelles du folklore, donc des dispositions de fond en plus des objectifs de politique et des principes directeurs généraux pour la protection de ces savoirs et expressions du folklore. Il s'agissait là pour le Secrétariat de l'OMPI de contribuer à l'avancement du mandat du CIG-OMPI, en suggérant des éléments concrets autour desquels les discussions se dérouleraient, avec l'espoir d'atteindre un consensus. Cependant, cette approche sera fortement critiquée, le Secrétariat de l'OMPI étant accusé d'outrepasser son mandat et de faire preuve de partialité. Par exemple, les États-Unis manifesteront leur vive préoccupation face aux « mesures récentes susceptibles d'être interprétées comme une tentative de parvenir prématurément à un consensus au sein du comité sur une certaine approche, à savoir l'adoption

---

<sup>816</sup> On perçoit ainsi comment le besoin de reconnaissance meut le développement de règles dans les champs de la biodiversité et de la propriété intellectuelle. En écho à la perspective constructiviste de cette thèse, la décision de l'Assemblée générale de l'OMPI qui a reconduit le travail du CIG-OMPI, constitue une preuve de surcroît que le droit international est le fruit de luttes entre des acteurs soutenant des visions du monde différentes.

<sup>817</sup> OMPI, *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, OMPI Doc WIPO/GRTKF/IC/6/14 (6 janvier 2018), 6<sup>e</sup> session, en ligne : OMPI < [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo\\_grtkf\\_ic\\_6/wipo\\_grtkf\\_ic\\_6\\_14.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_6/wipo_grtkf_ic_6_14.pdf) >.

d'un régime juridique unique applicable aux questions et préoccupations extrêmement diverses »<sup>818</sup> des États-membres de l'OMPI.

Malgré tout, le mandat du CIG-OMPI sera renouvelé pour deux ans, en 2006 et 2007. Durant cette période, l'adoption de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) légitima davantage ses travaux puisque celle-ci accordait une reconnaissance internationale à la cause autochtone. En 2009, le CIG-OMPI atteindra un moment charnière dans la mesure où pour la première fois son mandat lui commandait d'entreprendre des négociations sur la base de textes avec la perspective d'obtenir un ou des accords juridiquement contraignants pour la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions du folklore, même si le statu quo se prorogera au fil des mandats subséquents du CIG-OMPI.

Des efforts seront néanmoins déployés pour susciter entre les États Parties aux négociations en cours, une compréhension partagée des notions de « domaine public » et des connaissances traditionnelles détenues secrètement ou largement disponibles. Par ailleurs, en mai 2011, ces États conviendront d'un seul texte pour les savoirs traditionnels et les expressions culturelles du folklore, et de deux textes sur les ressources génétiques, sur la base desquels les négociations se réaliseraient pour parvenir à l'adoption d'un ou des textes juridiquement contraignants<sup>819</sup>. Ils veilleront à s'accorder davantage sur le contenu de ces textes au fur des mandats subséquents, mais les oppositions entre États parties empêcheront pour la première fois, en 13 années et 28 sessions de travail, la tenue des réunions au sein du CIG-OMPI en 2015. Celles-ci reprendront en 2016 avec des discussions sur un Document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques élaboré en février 2014<sup>820</sup>.

Celui-ci établit, à la session du 3 juin 2016<sup>821</sup>, une série de dispositions relatives à la liste des termes qui seront employés dans l'instrument juridique envisagé aux termes des négociations du CIG-

---

<sup>818</sup> OMPI, *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, OMPI Doc WIPO/GRTKF/IC/8/15 Prov.2, 8<sup>e</sup> session, Genève, (6 janvier 2018), en ligne : OMPI < [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo\\_grtkf\\_ic\\_8/wipo\\_grtkf\\_ic\\_8\\_15\\_prov\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_8/wipo_grtkf_ic_8_15_prov_2.pdf) >.

<sup>819</sup> Wendland, *supra* note 808 à la p 44.

<sup>820</sup> OMPI, *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Deuxième version révisée du document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques* (7 février 2014) WIPO/GRTKF/IC/30/4, en ligne : OMPI < [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo\\_grtkf\\_ic\\_26/wipo\\_grtkf\\_ic\\_26\\_ref\\_facilitators\\_document\\_rev\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_26/wipo_grtkf_ic_26_ref_facilitators_document_rev_2.pdf) >.

<sup>821</sup> OMPI, *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Deuxième version révisée du document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources*

OMPI. Il contient également un projet de préambule qui souligne que cet instrument vise à « [Contribuer à la prévention de l'appropriation illicite de ressources génétiques, [leurs dérivés] et [des savoirs traditionnels associés à des ressources génétiques.]] »<sup>822</sup>. Il se continue par une série d'articles dont la rédaction se caractérise par de nombreuses mises en crochet, preuve que leur formulation ne fait pas encore consensus. C'est donc sur la base de ce document que les négociations se poursuivront durant le mandat 2018-2019 jusqu'à, espèrent les États parties, l'adoption de l'instrument juridique qui justifie leur mobilisation depuis 18 ans désormais.

Une lecture rétrospective du fonctionnement du CIG-OMPI force à s'interroger si le soutien dont il bénéficie de la part des États des pays développés ne constitue pas en réalité une manœuvre visant à garder leurs partenaires des pays en développement dans l'illusion que leurs priorités sont prises en compte alors que dans les faits, ceci ne ressortit pas véritablement de leurs intérêts<sup>823</sup>. À tout le moins, son fonctionnement révèle une certaine contradiction, voire une sorte de conflits d'intérêts caractérisée par le fait que les États des pays en développement ont choisi d'y lutter contre la biopiraterie, alors que l'OMPI est plus ou moins « idéologiquement programmée » pour soutenir le système du brevet. De fait, elle tire l'essentiel de ses revenus des frais perçus pour l'enregistrement des brevets, ce qui laisse présumer qu'elle ne peut *a priori*, avec toute la neutralité espérée, accueillir en son sein des projets de réforme qui nuiraient de manière significative aux intérêts des détenteurs de brevets que l'on retrouve surtout dans les pays développés. Peut-être cela justifie-t-il, au moins en partie, que les négociations du CIG-OMPI ne débouchent pas, après presque deux décennies, sur l'adoption d'un traité international juridiquement contraignant pour la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles du folklore.

---

*génétiques* ( 3 juin 2016), WIPO/GRTKF/IC/34/4, 34<sup>e</sup> sess, en ligne : OMPI < [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo\\_grtkf\\_ic\\_34/wipo\\_grtkf\\_ic\\_34\\_4.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_34/wipo_grtkf_ic_34_4.pdf) >.

<sup>822</sup> *Ibid* à la p 7.

<sup>823</sup> Ainsi que le soutiendra Ahmed Abdel-Latif, « Quickly, developing countries started to realize that a key motivation for developed countries in agreeing to the IGC's creation was to use its existence to 'sanitize' and 'quarantine' genetic resources and patent related issues and the tensions they raised from the mainstream of patent and intellectual property discussions ». Abdel-Latif, *supra* note 784 à la p 25.

## II. De la caractéristique « sui generis » des lois développées par le CIG-OMPI : fruit d'un discours dominant ?

Il n'est pas impertinent de souligner, à cette étape de notre analyse, que les projets de textes internationaux développés au CIG-OMPI sont des lois *sui generis*. Il s'agit donc de projets de loi « de leur propre genre », car l'objet de leur protection est d'une singularité telle que celle-ci empêche de la classer dans une catégorie déjà connue<sup>824</sup>.

Comment en est-on arrivé à la valorisation de l'option « sui generis » comme modèle approprié pour la protection des ressources génétiques, des connaissances traditionnelles et des expressions culturelles traditionnelles ? La présente section propose d'élucider cette situation. Elle soutient l'hypothèse que le discours *sui generis* provient d'abord d'une pratique des États et des organisations internationales qui a une longue préséance sur l'avènement du CIG-OMPI (2.1). Cependant, pour la protection des savoirs traditionnels que nous abordons dans le cadre de cette thèse, c'est véritablement un discours expert qui conduira à son institutionnalisation définitive (2.2).

### 2.1 L'initiative des États et des organisations internationales avant l'établissement du CIG-OMPI

On peut retracer les origines de l'exigence de ce type particulier de lois dans l'historique des négociations de l'OMPI.

D'une part, l'idée de ces lois *sui generis* tire son origine du contexte des discussions préalables pour la protection du folklore, qui avaient eu lieu dès les années 1960 aussi bien à l'OMPI qu'à l'Organisation des Nations pour l'Éducation, la Science et la Culture (UNESCO)<sup>825</sup>. En effet, des États africains avaient présenté des demandes visant à obtenir une modification de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (ci-après Convention de Berne), de

---

<sup>824</sup> En effet, le terme « Sui generis » qualifie « une situation juridique dont la nature singulière empêche de la classer dans une catégorie déjà connue ». Voir dans ce sens Raymond Guillien et Jean Vincent, *Lexique des termes juridiques*, 16. éd, Paris, Dalloz, 2007.

<sup>825</sup> Surinder Kaur Verma, « Protecting Traditional Knowledge : Is a Sui Generis System an Answer ? » (2004) 7:6 The Journal of World Intellectual Property 765–805 à la p 771.

manière que celle-ci tienne compte des expressions culturelles du folklore. Ces demandes ne furent pas satisfaites, malgré la modification en 1967 de la Convention de Berne. En revanche, elles aboutiront en 1982 à l'adoption de *Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres formes d'action préjudiciable*<sup>826</sup>. En 1984, l'OMPI et l'UNESCO réuniront un groupe d'experts chargés de préparer un projet de convention internationale pour la protection juridique du folklore, sur la base des Dispositions types de législation nationale ; mais cette initiative échouera du fait de la résistance de plusieurs participants qui la considèrent prématurée.

Une première évolution interviendra lorsqu'en 1996, l'article 2 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes (WPPT) citera parmi les « "artistes interprètes ou exécutants", les acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent, interprètent ou exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques ou des expressions du folklore »<sup>827</sup> [nous soulignons]. Une année plus tard, un forum tenu à propos de la protection du folklore soulignera l'absence d'instrument juridique international y afférente et le fait que le régime juridique du droit d'auteur est inadéquat pour assurer une telle protection<sup>828</sup>. Un tel constat laissait la porte ouverte à l'innovation juridique, qui se traduira plus tard par l'élaboration de lois *sui generis* sur les expressions du folklore dans le cadre de l'OMPI.

D'autre part, l'idée de lois *sui generis* pour la protection juridique des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles du folklore résulte de l'histoire de l'Accord sur les ADPIC. En effet, face au discours hégémonique de la lutte contre la piraterie qui a légitimé son adoption, les États des pays en développement ont opposé un discours contestataire, celui de la biopiraterie. Ils saisiront l'opportunité offerte par les termes même de l'Accord sur les ADPIC, notamment que « les Membres [de l'OMC] prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens », pour

---

<sup>826</sup> OMPI-UNESCO, *Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres formes d'action préjudiciable*, 1985, (18 janvier 2018) en ligne : OMPI < [http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file\\_id=184668](http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=184668) >.

<sup>827</sup> Article 2-a) du *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, *supra* note 788.

<sup>828</sup> Abdel-Latif, *supra* note 784 à la p 12.

réactiver leur contestation contre le nouveau système de propriété intellectuelle alors institué par l'Accord de Marrakech<sup>829</sup>.

On voit ainsi que l'option pour le type *sui generis* des projets de loi développés par le CIG-OMPI n'a pas été prise *ex nihilo*, mais est, au contraire, est historiquement déterminée. La formule que Jean-Frédéric Morin utilise pour analyser cette situation est particulièrement évocatrice :

[...] le discours qui critique le régime des brevets en s'appuyant sur la Convention sur la diversité biologique a repris les arguments du discours hégémonique, l'a adapté et le relance aujourd'hui en guise de riposte. 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<sup>830</sup>.

Cependant, en tant que source du droit international, contribuant par ailleurs à la formation des faits scientifiques, c'est la doctrine juridique qui contribuera véritablement à institutionnaliser l'idée des droits *sui generis* pour la protection des ressources génétiques, des connaissances traditionnelles et des expressions culturelles du folklore.

## 2.2 Le discours de la doctrine juridique

Le discours de la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources par le truchement de lois *sui generis* s'est surtout renforcé grâce à une sorte d'activisme expert développé dans le milieu de la recherche juridique, ou à tout le moins en raison d'une co-construction d'une conception partagée des modalités de cette protection juridique. En effet, un groupe important d'auteurs a investi le champ à l'interface des questions de biodiversité et de propriété intellectuelle, parallèlement aux événements étatiques et aux manifestations des acteurs de la société civile et des groupes autochtones, pour apporter leur contribution au sujet. Leurs arguments concordent avec celui avancé par les États des pays en développement et soutient que le droit des brevets est inadéquat pour protéger ces connaissances traditionnelles. Les paragraphes qui suivent proposent

---

<sup>829</sup> Morin, *supra* note 360 à la p 161.

<sup>830</sup> *Ibid* à la p 151. Peu avant cette analyse, Jean-Frédéric Morin fait remarquer le caractère « curieux » de l'initiative prise par les États des pays en développement, qui pour légitimer leur discours contestataire, le fonde sur « des principes soi-disant universels », au nombre desquels « le respect de la propriété d'autrui », en l'occurrence, celle des PACL.

d'exposer l'un après l'autre ces arguments, qui se nourrissent les uns des autres comme par un effet « boule de neige ».

### **2.2.1 L'argument de la production des savoirs traditionnels dans un cadre communautaire**

La position doctrinale majoritaire est que si un régime *sui generis* est nécessaire pour la protection juridique des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, c'est parce que ces connaissances sont produites dans le contexte de « communautés ». Aussi, y a-t-il lieu de parler davantage de « détention » parce que le concept de *propriété* serait lui-même étranger aux PACL. Il en résulte donc qu'aucun membre de la « communauté » ne peut se prévaloir, à titre exclusif, d'être le créateur d'un savoir traditionnel sur les vertus d'une plante ou d'une partie d'animal. Ainsi que l'explique Albane Geslin :

[...] pour les populations autochtones, les objets ne deviennent que rarement des choses [...]. De ce fait, ces sociétés ne se sont pas engagées dans un processus de réification de la nature [...]. Les peuples autochtones entretiennent avec leur environnement une véritable synergie, ils vivent dans un continuum entre les choses et les personnes. Les connaissances traditionnelles sont intimement liées aux ressources et aux lieux sur lesquels elles portent, lesquels sont eux-mêmes intimement liés aux êtres qui vivent de ces ressources [...]. L'espace et les ressources qui s'y déploient sont non seulement sacralisés, mais également bien souvent humanisés [...]. En outre, ces sociétés pensent le « nous » là où nous pensons le « je » ; les personnes ne se vivent pas comme des individus uniques, mais comme les membres unis dans un même ensemble social composé d'êtres humains, d'esprits (ancêtres, forces telluriques) et d'objets [...] <sup>831</sup>.

Dès lors, l'idée de breveter les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques est difficilement admissible, une fois passée au crible des théories permettant de justifier l'existence des lois sur le brevet<sup>832</sup>. En l'occurrence, la théorie du droit naturel ou droit de propriété qui considère qu'un inventeur devrait avoir sur son idée un droit de propriété paraît être en contradiction avec la réalité selon laquelle les PACL vivraient dans un rapport d'harmonie avec la

---

<sup>831</sup> Albane Geslin, « La protection internationale des peuples autochtones: de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative » (2011) 56 Annuaire Français de Droit International 658–687 à la p 682.

<sup>832</sup> Bernard Remiche et Vincent Cassiers, *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Bruxelles, Larcier, 2010 à la p 38.

nature, puisque celui-ci est incompatible avec la logique marchande sous-jacente au système de propriété intellectuelle institué par l'Accord sur les ADPIC. Considérant également ce rapport d'harmonie avec la nature, il devient évident que le brevet n'est pas l'outil le plus adéquat pour protéger les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. En effet, celles-ci apparaissent comme étant aux antipodes du progrès technique et du développement économique<sup>833</sup> que le brevet favoriserait.

Par ailleurs, la théorie de la rémunération, qui veut qu'un inventeur ait le droit d'obtenir une contrepartie des services qu'il rend à la société en réalisant son invention et en la rendant publique s'arrime mal, *a priori*, avec la façon dont est appréhendée les savoirs traditionnels. Ceci est davantage vrai, lorsqu'on considère le caractère holistique de ces savoirs : ceux-ci ne sont pas que des éléments distincts d'un système cognitif que l'on peut morceler à des fins commerciales – à l'instar des inventions brevetables –, mais un ensemble indivisible, structuré autour de valeurs morales et parfois de croyances spirituelles, par essence supérieures aux attentes matérielles incarnées par les redevances découlant d'une titularité du brevet.

C'est aussi pour les mêmes raisons que la théorie du contrat<sup>834</sup> échoue également à prendre en compte l'épistémologie de la production « communautarisée » des savoirs traditionnels : les « communautés » qui les produisent ne pensent pas ces savoirs comme des biens marchands qui devraient créer de la valeur monétaire pour elles.

C'est donc en tenant compte de toutes ces justifications que de nombreux auteurs de la doctrine juridique ont fait la promotion d'un système de droit *sui generis* pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Mais ce ne sont pas les seules raisons qui motivent l'approche ainsi privilégiée.

---

<sup>833</sup> Selon Remiche et Cassiers, « La théorie de l'encouragement de l'invention met au premier l'intérêt de la société et considère que la protection de l'inventeur contenue dans le brevet est un moyen d'encourager le progrès technique et économique. *Ibid.*

<sup>834</sup> Au nom de cette théorie, on pense que le brevet est une sorte de contrat que la société fait avec un inventeur auquel il est reconnu l'exclusivité de l'exploitation du brevet pour une période déterminée, en contrepartie de la divulgation de l'invention protégée. *Ibid.*

### **2.2.2 L'argument de la personnalité juridique des PACL**

La doctrine juridique majoritaire soutient également l'option *sui generis* pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, en employant l'argument de la personnalité juridique des PACL. En vertu de celui-ci, le brevet est un instrument qui correspond peu à la nature de ces savoirs parce qu'il vise davantage à valoriser la production d'un inventeur individualisé, identifiable, et non de toute une communauté. Or, étant donné que tous les PACL sont – virtuellement – détenteurs des connaissances traditionnelles, il serait contre-productif de rechercher à identifier des dépositaires individuels qui seraient désignés titulaires. Derrière cet argument, il y a un souci de protéger l'ordre communautaire : de fait, en revisitant le défi de la définition du concept de « communauté autochtone ou locale » tel qu'il apparaît dans le Protocole de Nagoya, on sait désormais quels risques de déstabilisation sociale peuvent s'attacher au fait de chercher à récompenser un seul détenteur de connaissances traditionnelles contre l'ensemble des autres membres de sa communauté.

Par ailleurs, l'argument de la personnalité juridique acquiert davantage de légitimité lorsqu'on prend en considération la circonstance selon laquelle les mêmes connaissances traditionnelles peuvent être partagées par plusieurs communautés, parfois géographiquement éloignées. De sorte que la question qui se pose ici est celle de savoir ce qui justifie que ce soit un membre de PACL situé sur le territoire A qui détiennent un brevet, plutôt qu'un autre issu de la communauté B situé sur un territoire plus ou moins éloigné de A.

Pour s'éviter les troubles auxquels conduit l'application d'un régime de propriété intellectuelle si étranger aux cultures des PACL, il semblait nécessaire d'imaginer à leur bénéfice un régime plus adapté, en l'occurrence, un régime *sui generis*.

### **2.2.3 La double confusion à propos du prédicat « traditionnel » et de la production incrémentale des connaissances des PACL et les travers de la notion de « domaine public »**

Une raison supplémentaire qui a justifié les suggestions de protection par des lois *sui generis* par plusieurs auteurs de la doctrine juridique est qu'il y a eu un malentendu – ou à tout le moins une

exploitation stratégique – à propos du prédicat « traditionnel » attaché aux connaissances des PACL. Ainsi que nous l’avons démontré dans le chapitre premier de cette thèse<sup>835</sup>, c’est dans le champ scientifique de l’ethnobiologie que se sont construits le paradigme du caractère traditionnel des connaissances des PACL d’une part ; et de l’autre, l’idée de leur production par ajout progressif à un palier de savoirs traditionnels, d’autres savoirs traditionnels<sup>836</sup>. Or, il n’est pas certain que de tels niveaux de nuance aient été diffusés de façon neutre dans les autres cercles scientifiques et dans la société de façon générale.

Un exemple de la fécondité d’une telle acception du paradigme du *traditionnel* est qu’il permettra de structurer le discours sur les limites de la planète. De fait, au fur et à mesure des crises environnementales dans les années 60 qui déclenchent la rédaction des œuvres scientifiques militantes pour la protection de l’espace naturel telles que *Silent Spring* de Rachel Carson<sup>837</sup>, le modèle supposément *traditionnel* (donc non moderne) de vie des communautés non engagées dans un rapport utilitaire de la nature commence par séduire. Aussi, sera-t-il central dans l’ouvrage *A Blueprint for Survival*<sup>838</sup> publié en 1972, un texte particulièrement influent, rédigé principalement par Edward Goldsmith et Robert Allen en collaboration avec John Davoll et Sam Lawrence, leaders de Conservation Society, et de Michael Allaby. En effet, ces auteurs annoncent, en s’appuyant sur des statistiques du Population Council, que la population mondiale serait de 15,5 milliards d’habitants en 2040. Or, selon eux, un changement radical est nécessaire dans la mesure où l’augmentation de la population mondiale et le taux de consommation de celle-ci perturbent les écosystèmes, conduisent à l’épuisement des ressources et sapent les fondements même de la survie sur terre. Ils recommandent donc, entre autres choses, que les êtres humains vivent dans des communautés de tailles réduites, décentralisées et désindustrialisées. Les raisons évoquées au soutien de leur thèse sont, entre autres choses, que la réduction d’une population dans une région entraîne une réduction de leur impact environnemental. Leurs analyses sont basées sur un modèle intégrant des sociétés tribales dont on prétendait qu’elles étaient caractérisées par leurs petites communautés à l’échelle de l’homme, des technologies à faible impact, des contrôles de population réussis, une gestion durable des ressources, des visions du monde holistiques et

---

<sup>835</sup> Voir *supra* le paragraphe I de la section I du premier chapitre de cette thèse, sur le discours du champ science de l’ethnobiologie.

<sup>836</sup> *Ibid.*

<sup>837</sup> Rachel Carson, *Silent spring*, Boston, Houghton Mifflin, 1962.

<sup>838</sup> Edward Goldsmith et al, *A blueprint for survival*, Houghton Mifflin Boston, 1972.

écologiquement intégrées et un haut degré de cohésion sociale, de santé physique, de bien-être psychologique et d'accomplissement spirituel de leurs membres<sup>839</sup>.

Il semble que curieusement, une partie de la doctrine juridique s'appuiera sur la « vérité » produite du caractère incrémental et traditionnel des connaissances des PACL – mais visiblement, seulement partiellement – pour suggérer un modèle de protection juridique qui correspond à la figure du « bon sauvage » ainsi créée par les ethnobiologistes. Une fois de plus, étant donné la spécificité culturelle des PACL, il était évident que le régime du droit des brevets découlant de l'Accord sur les ADPIC apparaissait inadéquat, créant ainsi l'opportunité pour l'élaboration de lois *sui generis* plus adaptées.

Par ailleurs, l'option des lois *sui generis* pour la protection juridique des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques s'est imposée lorsqu'il est apparu que les conditions matérielles prévues par l'Accord sur les ADPIC pour l'octroi de brevets étaient hostiles à la reconnaissance de ces connaissances. C'est le concept de « domaine public » qui permet de comprendre cette « exclusion » des savoirs des PACL que provoque le système de propriété intellectuelle en vigueur.

En effet, notant que les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques sont produits dans un cadre communautaire, de façon incrémentale par les PACL pour une part, et que ces savoirs, en raison de leur caractère traditionnel, sont anciens, une conclusion évidente vis-à-vis de la propriété intellectuelle a été tirée. En vertu de celle-ci, ces savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques font partie du domaine public, c'est-à-dire du fonds de connaissances disponibles qui ne peut plus faire l'objet d'une appropriation exclusive<sup>840</sup>.

Or, une telle assimilation a également eu pour effet de faire échouer *de facto* ces connaissances au test de la nouveauté de l'invention, tel que requis par les droits nationaux pour l'octroi du brevet. En effet, aux termes de l'article 27-1) de l'Accord sur les ADPIC, « 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 » [Nous soulignons]. Ainsi, si les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques sont de longue date partie au

---

<sup>839</sup> A Blueprint for Survival, The Ecologist Vol. 2, No. 1.

<sup>840</sup> Nous verrons dans les développements subséquents qu'un effort de nuance a été réalisé à propos du concept de « domaine public », non seulement à l'OMPI, mais encore dans la doctrine juridique.

domaine public (et donc pas nouveaux), il n'est plus besoin de les passer au crible des autres critères de brevetabilité. De surcroît, d'autres considérations liées au brevet justifient, selon la doctrine majoritaire, l'option *sui generis*.

#### **2.2.4 L'argument des obstacles pratiques à la brevetabilité des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques**

L'option des lois *sui generis* pour la protection juridique des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques s'imposera enfin pour une grande majorité de la doctrine juridique à la faveur de considérations pratiques liées à la différence entre la nature de ces savoirs et le système de propriété intellectuelle.

La première est relative à la nature orale sous laquelle les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques se présentent, et qui les rend inéligibles à la protection par brevet, puisque la plupart des grands offices de brevet n'accordent que peu d'importances aux savoirs qui ne sont pas consignés dans un document écrit<sup>841</sup>.

La seconde considération pratique est liée à la durée de protection offerte par le droit des brevets, qui est fixée à un seuil minimal de vingt ans par l'Accord sur les ADPIC<sup>842</sup>. Aussi, plusieurs auteurs ont-ils inféré que le brevet n'était pas l'instrument le plus approprié pour les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. En effet, pour eux le caractère incrémental de leur production et de leur transmission à travers les âges invite à imaginer un système de protection plus permanent, ou à tout le moins, plus étendu que la durée de vingt années, offerte par la plupart des régimes de brevets.

La dernière considération pratique est relative au fait que les demandes de brevets impliquent une expertise juridique et des moyens financiers qui sont largement au-dessus des capacités des PAUL<sup>843</sup>. Il faut également ajouter à cette problématique la difficulté qui résulte de la poursuite

---

<sup>841</sup> Chidi Oguamanam, « The protection of traditional knowledge: towards a cross-cultural dialogue on intellectual property rights » (2004) 1:15 Australian Intellectual Property Journal à la p 35.

<sup>842</sup> En effet, l'article 33 de l'Accord sur les ADPIC pose que « La durée de la protection offerte ne prendra pas fin avant l'expiration d'une période de 20 ans à compter de la date du dépôt ».

<sup>843</sup> D'après Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux, « Il est bien entendu difficile de donner la moyenne du coût d'acquisition d'un brevet puisque cela dépend du travail qui sera effectué et du nombre de pays dans lesquels une protection sera recherchée.

judiciaire de l'appropriation illicite de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, en particulier lorsque celle-ci se réalise à l'étranger.

Au total, ces arguments développés par plusieurs auteurs de la doctrine juridique majoritaire ont donc fortement contribué à *définir* la nécessité d'un régime *sui generis* pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Il faut tenter de comprendre ce processus de construction de « vérités » scientifiques à propos des connaissances des PACL, à partir d'une approche d'histoire des sciences.

### **III. Le droit international *sui generis* pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques : une science normale du droit ?**

Pour comprendre les déterminants de la définition d'un régime de droit international *sui generis* pour la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques des PACL, on peut recourir à la perspective constructiviste privilégiée comme premier axe dans le cadre de cette thèse. Ainsi que l'analyse Albane Geslin :

La posture constructive conduit, inévitablement, le juriste à [...] à admettre que lorsqu'il « décrit » une soi-disant « réalité » normative, il relaie en fait le discours de la norme, donc le discours du pouvoir, qu'il participe à la reproduction des rapports de domination qu'il instaure la norme, car [l]a théorie est performative : elle fait advenir à l'existence ce qu'elle décrit comme étant le réel. Dire et décrire, c'est en même temps prescrire [...] <sup>844</sup>.

En effet, la nécessité du régime *sui generis* analysé ici peut être considérée comme un « paradigme » au sens que lui donne Thomas Kuhn<sup>845</sup>, c'est-à-dire un ensemble de « découvertes scientifiques universellement reconnues qui, pour un temps, fournissent à un groupe de chercheurs des problèmes types et des solutions »<sup>846</sup>. En effet, ainsi que celui-ci l'explicite un peu plus loin :

Si la science est l'ensemble des faits, théories et méthodes rassemblés dans les ouvrages courants, alors les savants sont des hommes qui, avec ou sans succès, se sont

---

On peut néanmoins avancer que le coût moyen d'une demande de brevet en France varie entre 1 500 et 2 000 euros, mais une protection assez large au niveau mondial peut aisément atteindre et dépasser 30 000 à 40 000 euros ». Voir Jacques Azéma et Jean-Christophe Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, 7e éd, Paris, Dalloz, 2012 à la p 122.

<sup>844</sup> Albane Geslin, « La recherche en droit international de la reconnaissance: quelle (s) posture (s) épistémologique (s)? » [2017] aux pp 7-8., citant Didier Eribon, *Principes d'une pensée critique*, Paris, Fayard, 2016 à la p 151.

<sup>845</sup> Voir *supra* note 252.

<sup>846</sup> Kuhn, *supra* note 31 à la p 10.

efforcés d'ajouter tel ou tel élément à cet ensemble particulier. Le développement scientifique devient le processus fragmentaire par lequel ces éléments ont été ajoutés, séparément ou en combinaison, au fond commun en développement continu qui constitue la technique et la connaissance scientifiques<sup>847</sup>.

De fait, le discours de la doctrine majoritaire à propos du régime *sui generis*, en tant que savoir juridique<sup>848</sup>, résulte de l'agrégation de plusieurs « vérités scientifiques » construites<sup>849</sup> dans divers champs disciplinaires. Ce discours doctrinal a puisé, au fur et à mesure des luttes pour la reconnaissance ayant conduit à l'article 5(5) du Protocole de Nagoya et des stratégies des différents acteurs pour résister au déni identitaire qu'ils (ou que leurs protégés, en l'occurrence les PACL) subissaient, les arguments nécessaires pour défendre la nécessité d'une réglementation spécifique pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. C'est qu'en fait, la « [...] science normale, [en tant qu'] activité au sein de laquelle les scientifiques passent inévitablement presque tout leur temps, est fondée sur la présomption que le groupe scientifique sait comment est constitué le monde ». Dans le cas d'espèce, les scientifiques abordant la protection juridique des savoirs traditionnels ont repris dans leurs analyses des préjugés – « structurels », pour reprendre l'expression de Martti Koskenniemi – sur les détenteurs de ces connaissances traditionnelles, leurs modes de vie prétendument harmonieux avec la nature, et à propos du fait que l'épistémologie de leur production se distingue foncièrement de la logique capitaliste qui caractérise le brevet<sup>850</sup>.

Par la suite, pendant leur processus de maturation, les juristes ayant abordé ce champ disciplinaire ont simplement reproduit les habitudes intellectuelles – le paradigme – qui veut que la protection *sui generis* soit le modèle naturel privilégié pour penser cette protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Il est ici important de souligner qu'une telle interprétation n'a rien de péjorative, dans le sens qu'elle ne vise pas à affirmer que tous les universitaires qu'on peut identifier comme partisan du discours doctrinal majoritaire sur les droits *sui generis* ne font pas œuvre d'esprit critique ou d'innovation dans leur approche de la question juridique qui se pose ici.

---

<sup>847</sup> *Ibid* à la p 16. Voir aussi Yentcharé, *supra* note 97 à la p 262.

<sup>848</sup> Voir l'article de Vincent Forray, « La responsabilité du fait doctrinal » (2016) 118 Rev Notariat 329.

<sup>849</sup> Bruno Latour et Steve Woolgar, *La vie de laboratoire : la production des faits scientifiques*, Paris, Éditions La Découverte, 1988.

<sup>850</sup> Voir en particulier Oguamanam, *supra* note 841.

L'œuvre de Thomas Kuhn explicite avec élégance que « la science normale n'a jamais pour but de mettre en lumière des phénomènes d'un genre nouveau [...]. Les scientifiques n'ont pas non plus pour but, normalement, d'inventer de nouvelles théories »<sup>851</sup>. Ainsi, l'abondance des analyses de juristes qui s'orientent d'emblée vers le paradigme *sui generis* est le fruit d'une réelle socialisation à un ensemble de réponses fermement intégrées à leur formation initiale qui donne accès, plus tard, à la pratique professionnelle, fût-ce dans le milieu de la recherche académique<sup>852</sup>. Dans les termes de Kuhn :

C'est parce que cette éducation est à la fois rigoureuse et rigide que ces réponses en arrivent à avoir une emprise profonde sur l'esprit scientifique et, cette emprise est une des grandes raisons de l'efficacité particulière de l'activité normale de recherche et de la direction dans laquelle elle se développe à un moment donné<sup>853</sup>.

Les théories relatives à la diffusion du savoir dans le cadre des communautés épistémiques fournissent une interprétation similaire au phénomène que nous tentons d'expliquer ici. De fait, pour Jean Frédéric Morin, les professions sont à la fois des lieux importants de socialisation et d'importants marqueurs d'identité<sup>854</sup>. Et, comme nous l'avons déjà démontré<sup>855</sup>, il y a en retour pour les juristes de la doctrine majoritaire prônant le régime *sui generis* pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, un gain en capital de reconnaissance qui consolide l'orientation que prend le domaine scientifique considéré<sup>856</sup>. Pour rester dans les limites du cadre théorique de cette thèse, il faut rappeler que ce gain en capital propre pour les auteurs du discours doctrinal majoritaire *sui generis* vise, en fin de compte, à assurer la justice et l'équité pour les PACL, cause éthiquement juste.

Or, comme dans tout domaine scientifique, l'existence sociale du paradigme *sui generis* pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques est légitimée par

---

<sup>851</sup> Kuhn, *supra* note 31 à la p 40.

<sup>852</sup> *Ibid* à la p 19.

<sup>853</sup> *Ibid*.

<sup>854</sup> Jean-Frédéric Morin, « Paradigm shift in the global IP regime: The agency of academics » (2014) 21:2 Review of international political economy 275–309 à la p 275.

<sup>855</sup> Voir ci-dessus l'exposé sur la socialisation des acteurs du champ de la protection de la diversité biologique aux instruments de Soft Law relatifs à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya, au paragraphe I de la section II du chapitre 2.

<sup>856</sup> En effet, dans notre chapitre de livre sur l'épistémologie de la production scientifique en droit, nous avons démontré comme la reconnaissance est l'un des arrière-plans éthiques possibles qui motive les juristes à contribuer à l'œuvre de construction de la science normale. Voir Yentcharé, *supra* note 97 à la p 265.

l'existence sociale d'une doctrine plus minoritaire voire marginale, dont la perspective est exposée ci-après.

#### **IV. Une voix discordante avec le discours majoritaire de la doctrine juridique**

À côté de la doctrine majoritaire promouvant l'option *sui generis* pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, s'est développé un discours bien plus marginal. Il est important de souligner ici que nous ne retraçons pas toute la littérature scientifique qui prône la modification de certains outils de propriété intellectuelle comme le droit d'auteur, le droit des marques, le secret d'affaires ou les indications géographiques comme outils pertinents pour la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques des PACL. Nous visons, celle plus isolée, qui discute le potentiel du brevet à les protéger ; tant le brevet suggère une sorte d'abjuration pour la plupart des auteurs qui tendent à l'écarter, probablement en raison des conditions ayant entouré l'exportation de cet outil de droit américain dans le système commercial multilatéral de l'OMC. Cette littérature minoritaire a été caractérisée au fil de nos lectures, en raison de la dissidence que ses porteurs faisaient vis-à-vis du discours dominant que nous avons explicité ci-dessus. Aussi, un tel défrichage se rapproche, d'un point de vue méthodologique, à une analyse de discours sans en être une *stricto sensu*, en raison même des difficultés qui sont inhérentes à cette approche<sup>857</sup>.

Dans un article intitulé *Patents and Traditional Knowledge of the Uses of Plants: Is a Communal Patent Regime Part of the Solutions to the Scourage of Bio Piracy?*, Ikechi Mgbeoji propose un cadre pour le traitement des brevets liées aux ressources génétiques des plantes. Sa thèse centrale est que, compte tenu des changements apportés aux éléments constitutifs du système des brevets, les communautés locales peuvent légitimement exploiter la malléabilité du système des brevets

---

<sup>857</sup> Morin, *supra* note 867 à la p 283. En effet, si l'analyse du discours est utile pour suivre l'intertextualité et identifier les croyances partagées, elle présente la limite de minimiser l'appréhension de la pensée d'auteurs moins prolifiques qui sont néanmoins activement impliqués dans le champ de recherche considéré. Certes, une étude plus systématique fondée sur une approche méthodologique mieux informée aurait peut-être été nécessaire pour confirmer les résultats que nous présentons dans cette section. Dans le même temps, il ne faudrait pas non plus idéaliser une telle approche, tous les outils méthodologiques ayant leurs propres limites. En tout état de cause, c'est en pleine conscience de cette limite que nous présentons cette section de notre thèse. En effet, il s'agit d'un point de départ intéressant pour identifier dans toute la littérature scientifique pertinente, un discours alternatif qui valorise le brevet pour protéger les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques.

pour protéger les connaissances bio-culturelles<sup>858</sup>. Il soutient qu'une telle approche pourrait « garantir aux communautés locales et traditionnelles un marché équitable dans la commercialisation de ces connaissances »<sup>859</sup>. Aussi, plaide-t-il pour la création de ce qu'il désigne par « système de brevets communaux sous contrôle législatif local »<sup>860</sup>. Il explicite plus précisément sa suggestion, en affirmant que :

Les peuples autochtones, avec la coopération active de leurs États respectifs, peuvent créer des régimes créatifs de brevets communautaires dans lesquels les inventions liées [aux savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques] peuvent être protégées par des brevets ou des modifications accordés aux sociétés de gestion collective ou autres groupes identifiables d'inventeurs et inventeurs locaux<sup>861</sup> [notre traduction].

Cette réflexion réalisée par Ikechi Mgbeoji en 2001 se caractérise par le fait que contrairement à ses pairs, il fait l'option du droit du brevet comme moyen potentiel pour protéger les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, sous réserve de modifications éventuelles apportées à ce régime du brevet. En plein milieu de la crise de production de médicaments génériques contre le VIH/SIDA par le Brésil en violation présumée par les États-Unis de l'Accord sur les ADPIC<sup>862</sup>, Ikechi Mgbeoji commence son étude en mettant en garde ses lecteurs sur le point que l'analyse qu'il conduit peut apparaître « radicale ou désespérée »<sup>863</sup> ; mais qu'elle se justifie dans la mesure où de son point de vue, les effets combinés de l'expansion du système du brevet – à savoir la biopiraterie des connaissances autochtones, la création de monocultures d'un point de vue génétique et la réduction de la biodiversité en raison de la poursuite des bénéfices à court terme – sont tout aussi radicaux et désespérés.

À l'instar de Ikechi Mgbeoji, Jay Erstling, dans un article intitulé *Using Patents to Protect Traditional Knowledge*<sup>864</sup>, considère que malgré quelques défis qui pourraient se poser, les brevets ont une place de choix dans la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques<sup>865</sup>. Il prend pour exemple la médecine traditionnelle chinoise dont la

---

<sup>858</sup> Ikechi Mgbeoji, « Patents and traditional knowledge of the uses of plants: Is a communal patent regime part of the solution to the scourge of bio piracy » (2001) 9 Ind J Global Legal Stud 163 à la p 164.

<sup>859</sup> *Ibid.*

<sup>860</sup> *Ibid.*

<sup>861</sup> *Ibid* aux pp 172-173.

<sup>862</sup> Voir supra note 766 en particulier sur cette affaire au Brésil, explicitée par Morin, supra note 360 aux pp 165-169.

<sup>863</sup> Mgbeoji, supra note 858 à la p 164.

<sup>864</sup> Jay Erstling, « Using Patent to Protect Traditional Knowledge » (2009) 15 Tex Wesleyan L Rev 295.

<sup>865</sup> *Ibid* à la p 331.

brevetabilité a été encouragée par le gouvernement de ce pays après l'entrée en vigueur de l'Accord sur les ADPIC<sup>866</sup>. Il achève son analyse en faisant observer que bien que tous les savoirs traditionnels ne soient pas éligibles à une protection par brevet, l'exemple de la médecine traditionnelle chinoise démontre que l'approche n'est pas superflue puisqu'elle a en pratique encouragé l'innovation dans ce pays. Aussi, suggère-t-il que des PACL pourraient prendre l'exemple chinois dans leurs tentatives de recherche de protection de propriété intellectuelle<sup>867</sup>.

En 2010, dans un second article intitulé *Making Space for Grandma: The Emancipation of Traditional Knowledge and the Dominance of Western-Style Intellectual Property Rights Regimes*<sup>868</sup>, Ikechi Mgbeoji revient à son idée développée en 2001, sur le potentiel des brevets à protéger les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Cet article paraît presque tout aussi « désespéré » que son précédent, puisque Ikechi Mgbeoji affirme que son analyse dénote d'une posture pragmatique assumée : par-delà les bonnes intentions des acteurs qui promeuvent le droit *sui generis*, il constate que le régime du brevet est si puissamment établi qu'il convient plutôt de l'exploiter au profit des PACL. Dans ce contexte, sa défense du brevet dans cette étude ne sera plus que non équivoque et particulièrement *révoltée*<sup>869</sup>.

Sophia Espinosa est aussi une auteure de cette doctrine juridique minoritaire. En effet, dans un article intitulé *Patent Law and the Protection of Traditional Knowledge*<sup>870</sup>, elle s'interroge sur le point de savoir si le régime du brevet est un système approprié pour protéger les connaissances traditionnelles. Elle conclut, comme Jay Erstling, malgré les défis qu'elle pose, la meilleure approche aujourd'hui pour protéger les savoirs traditionnels avec tout ce qu'ils représentent est d'utiliser le système actuel de propriété intellectuelle<sup>871</sup>. Précisément, elle pense que le brevet est l'outil pertinent à envisager dans cette perspective.

Un dernier auteur repéré dans la littérature dissidente de celle prônant le régime de droit (*sui generis*) est Emeka Amechi. Dans son article intitulé *Using Patents to Protect Traditional*

---

<sup>866</sup> *Ibid* aux pp 331-332.

<sup>867</sup> *Ibid* à la p 333.

<sup>868</sup> Mgbeoji, *supra* note 602

<sup>869</sup> Soit neuf ans après son premier article promouvant le brevet comme outil de protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

<sup>870</sup> Sophia F Espinosa, « Patent Law and the Protection of Traditional Knowledge » (2012) 1 NTUT J of INTEL PROP L & MGMT 159.

<sup>871</sup> *Ibid* à la p 174.

*Knowledge of Medicinal Uses of Plants in South Africa*<sup>872</sup>, Amechi a examiné les avantages et les défis liés à l'utilisation du système des brevets pour protéger les savoirs traditionnels sur les utilisations médicinales des plantes des PACL en Afrique du Sud<sup>873</sup>. Il observe à ce titre, que malgré les imperfections qui les caractérisent, les brevets peuvent offrir des mesures de protection importantes aux PACL sud-africaines, soit en empêchant que leurs connaissances fassent l'objet de biopiraterie, soit en promouvant leur commercialisation<sup>874</sup>. En particulier, à propos de la commercialisation, il cite un rapport de recherche de Graham Dutfield qui faisait valoir en 2004 que, de plus en plus, il est reconnu que la commercialisation de produits traditionnels du tiers monde, y compris les innovations contemporaines par leurs guérisseurs traditionnels, est « peut-être le moyen le plus efficace de protéger leurs traditions »<sup>875</sup>. Il poursuivra donc sa recherche sur la base de cette hypothèse, en faisant des recommandations aux PACL pour que la décision de protéger leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques soit éclairée afin de ne pas leur être, finalement, contre-productive.

Ces quelques opinions dissidentes du discours expert dominant témoignent de ce qu'en fait, dans une perspective d'histoire des sciences, le paradigme *sui generis* pour la protection des connaissances traditionnelles n'est pas encore véritablement établi. On est alors dans un champ théorique et social en quête de stabilité, où des acteurs s'efforcent par leurs contributions, de tester et d'éprouver au maximum la base de travail conventionnellement reconnue. On peut aussi faire l'hypothèse de l'émergence d'une nouvelle communauté épistémique, dont les théories contredisent frontalement le paradigme dominant selon lequel les savoirs traditionnels ne peuvent pas être protégés par le brevet.

Il est particulièrement intéressant de remarquer qu'aucun des travaux de la littérature dissidente promouvant le brevet pour la protection des connaissances traditionnelles n'est cité par ceux de la littérature dominante – et de façon générale, même pas pour critiquer leur approche. Qui plus est, en dehors d'Emeka Amechi qui cite le premier travail d'Ikechi Mgbeoji sur les brevets

---

<sup>872</sup> Emeka Polycarp Amechi, « Using patents to protect traditional knowledge on the medicinal uses of plants in South Africa » (2015) 11:1 LEAD 53-71.

<sup>873</sup> *Ibid* à la p 55.

<sup>874</sup> *Ibid* à la p 67.

<sup>875</sup> Graham Dutfield, « Developing and implementing national systems for protecting traditional knowledge: experiences in selected developing countries » [2004] *Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions* 141 aux pp 5-7; Amechi, *supra* note 872 à la p 67.

communautaires et de Jay Erstling sur le potentiel des brevets à partir de l'exemple de la médecine traditionnelle chinoise, aucun de ces auteurs dissidents ne se cite entre eux. Pourtant, il est remarquable qu'ils sont autant, porteurs de ce discours dissident, tous des chercheurs chevronnés<sup>876</sup> qui publient leurs recherches dans des revues avec comité de lecture.

Tout se passe donc comme si la doctrine juridique dissidente est *minoritaire* parce qu'elle est isolée dans la littérature. Thomas Kuhn explique cette situation par le fait qu'alors que « le nouveau paradigme indique une définition nouvelle et plus stricte du domaine de recherche [...] [, ceux] qui ne veulent ou ne peuvent pas y adapter leurs travaux doivent avancer dans l'isolement ou se joindre à quelque autre groupe »<sup>877</sup>.

Or, ainsi que nous l'avons démontré, nonobstant la croyance bien ancrée dans la communauté dominante des États (des pays en développement surtout) et des experts que l'option *sui generis* est la meilleure avenue pour la reconnaissance des PACL, il se peut que celle-ci conduise à une impasse. En effet, dans le contexte contemporain, il y a peu de chances que les projets de loi de l'OMPI sur la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles du folklore soient prochainement adoptés par les États membres, de sorte à produire l'effet juridique contraignant recherché par leur difficile négociation. Par ailleurs, même en supposant que ces projets de lois soient adoptés, il n'est pas certain qu'ils soient plus efficaces pour la sanction des droits des PACL. La raison est qu'ils ne font que reprendre les mécanismes du Protocole de Nagoya tels que le partage des avantages, l'exigence du consentement préalable donné en connaissance de cause, en s'efforçant d'ajouter les exigences de divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques (sujet qui fait difficilement l'unanimité des États participants aux négociations du CIG-OMPI). Or, ainsi que démontré dans la seconde section du chapitre 2 de cette thèse, les défis posés par le Protocole de Nagoya sont tels qu'ils n'augurent pas une véritable justice environnementale pour les PACL. Aussi, peut-il être intéressant de revisiter les possibilités suggérées par la littérature juridique dissidente sur le sujet traité.

L'exercice que nous nous proposons de réaliser dans les prochaines lignes est celui de vérifier si véritablement, les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques peuvent être

---

<sup>876</sup> À l'exception de Emeka Amechi, qui au moment de la publication de son article était chercheur postdoctoral à la Faculté de droit de l'université de Pretoria, Ikechi Mgbeoji, Jay Erstling et Sophia Espinosa sont tous des professeurs titulaires respectivement au Canada, aux États-Unis et en République d'Équateur.

<sup>877</sup> Kuhn, *supra* note 31 aux pp 34-35.

protégées par brevet. L'intérêt théorique d'une telle approche est double : dans l'hypothèse où les brevets s'avèrent réellement adéquats pour ce faire, non seulement la reconnaissance recherchée pour le compte des PACL pourrait prendre un tournant innovant, mais encore pourrait-elle précipiter l'avènement d'une « science extraordinaire », à la manière de T.S. Kuhn, qui envisage plus sérieusement le droit positif du brevet. C'est du moins le désir que manifeste cette recherche.

## **Section II : Test de brevetabilité des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques**

Tout au long de cette thèse, la posture épistémologique adoptée était davantage celle du chercheur sur le « balcon »<sup>878</sup>. Nous voudrions maintenant nous déplacer sur la « scène » du droit positif du brevet afin de tester son potentiel de protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

La première question qui se pose à l'analyste, qui s'interroge sur le point de savoir si le produit ou le procédé dont la protection est revendiquée, est de savoir si ce produit ou ce produit est une simple découverte ou plutôt une invention (I). Si cette dernière qualification est retenue, il lui faudra appliquer les critères de fond de la brevetabilité tels qu'ils résultent de l'article 27(1) de l'Accord sur les ADPIC, à savoir que l'invention doit être nouvelle (II), qu'elle implique une activité inventive (III) et qu'elle soit susceptible d'application industrielle (IV).

Dans cette section, la question qui oriente notre investigation est de savoir, à partir de quelques cas de biopiraterie, si les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques peuvent être protégées par brevet. Pour ce faire, nous prendrons tour à tour trois exemples de biopiraterie, à savoir l'affaire du *Hoodia gordonii*, l'affaire du *Guiera senegalensis* évoqués dans le chapitre 2 de cette thèse, et l'affaire de la *Quassia amara*, évoquée dans le chapitre 1. L'analyse sera réalisée à partir du droit américain du brevet et du droit du brevet européen, non seulement parce qu'il s'agit de deux des plus influents offices de brevets au monde, mais aussi parce qu'ils

---

<sup>878</sup> Ost et Van de Kerchove, *supra* note 235.

ont délivré des brevets qui ont été attaqués pour motif de biopiraterie. Nous référerons brièvement également au droit canadien afin d'évaluer si les mêmes conclusions seront dégagées ou non.

Étant donné que les affaires du *Guiera senegalensis* et de la *Quassia amara* ont déjà été exposées dans les chapitres précédents, nous ne présenterons brièvement que celle du *Hoodia gordonii* qui ne l'a été qu'en regard du traitement du défi lié à la définition de la notion de « communauté autochtone ou locale ».

Le *Hoodia gordonii* est un cactus consommé depuis des milliers d'années par les *San*, un peuple autochtone que l'on retrouve aussi bien en Afrique du Sud qu'en Angola, au Botswana, qu'en Namibie. En effet, cette plante désertique à la tige et aux feuilles gorgées d'eau était utilisée par les *San* pour s'éviter la sensation de faim durant leurs longues parties de chasse. S'inspirant de ce savoir traditionnel développé par cette communauté, et consigné dans un livre de White et Sloane<sup>879</sup>, le *Council for Scientific and Industrial Research* en Afrique du Sud a intégré l'étude du *Hoodia* dans son programme de recherche. Aussi, a-t-il conduit à partir de 1963 un projet de recherche sur les plantes sauvages comestibles de la région, de sorte à fournir des renseignements aux forces armées sud-africaines sur les plantes ayant des propriétés nutritionnelles ou plutôt toxiques, toutes choses utiles dans le cadre des opérations militaires<sup>880</sup>. Les conclusions de cette recherche aboutirent, à l'époque, à la conclusion selon laquelle le *Hoodia* est une plante comestible. Mais l'état de l'art en sciences et technologies ne permettait pas d'identifier les principes actifs contenus dans cette plante. En 1986, l'acquisition de matériel adapté permit leur identification, et à la suite de recherches confidentielles<sup>881</sup> sur les propriétés coupe-faim de cette plante désertique, une demande de brevet a été déposée par le CSIR en 1998. Par la suite, le CSIR<sup>882</sup> accorda une licence exclusive du brevet à l'industrie pharmaceutique britannique Phytopharm qui isola le gène – dit agent P57 – responsable de cet effet coupe-faim, qui elle, accorda en retour une licence à la société de produits pharmaceutiques Pfizer<sup>883</sup>. En 2001, les essais cliniques sur les

---

<sup>879</sup> White, A. et Sloane, B.L. *The Stupelieae*, Vol 111, 2<sup>e</sup> édition, Pasadena, California, 1937.

<sup>880</sup> Rachel Wynberg, « Rhetoric, Realism and Benefit-Sharing: Use of Traditional Knowledge of Hoodia Species in the Development of an Appetite Suppressant » (2004) 7 *The Journal of World Intellectual Property* (6), pp. 851-876 à la p 856.

<sup>881</sup> *Ibid.*

<sup>882</sup> Il convient de noter qu'en cette même année 1998, le CSIR a publié sa politique en matière de bioprospection, où elle s'engage à partager les bénéfices avec les détenteurs de savoirs traditionnels. Cependant, jusqu'en 2003, cet engagement n'est pas mis en œuvre dans le cadre du projet P57.

<sup>883</sup> Jay McGown, *Out of Africa: mysteries of Access and Benefit-Sharing*, Beth Burrows (eds), Edmonds Institute & African Centre for Biosafety, 2006, à la p 8.

principes actifs du *Hoodia* ont été concluants. En juillet 2002, Phytopharm a annoncé le développement de l'agent P57 sous la responsabilité de Pfizer. Cependant, en juillet 2003, Pfizer a fusionné avec Pharmacia et dissout son groupe Natureceuticals, qui avait la charge du développement de l'agent P57<sup>884</sup>.

Lorsque les San apprirent l'existence d'un brevet sur un savoir qu'ils détiennent depuis des milliers d'années, ils ont exigé de jouir des éventuels bénéfices<sup>885</sup>. Un accord en a découlé en mars 2003, et est présenté dans la littérature comme un exemple original de partage juste et équitable des avantages pouvant être tirés de la commercialisation du *Hoodia*, si un produit était fabriqué grâce à ses ressources génétiques<sup>886</sup>. Comme l'avance Rachel Wynberg, l'affaire du *Hoodia* est unique en ce sens que les titulaires du brevet (le CSIR) et les détenteurs de savoirs traditionnels (les San) ont conclu un accord mutuellement acceptable<sup>887</sup>. Cette plante était alors considérée comme un véritable trésor pour les compagnies étrangères qui ont voulu l'utiliser afin de fabriquer des produits diététiques, orientés vers une clientèle souffrant d'obésité. Cependant, en décembre 2008, Unilever, qui avait obtenu une licence l'autorisant à la développer, a suspendu ses activités, arguant que « les données suggèrent que l'utilisation de l'extrait ne satisferait pas (...) [leurs] normes d'innocuité et d'efficacité »<sup>888</sup> [notre traduction].

## I. Les inventions brevetables

### 1.1 Le régime juridique des inventions brevetables

Ainsi que le rappelle le doyen Roubier, « pour qu'on puisse parler de brevet d'invention, ne faut-il pas en premier lieu qu'on soit en présence d'une invention ? »<sup>889</sup>. Une telle interrogation, qui confine aisément à une vérité de La Palice, constitue cependant le facteur limitant de l'obtention

---

<sup>884</sup> Rachel Wynberg, *supra* note 887, à la p 857.

<sup>885</sup> Il est intéressant de relever que, lorsque la question lui fut posée, par les journalistes de « The Observer », de savoir pourquoi les San ont été exclu du partage des bénéfices, le Directeur de Phytopharm d'alors répondit qu'il pensait que ce peuple était éteint. V. Kabir Bavikatte, Harry Jonas & Johanna von Braun, « Shifting Sands of ABS Best Practice: Hoodia from the Community Perspective », 2009, en ligne <[http://www.unutki.org/default.php?doc\\_id=137](http://www.unutki.org/default.php?doc_id=137)>, page consultée le 11 juin 2014.

<sup>886</sup> *Ibid.* Voir aussi Munyi et Jonas, *supra* note 586, 217, à la p 224.

<sup>887</sup> Rachel Wynberg, *supra* note 887, à la p 853.

<sup>888</sup> Kabir Bavikatte, Harry Jonas & Johanna von Braun, *supra* note 892.

<sup>889</sup> Paul Roubier, *Le droit de la propriété industrielle*, Rec Sirey, 1954 à la p 149; Azéma et Galloux, *supra* note 843 à la p 131.

d'un brevet. Or, force est de constater que la plupart des législations sur le brevet ne proposent pas de véritable signification à la notion d'invention. Elles préfèrent réaliser une énumération de certains objets qui peuvent ou non être tenus pour des inventions<sup>890</sup>.

Dans ce contexte, c'est à la doctrine juridique qu'il est revenu d'y apporter une définition. Ainsi, alors que certains estiment que l'invention consiste dans le fait de trouver ou de concevoir quelque chose qui n'existait pas<sup>891</sup>, d'autres appréhendent « l'invention [comme] création d'ingénieur destinée à résoudre des problèmes de nature technique »<sup>892</sup>. D'autres encore soutiennent qu'il s'agit d'« un processus intellectuel, quel qu'il soit, permet[tant] d'aboutir à une innovation prenant appui sur des connaissances issues des sciences dures, quelle que soit la nature de l'effet produit. Dès lors qu'il y a « production » de ce résultat »<sup>893</sup>. Tous semblent cependant s'accorder sur la définition générique selon laquelle l'invention est une solution technique à un problème technique »<sup>894</sup>.

Une caractéristique majeure des œuvres doctrinales et des décisions de justice<sup>895</sup> qui abordent la question de la définition d'une invention est qu'elles la distinguent de la découverte. Les éclaircissements qu'apportent Jacques Azéma et Christophe Galloux sont à cet égard édifiants :

L'invention va au-delà de la découverte : la découverte ne concerne que l'opération par laquelle on ajoute des connaissances humaines tandis que l'invention suggère, au-delà de cet ajout informationnel, une destination de nature technique sinon pratique.

---

<sup>890</sup> Par exemple, l'article 52 de la Convention sur le brevet européen pose que : « (1) Les brevets européens sont délivrés pour toute invention 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.(2) Ne sont pas considérés comme des inventions au sens du paragraphe 1 notamment : a) les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ; b) les créations esthétiques ; c) les plans, principes et méthodes dans l'exercice d'activités intellectuelles, en matière de jeu ou dans le domaine des activités économiques, ainsi que les programmes d'ordinateur ; d) les présentations d'informations ». La section 100 (a) du U.S. Patent Act pose tout simplement que : « The term "invention" means invention or discovery ». Quant à la loi canadienne sur les brevets, elle paraît un tout petit plus précise puisqu'elle énumère, quant à elle, à son article 2 les éléments suivants comme constituant une invention : « réalisation », « procédé », « machine », « fabrication », « composition de matières » ou « tout perfectionnement de l'un d'eux », en précisant la nécessité qu'ils présentent les caractères « de la nouveauté et de l'utilité ».

<sup>891</sup> Thomas Braun et Paul Struye, *Précis des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle: Doctrine. Jurisprudence. Législation belge et congolaise. Conventions internationales*, Bruylant, 1935 à la p 23.

<sup>892</sup> Azéma et Galloux, *supra* note 843 à la p 131.

<sup>893</sup> Michel Vivant et Jean-Michel Bruguière, *Protéger les inventions de demain : biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, Paris, Documentation française, 2003 à la p 71.

<sup>894</sup> Azéma et Galloux, *supra* note 843 à la p 132; Rémiche et Cassiers, *supra* note 832 à la p 83.

<sup>895</sup> À cet effet, Bernard Rémiche et Vincent Cassiers citent une décision du tribunal de première instance de Mons en Belgique définit l'invention comme étant « une prestation intellectuelle aboutissant à la création d'une certaine ingéniosité dans le domaine technique ». Voir Bernard Rémiche et Vincent Cassiers, *supra* note 839 à la p 83.

En d'autres termes, par la découverte, on se contente d'ajouter aux connaissances déjà acquises, tandis qu'en inventant on apporte une solution à un problème<sup>896</sup>.

Suivant cette *summa divisio*, Bernard Remiche et Vincent Cassiers poseront qu'il y a une distinction entre le savant et l'inventeur : là où le premier se constate d'observer et de proposer un modèle explicatif à l'objet de son observation et formule éventuellement une loi, l'inventeur se sert de la loi pour créer<sup>897</sup>.

## 1.2 Les connaissances traditionnelles relatives au *Hoodia gordonii*, au *Guiera senegalensis* et à la *Quassia amara* : des inventions brevetables<sup>898</sup> ?

Dans le cadre de l'affaire du *Hoodia gordonii*, les faits tels que rapportés par plusieurs écrits de la doctrine juridique tendent à indiquer que le mode de vie des communautés San a stimulé leur créativité pour s'adapter dans l'environnement naturel aride dans lesquels ils vivaient. À ce titre, identifier que le *Hoodia gordonii* permet de supprimer la sensation de faim lors des longues parties de chasse, même aux termes d'un apprentissage continu multiséculaire, est une opération intellectuelle qui a le mérite d'ajouter au fonds de connaissances élaborées par les communautés San. Aussi, se rapproche-t-elle davantage d'une découverte, puisqu'ici l'activité humaine est davantage « réceptrice » que « productive »<sup>899</sup>.

Il n'est pas impertinent de rappeler ici le caractère polysémique de l'expression « biopiraterie »<sup>900</sup>, et de souligner que dans l'affaire du *Hoodia gordonii*, une telle qualification était liée au fait que le droit des brevets a favorisé l'expropriation des communautés San. C'est le fameux argument du caractère permissif du droit des brevets à la biopiraterie, que Peter Drahos désigne sous l'expression « *extractive intellectual property* »<sup>901</sup>. De fait, le CSIR a pu obtenir le brevet sur

---

<sup>896</sup> Azéma et Galloux, *supra* note 843 à la p 133.

<sup>897</sup> Remiche et Cassiers, *supra* note 832 à la p 84.

<sup>898</sup> Nous nous sommes privés de cet exercice dans les systèmes juridiques américain et européen, étant donné qu'« Aux États-Unis comme ailleurs, les découvertes en tant que telles ne sont pas brevetables ». Il n'en est pas ainsi pour les critères de fond de la brevetabilité. Pascal Kamina, *Droit anglo-américain des propriétés intellectuelles : copyright, dessins et modèles, brevets, obtentions végétales, marques, indications d'origine, concurrence déloyale, secrets d'affaire*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2017 à la p 328.

<sup>899</sup> Roubier, *supra* note 889 à la p 90.

<sup>900</sup> Aubertin et Moretti, *supra* note 390 à la p 92.

<sup>901</sup> Drahos, *supra*, note 609 à la p 3. En effet, Peter Drahos emprunte partiellement ce concept (en fait « extractive institutions ») à Daron Acemoglu, Simon Johnson et James A. Robinson, dans leur article intitulé « Reversal of a fortune : geography and

l'agent P57 responsable de l'effet coupe-faim en vertu de la règle de droit selon laquelle un « produit naturel ou non, auquel on a découvert des propriétés dont il ignorait qu'il les possédât peut devenir brevetable, en tant qu'invention de produit, dans la mesure où l'homme intervient pour lui permettre de jouer un rôle découlant de ces propriétés [...] »<sup>902</sup>.

Il faut néanmoins nuancer la conclusion selon laquelle les connaissances traditionnelles relatives aux vertus du *Hoodia gordonii* sont de simples découvertes, et non des inventions<sup>903</sup>. En effet, ainsi que le rapporte Michel Vivant, « un arrêt de la cour de Paris de 1922 [refusait] qu'un brevet soit pris sur un champignon parce qu'aucune application n'était mentionnée et l'on dit avec raison que c'est l'application qui fait l'invention, qui fait donc basculer du monde de la découverte vers celui de l'invention »<sup>904</sup>. Cette jurisprudence semble bien établie, puisque plus de cinquante ans après, il est constant, d'après un tribunal de Paris qu'« Un phénomène naturel dont a pu trouver une application pratique peut faire l'objet d'un brevet valable pour cette application pratique »<sup>905</sup>. Cette solution est également transposable en droit canadien dans la mesure où il y est admis que les idées et découvertes désincarnées sont considérées comme des inventions, à condition « [...] à une forme pratique et concrète en vue d'obtenir un résultat spécifique »<sup>906</sup>. La clé ici pour soutenir cette analyse, c'est le prédicat « brevetable », qui suggère étymologiquement la qualité de ce qui peut être breveté, ce qui n'advierait que dans la mesure où les autres critères de brevetabilité soient rencontrés.

Il en résulte que si les communautés San étaient inscrites dans une logique marchande, ou à tout le moins, avaient des connaissances en droit positif de la propriété intellectuelle, et que cela correspond à leur vision du monde de commercialiser les fruits de leurs savoirs traditionnels, ils

---

institutions in the making of the world income distribution ». V. Daron Acemoglu, Simon Johnson et James A Robinson, *Reversal of fortune: Geography and institutions in the making of the modern world income distribution*, National bureau of economic research, 2001, en ligne : <<http://www.nber.org/papers/w8460>> (consulté le 29 décembre 2015). Aussi, analyse-t-il que le système de propriété intellectuelle en droit positif comme promoteur de l'appropriation illicite des savoirs traditionnels.

<sup>902</sup> Azéma et Galloux, *supra* note 843 à la p 136.

<sup>903</sup> C'est notamment la conclusion à laquelle parvient Nilce Ekanzi dans sa thèse de doctorat en droit soutenue en juin 2017. Sa conclusion s'appuie notamment sur une définition proposée par Jérôme Passa, aux termes de laquelle « on peut dire qu'un élément est dépourvu de caractère technique s'il ne s'adresse qu'à l'intelligence ou à la sensibilité et qu'il ne débouche en conséquence ni sur un produit, ni sur un effet industriel, autrement dit tangible, situé dans l'ordre des forces de la nature ». Ekanzi, *supra*, note 30 à la p 112.

<sup>904</sup> Michel Vivant, « Commentaire de la décision Howard Florey Institute c/Fraktion der Grünen im EUuropäischen Parlament et Paul Lannoye », dans *Grands arrêts de la propriété intellectuelle*, Dalloz, Paris, 2004 à la 238.

<sup>905</sup> Michel Vivant et Philippe Jestaz, *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 2e édition, Paris, Dalloz, 2015 à la p 447.

<sup>906</sup> Alain Dumont et Serge S » Shahinian, « Brevetabilité et définition de l'invention », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 23, Montréal, LexisNexis, 2017 aux pp 23/5-23/6.

auraient pu remplir, à propos de leurs connaissances traditionnelles relatives au *Hoodia gordonii*, la première condition exigeant que l'objet de la protection soit effectivement une invention, plutôt qu'une découverte.

Certes, une telle conclusion rompt fondamentalement avec la considération dominante parmi les chercheurs s'intéressant à la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques des PACL, selon laquelle ceux-ci vivent en harmonie avec la nature et se distinguent par leurs modes de vie, différents de ceux des sociétés occidentales capitalistes. Il n'en demeure pas moins, cependant, qu'un tel choix aurait pu être fait par les communautés San. En fait, tout dépend des choix idéologiques guidant l'action de l'ONG qui a déclenché l'alerte contre le CSIR<sup>907</sup>. Les communautés San auraient peut-être fait ce choix, si leur consentement préalable donné en cause avait été obtenu selon des méthodes plus inclusives, leur permettant de définir leurs « valeurs phares partagées ». En effet, celles-ci auraient orienté leur « liberté de choisir la vie bonne » (dans la perspective d'Amartya Sen).

Dans le cas du *Guiera senegalensis*, l'étude d'Edward Hammond, qui dénonce le brevet FR2980196 sur le Guieranon B<sup>908</sup> comme étant un acte de biopiraterie, renseigne que :

[Le Guiera du Sénégal] est couramment utilisé par les tribus Hausa et Kanuri dans les régions du Nord-Est du Nigéria... les pratiques culturelles recommandées pour le traitement du cancer du sein et des lésions inflammatoires du sein associées (telle que la mastite) incluent boire et se baigner de manière régulière dans une décoction de feuilles de *G. senegalensis* avec de l'eau douce ... on fait parfois des cataplasmes de feuilles fraîches qui sont frottées sur tout le sein affecté<sup>909</sup>.

Il résulte de cet extrait que la technique traditionnelle de soins implique la préparation d'une décoction de feuilles avec de l'eau douce ou des cataplasmes de feuilles fraîches. Un tel produit

---

<sup>907</sup> Pour un cas similaire, voir la recherche de Felix Mukwiza Ndahinda, *Indigenusness in Africa: A Contested Legal Framework for Empowerment of "Marginalised" Communities*, Groningen: TMC Asser Press, 2011 à la p 5. Il y explicite comment quelques-unes des ONGs défenseuses des droits des populations autochtones San au Botswana ont fustigé l'approche de la plus influente d'entre elle, l'ONG britannique Survival International, dans le cadre d'une affaire de déplacement de ces peuples San hors d'une réserve administrée par l'État botswanais. De fait, ce déplacement était officiellement motivé par des raisons de conservation de la faune et de réalisation d'infrastructures de développement, mais des analyses soulignent qu'il était davantage mu par un agenda caché de « civilisation » des peuples qui vivaient dans la réserve étatique, une manière de les soustraire à leur mode de vie « arriéré » fait de chasse et de cueillette. Aussi, pour avoir qualifié un tel déplacement de génocide et soutenu qu'il était guidé par un souci d'exploitation des diamants contenus dans le sous-sol de la réserve où vivaient ces peuples San, Survival International a essuyé des critiques affirmant que ses tactiques sont préjudiciables au San ». Felix Mukwiza Ndahinda, *Indigenusness in Africa: A Contested Legal Framework for Empowerment of "Marginalised" Communities*, Groningen: TMC Asser Press, 2011 aux pp 1-5.

<sup>908</sup> Le Guieranon B est la substance active du *Guiera senegalensis* responsable de son effet anticancéreux.

<sup>909</sup> Hammond, *supra* note 509 à la p 3.

anticancéreux n'existe pas en tant que tel, de sorte qu'il s'agit non pas d'une découverte, mais d'une véritable invention<sup>910</sup>. En effet, ainsi que le rappelle Ikechi Mgbeoji, citant Gurdial Nijar:

Les utilisations traditionnelles, bien que basées sur des produits naturels, ne sont pas « trouvées dans la nature » en tant que tel. Ce sont des produits de la connaissance humaine. Pour transformer une plante en médicament, par exemple, il faut connaître l'espèce correcte, sa localisation, le bon moment de la collecte (certaines plantes sont toxiques à certaines saisons), la partie à utiliser, comment la préparer (frais, séché, coupé en petits morceaux, alcool, addition de sel, etc.), la façon de le préparer (temps et conditions à laisser dans le solvant). Et enfin la posologie (voie d'administration et dosage) [notre traduction]<sup>911</sup>.

Une telle analyse suggère, *a contrario*, que si les communautés Dogon avaient soumis une demande de brevet sur le *Guiera senegalensis* relativement au traitement du cancer, ces connaissances traditionnelles dont elles sont dépositaires auraient pu, en principe, remplir la condition de l'invention brevetable. Ici, l'accusation de biopiraterie est liée au fait que pour obtenir le brevet FR2980196, les chercheurs français ont rédigé les revendications de leur invention dans des termes correspondants aux canons de la science moderne, notamment en employant le jargon de la discipline dont relève l'invention candidate à la protection par brevet et un ensemble de formules chimiques<sup>912</sup>, alors qu'on peut présumer que telles compétences échappent à la connaissance des tradipraticiens<sup>913</sup>.

Dans le contexte de l'affaire de la *Quassia amara*, la demande d'opposition soumise par la Fondation France Libertés, Thomas Burelli et Cyril Costes précise que la phase de bioprospection ayant permis d'identifier finalement le potentiel antipaludique de cette plante comprenait un questionnaire qui demandait aux enquêtés de décrire le nom vernaculaire des plantes [, notamment]

---

<sup>910</sup> En droit canadien, l'analyse se confirmerait dans la mesure où les connaissances traditionnelles relatives au *Guiera senegalensis* ne constituent pas de simples idées désincarnées, mais prennent une forme réelle constituée par son mode de préparation.

<sup>911</sup> Mgbeoji, *supra* note 602 à la p 8.

<sup>912</sup> Pour plus de détails, consulter la « Demande de brevet FR2980196 », en ligne : Google Brevets < <https://patentimages.storage.googleapis.com/b7/e3/39/43715ad76122f8/FR2980196A1.pdf> > (15 février 2018). Voir aussi Edward Hammond, *supra* note 509 à la p 4 : « La description que l'on fait de Guieranon B comme invention française est une usurpation. Plus exactement, on pourrait dire que, en utilisant la médecine traditionnelle africaine et les ressources génétiques maliennes, les chercheurs français ont raffiné la connaissance anticancéreuse portant sur le Guiera du Sénégal selon les termes de la chimie occidentale moderne ».

<sup>913</sup> Nilce Ekanzdi affirme à ce sujet qu'« en dépit du taux assez élevé d'alphabétisation du Congo, les tradipraticiens congolais comme la majorité des tradipraticiens d'Afrique subsaharienne ne savent généralement ni lire ni écrire ». Ekanzdi, *supra* note 30 à la p 121, note 409.

les parties de la plante utilisées, la recette ou le mode de préparation, le mode d'administration, la posologie, les contre-indications, etc.<sup>914</sup>.

Il n'est pas impertinent de rappeler que l'accusation de biopiraterie – du moins vis-à-vis du critère de l'invention brevetable – est liée non seulement au caractère permissif de l'Accord sur les ADPIC aux actes de biopiraterie, mais encore à la critique de tout le mouvement de la brevetabilité du vivant. Précisément, c'est la considération selon laquelle les connaissances traditionnelles des populations autochtones guyanaises sont, *ipso facto*, dans le domaine public qui déclenche le mouvement de leur expropriation par le droit des brevets<sup>915</sup>. En effet, la brevetabilité ici est accordée conformément à une longue jurisprudence qui fait autorité aux États-Unis et en Europe<sup>916</sup>, depuis la fin des années 1950<sup>917</sup>, jusqu'à la décision *Diamond c. Chakrabarty*<sup>918</sup>.

Suivant cette évolution jurisprudentielle, les connaissances traditionnelles des populations guyanaises relativement à la *Quassia amara* impliquent une intervention humaine (certes, qui n'est pas le déploiement de techniques sophistiquées de biotechnologie, mais qui n'en sont pas moins scientifiques, à savoir la cueillette de la *Quassia amara*, l'usage de certaines parties, et l'application d'une science pharmacologique distincte des canons de la science occidentale<sup>919</sup>), de sorte qu'elles se distinguent d'une simple découverte et revêtent les caractéristiques d'une invention brevetable. Aussi, ces communautés auraient, en principe, pu passer le truisme consistant à démontrer que leur remède antipaludique est une invention, dans le cadre d'une demande hypothétique de brevet.

---

<sup>914</sup> « Opposition au brevet EP2443126 « Simalikalactone E et son utilisation comme médicament » », *supra* note 524 à la p 6.

<sup>915</sup> La découverte peut être le support d'une invention brevetable, dès lors qu'en vertu de l'intervention humaine, la nature se présente sous une forme différente de celle dans laquelle était avant cette intervention.

<sup>916</sup> L'analyse de Petra Ebermann est à cet égard édifiante. Réalisant une revue de littérature de la législation européenne telle que découlant de la Convention sur le brevet européen et autres textes d'application (notamment la directive européenne sur les inventions biotechnologiques), elle affirme qu'en Europe, le problème de l'exclusion des découvertes de la protection par brevet tout en fournissant des brevets biotechnologiques a été résolu en accordant des brevets sur des substances trouvées dans la nature si seulement ces substances sont isolées de leur environnement naturel et nouvelles dans le sens où elles ne l'étaient pas disponible au public auparavant. Ebermann, *supra* note 29 à la p 82.

<sup>917</sup> « Merck & Co., Inc., Appellant, v. Olin Mathieson Chemical Corporation, Appellee, 253 F.2d 156 (4th Cir. 1958) » (13 février 2018), en ligne : Justia Law <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/253/156/145548/>>. Dans l'affaire *Merck & Co Inc. C Olin Mathieson Chemical Corp.*, il a été jugé qu'un produit naturel qui avait été modifié ou purifié par les êtres humains pouvait être breveté, pour autant qu'il diffère non seulement en degré mais en genre, mais présente également des propriétés inattendues.

<sup>918</sup> Remiche et Cassiers, *supra* note 832 à la p 85. Cette décision n'a fait que poursuivre une telle jurisprudence, en rompant avec la distinction entre les objets animés et ceux inanimés, qui originellement permettait assez bien de qualifier les inventions éligibles à la brevetabilité, et en affaiblissant la distinction entre l'invention et la découverte.

<sup>919</sup> On se souviendra que Harold Conklin était déjà parvenu à cette conclusion après avoir côtoyé les communautés Hanunóo en Philippines, et en particulier de son interaction avec la petite fille de 7 ans qui avait réussi à identifier correctement 51 plantes sur 75, avec seulement deux erreurs. Voir ci-dessus Roué, *supra* note 248.

Au total, il semble que la distinction entre découverte et invention soit, à l'épreuve de la pratique, quelque peu artificielle. Certes, devant un office de brevet, le pédigrée des évaluateurs, leurs choix idéologiques et leurs expériences peuvent jouer contre les PACL en ce qu'effectivement leurs connaissances seraient considérées comme des découvertes et non des inventions. Mais il s'agit là simplement d'une hypothèse qui, au-delà de ne pas empêcher pas des recours si elle était confirmée, n'ôte rien à la réalité qu'en principe, ces connaissances sont des inventions brevetables.

Il reste encore à déterminer si ces connaissances traditionnelles peuvent passer les conditions de fond de la brevetabilité. La première à être examinée est la nouveauté de l'invention.

## **II. La nouveauté**

Dans sa définition générique, la nouveauté telle que requise par l'article 27(1) de l'Accord sur les ADPIC pour la brevetabilité d'une invention s'entend de tout ce qui n'existe pas encore ou de ce qui n'est pas encore tombé dans le domaine public. Le vocabulaire des agents ou experts en droit des brevets appréhende comme « nouveau » ce qui n'est pas encore rentré dans « l'état de la technique ».

On est donc en présence d'une définition négative de la nouveauté, qui ne peut être détruite que pour raison d'antériorité. Celle-ci désigne « tout fait ayant eu pour conséquence de mettre l'invention à la disposition du public »<sup>920</sup>. L'objet de cette section étant de vérifier la brevetabilité des cas de connaissances traditionnelles ayant été « biopiratées » en Europe et aux États-Unis, nous nous limiterons aux acceptions de la nouveauté dans ces deux systèmes juridiques. Au besoin, des jurisprudences issues de droits nationaux seront évoquées pour soutenir l'analyse.

### **2.1 La nouveauté dans la législation américaine**

Le critère de la nouveauté était régi par la section 102 du *Patent Act* américain. En effet, la section 102 (a) notamment disposait qu'une personne aura droit à un brevet à moins que l'invention soit connue ou utilisée par d'autres dans ce pays, ou qu'elle soit brevetée ou décrite dans une

---

<sup>920</sup> Azéma et Galloux, *supra* note 843 à la p 194.

publication imprimée dans ce pays ou à l'étranger avant son invention par le demandeur du brevet. Il en résultait que le champ des antériorités à l'étranger était fortement réduit et se limitait aux seules inventions brevetées ou décrites dans une publication écrite<sup>921</sup>.

Avec le *Leahey-Smith America Invents Act* (AIA), une réforme entrée en vigueur le 17 mars 2013 changeant les règles applicables au critère de la nouveauté, la nouvelle section 102(a) se lit ainsi qu'il suit : « Une personne aura droit à un brevet à moins [(1)] que l'invention revendiquée soit brevetée, décrite dans une publication imprimée, ou utilisée publiquement, en vente, ou autrement mise à la disposition du public avant la date effective de dépôt de l'invention revendiquée »<sup>922</sup>. En conséquence, cette nouvelle formulation de la règle de la nouveauté supprime toutes les restrictions territoriales dans la définition de l'art antérieur auparavant applicables<sup>923</sup>.

### 2.1.1 Le savoir traditionnel relatif au *Hoodia gordonii* est-il nouveau ?

Il convient, avant de procéder au test de la nouveauté sur le *Hoodia gordonii* de rappeler que la posture qui oriente cette recherche n'est pas celle de vérifier, le potentiel de la notion d'état antérieur de l'art à assurer l'annulation d'un brevet accusé de biopiraterie. Au contraire, il s'agit de vérifier si des PACL, en l'occurrence les communautés San, auraient pu obtenir par elles-mêmes un brevet si elles avaient directement soumis leur demande à un office tel que celui des États-Unis d'Amérique ou d'Europe.

En effet, le raisonnement de certains auteurs de la doctrine juridique et des ONGs défenseuses des droits des peuples autochtones a souvent été de considérer que l'existence d'un savoir traditionnel pouvait détruire l'antériorité d'une invention soumise à brevetabilité. Il en fut ainsi, en particulier dans l'affaire du *Neem*, un autre classique des affaires de biopiraterie. En l'espèce, la compagnie américaine W.R. Grace avait obtenu plus de 40 brevets aux États-Unis et au moins 150 brevets relatifs à des parties du margousier, un arbre dont littéralement toutes les parties contiennent des composants précieux pour le secteur de la biotechnologie. Or, historiquement, des agriculteurs

---

<sup>921</sup> *Ibid*, Kamina, *supra* note 898 à la p 336.

<sup>922</sup> Kamina, *supra* note 898 à la p 337. Il nous paraît important ici de souligner que nous référons à cet ouvrage de Pascal Kamina, étant donné qu'il s'agit du seul ouvrage à ce jour qui fournit une version française des droits de propriétés intellectuelles américains et britanniques, en plus d'exemples provenant d'autres juridictions telles que l'Australie, le Canada et d'autres pays de la Common law. Y référer nous garantit une authenticité de la traduction de la version originale, étant donné l'autorité de l'ouvrage doctrinal.

<sup>923</sup> *Ibid*.

indiens extrayaient l'huile de *Neem* en trempant la graine écrasée dans de l'eau ou de l'alcool, et en utilisant cette huile comme insecticide.

Dans sa stratégie de révocation du brevet obtenu par la compagnie W.R. Grace, l'Inde argua devant l'*United States Patent and Trademark Office* (USPTO) que l'huile de *Neem* est utilisée depuis des siècles par ses agriculteurs, ce qui implique qu'il fait partie de l'état de l'art antérieur. Mais en vertu de la législation alors en vigueur<sup>924</sup>, l'État indien a finalement retiré son opposition dans la mesure où il n'a pas pu faire la preuve de l'existence de publications antérieures aux brevets obtenus aux États-Unis par W.R. Grace<sup>925</sup>. Bien que l'affaire du *Neem* implique un savoir traditionnel ressortissant du domaine de l'agriculture, les conclusions ci-dessus peuvent être appliquées *mutatis mutandis* au cas du *Hoodia gordonii*<sup>926</sup>, du moins pour ce qui concerne la période avant l'entrée en vigueur de l'AIA.

Pour revenir au cas du *Hoodia gordonii* qui nous intéresse ici, avant cette entrée en vigueur de l'AIA, et dans la mesure où aucune documentation écrite existant préalablement ne fut présentée à titre de preuve d'état de l'art antérieur par les détracteurs du brevet sur l'agent P57, les communautés San auraient réussi à prouver que leurs connaissances traditionnelles sont nouvelles. L'on pourrait cependant arguer que parce que c'est un ouvrage de White et Sloane qui a orienté le CSIR sur les propriétés de ce cactus, résultant dans l'isolation de l'agent P57, le savoir traditionnel au *Hoodia gordonii* n'est pas nouveau. Or ce faisant, il s'agirait d'une interprétation fondamentaliste du critère de nouveauté, qui ne correspond pas à la pratique des offices de brevets. Ainsi que l'étude de Petra Ebermann le démontre, la simple publication de pratiques médicales autochtones ne révèle pas la structure chimique du principe actif essentiel ou de la méthode de son isolation, et ne peut donc réaliser l'anticipation de l'invention<sup>927</sup>. Une telle analyse est également valide en droit canadien dans la mesure où ce qui réalise la divulgation de l'invention, c'est le fait

---

<sup>924</sup> Il s'agit notamment de la formulation de la section 102 (a) avant la date du 17 mars 2013 où l'AIA est entré en vigueur aux États-Unis.

<sup>925</sup> Ebermann, *supra* note 29 à la p 104.

<sup>926</sup> *Ibid* à la p 103.

<sup>927</sup> *Ibid* à la p 106.

que « l'objet de la revendication »<sup>928</sup>, qui est en l'espèce, l'agent P57, soit portée à la connaissance du public, suivant les termes de l'article 28.2 (1)<sup>929</sup>.

Aussi, convient-il de considérer que les connaissances traditionnelles relatives aux vertus du *Hoodia gordonii*, détenues par les communautés San auraient pu satisfaire à la condition de la nouveauté.

Après l'entrée en vigueur de l'AIA, la question est de savoir si le caractère absolu du critère de la nouveauté que pose cette nouvelle législation élargit également l'éventail des publications antérieures pouvant être invoqué contre les connaissances traditionnelles des San relativement au *Hoodia gordonii*. Pour les besoins de l'exercice, on se place évidemment dans l'hypothèse idéale<sup>930</sup> qu'il n'y ait eu aucun dépôt de brevet par le CSIR sur des connaissances appartenant aux San et donc aucune dénonciation de biopiraterie par des ONGs. Il n'y a pas ici d'agenda caché en vue d'orienter l'analyse réalisée vers un quelconque résultat que nous préférerions. Au contraire, cette hypothèse est nécessaire parce que le but de l'exercice est de savoir si les savoirs traditionnels, hors de toute hypothèse de biopiraterie, sont eux-mêmes brevetables, si la demande avait été soumise par les PACL pertinentes.

---

<sup>928</sup> Louis-Pierre Gravelle, « Critère de nouveauté », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 24, Montréal, LexisNexis, 2017 à la p 24/7.

<sup>929</sup> 28.2 (1) L'objet que définit la revendication d'une demande de brevet ne doit pas :

a) plus d'un an avant la date de dépôt de celle-ci, avoir fait, de la part du demandeur ou d'un tiers ayant obtenu de lui l'information à cet égard de façon directe ou autrement, l'objet d'une communication qui l'a rendu accessible au public au Canada ou ailleurs; b) avant la date de la revendication, avoir fait, de la part d'une autre personne, l'objet d'une communication qui l'a rendu accessible au public au Canada ou ailleurs; c) avoir été divulgué dans une demande de brevet qui a été déposée au Canada par une personne autre que le demandeur et dont la date de dépôt est antérieure à la date de la revendication de la demande visée à l'alinéa (1)a); d) avoir été divulgué dans une demande de brevet qui a été déposée au Canada par une personne autre que le demandeur et dont la date de dépôt correspond ou est postérieure à la date de la revendication de la demande visée à l'alinéa (1)a) si :

(i) cette personne, son agent, son représentant légal ou son prédécesseur en droit, selon le cas :

(A) a antérieurement déposé de façon régulière, au Canada ou pour le Canada, une demande de brevet divulguant l'objet que définit la revendication de la demande visée à l'alinéa (1)a),

(B) a antérieurement déposé de façon régulière, dans un autre pays ou pour un autre pays, une demande de brevet divulguant l'objet que définit la revendication de la demande visée à l'alinéa (1)a), dans le cas où ce pays protège les droits de cette personne par traité ou convention, relatif aux brevets, auquel le Canada est partie, et accorde par traité, convention ou loi une protection similaire aux citoyens du Canada,

(ii) la date de dépôt de la demande déposée antérieurement est antérieure à la date de la revendication de la demande visée à l'alinéa a),

(iii) à la date de dépôt de la demande, il s'est écoulé, depuis la date de dépôt de la demande déposée antérieurement, au plus douze mois,

(iv) cette personne a présenté, à l'égard de sa demande, une demande de priorité fondée sur la demande déposée antérieurement.

<sup>930</sup> Pour les deux autres cas que nous traitons ci-dessous, notamment ceux du *Guiera senegalensis* et de la *Quassia amara*, cette hypothèse sera similairement posée pour les besoins de l'analyse.

Dans ces conditions, les termes de nouvelle section 102(a)(1), qui exigent de l'invention dont on demande la protection qu'elle fût « [...] autrement mise à disposition du public », laissent entendre que la simple disponibilité des vertus du *Hoodia gordonii* dans le domaine public soit suffisante pour détruire le critère de nouveauté. Or, en reprenant ici les conclusions de Petra Ebermann sur la connaissance antérieure même de l'agent P57 et non de l'effet coupe-faim du *Hoodia gordonii*, il conviendrait de considérer que le savoir traditionnel aurait pu remplir le critère de nouveauté aux États-Unis<sup>931</sup>. Pour ce faire, la seule exigence aurait été d'utiliser le langage scientifique par lequel les demandes de brevets se caractérisent.

### 2.1.2 Le savoir traditionnel relatif au *Guiera senegalensis* est-il nouveau ?

L'étude d'Edward Hammond qui a révélé la plainte de biopiraterie relativement au *Guiera senegalensis* révèle une large connaissance du savoir traditionnel relativement au traitement du cancer par des les tribus Hausa et Kanuri dans les régions du Nord-Est du Nigéria. Elle révèle également que ce savoir a été documenté à travers plusieurs ouvrages scientifiques<sup>932</sup>. Il reste à déterminer le niveau de détail par lequel ces ouvrages scientifiques se caractérisent, notamment si la formule chimique du Guieranon B avait été préalablement publiée. Dans l'affirmative, les communautés Dogon n'auraient pas pu réussir à établir la nouveauté de leurs connaissances. Dans la négative – et ceci semble logique par rapport au développement de la science<sup>933</sup> –, ces communautés Dogon auraient pu démontrer la nouveauté de leurs connaissances traditionnelles relatives aux propriétés anticancérigènes du *Guiera senegalensis*. L'ultime défi aurait été ici d'exprimer ces connaissances dans un langage « scientifique », dans le cadre d'une demande de brevet présentée aux États-Unis.

---

<sup>931</sup> Ceci, d'autant plus que l'hypothèse est que le CSIR n'avait pas encore pris de brevet sur l'agent P57, brevet dont l'existence aurait valu antériorité qui ruinerait l'état de l'art antérieur.

<sup>932</sup> Hammond, supra note 509 aux pp 3-4 : « En 1994, des chercheurs soudanais ont rapporté que les feuilles et l'écorce du *Guiera* du Sénégal étaient utilisées pour le traitement des tumeurs dans la province du Nil blanc de ce pays. [...] Aussi, l'ouvrage intitulé *Plants Used Against Cancer [Les Plantes utilisées contre le Cancer]* (de Jonathan Hartwell), une compilation datant de 1982 de travaux de recherches publiés dans les années 60 et 70 par des chercheurs d'instituts de santé des États-Unis, mentionne que le *Guiera* connaît une longue histoire d'utilisation dans le traitement contre le cancer ».

<sup>933</sup> En effet, il semblerait incongru que des universités françaises investissent du temps et de l'argent dans la recherche du principe actif responsable de l'effet cancérigène si cela avait déjà été fait par d'autres chercheurs.

### 2.1.3 Le savoir traditionnel relatif à la *Quassia amara* est-il nouveau ?

L'affaire de la *Quassia amara*, comme celle du *Guiera senegalensis*, telle que rapportée par la Fondation France Libertés, fait état d'une disponibilité large des connaissances sur ses propriétés antipaludiques par les communautés guyanaises. Mais la description de la molécule *SkE* qui a fait l'objet du brevet par l'IRD ne semble pas exister préalablement. De sorte que si ces communautés guyanaises avaient fait une demande de brevet à ce propos aux États-Unis, peu importe avant ou après l'entrée en vigueur de l'AIA, elles auraient réussi à remplir le critère de la nouveauté, pour autant que leur demande fasse une description selon des termes « scientifiques ».

### 2.1.4 Conclusion sur le critère de la nouveauté aux États-Unis

Les spécificités du droit américain ont longtemps empêché les connaissances traditionnelles de constituer une preuve de l'état de l'art antérieur face aux brevets « biopirates ». Une telle situation, ajoutée au fait que l'Accord sur les ADPIC résultait d'une exportation du droit américain vers le système de l'OMC, ont probablement justifié l'orientation du discours des experts juristes et des acteurs des organisations de la société civile vers l'inadaptation du droit des brevets à protéger les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

Il faut cependant souligner le caractère exagéré d'une telle rhétorique, qui en fait est fondée non seulement sur le présupposé que le brevet est un outil aux fondements épistémologiques différents des savoirs traditionnels, mais encore sur une posture largement défensive. Or une posture plus offensive, prenant acquis des spécificités du droit américain avant l'entrée en vigueur de l'AIA et une interprétation plus nuancée de ce droit après l'entrée en vigueur de l'AIA auraient pu, à tout le moins théoriquement, déclencher une approche plus stratégique. Celle-ci aurait alors pu consister, non pas qu'à se défendre contre *les méchantes compagnies du Nord, spoliatrices des pauvres PACL*<sup>934</sup>, mais à tirer parti des failles du système juridique américain.

Il convient ici de nuancer le propos, en faisant remarquer que cette approche privilégiée par les promoteurs du discours juridique dominant de la non-brevetabilité ou de l'inadaptation du brevet

---

<sup>934</sup> Il faut se souvenir ici de la trame narrative binaire « bon/méchant » qui caractérise les faits sociaux rapportés par les médias, et qui caractérise aussi les affaires de biopiraterie telles que racontées par les experts juristes et les acteurs des ONGs.

pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, n'est pas imputable à leurs seules préférences idéologiques. En effet, il existe – ou du moins, a existé des cas – où il était évident que certains PACL n'ont pas voulu envisager détenir de brevets pour des raisons dont la légitimité résulte de leur seule liberté de choisir.

L'approche critique intervient seulement là où, en raison d'une socialisation évidente avec le paradigme de la non-brevetabilité ou du moins de l'inadaptation du droit des brevets pour la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, le discours juridique est peut-être devenu totalisant, et par voie de conséquences, symboliquement « violent ». En fait, l'argument qui consiste à considérer que les PACL vivent en harmonie avec la nature ne pousse-t-elle pas vers une représentation exagérément romantique, voire essentialiste et paternaliste des PACL<sup>935</sup> ? Or, si tel est le cas, n'est-ce pas ce qui fait manquer à certaines PACL de saisir l'opportunité que représente le brevet pour protéger leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques ? Nous y reviendrons dans le dernier chapitre de cette thèse.

Apparemment, les nouveaux termes de l'AIA semblent avoir annulé cette opportunité. La conséquence ici aurait été que désormais, les situations de biopiraterie par des firmes américaines ou des acteurs demandant des brevets américains, autrefois favorisée par la reconnaissance exclusive des documents écrits, ne soient plus possibles. Toutefois, une analyse plus rigoureuse permet de se rendre compte que même l'existence de l'AIA n'empêche pas, *a priori*, des PACL de démontrer la nouveauté de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. L'obstacle d'une telle initiative ressortit davantage d'une question de compétence technique, notamment, le défi du langage scientifique dans la description des connaissances traditionnelles, objet de la demande de brevet. En retour, il faut être conscient de ce que l'extension de l'éventail des preuves de l'état de l'art antérieur réalisée par l'AIA ne vide pas de son sens les critiques sur le caractère permissif du droit américain des brevets en faveur de la biopiraterie. De fait, celle-ci reste possible.

---

<sup>935</sup> Mukwiza Ndahinda, *supra* note 907 à la p 5.

## 2.2 La nouveauté dans la législation européenne

Dans le contexte de l'Union européenne, c'est l'article 54 de la Convention sur le brevet européen qui précise le critère de la nouveauté. En effet, son alinéa (1) précise qu'« [une] invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique »<sup>936</sup>. L'alinéa (2) dispose que « L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen »<sup>937</sup>. On est ici dans une conception absolue de la nouveauté car celle-ci peut être détruite *a priori* par la simple existence de toute information déjà versée dans le domaine public, sans aucune limitation temporelle ou géographique<sup>938</sup>.

D'après le document de la jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets :

Pour déterminer si une invention est nouvelle, il convient tout d'abord de définir ce qui appartient à l'état de la technique, quel est l'état de la technique à prendre en considération et quel en est le contenu. Il faut ensuite comparer l'invention avec l'état de la technique ainsi défini et enfin déterminer si elle s'en distingue. Si l'invention se distingue de cet état de la technique, elle est nouvelle<sup>939</sup>.

L'état de la technique qui ruine la nouveauté d'une invention ou l'antériorité répond à des règles communes et à d'autres plus spécifiques. Il convient de les présenter avant de réaliser notre test de la nouveauté, dans le scénario qui oriente cette section de notre thèse<sup>940</sup>.

---

<sup>936</sup> Article 54(1) de la CBE.

<sup>937</sup> Article 54(2) de la CBE.

<sup>938</sup> Azéma et Galloux, *supra* note 843 à la p 198.

<sup>939</sup> A Ballester Rodés, F Bostedt et B Dobrucki, *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 2016 à la p 78, en ligne :

<[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/5148B6F13CBE8990C1258017004A9EF6/\\$File/case\\_law\\_of\\_the\\_boards\\_of\\_appeal\\_2016\\_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/5148B6F13CBE8990C1258017004A9EF6/$File/case_law_of_the_boards_of_appeal_2016_fr.pdf)>.

<sup>940</sup> À savoir l'hypothèse où si les PACL légitimes soumis des demandes de brevet dans le contexte de l'Union européenne pour protéger leurs connaissances traditionnelles relatives aux *Hoodia gordonii*, au *Guiera senegalensis* et à la *Quassia amara*.

### 2.2.1 Les règles communes relatives à l'antériorité

De façon classique, la première caractéristique d'une antériorité susceptible de détruire la nouveauté d'une invention est qu'elle doit être « certaine »<sup>941</sup>. La jurisprudence européenne utilise donc une terminologie proche de la notion de « certitude », qui elle, est davantage propre au contexte du droit français. D'après elle, un brevet ne peut être détruit que par la preuve d'une antériorité qui existe « au-delà de tout doute raisonnable »<sup>942</sup>. Ainsi par exemple, il est constant, aussi bien en droit français qu'en droit européen, de relever que des « [...] documents émanant de l'Internet imprimés en 2005 et présentés comme des extraits de cours de 2002 ne peuvent être tenus comme divulgués en 2002 »<sup>943</sup>. De même, relativement aux antériorités divulguées par oral, lorsqu'un doute existe sur le contenu d'une présentation, celle-ci est écartée de l'état de la technique<sup>944</sup>.

Le caractère certain de l'antériorité suppose également que celle-ci soit « consistante dans la matière qu'elle divulgue »<sup>945</sup>. Aussi, les documents utilisés pour faire la preuve de l'antériorité doivent-ils révéler l'invention remise en cause. Par ailleurs, lorsqu'il existe un doute sur la portée de l'antériorité, il devrait profiter au breveté et c'est l'apanage des juges du fond que de procéder à une analyse des documents soumis pour déterminer ceux qui établissent l'antériorité de l'invention.

La deuxième caractéristique que doit remplir une preuve d'antériorité pour détruire une invention est qu'elle doit être suffisante, de sorte qu'une personne spécialisée dans le domaine de l'art soit apte à l'exécuter par elle-même<sup>946</sup>. Il en résulte que les informations divulguées ne peuvent pas tenir lieu d'antériorité si elles ne conduisent pas à la réalisation de l'invention revendiquée<sup>947</sup>.

---

<sup>941</sup> Azéma et Galloux, *supra* note 843 à la p 194.

<sup>942</sup> Décision T 1134/06 du 16 janvier 2007, Propr.ind. Juin 2008 à la p 27 note Vignand ; dec T 1210/05 du 24 janvier 2008, Propr.ind. Janvier 2009 à la 23, note Vignand.

<sup>943</sup> Azéma et Galloux, *supra* note 843 à la p 195.

<sup>944</sup> *Ibid.*, citant la décision T 729/05 du 27 juin 2007, Propr.ind. Mai 2008 à la p 23, note Vignand.

<sup>945</sup> *Ibid.*

<sup>946</sup> *Ibid.*

<sup>947</sup> *Ibid* à la p 196.

Par ailleurs, l'antériorité doit être considérée telle quelle et interprétée de façon stricte<sup>948</sup>. De plus, elle doit également avoir été faite à une personne apte à la comprendre<sup>949</sup>.

Une troisième caractéristique pour la validité d'une preuve d'antériorité susceptible de détruire la nouveauté d'une invention est qu'elle doit être de toutes pièces, c'est-à-dire « homogène, complète et totale »<sup>950</sup>. Il en résulte qu'il n'est pas possible de combiner plusieurs antériorités en une seule pour s'en prévaloir contre le défaut de nouveauté d'une invention.

Il faut également que l'antériorité soit publique. Ici, la simple connaissance de l'invention par le public détruit la nouveauté. Il n'est cependant pas nécessaire que l'homme du métier ait effectivement connu l'information en cause<sup>951</sup>. Azéma et Galloux proposent une nuance importante relativement à la communication d'une invention à une personne et la communication au public :

Dans [le cas d'une communication d'une invention à une personne], il n'y a antériorité qu'autant qu'il sera prouvé que la personne dont il s'agit était compétente pour l'invention. Dans [le cas d'une communication au public], il suffit de prouver que la publicité a été telle que des personnes compétentes pour comprendre l'invention et non tenues au secret pouvaient y avoir accès. Cette simple possibilité est alors suffisante pour qu'il y ait antériorité<sup>952</sup>.

### 2.2.2 Les règles particulières relatives à l'antériorité

À ces quelques règles communes relatives à l'antériorité, viennent s'ajouter des règles particulières, relatives à l'hypothèse de l'expérimentation, de l'essai ou de la négligence, les personnes tenues au secret et les clauses de confidentialité.

Dans le cadre des essais, il y a divulgation – donc publicité de l'invention accomplie par l'inventeur – lorsque des personnes autres que les agents nécessaires aux expériences requises accèdent à celles-ci<sup>953</sup>. Dans ce contexte, il convient donc de prendre des mesures de sorte que des tiers

---

<sup>948</sup> *Ibid*, à la note de bas de page 13.

<sup>949</sup> *Ibid* à la p 196.

<sup>950</sup> *Ibid*.

<sup>951</sup> *Ibid* à la p 197.

<sup>952</sup> *Ibid*.

<sup>953</sup> *Ibid* à la p 201.

quelconques ne puissent pas y assister<sup>954</sup>. De fait, les agents nécessaires sont « toutes les personnes auxquelles l'invention doit être révélée pour que les expériences envisagées puissent être faites »<sup>955</sup>. Ils sont présumés être tenus d'emblée au secret, sans être tenus de signer aucun accord de confidentialité. Mais la divulgation qu'ils font aux tiers (à des agents présumés non nécessaires) réalise la divulgation de l'invention, ruinant ainsi sa nouveauté. Les personnes tenues au secret, quant à elles, sont celles à qui l'invention est communiquée en raison de leurs fonctions ou sous le sceau du secret ou encore celles qui le sont en vertu de la loi<sup>956</sup>.

Quant aux clauses de confidentialité, il n'est pas exigé qu'elles soient consignées sur un document écrit. La nécessité de preuve en cas de contestation relativement à l'existence ou l'étendue de ces clauses explique cependant qu'elles soient intégrées dans des contrats.

Une fois que le régime juridique de l'antériorité a été présenté, il devient plus aisé de déterminer si les connaissances traditionnelles relatives aux *Hoodia gordonii*, au *Guiera senegalensis* et à la *Quassia amara* auraient pu passer le test de la nouveauté si elles avaient été soumises par les PACL légitimes visées dans les affaires de biopiraterie qui les ont révélées.

### **2.2.3 Le savoir traditionnel relatif au *Hoodia gordonii* est-il nouveau ?**

Conformément à la jurisprudence constante de l'OEB, l'absence de nouveauté ne peut être établie que si l'objet revendiqué « peut être déduit directement et sans ambiguïté de l'état de la technique »<sup>957</sup>. En particulier, il est nécessaire que « les caractéristiques revendiquées soient effectivement divulguées, de manière explicite ou implicite, par l'état de la technique pour conclure à l'absence de nouveauté de l'objet revendiqué »<sup>958</sup>. Il se poserait donc, dans le cas hypothétique d'une demande de brevet par les communautés San, la question de savoir quelles

---

<sup>954</sup> Plusieurs jurisprudences, notamment françaises, soutiennent ce régime d'exception aux antériorités dans le contexte des expérimentations. Pour plus de détails, voir *Ibid* aux pp 202-204.

<sup>955</sup> *Ibid* à la p 204.

<sup>956</sup> *Ibid*.

<sup>957</sup> Ballester Rodés, Bostedt et Dobrucki, *supra* note 939 à la p 115. Voir notamment *Metso Chemical Pulping Oy c Kvaerner Pulping AB*, T 0410/99, La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets, à la p 1-155..

<sup>958</sup> Voir *Areva NP c Division d'examen de l'OEB*, T 2201/10, La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets, à la p 1-75.

sont les caractéristiques revendiquées par leurs connaissances traditionnelles associées au *Hoodia gordonii*. Il s'agirait ensuite de déterminer l'état de la technique pertinent.

L'OEB a établi une procédure aux fins d'obtention d'un brevet. Aux termes de celle-ci, une demande de brevet doit contenir une requête en délivrance, une description de l'invention, une description des revendications, une description des dessins (le cas échéant) et un abrégé<sup>959</sup>. Dans cette mesure, une demande de brevet soumise par les communautés San à l'OEB n'aurait pas d'autres choix que de se présenter selon les formats exigés par cet office. En particulier, la description de l'invention et des revendications, compte tenu de la socialisation des agents de brevets au modèle scientifique dominant, exigerait des communautés San de rédiger la demande de brevet dans un langage *scientifique* (selon les termes de la chimie par exemple) compréhensible par eux.

À cette étape, il est nécessaire d'analyser le brevet obtenu par le CSIR sur l'agent P57 au regard des connaissances traditionnelles des communautés San sur le *Hoodia gordonii*. En l'espèce, le brevet obtenu par le CSIR contient des revendications relatives à un produit pharmaceutique contenant un extrait de l'agent P57, un procédé permettant d'obtenir et de synthétiser l'agent P57, ses analogues et ses dérivés, l'utilisation de tels extraits et composés et leurs analogues pour la fabrication de médicaments ayant une activité supplétive de l'appétit et de nouveaux intermédiaires pour la synthèse du composé<sup>960</sup>.

Une lecture croisée du résumé de ces revendications, tel qu'il apparaît sur le brevet obtenu par le CSIR, avec les faits de l'affaire de biopiraterie du *Hoodia gordonii* convainc aisément de ce qu'une demande de brevet déposée par les communautés San directement aurait porté sur des revendications similaires<sup>961</sup>. Par ailleurs, il semble qu'aucune des revendications du brevet sur l'agent P57 ne corresponde en tant que telle à l'état de la technique, du moins, à la date de sa demande. Au soutien de cette analyse, on peut se fier non seulement sur la nécessaire recherche d'une quelconque antériorité réalisée par l'office européen des brevets, mais encore sur la

---

<sup>959</sup> European Patent Office, « Comment obtenir un brevet européen », en ligne : <[https://www.epo.org/applying/basics\\_fr.html](https://www.epo.org/applying/basics_fr.html)> (consulté le 15 mars 2018).

<sup>960</sup> Voir le brevet EP1438965 A1 du 21 juillet 2004, "Use of extracts from Hoodia gordonii and Hoodia lugardii for the preparation of a medicament for use in the suppression of appetite", en ligne : Google Patents, <<https://encrypted.google.com/patents/EP1438965A1?cl=en&hl=fr>> (15 mars 2018).

<sup>961</sup> C'est en cela qu'il faut comprendre véritablement l'expression « extractive intellectual property » déployée par Peter Drahos, car finalement, ce qui distingue le brevet du CSIR et les connaissances San, c'est le jargon employé.

circonstance selon laquelle aucune opposition à ce brevet n'ait conduit à sa révocation sur le fondement de la nouveauté.

Une objection pourrait être soulevée contre ce dernier argument, dans la mesure où l'on considérerait que la large diffusion des connaissances relatives aux vertus du *Hoodia gordonii* dans la communauté San, et sa description subséquente dans l'ouvrage de White et Sloane ruinent la nouveauté de l'invention. Cependant, il s'agirait une fois de plus d'une lecture fondamentaliste du critère de la nouveauté, puisque la simple publication de pratiques médicales autochtones ne révèle pas la structure chimique du principe actif essentiel ou de la méthode de son isolation, et ne peut donc réaliser l'anticipation de l'invention<sup>962</sup>. Cette description dans l'ouvrage de White et Sloane est impertinente car il aurait fallu qu'elle soit non seulement suffisante, mais encore homogène, complète et totale. Or, cet ouvrage n'oriente que sur les pratiques des communautés San, et non les revendications inscrites dans le brevet du CSIR, y compris la formule chimique de l'agent P57.

Qui plus est, le caractère oral de la divulgation – même au sein de la communauté San – paraît être un obstacle mineur à la condition de la nouveauté, en dépit de son caractère absolu dans le contexte du droit européen du brevet. En effet, ainsi que l'a analysé Petra Ebermann, il y a une tendance de l'OEB à s'appuyer préférentiellement sur des preuves écrites, essentiellement contenues dans des journaux académiques, plutôt que sur des affidavits ou des déclarations orales<sup>963</sup>. Peter Drahos soutient cette réflexion, puisqu'il affirme pour sa part que les examinateurs de l'OEB ne font pas une recherche anthropologique de l'art antérieur oral à l'échelle mondiale ; ils préfèrent, tout comme leurs homologues américains, effectuer des recherches dans les bases de données constituées de brevets et de documents autres que des brevets<sup>964</sup>.

Tout ceci suggère donc rétroactivement, que les communautés San auraient pu démontrer la nouveauté de leurs connaissances traditionnelles relativement aux vertus du *Hoodia gordonii*, dans le cadre d'une hypothétique demande de brevet. Comme pour le premier test de l'invention brevetable, les seules conditions requises pour une telle entreprise seraient la considération d'une

---

<sup>962</sup> *Supra* note 927.

<sup>963</sup> Ebermann, *supra* note 29 à la p 104.

<sup>964</sup> Peter Drahos, *The global governance of knowledge : patent offices and their clients*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 à la p 65.

posture connotée de moins d'aversion à l'égard du brevet<sup>965</sup> et l'utilisation du langage scientifique compris par les agents de brevet de l'OEB. Au demeurant, si historiquement, la tradition prégnante de l'écrit a pu constituer un blocage pour l'annulation de certains brevets accusés de biopiraterie pour défaut de nouveauté, cette même pratique devient une *chance* pour la brevetabilité des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

#### **2.2.4 Qu'en est-il des savoirs traditionnels relatifs au *Guiera senegalensis* et à la *Quassia amara*, passés au crible du critère de la nouveauté ?**

La réflexion opérée dans le cas des connaissances traditionnelles associées aux *Hoodia gordonii* pourrait être appliquée *mutatis mutandis* à celles du *Guiera senegalensis* et de la *Quassia amara*. Dans ce contexte, il appert respectivement que les communautés Dogon et celles guyanaises auraient fort probablement réussi à démontrer la nouveauté de leurs savoirs traditionnels, dans le cadre d'une demande de brevet.

L'étape après celle de la nouveauté étant de vérifier l'activité inventive dans les demandes de brevets, nous vérifierons ci-après si les connaissances traditionnelles relatives au *Hoodia Gordonii*, au *Guiera Senegalensis* et à la *Quassia amara*, au sein des systèmes juridiques américain et européen, sont inventives.

### **III. L'inventivité**

La condition de l'activité inventive est probablement la plus difficile à atteindre en droit des brevets, et également la plus difficile à évaluer. Sa finalité est de conserver les innovations qui ne représentent qu'une évolution triviale dans le domaine public, de sorte à n'accorder les droits

---

<sup>965</sup> À cet effet, une auteure rapporte un propos de Rogers Channels, l'avocat des communautés San : « Les San ne contestent pas le brevet lui-même, mais exigent un bénéfice issu du développement commercial ultérieur ». Émilie Gillet, « La fabuleuse histoire du cactus coupe-faim » (1 juillet 2004), en ligne : Usinenouvelle.com/ <<https://www.usinenouvelle.com/article/la-fabuleuse-histoire-du-cactus-coupe-faim.N40823>> (consulté le 15 mars 2018). Certes, la non-contestation du brevet par les San ne signifie pas pour autant que ces communautés sont *pour* le brevet ; cela peut simplement être dû au fait qu'elles n'ont pas les moyens de le contester. Mais ceci n'est qu'une hypothèse, tout comme l'est le fait que les San (ou du moins certains membres de la communauté San) auraient voulu obtenir le contrôle, grâce au brevet, de leurs connaissances traditionnelles. Une fois de plus, ceci ressortirait de leur pleine liberté de choisir la vie qui leur convient, suivant l'acception de la justice selon Amartya Sen.

exclusifs découlant du brevet qu'aux innovations les plus méritantes. En effet, si de tels droits étaient accordés à des développements inventifs médiocres, le système du brevet perdrait non seulement de sa crédibilité, mais autoriserait aussi la prolifération de titres de propriété intellectuelle difficilement commercialisables<sup>966</sup>.

De façon générale, durant le processus d'évaluation d'une demande de brevet, la condition de l'activité inventive est réputée avoir été remplie si l'invention n'est pas évidente pour un homme du métier. Comme le critère de la nouveauté, le critère de l'inventivité a des acceptions différentes dans les systèmes juridiques américain et européen. Nous les envisageons tour à tour ci-dessous.

### 3.1 L'inventivité aux États-Unis

L'expression consacrée aux États-Unis pour exprimer la condition de l'activité inventive est la "non-obviousness" (qui peut se traduire littéralement par la non-évidence). Avant l'adoption du *Patent Act* de 1952, cette condition n'était vérifiée que dans le cadre de l'évaluation du critère de l'invention brevetable. Une évolution prétorienne issue de la Cour suprême américaine scellera la recherche de ce critère qui implique autre chose que la nouveauté<sup>967</sup>, et conduira à une jurisprudence relativement constante. Celle-ci s'affirma par une interprétation plutôt rigoriste de l'inventivité, la conviction des tribunaux étant que le droit des brevets n'avait pas pour vocation d'accorder un monopole à n'importe quel dispositif peu significatif ou à l'ombre d'une quelconque idée, qui au demeurant, aurait pu naître de l'esprit d'une personne ordinaire ayant les connaissances requises dans le champ d'activité considéré<sup>968</sup>. Au contraire, pour la jurisprudence, une invention devait manifester le génie créatif de son inventeur<sup>969</sup>. Finalement, c'est la section 103 du *Patent Act* de 1952 qui codifiera le critère de l'activité inventive. Celle-ci se lit :

---

<sup>966</sup> Ebermann, *supra* note 29 à la p 85.

<sup>967</sup> *Hotchkiss c. Greenwood*, 52 U.S. 248 (1850)

<sup>968</sup> Ebermann, *supra* note 29 à la p 86.

<sup>969</sup> *Cuno Engineering Corp. c. Automatic Devices Corp.*, 314 U.S. 84 (1941). Il faut cependant noter qu'innovatrice en soi que fût cette nouvelle condition d'inventivité, elle était déjà connue en droit anglais depuis 1838. En effet, dans l'affaire *Losh c. Hague*, le Lord Abinger nota qu'il n'y a pas de raison qu'une personne obtienne un brevet pour avoir découvert pour application à des ciseaux, le découpage de la soie, alors que préalablement, un brevet avait déjà été octroyé pour l'invention des ciseaux, car ceux-ci permettent de couper du tissu. Voir *Losh c. Hague*, 1 Webster Pat. Cas. 202 (1838). Voir aussi Margo A Bagley, Ruth L Okediji et Jay A Erstling, *International patent law and policy*, St Paul, MN, West, 2013 à la p 437.

Un brevet pour une invention revendiquée ne peut pas être obtenu, nonobstant le fait que l'invention revendiquée n'est divulguée de façon identique aux termes de la section 102, si les différences entre l'invention revendiquée et l'art antérieur sont telles que l'invention revendiquée dans son ensemble était évidente avant sa date de dépôt effective pour une personne ayant des connaissances techniques ordinaires dans le domaine d'application de l'invention. La brevetabilité ne doit pas être refusée en considération de la façon dont l'invention a été réalisée<sup>970</sup>.

Quelques années plus tard, en 1966, le test d'activité inventive, auquel on réfère souvent comme le « Graham test », a été défini par une décision de la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Graham c. John Deere Co.*<sup>971</sup>. Celle-ci détaille le critère de l'inventivité tel que posé par la section 103 du *Patent Act* de 1952, en posant qu'il convient de déterminer le champ et le contenu de l'art antérieur, d'apprécier les différences entre l'art antérieur et les revendications litigieuses et de résoudre la question du niveau de connaissances techniques ordinaires dans le domaine pertinent<sup>972</sup>. En outre, des considérations supplémentaires telles que le succès commercial, un besoin commercial exprimé de longue date mais jamais satisfait, les échecs d'autres inventeurs ou le caractère inattendu des résultats peuvent être utilisés en tant qu'indice du caractère inventif de l'objet d'une demande de brevet<sup>973</sup>.

Il est important de souligner que contrairement aux particularités de l'état de l'art antérieur qui exigent la divulgation de l'entière invention pour ruiner la nouveauté, telles que posées par la Section 102 du *Patent Act* de 1952, la section 103 exige que l'évidence d'une invention puisse être réalisée en raison de la simple connaissance antérieure de certains éléments de l'art antérieur. Pour résoudre cette question, une juridiction américaine avait établi le test TSM (teaching, suggestion or motivation). Aux termes de celui-ci, une invention ne sera réputée évidente que si une certaine

---

<sup>970</sup> Kamina, *supra* note 898 à la p 340. Dans sa version originale, cette section 103 dispose que : « A patent for a claimed invention may not be obtained, notwithstanding that the claimed invention is not identically disclosed as set forth in section 102, if the differences between the claimed invention and the prior art are such that the claimed invention as a whole would have been obvious before the effective filing date of the claimed invention to a person having ordinary skill in the art to which the claimed invention pertains. Patentability shall not be negated by the manner in which the invention was made ». Le droit canadien des brevets suit une règle similaire dans la mesure où il y est largement admis que l'« analyse du caractère inventif se fait par rapport aux connaissances générales communes dans le domaine de l'invention et tient compte de la personne versée dans l'art concerné. En somme, il s'agira de déterminer si, pour une personne versée dans l'art, l'invention en question est inventive par rapport à l'état de l'art antérieur et aux connaissances générales courantes dans le domaine de l'invention ». Hilal El Ayoubi, « Caractère inventif de l'invention », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 24, Montréal, LexisNexis, 2017 à la p 25/1.

<sup>971</sup> *Graham c. John Deere Co.*, 383 U.S. 1 (1966).

<sup>972</sup> Kamina, *supra* note 898 à la p 340.

<sup>973</sup> Ebermann, *supra* note 29 à la p 87; Kamina, *supra* note 898 à la p 340.

motivation pour combiner des connaissances parties à l'état de l'art antérieur peut être trouvée dans cet art antérieur, dans la nature du problème ou dans les connaissances d'une personne ayant des compétences ordinaires dans l'art<sup>974</sup>.

Ce test a été repris et précisé par la Cour suprême américaine en 2007 dans son arrêt *KSR International Co. v. Teleflex Inc. (KSR)* relatif à une demande brevet pour une pédale de véhicule à position réglable, qui combinait des éléments provenant de deux sources de l'art antérieur<sup>975</sup>. En l'espèce, la Cour a jugé que la combinaison d'éléments connus donnait des résultats prévisibles<sup>976</sup>. Il reste à appliquer les normes découlant de ces lois et jurisprudences aux cas d'espèce, l'hypothèse étant toujours que les PACL pertinentes auraient projeté d'obtenir un brevet sur leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

### **3.1.1 Le savoir traditionnel relatif au *Hoodia gordonii* est-il inventif ?**

Avant l'entrée en vigueur de l'AIA, seules les connaissances antérieures connues aux États-Unis et celles écrites partout ailleurs dans le monde étaient susceptibles de constituer l'art antérieur<sup>977</sup>. Or, à l'époque de l'affaire du *Hoodia gordonii*, l'agent P57 n'était pas connu aux États-Unis, de sorte que son isolation démontrée dans une demande de brevet portée par les communautés San leur aurait garanti d'avoir rencontré le critère de la non-évidence aux États-Unis<sup>978</sup>. De plus, la jurisprudence constante en matière de non-évidence est que celle-ci est constituée du simple fait de la complexité et de l'imprévisibilité des méthodes biotechnologiques, lesquelles impliquent un investissement en temps long pour la recherche-développement et des moyens financiers importants<sup>979</sup>. Une fois de plus, étant donné que pour rentrer dans les canons de la pratique de l'office de brevet américain, il aurait fallu aux communautés San de présenter leur demande dans un langage scientifique – ce qui suggère rétroactivement qu'elles eussent identifié l'agent P57 comme étant responsable de l'effet coupe-faim –, un tel effort de recherche aurait valu à leurs

---

<sup>974</sup> Ebermann, *supra* note 29 à la p 88.

<sup>975</sup> Kamina, *supra* note 898 à la p 340.

<sup>976</sup> Ebermann, *supra* note 29 à la p 89.

<sup>977</sup> *Ibid* à la p 109.

<sup>978</sup> Pour une appréciation complète de l'état de l'art antérieur, se référer aux sections précédentes sur la nouveauté aux États-Unis, et notamment sur le fait que l'ouvrage de White et Sloane ne peut représenter une antériorité ruinant la nouveauté de l'invention.

<sup>979</sup> Ebermann, *supra* note 29 à la p 109.

revendications la caractéristique d’être non-évidente. Si l’on ajoute à ces éléments le fait que le besoin social comblé par la demande d’un brevet sur l’agent P57 est celui de fabriquer des produits ayant des propriétés coupe-faim dans la perspective de lutter contre l’obésité (à l’instar des ambitions du CSIR qui a subséquemment octroyé une licence sur son brevet à cette fin), l’inventivité des connaissances traditionnelles relatives au *Hoodia gordonii* devient aisément concluante. Du reste, le succès commercial pressenti d’une telle invention, qui au demeurant a justifié les plaintes de biopiraterie, constitue un indice supplémentaire de son caractère inventif.

Il reste alors à déterminer si pour une personne ayant des connaissances techniques ordinaires dans le domaine d’application de l’invention, les connaissances traditionnelles des San relativement au *Hoodia gordonii* sont évidentes ou non<sup>980</sup>. La doctrine juridique française considère qu’il s’agit de « celui de la discipline industrielle auquel se pose le problème technique que résout l’invention »<sup>981</sup>. Cette acception concorde avec la pratique américaine qui recherche notamment « le niveau d’éducation de l’inventeur, les types de problèmes rencontrés dans ce domaine, les solutions du « prior art », la rapidité avec laquelle les innovations sont réalisées, la sophistication de la technologie, et le niveau d’éducation des travailleurs dans ce domaine »<sup>982</sup>.

Suivant cette doctrine, il conviendrait alors de considérer que la personne ayant des connaissances techniques ordinaires dans le domaine connaissances traditionnelles associées au *Hoodia gordonii* soit une personne ayant des connaissances analogues à un membre *moyen* de la communauté San<sup>983</sup>. Cette personne sait qu’en consommant du *Hoodia gordonii*, elle n’a pas faim durant les longues parties de chasse auxquelles elle prend part, de sorte que pour elle, l’invention revendiquée serait évidente, ruinant ainsi la condition de la brevetabilité.

Il ne faut toutefois pas aller à des conclusions trop hâtives et potentiellement mal élucidées. En effet, il paraît difficile de s’imaginer qu’un agent américain évaluant une demande de brevet se met à la place d’un guérisseur traditionnel ou d’un dépositaire de connaissances traditionnelles. Il

---

<sup>980</sup> Il convient de rappeler ici que cette personne est une fiction juridique à l’instar du « bon père de famille » en droit civil, disposant de connaissances ordinaires et de bon sens.

<sup>981</sup> Azéma et Galloux, *supra* note 843 à la p 214.

<sup>982</sup> François Vinzia, « La condition d’activité inventive en droit des brevets, approche comparative entre les États-Unis et la France, par François Vinzia. | Les blogs pédagogiques de l’Université Paris Nanterre », en ligne : <<https://blogs.parisnanterre.fr/content/la-condition-d%E2%80%99activit%C3%A9-inventive-en-droit-des-brevets-approche-comparative-entre-les-%C3%A9tats->> (consulté le 27 mars 2018).

<sup>983</sup> Pour une analyse concordante, voir Ekandzi, *supra* note 30 à la p 120.

est *a priori* plus logique de s'imaginer que l'éthique de l'indifférence à l'égard des sources non écrites comme invalidant l'état de l'art antérieur aux États-Unis se perpétue à travers l'exercice consistant à évaluer une demande en empruntant la figure de la personne ayant des connaissances techniques ordinaires dans le domaine pertinent. Par ailleurs, Peter Drahos a révélé dans sa recherche que du point de vue de plusieurs commentateurs, le droit américain du brevet permet que des inventions avec un niveau d'inventivité mineure passent le test de la non-évidence<sup>984</sup>. De sorte qu'en définitive, si les communautés San étaient parvenues à produire une demande de brevet selon les canons de la science qu'exige une demande de brevet américain, notamment l'isolation de l'agent P57, elles auraient alors largement prouvé l'inventivité de leurs revendications.

Mais il faut encore explorer la possibilité que les connaissances des San remplissent la condition de la non-évidence aux États-Unis, après l'entrée en vigueur de l'AIA. De fait, la section 2158 du chapitre 2100 du *Manuel de procédures d'examen des brevets américains* pose que la nouvelle section 102 (a) de l'AIA définit ce qu'est l'art antérieur à la fois pour des raisons de nouveauté pour des besoins d'évaluation de la non-évidence conduisant à l'octroi d'un brevet potentiel<sup>985</sup>. Ceci signifie que l'art antérieur n'est plus constitué seulement de ce qui est connu sur le plan interne aux États-Unis<sup>986</sup>, mais de toute connaissance antérieure divulguée ailleurs dans le monde. Or, à l'époque de la dénonciation de l'affaire du *Hoodia gordonii*, cet art antérieur ne contenait aucune connaissance relative à l'agent P57. Il s'en suit donc que si les communautés San avaient voulu breveter leurs connaissances traditionnelles aux États-Unis, sous le régime de l'AIA, elles auraient réussi<sup>987</sup>, et pour cause : de façon générale, les notions d'évidence pré-AIA continueront de s'appliquer dans la période postérieure à l'entrée en vigueur de l'AIA<sup>988</sup>.

---

<sup>984</sup> Drahos, *supra* note 964 à la p 147.

<sup>985</sup> MPEP Resources, « Manual of Patent Examining Procedure », en ligne : <<https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2158.html>> (consulté le 27 mars 2018).

<sup>986</sup> Voir notamment l'analyse de Petra Ebermann pour ce qui concerne l'évaluation de l'inventivité en droit américain. Ebermann, *supra* note 29 à la p 109.

<sup>987</sup> En s'imaginant que la même demande de brevet eut été faite au Canada plutôt qu'aux États-Unis, on pourrait se demander si l'existence de l'ouvrage de White et Sloane en tant que publication antérieure anticipe l'invention, et donc fait échec à l'existence de l'inventivité. Hilal El Ayoubi a proposé une réponse dans ce sens, dans son exposé des règles sur l'inventivité en droit canadien. D'après lui, « Afin qu'une publication antérieure soit considérée comme anticipant l'invention décrite au brevet, elle doit contenir tous les éléments de l'invention et ne peut constituer en un ensemble de publications, contrairement à l'art antérieur considéré aux fins de l'analyse du caractère inventif qui, lui, peut constituer en un ensemble de publications et de connaissances ». El Ayoubi, *supra* note 970 à la p 25/5.

<sup>988</sup> MPEP Resources, *supra* note 985.

### 3.1.2 Le savoir traditionnel relatif au *Guiera senegalensis* est-il inventif ?

Dans l'affaire du *Guiera senegalensis*, il a été rapporté que les tribus Hausa et Kanuri du Nord-Est du Nigeria utilisaient cette plante pour traiter le cancer du sein. L'identification ingénieuse de cette plante par les communautés Dogon, l'absence de connaissance de ses propriétés anticancérigènes, du moins en France où celles-ci ont été brevetées, mais également aux États-Unis où une demande a été déposée<sup>989</sup> (ce qui présume, a priori, de son méconnaissance par l'art antérieur aux États-Unis), le besoin social de traitement du cancer du sein que cette plante viendrait combler, sont autant d'éléments qui militeraient en faveur du caractère inventif de l'invention des communautés Dogon si elles avaient soumis une demande de brevet aux États-Unis, et ce, peu importe que ce fût sous le régime de l'AIA ou de celui le précédant<sup>990</sup>.

### 3.1.3 Le savoir traditionnel relatif à la *Quassia amara* est-il inventif ?

À l'instar des connaissances traditionnelles au *Guiera senegalensis*, les savoirs des communautés guyanaises à la *Quassia amara* auraient également, pour les mêmes motifs évoqués ci-dessus, rempli la condition de l'activité inventive aux États-Unis, si une demande de brevet avait été déposée par ces communautés dans ce pays. À cet argument, il faut ajouter un autre qui est déployé par Thomas Burelli, l'un des juristes ayant participé à l'opposition du brevet *SkE* accusé de biopiraterie, et qui mentionne que d'après les chercheurs de l'IRD eux-mêmes, le taux de rendement d'identification des plantes présentant une activité biologique par collecte aléatoire est de 0,5%, alors qu'il est de 26% lorsqu'une identification s'effectue grâce à la mobilisation des connaissances traditionnelles<sup>991</sup>.

---

<sup>989</sup> Hammond, *supra* note 509 à la p 4.

<sup>990</sup> En suivant la conclusion à laquelle nous sommes parvenus *supra* note 987, il conviendrait d'affirmer également que les connaissances traditionnelles relatives au *Guiera senegalensis* remplissent la condition de l'inventivité.

<sup>991</sup> Thomas Burelli, « De la plante et des savoirs traditionnels au médicament » à la p9, en ligne : <[https://www.academia.edu/36121562/De\\_la\\_plante\\_et\\_des\\_savoirs\\_traditionnels\\_au\\_m%C3%A9dicament](https://www.academia.edu/36121562/De_la_plante_et_des_savoirs_traditionnels_au_m%C3%A9dicament)> (consulté le 27 mars 2018).

Il n'y a, *a priori*, aucun motif sérieux qui justifie de douter de ces chiffres présentés par Thomas Burelli, en particulier parce qu'il soutient qu'ils proviennent des chercheurs mêmes de l'IRD<sup>992</sup>. En effet, on rencontre souvent dans la littérature scientifique, sur le potentiel des connaissances traditionnelles pour la recherche biomédicale, l'argument que 74% des médicaments dont les structures chimiques sont extraites des plantes ont été découverts grâce aux savoirs traditionnels, alors que seulement 8% des plantes directement testées en laboratoire de recherche ont permis d'atteindre les mêmes résultats<sup>993</sup>. Par souci d'éthique de la recherche, ces données initialement présentées par Steven King en 1991<sup>994</sup>, que Daniel Jenks reprend en 1995<sup>995</sup> et que Ikechi Mgbeoji reproduit dans son article de 2010 ne devraient soulever, *a priori*, aucun doute quant à leur fiabilité. Mais on peut toujours questionner celle-ci, en se demandant si ces données ne remplissent pas une fonction rhétorique, en particulier lorsque, comme dans la recherche de Ikechi Mgbeoji, elles sont muettes relativement à la méthode grâce à laquelle elles ont été obtenues.

Quoiqu'il en soit, la section sur le discours de l'ethnobiologie dans le chapitre premier renseigne largement à propos du fait que les savoirs indigènes constituent une réelle activité scientifique, faite d'innovations équivalentes à ce qui se fait dans les laboratoires de la science moderne. De sorte qu'au total, il devient difficile de douter du caractère inventif du remède antipaludique fait à base de *Quassia amara* qu'utilisent les communautés guyanaises : celles-ci auraient réussi à remplir cette condition aux États-Unis, avant ou après l'entrée en vigueur de l'AIA.

### 3.2 L'inventivité dans l'Union européenne

L'article 56 de la CBE pose que « Une invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique ». L'état de la technique à prendre en compte ici est celui qui découle des termes de

---

<sup>992</sup> Thomas Burelli, « En dépit du droit et de l'éthique : récit d'un cas de biopiraterie récent en Guyane française », communication présentée lors de la Table-ronde sur les *Approches de lutte contre l'appropriation illégale des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans l'ère post-Nagoya*, Centre interdisciplinaire de recherche sur l'Afrique et le Moyen-Orient, Hautes Études Internationales, Université Laval, 13 Mars 2018.

<sup>993</sup> Voir dans ce sens Mgbeoji, *supra* note 602 à la p 9.

<sup>994</sup> Steven R King, « The source of our cures » (1991) 15:3 *Cultural Survival Quarterly* 19–22.

<sup>995</sup> Daniel T Jenks, « Convention on Biological Diversity—An Efficient Framework for the Preservation of Life on Earth, The » (1994) 15 *Northwestern Journal of International Law and Business & Bus* 636 à la p 646.

l'article 54(2) qui permet d'évaluer le caractère nouveau d'une invention : « L'état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen »<sup>996</sup>.

Dans la pratique des offices européens du brevet, la détermination du caractère inventif se réalise à partir de « l'approche problème-solution », qui consiste en plusieurs étapes : d'abord, il faut déterminer l'état de la technique le plus proche (1), évaluer les résultats (ou effets) techniques obtenus par l'invention revendiquée par rapport à l'état de la technique le plus proche qui a été établi (2), définir le problème technique que l'invention se propose de résoudre, l'objet de l'invention étant d'obtenir ces résultats techniques (3) et examiner si, compte tenu de l'état de la technique le plus proche au sens de l'art. 54(2) CBE, l'homme du métier aurait ou non suggéré les caractéristiques techniques revendiquées pour parvenir aux résultats obtenus par l'invention revendiquée (4)<sup>997</sup>.

La détermination de l'état de la technique le plus proche se fait en référence à un document de l'état de la technique qui divulgue un objet conçu dans le même but ou visant à atteindre le même objectif que l'invention revendiquée. Cet objet doit présenter pour l'essentiel des caractéristiques techniques semblables, et donc qui appellent peu de modifications structurelles<sup>998</sup>.

Le problème technique que l'invention revendiquée est censée résoudre se détermine en référence à l'homme du métier. Comme en droit américain du brevet, cet homme est un praticien qui dispose de connaissances et d'aptitudes moyennes et qui possède les connaissances générales dans le domaine concerné à une date donnée (homme du métier de compétence moyenne)<sup>999</sup>. Cet homme n'est censé être doté d'aucune capacité inventive, et c'est cette qualité qui le distingue de l'inventeur.

---

<sup>996</sup> Mais contrairement à l'évaluation de la nouveauté, « le contenu de demandes de brevet européen telles qu'elles ont été déposées, qui ont une date de dépôt antérieure à celle mentionnée au paragraphe 2 et qui n'ont été publiées qu'à cette date ou à une date postérieure » (art 54(3)), ne sont pas prises en considération pour ce qui est de l'activité inventive. Rodés, Bostedt et Dobrucki, *supra* note 939 à la p 182, en ligne : <[http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/5148B6F13CBE8990C1258017004A9EF6/\\$File/case\\_law\\_of\\_the\\_boards\\_of\\_appeal\\_2016\\_fr.pdf](http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/5148B6F13CBE8990C1258017004A9EF6/$File/case_law_of_the_boards_of_appeal_2016_fr.pdf)>.

<sup>997</sup> *Ibid* à la p 183.

<sup>998</sup> *Ibid* à la p 186.

<sup>999</sup> Rodés, Bostedt et Dobrucki, *supra* note 939 à la p 214.

Par ailleurs, pour déterminer si l'homme du métier trouve l'invention revendiquée évidente pour lui, compte tenu de l'état de la technique, « l'approche could-would » a été élaborée par la jurisprudence. Aux termes de celle-ci, « l'important n'est pas de savoir si l'homme du métier **aurait pu** réaliser l'objet du brevet litigieux, mais de savoir s'il **l'aurait fait** parce qu'il aurait espéré apporter une solution au problème technique ou qu'il en aurait escompté un perfectionnement ou un avantage quelconque »<sup>1000</sup>. Suivant cette logique donc, l'inventivité résulte des effets inattendus ou surprenants que l'homme du métier aurait obtenus à la suite de son expérimentation<sup>1001</sup>.

Le droit européen contient des critères subsidiaires pour évaluer l'inventivité d'une revendication. Ces critères sont les préjugés de l'homme du métier (à surmonter), l'ancienneté des documents par rapport à l'apparition d'un problème technique que l'invention veut résoudre, la réponse à un besoin existant depuis longtemps, le succès commercial, les efforts de la concurrence, la simplicité de la solution apportée par l'invention revendiquée, le caractère surprenant d'un effet auquel on ne s'attendait pas, ou un effet surprenant résultant d'essais comparatifs<sup>1002</sup>. Par ailleurs, dans le domaine de la biotechnologie, de nouveaux champs de recherche peuvent avoir été défrichés par les enseignements de l'état technique tandis que la réalisation même de ces recherches s'avère difficile, ou nécessite des techniques longues et complexes, ou encore prendrait beaucoup de temps. Dans de tels cas, l'inventivité est présumée du fait que l'homme du métier peut, en raison du faible niveau d'expectative de succès, n'avoir juste pas essayé<sup>1003</sup>.

### 3.2.1 Le savoir traditionnel relatif au *Hoodia gordonii* est-il inventif ?

L'état de la technique le plus proche des connaissances traditionnelles des San relativement au *Hoodia gordonii* était constitué par l'ouvrage de White et Sloane. De fait, une première tentative de protection par brevet à l'OEB de l'invention consistant dans l'utilisation de l'agent P57 pour fabriquer un produit permettant de prévenir, de traiter et de lutter contre l'obésité n'avait pas abouti. Aussi, une décision de la division d'examen avait-elle rejeté la demande de brevet aux

---

<sup>1000</sup> *Ibid* à la p 208.

<sup>1001</sup> Ebermann, *supra* note 29 à la p 90

<sup>1002</sup> Rodés, Bostedt et Dobrucki, *supra* note 939 aux pp 277-287.

<sup>1003</sup> Ebermann, *supra* note 29 aux pp 90-91.

motifs qu'elle ne résultait pas d'une activité inventive. Au soutien de sa conclusion, elle observait que « il était connu de l'art antérieur que les genres revendiqués contiennent des ingrédients qui suppriment l'appétit et la préparation d'un extrait ou d'une sève ayant une activité coupe-faim des genres revendiqués est évidente pour l'homme du métier en phytochimie/phytopharmacologie »<sup>1004</sup>.

Les demandeurs du brevet ont toutefois fait appel de cette décision, et ont soumis des revendications plus élaborées ; lesquelles sont :

1. Utilisation, dans la fabrication d'un médicament ayant une activité coupe-faim pour traiter, prévenir ou combattre l'obésité d'un humain ou d'un animal, d'un extrait d'une plante du genre *Trichocaulon* ou du genre *Hoodia*, lequel extrait contient une quantité efficace d'un glycoside stéroïdien inhibiteur d'appétit provenant de ladite plante, dans lequel le glycoside stéroïdien a la formule [...]

[Et]

14. Procédé non thérapeutique de réduction de l'apport calorique total d'un humain ou d'un animal, le procédé comprenant l'administration audit animal ou à ladite personne d'un aliment ou d'une boisson comprenant un extrait... [notre traduction]<sup>1005</sup>.

Ils arguèrent par la suite que l'état de la technique antérieur, qui mentionne que manger le *Hoodia gordonii* « enlevait si efficacement les affres de la faim [qu'on pouvait ne] rien manger pendant un jour après avoir atteint le camp »<sup>1006</sup>, ne permettait pas de réaliser les inventions explicitées par les revendications 1 et 14 ci-dessus présentées<sup>1007</sup>.

L'organe d'appel a suivi le raisonnement des demandeurs de brevet, contre la conclusion de la division d'examen de l'OEB, en arguant que l'homme du métier, ayant eu connaissance du document 8 (l'ouvrage de White et Sloane), ne pouvait pas en déduire de façon évidente la possibilité de fabriquer un médicament supprimeur d'appétit pour lutter contre l'obésité. L'organe d'appel insiste en particulier sur le fait que d'une part, les demandeurs du brevet ont démontré que la consommation de tiges ou le fait de sucer la sève d'une plante fraîche du *Hoodia gordonii* n'entraîne pas une absorption suffisante des composants actifs responsables de l'effet coupe-faim

---

<sup>1004</sup> Dolder, « Traditional Knowledge and Patenting: The Experience of the Neemfungicide and the Hoodia Cases » (2007) 26:6 *Biotechnology Law Report* 583-590 à la p 588.

<sup>1005</sup> *Ibid.*

<sup>1006</sup> *Ibid.*

<sup>1007</sup> *Ibid.*

et que d'autre part, l'effet de suppression d'appétit divulgué par l'ouvrage de White et Sloane pourrait ne résulter que de ses caractéristiques bourratives, utilisées depuis longtemps par les premiers habitants du désert du Kalahari comme « nourriture de brousse ».<sup>1008</sup> Aussi, la demande de brevet sur l'agent P57 a-t-elle été considérée comme inventive.

À la relecture de ce cas qui s'est déroulé en janvier 2005, il est difficile d'imaginer comment les communautés San auraient pu voir leurs connaissances traditionnelles brevetées si elles avaient elles-mêmes porté l'initiative de faire une telle demande à un office de brevet, notamment à l'OEB. En l'espèce, les motifs de la décision de l'organe d'appel de l'OEB suggèrent qu'il leur aurait été opposé les mêmes conclusions, à savoir que l'effet coupe-faim résultant de la consommation du cactus miracle pourrait découler de ses caractéristiques bourratives, tel qu'en définitive, leur « invention » ne remplirait pas ce critère de brevetabilité. Or, une fois de plus, il convient d'analyser avec circonspection ce qui se joue ici.

Une importante leçon que l'octroi du brevet sur le *Hoodia gordonii* dans l'Union européenne enseigne est qu'il a simplement fallu aux avocats du CSIR de rédiger d'une façon plus élaborée les revendications de la potentielle invention à protéger pour que la décision des agents du brevet au niveau de l'organe d'appel soit positive. Il en résulte qu'une condition de réussite d'une demande de brevet est que celle-ci se distingue suffisamment de l'état de la technique le plus proche. L'« inventivité » – réelle, dirions-nous – du brevet du CSIR gît davantage dans la capacité de ses avocats à rédiger leurs revendications selon des termes qui emportent l'adhésion des évaluateurs. Il est ici davantage question de stratégie et d'expertise en matière de rédaction d'actes que de faire la preuve d'une réelle inventivité. En effet, il paraît bien évident que, comme aux États-Unis, la notion d'inventivité dans le cadre de la CBE soit si évanescence<sup>1009</sup> qu'elle autorise, à coups de jeux de rhétorique, l'octroi de certains brevets qui auraient pu ne pas être octroyés.

Avec cela en considération, une autre argumentation pourrait être recevable à propos de l'établissement de l'inventivité des connaissances traditionnelles des San relativement au *Hoodia gordonii*. En effet, pourquoi les San ne consomment-ils aucune autre plante dans la perspective de

---

<sup>1008</sup> *Ibid.*

<sup>1009</sup> Mohamed R Hashim parvient également à la même conclusion dans une étude comparative sur la notion d'inventivité dans plusieurs juridictions (Australie, Canada, États-Unis et Royaume-Uni). Pour plus de détails, voir Mohamed Hashim, *Is it Obvious? A Review and Critique of the Non-obviousness Patent Requirement*, 2012, en ligne : <<https://tspace.library.utoronto.ca/handle/1807/33237>> (consulté le 26 mai 2016).

couper la faim lors des longues parties de chasse ? Fritz Dolder analyse ainsi que l'effort de sélection des habitants était si sophistiqué qu'il constitue l'étape décisive de l'invention et l'emporte largement sur la contribution des appelants consistant en la purification et l'identification chimique des substances à propriétés supprimant l'appétit<sup>1010</sup>. Dolder ajoutera que les informations sur la structure chimique des substances n'étaient pas nécessaires pour obtenir les effets des processus et des produits objets de la demande de brevet et qu'il semble inhabituel<sup>1011</sup> de fonder l'activité inventive sur des mesures redondantes<sup>1012</sup>.

Nous souscrivons entièrement à cette analyse dans la mesure où la traduction des connaissances traditionnelles selon les termes scientifiques compris par les agents de brevets américains ne constitue que le medium nécessaire pour garantir l'octroi du brevet recherché. Ce qui est réellement inventif, c'est d'avoir identifié le *Hoodia gordonii*, et seulement le *Hoodia gordonii* pour son effet coupe-faim : une telle science dénote du niveau de « sophistication de la technologie »<sup>1013</sup> San qui a consisté à identifier une plante qui a une application pratique. Aux objecteurs potentiels, il suffit d'opposer qu'une telle identification ne peut confiner à une simple découverte : elle constitue une véritable invention brevetable conformément à une jurisprudence bien établie<sup>1014</sup>. En outre, face à l'obésité qui est une question de santé publique dont la résolution s'avère complexe en raison de plusieurs facteurs tant pathologiques que sociaux, les connaissances traditionnelles San constituent une solution tellement simple qu'elle permet d'établir, à titre d'indice secondaire son inventivité. Le succès commercial escompté d'une éventuelle exploitation de l'agent P57 vient renforcer cette présomption d'inventivité.

Une telle admission ramène à la condition essentielle pour les communautés San de rédiger leurs demandes de brevets dans des termes scientifiques auxquels sont socialisés les agents de brevet des juridictions où ils espèrent protéger leurs connaissances traditionnelles.

---

<sup>1010</sup> Fritz Dolder, *supra* note 1004 ; Ebermann, *supra* note 29 à la p 111.

<sup>1011</sup> Du moins en droit européen où le brevet sur le *Hoodia gordonii* a été annulé.

<sup>1012</sup> Dolder, *supra* note 1004 à la p 589.

<sup>1013</sup> Vinzia, *supra* note 982.

<sup>1014</sup> En effet, il est constant de considérer qu'un phénomène naturel dont a pu trouver une application pratique peut faire l'objet d'un brevet valable pour cette application pratique ». Voir Michel Vivant et Philippe Jestaz, *supra* note 905.

Quel serait donc l'homme du métier dont les connaissances constituent le référentiel à prendre en compte dans l'évaluation de l'inventivité ? La jurisprudence constante dans le cadre de la CBE, contenue dans la décision T39/93 est qu'il s'agit d'un expert dans un domaine technique concerné. Dans l'affaire du *Hoodia gordonii* que nous avons revisitée ci-dessus, la personne désignée était un spécialiste en « phytochimie/phytopharmacologie »<sup>1015</sup>. A priori, ces termes employés par la division pourraient être trompeurs, dans la mesure où le préfixe « phyto » dont ils sont affublés laisserait penser qu'il s'agit d'une sorte de « chimie » ou de « pharmacologie » empreintes d'un tel caractère alternatif qu'on classerait les savoirs traditionnels dans les catégories qu'elles constituent. Ce n'est pas le cas : de telles terminologies évoquent simplement des disciplines scientifiques qui étudient des substances naturelles issues des plantes.

Dans ce contexte, deux hypothèses peuvent être dégagées. Soit il faut considérer que l'homme du métier est bien un spécialiste rompu aux sciences expérimentales qui connaît bien les plantes. Dans ce contexte, déterminer si oui ou non il est inventif d'identifier une molécule à l'effet coupe-faim à partir d'une plante connue pour son effet coupe-faim devient une question de fait laissée à l'appréciation des évaluateurs. Mais comme nous l'avons déjà mentionné, la stratégie de rédaction des revendications du brevet permet aisément de contourner toute ambiguïté à ce sujet. Soit on peut saisir l'opportunité offerte par la jurisprudence européenne de considérer qu'un groupe de personnes constituent la figure de l'homme du métier compétent dans le domaine technique considéré<sup>1016</sup>. Dans ce contexte, le groupe de personnes à considérer serait constitué pour partie de spécialistes en sciences expérimentales et de l'autre de dépositaires de connaissances traditionnelles. Or, pour logique et fortement souhaitable que puisse paraître cette hypothèse, elle paraît peu vraisemblable dans la pratique.

En effet, il faut relever dans l'affaire du *Hoodia gordonii* rappelée ci-dessus que les instances de décisions de l'OEB, même si elles admettent des preuves non écrites telles que des témoignages, préfèrent se fonder sur des articles scientifiques présentés sous forme écrite, posture qui suggère que logiquement, des détenteurs de connaissances traditionnelles *a priori* illettrés ne sauraient être admis aux côtés de scientifiques dans l'exercice de détermination de non-évidence pour l'homme du métier. En supposant idéalement que c'est malgré tout le cas, comment espérer qu'un agent de

---

<sup>1015</sup> Voir *supra* note 1004.

<sup>1016</sup> Voir Rodés, Bostedt et Dobrucki, *supra* note 939 à la p 216.

brevet socialisé aux méthodes de la science occidentale privilégie dans son propre imaginaire les connaissances traditionnelles de PACL face à l'expertise scientifique d'un chercheur moyen dont il est idéologiquement plus proche ? Finalement, l'éthique sous-jacente à la résistance à considérer les documents non écrits devient une chance pour des PACL qui voudraient établir la non-évidence de leurs inventions.

Au total, il faut le reconnaître, l'établissement de la non-inventivité, telle qu'elle apparaît à la suite du traitement de l'affaire du *Hoodia gordonii* devant l'OEB préfigure une difficulté certaine pour les communautés San si elles avaient voulu breveter leurs connaissances traditionnelles. Mais une telle démonstration n'est pas impossible, en particulier si une telle initiative n'est pas naïve et s'exécute de façon raisonnée et stratégique.

### **3.2.2 Les savoirs traditionnels relatifs au *Guiera senegalensis* et à la *Quassia amara* sont-ils inventifs ?**

Les réflexions développées pour le *Hoodia gordonii* ci-dessus peuvent être appliquées *mutatis mutandis* aux affaires du *Guiera senegalensis* et de la *Quassia amara*. En lieu et place d'une démonstration purement technique à partir du droit positif du brevet européen, il faut conclure à leur nécessaire inventivité : en effet, d'un point de vue théorique, une telle affirmation peut se démontrer par l'absurde, à partir de l'argument de la contradiction performative.

La contradiction performative désigne une affirmation qui devient contradictoire par le simple fait qu'elle est énoncée. C'est ce que François Vallaëys démontre dans le cadre d'une réflexion critique qu'il fait à propos de l'arrogance de l'expertise scientifique qui écarte les autres types de sciences que l'on peut nommer citoyennes, ces savoirs des gens. Ainsi, il écrit que :

[Tous] ceux qui nous déclarent qu'on ne peut pas accéder au savoir de la société, que ces mécanismes nous dépassent et qu'on ne doit donc pas chercher à y intervenir (par exemple Hayek quand il parle du Marché comme d'une [auto-transcendance] sur laquelle l'État ne « doit » pas intervenir, car il ne peut ni la connaître, ni la réguler rationnellement), commettent ce que l'on appelle une « contradiction performative » [...] : en disant ce qu'ils disent, ils nient ce qu'ils disent. Car ils déclarent qu'ils sont certains d'un savoir (celui de la transcendance du social) auquel personne ne peut accéder [...], et ils nous le disent à nous, nous déclarant par le fait [,] aptes à

comprendre ce que nous ne pouvons pas comprendre (que la transcendance du social nous est inaccessible)<sup>1017</sup>.

Dans le contexte de notre recherche, l'argument de la contradiction performative revient simplement à souligner que si des acteurs autres que des PACL, en décrivant des revendications – qui sont en fait une présentation sophistiquée des connaissances traditionnelles grâce au vocabulaire de la science moderne – ont pu établir la non-évidence de leurs revendications, et à terme, réussi à obtenir les brevets qu'ils demandent, il n'y a aucune raison qui s'oppose à ce que ces PACL les eût obtenus également, s'ils avaient choisi de déposer eux-mêmes des demandes de brevets. Une approche plus offensive, tirant partie des possibilités de l'Accord sur les ADPIC est cependant nécessaire pour garantir le succès de leurs demandes de brevet.

Il reste à présent à évaluer le critère de l'application industrielle dans les deux systèmes juridiques retenus dans cette thèse.

#### **IV. L'application industrielle**

L'application industrielle est la dernière condition de fond qu'une invention revendiquée doit remplir afin d'être protégée par le brevet. Ainsi que le posent les termes de l'article 27(1) de l'Accord sur les ADPIC, « un brevet pourra être obtenu pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous les domaines technologiques, à condition qu'elle soit [...] susceptible d'application industrielle ». Nous envisageons ci-dessous leur traitement en droit américain et dans le cadre de la CBE.

##### **4.1 L'application industrielle aux États-Unis**

La notion de « utility » (en français, « utilité ») est celle retenue par le droit américain pour dire l'application industrielle d'une invention revendiquée. La condition de l'utilité dispose à la fois d'un fondement constitutionnel et d'une dimension statutaire. Aussi, l'alinéa 8 de la section 8 de l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution américaine pose-t-il que le Congrès a la prérogative de promouvoir

---

<sup>1017</sup> François Vallaëys, *Les fondements éthiques de la Responsabilité Sociale*, PhD Thesis, Université Paris-Est, 2011 à la p 161.

le progrès de la science et des arts *utiles*, en garantissant pour des temps limités aux auteurs et aux inventeurs le droit exclusif à leurs écrits et découvertes respectifs<sup>1018</sup>.

La notion d'utilité est également envisagée dans la section 101 du *Patent Act*, qui la pose comme condition de la brevetabilité d'une invention. Ainsi, au minimum, pour qu'une invention remplisse la condition d'utilité, elle doit déjà fonctionner (ce qu'on désigne sous le vocable d'« utilité fonctionnelle »), et elle doit avoir des usages pratiques<sup>1019</sup>. Dans ce contexte, on peut aisément s'imaginer qu'il s'agit d'une condition qui ne pose pas de réelles difficultés dans la pratique pour la majorité des inventions, sauf lorsque celles-ci soulèvent des controverses d'un point de vue éthique.

Les affaires qui traitent de la notion d'inventivité sont plutôt rares. Ainsi que l'analyse Petra Ebermann, il est difficile d'imaginer qu'une personne prendrait la peine de demander la protection par brevet d'une invention qui n'aurait aucune utilité<sup>1020</sup>. En effet, la finalité de cette exigence d'utilité est d'éviter que des demandes de brevet soient faites à des fins stratégiques sur des résultats de recherche ressortissant de la science fondamentale. En effet, de tels brevets « inutiles » empêchent la brevetabilité d'autres inventions potentiellement plus utiles, et augmentent de façon superflue les coûts de la recherche<sup>1021</sup>.

Cependant, il est admis que dans le domaine des inventions biotechnologiques, des inventeurs pourraient identifier un composé nouveau sans en connaître à ce moment l'application concrète. Par ailleurs, plusieurs inventions biotechnologiques posent des questions éthiques, de sorte que l'on s'interroge à propos de leur utilité pour l'humanité.

La jurisprudence est venue préciser le critère de l'utilité en exigeant d'elle qu'elle soit spécifique (*specific utility*), « c'est-à-dire spécifique à l'invention revendiquée et susceptible d'apporter un bénéfice bien défini au public »<sup>1022</sup>. Un tel bénéfice doit être immédiat et découler de l'invention

---

<sup>1018</sup> Il s'agit d'une condition commune à la fois aux demandes de brevet et de protection par droit d'auteur. Kamina, *supra* note 898 à la p 338.

<sup>1019</sup> Bagley, Okediji et Erstling, *supra* note 969 à la p 339.

<sup>1020</sup> Ebermann, *supra* note 29 à la p 91. Dans cette perspective, la législation canadienne pose simplement que si l'invention produit les résultats promis lorsqu'on l'utilise conformément aux instructions données dans le mémoire descriptif, elle est utile au sens où ce terme est employé par le droit des brevets ». Voir Joanie Lapalme, « Principes d'utilité et de prédiction préalable », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 24, Montréal, LexisNexis, 2016 à la p 26/1.

<sup>1021</sup> *Ibid.*

<sup>1022</sup> Kamina, *supra* note 898 à p 338.

telle que décrite, et non à une date ultérieure suivant des résultats de recherche additionnelle. Dans cette mesure, l'invention acquiert une « utilité spécifique et substantielle »<sup>1023</sup>.

En 2001, l'USPTO a publié des lignes directrices relatives à l'examen de l'utilité, afin d'aider les examinateurs de demandes de brevets et les demandeurs de ceux-ci à appréhender l'utilité. Aux termes de ce guide, une invention est réputée avoir satisfait la condition d'utilité (1) si une personne ayant des connaissances techniques ordinaires dans le domaine d'application de l'invention apprécierait immédiatement pourquoi une invention est utile sur la base des caractéristiques de l'invention (par exemple, les propriétés ou applications du produit ou du procédé), et (2) si l'utilité est spécifique, substantielle et crédible<sup>1024</sup>.

#### **4.1.1 Le savoir traditionnel relatif au Hoodia gordonii est-il utile ?**

Le brevet du CSIR a été obtenu sur la présomption que des médicaments contenant l'agent P57 sont susceptibles d'apporter un bénéfice bien défini au public, celui de permettre la prévention ou le traitement de l'obésité. En effet, la revendication 1 du brevet EP1438965A1 se lit ainsi qu'il suit : « Utilisation, dans la préparation d'une composition pour traiter, prévenir ou combattre l'obésité, d'un extrait d'une plante sélectionnée parmi Hoodia gordonii ou Hoodia lugardii qui contient une quantité efficace d'un ou plusieurs glycosides stéroïdiens inhibiteurs d'appétit provenant de ladite plante »<sup>1025</sup>.

La lettre de cette revendication suggère par elle-même l'utilité de l'invention consistant dans l'isolation de l'agent P57 ; de sorte que si les communautés San avaient choisi de breveter leurs connaissances traditionnelles aux États-Unis, étant donné qu'elles avaient déjà une connaissance antérieure de l'effet coupe-faim de leur « cactus-miracle », elles auraient pareillement réussi à en prouver l'utilité. Une fois de plus, la nuance ici serait d'identifier l'agent P57 qui est à l'origine de

---

<sup>1023</sup> *Ibid.*

<sup>1024</sup> *Examination Guidelines for the Utility Requirement* à la p1098, en ligne : <<https://www.uspto.gov/sites/default/files/web/offices/com/sol/notices/utilexmguide.pdf>> (consulté le 5 avril 2018).

<sup>1025</sup> Le texte original de la revendication précise ceci : « Use, in the preparation of a composition for treating, preventing or combating obesity, of an extract from a plant selected from Hoodia gordonii or Hoodia lugardii which contains an effective amount of one or more appetite-suppressant steroidal glycoside from said plant ». Brevet EP1438965A1, « Use of extracts from Hoodia gordonii and Hoodia lugardii for the preparation of a medicament for use in the suppression of appetite », en ligne : Google Patents <<https://patents.google.com/patent/EP1438965A1/en>> (5 avril 2018).

l'effet coupe-faim, et que les San connaissent intuitivement. Par ailleurs, il semble indubitable que les caractéristiques mêmes de l'invention suggèreraient d'emblée son utilité à toute personne ayant des connaissances techniques ordinaires dans le domaine d'application de l'invention.

Au Canada, la démonstration de l'utilité de l'invention dépend de la circonstance selon laquelle le demandeur fait ou non une promesse dans sa revendication. Dans le contexte de l'affaire du *Hoodia gordonii* où il a été clairement indiqué que l'agent P57 vise à terme à prévenir ou à traiter l'obésité, l'utilité de l'invention serait évaluée conformément à cette promesse. On se poserait alors la question de savoir si « l'invention accomplit-elle ce que le brevet promet qu'elle accomplira »<sup>1026</sup>. Une telle évaluation est une question de droit que la Cour évalue selon le point de vue de la personne versée dans l'art, en s'aidant de la preuve d'expert<sup>1027</sup>, mais la question de savoir si le breveté a rencontré ou non cette promesse est une question de fait<sup>1028</sup>. En pratique, il se poserait la question de savoir qui est cette personne versée dans l'art. Si l'on considère qu'il s'agit d'un membre de la communauté San, une telle preuve est relativement facile à faire puisqu'elle concerne l'objet même des connaissances traditionnelles sur le *Hoodia gordonii*. Si l'on considère plutôt qu'il s'agit d'un expert rompu à la « science occidentale », il n'est pas certain que la même conclusion soit atteinte. Cependant, une façon de contourner cet obstacle serait de rédiger le document de revendications sur l'agent P57 de sorte qu'elle ne contienne pas de promesses ferme de prévenir et/ou de traiter l'obésité. À cet égard, les conseils de Joanie Lapalme semblent particulièrement bien avisés :

Considérant que l'utilité d'une invention sera mesurée en fonction de la promesse qui se trouve dans le brevet et qu'une promesse implicite semble pouvoir être reconnue par les tribunaux, une attention toute particulière doit être apportée à la détermination et à la rédaction de la promesse du brevet, si promesse il y a. Un langage précis et clair (qui évite toute confusion entre : promesses *versus* avantages, utile *versus* potentiellement utile chez l'humain, utile dans le traitement de maladies chroniques ou procurant des avantages thérapeutiques, etc.) doit être privilégié<sup>1029</sup>.

---

<sup>1026</sup> Lapalme, *supra* note 1020 à la p 26/6

<sup>1027</sup> *Ibid.* Pour aller plus loin, voir *Teva Canada Ltd. c. Novartis AG*, 2013 CF 141, [2013] A.C.F. no 182, par. 167 (Gleevec®).

<sup>1028</sup> Lapalme, *supra* note 1020 à la p 26/10.

<sup>1029</sup> *Ibid.* Cette conclusion sur l'application des règles de droit canadien à propos de l'utilité dans l'affaire du *Hoodia gordonii* devraient s'appliquer mutatis mutandis aux cas du *Guiera senegalensis* et de la *Quassia amara*.

#### 4.1.2 Le savoir traditionnel relatif au *Guiera senegalensis* est-il utile ?

La molécule *Guieranon B* qui a fait l'objet du brevet FR2980196 par les chercheurs français accusés de biopiraterie a été protégée en raison de ce que l'invention qui consiste en son isolation a le potentiel d'être utilisée à titre de « composé actif pharmaceutique, notamment dans le traitement du cancer »<sup>1030</sup>.

Étant donné la connaissance antérieure par les tribus Hausa et Kanuri du Nord-Est du Nigéria du potentiel de traitement du cancer du sein, une telle utilité aurait également été démontrée par elles, si elles avaient choisi de breveter leurs connaissances traditionnelles relatives au *Guiera senegalensis*.

Dans cette perspective, les caractéristiques mêmes de l'invention suggèreraient également d'emblée son utilité à toute personne ayant des connaissances techniques ordinaires dans le domaine d'application de l'invention.

#### 4.1.3 Le savoir traditionnel relatif à la *Quassia amara* est-il utile ?

La molécule SkE, dont la protection par brevet a été obtenue par l'IRD et qui a déclenché les plaintes de biopiraterie par la Fondation France Libertés, présente le potentiel de guérir le paludisme<sup>1031</sup>. Étant donné la connaissance antérieure par les communautés guyanaises du potentiel de traitement du paludisme, une telle utilité aurait également été démontrée par elles, si elles avaient choisi de breveter leurs connaissances traditionnelles relatives à la *Quassia amara*. Une telle utilité aurait été évidente pour une personne ayant des connaissances techniques ordinaires dans le domaine d'application de l'invention.

---

<sup>1030</sup> Brevet FR2980196A1 « Principe actif cancéreux issu de *Guiera senegalensis* », à la p 1: en ligne Patent Images <<https://patentimages.storage.googleapis.com/b7/e3/39/43715ad76122f8/FR2980196A1.pdf>> (consulté le 5 avril 2018).

<sup>1031</sup> Le brevet sur la SkE mentionne notamment dans ses revendications 3 et 4: « Medicament according to claim 2, for its use in the prevention and/or treatment of malaria » et « Medicament according to claim 2 or claim 3, for its use in reducing the transmission of malaria ». Voir Brevet EP2443126B1 « Simalikalactone e and use thereof as a medicament », en ligne : Google Patents < <https://patents.google.com/patent/EP2443126B1/en> > (5 avril 2018).

## 4.2 L'application industrielle dans l'Union européenne

Aux termes de l'article 57 de la CBE, « Une invention est considérée comme susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture ». L'expression « tout genre d'industrie » réfère à tout genre d'activités menées de façon continue, indépendante et pour des fins lucratives<sup>1032</sup>. Cette disposition se justifie, comme aux États-Unis, par la nécessité d'empêcher la protection par brevet de créations purement esthétiques<sup>1033</sup>.

Aussi bien que pour les savoirs traditionnels relatifs au *Hoodia gordonii*, au *Guiera senegalensis* et à la *Quassia amara*, la question de l'application industrielle est évidente par elle-même. En effet, comme dans l'hypothèse du droit américain du brevet, chacune de ces connaissances traditionnelles implique une application industrielle évidente. À tout le moins, l'idée de la contradiction performative évoquée dans la section sur l'inventivité laisse penser que les organisations accusées de biopiraterie (respectivement, le CSIR, les chercheurs français désormais propriétaires du brevet sur le Guieranon B et l'IRD) ont réussi à obtenir les brevets demandés, alors il n'y a pas de raison logique qui empêcherait les PACL dépositaires des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques en l'occurrence de démontrer l'applicabilité industrielle de leurs revendications. Il va sans dire que la réalité de cette condition dépend de la volonté des PACL qui en sont dépositaires, de demander leur protection par brevet, si cela correspond à leur vision.

### Conclusion partielle

Une application nuancée et stratégique des dispositions du droit américain et du droit européen du brevet aux savoirs traditionnels associées au *Hoodia gordonii*, au *Guiera senegalensis* et à la *Quassia amara* permet de se rendre compte que le discours minoritaire contre la formule *sui generis* n'est pas si dénué de sens : au contraire, il est scientifiquement fondé. Il s'agit cependant d'une approche qui est particulièrement impopulaire, voire marginalisée dans la littérature scientifique, pour des raisons que nous avons déjà évoquées. Un détour rapide par les dispositions

---

<sup>1032</sup> Voir Ballester Rodés, Bostedt et Dobrucki, *supra* note 939 à la p 288.

<sup>1033</sup> Ebermann, *supra* note 29 à la p 93.

pertinentes en droit canadien des brevets laisse penser également que ces connaissances traditionnelles rencontrent tous les critères de brevetabilité.

Le chapitre prochain suggère de répondre aux défis que pose l'option *inédi*te de protéger par le truchement du brevet les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, au moment où les États travaillent à mettre en œuvre le Protocole de Nagoya.

## **Chapitre 4 : Le Protocole de Nagoya : une opportunité pour la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques**

### **Introduction**

Dans le cadre de ce quatrième et dernier chapitre, nous soutenons que la mise en œuvre du Protocole de Nagoya constitue une opportunité pour la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, grâce au brevet notamment.

Pour soutenir une telle thèse, il convient, d'abord, de discuter des bases théoriques susceptibles de justifier cette suggestion marginalisée dans la littérature scientifique. Cet exercice prendra la forme d'une déconstruction des justifications pour l'option *sui generis* présentée au paragraphe III de la section I du chapitre III, puis d'une reconstruction à partir d'autres références conceptuelles que nous introduirons au fur et à mesure. Nous espérons ainsi parvenir à donner sens à la revalorisation du brevet comme étant l'instrument le plus approprié, dans les conditions actuelles du fonctionnement du droit et des rapports de force entre parties impliquées dans les contrats de bioprospection, pour protéger ces savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques (Section I). Ensuite, nous formulerons des recommandations afin que le moment de l'élaboration des lois nationales pour la mise en œuvre du Protocole de Nagoya soit saisi par les États afin d'assurer efficacement la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques (Section II).

### **Section I : Des bases théoriques pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques grâce au brevet**

Il a été démontré que contrairement à la rhétorique qui soutient que le brevet est inadapté ou inadéquat pour protéger les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, il existe une réelle possibilité en droit pour ce faire. Tout dépend, en effet, de la posture adoptée. Il faut donc poursuivre le chemin de l'analyse, en questionnant également les fondements théoriques qui

permettaient de valoriser l'option *sui generis* (I). Il faut ensuite expliciter d'autres fondements théoriques qui favorisent mieux l'option de la brevetabilité des savoirs traditionnels.

## **I. Des fondements théoriques en faveur de l'option *sui generis* pour la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques : Déconstruction**

Ainsi qu'annoncé précédemment, il convient de déconstruire les arguments valorisant l'option *sui generis* comme mode de protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques.

### **1.1 L'argument de la production des savoirs traditionnels dans un cadre communautaire : une généralisation excessive ?**

Ainsi que nous l'avons vu dans les pages précédentes, l'une des raisons ayant justifié la (sur)valorisation de l'option *sui generis* pour protéger les connaissances des PACL est l'idée selon laquelle ces connaissances seraient produites dans le cadre de « communautés ». Or une telle justification véhicule le mythe de l'inventeur individuel. En effet, d'après la légende, lorsqu'il comprit que tout corps plongé en tout ou partie dans un fluide liquide ou gazeux soumis à un champ de gravité subit une force, Archimède s'écria : Eurêka ! Ce cri exprimait l'euphorie ressentie par le savant grec à l'instant où enfin, il atteignit au terme de longs jours et nuits de réflexion, le savoir auquel il prétendait.

Ce cri met peut-être en évidence l'idée que nous nous faisons du savoir scientifique : celui-ci naitrait au cœur du génie créatif du savant, qui s'étant élevé pour contempler le monde des idées, revient de celui-ci empreint de la connaissance experte. Il lui reste alors à éclairer, par la lumière de sa pensée *supérieure*, la *populace* enfermée dans l'obscurité du monde réel. À ce propos, il faut remarquer que les premiers balbutiements du critère de l'inventivité aux États-Unis illustrent avec élégance la pénétration au cœur de la société américaine de « l'instant Eurêka » : en effet, son évaluation exigeait alors que l'invention manifestât le « génie créatif de son inventeur »<sup>1034</sup>.

---

<sup>1034</sup> Vallaeys, *supra* note 1017.

Or, suivant cette mythologie, le droit des brevets a consacré une sorte de hiérarchie entre systèmes cognitifs, celui des « experts-rois » d'après la formule de François Vallaëys<sup>1035</sup> qui se retrouve dans une position supérieure. Puis vient celui des PACL, ces Autres qu'il n'est pas toujours évident d'appréhender. Or, Marie Roué est particulièrement sévère – certainement à juste titre – dans son analyse lorsqu'elle affirme que :

[Le]stéréotype qui consiste à voir dans les savoirs locaux avant tout des savoir-faire ou savoirs liés à des pratiques, n'a jamais été tout à fait balayé. Peut-être n'est-il d'ailleurs pas dû uniquement à l'ethnocentrisme d'observateurs imbus de darwinisme social, impuissants à imaginer que l'Autre puisse exceller sur un terrain qui est le nôtre<sup>1036</sup>.

En effet, dans le réel, les choses se passent souvent selon un scénario plus nuancé, puisque les savoirs scientifiques, du moins à notre ère contemporaine, sont construits non pas nécessairement du fait de l'inventivité d'une seule personne, mais de plusieurs. C'est à l'intérieur de laboratoires, que plusieurs dizaines voire centaines ou milliers de chercheurs coopèrent ou rivalisent, essaient et échouent, recommencent leurs expérimentations en ajustant les paramètres précédents ou en modifiant certaines données. À cet égard, l'œuvre de Bruno Latour et Steeve Woolgar intitulée *La vie de laboratoire : la production des faits scientifiques*<sup>1037</sup> est particulièrement illustrative en ce qu'elle démontrait, au moment de sa publication, que la science n'a pas l'objectivité dont elle se vante, et qu'elle résulte plutôt d'une construction. De toute évidence, par cette assertion, il ne s'agit pas de nier l'hypothèse qu'il ait pu, historiquement, exister des cas de quêtes solitaires de la « vérité » ayant débouché sur des découvertes fortuites<sup>1038</sup> et exceptionnellement formidables dans certaines sociétés.

De façon symétrique, peut-être que la mesure et la nuance s'invitent là où la rhétorique du cadre communautaire dans lequel les savoirs traditionnels des PACL sont construits se fait parfois totalisante ? En effet, il est possible que le féticheur de tel village ait simplement, dans la méditation ou la consultation des ancêtres ou encore à travers d'autres voies de découverte inconnues des autres habitants et non-encore expliquées rationnellement, produit tout seul (c'est-

---

<sup>1035</sup> *Ibid.* à la p 23.

<sup>1036</sup> Roué, *supra* note 248 à la p 9.

<sup>1037</sup> Latour et Woolgar, *supra* note 849.

<sup>1038</sup> Ici, on peut se demander si ces découvertes n'auraient pas malgré tout échappé au sens commun ? Après tout, l'adage ne dit-il pas que la chance n'est-elle la rencontre entre la préparation et l'opportunité ?

à-dire sans le secours des autres membres de la communauté) telle connaissance relative au potentiel de telles plantes ou parties d'animaux. Quelques exemples, tirés d'œuvres artistiques, pourraient être éclairants ici.

Dans la bande dessinée franco-belge Astérix de René Goscinny, reprise plus tard par Albert Uderzo puis par Jean-Yves Ferri, à qui appartient la recette de la préparation de la potion magique dont la consommation procure la force surhumaine, permettant aux guerriers gaulois de vaincre les envahisseurs romains qui tentaient de les assujettir : au druide ou à toute la communauté des guerriers gaulois<sup>1039</sup> ? Il en est de même dans le récent film à succès *Black Panther* réalisé par Ryan Coogler en 2018 : dans cette représentation cinématographique, qui est détenteur des connaissances relatives à l'herbe mystique en forme de cœur, permettant au gagnant du « combat rituel » de faire une rencontre avec les ancêtres avant d'être couronné roi du Wakanda : le prêtre et guide spirituel Zuri, les femmes qui l'aident à cultiver l'herbe mystique en forme de cœur ou toute la population du Wakanda ? En suivant la rhétorique de l'option *sui generis*, on aurait tendance à conclure que les connaissances relatives à l'herbe mystique en forme de cœur ou à la potion magique sont détenues respectivement par l'ensemble des guerriers gaulois et à toute la nation wakandaise.

Certes, des documents récents du CIG-OMPI distinguent entre les savoirs traditionnels tenus secrets, les savoirs traditionnels faisant l'objet d'une diffusion large ou restreinte selon les contextes, et les savoirs traditionnels sacrés<sup>1040</sup>. Ces différentes catégories ont pour vocation de mettre en lumière le fait que certaines connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques peuvent être détenues par un groupe restreint de personnes, à l'exclusion de l'ensemble de la communauté ou par l'ensemble de la communauté. De même, ces catégories permettent de différencier les connaissances qui pourraient avoir ou non une connotation spirituelle plus ou moins élevée, justifiant ainsi (ou non) leur partage à d'autres membres, dans ou hors la communauté, ou simplement un éventuel usage commercial.

---

<sup>1039</sup> Le crédit de cet exemple revient à notre directeur de recherche, le Professeur Georges Azzaria, qui nous l'a suggéré.

<sup>1040</sup> The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles Facilitators' Rev. 2 (December 2, 2016), [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_32/wipo\\_grtkf\\_ic\\_32\\_facilitators\\_text\\_rev\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_32/wipo_grtkf_ic_32_facilitators_text_rev_2.pdf).

Il n'en demeure pas moins cependant qu'il se pose une question fondamentale au regard de la rhétorique ci-dessus évoquée : à partir de quel moment des connaissances traditionnelles deviennent-elles une production collective ? Ce caractère « collectif » acquis efface-t-il la situation originelle qui fait qu'elle a d'abord germé dans l'esprit individuel de son auteur, avant d'être ouvert au partage communautaire ? Autrement dit, le caractère largement diffus de connaissances traditionnelles associées aux vertus d'une plante médicinale annule-t-il la réalité selon laquelle la diffusion considérée est partie d'un point A, en l'occurrence, l'innovation du shaman du village ? Par ailleurs, le commerce d'une telle connaissance, avant ou après être devenu un « commun » équivaut-il nécessairement à une trahison des valeurs ancestrales qui lui sont sous-jacentes ou à une violation des règles d'organisation sociale, en particulier lorsqu'on considère que les PACL sont étrangères au concept de propriété ? Si oui, qui a la légitimité de dénoncer cette trahison ou de punir cette violation ?

Pour hétérodoxes que peuvent être ces questions, elles mettent en lumière le fait que rien ne s'oppose à ce que certains PACL (peu importe ce que cela signifie sociologiquement) aient pu développer une logique « individualiste » et marchande relativement aux connaissances en circulation dans leurs territoires. À tout le moins, elles obligent à se demander en vertu de quoi il leur serait interdit d'avoir une telle vision puisque leur histoire leur appartient.

## **1.2 La personnalité juridique des PACL : un argument faible**

C'est en partant de l'idée que les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques des PACL sont produites dans le cadre de « communautés » que la conclusion de l'inadéquation du droit des brevets pour protéger ces connaissances a été tirée et est considérée comme évidente. Celle-ci résulte d'une considération connexe, celle-ci étant qu'il est difficile d'identifier les PACL, notamment dans un contexte où la vocation du droit des brevets est de valoriser le travail d'un inventeur individuel. L'argumentaire se poursuit en débouchant sur la conséquence que la difficulté de définition des PACL entraîne leur difficile appréhension par le droit positif. Tel que précisé dans le chapitre précédent, c'est de cette difficulté que découle en partie la nécessité d'un droit *sui generis*. Mais une fois de plus, il s'agit peut-être d'un argument faible utilisé pour soutenir

l'inadéquation du droit des brevets à protéger les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques.

En effet, s'il est vrai qu'aujourd'hui les inventions se réalisent dans le cadre de laboratoires réunissant un nombre parfois très élevé de chercheurs, et que cette circonstance n'empêche pas l'obtention de brevets, il est également vrai que l'absence de personnalité juridique pour les PACL ne constitue pas un obstacle majeur. Du moins, cette absence de personnalité juridique ne semble pas suffire pour justifier la validité de l'argument de la non-brevetabilité de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. De fait, c'est l'attribution de la personnalité morale<sup>1041</sup> qui permet aux laboratoires, dans lesquels se construisent les innovations, d'agir en lieu et place des personnes physiques qui les composent. Dans les affaires de biopiraterie du *Hoodia gordonii*, du *Guiera senegalensis* et de la *Quassia amara* discutées dans cette thèse, il a été ainsi analysé que ce sont des organisations dotées de la personne morale (notamment le CSIR, des universités françaises et l'IRD) et constituées de plusieurs chercheurs qui ont été accusées de spolier des PACL.

De façon similaire, rien ne s'opposerait donc, *a priori*, à ce que le droit autorise, selon des procédures qu'il prévoira, que des PACL soient dotés de la personnalité juridique leur permettant d'obtenir une protection par brevet<sup>1042</sup>. Ainsi que l'ont montré Ikechi Mgbeoji et Chidi Oguamanam, depuis octobre 1991, le Brésil a reconnu à ses PACL le droit d'être titulaires de la personnalité morale et les habilitant ainsi à demander des droits de propriété intellectuelle sur leurs savoirs traditionnels associés à des ressources génétiques.

Ici, il faut relever la critique qui consisterait à voir dans la reconnaissance de la personnalité morale à des PACL en vue, entre autres, de l'obtention de droits de propriété intellectuelle, une forme d'acculturation juridique. En effet, Louis Assier-Andrieu soulignait que le « [...] droit, tel qu'il se présente dans les sociétés occidentales, est un fait de culture et, comme tel, une possibilité dont certaines sociétés ont très légitimement pu faire le choix de se passer, en concevant d'autres solutions pour installer en leur sein la normativité qui chapeaute toute société »<sup>1043</sup>. Il en résulte

---

<sup>1041</sup> Fiction juridique qui permet à des entités organisationnelles d'être titulaires de droits et d'obligations.

<sup>1042</sup> Oguamanam, *supra* note 841 à la p 39; Mgbeoji, *supra* note 602 à la p 14.

<sup>1043</sup> Louis Assier-Andrieu, « Le droit dans les sociétés humaines, coll.«Essais et recherches» » [1997] à la p 101; Geslin, *supra* note 831 à la p 20.

que l'*imposer* à des sociétés ayant des référents culturels et juridiques autres que celles occidentales créerait une tension avec leurs propres normes d'organisation sociale. De façon plus large, cette critique invite au respect des différences épistémologiques entre les formes d'organisation sociale des sociétés non occidentales et celles occidentales, afin de ne pas perturber l'équilibre social que protège ou vise ces formes d'organisation.

Cependant, il ne faudrait pas aller trop loin avec cet argument de l'acculturation juridique. D'une part, tel que mentionné dans le premier chapitre de cette thèse, Darell Posey avait déjà répondu à cette critique. Pour lui, la première vague de colonisation des nations autres qu'occidentales entreprise par les Européens étant un fait, il ne faut plus s'étonner d'une quelconque acculturation juridique pour ces nations. Cet argument posé comme risque éthique par des esprits bien intentionnés ne conduit pour lui, en fait, qu'à perpétuer la logique colonialiste, car il met en évidence un paternalisme tendant à dire aux PACL que les Européens savent ce qui est bon pour eux : la conservation de leurs cultures<sup>1044</sup>. D'autre part, ainsi que tout le projet de lois *sui generis* de l'OMPI le suggère, il existe un risque de renforcer la marginalisation des PACL dont on voudrait tant protéger les normes d'organisation sociale, induisant ainsi le contraire de ce qu'on voulait défendre. Nous reviendrons sur ce point dans le paragraphe suivant.

Qu'il suffise pour l'heure de retenir qu'à l'ère contemporaine, l'inventivité du juriste a suffisamment fait ses preuves, en imaginant par exemple d'accorder la personnalité juridique à des entités non-humaines telles que des cours d'eau ou des forêts. Certes, d'un point de vue philosophique un tel mouvement pourrait être questionné : en effet, aucun élément de l'environnement naturel ne peut se situer dans une relation symétrique avec des êtres humains, aussi bien dans l'action que dans le langage. De sorte que la Nature et ses composants ne peuvent revendiquer un statut politique qui en ferait des responsables du devenir du monde au même titre que les humains ; ce qui déchoit la Nature de toute valeur intrinsèque qu'elle posséderait<sup>1045</sup>. Il n'en demeure pas moins, par-delà ce questionnement philosophique, que la personnalité juridique d'entités non-humaines est un fait en droit positif. Dans cette mesure, rien ne semble, *a priori*, empêcher que des PACL, réunis par une sorte d'*affectio societatis* dont la définition revient à leur seule liberté de choisir, se rassemblent sous la forme d'une association ou d'une fondation – ou

---

<sup>1044</sup> Posey, *supra* note 289 à la p 15.

<sup>1045</sup> Yentcharé, *supra* note 33 à la p 111 ; Vallaeys, *supra* note 1017 à la p 320.

de toute forme ayant une reconnaissance juridique – afin de faire valoir des droits de propriété intellectuelle qu’ils obtiendraient. À l’intérieur d’un tel regroupement, elles pourraient décider, librement une fois de plus, d’arrimer leurs règles d’organisation et de fonctionnement à des normes reflétant davantage leurs cultures. La conception du droit contemporain peut arriver aisément à une telle mise en œuvre mais cela requiert une forte volonté politique en préliminaire d’une telle initiative.

### **1.3 La persistance de l’opposition binaire « traditionnel » contre « moderne »**

La réflexion de Graham Dutfield sur l’opposition binaire entre les prédicats de « traditionnel » et « moderne » fait écho à nos propres convictions. En effet, celui-ci observe que l’opposition entre ces prédicats résulte de la théorie de la modernisation, telle que conceptualisée par Talcott Parsons.<sup>1046</sup> D’après celle-ci, les sociétés développées seraient celles qui ont réussies à établir des frontières distinctes entre les différentes sphères qui les composent ; alors que celles sous-développées se caractériseraient par une collusion entre elles (par exemple entre la loi et l’économie, les médias et la politique, etc.). Or, des partisans d’une forme extrême de cette théorie, tels que Walt Rostow, considèreront que le développement est une affaire de progression par étapes allant de formes traditionnelles et communautaires de société à des formes plus évoluées de société privilégiant l’innovation, et que les traditions constituent un poids qui empêche l’émancipation des économies<sup>1047</sup>.

D’après Dutfield, bien que ces théories aient été rapidement dépassées dans le champ scientifique qui les a vu naître, certaines de leurs hypothèses de base ont quand même survécu. La conséquence de ceci est que toute chose considérée comme « traditionnelle » est – même de manière inconsciente – invitée à faire un saut vers la « civilisation », afin de réaliser son plein potentiel. Une telle interprétation est concordante avec celle que nous avons proposée au chapitre premier, à

---

<sup>1046</sup> Graham Dutfield, « TK unlimited: The emerging but incoherent international law of traditional knowledge protection » (2017) 20:5-6 The Journal of World Intellectual Property 144–159 à la p 147.

<sup>1047</sup> *Ibid.*

propos des paradigmes qui ont été construits dans les champs de l'ethnobiologie relativement aux caractéristiques des connaissances des PACL<sup>1048</sup>.

En effet, l'effet performatif du prédicat « traditionnel » qui qualifie les savoirs des PACL tend à faire l'impasse sur les innovations graduelles dont ils sont l'objet. Tout se passe comme si dans le regard d'un spécialiste rompu à l'évaluation des demandes de brevets (et plus largement, selon la conception populaire), les connaissances traditionnelles étaient figées et immuables. Elles consisteraient alors dans des pratiques identiques, standardisées selon une procédure rigide et répétées dans le temps par des individus qui ne peuvent/veulent pas s'ouvrir au monde réel qui avance. Or, c'est peut-être un tel préjugé, bien ancré dans l'imaginaire collectif de plusieurs auteurs de la doctrine du droit international de la propriété intellectuelle<sup>1049</sup>, qui explique que ceux-ci estiment d'emblée que les savoirs traditionnels ne peuvent pas remplir les critères de nouveauté et d'inventivité. La citation d'Aman Gebru ci-dessous, recensant les raisons justifiant l'inadéquation du brevet pour protéger les connaissances traditionnelles exprime avec élégance ce point :

Les brevets en particulier visent à récompenser les personnes qui font des inventions ou des améliorations originales. La « nouveauté » et une « activité inventive » sont des exigences fondamentales pour la protection par brevet. La nouveauté exige que les inventions ne soient pas anticipées par l'art antérieur. L'état de la technique est toute connaissance accessible au public avant le dépôt d'un brevet [...]. Ces exigences sont en conflit avec l'innovation communautaire et incrémentale qui domine dans les communautés autochtones et locales. En vertu des lois sur les brevets, les savoirs traditionnels sont considérés comme des « connaissances anciennes » qui ne méritent pas d'être protégées. La plupart des savoirs traditionnels ne satisfont pas aux exigences de « nouveauté » et « d'activité inventive ». De plus, le cadre du droit des brevets ne correspond pas à la nature des savoirs traditionnels [notre traduction]<sup>1050</sup>.

Il est cependant difficile de souscrire sans réserve à l'idée d'une opposition entre les prédicats de « traditionnel » et « moderne » qualifiant les connaissances. D'une part, il suffirait de reprendre l'idée selon laquelle l'expertise scientifique est elle-même traditionnelle à la société dans laquelle elle s'est construite, pour observer qu'il n'y a pas fondamentalement de différence entre elle et

---

<sup>1048</sup> Voir *supra* pp 54-64 dans la section sur le Discours du champ scientifique de l'ethnobiologie.

<sup>1049</sup> À tout le moins, on pourrait dériver une telle conclusion de la proximité du mot « traditionnel » avec la notion juridique de « coutume » entendue comme une pratique sociale résultant d'un usage plus ou moins prolongé dans le temps et revêtant un caractère obligatoire.

<sup>1050</sup> Aman K Gebru, « International Intellectual Property Law and the Protection of Traditional Knowledge: From Cultural Conservation to Knowledge Codification » (2015) 15 *Asper Rev Int'l Bus & Trade L* 293 à la p 301.

des connaissances traditionnelles : celles-ci sont, symétriquement, modernes dans le contexte des sociétés qui les utilisent de façon contemporaine.

D'autre part, à l'image même du concept de culture qui ne peut être envisagé comme étant statique, parce que celle-ci est le fruit d'une médiation perpétuelle avec d'autres cultures avec lesquelles elles se lient, les connaissances – fussent-elles traditionnelles – sont elles-mêmes le fruit d'un certain métissage. Elles s'enrichissent de l'apport mutuel d'autres connaissances, et ne peuvent se prévaloir d'aucune authenticité car l'hybridité est une de leurs caractéristiques essentielles.

Reliés au contexte de cette thèse, ces éléments d'analyse conduisent à déconstruire l'argument qui pose *a priori* la non-inventivité des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. En effet, leur « créolisation »<sup>1051</sup>, d'après la formule d'Édouard Glissant, suggère des améliorations subséquentes et potentiellement importantes pour être réputées avoir rempli cette seconde condition essentielle de la brevetabilité. En outre, poser ceci, c'est finalement débusquer un autre *a priori* qui construit le rapport aux connaissances traditionnelles : celui de la « virginité ». Celui-ci a pour effet de magnifier l'image que nous nous faisons d'elles : des connaissances immaculées à l'image de l'innocence de leurs détenteurs non encore été souillés par les affres du consumérisme capitaliste. Or, autant la pureté dans son acception sexualisée ne garantit pas la vertu de la personne qui est reconnue vierge, autant il n'y pas lieu de célébrer ou de fustiger des connaissances dites traditionnelles, en les comparant selon cette critériologie à l'expertise moderne.

#### **1.4 Les considérations pratiques en faveur de l'option *sui generis* : des difficultés surmontables**

L'exercice de déconstruction doit également se déployer sur les considérations pratiques qui justifient partiellement la préférence de l'option *sui generis*. L'argument de la durée de protection du brevet, minimalement de vingt ans, face aux connaissances traditionnelles qui appelleraient à

---

<sup>1051</sup> Édouard Glissant, « Métissage et créolisation », dans Sylvie Kandé, *Discours sur le métissage, identités métisses : en quête d'Ariel*, Paris, L'Harmattan, 1999, aux pp 47–54.

une durée beaucoup plus longue, voire permanente, devient également peu consistant. Si comme le suggère Madhavi Sunder, il ne faut pas se tromper à propos des connaissances traditionnelles qui impliquent « un vrai travail [...], des mois de recherche et d'essais »<sup>1052</sup> [notre traduction], les PACL mériteraient plus de considération en leur créativité. Dans leurs processus d'innovation (caractérisés par une logique d'amélioration continue), ils devraient être capables, dans le temps, d'améliorer suffisamment leurs productions hypothétiquement déjà protégées par un brevet, pour obtenir d'autres brevets car c'est aussi ce que font les « experts » de la science « moderne ». Leurs productions incrémentales s'appuient sur des connaissances disponibles, et lorsque leurs revendications dans des brevets chevauchent d'autres brevets en vigueur, de nombreux mécanismes existent en droit pour désamorcer les conflits potentiels qui se profilent (des contrats entre parties possédant des innovations qui se chevauchent par exemple). Lorsque le degré d'inventivité ne semble pas suffisant pour justifier l'octroi d'un brevet, plusieurs législations nationales connaissent depuis longtemps les modèles d'utilité, ces « petits brevets » d'une durée plus courte dont l'évaluation de la demande n'insiste pas sur les critères d'inventivité et d'application industrielle.

Par ailleurs, que des connaissances traditionnelles soient identifiées sous une forme orale ne devrait pas conduire à les imaginer de façon permanente sous cette forme. Un exemple pourrait être éclairant ici. Imaginons qu'originellement, dans une société X, aucun acte de naissance ne permettait de marquer le début d'une vie pour diverses raisons, notamment parce que la pratique de l'écriture n'était pas connue dans cette société. Cet état originel justifie-t-il pour autant de résister, à notre époque contemporaine, à un projet de consignation des naissances dans un registre d'actes d'état civil ? S'il est aisé de répondre par la négative à cette question, pourquoi paraît-il si difficile d'admettre la même possibilité en ce qui concerne les savoirs traditionnels ?

Les développements antérieurs de cette thèse permettent de comprendre que l'approche dominante ayant assuré l'adoption de l'Accord sur les ADPIC est l'une des raisons pour laquelle certains acteurs y résistent. On pourrait, suivant cette ligne de raisonnement, conclure que traduire dans les termes de la chimie moderne les connaissances traditionnelles afin de pouvoir les protéger par brevet correspond à une corruption de leurs fondements épistémologiques. Cependant, on peut

---

<sup>1052</sup> Sunder, *supra* note 479 à la p 110.

renverser l'analyse et en admettant une telle traduction, faire montre d'un rapport au temps présent innovant et une faculté d'adaptation au réel, indices d'un développement culturel sain et dynamique<sup>1053</sup>.

Il convient aussi d'évaluer la considération pratique qui s'appuie sur le défaut d'expertise juridique des PACL en droit de la propriété intellectuelle et de leurs faibles moyens financiers en cas de poursuites judiciaires pour rendre impossible la brevetabilité. En tenant compte du caractère prohibitif du coût d'obtention d'un brevet, on pourrait en effet souscrire à l'idée que les brevets constituent un outil inadapté pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Il faut cependant faire preuve de circonspection en produisant une telle conclusion car sa logique peut être questionnée, et pour cause : elle tend à sauter du défaut d'éducation juridique et de problèmes financiers à l'inadaptation d'un outil de propriété intellectuelle.

En réalité, le défaut d'expertise juridique en droit des brevets ne constitue pas en soi un obstacle à la brevetabilité des connaissances traditionnelles. Le test réalisé dans le chapitre précédent l'a démontré. À y voir donc de près, pour les PACL, c'est davantage une question d'entrepreneuriat que de technique juridique. Ce dont ces PACL ont besoin, c'est de maîtriser les outils juridiques à leur portée pour récolter les fruits de leurs innovations. Il s'agit essentiellement pour eux de « [...] trouver des moyens astucieux pour reformater leurs connaissances traditionnelles en produits utiles aux consommateurs sur les marchés de masse, et de développer la capacité de produire et de livrer ces produits en quantité et qualité suffisantes pour satisfaire ces marchés »<sup>1054</sup> [notre traduction] ; si cela correspond à la vision qu'elles ont pour leurs communautés, aurions-nous précisé par rapport à cette affirmation de C.J. Visser.

Il est assurément vrai qu'un accès réel à la justice permet une juste sanction des droits des parties, mais ceci n'est pas une problématique spécifiquement autochtone, qui pourrait à elle seule valablement justifier tout le projet *sui generis* tel qu'imaginé à l'OMPI. Ultimement, les États sur les territoires desquels se trouvent des PACL pourraient imaginer des mécanismes juridiques et

---

<sup>1053</sup> *Ibid* à la p 109.

<sup>1054</sup> Coenraad J Visser, « Making intellectual property laws work for traditional knowledge » dans Finger, J. M. et Philip Schuler. *Poor People's Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, World Bank Publications, 2004, 207 à la p 213; Sunder, *supra* note 479 à la p 112.

extra-juridiques pour soutenir ceux-ci-ci lorsqu'ils sont engagés dans des causes judiciaires. Récemment, le gouvernement éthiopien a investi le bureau du procureur général de son pays de porter plainte devant la Cour internationale d'arbitrage, dans le cadre de l'affaire du brevet sur le Teff qu'a obtenu la compagnie hollandaise *Health and Performance Food International* (HPFI), les efforts déployés pour une résolution à l'amiable du conflit s'étant tous avérés infructueux<sup>1055</sup>. Il faut noter que cette initiative éthiopienne constitue une mise en œuvre de la clause compromissoire insérée dans le contrat de bioprospection liant le pays avec l'entreprise hollandaise<sup>1056</sup>. Le champ des possibles reste donc ouvert. Il renforce surtout l'hypothèse que par essence, l'éducation juridique et l'accès à la justice ne constituent pas des obstacles à la brevetabilité des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

Enfin, la rhétorique de l'option *sui generis*, si elle a le mérite de déplacer la focale sur la spécificité des connaissances détenues par les PACL, conduit peut-être à les muséifier. Il faut donc s'interroger sur le point de savoir si les projets de lois envisagés par le CIG-OMPI ne font pas courir le risque de constituer pour ces savoirs un véritable *ghetto* ou un *no-man's-land*, favorisant par leur géographie excentrée, des faits de biopiraterie. À cet effet, il faut noter que le processus à l'OMPI s'est révélé véritablement frustrant pour des acteurs clés tels que le Brésil, l'Inde et l'Afrique du Sud. Aussi, ces pays ont-ils engagés des discussions en Juin 2018 pour revenir à l'OMC comme forum plus pertinent pour discuter de la protection juridique des connaissances traditionnelles<sup>1057</sup>. Il semble cependant que les stratégies de négociation dans cette arène continueront de s'articuler autour de l'obligation de divulgation de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés dans les demandes de brevet. Cette thèse suggère, en attendant la réussite d'un tel projet et de celui plus controversé de l'élaboration de lois *sui generis* à l'OMPI, de saisir le potentiel du brevet pour la protection de ces connaissances. Il faut en établir les bases théoriques.

---

<sup>1055</sup> Jonas Abiye, « Attorney General to sue Dutch company over Teff patent | The Reporter Ethiopia English » (11 juin 2018), en ligne : The Reporter Ethiopia <<https://www.thereporterethiopia.com/article/attorney-general-sue-dutch-company-over-teff-patent>>.

<sup>1056</sup> Voir l'article 13 de l'accord sur l'accès et le partage des avantages résultant de l'exploitation du Teff, Andersen et Winge, *supra* note 646 à la p 188.

<sup>1057</sup> « International Conference on the TRIPS CBD Linkage in Geneva | Global Edition » (11 juin 2018), en ligne : Devdiscourse <<https://www.devdiscourse.com/Article/9822-international-conference-on-the-trips-cbd-linkage-in-geneva>>.

## II. Les potentialités du brevet: une reconstruction

### 2.1 La conception économiciste du brevet : un courant parmi d'autres dans la sociologie de la brevetabilité

Dans l'approche classique du droit de la propriété intellectuelle, le brevet est un instrument devant assurer le développement économique. En effet, la science normale que constitue cette discipline juridique véhicule la « vérité » selon laquelle la finalité des brevets est de procurer à son détenteur un avantage financier. Grâce à la capacité qui lui est ainsi conférée, il pourra s'engager dans des prix extrêmement concurrentiels, en excluant les autres de l'usage la technologie revendiquée<sup>1058</sup>. À ce titre, l'étude de Stuart Graham et al. conclut que parmi les raisons qui motivent les entreprises à breveter leurs innovations, la sécurisation d'un avantage compétitif<sup>1059</sup> occupe une place non négligeable. De même, la recherche de Theresa Veer et Florian Jell sur les motivations des demandes de brevets dans le contexte de l'office européen du brevet aboutit à la conclusion que les inventeurs individuels et les petites entreprises accordent une plus grande importance à l'utilisation des brevets comme signaux pour les investisseurs<sup>1060</sup>. Ceci suggère que les brevets sont perçus comme utiles pour garantir l'accès au capital nécessaire pour démarrer ou développer une entreprise<sup>1061</sup>. Ces recherches diffusent aussi en filigrane l'idée selon laquelle le brevet est compatible avec la dynamique entrepreneuriale vue surtout comme une dynamique privée, voire individuelle ; et donc, suivant une certaine doctrine à propos des savoirs traditionnels, déconnectée du style de vie communautariste qui caractérise les PACL.

Ces conceptions doivent être interrogées dans leurs fondements éthiques et sociétaux. Le brevet a sans nul doute une dimension économique mais sa recherche est motivée par des raisons plus complexes. De fait, Dan Burk a montré qu'une telle recherche peut être orientée par « ce qui est

---

<sup>1058</sup> Jason Rantanen et Sarah Jack, *Patents as Credentials*, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2017 à la p 2, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=3013780>> (consulté le 29 avril 2018).

<sup>1059</sup> Stuart JH Graham et al, « High technology entrepreneurs and the patent system: Results of the 2008 Berkeley patent survey » [2009] *Berkeley Technology Law Journal* 1255–1327 à la p 1288.

<sup>1060</sup> Theresa Veer et Florian Jell, « Contributing to markets for technology? A comparison of patent filing motives of individual inventors, small companies and universities » (2012) 32:9 *Technovation* 513-522 à la p 513, DOI : 10.1016/j.technovation.2012.03.002.

<sup>1061</sup> *Ibid.*

socialement acceptable ou souhaitable »<sup>1062</sup>. Ainsi qu'il l'explique, l'acquisition de brevet a une importante dimension cérémonielle, qui démontre l'adhésion par les organisations aux récits courants sur l'innovation, la concurrence ou le succès<sup>1063</sup>. D'autres recherches suggèrent que l'acquisition du brevet est un moyen de récompenser les employés, faisant ainsi écho à la théorie de la rémunération comme fondement du système du brevet<sup>1064</sup>. Certains affirment simplement que la réputation est un moteur majeur, en particulier pour les entreprises qui cherchent à construire leur identité et leur statut<sup>1065</sup>.

Ainsi, à la question de savoir pourquoi des brevets sont déposés, on ne peut se satisfaire d'une simple explication économiciste. En suivant la manière dont ces arguments sont ci-dessus ordonnancés, il faut noter le passage d'une sorte d'éthique de la conformité à la pratique de la brevetabilité (dans l'explication de Dan Burk) à un véritable enjeu de reconnaissance (reconnaissance de l'autre chez Catherine Fisk, et reconnaissance voire réputation pour soi chez Blind). Dans les demandes de brevet, il y a donc une part de reconnaissance : reconnaissance de mon savoir, de mes compétences, de mes richesses culturelles.

En l'occurrence, les recherches récentes sur les fonctions sociales du brevet démontrent que ceux-ci agissent comme des lettres de créance manifestant les qualités intrinsèques de leurs détenteurs. Ceux-ci paraissent sérieux aux yeux du public car ils tiennent leurs titres d'inventeur de la légitimité de l'autorité (un organe étatique) qui leur octroie le brevet. D'un point de vue formel, il est intéressant de remarquer qu'aux États-Unis, ce document du brevet porte un sceau d'or et un ruban rouge, et est signé par le plus haut responsable de l'USTPO<sup>1066</sup>. Vu sous cet angle, le brevet évoque davantage l'image d'un diplôme (de doctorat par exemple), qui confère à son titulaire une présomption de compétence équivalente au niveau d'expertise que le diplôme veut reconnaître. L'analogie avec le diplôme reste cependant imparfaite car la crédibilité que confère un brevet est renforcée par l'unicité de l'institution qui l'octroie, contrairement à un diplôme qui peut être

---

<sup>1062</sup> Dan L Burk, « On the Sociology of Patenting » (2016) 101 Minn L Rev 421 à la p 442.

<sup>1063</sup> *Ibid.*

<sup>1064</sup> Catherine L Fisk, « Credit Where It's Due: The Law and Norms of Attribution » (2006) 95 Geo LJ 49; cité par Jason Rantanen et Sarah Jack, *supra* note 1058 à la p 3.

<sup>1065</sup> Knut Blind et al, « Motives to patent: Empirical evidence from Germany » (2006) 35:5 Research Policy 655–672.; Rantanen et Jack, *supra* note 1058 à la p 3.

<sup>1066</sup> Rantanen et Jack, *supra* note 1058 à la p 11.

octroyé par diverses institutions de formation, de niveaux de prestige différents. En tout de cause, le document du brevet exprime une réalité, celle suggérant que l'inventivité du détenteur n'est plus, en principe, à prouver.

Par ailleurs, le brevet présente, à l'âge où le déni de reconnaissance transite parfois par les couloirs de la « blessure de l'absence de nom »<sup>1067</sup>, l'avantage de désigner les personnes physiques, qui sont auteures de l'invention protégée. Une telle marque de crédit, renforcée par le caractère public du brevet (on se souviendra que par principe, le brevet est un document public : c'est la divulgation des informations qu'il contient qui garantit le bénéfice du monopole d'exploitation à son titulaire) conduit à valoriser leur image dans le regard du public. Ainsi, munis d'une certification qui souligne les mérites de leur créativité, les titulaires du brevet peuvent se prévaloir du statut d'inventeur qui les identifie. Jason Rantanen et Sarah Jack rapportent dans ce sens le propos d'un Bob Kearns, qui engagé dans une procédure contre des géants du marché automobile qui lui contestent son brevet sur l'essuie-glace intermittent, affirme ceci : « Je veux que vous compreniez que je porte un petit insigne ici, et que ce badge indique que je suis un inventeur, et il dit que je suis un contributeur net à la société »<sup>1068</sup>. Il faut donc comprendre que les brevets participent à la construction de l'identité de leurs titulaires. Le philosophe canadien Charles Taylor aurait pu affirmer à cet effet que « notre identité est partiellement formée par la reconnaissance ou par son absence, ou encore par la mauvaise perception qu'en ont les autres »<sup>1069</sup>.

Plusieurs exemples témoignent de la reconnaissance (voire de la réputation) que le brevet procure à ses détenteurs, et les exemples tirés du contexte universitaire nous paraissent particulièrement évocateurs. En particulier dans les facultés et départements investis dans une forte activité innovatrice, ce sont de « muets truchements » qui communiquent (de façon laudative pourtant) l'expertise de ces institutions dans le domaine considéré : ceux-ci consistent en des plaques sur lesquelles sont inscrites des brevets et les noms de leurs détenteurs. À l'ère du numérique, les sites internet de ces institutions servent de plus en plus de vitrine pour le récit de soi dans lequel elles sont engagées. Il faut inscrire dans la même veine les cérémonies de remise de prix qui

---

<sup>1067</sup> Florence Piron, « Penser le plagiat pour mettre en lumière le cadre normatif du régime contemporain des savoirs scientifiques » [2015] 1 Questions de communication 217–231 aux pp 221 et s.

<sup>1068</sup> Rantanen et Jack, *supra* note 1058 à la p 30.

<sup>1069</sup> Taylor, *supra* note 115 à la p 41; cité par Yentcharé, *supra* note 97 à la p 267.

reconnaissent publiquement les mérites des inventeurs<sup>1070</sup>. De façon plus illustrative, il convient de relever la relation étroite entre les brevets et les articles scientifiques comme indices d'un véritable « état » du chercheur : dans une acception très particulière du *Cogito ergo sum* de René Descartes, autant que les publications expriment une sorte de « Je publie donc je suis »<sup>1071</sup>, autant les brevets suggèrent un « J'invente donc je suis ».

En effet, il n'est pas rare d'observer que plusieurs universitaires inscrivent sur leurs curriculums vitae, les brevets dont ils sont titulaires à côté de leurs publications scientifiques. Le CV commun canadien n'y fait pas exception dans la mesure où il contient, dans ses rubriques à remplir, le brevet comme élément des réalisations scientifiques du chercheur. D'un point de vue symbolique, par une telle inscription, c'est l'être entier de l'inventeur qui est mobilisé dans un jeu de mise en scène de soi. Ce jeu constitue d'abord un canal pour l'expression du soi engagé dans une lutte pour la reconnaissance, même si sous certaines conditions, il peut s'interpréter comme une stratégie orientée vers l'accumulation de capital réputationnel qui sera investi dans le marché de la science<sup>1072</sup>. C'est ce que Janet Reed souligne lorsqu'elle affirme que même si la publication constitue la voie royale pour la reconnaissance des pairs et l'avancement dans la carrière, « il y a une tendance croissante de reconnaître des brevets comme indicateurs légitimes du succès de recherche, en particulier dans les environnements académiques de plus en plus marqués par une logique entrepreneuriale »<sup>1073</sup>. Partant de cet aspect du brevet et en nous appuyant sur le cadre théorique présenté dans la première partie de cette thèse, nous sommes conduits à nous interroger sur ce que peut signifier la reconnaissance publique des savoirs traditionnels.

## **2.2 Brevet et savoirs traditionnels : le langage comme point d'entrée de la reconnaissance**

Il faut notamment se souvenir que la reconnaissance dans l'acception d'Axel Honneth est celle qui engage la mutualité, parce que par essence, c'est de l'Autre que j'aimerais obtenir de la

---

<sup>1070</sup> Rantanen et Jack, *supra* note 1058 à la p 31.

<sup>1071</sup> Yentcharé, *supra* note 97 à la p 277.

<sup>1072</sup> Voir Latour et Woolgar, *supra* note 849.

<sup>1073</sup> Janet E Reed, « Publishing and patenting the fruits of academic research: the key to a successful parallel track » (2013) 14:6 *Nature immunology* 523 à la p 39. ; Rantanen et Jack, *supra* note 1058 à la p 31.

reconnaissance. Dit autrement, le besoin de reconnaissance suggère une relation dialogique qui utilise nécessairement l’approbation ou la désapprobation de l’Autre comme médiateur. À cet effet, Adam Smith proposait de remercier le « créateur très sage de la nature » qui a « établi l’homme comme juge immédiat du genre humain », même s’il nuance son point en faisant remarquer qu’il est vain de vivre strictement en fonction du jugement des autres<sup>1074</sup>.

Ainsi, pour obtenir cette approbation de l’Autre, il est nécessaire que la lutte pour la reconnaissance se fasse dans un « langage » que cet Autre comprend, au risque de donner l’impression d’un « dialogue de sourds ». En effet, comment la communauté autochtone X espérerait-elle que ses droits fonciers (par exemple) soient reconnus si elle s’adresse aux représentants de l’État Y qui les viole, dans sa langue locale, que ces derniers ne comprennent pas ? En l’occurrence, comme nous l’avons montré dans la section sur la phase pré-onusienne de la construction de l’autochtonie, ce sont les compétences en Français du chef Iroquois Deskaheh qui lui ont permis d’obtenir le suffrage de quelques représentants diplomatiques au soutien de la cause qu’il défendait. Il en résulte que l’accès à une langue, sa connaissance et sa maîtrise peuvent constituer des obstacles majeurs pour la réclamation de la sanction de ses droits. Le médium linguistique est nécessaire, en particulier lorsque le *spoliateur*, en position de force, n’a aucun intérêt à tenir compte des victimes de ses abus. De façon prosaïque, c’est simplement poser que si les PACL désirent la reconnaissance de leurs savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, elles n’ont pas d’autre choix que d’établir la validité de celles-ci à partir des schèmes de pensée de ceux qui leur font *subir* un déni de reconnaissance.

Pourtant, il n’est pas certain que la reconnaissance recherchée à travers le projet des lois *sui generis* de l’OMPI réponde véritablement au critère de mutualité (et au langage qui la précède et la fonde) tel qu’explicité ci-dessus. Certes, dans l’architecture de ce projet, il y a des *Autres*, en l’occurrence des États de pays développés qui abritent sur leurs territoires, des utilisateurs de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles associées. Mais l’interaction avec ces *Autres* ne fait pas, nous le pensons, suffisamment de place au « langage » qu’ils comprennent le

---

<sup>1074</sup> Christophe André *et al.*, *La reconnaissance : des revendications collectives à l’estime de soi*, Éditions Sciences humaines 2013 aux pp 9-12 ; Yentcharé, *supra* note 97 aux pp 266-267.

mieux : celle du système de propriété intellectuelle, et du brevet en particulier, car comme expliqué ci-dessus, le brevet accorde à son titulaire une présomption d'inventivité.

Au contraire, les différentes sessions de CIG-OMPI, avec leurs lots d'échecs et de réussites, s'apprécient comme des espaces où se négocient l'obtention du suffrage de ces *Autres* à l'élaboration d'un système valorisant l'exceptionnalisme des connaissances traditionnelles. Et la « langue » qui est employée pour ces négociations paraît particulièrement rebelle au brevet, qui fait largement l'avantage de ces *Autres*. Elle se fonde sur une posture largement défensive articulée autour de la divulgation de l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés, à laquelle viennent s'ajouter les principaux mécanismes prévus par le Protocole de Nagoya : notamment, le partage juste et équitable des avantages résultant de l'exploitation des ressources génétiques et savoirs traditionnels (article 5(2) et 5(5) du Protocole de Nagoya), et le consentement préalable donné en connaissance de cause. En conséquence, les projets de lois de l'OMPI apparaissent comme une duplication des normes du Protocole de Nagoya, mais dans l'arène de la propriété intellectuelle. Certes, une telle duplication indique que la lutte pour la reconnaissance de l'apport des PACL dans la fabrication de nouveaux produits utilisant leurs connaissances traditionnelles a migré de la CDB vers l'OMPI. Néanmoins, elle force à s'interroger sur l'intérêt d'élaborer de nouvelles lois qui ne font essentiellement que répliquer des mécanismes qui existent déjà ailleurs (aussi bien dans le Protocole de Nagoya que dans certaines législations nationales – notamment les normes pour la divulgation de l'origine des ressources génétiques et savoirs traditionnels associés).

Enfin, la reconnaissance tel que recherchée au CIG-OMPI semble poser cette question : « Comment obtenir la reconnaissance des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques *par l'ensemble des États* qui valorisent le système institué par l'Accord sur les ADPIC (puisque ces connaissances sont « exceptionnellement » différentes de l'expertise scientifique) ? Or, une question plus modeste et surtout plus pragmatique, qui pourrait précéder celle-là, se formule comme suit : « Comment obtenir la reconnaissance des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques *par le système du brevet* ? ».

### 2.3 Brevets et savoirs traditionnels : mise en garde contre le « dark side » du projet *sui generis*

Tenter de répondre à la question du « Comment obtenir la reconnaissance des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques *par le système du brevet ?* » ne constitue pas une renonciation à la spécificité de ces connaissances face à l'expertise moderne et le passage sous les fourches caudines du brevet, outil (mal ?) considéré comme étant au service d'un impérialisme moderne. De fait, l'importante politisation de la problématique, liée au processus de sa construction sociale, commande de rester éveillé dans la compréhension de ce qui se joue au CIG-OMPI.

En effet, les arguments déployés par les promoteurs de l'option *sui generis* procèdent d'une critique postcoloniale. Celle-ci vise à rompre les *derniers* liens aux relents impérialistes de certains pays occidentaux, en valorisant un droit « de son propre genre », pour protéger les connaissances des PACL. Ceci explique que leur approche consiste à présenter les particularités de ces PACL, et à souligner et dénoncer en particulier les défis épistémologiques du système de propriété intellectuelle et l'institutionnalisation des structures de domination auxquelles participent l'Accord sur les ADPIC. Mais ici, l'excellent avertissement de Frantz Fanon pourrait servir de lanterne : « [...] celui qui adore les nègres est aussi « malade » que celui qui les exécère »<sup>1075</sup>. Reprise dans le contexte de cette thèse, cette mise en garde suggère de se méfier autant d'une fascination disproportionnée pour le soi-disant exceptionnalisme des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, que d'une arrogante méprise de leur pertinence : l'une ou l'autre des approches est excessive et potentiellement nuisible. La nuance et le pragmatisme s'imposent.

À la vérité, l'explicitation du processus de construction sociale ayant conduit à l'article 5(5) du Protocole de Nagoya dans le premier chapitre de cette thèse a démontré que la rhétorique anti-impérialiste à laquelle emprunte le discours pour les droits *sui generis* constitue davantage un puissant outil<sup>1076</sup> de mobilisation. Historiquement, elle a permis une alliance entre les ONGs défenseuses des droits autochtones (qui poursuivent souvent un agenda personnel qui n'est pas

---

<sup>1075</sup> Fanon Frantz, *Peau noire, masques blancs*, Seuil, 1952 à la p 30.

<sup>1076</sup> On se souviendra que même si la Fondation France Libertés a finalement perdu son opposition au brevet *SkE* obtenu par l'IRD en France, cette institution a néanmoins, avant le prononcé de la décision de l'OEB et en raison de la campagne médiatique organisée contre l'éthique « douteuse » de ses chercheurs, proposé par avance un accord de partage juste et équitable des avantages avec les populations guyanaises.

toujours concordant avec la volonté de leurs protégés) et des pays en développement en mal de reconnaissance, cherchant à se repositionner sur la scène internationale. Dans cette mesure, les références au colonialisme et à l'impérialisme culturel doivent être analysées comme des catégories morales chargées d'hyperboles déployées pour résister à un système de propriété intellectuelle dont les termes ne sont pas favorables aux acteurs les plus faibles<sup>1077</sup>.

D'un point de vue symbolique, envisager le brevet comme un outil permettant de protéger effectivement les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, c'est réaffirmer l'égalité des connaissances traditionnelles associée aux ressources génétiques avec l'expertise scientifique. La lutte pour la reconnaissance des PACL se solderait par une première victoire, celle consistant à arracher pour leurs connaissances traditionnelles le statut expert du droit de la propriété intellectuelle, dont certains excipent pour les inférioriser par rapport à leur « rivale de l'ouest ». En effet, par-delà le purisme idéologique qui semble être sous-jacent au projet *sui generis* de l'OMPI, les développements antérieurs ont notamment démontré que les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques des PACL constituent non seulement des connaissances brevetables, mais aussi que les obstacles à une telle brevetabilité proviennent essentiellement de limites d'ordre entrepreneurial.

Par ailleurs, l'accès à la brevetabilité permettrait aux PACL et aux pays en développement de se départir d'une posture de victimisation dont l'effet est de rechercher une sorte de traitement préférentiel en matière de propriété intellectuelle. En effet, la reconnaissance procure un niveau de satisfaction mieux apprécié quand elle ne résulte pas d'une « rhétorique de l'aide au développement », car elle fait primer les qualités intrinsèques du « reconnu » sur ses « limites » et la « bienveillance » du « reconnaissant ».

En outre, une telle approche pourrait annihiler la tentation d'enfermement identitaire que porte – involontairement ? – le projet de lois *sui generis* à l'OMPI. En effet, tel que souligné ci-dessus, ce projet de lois *sui generis* fait encourir un risque de ghettoïsation des connaissances traditionnelles. Mais il semble surtout être traversé par une survalorisation de la primitivité indigène qui s'observe assez difficilement en pratique. En effet, comme leurs homologues « experts scientifiques », les membres des PACL (peu importe ce que cela signifie) sont capables

---

<sup>1077</sup> Pager, *supra* note 235 à la p 64.

d'utiliser pour la plupart d'entre eux des smartphones et internet afin de communiquer. Les plus jeunes d'entre eux (surtout) qui se réclament autochtones ont aussi des comptes Facebook et/ou Twitter. C'est du moins une conclusion que l'on peut inférer en 2019. Pour aller à Genève et discuter de la protection de leurs savoirs traditionnels à l'OMPI, ils ne se connectent pas par télépathie ou ne se déplacent pas sur des balais volants (comme dans l'œuvre *Harry Potter* de Joanne Rowling), après avoir invoqué leurs ancêtres, les suppliant de les investir de pouvoirs surnaturels pour ce faire. Ils s'y rendent comme tout le monde en avion. Certes, ils continuent parfois de se vêtir selon leurs traditions dans les arènes internationales où se jouent leurs sorts, une façon de marquer leur différence culturelle par rapport à leurs interlocuteurs. Certes, leurs discours peuvent être parsemés de mots tirés de leurs langues locales. Mais c'est essentiellement en anglais, en espagnol ou en français qu'ils adressent au collège des représentants diplomatiques leurs revendications, selon la langue officielle de l'État sur le territoire duquel ils se trouvent ; et non pas dans un patois incompréhensible pour ceux-ci, dont l'arrogance de certains les jugeraient comme non civilisés. L'image romantique et exotique que nous nous faisons parfois ou inconsciemment des PACL comme des individus vivant dans des territoires protégés de la pollution urbaine, des sortes de « Tarzan » vivant dans des forêts inaccessibles aux non-initiés, n'est pas réelle. Leurs styles de vie, même connotés de références culturelles et guidés par des croyances échappant au rapport cartésien que l'on peut avoir au monde, ne sont pas en stricte opposition avec les tendances contemporaines. Il convient de souligner que c'est exprès que les exemples ci-dessus exposés sont exagérés, car l'hyperbole qui les caractérise vise à mettre en lumière l'absurde des « préjugés structurels » entretenus à l'égard des PACL, même si ces préjugés structurels ne survivent pas *ex-nihilo*<sup>1078</sup>.

Jusqu'à une certaine limite, on pourrait s'interroger de façon plus *provocatrice*, sur le point de savoir si l'attrait pour cette primitivité indigène n'existe pas en fait que dans des discours romantiques ? Ceux-ci ne seraient-ils pas destinés, entre autres choses, à rassurer leurs producteurs que leur souci pour les *pauvres autochtones* dont les connaissances sont spoliées fait d'eux des êtres vertueux dans ce siècle du capitalisme inconscient. De toute évidence, il ne s'agit pas de faire ici leur procès, et moins encore de mettre en doute la noblesse de leurs intentions. Il s'agit

---

<sup>1078</sup> En effet, les développements antérieurs permettent de comprendre l'éthique sous-jacente à cette stratégie des mouvements autochtones luttant pour leur reconnaissance Voir notamment les sections sur le discours de l'autochtonie et le discours de la société civile au chapitre premier de cette thèse.

plutôt d'essayer de mettre à jour la pluralité des motivations qui se cachent derrière le projet de construction d'un droit international *sui generis*.

Il s'agit aussi et surtout d'évaluer ce projet d'élaboration de lois *sui generis* à la lumière d'une véritable éthique de la responsabilité. Celle-ci n'aurait pas la fragilité d'une éthique de conviction qui caractérise les travaux du CIG-OMPI, bloqués par la résistance de quelques pays développés. Elle n'aurait pas non plus l'inconsistance d'une éthique de situation, qui fait osciller les pays en développement entre le Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, l'OMPI et le Conseil de l'ADPIC de l'OMC selon que les temps dans l'une quelconque de ces arènes soit plus favorable à leur ambition de protéger les connaissances de leurs PACL.

#### **2.4 Brevets, « capacités » et « vie bonne » : d'Amartya Sen à Axel Honneth**

Il est essentiel pour les PACL, pensons-nous, de choisir leurs luttes pour la reconnaissance et les modalités de celles-ci, en s'assurant qu'elles sont réellement mises en perspective avec le sens qu'ils veulent donner à leur histoire. En l'occurrence, il s'agirait pour eux de faire un arbitrage entre refuser principalement de tirer parti du système de propriété intellectuelle parce que celui serait en contradiction ontologique avec leurs valeurs, et embrasser celui-ci stratégiquement pour s'assurer des conditions d'une « vie bonne » d'après le sens que lui donnent Paul Ricœur et Amartya Sen.

Cette seconde perspective consiste à considérer que les règles du système de propriété intellectuelle ont un impact considérable sur les capacités de leurs destinataires, ce qu'Amartya Sen et Martha Nussbaum définissent comme ce que les gens sont réellement capables de faire et d'être. Ainsi que Madhavi Sunder l'écrit :

Les lois sur la propriété intellectuelle affectent notre capacité à penser, apprendre, partager, chanter, danser, raconter des histoires, plaisanter, emprunter des idées, inspirer et être inspiré, répondre, critiquer et rendre hommage. Bref, les lois sur la propriété intellectuelle font beaucoup plus qu'« inciter à l'innovation », selon la perception commune. La propriété intellectuelle porte fondamentalement sur les activités de base qui mènent à une vie pleine et joyeuse. De plus, dans une économie

mondiale du savoir, la propriété intellectuelle distribue la richesse et le pouvoir et affecte la justice mondiale<sup>1079</sup> [Notre traduction].

L'exemple de Solomon Linda, tirée de l'œuvre de Madhavi Sunder est ici tout à fait pertinent. Le personnage est un travailleur migrant Noir né en 1909. En 1939, il déménagea dans une banlieue pauvre de Johannesburg avec des amis avec lesquels il avait constitué un groupe de musique. Cette même année, Solomon composa une chanson basée sur ses propres expériences d'enfant protégeant le bétail contre des lions dans la jungle : « Mbube ». « Mbube » signifie « Lion » en langue Zulu<sup>1080</sup>. D'un point de vue stylistique, la chanson emprunte la syncope du jazz américain et une mélodie *a capella* pour créer ce qui deviendra le premier hit « pop » enregistré en Afrique. Dès 1948, 100 000 exemplaires de cette chanson avaient été vendus dans la région, et « Solomon Linda était le champion invaincu et invincible des concours de chant qui se tenaient dans les hôtels, ainsi qu'une superstar dans le monde des immigrés zoulous »<sup>1081</sup>. La chanson de Linda traversa bientôt l'Atlantique et renaquit, d'abord comme « Wimoweh » sous la plume de Peter Seeger, et sera ainsi chantée pendant des années par son groupe les Weavers<sup>1082</sup>. Cependant, la belle lancée des Weavers sera vite interrompue pour des raisons politiques : certains de leurs membres avaient une affiliation au parti communiste, ce qui jeta le discrédit sur leur groupe car le public ne comprenait pas pourquoi ils étaient « de mèche » avec l'ennemi. Les Tokens, un autre groupe musical constitué de jeunes de Brooklyn reprendra la chanson culte originelle. Pour lui donner davantage de portée, ils s'en remettront à un arrangeur de renom, George David Weiss, qui y adaptera les paroles désormais bien connues du *The Lion Sleeps Tonight*. Cette nouvelle adaptation de « Wimoweh », elle-même étant une reprise de « Mbube » de Solomon Linda connaîtra un succès absolu dès son enregistrement en 1961<sup>1083</sup>. La chanson a continué à être enregistrée plus de 170 fois, finissant par trouver son chemin dans le dessin animé immensément

---

<sup>1079</sup> Madhavi Sunder, *From Goods to a Good Life: Intellectual Property and Global Justice*, Yale University Press, 2012 aux pp 1-2.

<sup>1080</sup> *Ibid* à la p 82.

<sup>1081</sup> Rian Malan, « DANS LA JUNGLE, TERRIBLE JUNGLE... "Le lion est mort ce soir", la chanson aux mille vies » (1 octobre 2003), en ligne : Courrier international <<https://www.courrierinternational.com/article/2002/06/20/le-lion-est-mort-ce-soir-la-chanson-aux-mille-vies>>.

<sup>1082</sup> *Ibid*.

<sup>1083</sup> Elle s'exporte au Royaume-Uni la même année, et devient sous la plume d'Henri Salvador, *Le Lion est mort ce soir* en 1962.

<sup>1083</sup>. Dès lors, de grands noms de la chanson partout dans le monde en font des versions contenant leurs propres touches. La chanson accompagne les astronautes de la mission « Apollo » et Miriam Makeba la chante pour le président Kennedy, alors que Robert John, les Springfields, les Spinners, les Tremeloes, Glen Campbell et Manu Dibango, l'adaptent. Elle connaît même une version de « Heavy Metal » et une version « Rythm and Poetry (RAP) ».

populaire de Disney [...], *Le Roi Lion*<sup>1084</sup>. Mais tandis que la chanson a finalement produit des millions de dollars pour Disney et d'autres reproducteurs, Solomon Linda est mort sans ressources, souffrant d'une maladie rénale curable à l'âge de cinquante-trois ans. L'un de ses enfants est mort de malnutrition et l'autre du SIDA<sup>1085</sup>.

Il faut décortiquer l'histoire de Solomon Linda car elle est particulièrement édifiante pour cette thèse. Relativement à la fausse opposition binaire entre ce qui est « traditionnel » et ce qui est « moderne », il faut remarquer que l'originalité de la création musicale de Linda provient de la mixture entre un genre musical originaire du sud des États-Unis et une production locale, propre au territoire d'où il vient. Or, si l'on tient compte du fait que le jazz en tant que genre musical recouvre plusieurs sous-genres provenant de cultures diverses, on se rend compte assez vite que ce sont celles-ci qui en font sa richesse et qui le rendent aussi plaisant pour des publics variés. De fait, tirant son origine de traditions musicales propres aux premiers esclaves africains déportés aux États-Unis, il a subi l'influence de plusieurs autres genres (afro-caribéens, musique classique occidentale, musique latine, gospel, ...). Un regard puriste pourrait donc simplement considérer le jazz comme étant autochtone d'Afrique subsaharienne, le continent noir étant le berceau de l'humanité. Il serait probablement réprouvé pour avoir ignoré les nombreux apports dont ce style musical a bénéficié tout au long de son histoire. Aussi, l'œuvre « Mbube » de Linda n'est-elle que la résultante d'une construction consciente de la diversité des matériaux disponibles pour ce faire. Les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques des PACL sont à l'image de « Mbube ». Elles pourraient, certes, ne pas avoir la riche histoire du jazz ; il n'en demeure pas moins cependant qu'elles sont le fruit d'un emprunt à des éléments du stock de connaissances disponibles. À tout le moins, elles sont appelées à évoluer au fur et à mesure des pratiques par les uns et les autres, désormais teintées de leurs spécificités en tant qu'ils sont des personnes uniques. Par ailleurs, si cette œuvre de Linda a été enregistrée plus d'une centaine de fois, on peut présumer de ce que chacune est, *a priori*, par rapport à la version originelle, suffisamment originale pour se mériter le droit d'auteur ou tout au moins des droits connexes. Cette circonstance, ramenée au contexte de cette thèse, suggère également que les améliorations subséquentes d'un quelconque savoir traditionnel associé aux ressources génétiques pourraient mériter des droits de propriété

---

<sup>1084</sup> Malan, *supra* note 1081.

<sup>1085</sup> Sunder, *supra* note 1079 à la p 2.

intellectuelle sous la forme d'un brevet ou plus modestement d'un modèle d'utilité, ainsi que nous l'expliquions ci-dessus<sup>1086</sup>.

Par ailleurs, à l'image des faits de biopiraterie, il faut s'émouvoir de la triste fin de vie de Linda et de sa progéniture, en particulier lorsqu'on considère que plusieurs acteurs aux États-Unis (les groupes Weavers puis les Tokens, et surtout un géant de la cinématographie, Disney) ont profité « indûment » de son œuvre, pour mimer le jargon des lanceurs d'alerte. En effet, l'enquête conduite par Rian Malan pour comprendre le différentiel entre les bénéfices réalisés par les « spoliateurs » de Solomon Linda et le gain manqué de celui-ci suscitent également des émotions. En termes de droits d'auteur, les 170 enregistrements des trois versions de la mélodie-culte, 14 représentations cinématographiques, 6 spots-publicitaires et le classement très honorable dans les chansons les plus aimées dans le monde entier auraient rapporté, selon des analystes, entre 10 et 20 millions de dollars. Quant à Solomon Linda, il n'aurait perçu que l'équivalent d'environ 1 livre au moment de l'enregistrement de l'œuvre originale<sup>1087</sup>. C'est plutôt un certain Éric Gallo, propriétaire de la maison de production où « Mbube » fut enregistré, qui avait récolté la gloire du succès local de la chanson dans les premières heures de sa diffusion. Par la suite, les Weavers protégèrent leur version « Wimoweh » sous le nom fictif de Paul Campbell, étant donné que « Mbube » n'était *prétendument* couvert par aucun droit de propriété intellectuelle. Les revenus furent partagés entre d'une part les Weavers et Peter Seeger l'adaptateur, et d'autre part entre leurs producteurs Howie Richmond et Al Brackman en part égale (50% chacun). Seul Peter Seeger a semblé s'offusquer de cette répartition, qui n'incluait aucunement Solomon Linda. Il entreprit des démarches afin de récompenser la création de celui-ci. Ceci se fera grâce à un chèque de 1000 \$ que Solomon Linda recevra. Au total, si l'on y ajoute des « dépôts mystérieux » sur les comptes bancaires des filles de Solomon Linda après le décès de celui-ci, et les versements perçus par leur mère dans des conditions peu transparentes, c'est environ la somme de 20.000 \$ US qu'auraient rapporté « Mbube » à son auteur et à ses ayant droits<sup>1088</sup>.

Cette modique somme parvenue à Soweto en plusieurs versements, comparativement à la manne financière générée par la ressource originelle « Mbube » inspire des questions importantes pour

---

<sup>1086</sup> Voir ci-dessus la section sur « Les considérations pratiques en faveur de l'option sui generis : des difficultés surmontables ».

<sup>1087</sup> Malan, *supra* note 1081.

<sup>1088</sup> *Ibid.*

cette thèse. En premier lieu, en s'imaginant que le contexte fut celui de l'exploitation de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, on pourrait se demander si les bénéfices perçus par Solomon Linda et ses ayants droits satisfont au critère du « juste » et de l'« équitable » d'après la formule du Protocole de Nagoya. En effet, 20.000\$ US représentent une bien minuscule goutte d'eau dans la mer que font les 20.000.000 \$ US tirés de l'exploitation de la chanson originale. Il faut, de façon incidente, s'interroger sur la portée éthique de cette rétribution monétaire, vis-à-vis de mécanismes clés telles que le consentement préalable donné en connaissance de cause. De fait, le consentement de Solomon Linda n'a à aucun moment été requis ni pour l'exploitation par Éric Gallo, ni pour une quelconque réadaptation par les Weavers. Certes, l'affaire se déroule bien avant l'adoption de la CDB et son Protocole de Nagoya, mais le caractère semi-fictif du cas d'étude autorise un tel questionnement.

En second lieu, cette affaire fait écho à l'allégorie de l'éclipse solaire identifiée au chapitre 2 de cette thèse, comme l'un des défis majeurs que posent la dialectique « protection juridique des savoirs traditionnels » et « partage juste et équitable des avantages ». En effet, l'exportation de la ressource « Mbube » vers des territoires disposant d'une meilleure technologie pour son exploitation (les États-Unis et le Royaume-Uni) a assuré aux utilisateurs dans ces territoires des avantages financiers certains, alors que les fournisseurs (Solomon Linda, son groupe de musique et ses ayants droits) n'ont reçu, qu'une somme ridicule versée par tranches infimes. Ceci a aussi été rendu possible en raison de l'anonymisation de l'origine de la ressource « Mbube », réassignée à la figure fictive de Paul Campbell. Dans le contexte de cette thèse, une telle anonymisation permet de comprendre les exigences de divulgation de l'origine des ressources telle que négociée par plusieurs États fournisseurs depuis deux décennies, car celle-ci permet de suivre la trace de la ressource exploitée et de réclamer des avantages s'il y a lieu.

Du reste, il convient de souligner que même les versements perçus par Solomon Linda et ses ayants droits n'auraient probablement pas été faits si ce n'était en raison des bonnes intentions d'acteurs tels que Peter Seeger. Or, lorsqu'Élisabeth, l'une des filles de Solomon Linda tenta de donner les raisons de la spoliation dont leur père a été victime, elle avança ceci : « C'est parce que notre père n'est jamais allé à l'école [...]. Il signait tout ce qu'on lui disait de signer »<sup>1089</sup>. Cette

---

<sup>1089</sup> *Ibid.*

réflexion, ramenée au contexte de cette thèse, conduit à valider l'hypothèse selon laquelle la justice et l'équité que le Protocole de Nagoya voudrait promouvoir entraîne ironiquement une systématisation de la relation déjà fortement asymétrique entre parties. Cet argument a été indiqué au paragraphe 3.2 de la section I du chapitre 2 relatif à l'allégorie de l'éclipse solaire.

Au contraire, l'un des arguments phares de cette thèse est d'affirmer qu'il serait nécessaire pour les PACL de disposer d'abord eux-mêmes de droits de propriété intellectuelle, pour ensuite les valoriser dans le cadre d'éventuels contrats de bioprospection. En effet, cette thèse plaide pour une perspective inversée de la relation fournisseurs et utilisateurs de savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques. Elle ne devrait plus être envisagée comme un accès autorisé à ces connaissances aux utilisateurs, en contrepartie duquel ceux-ci verseraient des avantages monétaires et non monétaires, s'il en résulte, de leur exploitation. En fait, la bioprospection procéderait d'un rapport plus égalitaire aux termes duquel ce sont des droits de propriété intellectuelle déjà établis sur des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui seraient cédés à des utilisateurs, quitte à ceux-ci d'engager des activités de recherche-développement susceptibles de déboucher sur de nouvelles inventions. Sur celles-ci, idéalement, aussi bien les utilisateurs que les fournisseurs seraient copropriétaires du brevet ainsi obtenu, au *pro rata* de leurs contributions.

La vision est ambitieuse, mais elle nous paraît être vectrice d'une meilleure justice et équité entre les parties pour diverses raisons. D'abord, elle permet d'un point de vue symbolique de débarrasser la relation contractuelle instituée par le Protocole de Nagoya de son *a priori* quelque peu paternaliste, qui oblige les PACL à attendre leur part des avantages de la bonne foi et de la bienveillance des utilisateurs de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Comme précisé dans les pages précédentes, et ainsi que suggéré également par l'histoire de Solomon Linda, les avantages sont partagés avec les PACL « si et seulement s'il » en résulte de l'exploitation de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

Ensuite, et de façon subséquente, il serait plus raisonnable d'espérer une meilleure traçabilité des avantages pouvant résulter de l'exploitation de ces savoirs traditionnels. De fait, dans ce scénario, les éventuels nouveaux brevets obtenus par les utilisateurs devraient montrer l'inventivité de leurs

nouveaux produits ou procédés, par rapport à l'état de l'art antérieur, constitué ici par les brevets des PACL. Dans cette mesure, l'obligation de divulgation de l'origine de la ressource ou des savoirs traditionnels associés se trouverait déjà satisfaite car elle serait consubstantielle à l'existence d'un document de brevet des PACL, sans qu'il ne soit besoin de négociations internationales supplémentaires sur ce point. Il faudrait cependant compter sur une publicité adéquate du document du brevet, soutenue au préalable par le fait qu'il contient toutes les informations nécessaires à la reproduction de l'invention par une autre personne physique ou morale.

Enfin, la vision proposée ici donne aux PACL un contrôle plus accentué sur le sens que ceux-ci voudraient donner à leur histoire. En effet, dans ce nouveau paradigme de la bioprospection, les brevets préalablement détenus par les PACL avant d'engager des relations d'affaires avec d'éventuels utilisateurs doivent être appréhendés davantage comme des outils, plutôt que des droits *stricto sensu*. Ceci signifie que les droits conférés par les brevets qu'ils détiennent ne devraient pas être conçus d'abord comme des instruments destinés à stimuler leur croissance économique tout simplement, ainsi que l'aurait impliqué une vision économiciste quelque peu limitée.

Le présupposé selon lequel le capitalisme est immoral et que les PACL sont vertueux car ils ont un rapport holistique à la nature est une posture dépassable qui évite d'affirmer que le brevet ne correspond pas à leurs valeurs. Au contraire, dans ce contexte, comme le soutient Madhavi Sunder, les brevets contribuent à un projet plus large de promotion de développement humain<sup>1090</sup>. Une telle vision est cohérente avec celle que nous envisageons dans cette thèse en déployant le concept de « capacités » d'Amartya Sen car celles-ci catalysent le développement<sup>1091</sup>. De façon plus contextualisée et plus précise, les brevets des PACL contribueraient à leur « développement humainement soutenable », d'après l'excellente formule de Jean-Luc Dubois. Ce concept, qui va plus loin que celui bien connu de développement durable, a l'avantage de mettre l'humain au centre du processus du développement puisque « l'amélioration des indicateurs sociaux peut

---

<sup>1090</sup> Sunder, *supra* note 1079 à la p 16.

<sup>1091</sup> Sen, *supra* note 211.

s'accompagner d'une dégradation du statut de la personne au sein d'une société devenue anémique »<sup>1092</sup>.

En reprenant l'exemple de la chanson « Mbube », Solomon Linda aurait disposé de droits de propriété intellectuelle sur sa création et, conscient de son potentiel économique, qu'il aurait pu avoir une meilleure fin de vie. Théoriquement, les fonds tirés de l'exploitation de son œuvre concédée à d'autres personnes lui auraient permis de disposer de moyens pour prendre en charge ses frais de santé et les besoins de sa famille. À ce propos, le champ lexical déployé par Madhavi Sunder rejoint des éléments du cadre théorique de cette thèse : « Le fait que Linda n'ait pas été reconnu – et rémunéré – pour sa contribution à notre culture commune l'a empêché, lui et sa famille, d'avoir les moyens d'accéder à des médicaments vitaux [...] »<sup>1093</sup>[notre traduction].

Dans le contexte de la protection juridique des connaissances traditionnelles, l'argument en faveur d'une indépendance économique des PACL au service de leur développement humainement soutenable n'est pas véritablement nouveau. En effet, Darell Posey dans son article séminal sur les droits de propriété intellectuelle et la juste compensation des peuples autochtones avait relaté l'exemple donné par le chef Paiakan des Kayapo, des indiens vivant dans la forêt amazonienne. Durant la conférence constituante du Brésil, dit-il, des guerriers de cette communauté s'étaient rendus à la capitale pour défendre les peuples autochtones contre des propositions qui, si elles étaient incluses dans la nouvelle constitution, auraient dépouillé de nombreux groupes de leur statut protecteur d'Indiens<sup>1094</sup>. En effet, l'absence physique de ce lobby indien durant ce moment décisif de l'histoire du pays aurait été un déni de leurs droits, puisque de telles négociations se font à huis clos<sup>1095</sup>. Mais les Kayapo sont des Indiens relativement riches, dont l'argent provient de l'extraction minière et de l'extraction du bois, affirme Darell Posey<sup>1096</sup>. Il ajoute également que « C'est avec de l'argent en or et en bois que les Kayapo ont envoyé à plusieurs reprises leurs délégations composées de plus de 100 guerriers, au cours du coûteux voyage de 1 000 kilomètres

---

<sup>1092</sup> Jean-Luc Dubois, « Une dimension négligée : la soutenabilité humaine du développement », F.R. Mahieu/ C3ED/UVSQ Octobre 2005, cité par Yentcharé, *supra* note 33 à la p 96.

<sup>1093</sup> Sunder, *supra* note 1079 à la p 83.

<sup>1094</sup> Posey, *supra* note 289 à la p 14.

<sup>1095</sup> *Ibid.*

<sup>1096</sup> *Ibid.*

dans la capitale, Brasilia »<sup>1097</sup>. De l'avis de Paiakan, poursuit Posey, le gouvernement n'était certainement pas intéressé à financer leurs voyages dans la capitale.

À l'ère contemporaine, un jugement mesquin aurait pu être lancé aux autochtones participant aux sessions de travail du CIG-OMPI du type : « estimez-vous heureux que les États Parties – et notamment les plus nantis d'entre eux – vous aident de leur argent pour vous permettre de faire entendre votre voix. Ils n'y sont pas obligés ». À tout le moins, la dernière réunion du CIG-OMPI tenue en Juin 2018 a mentionné que le fonds de contribution volontaire est désormais épuisé. Et alors que le présidium a invité toutes les entités publiques et privées à contribuer à ce fonds, des analystes observent à bon escient que l'insuffisance de moyens financiers empêchera les PACL de participer aux travaux subséquents, minant ainsi la crédibilité et la légitimité de tout le processus de négociation<sup>1098</sup>.

Darell Posey rapporte également ce propos du chef des Kayapo :

Les Indiens ces jours-ci doivent avoir des ressources financières aussi. Nos gens veulent des radios et des piles pour leurs magnétophones. Nous avons besoin des vêtements de « l'homme blanc » quand nous allons en ville – et nous devons aller en ville pour nous défendre contre ceux qui nous déposséderont de nos terres et nous transformeront tous en citoyens de quatrième classe sans nourriture, sans médicaments, argent<sup>1099</sup> [notre traduction].

Il finit en arguant que :

Les peuples autochtones doivent avoir des ressources économiques - et si ces revenus doivent préserver la terre, les gens et leurs cultures, les connaissances traditionnelles elles-mêmes doivent être compensées financièrement. Autrement, les peuples autochtones eux-mêmes doivent retourner à la destruction écologique, associée à l'atrophie de leurs propres systèmes de connaissances, afin d'acquérir le pouvoir économique dont ils ont besoin pour survivre<sup>1100</sup> [notre traduction].

Il est curieux que l'amnésie partielle d'une partie de la communauté scientifique intéressée à la protection juridique des connaissances traditionnelles n'ait conservé en mémoire que l'idée de la

---

<sup>1097</sup> *Ibid.*

<sup>1098</sup> Catherine Saez, « WIPO IP And Genetic Resources Committee Makes Progress Despite Block At End » (2 juillet 2018), en ligne : Intellectual Property Watch <<http://www.ip-watch.org/2018/07/02/wipo-ip-genetic-resources-committee-makes-progress-despite-block-end/>>.

<sup>1099</sup> Posey, *supra* note 289 à la p 14.

<sup>1100</sup> *Ibid.*

juste compensation de Darell Posey. En laissant tomber dans les oubliettes l'autonomie financière comme déterminant de la « vie bonne » pour les PACL, la rhétorique du partage juste et équitable des avantages apparaît comme une solution limitée voire inefficace. Comme dans le cas du *Hoodia gordonii*, elle a, au mieux, susciter chez les communautés San des attentes irréalistes, car la manne financière à se partager était conditionnelle à la réalisation de bénéfices par les détenteurs du brevet sur l'agent P57 et, à l'instar de ces clauses *illisibles* sur les polices d'assurance, au fait que les San eussent été informés de la réalisation de tels bénéfices.

Et pourtant, Posey, précurseur dans la discipline sur laquelle cette thèse porte, l'avait également affirmé : « Les peuples autochtones doivent avoir le droit de choisir leur propre avenir. Sans indépendance économique, un tel choix n'est pas possible » [notre traduction]<sup>1101</sup>. Quant à la propriété intellectuelle des PACL, et le rapport favorable qu'ont les scientifiques dans leurs interactions avec eux, Posey prévoit que plusieurs chercheurs, malgré leurs discours, s'opposeront aux droits de propriété intellectuelle parce qu'ils devront changer leur style de vie. Les revenus tirés des droits de propriété intellectuelle dont ils sont titulaires devront être partagés avec les autochtones qui contribuent à leurs recherches. Si une telle pratique est encore rare, elle s'établira dans un futur proche comme une norme reflétant le comportement éthiquement acceptable de la communauté scientifique<sup>1102</sup>. Par cette boutade, sont ainsi dévoilés par l'auteur, les intérêts stratégiques qui fondent et légitiment le rapport de pouvoir entre les bioprospecteurs et les PACL : les droits de propriété intellectuelle s'articulent avec les avantages financiers et le capital symbolique qui s'y attache. L'argent est définitivement le nerf de la guerre...ou de la paix.

L'originalité de notre travail est de réhabiliter la perspective originelle de Darell Posey relativement à la dialectique entre propriété intellectuelle et juste compensation, à l'ère où l'euphorie pour la mise en œuvre du Protocole de Nagoya apparaît comme une panacée pour le respect des droits des PACL et l'option de lois *sui generis* comme chemin naturel vers une meilleure protection de tels droits. Ces options sont devenues une sorte de « prêt-à-penser » pour un grand nombre d'acteurs de ce champ. Néanmoins, notre réflexion veut aller un peu plus loin que la vision promue par Darell Posey, en promouvant l'enracinement de la reconnaissance et la justice envers les PACL dans la détention concrète de titres de propriété intellectuelle, notamment

---

<sup>1101</sup> *Ibid* à la p 15.

<sup>1102</sup> *Ibid*.

des brevets sur leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Ainsi, cette thèse ne se fonde pas que sur les avantages monétaires et non monétaires potentiels, ainsi que le suggèrent le Protocole de Nagoya et curieusement les projets de lois préparés au CIG-OMPI. La raison est qu'une telle expectative correspond, d'un point de vue théorique, à une « déformation de la reconnaissance » qu'Axel Honneth désigne par le concept d'« idéologie »<sup>1103</sup>. En effet, ainsi que le souligne Olivier Voirol préfaçant l'ouvrage d'Axel Honneth, « la reconnaissance opère comme une idéologie lorsque les conditions réelles et institutionnelles ne comblent pas les promesses faites par les énoncés valorisants à l'adresse des destinataires »<sup>1104</sup>. Dans ce contexte, ainsi que les réflexions proposées dans le cadre théorique de cette thèse le démontrent, il s'agirait d'un obstacle majeur pour la réalisation de la justice environnementale<sup>1105</sup>. La section suivante propose quelques éléments de recommandation afin d'acter la perspective défendue par cette thèse.

## Section II : Recommandations

Les bases théoriques pour fonder la protection par brevet des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques étant jetées, il convient dès à présent de faire quelques recommandations. La justice et l'équité envers les PACL, comme moyen de reconnaître leurs apports à la fabrication de nouveaux produits (alimentaires, cosmétologiques ou pharmaceutiques) devrait, pensons-nous, se manifester par une ouverture claire du droit à offrir l'option aux PACL de breveter leurs savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, s'ils le désirent. Cette suggestion nous semble nécessaire car elle fait sortir du paternalisme ambiant dont l'article 5(5) du Protocole de Nagoya et le projet de lois *sui generis* du CIG-OMPI sont connotés. En particulier, elle redonne aux PACL de l'agentivité, c'est-à-dire la capacité d'agir sur leur propre histoire<sup>1106</sup> et devrait influencer une meilleure perception de leurs savoirs traditionnels associés aux

---

<sup>1103</sup> Honneth Axel, *La société du mépris: vers une nouvelle théorie critique*, La découverte, Paris, 2006 aux pp 245-286.

<sup>1104</sup> Olivier Voirol, « Préface » de Honneth Axel, *Ibid* à la p 29.

<sup>1105</sup> Voir la section « Justice et reconnaissance : quand Axel Honneth et Paul Ricœur se rencontrent ». En effet, dans cette section, nous avons démontré la relation entre justice et reconnaissance d'un point de vue conceptuel.

<sup>1106</sup> Noémie Marignier, « L'agentivité en question : étude des pratiques discursives des femmes enceintes sur les forums de discussion, Questioning Agency: Discourses Practices Analysis of Pregnant Women on Web Forum » [2015] 152 *Langage et société* 41-56 à la p 42, DOI : 10.3917/lis.152.0041.

ressources génétiques, ressources peu différentes des autres formes de savoirs éligibles à la brevetabilité. Aussi, sommes-nous invités, d'une part, à articuler nos suggestions autour du brevet en raison de la place qui lui a été donnée dans cette thèse (I). D'autre part, notre travail soutient que la mise en œuvre du Protocole de Nagoya peut-être un prétexte pour garantir la possibilité que devraient avoir les PACL de protéger grâce au brevet leurs savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques (II).

### **I. La brevetabilité des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques en pratique**

Un reportage vidéo de la chaîne de la télévision Africa 24 daté du 4 février 2015 relayait une « découverte » faite par des chercheurs de l'Institut de la recherche en sciences de la santé du Burkina Faso, dirigée par le Professeur Pierre Innocent Guissou, spécialiste en pharmacologie-toxicologie. La fameuse « découverte » est relative à la mise au point d'un nouveau médicament, le FACA, efficace pour lutter contre la drépanocytose<sup>1107</sup>. Ce médicament est décrit comme une « association de deux plantes locales », le *Fagara xanthoxyloïdes* et le *Calotropis procera*. En effet, ce serait un guérisseur traditionnel qui aurait indiqué, vers les années 1990, à un étudiant en médecine les vertus de ces deux plantes, capables de soulager les symptômes des malades atteints par la drépanocytose<sup>1108</sup>. Une fois de retour dans son laboratoire, il commence les recherches sur ces plantes qui aboutiront au développement du FACA. Ces recherches bénéficient du financement du gouvernement et de donateurs internationaux, et du soutien technique d'une équipe belge qui identifie les molécules responsables du soin de la drépanocytose. Celles-ci sont baptisées « burkinabines » en l'honneur du pays, le Burkina Faso<sup>1109</sup>. Le FACA reçoit plusieurs prix nationaux et fait la fierté scientifique du pays, tant il n'existait alors aucun traitement efficace contre cette maladie.

---

<sup>1107</sup> Africa 24, *Burkina Faso, Faca soigne la drépanocytose*, en ligne : <<https://www.youtube.com/watch?v=llRtSCzBtMk>> (consulté le 13 juillet 2018).

<sup>1108</sup> « Drépanocytose : un médicament burkinabé suscite l'espoir des patients et l'inquiétude des scientifiques », *Le Monde.fr* (22 juin 2017), en ligne : [https://www.lemonde.fr/afrique/article/2017/06/22/drepanocytose-un-medicament-burkinabe-suscite-l-espoir-des-patients-et-l-inquietude-des-scientifiques\\_5149592\\_3212.html](https://www.lemonde.fr/afrique/article/2017/06/22/drepanocytose-un-medicament-burkinabe-suscite-l-espoir-des-patients-et-l-inquietude-des-scientifiques_5149592_3212.html) (consulté le 13 juillet 2018).

<sup>1109</sup> *Ibid.*

Il faut souligner la similarité entre l'histoire du FACA et les autres affaires de biopiraterie discutées dans cette thèse. Les trames narratives sont presque les mêmes, à savoir l'obtention par une personne rompue aux sciences expérimentales d'informations sur les vertus d'une plante auprès d'un détenteur de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, des recherches subséquentes en laboratoire, une molécule isolée. En revanche, l'histoire du FACA diverge des autres cas de biopiraterie puisqu'elle fait état d'un partenariat entre l'équipe du Professeur Guissou et le dépositaire du savoir traditionnel relative aux « plantes miracles »<sup>1110</sup>, là où les affaires de biopiraterie se caractérisent généralement par le déni de reconnaissance de l'apport des PACL à l'innovation. Elle diverge également en ce que le FACA n'a fait encore l'objet d'aucun brevet<sup>1111</sup>. Par ailleurs, il est intéressant de remarquer que bien que faisant l'objet d'une autorisation de mise sur le marché au Burkina Faso, le FACA a été au centre d'une controverse scientifique. En effet, plusieurs scientifiques, notamment européens, ont mis en doute son efficacité, le développement du médicament ne s'étant pas réalisé, d'après eux, conformément à la « procédure scientifique »<sup>1112</sup>.

L'histoire du développement du FACA est pleine d'enseignements et constitue le point de départ des recommandations de cette thèse. En effet, elle suggère une démarche graduelle et stratégique articulée autour des points suivants :

### **1.1 La mise en place de politiques nationales de sensibilisation des PACL**

Il est nécessaire de sensibiliser les PACL quant à l'importance de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques pour la réalisation d'un développement humainement soutenable. L'objectif de telles politiques serait, à terme, de stimuler l'intérêt de ces PACL à envisager le brevet comme étant un outil potentiel pour la protection de leurs savoirs traditionnels, par-delà l'option offerte par le Protocole de Nagoya. De fait, dans le cas du FACA brièvement exposé ci-dessus, il a été rapidement fait mention d'un accord de partenariat entre

---

<sup>1110</sup> « Drépanocytose : Le think tank AGORAH plaide pour la poursuite des recherches sur le phytomédicament FACA » (24 juillet 2017), en ligne : Banfora.org- Amitiés Saintonge Banfora <<http://www.banfora.org/2017/07/24/drepanocytose-le-think-tank-agorah-plaide-pour-la-poursuite-des-recherches-sur-le-phytomedicament-faca/>> (consulté le 13 juillet 2018).

<sup>1111</sup> *Ibid.*

<sup>1112</sup> *Supra* note 1108.

l'IRSS du Burkina Faso et le détenteur des connaissances sur les plantes qui en font un remède traditionnel amélioré. Or, même si leur bonne foi devrait être présumée, rien ne garantit que si les chercheurs burkinabè parviennent à obtenir un brevet, ni le guérisseur traditionnel qui les a originellement orientés vers les « plantes miracles », ni sa communauté de base obtiendront une quelconque part des bénéfices engendrés par ce brevet. Pourtant, sauf l'élément d'extranéité et le facteur (néo)colonial caractérisés par l'intervention d'un utilisateur ayant du pouvoir (celui-ci étant notamment articulé autour de son statut expert), on pourrait également conclure à un cas de biopiraterie, si les termes de ce partenariat ne sont pas justes et équitables pour le détenteur des savoirs sur les plantes ayant permis de fabriquer le FACA. Dans l'affaire du *Hoodia gordonii*, la question de la justice se faisait plus criante car le CSIR n'avait signé au départ aucun de partage avec les PACL, avant l'action militante des organisations de la société civile. Il en est de même dans l'affaire de la *Quassia amara*, où des chercheurs français sont partis dans un territoire d'outre-mer français pour collecter des ressources.

Il est donc nécessaire que ces politiques de sensibilisation informent les PACL de leur légitimité à se prévaloir de droits de propriété intellectuelle et à leur exposer les modalités de leur jouissance telles que la possibilité de disposer de médicaments améliorés à coût réduit, la détention de copropriété de brevet, etc. Quitte à eux de décider si cela correspond ou non à leurs valeurs culturelles ou spirituelles de commercialiser ou non leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

## **1.2 La mise en place de politiques nationales de coopération**

Il est également nécessaire de promouvoir la coopération entre les détenteurs de connaissances traditionnelles (tradipraticiens et familles notamment<sup>1113</sup>) et les universitaires nationaux. En effet, le test de brevetabilité des connaissances traditionnelles réalisé au chapitre 3 a indiqué que c'est essentiellement le défaut de traduction de ces savoirs dans les termes de la chimie moderne qui constitue un sérieux obstacle à une telle brevetabilité. Or, ainsi que l'affaire du FACA le prouve, les pays en développement (qui sont d'après la rhétorique de la CDB et du Protocole de Nagoya surtout des pays fournisseurs de ressources génétiques et de savoirs traditionnels associés)

---

<sup>1113</sup> Voir Ekandzi, *supra* note 30 aux pp 247-257.

disposent de ressources humaines compétentes pour, à tout le moins, initier la recherche phytologique susceptible de conduire au développement d'un nouveau produit pharmaceutique par exemple. Dans le même sens, il a été signalé, notamment à propos de la controverse sur l'efficacité du FACA que *l'Institut malgache de recherches appliquées* parvenait à obtenir des résultats plus probants et à déposer des brevets parce que ses chercheurs respectaient « l'approche scientifique »<sup>1114</sup>. Aussi, faut-il espérer de cette coopération entre détenteurs de connaissances traditionnelles et universitaires dans les domaines scientifiques pertinents, des résultats positifs quant à la traduction dans le jargon de la chimie de ces connaissances.

De toute évidence, la recherche-développement afférente à une telle traduction s'avérera coûteuse. Une fois de plus, la bonne foi doit être présumée. Mais en adoptant une posture extrêmement sceptique envers des partenaires étrangers, une sorte d'heuristique de la peur si du moins l'on croit à la rhétorique de la spoliation des ressources du Sud par des acteurs du Nord, on pourrait envisager un modèle de coopération « sud-sud ». Des bailleurs de fonds – tels que la Banque ouest africaine de développement (BOAD) ou la Banque d'investissement et de développement de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'ouest (BIDC) –, au nom de leur vocation à financer le développement économique, social et culturel dans leurs États membres, prendraient une part active dans le financement de ces recherches-développement visant à formuler les savoirs traditionnels selon les standards recevables dans la pratique par les offices de brevets. De fait, il faut souligner ici la capacité de mobilisation d'importants moyens financiers par ces banques, qui pourraient décider d'affecter une partie de ces ressources à l'obtention de brevets car ceux-ci sont lettres de créances susceptibles de stimuler à un développement humainement soutenable. De façon incidente, cette thèse plaide prioritairement pour un financement par ces banques de développement, plutôt que par des partenaires bilatéraux ou même des organisations internationales telles que le PNUD ou le FEM. Ce serait ainsi pour les États sur les territoires desquels se trouvent des détenteurs de savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, une façon de se départir d'une posture de victime attendant d'être soulagée, une manière de s'engager de façon assumée dans la construction au développement humainement soutenable de leurs PACL. Mais le scénario du financement par de telles organisations internationales n'est pas

---

<sup>1114</sup> *Supra* note 1108.

à exclure, parce qu'elles ont malgré tout une longue expérience en matière du financement des projets de développement et de protection de l'environnement.

### 1.3 Le dépôt de demandes de brevet auprès d'organismes régionaux

L'étape qui doit succéder à la promotion de politiques de coopération entre scientifiques et PACL est d'encourager le dépôt de demandes de brevets sur des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques auprès d'organismes régionaux tels que l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI). Ici, il convient de distinguer deux hypothèses :

- ✚ Dans l'hypothèse où ce sont les PACL qui sont les principaux porteurs du projet de brevetabilité, donc sensibilisés au potentiel de cet outil, et qu'ils décident de faire déposer une demande de brevet, les termes de la coopération avec ces chercheurs nationaux doivent être clairs. On peut, en raison toujours de l'heuristique de la peur, douter que ces derniers ne seront pas tentés de leur « voler » la titularité du brevet. Au contraire, ces chercheurs nationaux seraient des sortes « d'accompagnateurs » des PACL. Ils pourraient par exemple, tirer des avantages de cette coopération, en termes de publications scientifiques ou en termes de subventions à la recherche constituées par les fonds octroyés par la BOAD ou la BIDC par exemple. Les chercheurs devront accepter d'évoluer vers cette « nouvelle » éthique professionnelle déjà prophétisée depuis plusieurs années, nonobstant le sentiment de supériorité qu'ils pourraient nourrir par rapport aux PACL, parce qu'ils ont des « blouses blanches »<sup>1115</sup>. Des exemples existent déjà dans ce sens, puisque dans un cas de bioprospection au Québec, des chercheurs ont accordé 51% des parts de la société gérant un éventuel brevet obtenu à la suite des recherches inspirées par les connaissances de communautés Cris<sup>1116</sup>. Celles-ci ont même agi à titre de relectrices des articles scientifiques produits par les chercheurs canadiens et ont exigé le retrait de certains passages qui mentionneraient des informations qu'elles préféreraient garder confidentielles<sup>1117</sup>. En tout

---

<sup>1115</sup> Posey, *supra* note 289 à la p 15.

<sup>1116</sup> Alain Cuerrier et al, « Aboriginal antidiabetic plant project with the James Bay Cree of Québec: an insightful collaboration » (2012) 6:3 *Journal of Enterprising Communities: People and Places in the Global Economy* 251–270 à la p 261.

<sup>1117</sup> *Ibid* à la p 260.

état de cause, le droit moral des PACL d'être cités comme détenteurs originels des savoirs traditionnels devra être respecté.

✚ Dans l'hypothèse où les chercheurs nationaux auraient un rôle plus prononcé dans l'identification des principes actifs des ressources génétiques, parce que les PACL les estiment plus compétents pour ce faire ou pour des raisons d'ordre culturel, la copropriété de brevet devrait être envisagée, avec des avantages potentiels proportionnés (négociés de façon juste et équitable) par rapport à la contribution de chacun. Quant au droit moral des PACL, il devra être respecté en tout état de cause.

L'avantage d'une demande de brevet auprès d'institutions régionales telles que l'OAPI est que celle-ci délivre une sorte de brevet « communautaire », valable dans l'ensemble de ses pays membres, réduisant ainsi les coûts qu'aurait engendré une demande de protection dans chacun de ces pays. Un autre avantage est qu'il ouvre la possibilité aux PACL seuls ou au partenariat « PACL et chercheurs nationaux » d'avoir accès à un marché plus vaste que celui plus restreint d'un seul État membre. Il permet en outre d'attirer des investisseurs étrangers intéressés à exploiter des licences de brevets sur les savoirs traditionnels.

Pour qu'une telle organisation régionale délivre des brevets sur des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, il y a nécessairement un impératif d'adaptation de ses dispositions substantielles sur la brevetabilité. Ceci est possible, notamment compte tenu de la texture ouverte du langage de l'Accord sur les ADPIC qui suggère qu'il y aurait une possibilité d'élaborer les lois nationales sur le brevet de sorte à l'arrimer aux intérêts des États des pays en développement.<sup>1118</sup>. En effet, nonobstant sa régionalisation croissante, le brevet est avant tout un titre national. Par ailleurs, l'analyse sémantique de l'Accord sur les ADPIC permet de constater l'emploi par seize fois de l'expression « Les autorités seront habilitées [...] » dans la Partie III de l'Accord sur les ADPIC. Ceci renvoie à l'existence de flexibilités, c'est-à-dire de l'espace dont disposent les décideurs pour prendre des décisions concernant la mise en œuvre de l'Accord sur

---

<sup>1118</sup> En cela, cette thèse poursuit le chemin ouvert par Bernard Remiche lorsqu'il s'interrogeait sur le point de savoir si « en dehors de l'éternel rapport de force qui a conduit à leur adoption, [une analyse rigoureuse des textes] ne permet-elle pas une autre attente à l'égard de cet accord ? ». Voir Bernard Remiche, *supra* note 38, à la p 129.

les ADPIC, notamment en matière d'exceptions et de limitations de droits et/ou de recours<sup>1119</sup>. En outre, il convient de souligner que les articles 7 et 8 de l'Accord sur les ADPIC prévoient respectivement que « La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer [...] d'une manière propice au bien-être social et économique [...] »<sup>1120</sup>, et que les États membres pourraient adopter des mesures pour « protéger la santé publique et la nutrition et pour promouvoir l'intérêt public dans des secteurs d'une importance vitale pour leur développement socio-économique et technologique, à condition que ces mesures soient compatibles avec les dispositions du présent accord »<sup>1121</sup>.

Plusieurs auteurs ont ainsi élaboré des réflexions dont les États, sur les territoires desquels se trouvent des PACL se trouvent, pourraient s'inspirer dans l'adaptation de leurs lois nationales sur le brevet. Par exemple, Hiroko Yamane a constaté à bon escient que l'article 27.1 de l'Accord sur les ADPIC détermine trois caractéristiques qu'une invention doit revêtir pour être brevetable<sup>1122</sup> sans les définir toutefois. Aussi, soutient-elle ainsi que les États membres de l'OMC peuvent la limiter seulement aux technologies, en s'appuyant sur la lettre de l'article 27.1<sup>1123</sup>, de sorte à exclure de la brevetabilité les méthodes d'affaire ainsi que les logiciels<sup>1124</sup>. Elle propose également d'opter pour une réduction du champ de la brevetabilité des plantes et des animaux, en la limitant aux seuls microorganismes génétiquement modifiés. Aussi, une telle approche exclurait les cellules, gènes et autres composantes cellulaires de la brevetabilité : si celles-ci ne sont pas visibles, elles ne sont pas pour autant des microorganismes, de sorte qu'elles n'entrent pas sous le couvert de l'article 27.3-b) de l'Accord sur les ADPIC. Daniel Gervais a, quant à lui, décrit la manière originale dont la Chine et l'Inde définissent les critères d'inventivité et d'application industrielle, de sorte à les aligner sur leurs objectifs nationaux de développement, notamment

---

<sup>1119</sup> Daniel J Gervais, « Patentability Criteria as TRIPS Flexibilities » dans Ruth L Okediji et Margo A Bagley, dir, *Patent Law in Global Perspective*, Oxford University Press, 2014, 541-570 à la p 542, en ligne : Patent Law in Global Perspective <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199334278.001.0001/acprof-9780199334278-chapter-17>> (consulté le 17 juin 2015).

<sup>1120</sup> Article 7 de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>1121</sup> Article 8 de l'Accord sur les ADPIC.

<sup>1122</sup> La nouveauté, l'inventivité et l'application industrielle.

<sup>1123</sup> En effet, aux termes de l'article 27.1 de l'Accord sur les ADPIC, c'est « dans tous les domaines technologiques » qu'un brevet de produit ou de procédé peut être accordé.

<sup>1124</sup> Yamane, *Interpreting TRIPS: globalisation of intellectual property rights and access to medicines*, Oxford, Hart publishing, 2011 aux pp 420-421.

d'entreprises pharmaceutiques de style « occidental » ou des industries basées sur leurs connaissances traditionnelles<sup>1125</sup>. Comme il l'indique :

La souplesse de définition, comme on le voit en Inde et en Chine, permet l'expérimentation de politiques pour soutenir la recherche dans de nouveaux domaines de la recherche scientifique, fournissant des niveaux adéquats d'incitation pour les industries qui dépendent plus lourdement sur les brevets et, finalement, en favorisant la production de gains nets qui sont significatifs dans le contexte spécifique de chaque pays par le système du brevet<sup>1126</sup>. [Notre traduction]

C'est dire qu'il y a un programme de recherche à envisager sur un retour d'expériences de ces pays (la Chine et l'Inde) en matière d'élaboration de leurs droits internes de brevet, lequel dégagera des leçons importantes pour des pays en développement comme ceux membres de l'OAPI. Un tel exercice, parce qu'il pourrait constituer en soi une autre thèse, excède les limites de notre travail. Nous soulignons néanmoins que pour des raisons liées à l'exercice de l'influence de certains pays comme les États-Unis (voir ci-dessous le point sur le bilatéralisme américain en matière de brevet), l'initiative des flexibilités pour favoriser la brevetabilité des connaissances traditionnelles pourrait ne pas passer par des lois *stricto sensu*, mais par des politiques de management internes aux offices de brevet : l'hypothèse serait alors celle de la managérialisation du droit<sup>1127</sup> du brevet.

Il est important de souligner que le dépôt de demandes de brevets auprès d'organismes régionaux tels que l'OAPI comprend des risques. Aussi, la stratégie que nous suggérons doit-elle les élucider et, à tout le moins, proposer des manières de les atténuer. En l'occurrence, considérer que des brevets sur des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques soient délivrés par une organisation régionale pourrait correspondre à ouvrir une boîte de Pandore, conduisant à terme à réaliser ce qu'on voulait éviter. En effet, des utilisateurs étrangers, en raison de leur puissance économique et de leur meilleure connaissance des règles de propriété intellectuelle, pourraient prendre de l'avance sur les PACL en agissant comme des passagers clandestins : ils tireraient parti de la possibilité de breveter des savoirs traditionnels, pour commettre des actes de biopiraterie et protéger directement auprès de l'OAPI et d'offices étrangers ouvrant sur des

---

<sup>1125</sup> Gervais, *supra* note 1119 à la p 550.

<sup>1126</sup> *Ibid.*

<sup>1127</sup> Voir *supra* à la p 197.

marchés plus lucratifs (en Europe et aux États-Unis notamment) des savoirs traditionnels « spoliés » aux PACL. Quelques mesures pourraient aider à éviter ce piège :

- ✚ Il reviendrait aux États membres des regroupements régionaux, comme l'OAPI par exemple, de constituer des bases de données sur l'ensemble des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, puis de colliger ces bases de données en une seule au niveau régional. Ils la conserveraient auprès de cette organisation et la partageraient avec les « grands » offices de brevets à l'étranger pour, dans l'extrême, qu'elle serve à invalider des brevets pour cause d'antériorité dans ces juridictions ;
- ✚ Les États membres d'organisations régionales, comme l'Union africaine par exemple, pourraient également adopter des instruments de « *droit mou* » comme *Les lignes directrices de l'Union africaine*, où est valorisé une coopération entre des utilisateurs étrangers et des PACL africains, mais uniquement pour le dépôt de demandes de brevets conjoints sur le continent (dans le contexte de l'OAPI) par exemple. Ils prendraient soin que cet instrument de *droit mou* soit articulé autour de variables émotionnelles telles que la peur et la honte afin d'en garantir le respect. Par exemple, dans l'affaire de la *Quassia amara*, la stratégie du *naming and shaming* adoptée par la Fondation France Libertés a fait reculer l'IRD qui a annoncé un accord de partage des avantages avec les populations guyanaises, ce qui signifie que des approches de régulation extra-juridique sont relativement efficaces ;
- ✚ Les États, selon leur leadership sur le plan international, pourraient soit valoriser, soit imposer l'exploitation locale du brevet sur leur territoire national ou sur le territoire commun régional (de l'OAPI par exemple). Cette possibilité est notamment ouverte grâce à l'article 5(A)-2 de la Convention de Paris sur la protection de la propriété industrielle, incorporée à travers l'article 2 (1) de l'Accord sur les ADPIC. En effet, aux termes de cet article 5(A)-2, « Chacun des pays de l'Union aura la faculté de prendre des mesures législatives prévoyant la concession de licences obligatoires, pour prévenir les abus qui pourraient résulter de l'exercice du droit exclusif conféré par le brevet, par exemple *faute d'exploitation* » [nos italiques]. La faute d'exploitation s'appréhende alors comme un abus

*per se*<sup>1128</sup>. Or, l'article 27 oblige aussi les droits nationaux des brevets à ne pas rattacher l'octroi d'un brevet à une quelconque obligation nationale de son exploitation sur le territoire de l'État qui l'a accordé<sup>1129</sup>.

Cependant, l'interdiction d'empêcher la brevetabilité des savoirs traditionnels pour défaut d'exploitation contenue dans cet article 27 n'est qu'apparente. Ainsi que le souligne Jonathan Curci, il s'agit d'une disposition générale sujette aux exceptions précisées notamment dans les articles 30<sup>1130</sup> et 31<sup>1131</sup> de l'Accord sur les ADPIC et dans l'article 5(A)-2 de la Convention de Paris<sup>1132</sup>. Or, en suivant la maxime juridique d'après laquelle la loi spéciale l'emporte sur la loi générale, et l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités<sup>1133</sup> (qui impose de prendre en compte le contexte, l'objet et le but du traité et ce, dans une approche systémique), on devrait conclure que l'article 27 est une disposition générale sur les exceptions de brevetabilité et que l'article 5(A)-2 de la Convention de Paris est une disposition spéciale. De sorte que l'obligation d'exploitation locale du brevet peut être exigée par un État de pays en développement.

Mais comme précisé au début de ce paragraphe, tout dépend du leadership du pays en question sur l'échiquier international. En effet, en revisitant l'histoire de l'adoption de l'Accord sur les ADPIC, nous avons explicité la manière dont les États-Unis ont usé de

---

<sup>1128</sup> Curci, *supra* note 602 à la p 118.

<sup>1129</sup> La formule de Bernard Remiche à ce sujet est marquante : « l'évolution claire du droit en la matière : de droit d'exploiter industriellement (qui est également une obligation) l'invention brevetée dans le pays qui a accordé le brevet, on en est arrivé à un droit qui est essentiellement d'importer et de commercialiser le produit protégé par le brevet sans crainte d'obligation réel en contrepartie ». Voir Bernard Remiche, « Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets » (2002) 11 *Revue internationale de droit économique* 83 à la p 116.

<sup>1130</sup> Article 30 de l'Accord sur les ADPIC relatif aux exceptions aux droits conférés.

<sup>1131</sup> Article 31 de l'Accord sur les ADPIC relatif aux autres utilisations sans l'autorisation du détenteur du droit de propriété intellectuelle.

<sup>1132</sup> Curci, *supra* note 602 à la p 119.

<sup>1133</sup> Article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités : « 1. Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but. 2. Aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, préambule et annexes inclus : a) Tout accord ayant rapport au traité et qui est intervenu entre toutes les parties à l'occasion de la conclusion du traité; b) Tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité. 3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte : a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions; b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité; c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties. 4. Un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ».

leur puissance pour faire plier les autres acteurs du système commercial multilatéral. Or, l'influence croissante des pays en développement à l'OMC dans le système multilatéral<sup>1134</sup> ayant mis en lumière la fragile position des États-Unis dans cette arène, la nouvelle approche qu'ils ont développée pour renforcer les droits de propriété intellectuelle de leurs firmes est celle du bilatéralisme. Celle-ci permet au gouvernement américain d'imposer aux autres États des règles plus strictes en matière de propriété intellectuelle. Cette situation connue sous le nom de règles « ADPIC-plus » leur permet de réaliser une extension<sup>1135</sup> de leur conception de la propriété privée immatérielle, aussi bien d'un point de vue géographique que matérielle. Dans un article, Jean-Frédéric Morin a ainsi mis en lumière, à travers l'analyse d'un corpus réduit de 39 accords bilatéraux, la manière dont ceux-ci « permettent donc aux États-Unis de faire évoluer le droit international des brevets à l'extérieur du forum de l'OMC ». <sup>1136</sup> Pour ce faire, ces derniers ne se privent pas de coercition ou, à tout le moins, de menaces de coercition pour parvenir à leurs fins. C'est donc dire que la stratégie de la « carotte et du bâton », employée lors des négociations de l'Accord sur les ADPIC demeure encore un outil précieux au service des États-Unis d'Amérique. Il s'agit d'une importante limite à l'imposition légale de l'obligation d'exploitation locale du brevet. Ici, la force de persuasion d'instruments de *droit mou* serait probablement très limitée.

#### 1.4 La protection alternative par des modèles d'utilité

Plusieurs motifs liés à leurs capacités financières et/ou techniques ou du défaut de coopération des PACL avec des scientifiques, ou encore au défaut de moyens à disposition de ces scientifiques pour contribuer à la traduction des connaissances traditionnelles dans les termes de la chimie et de la biologie, pourraient empêcher les PACL d'obtenir des brevets sur leur territoire national ou régional.

---

<sup>1134</sup> Pour plus de détails, V. l'excellente étude d'Obertan, *supra* note 460. Elle démontre que par un jeu de coalitions, les pays en voie de développement ont réussi à faire front commun sur la question de la brevetabilité du vivant et la protection des savoirs traditionnels à l'OMC.

<sup>1135</sup> Daniel J Gervais, *supra* note 1119, à la p 542.

<sup>1136</sup> Jean-Frédéric Morin, « Le droit international des brevets: entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain » (2003) 34:4 *Études internationales* 537–562 à la p 550.

Dans ce contexte, nous suggérons d'explorer en lieu et place la piste des modèles d'utilité, lorsque cette possibilité existe, car toutes les législations ne connaissent pas ce type de protection. Ceux-ci, communément appelés des « petits brevets » ou « certificats d'utilité », impliquent des modalités d'enregistrement moins strictes que les brevets, parce qu'ils ne requièrent pas d'examen (ou seulement un examen beaucoup moins important) pour ce qui concerne les conditions de l'inventivité. Par ailleurs, la procédure d'enregistrement est beaucoup plus simple et rapide que celle d'un brevet, et les frais associés à cette procédure et au maintien des modèles d'utilité sont relativement abordables. Il s'agit donc d'une avenue possible que les PACL qui désirent s'engager dans la protection juridique de leurs savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques pourraient explorer.

En revanche, la durée de protection des modèles d'utilité est généralement entre 7 et 10 ans, ce qui est une durée inférieure à celle offerte par le brevet. Ceci ne constitue pas dans le contexte de nos recommandations, un inconvénient en soi dans la mesure où il s'agit surtout pour les PACL d'avoir un titre leur permettant de se prévaloir comme étant détenteurs originaux, garde-fou utile en cas de biopiraterie par un utilisateur quelconque. En tout état de cause, la stratégie de protection transitant par les modèles d'utilité devrait être renforcée, avant leur expiration, par une demande de brevet à l'étranger.

### **1.5 Le potentiel du Traité de coopération en matière des brevets (PCT) pour la protection à l'étranger des connaissances traditionnelles associées aux ressources**

Darell Posey avait mentionné que « les peuples autochtones [...] doivent avoir la possibilité d'entrer ou non dans une économie de marché – et dans quelle mesure et dans quelles circonstances ils veulent le faire, voire pas du tout »<sup>1137</sup>. Une telle approche, parce qu'elle aurait été choisie et ratifiée par les PACL, constitue d'après nous un excellent moyen de s'assurer les conditions de la « vie bonne » et l'obtention d'une reconnaissance sociale. Aussi, en raison des capacités technologiques et du marché plus importants dans les pays du Nord, une stratégie fructueuse est d'y demander la protection par brevet des connaissances traditionnelles associées

---

<sup>1137</sup> Posey, *supra* note 289 à la p 16.

aux ressources génétiques. On peut supposer ceci, à tout le moins, en se rapportant à l'histoire des faits de biopiraterie impliquant l'obtention de brevets dans de tels pays.

Dans cette perspective, il serait avisé pour les PACL de tirer parti des avantages offerts par le Traité de coopération en matière de brevets (PCT). En effet, ce traité a l'avantage de permettre l'obtention simultanée de la protection internationale d'une invention dans un grand nombre de pays en déposant une demande « internationale » unique au lieu de déposer plusieurs demandes de brevets nationales ou régionales distinctes. Il faut cependant souligner que la délivrance de brevets reste l'apanage des offices nationaux ou régionaux de brevets, durant ce que le langage spécialisé désigne sous l'expression « phase nationale ». La procédure conduisant éventuellement à l'obtention d'un tel brevet mérite quelques éclaircissements que nous suggérons de faire à partir d'un exemple semi-fictif.

Imaginons que les communautés Gouro en Côte d'Ivoire veuillent protéger par brevet leurs savoirs relatifs au fameux « cure-dent Gouro », bien connu pour ses caractéristiques aphrodisiaques<sup>1138</sup>.

La recherche-développement initiée avec des chercheurs ivoiriens et soutenue par un financement de la BOAD et du gouvernement ivoirien conduit à la détermination du principe actif responsable de l'effet aphrodisiaque; le savoir traditionnel est désormais retranscrit par une formule chimique (ce qui n'a jamais été réalisé, conservant ainsi la nouveauté de l'invention) et une demande de brevet est introduite auprès de l'OAPI.

D'après la procédure du PCT, la date de dépôt à l'OAPI tient lieu de date de priorité. À partir de cette période, les communautés Gouro disposent d'un délai de 12 mois pour introduire une demande internationale auprès du même office, en Côte d'Ivoire ou directement auprès de l'OMPI. À cet effet, elles s'acquittent des taxes et autres conditions de forme exigées par le PCT. Puisque la Côte d'Ivoire fait partie de la liste des pays les moins avancés de l'ONU, les

---

<sup>1138</sup> Le choix de cette ressource se traduit par le fait qu'il est supposé que la plupart du temps, les utilisateurs s'intéressent à des ressources génétiques et savoirs traditionnels associés pour lesquels ils ont un marché potentiel. L'hypothèse sous-jacente ici est qu'ils s'intéressaient plus à des plantes aux ressources aphrodisiaques et aux savoirs y associés qu'à des connaissances liées au traitement de la tuberculose par exemple.

communautés Gouro pourraient bénéficier d'une réduction de 90% de la taxe internationale de dépôt de 1300 francs suisses exigés par le PCT<sup>1139</sup>.

Dès lors, une recherche internationale selon le PCT est effectuée par un des offices du brevet habilité pour ce faire<sup>1140</sup>, et consiste en un recensement des documents de brevets et des documents techniques publiés qui pourraient avoir une incidence sur la brevetabilité du savoir traditionnel lié au cure-dent Gouro. Le rapport de recherche internationale doit donner « pour chacun des documents énumérés, des indications sur sa pertinence possible à l'égard des critères de brevetabilité essentiels que sont la nouveauté et l'activité inventive (non-évidence) »<sup>1141</sup>. L'office de brevet compétent en matière de recherche internationale émet également une opinion écrite à valeur non contraignante, permettant de déterminer si l'invention paraît remplir les critères de brevetabilité à la lumière des résultats du rapport de recherche. Dès lors, les communautés Gouro pourraient déjà évaluer les chances de succès de leurs demandes auprès d'offices nationaux dans les pays où se trouvent des utilisateurs potentiellement intéressés par les vertus du cure-dent. Le délai moyen de publication du rapport de recherche internationale et de l'opinion écrite est d'environ quatre mois à partir de l'introduction de la demande internationale (soit 16 mois depuis le premier dépôt à l'OMPI). Mais peu après (c'est-à-dire deux mois), dans une limite de 18 mois, le rapport de recherche internationale ainsi que l'opinion écrite sont publiés, donc dévoilés au monde entier, sauf si les communautés Gouro demandent expressément son retrait. Cette option est particulièrement avantageuse si les chances d'obtention du brevet sont faibles ; mais elles peuvent également modifier leurs revendications de façon stratégique par rapport au contenu du rapport de recherche afin de s'assurer de meilleures chances de succès<sup>1142</sup>. En pratique, la publication du rapport de recherche internationale ainsi que de l'opinion écrite est faite sur la base

---

<sup>1139</sup> Voir notamment les points 7 et 9 du document suivant : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, « La protection des inventions à l'étranger : Questions fréquemment posées au sujet du Traité de coopération en matière de brevets (PCT) » (octobre 2017), en ligne : WIPO <<http://www.wipo.int/pct/fr/faqs/faqs.html>>.

<sup>1140</sup> Il s'agit des offices nationaux de l'Australie, de l'Autriche, du Brésil, du Canada, du Chili, de la Chine, de l'Égypte, de l'Espagne, des États-Unis d'Amérique, de la Fédération de Russie, de la Finlande, de l'Inde, d'Israël, du Japon, des Philippines, de la République de Corée, de Singapour, de la Suède, de la Turquie et de l'Ukraine, ainsi que de l'Office européen des brevets, de l'Institut nordique des brevets et l'Institut des brevets de Visegrad.

<sup>1141</sup> Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *supra* note 1139.

<sup>1142</sup> On se souviendra notamment que cette approche avait été choisie par les déposants du brevet sur le *Hoodia gordonii*, leur permettant de contourner le rejet de leur demande sur le fondement du défaut d'inventivité.

de données « Patenscope », ce qui constitue un moyen de publicité efficace pour la recherche de preneurs de licence potentiels.

Les PACL pourraient choisir de faire évaluer une deuxième fois la brevetabilité de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Dans ce cas, ils soumettent une demande d'examen préliminaire international aux mêmes organisations chargées de la recherche internationale citées ci-dessus. Une telle option est intéressante en particulier lorsque l'opinion écrite et le rapport de recherche internationale mentionnent des documents pouvant détruire une condition de brevetabilité, et dont l'existence a conduit à une modification des revendications du brevet. Cette étape a également l'avantage de permettre une participation active des PACL au processus d'examen et d'exercer une influence sur l'évaluateur avant l'entrée dans la phase nationale<sup>1143</sup>. Pour les PACL, cette phase pourrait être particulièrement pertinente dans la mesure où on se souviendra que l'évaluation de l'inventivité surtout prend en compte la vision d'un évaluateur qui se substitue fictivement à un « homme du métier » dont il est idéologiquement proche. Or, justement, la présence et la prise en compte de l'opinion d'experts que sont les PACL pourraient conduire à établir l'inventivité des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques mieux que ne l'aurait fait le seul évaluateur qui n'est pas familier des systèmes de références des PACL.

Il résulte de ce second examen de la brevetabilité un rapport préliminaire international qui s'efforce de faire une application rigoureuse des conditions de brevetabilité conformément aux standards internationaux. Un tel document augmente les chances de prédiction du succès d'une demande de brevet sur le plan national et il doit être pris en considération par les offices nationaux, sans leur être toutefois opposable.

Si les PACL décident finalement de breveter leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, ils poursuivront avec la phase nationale, dans la limite des 30 mois suivant la date de priorité. Il s'agit pour eux, d'identifier les marchés sur lesquels ils aimeraient obtenir une protection de leur invention, et de s'acquitter des autres frais afférents à leur demande

---

<sup>1143</sup> Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, *supra* note 1139, au point 23).

(traductions éventuelles, taxes nationales, etc.). Ici encore, l'accompagnement financier des banques de développement est nécessaire.

Idéalement, il est à espérer qu'ils obtiennent le brevet demandé au terme de la procédure PCT, s'ils jouent le jeu de façon stratégique. À tout le moins, les PACL pourraient commencer par initier des pourparlers susceptibles de conduire à la signature de contrats de licence dès la publication du rapport de recherche internationale ou après l'obtention de brevets nationaux. Ces contrats de licence se doivent d'être intelligents.

### **1.6 La signature de contrats de licence « intelligents »**

Le prédicat « intelligent » ici ne réfère pas au domaine contractuel qui intègre une automatisation de celui-ci grâce à l'informatique. L'expression est plus triviale dans notre contexte, et réfère davantage à la nécessité d'engager des relations contractuelles avec des preneurs de licence dans un sens qui satisfasse les intérêts des PACL. La matière en elle-même est large et cette section ne saurait fournir des suggestions exhaustives quant aux différentes modalités pour assurer une telle « intelligence ». Toutefois, quelques mesures peuvent être prises. Par exemple, c'est à cette étape que le contrat de licence peut intégrer des interdictions de certains usages des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques désormais brevetées, en particulier si ceux-ci contreviennent aux normes sociales et culturelles des PACL. Il peut également intégrer une obligation au détenteur de licence de fournir un rapport détaillé de l'exploitation du brevet sur les connaissances traditionnelles.

Le contrat de licence pourrait également intégrer une clause de perfectionnement, en particulier pour le licencié qui devrait s'engager à communiquer toutes améliorations subséquentes aux PACL qui sont les concédants. Les détenteurs de licence devraient également soit signer un contrat de copropriété avec les PACL, ou leur fournir une licence exclusive gratuite, ou encore prévoir par exemple, s'il s'agit du développement d'un nouveau médicament, que les PACL en jouiront à condition de payer un montant préférentiel tenant compte de leur capacité financière. Dans ce contexte, il nous semble que la relation serait beaucoup plus égalitaire et favoriserait mieux la reconnaissance recherchée par les PACL car elle tiendrait réellement compte de l'apport de

chacun des systèmes cognitifs (expertise scientifique et connaissances traditionnelles) dans la production de nouveaux savoirs.

Par ailleurs, il a été signalé qu'en raison de la difficulté à déterminer la nature juridique du contrat de bioprospection, la sanction des droits des parties, en particulier lorsque celles en cause sont les PACL, s'en trouverait entamée. Puisque la bonne foi se présume en droit, il serait probablement pertinent d'insérer dans les contrats liant les PACL aux utilisateurs de leurs savoirs traditionnels, des clauses relatives aux modes alternatifs de résolution des différends. En l'occurrence, la médiation et l'arbitrage apparaissent comme des modes appropriés. En effet, en raison de l'éthique de la coopération qui lui est sous-jacente, la médiation pourrait, s'il y a lieu, permettre de vider le conflit de sa teneur émotionnelle et de conduire les parties à envisager des pistes de sortie qu'elles seraient prêtes à emprunter, plutôt qu'une décision plus péremptoire d'un juge.

Dans le pire des scénarios où les parties ne seraient pas parvenues à une solution à l'amiable, l'arbitrage, en raison de son caractère privé, pourrait constituer une étape de plus pour parvenir à un arrangement. Cette procédure diffère de la médiation en ce que l'arbitre dispose d'un véritable pouvoir juridictionnel lui permettant de trancher le litige, là où le médiateur ne fait que présider la procédure conduisant à la résolution pacifique du conflit entre les parties concernées. En effet, parce que l'arbitrage permet de connaître discrètement d'un litige, il peut constituer une manière d'éviter que des informations relativement sensibles (le caractère secret de certaines connaissances traditionnelles, le besoin de garder confidentielles l'état de la recherche-développement pouvant mener à un brevet de perfectionnement par exemple, etc.).

L'arbitrage, en particulier, constitue une option intéressante car les PACL négocieraient pour que l'arbitre statue sur un éventuel conflit avec les utilisateurs de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques en amiable compositeur. De fait, il s'agit d'une procédure par laquelle les parties dispensent l'arbitre d'appliquer des règles de droit (lesquelles sont difficiles à identifier en raison de la non détermination de la nature juridique de la relation contractuelle, dans le cas particulier de la bioprospection) ; ce qui revient pour l'arbitre à statuer en équité en recherchant la solution la plus adéquate applicable au litige.

## 1.7 Le rôle renouvelé des organisations de la société civile

La problématique de la protection juridique des savoirs traditionnels a bénéficié, aussi bien dans sa formulation que dans la production des solutions possibles, de la contribution exceptionnelle des organisations de la société civile. On se souviendra que le concept de « biopiraterie » a été introduit et construit par des acteurs d'ONGs, et que toutes les affaires de biopiraterie explorées dans cette thèse ont été portées à l'attention du public en raison de leur activisme. Cependant, leur posture défensive, manifestée par l'approche systématique de dénonciation, fait qu'ils apparaissent un peu comme « des médecins après la mort ». Certes, la dénonciation a toute son importance puisqu'elle permet, grâce à l'arsenal inclus dans l'opération de mobilisation juridique, d'arrêter l'injustice en cours ou de susciter à son sujet un jugement de la société dans son ensemble. Ce rôle devrait se perpétuer, mais cette thèse plaide pour qu'elle soit proportionnée avec la nécessité de la « vie bonne » qu'implique la brevetabilité des savoirs traditionnels.

Ainsi, nous percevons le « nouveau » rôle des organisations de la société civile comme étant des partenaires et accompagnatrices des PACL dans la mise à disposition de l'information sur les avantages et les inconvénients du brevet, et dans la surveillance du respect des obligations des utilisateurs de leurs connaissances traditionnelles. Ce dernier point concernerait une veille efficace sur les pratiques de ces utilisateurs dès l'autorisation d'exploiter les connaissances traditionnelles brevetées, à savoir : que deviennent ces connaissances une fois licenciées ? Quels avantages en résultent pour ces utilisateurs ? Sont-elles subtilisées par des utilisateurs indécents à un moment charnière de la protection par brevet sur le territoire national à l'étranger, pour précéder les PACL qui tentent de protéger leurs connaissances traditionnelles ? Ces utilisateurs ont-ils développé de nouveaux brevets de perfectionnement sur la base des licences qui leur ont été accordées ? Quels nouveaux brevets sont accordés à l'étranger et se fondent sur des connaissances traditionnelles (brevetées sur le territoire national ou non) ? ... Il y a là une nouvelle approche à développer qui fait des ONGs des veilleurs soucieux du développement humainement soutenable pour tous. Ils contribueraient à la défense de la dignité de tous les peuples, car comme le rappelle Axel Honneth :

Vivre dans une société sans droits individuels, c'est n'avoir aucune chance d'acquérir le respect de soi-même. Avoir des droits, cela nous permet de « garder la tête haute », de regarder les autres dans les yeux et de nous sentir fondamentalement l'égal de tous. Se considérer comme détenteur de droits, c'est développer un sentiment de fierté légitime, c'est avoir ce minimum de respect pour soi-même sans lequel on ne serait

pas digne de l'amour et de l'estime d'autrui. Respecter les personnes [...], ce n'est peut-être que respecter leurs droits, de sorte que l'un ne va pas sans l'autre ; et ce qu'on appelle la "dignité humaine", ce n'est peut-être rien d'autre que la capacité reconnue de revendiquer un droit<sup>1144</sup>.

Ces éléments de recommandations pour favoriser la protection par brevet des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques des PACL – si ces dernières le souhaitent – ne prendraient tout leur sens qu'en présence de lois de mise en œuvre du Protocole de Nagoya.

## **II. Les lois nationales relatives à la mise en œuvre du Protocole de Nagoya**

Les lois nationales de mise en œuvre du Protocole de Nagoya devraient accorder une place fondamentale à quelques aspects mis en valeur dans notre étude. Nous les envisageons tour à tour ci-dessous :

### **2.1 La définition des PACL**

Tel qu'il apparut dans la première section du second chapitre de cette thèse, il existe un réel défi lié à la définition des PACL. À tout le moins, les tentatives de cerner leurs membres se sont soldées au mieux par des résultats extrêmement approximatifs, lorsqu'il n'était pas question de conséquences plus graves sur la préservation de l'ordre social dans ces communautés. La raison nous paraît double : d'une part, la catégorie « peuples autochtones », quoique jouissant d'un statut juridique octroyant une reconnaissance sociale et des critères d'identification, semble mal s'accorder avec les réalités locales de plusieurs pays, notamment ceux africains, pour des raisons historiques. D'autre part, ainsi que le rapporte Ronald Niezen, le Forum international autochtone sur la biodiversité considère que l'invention de la catégorie « communautés locales » par la CDB était mue par la nécessité de certains États – notamment le Canada et l'Indonésie – de diluer les droits des peuples autochtones en les reliant à un ensemble non-identifiable d'individus<sup>1145</sup>. Ainsi, dans la plupart des États, notamment ceux africains, qui ne connaissent pas la notion et la réalité

---

<sup>1144</sup> Honneth, *supra* note 90 à la p 202.

<sup>1145</sup> Ronald Niezen, « The Anthropology by Organizations: Legal Knowledge and the UN's Ethnological Imagination » dans Ronald Niezen et Maria Sapignoli, dir, *Palaces of Hope: The Anthropology of Global Organizations*, 2017, 294-317 à la p 302.

des peuples autochtones plus ou moins bien définis comme en Australie, au Canada ou aux États-Unis par exemple, l'alternative « communautés locales » demeurera relativement imprécise.

Cependant, cette difficulté conceptuelle peut être surmontée. En effet, Madhavi Sunder signalait sa préférence claire pour l'expression « poor people's knowledge », (en français « les savoirs des pauvres ») en lieu et place des « savoirs traditionnels », en raison des biais qu'engendre le prédicat « traditionnel »<sup>1146</sup>. L'argument est puissant, car à y voir de près, ceux que nous désignons par PACL constituent effectivement des populations économiquement marginalisées, si du moins l'on en croit Peter Drahos qui soulignait, en se référant à plusieurs rapports de l'ONU, la situation d'extrême pauvreté à laquelle sont réduits plusieurs groupes autochtones en Australie, au Canada, en Nouvelle-Zélande et en Asie<sup>1147</sup>.

Or, il existe déjà dans la plupart des pays en développement, une manière relativement simple d'appréhender ces populations pauvres, qui dépendent largement des ressources biologiques pour leur survie, et développent des connaissances y afférentes. C'est le concept de « villages », ces agglomérations rurales possédant suffisamment d'habitations permanentes pour avoir une vie propre. Ils se distinguent par des sensibilités culturelles partagées et par un désir de vivre ensemble, qui les distinguent les unes des autres. À ce titre, il est intéressant de remarquer que l'article 1<sup>er</sup> de la loi 05-2011 sur la promotion et la protection des populations autochtones de la République du Congo définit les communautés autochtones comme « les populations qui se distinguent des autres groupes de la population nationale par leur identité culturelle, leur mode de vie et leur extrême vulnérabilité »<sup>1148</sup>. Quant à l'article 2-7 de la Loi n°14/003 du 11 février relative à la Conservation de la Nature de la République démocratique du Congo, on appelle communauté locale une « population traditionnellement organisée sur base de la coutume et unie par des liens de solidarité clanique ou parentale qui fondent sa cohésion interne. Elle est caractérisée, en outre, par son attachement à un terroir déterminé »<sup>1149</sup>. Sans constituer une définition parfaite et non contestable, ces essais témoignent d'efforts de créativité de la part de juristes locaux, pour tenter

---

<sup>1146</sup> Sunder, *supra* note 1079.

<sup>1147</sup> Drahos, *supra* note 609 aux pp 2-3.

<sup>1148</sup> <http://snucongo.org/wp-content/uploads/docx/droits/1.pdf>, consulté le 19 juillet 2018.

<sup>1149</sup> <http://cd.chm-cbd.net/implementation/foi320521/loi-relative-la-conservation-de-la-nature/>, consulté le 19 juillet 2018.

de cerner ce qui dans leurs contextes nationaux, relèverait des PACL. Ces initiatives doivent être encouragées, avec idéalement le secours des parties prenantes pertinentes.

En tout état de cause, il est important, quelques soient les catégories qui seraient reconnues comme correspondant aux PACL, qu'elles aient une personnalité juridique leur permettant d'entrer en relation contractuelle avec d'éventuels utilisateurs de leurs savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques. Ici, les formes juridiques d'association, de fondation ou d'organisation à but non lucratif pourraient être tout à fait pertinentes.

## **2.2 La promotion des protocoles communautaires**

Ce sont les articles 12-1) et 12-3) du Protocole de Nagoya qui suggèrent l'élaboration de tels instruments. Un protocole communautaire est un document écrit élaboré par une communauté à la suite d'un processus consultatif, pour définir les valeurs écologiques, culturelles et spirituelles fondamentales et les lois coutumières relatives aux connaissances et aux ressources traditionnelles de la communauté, sur la base desquelles la communauté fournit des termes et conditions l'accès et le partage des avantages découlant de leurs connaissances et de leurs ressources<sup>1150</sup>. Cet outil a non seulement l'avantage de permettre la prise en compte des règles coutumières propres à la communauté, mais encore procure aux utilisateurs potentiels de leurs connaissances traditionnelles un cadre de référence clair sur ce qui est permis et ce qui est interdit. Aussi, il est à espérer que son développement permette de renforcer l'esprit de communauté et/ou d'améliorer la compréhension des critères pour faire partie de la communauté.

Elisa Morgera, Elsa Tsioumani et Matthias Buck ont notamment rapporté le cas du développement d'un protocole intercommunautaire élaboré par six communautés responsables de la gestion du *Potato Park* au Pérou<sup>1151</sup>. Dans ce cas, l'accord visait à conserver les centaines de variétés de pommes de terre cultivées dans la région et à partager équitablement les avantages financiers des initiatives dans le parc<sup>1152</sup>. Ils écrivent ainsi qu'après :

---

<sup>1150</sup> Morgera, Tsioumani et Buck, *supra* note 576 à la p 219.

<sup>1151</sup> *Ibid* à la p 221.

<sup>1152</sup> *Ibid*.

[...] un processus participatif de trois années, l'accord a établi de nouvelles structures de gouvernance intercommunautaire et un cadre pour les avantages résultant de l'exploitation du parc, y compris les initiatives de gastronomie et d'écotourisme, et la production et la vente de plantes médicinales, de pommes de terre et d'artisanat. [...] [Le protocole intercommunautaire] [...] a permis de minimiser les risques de conflits et le détournement des ressources par les élites qui pourraient bénéficier des revenus au détriment des autres de la communauté<sup>1153</sup>.

Il ne faut donc pas négliger l'importance cruciale de ce processus participatif de développement des protocoles communautaires dans la mesure où ceux-ci manifestent une façon de contribuer à l'émancipation des PACL et à leur attribuer des choix pour atteindre leur idéal de la « vie bonne ». En effet, ils les préparent à d'éventuelles négociations avec des utilisateurs de leurs connaissances traditionnelles et leur permettent en amont d'articuler leur vision de la propriété intellectuelle, de désigner les interlocuteurs légitimes de la communauté avant l'arrivée de ces utilisateurs.

Les protocoles communautaires tiennent également lieu d'une sorte « d'entraînement » aux démarches d'expression de leur consentement préalable donné en connaissance de cause car le caractère – idéalement – participatif de leur développement présuppose une véritable prise en compte de l'avis de chacun des membres. Une telle préparation pourrait permettre de sauver du temps et des ressources, et surtout éviter des conflits quand viendra l'heure de se partager effectivement des avantages monétaires et non monétaires.

### **2.3 L'amélioration des lois sur la participation du public**

Ainsi que nos réflexions sur les enjeux de justice procédurale l'ont montré, dans la plupart des pays, ce sont les dispositifs de lois environnementales relatifs à la participation du public qui sont ou seront mobilisés pour assurer l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause des PACL. Or, à l'épreuve, ces dispositifs se révèlent quelque peu déficitaires, notamment en ce qu'ils sont laconiques sur les outils de sciences sociales à mobiliser pour obtenir un tel consentement. Face à un tel constat, cette thèse plaide pour un dépassement de la pratique actuelle qui laisserait entre les mains de l'utilisateur et/ou de son mandataire (comme du bureau d'études en évaluations environnementales dans le cas des études d'impact environnemental et social), la

---

<sup>1153</sup> *Ibid.*

recherche du consentement préalable donné en connaissance de cause. De fait, ces lois pourraient être renforcées par des documents de politique, des guides sectoriels et pratiques qui développent des façons de combiner par exemple des questionnaires avec des entretiens non directifs ou des focus groups, pour espérer obtenir un consentement aussi sincère qu'il est possible de la part des PACL concernées. Il existe également des outils comme l'échelle de la participation développée par Sherry Arnstein<sup>1154</sup>, qui pourraient permettre en amont ou en aval d'apprécier le niveau d'implication de ces PACL, et au besoin de prendre des mesures pour améliorer celui-ci.

Par ailleurs, en revisitant le cas du *Hoodia gordonii* et du Peru Potato Park mentionnés précédemment, on prend la mesure du temps long nécessaire pour garantir la transparence du processus. Ainsi, sauf cas d'extrême urgence, comme dans le cas d'une épidémie nécessitant d'accéder au plus tôt aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques de certaines PACL, il est véritablement nécessaire que les utilisateurs s'arment de patience. Si d'un point de vue économique, on peut arguer qu'une telle suggestion n'est pas réaliste, il convient de prendre en compte les risques réputationnels pouvant s'attacher à une recherche expéditive du consentement des PACL, avant de tirer une telle conclusion.

À ce sujet, il est satisfaisant de savoir que l'exercice de la patience et de l'écoute active ont constitué des atouts considérables pour la réussite d'un projet d'étude des propriétés antidiabétiques de plantes connues par des populations autochtones par des universitaires canadiens, au Québec<sup>1155</sup>. Il en a découlé de la confiance et du respect entre les partenaires, toute chose préconisée par Peter Drahos<sup>1156</sup>. En tout état de cause, on peut toujours compter sur le rôle militant des organisations de la société civile pour dénoncer les cas de non-respect par les utilisateurs des meilleurs standards en la matière.

---

<sup>1154</sup> Sherry R Arnstein, « A ladder of citizen participation » (1969) 35:4 Journal of the American Institute of planners 216–224.

<sup>1155</sup> Cuerrier et al, *supra* note 1116 à la p 255.

<sup>1156</sup> Drahos, *supra* note 609 aux pp 202-220. Voir notamment le dernier chapitre intitulé « Trust in networks »

## **2.4 Une valorisation d'avantages monétaires et non monétaires « clés »**

L'annexe du Protocole de Nagoya a établi une liste non exhaustive d'avantages monétaires et non monétaires. Il s'agit pour les avantages monétaires de : a) Droits d'accès/droits par échantillon collecté ou autrement acquis; b) Paiements initiaux; c) Paiements par étapes; d) Paiement de redevances; e) Droits de licence en cas de commercialisation; f) Droits spéciaux à verser à des fonds d'affectation spéciale en faveur de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique; g) Salaires et conditions préférentielles s'il en est convenu d'un commun accord; h) Financement de la recherche; i) Coentreprises; j) Copropriété des droits de propriété intellectuelle pertinents. Quant aux avantages non monétaires, ils sont constitués par : a) le partage des résultats de la recherche et de la mise en valeur; b) la collaboration, coopération et contribution aux programmes de recherche scientifique et de mise en valeur, notamment aux activités de recherche biotechnologique, autant que possible dans la Partie qui fournit les ressources génétiques; c) la participation au développement de produits; d) la collaboration, coopération et contribution à l'éducation et à la formation; e) l'accès aux installations de conservation ex situ de ressources génétiques et aux bases de données; f) le transfert, au fournisseur des ressources génétiques, des connaissances et technologies à des conditions équitables et qui soient les plus favorables, y compris à des conditions privilégiées et préférentielles ; g) le renforcement des capacités en matière de transfert de technologie; h) le renforcement des capacités institutionnelles; i) les ressources humaines et matérielles nécessaires au renforcement des capacités pour l'administration et l'application des règlements d'accès; j) la formation relative aux ressources génétiques avec la pleine participation des pays qui les fournissent et, autant que possible, dans ces pays; k) l'accès à l'information scientifique ayant trait à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique, y compris les inventaires biologiques et les études taxonomiques; l) les apports à l'économie locale; m) la recherche orientée vers les besoins prioritaires, tels que la sécurité alimentaire et la santé, compte tenu des utilisations internes des ressources génétiques dans la Partie qui fournit les ressources génétiques; n) les relations institutionnelles et professionnelles qui peuvent découler d'un accord d'accès et de partage des avantages et des activités de collaboration ultérieures; o) les avantages en matière de sécurité alimentaire et de moyens de subsistance; p) la reconnaissance sociale; q) la copropriété et droits de propriété intellectuelle pertinents et r) la copropriété des droits de propriété intellectuelle pertinents.

Ces avantages étaient déjà proposés par les Lignes directrices de Bonn que le Protocole de Nagoya ne fait que reprendre. Tels que présentés, rien n'indique que le Protocole de Nagoya veuille établir une hiérarchie entre ces avantages, de telle manière que les plus intéressants pour les PACL soient présentés avant ceux qui le sont moins pour eux. Or, cette thèse a suggéré qu'en raison des enjeux de reconnaissance qui s'y attachent, il était nécessaire que les PACL puissent breveter leurs connaissances traditionnelles, pour obtenir la pleine reconnaissance de leurs droits.

Mais cette thèse évite au même moment de présenter la protection par brevet comme « la » solution pour la protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, car elle tomberait dans la contradiction qui serait d'imposer aux PACL une solution prédéfinie. Au contraire, le présupposé de l'approche par les « capacités » d'Amartya Sen dans laquelle cette thèse s'inscrit est qu'il est nécessaire que les PACL puissent choisir la vie qui leur convient le mieux avec l'insertion économique dans le monde marchand qui est cohérente avec ce choix.

Pour ce faire, les lois nationales de mise en œuvre du Protocole de Nagoya devraient accorder une place privilégiée à certains avantages monétaires (par exemple la copropriété de brevet – justement en raison des enjeux de reconnaissance explicités dans la première section de ce chapitre – ou la coentreprise – comme ce fut le cas avec les communautés Cree du Québec) ou non monétaires (l'accès à l'information, le renforcement des capacités institutionnelles, la collaboration entre chercheurs et PACL – comme dans l'exemple québécois – etc.). Les critères pour effectuer de tels choix seraient la prise en considération de ce qui améliore la situation des « leximins »<sup>1157</sup> de la relation contractuelle, c'est-à-dire des plus favorisés dans la perspective d'Amartya Sen. Ainsi par exemple, la reconnaissance sociale ne saurait jamais être le seul avantage à espérer dans le cadre d'un projet de bioprospection. Certes, il s'agit d'une manière symbolique de reconnaître l'apport des PACL à l'innovation. Mais par-delà le fait de constituer simplement un acte de gratitude encore limité à des aspects purement émotionnels, la reconnaissance sociale n'accorde en pratique rien aux PACL afin de choisir la vie qui leur convient le mieux.

---

<sup>1157</sup> Gaël Giraud et Jean-Luc Dubois, « L'économie d'« acteurs capables » » [2008] 5 Revue Projet 4–11 aux pp 4-5.

En retour, la consignation à l'intérieur de lois nationales de mise en œuvre du Protocole de Nagoya d'avantages monétaires et non monétaires (qui proposent des éléments concrets d'émancipation aux PACL) constituerait une base légale pour les éventuelles transactions entre utilisateurs de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques et PACL. Ainsi, dans la mesure où ceux-ci envisagent de faire des demandes de protection par brevet de leurs savoirs, ils auraient des indications sur des clauses à insérer dans les contrats de licence qu'ils octroieraient à des utilisateurs (par exemple, collaborer à des projets de recherche-développement devant conduire à des brevets de perfectionnement), de sorte à améliorer leurs vies quotidiennes. Dans le cas où pour des raisons qui trouvent leur légitimité dans leur liberté de choisir la vie qui leur convient, ils décident de ne pas opter pour une protection par des outils de propriété intellectuelle, les PACL disposeraient d'une liste préétablie et acceptée d'avantages qui amélioreraient leurs vies quotidiennes dans le présent et l'avenir.

La mise en œuvre de ces quelques recommandations nous semble être une manière heuristique d'accorder une meilleure reconnaissance aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques des PACL et la possibilité pour ces groupes d'envisager une vie meilleure.

# CONCLUSION GÉNÉRALE

Au terme de cette recherche, il convient de regrouper nos principaux résultats. Aussi, procéderons-nous en deux temps : d'abord, nous ferons une synthèse des réflexions conduites tout au long du travail et mettrons en évidence leur portée en pratique (I). Ensuite, nous soulignerons en quoi cette thèse peut contribuer à l'avancement des connaissances en droit international (II). Puis nous terminerons par quelques pistes de recherche, étant conscient de ce que notre thèse ne clôt pas le débat.

## I. Synthèse et intérêt pratique de la thèse

Il convient de présenter une synthèse des réflexions faites tout au long de cette thèse (1.1), avant de présenter les apports pratiques qui en découlent pour les PACL (1.2).

### 1.1 Synthèse des réflexions

Cette étude a tenté, à partir d'une perspective sociojuridique, de déconstruire la perspective habituelle en vertu de laquelle le droit international est un ensemble de règles, de processus ou de pratiques coutumières qui définissent les droits et obligations juridiques, et régissent les interactions des sujets juridiques internationaux. En prenant pour étude de cas la problématique de la protection juridique des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, cette recherche s'est efforcée de démontrer que le droit international est un construit social. En effet, les règles adoptées et/ou proposées dans ce sous-champ disciplinaire à l'interface entre biodiversité et propriété intellectuelle reflètent les choix éthiques et les croyances d'acteurs individuels – qu'il s'agisse d'experts, d'activistes ou d'officiels – qui ont des compréhensions communes et partagées sur la façon de répondre aux exigences de la vie sociale en accord avec certains idéaux. Ces règles reflètent également le succès de certains discours ou rhétoriques sur d'autres, ce qui confirme la

pensée de Yenny Vega Cardenas selon laquelle « Le contenu de la loi vient en quelque sorte institutionnaliser le discours des acteurs dominants qui cherchent à satisfaire leurs intérêts »<sup>1158</sup>.

Pour parvenir à une telle démonstration, cette étude a été envisagée à partir du Protocole de Nagoya. Sa disposition la plus pertinente en l'espèce, l'article 5(5), s'affirme comme la norme la plus contemporaine qui impose aux utilisateurs, une obligation de « juste compensation » à verser aux PACL pour leurs apports à la fabrication de nouveaux produits alimentaires, cosmétiques ou pharmaceutiques. Cette thèse a procédé à une analyse précise de cet article 5(5), en s'interrogeant, conformément à l'épistémologie constructiviste, sur les faits politiques et sociaux ayant conduit à retenir cette solution pour la sanction des droits des PACL. Il est ainsi apparu que la biopiraterie est le problème public dont l'existence sociale a suscité la réponse tout à fait innovatrice que constitue cet article 5(5). Ce détour nous a semblé nécessaire dans la mesure où il nous paraissait être la condition préliminaire d'une compréhension nuancée des rapports de force et des luttes sociales qui précèdent, justifient et légitiment cette solution juridique retenue. À cet effet, la théorie interactionnelle du droit international, telle que conceptualisée par Jutta Brunnée et Stephen Toope, a fourni les orientations nécessaires pour réaliser le travail envisagé. De fait, leur notion de « communauté de pratiques » a conduit à mettre l'accent non seulement sur l'intervention des communautés épistémiques et/ou des « prosélytes moraux » dans la construction du droit, mais aussi de souligner l'apprentissage qui se réalise dans les espaces où ces prosélytes moraux agissent et interagissent.

Nous avons ainsi mis en évidence que la réalité sociale de la biopiraterie doit son existence à la production de plusieurs discours (les rhétoriques) qui se sont agrégés les uns aux autres. Il n'est pas impertinent de rappeler le rôle clé qu'ont joué certaines figures importantes. En effet, le discours des ethnosciences a été défini par les travaux de Harold Conklin, Claude Lévi-Strauss, Milton Freeman, Robert Johannes et surtout de Darell Posey. Précurseurs dans leurs champs respectifs, leurs travaux ont concouru à la constitution d'une science normale relative aux savoirs autres que ceux dits « scientifiques », et à l'articulation du concept de « juste compensation » des PACL. Le chef Iroquois Deskaheh d'abord, et Augusto Willemsen-Díaz ensuite, jouant de leurs réseaux relationnels personnels, ont permis de fabriquer « l'autochtone » dont les droits sont

---

<sup>1158</sup> Cardenas, *supra* note 42 à la p 10.

désormais consignés dans la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones. Certes, les discours de Deskaheh et de Willemsen-Díaz, entre autres, avaient une finalité propre, celle de contribuer à une meilleure reconnaissance des droits des peuples autochtones, mais ils se sont stratégiquement appuyés sur les paradigmes désormais dégagés par les ethnosciences. Par la suite, des acteurs de la société civile, militant pour des causes considérées comme liées – notamment la protection de l’environnement et la protection des droits des autochtones –, ont accéléré l’articulation juridique et surtout la diffusion de la norme du partage juste et équitable des avantages. Si Pat Mooney et Vandana Shiva apparaissent ici incontestablement comme des architectes de sens d’après la formule de Lawrence Lessig, ils seront suivis par des acteurs plus contemporains comme Edward Hammond et la Fondation France libertés.

À travers les interactions de tous ces acteurs de la société civile, la convergence des problématiques qu’ils abordent et les apprentissages qui en résultent pour tous, s’est développé un sens de la justice et de l’équité qu’il fallait démontrer aux peuples autochtones et aux communautés locales. À cette occasion, le rôle des États de pays en développement a été déterminant car en soutenant la cause désormais formulée comme « autochtone », ils se sont assurés l’obtention des droits d’accès aux ressources génétiques nécessaires, arguaient-ils alors, pour leur développement économique.

En pratique, l’article 5(5) a pu germer au sein du Protocole de Nagoya à la faveur d’une part, de la doctrine de l’environnementalisme culturel qui explicitait en termes clairs l’injustice que constituait le défaut de rétribution des PACL, et d’autre part de l’existence d’un précédent normatif dans le système onusien, celui du « partage juste et équitable ». Ce dernier, conceptualisé ailleurs, et devenu une sorte de coquille théorique à l’intérieur de laquelle les exigences de justice de la société internationale pouvaient être formulées, a fourni le vocabulaire et les mécanismes connexes de son opérationnalisation. Aussi, dès l’entrée en vigueur du Protocole de Nagoya, cet article 5(5) s’est-il affirmé comme « le » nouveau vecteur de la lutte anti-biopirats et de changement social. L’exemple le plus éloquent qui prouve ce dernier point est l’affaire de la *Quassia amara*, largement explorée dans cette thèse.

Cependant, il nous est apparu incertain que les ambitions de justice et d’équité du Protocole de Nagoya soient satisfaites par les appels au respect de son article 5(5), fût-ce par des campagnes fortement médiatisées. De fait, ces exigences de respect des termes du Protocole de Nagoya

s'avèrent limités dans leur portée puisqu'au-delà de la « honte » qu'ils infligent aux acteurs accusés d'injustice et d'iniquité envers les PACL, l'opérationnalisation même du partage des avantages avec ceux-ci reste entachée par l'existence de nombreux défis. Notre étude a présenté quelques-uns de ces défis, en les regroupant en fonction des enjeux de justice environnementale auxquels ils se rapportent. De fait, ils posent des questions importantes de justice procédurale, de justice distributive et de justice de reconnaissance, dont la résorption n'est pas évidente en raison des questionnements épistémologiques et des difficultés pratiques qu'ils posent.

Nous avons également observé que les acteurs concernés par la mise en œuvre du Protocole de Nagoya, notamment les utilisateurs et les fournisseurs de ressources génétiques et de savoirs traditionnels associés, se sont lancés dans des initiatives d'élaboration d'instruments de *Soft Law*; une sorte d'aveu vis-à-vis du caractère flou du Protocole de Nagoya. À partir de l'exemple des *Lignes directrices de l'Union africaine* et du *Guide japonais*, nous avons documenté les processus d'apprentissage et les compréhensions partagées du Protocole de Nagoya qui en découlent pour ces fournisseurs et utilisateurs. Nous avons ainsi démontré que le développement même de ces instruments de *Soft Law* est un indice de construction sociale. En effet, les réinterprétations des termes du Protocole de Nagoya au sein de ces différents groupes d'acteurs (fournisseurs ou utilisateurs) constituent des stratégies pour chacun d'eux de se réserver « la plus grosse part », advenant d'une opération de partage des avantages. Or, si ces stratégies présupposent l'existence de luttes sociales, elles renforcent le scepticisme à propos du potentiel de l'article 5(5) du Protocole de Nagoya de faire justice aux PACL.

Aussi, prenant acte de l'importante avancée en droit international que constitue l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya, notre thèse a cependant choisi de la mettre en perspective avec la problématique plus large de la protection juridique des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Cette réflexion n'a pas été seulement stimulée par le constat purement factuel selon lequel la lutte pour la sanction des droits des PACL s'était déplacée de l'arène du droit de l'environnement (la CDB) vers celle du droit de la propriété intellectuelle (l'OMPI). C'est la compréhension des origines et de la raison d'être de l'article 5(5) qui est ainsi démontrée. De fait, Darell Posey, précurseur du champ, militait non seulement pour une juste compensation des PACL, mais également pour la concession de droits de propriété intellectuelle à leur avantage.

Afin de rester fidèle à la perspective théorique retenue, nous nous sommes efforcés de comprendre les termes selon lesquels la question de la propriété intellectuelle des PACL sur leurs savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques a été construite à l'OMPI. Nous avons ainsi noté qu'une seule solution, celle de lois *sui generis* pour la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles, était discutée dans le cadre du CIG-OMPI, chargée d'aborder cette question. Relevant d'une pratique ancienne des États membres de l'ONU, l'option *sui generis* est devenue, du fait de l'intervention de la grande majorité des auteurs de la doctrine juridique, une sorte de « paradigme », un chemin quasi-naturel pour penser la protection juridique des savoirs traditionnels des PACL. Mais cette préférence de la doctrine juridique n'est pas neutre. En effet, elle est cohérente avec la science normale historiquement balisée par les ethnosciences, et légitimée au fur et à mesure de l'émergence des autres discours dont l'agrégation permet de comprendre pourquoi un article 5(5) a été inséré dans le Protocole de Nagoya. En outre, l'étude de l'organisation et du fonctionnement du CIG-OMPI a permis de se rendre compte de l'existence d'importantes oppositions idéologiques et stratégiques qui n'augurent pas l'adoption prochaine d'un traité international *sui generis* relatif à la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles.

Cette impasse nous a conduit à nous intéresser à un discours minoritaire, qui contrairement à celui majoritaire valorisant l'option *sui generis*, envisage le brevet comme outil potentiel de protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Nous avons choisi de vérifier si cette suggestion, marginalisée dans la littérature scientifique, pouvait être pertinente.

Une telle vérification a été faite à partir de trois cas de biopiraterie : l'affaire bien connue du *Hoodia gordonii* datant de l'époque pré-Nagoya, et deux autres affaires (celles du *Guiera senegalensis* et de la *Quassia amara*), portées à la connaissance du grand public après l'adoption du Protocole de Nagoya. L'approche retenue a été d'évaluer si les connaissances traditionnelles « spoliées » dans ces affaires de biopiraterie auraient pu en soi faire l'objet de brevet, si elles avaient fait l'objet de demandes de protection par leurs détenteurs eux-mêmes. Une telle initiative est audacieuse car elle ne prend pas pour impossible et irraisonnable le « pré-pensé » selon lequel les savoirs traditionnels ne sont pas brevetables. Au contraire, elle le questionne et le soumet à l'épreuve du droit européen et du droit américain des brevets, deux systèmes juridiques retenus en

raison de leur influence mondiale et du fait qu'elles sont celles qui ont historiquement délivré des brevets liés à des cas de biopiraterie.

En s'appuyant sur l'état du droit positif et de la jurisprudence pertinente, notre analyse a permis de se rendre compte qu'en fait, contrairement à la croyance largement répandue, les savoirs traditionnels – du moins ceux relatifs au *Hoodia gordonii*, au *Guiera senegalensis* et à la *Quassia amara* – peuvent être brevetés *per se*. Il s'agit là d'un résultat particulièrement intéressant dans la mesure où il ouvre, de façon pratique, de nouveaux chantiers de recherche pour (re)penser toute la problématique de la juste compensation et celle des droits de propriété intellectuelle des PACL.

Nous avons poursuivi notre réflexion en explicitant les bases théoriques devant justifier qu'en attendant l'éventuel succès du projet *sui generis* porté par le CIG-OMPI, des brevets soient accordés aux PACL qui le souhaitent. Pour ce faire, notre thèse s'est efforcée de poser ces bases théoriques en les articulant autour du critère des « capacités », conceptualisé par Amartya Sen. En effet, notre recherche soutient que le fait pour des PACL de bénéficier de brevets devrait en tout état de cause, relever de leur liberté de choisir la vie qui leur convient le mieux. Une telle perspective, parce qu'elle leur donne de l'agentivité, pourrait jeter les bases d'une réelle justice procédurale pour eux, car elle favorise l'expression de leur commune vision de l'avenir. En pratique, nous avons soutenu que c'est la mise en œuvre du Protocole de Nagoya au sein de lois nationales qui assurera une telle expression, grâce aux mécanismes qu'il prévoit pour pouvoir être opérationnel (notamment le consentement préalable donné en connaissance de cause).

Par ailleurs, la protection par brevet des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques devrait être vectrice, pour les PACL, d'une réelle justice distributive. Ainsi, cette thèse ne s'est pas inscrite dans la perspective rawlsienne qui aurait consisté à prendre en compte la situation des plus défavorisés que constituent les PACL. De fait, on se souviendra que pour Rawls, les inégalités ne sont légitimes que si elles contribuent à rendre aussi favorable que possible la situation du sociétaire le moins favorisé. Au contraire, conformément au critère des « capacités », notre façon de contribuer à la justice distributive pour les PACL a été de faire des suggestions de sorte qu'ils soient réellement capables d'utiliser les possibilités qu'offre le droit des brevets. Ceci s'est manifesté par des recommandations telles que la mise en place de politiques de sensibilisation

et de coopération, et un rapport opportuniste vis-à-vis des potentialités du Traité de coopération en matière de brevets.

Par ailleurs, nous avons suggéré des aménagements sur le contenu de contrats et fait la promotion d'un rôle renouvelé pour les organisations de la société civile. Nous avons également avancé l'argument que la mise en œuvre du Protocole de Nagoya à travers des lois nationales serait une occasion pour prendre des mesures dont l'effet serait de renforcer les possibilités des PACL de faire des demandes de brevet, s'ils le désirent.

## 1.2 Apports pratiques

Cette thèse peut innover en ce qu'elle déconstruit le projet *sui generis* de l'OMPI et propose une perspective inversée de la relation contractuelle créée par les activités de bioprospection. À cet effet, c'est un détour par les potentialités du brevet, « invisibilisées » par des choix épistémologiques, qui permet de réhabiliter les avantages de cet outil du droit de propriété intellectuelle fortement controversé. En cela, nous n'avons fait que suivre des intuitions exprimées par des auteurs de la communauté épistémique pertinents restés marginaux.

Notre thèse n'est cependant pas la première à suivre ces auteurs. Petra Ebermann et Nilce Ekandzi semblent nous avoir précédé puisqu'ils ont également essayé d'envisager la brevetabilité des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques<sup>1159</sup>. Mais nos contributions divergent car notre réflexion traduit une posture pragmatique qui voudrait exploiter le droit tel qu'il est. Elles divergent aussi parce que l'exploitation des différentes jurisprudences nous ont permis d'atteindre des résultats opposés aux leurs qui suggèrent que les savoirs traditionnels ne sauraient être que difficilement brevetables.

En pratique, cette thèse pourrait stimuler le renouvellement de la vision des PACL, non plus comme une curiosité exotique, et des victimes en attente de la solidarité de juristes qui s'efforcent d'imaginer pour eux (et avec seulement une partie d'entre eux<sup>1160</sup>) un régime de protection de leurs

---

<sup>1159</sup> Ekandzi, *supra* note 30 aux pp 109-150.

<sup>1160</sup> On se souviendra que les négociations à l'OMPI se font en présence des certains représentants de PACL. Mais il faut se demander de quels PACL ils sont les délégués (le problème de l'échantillonnage) et s'ils sont de fidèles porte-voix de leur volonté commune (le problème de l'abus par les élites autochtones du pouvoir qui leur est conféré, pour servir des intérêts propres).

actifs immatériels plus sécuritaire que le droit des brevets. Elle préfigure également, sous réserve de la prise en compte de nos recommandations, un mouvement plus favorable vers l'octroi de brevets à des PACL, protégeant leurs connaissances traditionnelles *per se* et non plus que des innovations fondées sur celles-ci, telle que la rhétorique de l'OMPI le suggère. En effet, selon les documents de l'OMPI et la majeure partie de la doctrine :

Les innovations fondées sur des savoirs traditionnels peuvent bénéficier d'une protection au titre d'un brevet, d'une marque ou d'une indication géographique, ou en tant que secrets d'affaires ou renseignements confidentiels. Toutefois, les savoirs traditionnels au sens strict, qui sont anciens et souvent transmis sous forme orale, ne sont pas protégés par les systèmes classiques de propriété intellectuelle<sup>1161</sup>.

Or, à y voir de près, cette « vérité scientifique » est quelque peu biaisée en ce qu'elle semble induire une typologie des savoirs traditionnels. D'après celle-ci, il y aurait des savoirs traditionnels, « au sens strict », qui ne sont pas éligibles à la protection par brevet (ou d'autres outils de propriété intellectuelle) parce qu'ils sont « anciens et souvent transmis sous forme orale ». Puis il y aurait d'autres savoirs traditionnels qui seraient brevetables, parce qu'ils seraient devenus des « innovations », qui – de manière redondante – les contiennent puisqu'elles sont « fondées » sur ces savoirs traditionnels. Notre thèse s'affirme comme un effort de clarification de cette « compréhension partagée » qui, à la lumière du test de brevetabilité opéré au chapitre 3, peut-être questionnée.

## **II. Contribution à l'avancement des connaissances en droit international**

Rappeler les manifestations de la reconnaissance dans cette thèse (2.1) est un préalable pour affirmer en quoi elle pourrait contribuer modestement à l'avancement des connaissances en droit international (2.2)

---

<sup>1161</sup> « Savoirs traditionnels », en ligne : <<http://www.wipo.int/tk/fr/tk/index.html>> (consulté le 26 juillet 2018).

## 2.1 Retour sur la reconnaissance

Dans cette thèse, nous avons accordé une place prépondérante au concept de « reconnaissance » selon Axel Honneth. À cet égard, la première section du premier chapitre consacré à la construction sociale de la biopiraterie est particulièrement évocatrice. En effet, c'est au nom de l'idée de reconnaissance que Darell Posey a, le premier, suggéré une « juste compensation » et l'attribution de droits de propriété intellectuelle aux PACL. Dans la phase pré-onusienne de la lutte autochtone, c'est un double déni de reconnaissance caractérisé par le non-respect de l'identité culturelle des Iroquois et la non-exécution des obligations de partage des droits économiques découlant de l'accès que ces Iroquois ont donné à leurs terres, qui a déclenché la construction sociale de l'autochtonie. Aussi, se rendre à la SDN avait pour but de rechercher une justice (et donc une reconnaissance) qui était difficile à obtenir sur le plan national, tant les stratagèmes politiques de Duncan Scott, surintendant de la division gouvernementale du Canada chargée des affaires indiennes, avaient conduit à bloquer toutes les requêtes des Six Nations<sup>1162</sup>. De même, dans la phase onusienne, il est loisible d'interpréter les luttes des autochtones ayant conduit à l'adoption de la Déclaration de principes pour la défense des nations et peuples autochtones comme des luttes pour la reconnaissance. Par ailleurs, on peut arguer à propos des pays en développement que leur acceptation des termes de l'Accord de Marrakech instituant l'OMC (qui leur étaient défavorables) contre la promesse de tirer des droits d'accès aux ressources génétiques à la CDB était une façon de se reconnaître eux-mêmes comme d'égaux partenaires des pays développés. Enfin, pour les organisations de la société civile et les médias, l'information du public sur les faits de biopiraterie peut s'analyser comme une façon de se faire reconnaître comme des entités au service du « Bien et du Juste », des acteurs moraux.

Notre travail s'est également efforcé de mettre en évidence les jeux de positionnement stratégiques qui se cachent parfois derrière les bonnes volontés affichées de quelques acteurs. Dans cette perspective, nous avons montré, dans le cadre du CIG-OMPI, comment l'acceptation par les pays développés d'y négocier des lois *sui generis* constitue en fait un moyen de ne pas faire avancer cette cause, qui est importante pour les pays en développement. De même, le développement d'outils de *Soft Law* par les entreprises japonaises du secteur de la bio-industrie et par les États

---

<sup>1162</sup> Voir dans ce sens Woo, *supra* note 301 aux pp 7 - 9.

membres de l'Union africaine servait davantage un projet plus ou moins inconscient de mise en scène de soi, qu'un engagement pour la reconnaissance des droits des PACL. Relativement à cette question de la mise en scène de soi, on peut également citer le cas de Survival International qui était à l'avant-garde des accusations de biopiraterie dans l'affaire du *Hoodia gordonii*. Cette ONG se présente comme « la seule organisation qui se consacre exclusivement à la défense des peuples autochtones du monde entier »<sup>1163</sup>. Or, si elle annonce par cette note biographique son objet social (« la défense des peuples autochtones du monde entier »), elle prend également soin de préciser qu'elle est « la *seule* qui [s'y] consacre exclusivement » [nos italiques], une manière d'affirmer son leadership dans ce champ. En outre, on peut s'interroger sur le point de savoir si son militantisme en faveur des communautés San n'est pas, entre autres choses, un moyen d'entretenir, voire de valoriser la figure du « bon sauvage » comme étant le dernier rempart d'un mode de vie sain et souhaitable contre les « suppôts du diable capitaliste ». C'est une conclusion que l'on peut tirer de cette boutade affichée sur son site internet : « *Les sociétés industrialisées soumettent les peuples autochtones à la violence génocidaire, à l'esclavage et au racisme dans le but de leur voler leurs terres et leurs ressources et d'exploiter leur force de travail au nom du 'progrès' et de la 'civilisation'* »<sup>1164</sup>.

De façon incidente, on peut s'interroger sur d'autres modalités d'expression de la reconnaissance dans cette thèse. En effet, dans les premières heures de notre recherche, nous avons passé en revue plusieurs cas de biopiraterie signalés dans la littérature scientifique, étape préliminaire à la sélection de ceux que nous avons analysés (en l'occurrence, les affaires du *Hoodia gordonii*, du *Guiera senegalensis* et de la *Quassia amara*). Conformément à la méthodologie de l'approche constructiviste, nous avons établi le pédigrée des principaux acteurs conduisant les campagnes d'accusation de faits de biopiraterie. Le recours à des acteurs qui peuvent jouer sur les deux registres de la science et du militantisme est fréquent, ce qui interroge l'éthique de la recherche. Plus significatif aussi nous est apparu le recours aux médias et à la mise en scène médiatique avec les impératifs des médias d'une problématique simplifiée et de slogans forts et donc excessifs.

À travers ce rapport nouveau entre science et média, science et militance (même si elle est vertueuse), s'illustre en grande partie ce que nous avons montré au dernier chapitre de cette thèse

---

<sup>1163</sup> Survival International, « Survival International », en ligne : <<https://www.survivalinternational.fr>> (consulté le 27 juillet 2018).

<sup>1164</sup> *Ibid.*

sur la crédibilité que confère les brevets. Ils valorisent tant ceux qui en sont titulaires, que ceux qui en débattent dans l'espace public dans leur recherche de reconnaissance. Cette thèse n'échappe pas à cette situation puisqu'abordant la thématique des luttes pour la reconnaissance, elle devrait nous obtenir un capital symbolique, celui d'être reconnu comme un chercheur en droit international.

## 2.2 L'apport théorique de notre recherche

Tous les différents modes d'expression de la reconnaissance présentés ci-dessus conduisent à confirmer l'hypothèse énoncée par Emmanuelle Tourme Jouannet, à propos d'un « droit international de la reconnaissance ». D'après celle-ci, son émergence « viserait à répondre à un certain nombre de revendications formulées dans le cadre d'une « société postcoloniale et post-guerre froide »<sup>1165</sup>. Or, si le sous-titre de notre travail, « La fabrique d'un droit international de la reconnaissance », s'inscrit dans cette mouvance, notre perspective ne rejoint pas totalement la thèse de Jouannet.

Dans la critique qu'il formule à cette dernière à propos de l'émergence d'un droit international de la reconnaissance, Jean d'Aspremont soutient que le projet de sa collègue « semble être structurellement et ontologiquement enraciné dans une démarche anthropomorphique »<sup>1166</sup>, puisqu'elle accorde à la description du droit international de la reconnaissance, des attributs humains. Or, ce faisant, il en découle d'après lui, une instabilité méthodologique et une élasticité fonctionnelle. L'instabilité méthodologique se manifeste d'une part, au niveau de la méthodologie conceptuelle, par le fait que tous les appels pour la reconnaissance des identités et des cultures et tous les discours y afférents viennent nourrir le corpus du droit international de la reconnaissance<sup>1167</sup>. D'autre part, une telle « gloutonnerie méthodologique »<sup>1168</sup> conduit à une instabilité de la méthode de recherche, illustrée par l'interchangeabilité des descriptions des faits, des discours et des normes qui délimitent le champ de recherche qu'Emmanuelle Tourme Jouannet

---

<sup>1165</sup> « Ouverture », dans Tourme Jouannet et al, *supra* note 35 à la p 5.

<sup>1166</sup> Jean d'Aspremont, « De la reconnaissance à l'anthropomorphisme en droit international » dans Tourme Jouannet et al, *supra* note 35, 41 à la p 41.

<sup>1167</sup> *Ibid* à la p 44.

<sup>1168</sup> *Ibid*.

croit avoir identifié. Quant à l'élasticité fonctionnelle, elle se manifeste par le fait que finalement, le droit international de la reconnaissance rassemble en son sein des sujets classiques du droit international telles que la théorie formelle des sources, les droits individuels et collectifs, la personnalité juridique, l'exequatur et la reconnaissance des jugements étrangers, etc. De sorte que finalement le projet de Jouannet « va, à la fois, trop et pas assez loin »<sup>1169</sup>. Or, pour Jean d'Aspremont, ces volatilités méthodologique et fonctionnelle ont pour conséquence d'entraver la création de connaissances sur le droit international<sup>1170</sup>. Elles forcent, d'après lui, à s'interroger plus généralement sur le point de savoir si les nombreux emprunts de certains juristes aux pensées de philosophes, par-delà leur fonction purement esthétique et cosmétique, ne trahissent pas un besoin de vouloir paraître différents de leurs pairs.

Dans sa réponse à la critique de Jean d'Aspremont, Emmanuelle Tourme Jouannet reconnaît le caractère anthropomorphiste de sa démarche. Elle s'oppose cependant contre le fait que son contradicteur ait suggéré que la reconnaissance du nouveau champ de recherche dont elle décrit l'émergence a une valeur ontologique. Pour elle, le droit international est une construction sociale et il serait erroné de considérer les appels à la reconnaissance qui l'animent comme « naturelle[s] et bonne[s] »<sup>1171</sup>. Au contraire, justement en raison de ce caractère de construit social, il n'y a pas de reconnaissance bonne ou mauvaise en soi, et il y a là une invitation pour l'analyste à rester alerte et critique face à ses manifestations en droit international<sup>1172</sup>. Jouannet poursuit en soutenant que c'est au nom de l'approche constructiviste qu'elle a « traqué » quelques luttes pour la reconnaissance dans les lieux où ils s'expriment en droit international. Une telle démarche conduit inévitablement à mêler ce qui est descriptif et ce qui est normatif. Quant à l'objet du droit international, Jouannet affirme qu'elle a choisi de rester flexible en incluant des règles de niveau de juridicité divers. Ce choix lui paraît nécessaire car il devrait stimuler des recherches subséquentes sur, par exemple, l'analyse de la juridicité des règles qui forment le corpus du droit international ; en particulier parce que de telles recherches seraient tributaires des conceptions éthiques de chaque chercheur à propos de la juridicité des normes de droit<sup>1173</sup>. Enfin, Emmanuelle

---

<sup>1169</sup> *Ibid* à la p 45.

<sup>1170</sup> *Ibid* à la p 46.

<sup>1171</sup> Emmanuelle Tourme Jouannet, « Réponse d'Emmanuelle Tourme Jouannet à Jean d'Aspremont », dans Tourme Jouannet et al, *supra* note 35, 49 à la p 50.

<sup>1172</sup> *Ibid*.

<sup>1173</sup> *Ibid* aux pp 51-52.

Tourme Jouannet se dit « embarrassée » par la subtile allusion de son collègue sur le point qu'elle poursuivrait un agenda personnel dans la définition du droit international de la reconnaissance, fût-ce pour paraître comme d'autres, érudite. Au contraire, affirmant qu'elle n'est pas « habitée par suffisamment de certitude pour penser à une « refondation du droit international » »<sup>1174</sup>, elle est surtout inquiète que le droit international soit connoté par de plus en plus de règles traduisant une réponse aux luttes pour la reconnaissance. Ce faisant, elle réhabilite le concept d'« idéologie » d'Axel Honneth car elle soupçonne que ces nombreuses règles liées à la reconnaissance renforcent les situations de déni qui fondent leur existence.

Revenir sur ce débat entre Jean d'Aspremont et Emmanuelle Tourme Jouannet nous permet de mieux situer notre thèse, d'un point de vue théorique. Dans ce sens, notre contribution se considère bien plus modeste et affirme se trouver « quelque part » entre ces perspectives fortement polarisées. En effet, notre réflexion ne va pas aussi loin que d'affirmer qu'une nouvelle branche du droit international serait en construction. Elle est tout de même assez proche de la thèse de Jouannet puisqu'elle considère simplement que la reconnaissance en tant que valeur éthique est une grille de lecture du droit international. Dit autrement, le droit international de la reconnaissance constitue pour nous un nouveau champ de recherche en droit international, et non une nouvelle branche de cette même matière<sup>1175</sup>, et le sous-champ à l'interface de la biodiversité et de la propriété intellectuelle en constitue un exemple particulièrement éloquent. Ainsi, la duplication des normes dans le Protocole de Nagoya et dans les projets de lois *sui generis* développés à l'OMPI doit s'analyser comme la traduction sur le terrain juridique des luttes pour la reconnaissance des droits des PACL. À ce titre, il est intéressant de remarquer que l'étude de Louisa Parks démontre que la rhétorique dominant le discours véhiculé par les décisions des conférences des parties à la CBD est celle de la reconnaissance des savoirs traditionnels des PACL<sup>1176</sup>.

Notre thèse peut ainsi apporter quelques éléments de nouveauté, en particulier parce qu'elle constitue la première étude monographique, du moins à notre connaissance, qui explicite la

---

<sup>1174</sup> *Ibid* à la p 53.

<sup>1175</sup> Albane Geslin, « La recherche en droit international de la reconnaissance: quelle (s) posture (s) épistémologique (s)? » dans Albane Geslin (dir.), *Le droit international de la reconnaissance : un instrument de décolonisation du droit international et de refondation de celui-ci ?*, à paraître en 2018 à la p 1.

<sup>1176</sup> Louisa Parks, *Spaces for Local Voices? A Discourse Analysis of the Decisions of the Convention on Biological Diversity*, SSRN Scholarly Paper, ID 3073052, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2017 aux pp 12-17, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=3073052>> (consulté le 28 juillet 2018).

manière dont les luttes pour la reconnaissance permettent d'expliquer l'état du droit international positif relatif à la juste compensation et la protection des connaissances traditionnelles. À cette occasion, le secours de disciplines connexes au droit a été nécessaire, ce qui en fait une étude que l'on peut inscrire dans le champ des travaux en « Droit et Société ».

Cette recherche n'a cependant pas exploré tous les aspects qui étaient potentiellement envisageables. D'autres travaux, prenant le droit comme objet d'enquête anthropologique ou sociologique pourraient, à la suite de celle-ci, explorer la tension (apparente ?) entre le fait que certains auteurs dans la doctrine défendent scientifiquement la brevetabilité des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, alors qu'ils agissent à titre d'expert aux côtés surtout de pays en développement durant les sessions du CIG-OMPI, promouvant l'option des droits *sui generis*. Il serait également intéressant de questionner ce que l'abondance de cette option *sui generis* exprime à propos des publications scientifiques comme contribution à l'avancement du droit, dans un contexte où l'Université se caractérise de plus en plus par une forte logique entrepreneuriale.

Quant à la principale suggestion de cette thèse, de revisiter le potentiel du brevet pour protéger les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, elle ouvre potentiellement un chantier de recherches futures. Celles-ci pourraient adopter une démarche empirique en documentant ce que des PACL penseraient de l'idée de breveter leurs savoirs traditionnels, et quels seraient les défis pratiques si elles décidaient d'y procéder. Dans cette perspective, un retour d'expériences sur les stratégies de brevetabilité de la médecine traditionnelle chinoise serait probablement bienvenu puisqu'il constituerait une sorte de cartographie des écueils à éviter pour les États qui voudraient promouvoir les savoirs traditionnels développés par des PACL sur leurs territoires. C'est un chemin à envisager pour les pays en développement, et en particulier pour ceux d'Afrique. Le choix que leurs droits nationaux offriraient à leurs PACL de vivre la vie qui leur convient le mieux constitue pour nous la condition d'une véritable justice environnementale. Car à la vérité, continuer de considérer que les savoirs traditionnels ne constituent pas en soi de la propriété intellectuelle, c'est d'après l'excellente formule de Ruth Okediji, « [...] réhabiliter les préjugés rétrogrades selon

lesquels les peuples autochtones ne sont pas des peuples »<sup>1177</sup>. Une telle régression n'est en rien souhaitable...

---

<sup>1177</sup> Ruth L Okediji, « Traditional Knowledge and the Public Domain » (25 septembre 2018), en ligne : Centre for International Governance Innovation < <https://www.cigionline.org/multimedia/traditional-knowledge-and-public-domain> >.

# ANNEXES

## ANNEXE I : EXTRAITS DE LA CONVENTION SUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE

### Article premier : Objectifs

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

### Article 8 : Conservation in situ

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

- a) Établit un système de zones protégées ou de zones où des mesures spéciales doivent être prises pour conserver la diversité biologique;
- b) Élabore, si nécessaire, des lignes directrices pour le choix, la création et la gestion de zones protégées ou de zones où des mesures spéciales doivent être prises pour conserver la diversité biologique;
- c) Réglemente ou gère les ressources biologiques présentant une importance pour la conservation de la diversité biologique à l'intérieur comme à l'extérieur des zones protégées afin d'assurer leur conservation et leur utilisation durable;
- d) Favorise la protection des écosystèmes et des habitats naturels, ainsi que le maintien de populations viables d'espèces dans leur milieu naturel;
- e) Promeut un développement durable et écologiquement rationnel dans les zones adjacentes aux zones protégées en vue de renforcer la protection de ces dernières;
- f) Remet en état et restaure les écosystèmes dégradés et favorise la reconstitution des espèces menacées moyennant, entre autres, l'élaboration et l'application de plans ou autres stratégies de gestion;
- g) Met en place ou maintien des moyens pour réglementer, gérer ou maîtriser les risques associés à l'utilisation et à la libération d'organismes vivants et modifiés résultant de la biotechnologie qui risquent d'avoir sur l'environnement des impacts défavorables qui pourraient influencer sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, compte tenu également des risques pour la santé humaine;

- h) Empêche d'introduire, contrôle ou éradique les espèces exotiques qui menacent des écosystèmes, des habitats ou des espèces;
- i) S'efforce d'instaurer les conditions nécessaires pour assurer la compatibilité entre les utilisations actuelles et la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments constitutifs;
- 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;
- k) Formule ou maintient en vigueur les dispositions législatives et autres dispositions réglementaires nécessaires pour protéger les espèces et populations menacées;
- l) Lorsqu'un effet défavorable important sur la diversité biologique a été déterminé conformément à l'article 7, réglemente ou gère les processus pertinents ainsi que les catégories d'activités;
- m) Coopère à l'octroi d'un appui financier et autre pour la conservation in situ visée aux alinéas a) à l) ci-dessus, notamment aux pays en développement.

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

## **ANNEXE II : EXTRAITS DU PROTOCOLE DE NAGOYA**

### **Préambule**

Les Parties au présent Protocole,

*Étant* Parties à la Convention sur la diversité biologique, ci-après dénommée "la Convention",

*Rappelant* que le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques est l'un des trois objectifs centraux de la Convention et reconnaissant que le présent Protocole poursuit la réalisation de cet objectif dans le cadre de la Convention,

*Réaffirmant* les droits souverains des États sur leurs propres ressources naturelles et conformément aux dispositions de la Convention,

*Rappelant* l'article 15 du Protocole,

*Conscientes* de l'importante contribution au développement durable du transfert de technologie et de la coopération dans ce domaine en vue de renforcer les capacités de recherche et d'innovation et d'ajouter de la valeur aux ressources génétiques dans les pays en développement conformément aux articles 16 et 19 de la Convention,

*Reconnaissant* que la sensibilisation du public à la valeur économique des écosystèmes et de la diversité biologique, et le partage juste et équitable de cette valeur économique avec les gardiens de la diversité biologique sont d'importantes mesures d'incitation disponibles pour la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments constitutifs,

*Reconnaissant* la contribution potentielle de l'accès et du partage des avantages à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique, à l'éradication de la pauvreté et à un environnement durable, contribuant ainsi à la réalisation des Objectifs du millénaire pour le développement,

*Conscientes* des liens qui existent entre l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces ressources,

*Reconnaissant* l'importance d'assurer la sécurité juridique en ce qui concerne l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation,

*Reconnaissant* en outre l'importance de promouvoir l'équité et la justice dans la négociation de conditions convenues d'un commun accord entre les fournisseurs et les utilisateurs de ressources génétiques,

*Reconnaissant* également le rôle capital que jouent les femmes en matière d'accès et de partage des avantages et affirmant la nécessité d'assurer leur pleine participation à tous les niveaux aux décisions politiques concernant la conservation de la diversité biologique et à leur application,

*Fermement décidées* à appuyer davantage l'application effective des dispositions de la Convention relatives à l'accès et au partage des avantages,

*Reconnaissant* qu'une solution novatrice est nécessaire relativement au partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans des situations transfrontalières ou pour lesquelles il n'est pas possible d'accorder ou d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause,

*Reconnaissant* l'importance des ressources génétiques pour la sécurité alimentaire, la santé publique, la conservation de la diversité biologique, et l'atténuation des changements climatiques et l'adaptation à ceux-ci,

*Reconnaissant* la nature spéciale de la diversité biologique agricole, ses traits distinctifs et ses problèmes nécessitant des solutions particulières,

*Reconnaissant* l'interdépendance de tous les pays en ce qui a trait aux ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture ainsi que leur nature et leur importance particulières pour assurer la sécurité alimentaire à l'échelle mondiale et pour le développement durable de l'agriculture dans le contexte de l'atténuation de la pauvreté et des changements climatiques, et reconnaissant le rôle fondamental du Traité international sur les ressources phyto-génétiques pour l'alimentation et l'agriculture et de la Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO à cet égard,

*Tenant compte* du Règlement sanitaire international (2005) de l'Organisation mondiale de la santé et de l'importance d'assurer l'accès aux pathogènes humains aux fins de préparation et d'intervention pour la santé publique,

*Reconnaissant* les travaux en cours sur l'accès et le partage des avantages dans d'autres instances internationales,

*Rappelant* le Système multilatéral d'accès et de partage des avantages créé en vertu du Traité international sur les ressources phyto-génétiques pour l'alimentation et l'agriculture développé en harmonie avec la Convention,

*Reconnaissant* que les instruments internationaux relatifs à l'accès et au partage des avantages devraient être complémentaires en vue d'atteindre les objectifs de la Convention,

*Rappelant* l'article 8 j) de la Convention, tel qu'il a trait aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances,

*Notant* le lien d'interdépendance entre les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles, le fait que ces ressources et ces connaissances sont indissociables pour les communautés autochtones et locales, et l'importance des connaissances traditionnelles pour la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments constitutifs, ainsi que pour la pérennité des moyens de subsistance des communautés concernées,

*Reconnaissant* la diversité des contextes dans lesquelles les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques sont détenues ou possédées par les communautés autochtones et locales,

*Sachant* que les communautés autochtones et locales ont le droit d'identifier les détenteurs légitimes de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques au sein de leurs communautés,

*Reconnaissant* également les formes particulières sous lesquelles certains pays possèdent des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, que ces formes soient orales, documentaires ou autres, et qui reflètent un riche patrimoine culturel présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique

*Prenant note* de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones,

*Affirmant* qu'aucune disposition du présent Protocole ne peut être interprétée comme entraînant la diminution ou l'extinction de droits que les communautés autochtones et locales ont déjà,

Sont convenues de ce qui suit :

## **Article 1 : Objectif**

Le Protocole vise à partager les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques d'une manière juste et équitable, notamment grâce à un accès approprié aux ressources génétiques et à un transfert approprié des technologies pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et technologies et grâce à un financement adéquat, contribuant ainsi à la conservation de la diversité biologique et à l'utilisation durable de ses éléments constitutifs.

## **Article 5 : Partage juste et équitable des avantages**

1. Conformément aux paragraphes 3 et 7 de l'article 15 de la Convention, les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des applications et de la commercialisation subséquentes sont partagés de manière juste et équitable avec la Partie qui fournit lesdites ressources et qui est le pays d'origine de ces ressources ou une Partie qui a acquis les ressources

génétiques conformément à la Convention. Ce partage est soumis à des conditions convenues d'un commun accord. Ce partage s'effectue selon des modalités mutuellement convenues.

2. Chaque Partie prend des mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, dans le but d'assurer que les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques qui sont détenues par les communautés autochtones et locales, conformément à la législation interne relative aux droits établis desdites communautés sur ces ressources, sont partagés de manière juste et équitable avec ces communautés selon des conditions convenues d'un commun accord.

3. Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, pour appliquer le paragraphe 1.

4. Les avantages peuvent inclure mais ne sont pas limités aux avantages monétaires et non monétaires énumérés à l'annexe.

5. Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, afin que les avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques soient partagés de manière juste et équitable avec les communautés autochtones et locales détentrices de ces connaissances. Ce partage s'effectue selon des conditions convenues d'un commun accord.

#### **Article 7 : Accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques**

Conformément à son droit interne, chaque Partie prend, selon qu'il convient, les mesures appropriées pour faire en sorte que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales soit soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation de ces communautés autochtones et locales, et que des conditions convenues d'un commun accord soient établies.

#### **Article 12 : Connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques**

1. En mettant en œuvre les obligations qui leur incombent en vertu du présent Protocole, les Parties, en conformité avec leur droit interne, tiennent compte, s'il y a lieu, du droit coutumier des communautés autochtones et locales ainsi que de leurs protocoles et procédures, pour tout ce qui concerne les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

2. Avec la participation active des communautés autochtones et locales concernées, les Parties établissent des mécanismes pour informer les utilisateurs potentiels de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques de leurs obligations, y compris les mesures diffusées par le biais du Centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages en matière d'accès à ces connaissances et de partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation.

3. Les Parties s'efforcent d'appuyer, selon qu'il convient, l'élaboration par les communautés autochtones et locales, y compris les femmes de ces communautés, de :

- a) Protocoles communautaires relatifs à l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation;
- b) Conditions minimales pour la négociation de conditions convenues d'un commun accord afin d'assurer le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques; et
- c) Clauses contractuelles types pour le partage des avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

4. En appliquant le présent Protocole, les Parties, dans la mesure du possible, ne limitent pas l'utilisation coutumière ou l'échange de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles associées au sein des communautés autochtones et locales et entre elles, conformément aux objectifs de la Convention.

#### **Annexe Avantages monétaires et non monétaires**

1. Les avantages monétaires peuvent comprendre ce qui suit sans y être limités :

- a) Droits d'accès/droits par échantillon collecté ou autrement acquis;
- b) Paiements initiaux;
- c) Paiements par étapes;
- d) Paiement de redevances;
- e) Droits de licence en cas de commercialisation;
- f) Droits spéciaux à verser à des fonds d'affectation spéciale en faveur de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique;
- g) Salaires et conditions préférentielles s'il en est convenu d'un commun accord;
- h) Financement de la recherche;
- i) Coentreprises;
- j) Copropriété des droits de propriété intellectuelle pertinents.

2. Les avantages non monétaires peuvent comprendre ce qui suit sans y être limités :

- a) Partage des résultats de la recherche et de la mise en valeur;
- b) Collaboration, coopération et contribution aux programmes de recherche scientifique et de mise en valeur, notamment aux activités de recherche biotechnologique, autant que possible dans la Partie qui fournit les ressources génétiques;

- c) Participation au développement de produits;
- d) Collaboration, coopération et contribution à l'éducation et à la formation;
- e) Accès aux installations de conservation ex situ de ressources génétiques et aux bases de données;
- f) Transfert, au fournisseur des ressources génétiques, des connaissances et technologies à des conditions équitables et qui soient les plus favorables, y compris à des conditions privilégiées et préférentielles s'il en est ainsi convenu, en particulier des connaissances et de la technologie qui utilisent les ressources génétiques, y compris la biotechnologie, ou qui ont trait à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique;
- g) Renforcement des capacités en matière de transfert de technologie;
- h) Renforcement des capacités institutionnelles;
- i) Ressources humaines et matérielles nécessaires au renforcement des capacités pour l'administration et l'application des règlements d'accès;
- j) Formation relative aux ressources génétiques avec la pleine participation des pays qui les fournissent et, autant que possible, dans ces pays;
- k) Accès à l'information scientifique ayant trait à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique, y compris les inventaires biologiques et les études taxonomiques;
- l) Apports à l'économie locale;
- m) Recherche orientée vers les besoins prioritaires, tels que la sécurité alimentaire et la santé, compte tenu des utilisations internes des ressources génétiques dans la Partie qui fournit les ressources génétiques;
- n) Relations institutionnelles et professionnelles qui peuvent découler d'un accord d'accès et de partage des avantages et des activités de collaboration ultérieures;
- o) Avantages en matière de sécurité alimentaire et de moyens de subsistance;
- p) Reconnaissance sociale;
- q) Copropriété et droits de propriété intellectuelle pertinents.
- j) Copropriété des droits de propriété intellectuelle pertinents.

## Annexe

# **LIGNES DIRECTRICES DE BONN SUR L'ACCES AUX RESSOURCES GENETIQUES ET LE PARTAGE JUSTE ET EQUITABLE DES AVANTAGES RESULTANT DE LEUR UTILISATION**

## **I. DISPOSITIONS GENERALES**

### **A. Caractéristiques fondamentales**

1. Les présentes Lignes directrices peuvent fournir des éléments pour la mise au point et l'élaboration de mesures législatives, administratives ou de politique générale sur l'accès et le partage des avantages, eu égard en particulier aux dispositions des articles 8 j), 10 c), 15, 16 et 19, ainsi que de contrats et autres arrangements à des conditions convenues d'un commun accord pour l'accès et le partage des avantages.
2. Rien dans les présentes Lignes directrices ne saurait être interprété comme modifiant les droits et obligations des Parties en vertu de la Convention sur la diversité biologique.
3. Rien dans les présentes Lignes directrices n'est destiné à se substituer aux législations nationales pertinentes.
4. Rien dans les présentes Lignes directrices ne devrait être interprété comme affectant les droits souverains des Etats sur leurs ressources naturelles.
5. Rien dans les présentes Lignes directrices, y compris l'emploi de termes tels que « fournisseur », « utilisateur » et « partie prenante », ne devrait être interprété comme conférant des droits sur les ressources génétiques allant au-delà de ceux qui sont prévus conformément à la Convention.
6. Rien dans les présentes Lignes directrices ne devrait être interprété comme affectant les droits et obligations relatifs aux ressources génétiques découlant des conditions convenues d'un commun accord auxquelles les ressources ont été obtenues du pays d'origine.
7. Les présentes Lignes directrices sont volontaires et ont été établies de manière à assurer leur :
  - a. Caractère volontaire : elles sont destinées à guider à la fois les utilisateurs et les fournisseurs de ressources génétiques sur une base volontaire;
  - b. Facilité d'utilisation : afin de maximiser leur utilité et de convenir pour un large éventail d'applications, les Lignes directrices sont simples;
  - c. Caractère pratique : les éléments contenus dans les Lignes directrices sont pratiques et visent à réduire les coûts de transaction;
  - d. Acceptabilité : les Lignes directrices sont conçues pour se gagner l'appui des utilisateurs et des fournisseurs;

- e. Complémentarité : les Lignes directrices et les autres instruments internationaux pertinents se soutiennent mutuellement;
- f. Approche évolutive : les Lignes directrices sont conçues pour être réexaminées en vue d'être révisées et améliorées à mesure que l'on acquerra de l'expérience en matière d'accès et de partage des avantages;
- g. Flexibilité : afin de pouvoir être utiles pour une pluralité de secteurs, d'utilisateurs ou de conditions et juridictions nationales, les Lignes directrices devraient être souples;
- h. Transparence : elles sont conçues pour promouvoir la transparence dans la négociation et la mise en œuvre des arrangements portant sur l'accès et le partage des avantages.

### **B. Emploi des termes**

- 8. Les termes définis à l'article 2 de la Convention s'appliquent aux présentes Lignes directrices. Ils comprennent les termes suivants : diversité biologique, ressources biologiques, biotechnologie, pays d'origine des ressources génétiques, pays fournisseur de ressources génétiques, conservation ex situ, conservation in situ, matériel génétique, ressources génétiques et conditions in situ.

### **C. Champ d'application**

- 9. Toutes les ressources génétiques et les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées qui sont couvertes par la Convention sur la diversité biologique ainsi que les avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre de ces ressources devraient être couverts par les Lignes directrices, à l'exception des ressources génétiques humaines.

### **D. Relations avec les régimes internationaux pertinents**

- 10. Les Lignes directrices devraient être appliquées de manière cohérente et en soutien mutuel avec les travaux des institutions et accords internationaux pertinents. Elles sont sans préjudice des dispositions sur l'accès et le partage des avantages du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO. En outre, il faudrait tenir compte des travaux de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur les questions relatives à l'accès et au partage des avantages. Pour l'application des Lignes directrices, il faudrait aussi prendre en compte la législation et les accords régionaux existants sur l'accès et le partage des avantages.

### **E. Objectifs**

- 11. Les objectifs des Lignes directrices sont les suivants :
  - a. Contribuer à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique;
  - b. Fournir aux Parties à la Convention et aux parties prenantes un cadre transparent pour faciliter l'accès aux ressources génétiques et assurer un partage juste et équitable des avantages;

- c. Donner des indications aux Parties pour l'élaboration de régimes d'accès et de partage des avantages;
  - d. Informer les parties prenantes (utilisateurs et fournisseurs) dans leurs pratiques et leurs approches en matière d'arrangements concernant l'accès et le partage des avantages;
  - e. Renforcer les capacités afin de garantir une négociation et une mise en œuvre effectives des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages, spécialement aux pays en développement, et en particulier aux pays les moins avancés et aux petits États insulaires en développement;
  - f. Favoriser la sensibilisation à la mise en œuvre des dispositions pertinentes de la Convention sur la diversité biologique;
  - g. Favoriser le transfert adéquat et effectif de la technologie appropriée aux Parties, spécialement aux pays en développement, et en particulier aux pays les moins avancés et aux petits États insulaires en développement, aux parties prenantes et aux communautés autochtones et locales qui fournissent des ressources génétiques;
  - h. Favoriser l'octroi des ressources financières nécessaires aux pays fournisseurs qui sont des pays en développement, en particulier des pays qui comptent parmi les moins avancés et des petits États insulaires en développement, ou aux pays à économie en transition en vue de contribuer à la réalisation des objectifs susmentionnés;
  - i. Renforcer le centre d'échange comme mécanisme de coopération entre les Parties pour ce qui a trait à l'accès et au partage des avantages;
  - j. Aider les Parties à élaborer des mécanismes et des régimes d'accès et de partage des avantages qui reconnaissent la protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales, conformément aux législations nationales et aux instruments internationaux pertinents;
  - k. Contribuer à l'atténuation de la pauvreté et soutenir les efforts visant à garantir la sécurité alimentaire de l'homme, sa santé et son intégrité culturelle, spécialement dans les pays en développement, et en particulier dans les pays les moins avancés et les petits États insulaires en développement;
  - l. La recherche taxonomique, telle que définie dans l'Initiative taxonomique mondiale, ne devrait pas être entravée, et il faudrait que les fournisseurs facilitent l'acquisition de matériel destiné à une utilisation systématique et que les utilisateurs rendent disponibles toutes les informations relatives aux spécimens ainsi obtenus.
12. Les Lignes directrices sont conçues pour aider les Parties à élaborer une stratégie globale d'accès et de partage des avantages, qui puisse être intégrée à leur stratégie et plan d'action nationaux relatifs à la diversité biologique, ainsi qu'à déterminer les étapes du processus d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages.

## **II. RÔLES ET RESPONSABILITÉS EN MATIÈRE D'ACCÈS ET DE PARTAGE DES AVANTAGES CONFORMEMENT À L'ARTICLE 15 DE LA CONVENTION SUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE**

### **A. Correspondant national**

13. Chaque Partie devrait désigner un correspondant national unique pour l'accès et le partage des avantages et communiquer cette information par le biais du centre d'échange. Le correspondant national devrait indiquer aux demandeurs d'accès aux ressources génétiques quelles sont les procédures à suivre pour l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause et les conditions convenues d'un commun accord, y compris le partage des avantages, et quelles sont les autorités nationales compétentes, les communautés autochtones et locales et les parties prenantes concernées, par l'intermédiaire du centre d'échange.

### **B. Autorité(s) nationale(s) compétente(s)**

14. Les autorités nationales compétentes, là où elles ont été mises en place, peuvent, conformément aux mesures législatives, administratives ou de politique générale prises au niveau national qui sont applicables, être chargées d'autoriser l'accès et de donner des avis sur :
- a. Le processus de négociation;
  - b. Les conditions nécessaires à l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause et les conditions convenues d'un commun accord;
  - c. Le suivi et l'évaluation des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages;
  - d. L'application/le respect des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages;
  - e. L'examen des demandes et l'approbation des accords;
  - f. La conservation et l'utilisation durable des ressources génétiques auxquelles l'accès est accordé;
  - g. Les mécanismes destinés à assurer une participation effective de différentes parties prenantes, selon qu'il convient, aux différentes étapes du processus d'accès et de partage des avantages, en particulier des communautés autochtones et locales;
  - h. Les mécanismes destinés à assurer une participation effective des communautés autochtones et locales tout en veillant à ce que les décisions et comptes rendus des travaux soient disponibles dans une langue compréhensible pour les communautés autochtones et locales concernées.
15. L'autorité (les autorités) nationale(s) compétente(s), habilitée(s) juridiquement à accorder le consentement préalable en connaissance de cause peut (peuvent) déléguer ce pouvoir à d'autres entités, le cas échéant.

### **C. Responsabilités**

16. Eu égard au fait que les Parties à la Convention et les parties prenantes peuvent être à la fois utilisateurs et fournisseurs, la liste ci-après, qui indique de façon équilibrée les rôles et responsabilités de chacun, évoque les éléments clés pour lesquels une action peut être entreprise :
- a. Les Parties contractantes qui sont des pays d'origine des ressources génétiques, ou les autres Parties qui ont acquis des ressources génétiques conformément à la Convention, devraient :

- i. Etre encouragées à passer en revue leurs mesures législatives, administratives et de politique générale pour veiller à ce qu'elles soient entièrement conformes aux dispositions de l'article 15 de la Convention;
  - ii. Etre encouragées à rendre compte des demandes d'accès par le biais du centre d'échange et d'autres canaux de communication de la Convention;
  - iii. S'efforcer de veiller à ce que la commercialisation et toute autre utilisation des ressources génétiques n'empêchent pas l'utilisation traditionnelle des ressources génétiques;
  - iv. Veiller à assumer leur rôle et leurs responsabilités d'une manière claire, objective et transparente;
  - v. Veiller à ce que toutes les parties prenantes tiennent compte des conséquences environnementales des activités d'accès;
  - vi. Mettre en place des mécanismes pour faire en sorte que leurs décisions soient communiquées aux communautés autochtones et locales et aux parties prenantes concernées, particulièrement les communautés autochtones et locales;
  - vii. Soutenir, le cas échéant, des mesures visant à renforcer la capacité des communautés autochtones et locales de représenter et de défendre pleinement leurs intérêts lors des négociations;
- b. Dans la mise en oeuvre des conditions convenues d'un commun accord, les utilisateurs devraient :
- i. Rechercher le consentement en connaissance de cause préalablement à l'accès aux ressources génétiques, conformément au paragraphe 5 de l'article 15 de la Convention;
  - ii. Respecter les coutumes, les traditions, les valeurs et les pratiques coutumières des communautés autochtones et locales;
  - iii. Répondre aux demandes de renseignements présentées par les communautés autochtones et locales;
  - iv. N'utiliser les ressources génétiques qu'à des fins compatibles avec les modalités et conditions auxquelles elles ont été acquises;
  - v. Veiller à ce que les ressources génétiques ne soient utilisées à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été acquises qu'une fois qu'un nouveau consentement préalable donné en connaissance de cause et des conditions convenues d'un commun accord ont été octroyés;
  - vi. Conserver toutes les données pertinentes relatives aux ressources génétiques, notamment les preuves documentaires du consentement préalable donné en connaissance de cause et les informations concernant l'origine et l'utilisation des ressources génétiques et les avantages résultant d'une telle utilisation;
  - vii. S'efforcer, dans la mesure du possible, d'utiliser les ressources génétiques dans le pays fournisseur et avec sa participation;
  - viii. Lorsque des ressources génétiques sont fournies à des tiers, honorer toutes les modalités et conditions relatives au matériel acquis. Ils devraient fournir à la tierce partie toutes les données pertinentes sur l'acquisition, y compris le consentement préalable donné en connaissance de cause et les conditions d'utilisation, et enregistrer et conserver la documentation sur leur fourniture

- à des tiers. Des conditions et modalités particulières devraient être arrêtées sous la forme de conditions convenues d'un commun accord afin de faciliter la recherche taxonomique à des fins non commerciales;
- ix. Veiller au partage juste et équitable des avantages, y compris le transfert de technologie aux pays fournisseurs, en application de l'article 16 de la Convention, qui résultent de la commercialisation et d'une autre utilisation des ressources génétiques, conformément aux conditions convenues d'un commun accord avec les communautés autochtones et locales et les parties prenantes concernées;
- c. Les fournisseurs devraient:
    - i. Ne fournir des ressources génétiques et/ou des connaissances traditionnelles que s'ils sont habilités à le faire;
    - ii. S'efforcer d'éviter d'imposer des restrictions arbitraires sur l'accès aux ressources génétiques.
  - d. Les Parties contractantes ayant sous leur juridiction des utilisateurs de ressources génétiques devraient prendre les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées, selon qu'il conviendra, afin de favoriser le respect du consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante fournissant ces ressources ainsi que des conditions convenues d'un commun accord auxquelles l'accès a été accordé. Ces pays devraient envisager notamment les mesures suivantes:
    - i. Mécanismes destinés à fournir aux utilisateurs potentiels des renseignements sur leurs obligations en matière d'accès aux ressources génétiques;
    - ii. Mesures visant à encourager la divulgation du pays d'origine des ressources génétiques et l'origine des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales dans les demandes de droits de propriété intellectuelle;
    - iii. Mesures visant à empêcher l'utilisation des ressources génétiques obtenues sans le consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit ces ressources;
    - iv. Coopération entre Parties contractantes pour faire face à des violations présumées des accords concernant l'accès et le partage des avantages;
    - v. Dispositifs de certification volontaires pour les institutions qui se conforment aux règles concernant l'accès et le partage des avantages;
    - vi. Mesures décourageant les pratiques commerciales déloyales;
    - vii. Autres mesures propres à encourager les utilisateurs à respecter les dispositions du paragraphe 16 b) ci-dessus.

### **III. PARTICIPATION DES PARTIES PRENANTES**

17. Une participation des parties prenantes est indispensable pour assurer l'élaboration et la mise en oeuvre adéquates des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages. Toutefois, étant donné la diversité de ces parties prenantes et leurs divergences d'intérêts, leur participation appropriée ne peut être déterminée qu'au cas par cas.

18. Il faudrait consulter les parties prenantes et tenir compte de leurs opinions à chacune des phases du processus, notamment :
  - a. Lors de la détermination de l'accès, de la négociation et de la mise en œuvre des conditions convenues d'un commun accord ainsi que du partage des avantages;
  - b. Pour l'élaboration d'une stratégie, de politiques ou de régimes nationaux sur l'accès et le partage des avantages.
19. Afin de faciliter la participation des parties prenantes, notamment celle des communautés autochtones et locales, il faudrait instituer des arrangements consultatifs appropriés, tels que des comités consultatifs nationaux comprenant des représentants des parties prenantes concernées.
20. Il faudrait favoriser la participation des parties prenantes concernées :
  - a. En fournissant des informations, en particulier au sujet des avis scientifiques et juridiques, afin qu'elles puissent participer efficacement;
  - b. En fournissant un appui pour le renforcement des capacités afin qu'elles puissent participer activement aux différentes étapes des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages, par exemple à l'élaboration et à la mise en œuvre des conditions convenues d'un commun accord et des arrangements contractuels.
21. Les parties prenantes impliquées dans l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages peuvent souhaiter solliciter le concours d'un médiateur ou d'un facilitateur lors de la négociation des conditions convenues d'un commun accord.

#### **IV. ETAPES DU PROCESSUS D'ACCES ET DE PARTAGE DES AVANTAGES**

##### **A. Stratégie globale**

22. Les systèmes d'accès et de partage des avantages devraient s'appuyer sur une stratégie globale d'accès et de partage des avantages au niveau du pays ou de la région. Cette stratégie d'accès et de partage des avantages devrait avoir pour but la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, et peut faire partie d'une stratégie et d'un plan d'action nationaux relatifs à la diversité biologique et promouvoir le partage équitable des avantages.

##### **B. Détermination des étapes**

23. Les étapes du processus d'obtention de l'accès aux ressources génétiques et du partage des avantages peuvent comprendre des activités antérieures à l'accès, des travaux de recherche et de mise en valeur sur les ressources génétiques ainsi que la commercialisation et d'autres utilisations de celles-ci, y compris le partage des avantages.

##### **C. Consentement préalable donné en connaissance de cause**

24. En vertu de l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique, qui reconnaît le droit de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles, chaque Partie contractante à la Convention doit s'efforcer de créer des conditions propres à faciliter l'accès aux ressources génétiques aux fins d'utilisation écologiquement rationnelle par d'autres Parties contractantes et le partage juste et équitable des avantages résultant de telles utilisations.

Conformément au paragraphe 5 de l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique, l'accès aux ressources génétiques doit être soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources, sauf décision contraire de cette Partie.

25. Dans ce contexte, les Lignes directrices sont conçues pour aider les Parties à mettre en place un système de consentement préalable donné en connaissance de cause conformément au paragraphe 5 de l'article 15 de la Convention.

1. Principes fondamentaux d'un système de consentement préalable donné en connaissance de cause

26. Les principes fondamentaux d'un système de consentement préalable donné en connaissance de cause devraient comprendre ce qui suit :
- a. La clarté et la certitude juridiques;
  - b. L'accès aux ressources génétiques devrait être facilité aux coûts les plus bas;
  - c. Les restrictions imposées à l'accès aux ressources génétiques devraient être transparentes, être fondées en droit et ne pas aller à l'encontre des objectifs de la Convention;
  - d. Le consentement de l'autorité (des autorités) nationale(s) compétente(s) du pays fournisseur. Le consentement des parties prenantes concernées, telles que les communautés autochtones et locales, selon les circonstances et conformément au droit interne, devrait également être obtenu.

Éléments du système de consentement préalable donné en connaissance de cause

27. Les éléments du système de consentement préalable donné en connaissance de cause peuvent comprendre :
- a. L'autorité (les autorités) compétente(s) qui accorde(nt) le consentement préalable en connaissance de cause ou en apporte(nt) la preuve;
  - b. Un échéancier et des délais;
  - c. La spécification de l'utilisation;
  - d. Les procédures d'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause;
  - e. Les mécanismes de consultation des parties prenantes concernées;
  - f. Le processus.

**Autorité(s) compétente(s) qui accorde(nt) le consentement préalable en connaissance de cause**

28. Le consentement préalable donné en connaissance de cause pour l'accès à des ressources génétiques in situ sera obtenu de la Partie contractante qui fournit ces ressources, par le biais de son (ses) autorité(s) nationale(s) compétente(s), sauf décision contraire de cette Partie.
29. Conformément à la législation nationale, il peut être nécessaire d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause de différents échelons des pouvoirs publics. Les

conditions (nationales/provinciales/locales) d'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause dans le pays fournisseur devraient donc être précisées.

30. Les procédures nationales devraient faciliter la participation de toutes les parties prenantes concernées, depuis le niveau communautaire jusqu'à celui du gouvernement, dans un souci de simplicité et de clarté.
31. En ce qui concerne les droits légaux établis des communautés autochtones et locales relativement aux ressources génétiques auxquelles il est demandé d'avoir accès ou lorsqu'on demande à avoir accès aux connaissances traditionnelles associées à ces ressources génétiques, le consentement préalable donné en connaissance de cause des communautés autochtones et locales et l'approbation et la participation des détenteurs des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles devraient être obtenus conformément à leurs pratiques coutumières, aux politiques nationales d'accès et compte tenu des lois internes.
32. En ce qui concerne les collections ex situ, le consentement préalable donné en connaissance de cause devrait être obtenu de l'autorité (des autorités) nationale(s) compétente(s) et/ou de l'organe responsable de la collection ex situ en question, selon le cas.

### **Echéancier et délais**

33. Le consentement préalable en connaissance de cause devrait être demandé assez tôt pour être utile tant à ceux qui demandent l'accès qu'à ceux qui l'accordent. Les décisions concernant les demandes d'accès aux ressources génétiques devraient également être prises dans un délai raisonnable.

### **Spécification de l'utilisation**

34. Le consentement préalable donné en connaissance de cause devrait se fonder sur les utilisations particulières pour lesquelles il a été accordé. Alors que le consentement préalable en connaissance de cause peut être accordé, à l'origine, pour une ou des utilisations précise(s), tout changement d'utilisation, y compris le transfert à des tiers, peut nécessiter une nouvelle demande de consentement préalable en connaissance de cause. Les utilisations autorisées devraient être clairement stipulées et, en cas de changement d'utilisation ou d'utilisation non prévue, un nouveau consentement préalable en connaissance de cause devrait être demandé. Les besoins spécifiques de la recherche taxonomique et systématique, telle que définie dans l'Initiative taxonomique mondiale, devraient être pris en considération.
35. Le consentement préalable donné en connaissance de cause est lié aux conditions convenues d'un commun accord.

### **Procédures d'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause**

36. Une demande d'accès pourrait exiger la fourniture des informations suivantes pour que l'autorité compétente puisse déterminer s'il y a lieu ou non d'accorder l'accès à une ressource génétique. Cette liste est indicative et devrait être adaptée aux circonstances nationales :

- a. Entité juridique et affiliation du demandeur et/ou collecteur et personne à contacter si le demandeur est une personne morale;
  - b. Type et quantité de ressources génétiques auxquelles on demande d'avoir accès;
  - c. Date du début de l'activité et durée de celle-ci;
  - d. Zone de prospection géographique;
  - e. Evaluation de l'impact éventuel de l'activité d'accès sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique aux fins de la détermination des coûts et avantages relatifs attachés à l'octroi de l'accès;
  - f. Informations précises concernant l'utilisation prévue (par exemple, taxonomie, collecte, recherche, commercialisation);
  - g. Indication du lieu où la recherche et la mise en valeur seront effectuées;
  - h. Informations sur la façon dont la recherche et la mise en valeur seront effectuées;
  - i. Indication des institutions locales qui collaboreront à la recherche et à la mise en valeur;
  - j. Participation éventuelle de tierces parties;
  - k. But de la collecte et de la recherche et résultats escomptés;
  - l. Types/sortes d'avantages qui pourraient découler de l'obtention de l'accès à la ressource, y compris les avantages tirés des dérivés et des produits résultant de l'utilisation commerciale ou autre de la ressource génétique;
  - m. Indication des arrangements de partage des avantages;
  - n. Budget;
  - o. Traitement des informations confidentielles.
37. L'autorisation d'accès aux ressources génétiques n'implique pas nécessairement l'autorisation d'utiliser les connaissances associées et vice versa.

### **Processus**

- 38. Les demandes d'accès à des ressources génétiques par consentement préalable donné en connaissance de cause et les décisions de l'autorité (des autorités) compétente(s) d'accorder ou non l'accès aux ressources génétiques doivent être établies par écrit.
- 39. L'autorité compétente pourrait accorder l'accès en délivrant un permis ou une licence ou suivant d'autres procédures appropriées. Un système national d'enregistrement pourrait être utilisé pour enregistrer la délivrance de tous les permis ou licences, sur la base des formulaires de demande dûment remplis.
- 40. Les procédures d'obtention de permis/licences d'accès devraient être transparentes et accessibles à toute partie intéressée.

### **D. Conditions convenues d'un commun accord**

- 41. Conformément au paragraphe 7 de l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique, les Parties contractantes doivent « prendre les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées ... 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 contractante qui fournit ces ressources. Ce partage s'effectue selon des modalités mutuellement convenues». En conséquence, les Lignes directrices devraient aider les Parties et les parties prenantes

concernées à élaborer des conditions convenues d'un commun accord pour assurer un partage juste et équitable des avantages.

## 1. Exigences fondamentales pour les conditions convenues d'un commun accord

42. Les exigences ou principes fondamentaux ci-après pourraient être pris en compte lors de l'élaboration de conditions convenues d'un commun accord :

- a. Certitude et clarté juridiques;
- b. Réduction au minimum des coûts de transaction, par exemple :
  - i. En fixant et en faisant connaître les exigences des pouvoirs publics et des parties prenantes concernées en matière de consentement préalable donné en connaissance de cause et d'arrangements contractuels;
  - ii. En veillant à faire connaître les mécanismes existants pour déposer une demande d'accès, conclure des arrangements et assurer le partage des avantages;
  - iii. En élaborant des accords-cadres qui autorisent un accès répété en vertu de procédures accélérées;
  - iv. En élaborant des accords types sur le transfert de matériel et des arrangements de partage des avantages pour des ressources analogues et des utilisations analogues (voir à l'appendice I les éléments suggérés pour un tel accord);
- c. Inclusion de dispositions relatives aux obligations des utilisateurs et des fournisseurs;
- d. Élaboration de différents arrangements contractuels pour différentes ressources et différentes utilisations, et élaboration d'accords types;
- e. Les différentes utilisations peuvent comprendre, entre autres, la taxonomie, la collecte, la recherche et la commercialisation;
- f. Les conditions convenues d'un commun accord devraient être négociées efficacement et dans des délais raisonnables;
- g. Les conditions convenues d'un commun accord devraient faire l'objet d'un accord écrit.

43. Les éléments suivants pourraient être considérés comme des paramètres d'orientation dans les accords contractuels. Ces éléments pourraient également être considérés comme des exigences fondamentales pour les conditions convenues d'un commun accord :

- a. Réglementation de l'utilisation des ressources afin de tenir compte de préoccupations éthiques de Parties à la Convention et de parties prenantes déterminées, en particulier des communautés autochtones et locales concernées;
- b. Adoption de dispositions pour assurer la poursuite de l'utilisation coutumière des ressources génétiques et des connaissances associées;
- c. Clause d'utilisation des droits de propriété intellectuelle concernant la recherche conjointe et l'obligation d'appliquer les droits aux inventions obtenues et de fournir des licences d'un commun accord;
- d. Possibilité de détenir conjointement des droits de propriété intellectuelle selon le degré de contribution.

## 2. Liste indicative de conditions typiques convenues d'un commun accord

44. L'énumération qui suit est une liste indicative de conditions typiques convenues d'un commun accord :
- a. Type et quantité de ressources génétiques et zone géographique/écologique d'activité;
  - b. Restrictions éventuelles relatives à l'utilisation possible du matériel;
  - c. Reconnaissance des droits souverains du pays d'origine;
  - d. Renforcement de capacités dans divers domaines à préciser dans l'accord;
  - e. Clause précisant si les termes de l'accord peuvent être renégociés dans certaines circonstances (par exemple, en cas de changement d'utilisation);
  - f. Possibilité ou non de transférer les ressources génétiques à des tierces parties et les conditions à imposer en pareil cas, par exemple, transfert ou non des ressources génétiques à des tiers sans veiller à ce qu'ils concluent des accords similaires, sauf pour la recherche taxonomique et systématique sans but commercial;
  - g. Question de savoir si les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales ont été respectées, préservées et maintenues et si l'utilisation coutumière des ressources biologiques conformément aux pratiques traditionnelles a été protégée et encouragée;
  - h. Traitement des informations confidentielles;
  - i. Dispositions concernant le partage des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre de ressources génétiques et de leurs dérivés et produits.

### 3. Partage des avantages

45. Les conditions convenues d'un commun accord pourraient comprendre les conditions, les obligations, les procédures, les types, l'échéancier, la distribution et les mécanismes relatifs aux avantages à partager. Elles varieront selon ce qui est considéré comme juste et équitable à la lumière des circonstances.

#### **Types d'avantages**

46. Des exemples d'avantages monétaires et non monétaires sont fournis dans l'appendice II aux présentes Lignes directrices.

#### **Échéancier des avantages**

47. Des avantages à court, moyen et long terme, par exemple des paiements initiaux, des paiements échelonnés et des redevances, devraient être envisagés. L'échéancier du partage des avantages devrait être arrêté de manière définitive. En outre, l'équilibre entre les avantages à court, moyen et long terme devrait être examiné au cas par cas.

#### **Répartition des avantages**

48. Conformément aux conditions convenues d'un commun accord après le consentement préalable donné en connaissance de cause, les avantages devraient être partagés de manière juste et équitable entre tous ceux qui ont été identifiés comme ayant contribué à la gestion de la ressource et au processus scientifique et/ou commercial. Il peut s'agir d'organismes

gouvernementaux, d'organismes non gouvernementaux ou d'établissements universitaires et de communautés autochtones et locales. Les avantages devraient être répartis de manière à promouvoir la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique.

### **Mécanismes de partage des avantages**

49. Les mécanismes de partage des avantages peuvent varier selon le type d'avantage, les conditions particulières du pays et les parties prenantes concernées. Le mécanisme de partage des avantages devrait être souple, car il devrait être établi par les partenaires concernés par le partage des avantages et variera d'un cas à l'autre.
50. Les mécanismes de partage des avantages devraient porter sur une coopération sans réserve en matière de recherche scientifique et de développement des technologies, et sur les avantages résultant de produits commerciaux, notamment des fonds d'affectation spéciale, des coentreprises et des licences à des conditions préférentielles.

## **V. AUTRES DISPOSITIONS**

### **A. Mesures d'incitation**

51. Les mesures d'incitation suivantes sont des exemples de mesures auxquelles on pourrait recourir dans la mise en œuvre des Lignes directrices :
  - a. La détermination et l'atténuation ou l'élimination des incitations perverses, qui sont susceptibles de faire obstacle à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique par le biais de l'accès et du partage des avantages, devraient être envisagées;
  - b. L'utilisation d'instruments économiques et réglementaires bien conçus, reliés directement ou indirectement à l'accès et au partage des avantages, devrait être envisagée en vue de favoriser une répartition équitable et efficace des avantages;
  - c. Le recours à des méthodes d'évaluation devrait être considéré comme un outil pour informer les utilisateurs et les fournisseurs impliqués dans l'accès et le partage des avantages;
  - d. La création et l'utilisation de marchés devraient être considérées comme une façon efficace d'assurer la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique.

### **B. Responsabilité dans la mise en œuvre des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages**

52. Les Parties devraient s'efforcer de mettre en place des mécanismes favorisant la responsabilisation de toutes les parties prenantes aux arrangements concernant l'accès et le partage des avantages.
53. Afin de favoriser cette responsabilisation, les Parties pourraient envisager de définir des exigences concernant :
  - a. L'établissement des rapports; et
  - b. La divulgation des informations.
54. Le collecteur individuel ou l'organisme pour le compte duquel il agit devrait, le cas échéant, être responsable et comptable du respect des conditions par le collecteur.

### **C. Suivi et rapports au niveau national**

55. Suivant les conditions d'accès et de partage des avantages, le suivi national peut porter sur :
- a. La question de savoir si l'utilisation des ressources génétiques est conforme aux conditions d'accès et de partage des avantages;
  - b. Le processus de recherche et de mise en valeur;
  - c. Les demandes de droits de propriété intellectuelle relatifs au matériel fourni.
56. La participation des parties prenantes concernées, en particulier des communautés autochtones et locales, aux différentes étapes de l'élaboration et de la mise en œuvre des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages, peut contribuer beaucoup à faciliter la surveillance de leur mise en œuvre.

### **D. Moyens de vérification**

57. Des mécanismes de vérification volontaire pourraient être élaborés au niveau national pour veiller au respect des dispositions relatives à l'accès et au partage des avantages de la Convention sur la diversité biologique et des instruments juridiques du pays d'origine qui fournit les ressources génétiques.
58. Un système de certification volontaire pourrait servir à vérifier la transparence du processus d'accès et de partage des avantages. Un tel système pourrait certifier que les dispositions de la Convention sur la diversité biologique relatives à l'accès et au partage des avantages ont été respectées.

### **E. Règlement des différends**

59. Comme la plupart des obligations découlant des arrangements convenus d'un commun accord lieront les fournisseurs et les utilisateurs, les différends pouvant survenir dans le cadre de ces arrangements devraient être réglés conformément aux arrangements contractuels pertinents concernant l'accès et le partage des avantages ainsi qu'au droit et aux pratiques applicables.
60. En cas de non-respect d'accords sur l'accès et le partage des avantages conformes à la Convention sur la diversité biologique et aux instruments juridiques du pays d'origine des ressources génétiques, on pourrait envisager de recourir à des sanctions, par exemple à des pénalités stipulées dans les engagements contractuels.

### **F. Recours**

61. Les Parties peuvent prendre des mesures appropriées, effectives et proportionnées en cas de violation de mesures législatives, administratives ou de politique générale nationales destinées à mettre en œuvre les dispositions de la Convention sur la diversité biologique relatives à l'accès et au partage des avantages, y compris les exigences relatives au consentement préalable donné en connaissance de cause et les conditions convenues d'un commun accord.

## **Appendice I**

## **ELEMENTS SUGGERES POUR LES ACCORDS DE TRANSFERT DE MATERIEL**

Les accords de transfert de matériel peuvent contenir des formulations relatives aux éléments suivants :

### **A. Dispositions liminaires**

1. Référence préambulaire à la Convention sur la diversité biologique
2. Statut juridique du fournisseur et de l'utilisateur des ressources génétiques
3. Mandat et/ou objectifs généraux du fournisseur et, le cas échéant, de l'utilisateur des ressources génétiques

### **B. Dispositions concernant l'accès et le partage des avantages**

1. Description des ressources génétiques couvertes par l'accord de transfert de matériel, y compris les informations d'accompagnement
2. Utilisations autorisées, compte tenu des utilisations possibles des ressources génétiques, de leurs produits ou de leurs dérivés aux termes de l'accord de transfert de matériel (par exemple, recherche, amélioration génétique, commercialisation)
3. Déclaration selon laquelle tout changement d'utilisation exigerait un nouveau consentement préalable donné en connaissance de cause et un nouvel accord de transfert de matériel
4. Indication de la possibilité ou non de demander des droits de propriété intellectuelle et, dans l'affirmative, dans quelles conditions
5. Conditions des arrangements concernant le partage des avantages, y compris l'engagement de partager les avantages monétaires et non monétaires
6. Indication que le fournisseur ne garantit pas l'identité et/ou la qualité du matériel fourni
7. Possibilité ou non de transférer les ressources génétiques et/ou les informations qui les accompagnent à des tierces parties et, dans l'affirmative, dans quelles conditions
8. Définitions
9. Devoir de réduire au minimum les impacts écologiques des activités de collecte

### **C. Dispositions juridiques**

1. Obligation de se conformer à l'accord de transfert de matériel
2. Durée de l'accord
3. Notification de résiliation/arrivée à terme de l'accord
4. Fait que les obligations énoncées dans certaines clauses demeureront en vigueur après la résiliation/l'arrivée à terme de l'accord
5. Force exécutoire indépendante de certaines clauses de l'accord
6. Événements limitant la responsabilité de l'une ou l'autre partie (cas de force majeure, incendie, inondation, etc.)
7. Arrangements de règlement des différends
8. Octroi ou transfert des droits

9. Octroi, transfert ou exclusion du droit de revendiquer des droits de propriété, y compris des droits de propriété intellectuelle, sur les ressources génétiques reçues dans le cadre de l'accord de transfert de matériel
10. Choix de la loi applicable
11. Clause de confidentialité
12. Garantie

## Appendice II

### AVANTAGES MONÉTAIRES ET NON MONÉTAIRES

1. Les avantages monétaires pourraient comprendre ce qui suit :
  - a. Droits d'accès/droits par échantillon collecté ou autrement acquis;
  - b. Paiements initiaux;
  - c. Paiements directs;
  - d. Paiement de redevances;
  - e. Droits de licence en cas de commercialisation;
  - f. Droits spéciaux à verser à des fonds d'affectation spéciale en faveur de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique;
  - g. Salaires et conditions préférentielles s'il en est convenu d'un commun accord;
  - h. Financement de la recherche;
  - i. Coentreprises;
  - j. Copropriété des droits de propriété intellectuelle pertinents.
2. Les avantages non monétaires peuvent comprendre ce qui suit sans y être limités :
  - a. Partage des résultats de la recherche et de la mise en valeur;
  - b. Collaboration, coopération et contribution aux programmes de recherche scientifique et de mise en valeur, notamment aux activités de recherche biotechnologique, autant que possible dans le pays fournisseur;
  - c. Participation au développement de produits;
  - d. Collaboration, coopération et contribution à l'éducation et à la formation;
  - e. Accès aux installations de conservation ex situ de ressources génétiques et aux bases de données;
  - f. Transfert, au fournisseur des ressources génétiques, des connaissances et technologies à des conditions justes et les plus favorables, y compris à des conditions de faveur et préférentielles s'il en est ainsi convenu d'un commun accord, et en particulier transfert des connaissances et de la technologie qui utilisent les ressources génétiques, y compris la biotechnologie, ou qui ont trait à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique;
  - g. Renforcement des capacités en matière de transfert de technologies aux utilisateurs dans les pays en développement Parties à la Convention et dans les pays Parties à économie en transition, et développement technologique du pays d'origine qui fournit les ressources génétiques. Développement également de l'aptitude des communautés autochtones et locales à conserver et utiliser durablement leurs ressources génétiques;
  - h. Renforcement des capacités institutionnelles;

- i. Ressources humaines et matérielles nécessaires au renforcement des capacités pour l'administration et l'application des règlements d'accès;
- j. Formation relative aux ressources génétiques avec la pleine participation des Parties qui les fournissent et, autant que possible, dans ces Parties;
- k. Accès à l'information scientifique ayant trait à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique, y compris les inventaires biologiques et les études taxonomiques;
- l. Apports à l'économie locale;
- m. Recherche orientée vers les besoins prioritaires, tels que la sécurité alimentaire et la santé, compte tenu des utilisations internes des ressources génétiques dans les pays fournisseurs;
- n. Relations institutionnelles et professionnelles qui peuvent découler d'un accord d'accès et de partage des avantages et activités de collaboration ultérieures;
- o. Avantages en matière de sécurité alimentaire et de moyens de subsistance;
- p. Reconnaissance sociale;
- q. Copropriété et droits de propriété intellectuelle pertinents.

## **B. Autres approches, y compris l'établissement d'un plan d'action pour le renforcement des capacités**

La Conférence des Parties,

### **I. RENFORCEMENT DES CAPACITES**

Reconnaissant la nécessité d'évaluer les activités en cours de renforcement des capacités pour l'accès et le partage des avantages en vue d'élaborer un plan d'action aux fins du renforcement des capacités pour l'accès et le partage des avantages,

1. Décide de réunir un atelier d'experts à composition non limitée sur le renforcement des capacités pour l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages. Cet atelier sera ouvert à la participation de représentants, notamment d'experts, proposés par les gouvernements et les organisations régionales d'intégration économique, ainsi que de représentants des organisations intergouvernementales compétentes (y compris les organisations de donateurs), des organisations non gouvernementales et des communautés autochtones et locales. L'atelier devrait élaborer plus avant les projets d'éléments pour un plan d'action relatif au renforcement des capacités pour l'accès et le partage des avantages, qui sont annexés à la présente décision;
2. Prie le Secrétaire exécutif de prendre des dispositions appropriées pour cet atelier;
3. Invite les Parties et les communautés autochtones et locales à communiquer au Secrétaire exécutif des informations sur les besoins en matière de renforcement des capacités, les priorités et les initiatives existantes en matière de renforcement des capacités pour l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages;
4. Invite les organisations intergouvernementales compétentes, les organisations non gouvernementales et le secteur privé à fournir des informations sur les initiatives et les activités existantes en matière de renforcement des capacités pour l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages;

5. Salue l'initiative complémentaire du Programme des Nations Unies pour l'environnement tendant à contribuer au renforcement des capacités dans les pays en développement pour l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, et invite le Programme des Nations Unies pour l'environnement à fournir des informations au Secrétaire exécutif sur ses activités;
6. Prie le Secrétaire exécutif d'établir un rapport pour l'atelier sur le renforcement des capacités, en énumérant les besoins et les priorités des pays, et les activités de renforcement des capacités qui sont en cours pour l'accès et le partage des avantages, en vue d'élaborer un plan d'action relatif au renforcement des capacités pour l'accès et le partage des avantages qui réponde aux besoins des Parties, soit axé sur les domaines prioritaires et vienne en outre compléter les efforts de renforcement des capacités qui sont déployés actuellement dans le domaine de l'accès et du partage des avantages;
7. Invite le mécanisme de financement et d'autres organisations intergouvernementales compétentes à participer à l'atelier et à soutenir la mise en oeuvre du Plan d'action relatif au renforcement des capacités pour l'accès et le partage des avantages;
8. Prie le Secrétaire exécutif d'établir un fichier d'experts en matière d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages;
9. Exhorte les Parties, les autres gouvernements et les organes pertinents à tenir compte, en proposant des experts pour ce fichier, de la parité des sexes, de la représentation des communautés autochtones et locales, et d'une gamme de disciplines et de connaissances spécialisées pertinentes;

## **II. AUTRES APPROCHES**

10. Reconnaît qu'un ensemble de mesures peut être nécessaire pour répondre aux différents besoins des Parties à la Convention et des parties prenantes dans le cadre de la mise en oeuvre d'arrangements concernant l'accès et le partage des avantages;
11. Reconnaît également que d'autres approches pourraient être envisagées pour compléter les Lignes directrices de Bonn, telles que des accords contractuels types, des accords régionaux existants et des modèles de lois sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages;
12. Prie le Secrétaire exécutif de compiler des informations sur les mesures et approches complémentaires existantes et sur les enseignements tirés de leur mise en oeuvre, et de communiquer ces informations aux Parties à la Convention et aux parties prenantes concernées, notamment par le l'intermédiaire du centre d'échange de la Convention.

### Annexe

## **PROJETS D'ELEMENTS D'UN PLAN D'ACTION RELATIF AU RENFORCEMENT DES CAPACITES POUR L'ACCES AUX RESSOURCES GENETIQUES ET LE PARTAGE DES AVANTAGES**

### **1. Objectif du Plan d'action**

1. Le Plan d'action a pour objectif de faciliter et d'appuyer le développement et le renforcement des capacités en vue de la mise en oeuvre effective des dispositions de la

Convention relatives à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages aux niveaux local, national, sous-régional, régional et international.

2. Aux fins de la réalisation de cet objectif, le Plan d'action fournira un cadre pour déterminer les besoins des pays et des parties prenantes, leurs priorités, les mécanismes de mise en oeuvre et les sources de financement.

## **2. Principaux domaines nécessitant un renforcement des capacités**

3. Il faudrait considérer les principaux domaines suivants nécessitant des initiatives de renforcement des capacités d'une manière souple et transparente, sur la base d'une approche dictée par la demande et tenant compte des situations, des besoins, des capacités et des stades de développement différents de chaque pays, et éviter les doubles emplois dans les efforts déployés par les diverses initiatives de renforcement des capacités :
  - a. Renforcement des institutions compétentes;
  - b. Évaluation, inventaire et surveillance des ressources biologiques et des connaissances traditionnelles, y compris la capacité taxonomique, dans le contexte de l'Initiative taxonomique mondiale;
  - c. Évaluation des ressources génétiques et informations sur les marchés, y compris les stratégies de production et de commercialisation;
  - d. Inventaire et études de cas concernant les mesures législatives existantes et élaboration d'une législation appropriée, y compris les systèmes sui generis;
  - e. Création de systèmes d'information reliés au centre d'échange de la Convention, et gestion et échange des informations;
  - f. Développement et renforcement des capacités des communautés autochtones et locales pour leur participation à la prise des décisions et à la mise en oeuvre de celles-ci;
  - g. Education et sensibilisation du public, l'accent étant mis sur les parties prenantes concernées;
  - h. Valorisation des ressources humaines et formation à tous les niveaux portant entre autres sur la capacité de rédaction juridique en vue de prendre les mesures nécessaires pour l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages;
  - i. Financement et gestion des ressources;
  - j. Aptitudes à négocier des contrats pour toutes les parties prenantes concernées, en particulier les communautés autochtones et locales;
  - k. Moyens de protection des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques;
  - l. Domaines scientifiques et techniques y compris le transfert de la technologie relative à l'accès à et à l'utilisation des ressources génétiques ainsi qu'au partage des avantages;
  - m. Elaboration d'instruments, d'outils et d'indicateurs pour suivre et évaluer la mise en oeuvre du renforcement des capacités pour l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages à tous les stades.

## **3. Processus**

4. Les processus et mesures suivants devraient être mis en oeuvre :

- a. Sensibilisation accrue aux questions en jeu et détermination des capacités nécessaires aux niveaux local, national, sous-régional et régional compte tenu, s'il y a lieu, des activités du Fonds pour l'environnement mondial relatives à l'auto-évaluation des capacités nationales;
- b. Intégration du renforcement des capacités pour l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages au cadre des stratégies nationales relatives à la diversité biologique et d'autres initiatives et stratégies connexes;
- c. Etablissement des priorités dans les domaines clés aux niveaux local, national et régional;
- d. Ordonancement des actions, y compris les échéanciers concernant le renforcement des capacités pour l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages;
- e. Détermination des initiatives existantes et prévues de renforcement des capacités, tant publiques que privées, aux niveaux local, national, sous-régional et régional, ainsi que des domaines couverts, notamment par :
  - i. Des sources nationales;
  - ii. Des sources bilatérales;
  - iii. Des sources régionales;
  - iv. Des organismes multilatéraux;
  - v. D'autres sources internationales;
  - vi. D'autres parties prenantes, en particulier les communautés autochtones et locales;
- f. Accroissement des synergies et de la coordination entre les initiatives de renforcement des capacités;
- g. Établissement d'indicateurs pour suivre la mise en oeuvre du renforcement des capacités.

#### **4. Moyens de mise en oeuvre**

- 5. Les mécanismes suivants pourraient être utilisés pour la mise en oeuvre des mesures de renforcement des capacités pour l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages :
  - a. Mise en place d'un cadre réglementaire national approprié;
  - b. Coopération scientifique et technique entre les Parties elles-mêmes et entre les Parties et les organismes multilatéraux et d'autres organismes compétents, notamment par l'entremise du centre d'échange de la Convention;
  - c. Échange d'informations par le biais du centre d'échange de la Convention et de l'utilisation de l'Internet, de bases de données, de CD-ROM, de copies imprimées et d'ateliers;
  - d. Identification et diffusion d'études de cas et de pratiques exemplaires;
  - e. Arrangements de collaboration régionaux et sous-régionaux;
  - f. Coordination entre les donateurs multilatéraux et bilatéraux et d'autres organisations;
  - g. Elaboration d'accords types et de codes de conduite pour des utilisations, des utilisateurs et des secteurs particuliers;
  - h. Ateliers de formation;

- i. Implication et participation pleines et effectives de toutes les parties prenantes concernées, en particulier des communautés autochtones et locales, compte tenu des tâches définies dans le programme de travail sur la mise en oeuvre de l'article 8 j) et des dispositions connexes de la Convention;
- j. Financement par le Fonds pour l'environnement mondial et d'autres donateurs;
- k. Participation du secteur privé en tant que fournisseur pour le renforcement des capacités dans des domaines particuliers, par exemple à travers des recherches en collaboration, un transfert de technologie et un financement;
- l. Initiative taxonomique mondiale;
- m. Fichier d'experts en matière d'accès et de partage des avantages à établir dans le cadre de la Convention;
- n. Correspondants nationaux et autorités nationales compétentes.

## **5. Coordination**

- 6. Étant donné la multiplicité des acteurs entreprenant des initiatives de renforcement des capacités pour l'accès et le partage des avantages, il faudrait promouvoir l'échange d'informations et la coordination afin d'éviter les doubles emplois dans les efforts déployés et d'identifier les lacunes dans les domaines couverts. Les initiatives de coordination devraient être encouragées à tous les niveaux.
- 7. La Conférence des Parties devrait encourager la soumission volontaire de communications par les Parties et les gouvernements ainsi que les organisations internationales compétentes sur les dispositions prises, y compris par les donateurs, en vue de mettre en oeuvre les mesures de renforcement des capacités; ces communications devraient être accessibles par l'intermédiaire du centre d'échange de la Convention.
- 8. Les Parties peuvent envisager d'inclure dans leurs rapports nationaux des renseignements sur la mise en oeuvre des mesures de renforcement des capacités pour l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages.

### **C. Rôle des droits de propriété intellectuelle dans la mise en oeuvre des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages**

#### La Conférence des Parties

- 1. Invite les Parties et les gouvernements à encourager la divulgation du pays d'origine des ressources génétiques dans les demandes d'octroi de droits de propriété intellectuelle quand l'objet de la demande concerne ou utilise des ressources génétiques dans son développement, en tant que contribution possible au suivi du respect du consentement préalable donné en connaissance de cause et des conditions convenues d'un commun accord sur la base desquelles l'accès à ces ressources a été accordé;
- 2. Invite également les Parties et les gouvernements à encourager la divulgation de l'origine des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles pertinentes des communautés autochtones et locales se rapportant à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique dans les demandes d'octroi de droits de propriété intellectuelle, quand l'objet de la demande concerne ou utilise ces connaissances dans son développement;

3. Prie le Secrétaire exécutif, avec le concours d'autres organisations internationales et intergouvernementales telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et, le cas échéant, par l'intermédiaire du Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée sur l'article 8 j) et les dispositions connexes de la Convention, de recueillir et d'analyser des informations supplémentaires en ce qui concerne :
  - a. L'impact des régimes de propriété intellectuelle sur l'accès aux ressources génétiques et leur utilisation et sur la recherche scientifique;
  - b. Le rôle des lois et des pratiques coutumières concernant la protection des ressources génétiques ainsi que les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles et leurs relations avec les droits de propriété intellectuelle;
  - c. La cohérence et l'applicabilité des exigences relatives à la divulgation du pays d'origine et au consentement préalable donné en connaissance de cause dans le contexte des obligations juridiques internationales;
  - d. L'efficacité de la divulgation du pays d'origine et du consentement préalable donné en connaissance de cause pour ce qui est de faciliter l'examen des demandes de droits de propriété intellectuelle et le réexamen des droits de propriété intellectuelle accordés;
  - e. L'efficacité de la divulgation du pays d'origine et du consentement préalable donné en connaissance de cause dans le suivi du respect des dispositions relatives à l'accès;
  - f. La faisabilité d'un système de certificats d'origine reconnu internationalement comme preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause et des conditions convenues d'un commun accord; et
  - g. Le rôle de la preuve orale concernant l'état de la technique dans l'examen, l'octroi et le maintien des droits de propriété intellectuelle;
4. Invite l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à établir une étude technique, et à en communiquer les résultats à la Conférence des Parties à sa septième réunion, au sujet des méthodes compatibles avec les obligations découlant des traités administrés par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle pour requérir la divulgation dans les demandes d'obtention de brevets, concernant notamment :
  - a. Les ressources génétiques utilisées dans la réalisation des inventions revendiquées;
  - b. Le pays d'origine des ressources génétiques utilisées dans les inventions revendiquées;
  - c. Les connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées, utilisées dans la réalisation des inventions revendiquées;
  - d. La source des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles associées;
  - e. La preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause;
5. Prie le Secrétaire exécutif de recueillir, compiler et diffuser des informations sur les questions spécifiées aux paragraphes 3 et 4 ci-dessus, y compris par l'intermédiaire du centre d'échange de la Convention et par d'autres moyens appropriés;
6. Invite les Parties et les gouvernements à soumettre les études de cas qu'ils considèrent comme pertinentes pour les questions spécifiées aux paragraphes 3 et 4;
7. Prie le Secrétaire exécutif de recueillir des informations et d'établir un rapport sur les expériences nationales et régionales;
8. Invite d'autres organisations internationales compétentes (comme l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle,

l'Organisation mondiale du commerce et la Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies), ainsi que les organisations régionales, les Parties et les gouvernements à contribuer à la poursuite de l'étude et de l'analyse des questions spécifiées aux paragraphes 3 et 4;

9. Encourage l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à progresser rapidement dans l'élaboration de clauses types sur la propriété intellectuelle qu'il pourrait être envisagé d'inclure dans les accords contractuels lors de la négociation des conditions à convenir d'un commun accord;
10. Reconnaît l'importance du travail en cours à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle concernant les modèles internationaux et encourage l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à étudier également les moyens par lesquels les Parties pourraient collaborer pour protéger les connaissances traditionnelles afin que la Conférence des Parties les examine plus avant;
11. Exhorte l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle à communiquer à la Conférence des Parties les résultats de ses délibérations se rapportant à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages pour ce qui est des connaissances traditionnelles;
12. Encourage les Parties à faciliter la participation, à un stade très précoce, des communautés autochtones et locales et des autres parties prenantes concernées aux divers forums, en particulier à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, à la Convention sur la diversité biologique, à l'Organisation mondiale du commerce, à la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement et aux forums régionaux, ainsi qu'à l'élaboration de stratégies, politiques, cadres réglementaires et législation nationaux concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages;
13. Prie le Secrétaire exécutif de compiler des informations, et de les rendre disponibles par l'intermédiaire du centre d'échange de la Convention et par d'autres moyens, sur les principes, les mécanismes juridiques et les procédures concernant l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause des communautés autochtones et locales dans le cadre des régimes nationaux d'accès aux ressources génétiques, et aussi sur les évaluations de l'efficacité de ces mécanismes et procédures, et prie les Parties de fournir de telles informations pour aider le Secrétaire exécutif.

#### **D. Autres questions relatives à l'accès et au partage des avantages**

La Conférence des Parties,

#### **Relations entre l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et la Convention sur la diversité biologique**

Notant que les dispositions de l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et la Convention sur la diversité biologique sont étroitement liées,

Notant également que les relations entre l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et la Convention sur la diversité biologique sont examinés

par le Conseil sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, conformément à l'article 19 de la Déclaration ministérielle de Doha, adoptée par l'OMC en novembre 2001,

Notant aussi que le Secrétariat de la Convention ne bénéficie toujours pas du statut d'observateur au Conseil sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, malgré la demande officielle adressée par le Secrétaire exécutif au Directeur général de l'Organisation mondiale du commerce dans une lettre datée du 4 juillet 2000,

1. Prie le Secrétaire exécutif de la Convention de renouveler la demande de statut d'observateur au Conseil sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et de faire rapport à la Conférence des Parties sur ses efforts;
2. Prie le Secrétaire exécutif de suivre les discussions et les développements au Comité sur le commerce et l'environnement de l'Organisation mondiale du commerce et au Conseil sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce en ce qui concerne les relations entre l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce et la Convention;

#### **Coopération avec d'autres organisations intergouvernementales compétentes**

3. Prend note des travaux pertinents menés par d'autres organisations intergouvernementales telles que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle, l'Organisation mondiale du commerce, l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement et l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, sur les questions concernant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages;
4. Prie le Secrétaire exécutif de collaborer plus avant avec les organisations compétentes susmentionnées pour assurer la complémentarité et éviter les doubles emplois dans les travaux;
5. Reconnaît le rôle important que le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture jouera, en harmonie avec la Convention sur la diversité biologique, pour faciliter l'accès aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et pour le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, et renvoie à la décision VI/6 relative au Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture;

#### **Informations sur les arrangements concernant l'accès et le partage des avantages**

Reconnaissant que l'accès à l'information est un instrument essentiel au développement des capacités nationales pour traiter les arrangements concernant l'accès et le partage des avantages et qu'il est important pour améliorer le pouvoir de négociation des parties prenantes aux fins des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages,

Notant que, depuis l'adoption de la Convention, un nombre croissant de Parties élaborent des régimes nationaux/régionaux sur l'accès et le partage des avantages et que les Parties et les parties prenantes pourraient tirer profit de la mise en commun de leurs expériences

respectives en matière d'élaboration et d'application de régimes d'accès et de partage des avantages,

Sachant que le Secrétariat de la Convention pourrait aider à la diffusion de telles informations parmi les Parties et les parties prenantes grâce notamment à un renforcement du mécanisme de centre d'échange,

6. Demande aux Parties et aux organisations compétentes, selon qu'il convient, de mettre à la disposition du Secrétaire exécutif :
  - a. Des informations détaillées sur les mesures adoptées en vue de mettre en oeuvre l'accès et le partage des avantages, y compris le texte de toute loi ou d'autres mesures élaborées pour régir l'accès et le partage des avantages;
  - b. Des études de cas sur la mise en oeuvre d'arrangements concernant l'accès et le partage des avantages;
  - c. D'autres informations comme celles qui sont énumérées au paragraphe 12 de la décision V/26;
7. Prie le Secrétaire exécutif de compiler les informations reçues et de les rendre disponibles, notamment par le biais du Centre d'échange et des réunions pertinentes de la Convention sur la diversité biologique, sur support imprimé et sur CD-ROM, afin de faciliter, aux Parties et aux parties prenantes, l'accès à cette information;

**Collections ex situ acquises avant l'entrée en vigueur de la Convention et qui ne sont pas traitées par la Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture**

8. Prend note avec satisfaction du rapport intitulé « International Review of the Ex Situ Plant Collections of the Botanic Gardens of the World : Reviewing the Plant Genetic Resource of Botanic Gardens Worldwide », établi par Botanic Gardens Conservation International avec le soutien du Gouvernement du Royaume-Uni et du Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. LÉGISLATION

### I. Documents internationaux

*Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce*, 15 avril 1994, 1867 RTNU 31874, 33 ILM 1197 (entrée en vigueur : 1er janvier 1995).

*Accord relatif à la protection des savoirs traditionnels*, additif à l'accord Bangui instituant une Organisation africaine de la propriété intellectuelle, acte du 24 février 1999.

*African model legislation for the protection of the rights of local communities, farmers and breeders, and for the regulation of access to biological resources*, Algérie, 2000. En ligne: <[http://www.oapi.wipo.net/wipolex/fr/text.jsp?file\\_id=252153](http://www.oapi.wipo.net/wipolex/fr/text.jsp?file_id=252153)>.

*Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945, no 7.

*Communication du Kenya au nom du Groupe africain*, OMC Doc WT/GC/W/302 (3 janvier 2018).

*Convention (no 169) concernant les peuples indigènes et tribaux dans les pays indépendants*, Organisation internationale du Travail, Bureau international du Travail *Bulletin officiel*, 27 juin 1989, vol. LXXII (1989), Série A, no 2, p. 63-74 (entrée en vigueur : 5 septembre 1991).

*Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 170.

*Convention sur la diversité biologique, Accès et partage des avantages*, Décision IV/8/COP4/CDB, 4 au 15 mai 1998.

*Convention sur la diversité biologique, Accès et partage des avantages associés aux ressources génétiques*, Décision VI/24 A (2002), 8 au 19 avril 2002.

*Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 1155 RTNU354 (entrée en vigueur : 27 janvier 1980)

*Décennie internationale des populations autochtones*, Rés AG 48/163, Doc off AGNU, 48<sup>e</sup> session, A/RES/48/163 (1994).

*Déclaration de principes pour la défense des nations et peuples autochtones de l'hémisphère occidental*, UN DOC E/CN.4/Sub.2/476/Add.5 Annexe 4 (1981).

*Déclaration sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles*, Rés AG 1803 (XVII) Doc off AGNU, 17<sup>e</sup> sess. Supp n°17, Doc. NU A/5217 (1962) 15.

*Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés 61/295, Doc off AGNU, 61<sup>e</sup> session, A/RES/61/295 (2007).

*Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social*, Rés AG 2542 (XXIV), Doc off AGNU, 1792<sup>e</sup> séance plén, A/RES/2542 (1969) 51.

*Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement*, Doc. off. AG NU, 1992, Doc. NU A/CONF.151/26/REV.1 (Vol. I) (1993) 3.

*Déclaration de Stockholm*, Doc. Off AG NU, 1972, Doc. NU A/CONF.48/Rev.1 (1972).

*Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217 A (III), Doc off AG, 3<sup>e</sup> sess, supp n°13, Doc NU A/810 (1948) 71.

*Deuxième Décennie internationale des populations autochtones*, Rés 59/174, Doc off AGNU, 59<sup>e</sup> session, A/RES/59/174 (2005).

*Indigenous People's Right of Free Prior Informed Consent with respect to Indigenous Lands, Territories and Resources*, Doc. Off. CES NU, 2005, Doc. NU PFII/2004/WS.2/6.

*L'avenir que nous voulons*, Doc off CNUDD, 2012, Doc NU A/CONF.216/L.1.

*Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, accès et partage des avantages associés aux ressources génétiques*, Déc. VI/24, Ann., Doc. PNUE UNEP/CBD/COP/6/20 (2002)

*Lignes directrices pratiques de l'Union Africaine pour la mise en œuvre coordonnées du Protocole de Nagoya en Afrique*, publiée par la commission de l'Union Africaine, 2015.

*Lignes directrices stratégiques de l'Union Africaine pour la mise en œuvre coordonnées du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation*, publiée par la commission de l'Union Africaine, 2015.

OMC, Comité des négociations internationales, *Projet de décision visant à renforcer le lien de complémentarité entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique*, 19 avril 2011, TN/C/W/59.

OMC, *Proposition concernant la protection des droits de propriété intellectuelle afférents aux connaissances traditionnelles des communautés locales et indigènes*, OMC Doc WT/GC/W/329 (3 janvier 2018)

OMPI, Assemblée générale, Questions concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore, OMPI Doc WO/GA/26/6 (25 août 2000), 26<sup>e</sup> session (12<sup>e</sup> session extraordinaire).

OMPI, *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle et des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et du folklore*, OMPI Doc WIPO/GRTKF/IC/1/13.

OMPI, *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, OMPI Doc WIPO/GRTKF/IC/6/14, 6<sup>e</sup> session.

OMPI, *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, OMPI Doc WIPO/GRTKF/IC/8/15 Prov.2, 8<sup>e</sup> session.

OMPI, *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Deuxième version révisée du document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques* (7 février 2014) WIPO/GRTKF/IC/30/4, en ligne : OMPI

[http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo\\_grtkf\\_ic\\_26/wipo\\_grtkf\\_ic\\_26\\_ref\\_facilitators\\_document\\_rev\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_ic_26/wipo_grtkf_ic_26_ref_facilitators_document_rev_2.pdf) >.

OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Deuxième version révisée du document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques* ( 3 juin 2016), WIPO/GRTKF/IC/34/4, 34<sup>e</sup> sess.

OMPI, *Table ronde sur la propriété intellectuelle et les peuples autochtones*, WIPO Doc WIPO/INDIP/RT/98.

OMPI, *Table ronde sur la propriété intellectuelle et les savoirs traditionnels*, WIPO Doc WIPO/IPTK/RT/99

OMPI, Protection of biological and genetic resources: Proposal by the Delegation of Colombia, WIPO Doc SCP/3/10

OMPI-UNESCO, *Dispositions types de législation nationale sur la protection des expressions du folklore contre leur exploitation illicite et autres formes d'action préjudiciable*, 1985, (18 janvier 2018) en ligne : OMPI < [http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file\\_id=184668](http://www.wipo.int/wipolex/fr/text.jsp?file_id=184668) >.

Rapport de la réunion intersessions sur le fonctionnement de la Convention, UNEP/CBD/COP/5/4 (9 juillet 1999)

The Protection of Traditional Knowledge: Draft Articles Facilitators' Rev. 2 (December 2, 2016), [http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo\\_grtkf\\_ic\\_32/wipo\\_grtkf\\_ic\\_32\\_facilitators\\_text\\_rev\\_2.pdf](http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/en/wipo_grtkf_ic_32/wipo_grtkf_ic_32_facilitators_text_rev_2.pdf).

*Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 16 décembre 1966, 999 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 3 janvier 1976)

*Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages* découlant de leur utilisation, relatif à la Convention sur la diversité biologique, 29 octobre 2010, UNEP/CBD/COP/DEC/X/1.

*Swakopmund protocol on the protection of traditional knowledge and expressions of folklore*, ARIPO, Swakopmund, Namibia, 2010, en ligne : WIPO [www.wipo.int/wipolex/en/other\\_treaties/text.jsp](http://www.wipo.int/wipolex/en/other_treaties/text.jsp)

*Traité sur l'Antarctique*, 1er décembre 1959, 402 RTNU 71 (entrée en vigueur : 23 juin 1961).

*Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes*, 19 décembre 1966, 6 ILM (1967) 386 (entrée en vigueur : 10 octobre 1967).

*Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur*, 20 décembre 1996 (entré en vigueur le 6 mars 2002).

*Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes*, 20 décembre 1996 (entré en vigueur le 20 mai 2002).

## II. Documents nationaux

### Législation brésilienne :

*Loi fédérale N° 13.123/2015 du 20 Mai 2015* sur la biodiversité au Brésil.

### **Législation congolaise :**

*Loi de la République démocratique du Congo n°14/003 du 11 février 2014 relative à la conservation de la nature.*

*Loi n°5-2011 du 25 février 2011 portant promotion et protection des droits des populations autochtones, Parlement, République du Congo.*

### **Législation togolaise :**

*Arrêté n° 018/MERF fixant les modalités et les procédures d'information et de participation du public au processus d'étude d'impact sur l'environnement (Togo)*

## **2.1.2 Jurisprudence**

### **I. États-Unis**

*Cuno Engineering Corp. c. Automatic Devices Corp.*, 314 U.S. 84 (1941).

*Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980).

*Graham c. John Deere Co.*, 383 U.S. 1 (1966).

*Hotchkiss c. Greenwood*, 52 U.S. 248 (1850)

*KSR International Co. v. Teleflex Inc.*, 82 USPQ 2d 1385 (U.S.S.C.).

*Losh c. Hague*, 1 Webster Pat. Cas. 202 (1838).

*Merck & Co., Inc., Appellant, v. Olin Mathieson Chemical Corporation, Appellee*, 253 F.2d 156 (4th Cir. 1958)

### **II. France**

*Décision T 1134/06* du 16 janvier 2007, Propr.ind. Juin 2008

*Décision T 729/05* du 27 juin 2007, Propr.ind. Mai 2008

*Décision T 1210/05* du 24 janvier 2008, Propr.ind. Janvier 2009

### **III. Office européen du brevet**

*Areva NP c Division d'examen de l'OEB, T 2201/10*, La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets, 2016.

*Metso Chemical Pulping Oy c Kvaerner Pulping AB, T 0410/99*, La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets, 2016.

## IV. DOCTRINE

### 4.4 MONOGRAPHIES

Anaya, S. James. *Indigenous peoples in international law*, 2nd ed, Oxford, Oxford University Press, 2004, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=i9780195173499>>.

Anderson, E. N., Deborah M. Pearsall, Eugene S. Hunn, Nancy J. Turner et Richard I. Ford, dir. *Ethnobiology*, Hoboken, New Jersey, Wiley-Blackwell, 2011.

Arbour, Jean-Maurice, Hélène Trudeau, Sophie Lavallée et Jochen Sohnle. *Droit international de l'environnement*, 3e édition, Montréal, Québec, Éditions Yvon Blais, 2016, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2638173>>.

Aristote et Jean Cachia. *Éthique à Nicomaque*, Paris, Ellipses, 1998, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=01-0603815>>.

Aristote et Jules Tricot. *Éthique à Nicomaque*, Paris, Vrin, 1994.

Aubertin, Catherine. *Représenter la nature? ONG et biodiversité*, IRD Editions, 2005.

Aubertin, Catherine, Florence Pinton et Valérie Boisvert. *Les marchés de la biodiversité*, Paris, IRD éditions, 2007, en ligne : <[http://books.google.ca/books?hl=fr&lr=&id=rshk8cjo71IC&oi=fnd&pg=PP15&dq=bioprospection+d%C3%A9finition&ots=1vT98tZbp5&sig=\\_2v86txQ-EEBAbFlmbl\\_M53bRaA](http://books.google.ca/books?hl=fr&lr=&id=rshk8cjo71IC&oi=fnd&pg=PP15&dq=bioprospection+d%C3%A9finition&ots=1vT98tZbp5&sig=_2v86txQ-EEBAbFlmbl_M53bRaA)> (consulté le 7 novembre 2014).

Axel, Honneth. *La société du mépris: vers une nouvelle théorie critique*, La découverte, Paris, 2006.

Aykut, Stefan Cihan. *Comment gouverner un 'nouveau risque mondial'? La construction du changement climatique comme problème public à l'échelle globale, européenne, en France et en Allemagne*, Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (EHESS), 2012, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00757106/>> (consulté le 22 décembre 2016).

Azéma, Jacques et Jean-Christophe Galloux. *Droit de la propriété industrielle*, 7e éd, Paris, Dalloz, 2012, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a1884840>>.

Bachand, Rémi. *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

———. *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2013, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2365202>>.

Bagley, Margo A, Ruth L Okediji et Jay A Erstling. *International patent law and policy*, St Paul, MN, West, 2013, en ligne : Ariane <Table des matières <http://www.loc.gov/catdir/toc/fy14pdf03/2013363192.html>>.

Bandes, Susan. *The passions of law*, NYU Press, 2000.

Benhamou, Françoise, Michel Vivant, Équipe de Recherche Créations Immatérielles et Droit et others. *Propriété intellectuelle et mondialisation: la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?; [contributions issues du Colloque "Propriété Intellectuelle et Mondialisation. La Propriété Intellectuelle Est-Elle un Marchandise?" tenu les 27 et 28 juin 2002 à la Faculté de Droit de Montpellier]*, Dalloz, 2004.

Berger, Peter et Thomas Luckmann. *La construction sociale de la réalité*, Paris, Méridiens Klincksieck, 1986.

Boyle, James. *Shamans, software, and spleens: law and the construction of the information society*, Cambridge, Mass, Harvard Univ Press, 1997.

Braun, Thomas et Paul Struye. *Précis des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle: Doctrine. Jurisprudence. Législation belge et congolaise. Conventions internationales*, Bruylant, 1935.

Brunnée, Jutta et Stephen J. Toope. *Legitimacy and legality in international law: an interactional account*, vol 67, Cambridge University Press, 2010.

Bubela, Tania et E. Richard Gold. *Genetic Resources and Traditional Knowledge: Case Studies and Conflicting Interests*, Edward Elgar Publishing, 2012.

Butler, Judith. *La vie psychique du pouvoir: l'assujettissement en théories*, Editions Léo Scheer, 2014.

Butler, Judith P. et Maxime Cervulle. *Défaire le genre*, Amsterdam, 2006.

Carré, Louis. *Axel Honneth: le droit de la reconnaissance*, Editions Michalon, 2013.

Carreau, Dominique et Fabrizio Marrella. *Droit international*, 11<sup>ème</sup> édition, coll Etudes internationales (EI), n<sup>o</sup> 1, Paris, Editions Pedone, 2012.

Carson, Rachel. *Silent spring*, Boston, Houghton Mifflin, 1962, en ligne : <[https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=t35yp4G8E2gC&oi=fnd&pg=PA254&dq=rachel+carson+silent+spring&ots=QkRBR1tQmg&sig=tE7GB\\_faADxP2UJxfqCHCuEfPXw](https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=t35yp4G8E2gC&oi=fnd&pg=PA254&dq=rachel+carson+silent+spring&ots=QkRBR1tQmg&sig=tE7GB_faADxP2UJxfqCHCuEfPXw)> (consulté le 18 mai 2017).

Charters, Claire et Rodolfo Stavenhagen. *La déclaration des droits des peuples autochtones: genèse, enjeux et perspectives de mise en oeuvre*, Editions L'Harmattan, 2013.

Conklin, H. C. *The Relation of Hanunóo Culture to the Plant World*, Yale University, 1954, en ligne : <<https://books.google.co.uk/books?id=khKHnQEACAAJ>>.

Conklin, Harold C. *The relation of Hanunóo culture to the plant world*, Yale University, 1955.

Coolsaet, Brendan, Fulya Batur, Arianna Broggiato, John Pitseys et Tom Dedeurwaerdere. *Implementing the Nagoya Protocol: Comparing Access and Benefit-sharing Regimes in Europe*, Hotei Publishing, 2015, en ligne : <<https://books.google.ca/books?hl=fr&lr=&id=uidKCAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR3&dq=Implementing+the+Nagoya+Protocol.+Comparing+Access+and+Benefit-sharing+Regimes+in+Europe.&ots=uTaBsqwze1&sig=Kpe3LXfh8b796DthSgbuQb-XjYs>> (consulté le 2 septembre 2015).

Curci, Jonathan. *The protection of biodiversity and traditional knowledge in international law of intellectual property*, n<sup>o</sup> 12, Cambridge University Press, 2010.

Dorraj, Manochehr. *The changing political economy of the Third World*, Boulder, Co, Lynne Rienner, 1995, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=01-0268638>>.

Drahos, Peter. *The global governance of knowledge: patent offices and their clients*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a1906085>>.

———. *Intellectual Property, Indigenous People and their Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, en ligne : Ariane <Accès via Cambridge books online <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781107295230>>.

Drahos, Peter et John Braithwaite. *Information feudalism: Who owns the knowledge economy?*, Earthscan, 2002, en ligne : <<https://books.google.ca/books?hl=fr&lr=&id=Pkl7HNzhXgoC&oi=fnd&pg=PR5&dq=drahos+information+feudalism&ots=3tvvuESysD&sig=dSPYtHT94mYMMMA9VDhHLH27drOk>> (consulté le 16 juin 2015).

Ebermann, Petra. *Patents as protection of traditional medical knowledge? : a law and economics analysis*, Cambridge, Intersentia, 2012.

———. *Patents as protection of traditional medical knowledge? : a law and economics analysis*, Cambridge, Intersentia, 2012, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2136537>>.

Edelman, Bernard et Marie Angèle Sanson-Hermitte. *Bernard Edelman et Marie-Angèle Hermitte présentent l'Homme, la nature et le droit*, C Bourgois, 1988.

Emmanuel, Renault. *L'expérience de l'injustice: reconnaissance et clinique de l'injustice*, Paris, La Découverte, 2004.

Eribon, Didier. *Principes d'une pensée critique*, Paris, Fayard, 2016.

Fløistad, Guttorm. *Philosophy of justice*, coll Contemporary philosophy, n°12, Dordrecht, Springer, 2014.

Frantz, Fanon. *Peau noire, masques blancs*, Seuil, 1952.

Fraser, Nancy. *Qu'est-ce que la justice sociale ? Reconnaissance et redistribution*, La Découverte, Paris, 2005.

Gervais, Daniel J. *The TRIPS agreement : drafting history and analysis*, 4th ed, London, Sweet & Maxwell, 2012, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2261520>>.

Goffman, Erving. *La mise en scène de la vie quotidienne*, Paris, Éditions de Minuit, 1973.

Goldsmith, Edward, Robert Allen, Michael Allaby, John Davoll, Sam Lawrence et others. *A blueprint for survival*, Houghton Mifflin Boston, 1972, en ligne : <<http://library.wur.nl/WebQuery/clc/128212>> (consulté le 18 mai 2017).

Guillien, Raymond et Jean Vincent. *Lexique des termes juridiques*, 16. éd, Paris, Dalloz, 2007.

Gusfield, Joseph. *Drinking-driving and the symbolic order: the culture of public problems*, Chicago: University of Chicago Press, 1981.

Hauptman, Laurence M. *Seven generations of Iroquois leadership: the Six Nations since 1800*, 1st ed, coll The Iroquois and their neighbors, Syracuse, NY, Syracuse University Press, 2008.

Honneth, Axel. *La lutte pour la reconnaissance*, Paris, Gallimard, 2013.

Howarth, David. *Discourse (Buckingham and Philadelphia)*, Open University Press, 2000.

Jeuneau, Édouard. « *Lectio philosophorum* »: *Recherches sur l'école de Chartres*, Amsterdam, 1973.

Jouannet, Emmanuelle. *Qu'est-ce qu'une société internationale juste? : le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011.

Justice, United Church of Christ Commission for Racial. *Toxic wastes and race in the United States: A national report on the racial and socio-economic characteristics of communities with hazardous waste sites*, Public Data Access, 1987.

Kamina, Pascal. *Droit anglo-américain des propriétés intellectuelles : copyright, dessins et modèles, brevets, obtentions végétales, marques, indications d'origine, concurrence déloyale, secrets d'affaire*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2017, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2607501>>.

Keck, Frédéric. *Lévi-Strauss et la pensée sauvage*, PUF, 2004.

Koskenniemi, Martti. *From apology to utopia : the structure of international legal argument : reissue with a new epilogue*, New York, Cambridge University Press, 2005, en ligne : Ariane <Résumé de l'éditeur <http://www.loc.gov/catdir/enhancements/fy0633/2006273703-d.html>>.

Kuhn, Thomas Samuel. *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

Laird, Sarah A. *Biodiversity and traditional knowledge: equitable partnerships in practice*, Routledge, 2010, en ligne : <<https://books.google.ca/books?hl=fr&lr=&id=IKzEfrQhqlkC&oi=fnd&pg=PR1&dq=traditional+knowledge+misappropriation&ots=THuHVP3a2u&sig=ZjbBEBK4ioMLKLBkEYWgSHwugZI>> (consulté le 4 septembre 2015).

Latour, Bruno et Steve Woolgar. *La vie de laboratoire : la production des faits scientifiques*, Paris, Éditions La Découverte, 2006, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=01-1404976>>.

Leroux, Thérèse, Lyne Létourneau et Université de Montréal Centre de recherche en droit public. *L'être humain, l'animal et l'environnement: dimensions éthiques et juridiques*, [Montréal]: Université de Montréal, Centre de recherche en droit public, 1996.

Lévi-Strauss, Claude. *La pensée sauvage*, Plon, Paris, 1962.

Lévy-Bruhl, Lucien. *La mentalité primitive*, 406, Librairie Félix Alcan, 1922.

Martin, Gilles. *Pour un droit économique de l'environnement : mélanges en l'honneur de Gilles J. Martin*, Éditions Frison-Roche, Paris, 2013, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2403174>>.

McGown, Jay et Beth Elpern Burrows. *Out of Africa: mysteries of access and benefit sharing*, Edmonds Institute, 2006, en ligne : <<http://www.edmonds-institute.org/outofafrica.pdf>> (consulté le 13 avril 2017).

Mercer, Henrique. *L'accès et le partage des avantages des savoirs traditionnels en Amérique latine: comment les droits de propriété intellectuelle peuvent empêcher la biopiraterie*, 2014.

Michelot, Agnès et Dinah Shelton, dir. *Équité et environnement quel(s) modèle(s) de justice environnementale?*, Bruxelles, Larcier, 2012.

Moody, Oluwatobiloba Oluwayomi. *WIPO and the reinforcement of the Nagoya Protocol: Towards effective implementation of an access and benefit sharing regime for the protection of traditional knowledge associated with genetic resources*, PhD Thesis, Queen's University (Canada), 2016.

Morgera, Elisa, Matthias Buck et Elsa Tsioumani. *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing in Perspective: Implications for International Law and Implementation Challenges*, Leiden & Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

Morgera, Elisa, Elsa Tsioumani et Matthias Buck. *Unraveling the Nagoya Protocol: a commentary on the Nagoya Protocol on access and benefit-sharing to the Convention on biological diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, en ligne : <http://books.google.ca/books?hl=fr&lr=&id=ZV8MBAAAQBAJ&oi=fnd&pg=PR5&dq=Unraveling+the+Nagoya+Protocol:+A+Commentary+on+the+Nagoya+Protocol+on+Access+and+Benefit-Sharing+to+the+Convention+on+Biological+Diversity&ots=ZRiXHdKf09&sig=8vrSaa3MMRwc5zyBJc fQtKTXlwo> (consulté le 23 février 2015).

Morin, Jean-Frédéric. *Le bilatéralisme américain : la nouvelle frontière du droit international des brevets*, Bruxelles, Larcier, 2007, en ligne : Ariane <http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=i9782804426958>.

Mukwiza Ndahinda, Felix. *Indigeness in Africa: A Contested Legal Framework for Empowerment of "Marginalised" Communities*, Groningen: TMC Asser Press, 2011.

Naess, Arne. *Ecology, Community, and Lifestyle: Outline of an Ecosophy. translated and revised by David Rothenberg*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

Oberthür, Sebastian et G. Kristin Rosendal. *Global governance of genetic resources access and benefit sharing after the nagoya protocol*, New York, Routledge, Taylor and Francis, 2014, en ligne : Ariane <Accès via EBL - La consultation est limitée à un usager à la fois - <http://ulaval.eblib.com/patron/FullRecord.aspx?p=1524124>>.

Onuf, Nicholas G. *World of Our Making: Rules and Rule in Social Theory and International Relations*, Columbia, SC: University of South Carolina Press, 1989.

Pettenger, Mary E. *The social construction of climate change: Power, knowledge, norms, discourses*, Ashgate Publishing, Ltd, 2007, en ligne : [https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=8c7Bcat\\_b9oC&oi=fnd&pg=PR7&dq=pettenger+2007&ots=Knnl4sbsle&sig=UpnGr1A0fWQy\\_yGse2NVLg7SoM8](https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=8c7Bcat_b9oC&oi=fnd&pg=PR7&dq=pettenger+2007&ots=Knnl4sbsle&sig=UpnGr1A0fWQy_yGse2NVLg7SoM8) (consulté le 31 décembre 2016).

Poulain, Jacques, Fathi Triki et Hans Jörg Sandkühler. *Justice, Droit et Justification Perspectives transculturelles*, Frankfurt, Peter Lang GmbH, Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2010, en ligne : <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:101:1-2013093013487> (consulté le 15 avril 2017).

Reid, Walter V., S. A. Meyer, C. A. Gámez, R. Sittenfeld, A. Jansen, D. H. Gollin, C. MA Juma, H. S. Feldstein, E. Boserup, W. Ishwaran Erdelen et others. *Biodiversity prospecting: using genetic resources for sustainable development*, n°GTZ-PR 665, ICIMOD, Kathmandu (Nepal), 1993, en ligne : <http://www.sidalc.net/cgi-bin/wxis.exe/?IsisScript=iicacr.xis&expresion=ESTUDIO%20DE%20CASOS&cantidad=50&formato=1&proxdoc=51&ascendente=&tc=>> (consulté le 13 juin 2017).

Remiche, Bernard et Vincent Cassiers. *Droit des brevets d'invention et du savoir-faire : créer, protéger et partager les inventions au XXIe siècle*, Bruxelles, Larcier, 2010.

Ricœur, Paul. *Soi-même comme un autre*, coll L'Ordre philosophique, Paris, Seuil, 1990.

Ricoeur, Paul. *Lectures, I. Autour du politique*, 1991, en ligne : <https://philpapers.org/rec/RICLA-2>

(consulté le 15 avril 2017).

Ricœur, Paul. *Le juste 1*, coll Philosophie, Paris, Editions Esprit : Distribution-diffusion, Le Seuil, 1995.

———. *Le juste 2*, coll Philosophie, Paris, Editions Esprit : Diffusion Le Seuil, 2001.

Ricoeur, Paul. *Parcours de la reconnaissance: trois études.*, Stock, Paris, 2004.

———. *Le juste, la justice et son échec*, Paris, Herne, 2006.

Rist, Gilbert. *Le développement: Histoire d'une croyance occidentale*, 3. éd. revue et augm, coll Références Mondes, Paris, Presses de Sciences Po, 2007.

Robinson, Daniel F. *Biodiversity, Access and Benefit-sharing: Global Case Studies*, Routledge, 2014, en ligne :

<[http://books.google.ca/books?hl=fr&lr=&id=OCJWBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT9&dq=Biodiversity,+Access+and+Benefit-sharing:+Global+Case+Studies&ots=EtB4k76KN1&sig=4ssISIMMlmWVO8pcy71\\_\\_csGVvI](http://books.google.ca/books?hl=fr&lr=&id=OCJWBQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT9&dq=Biodiversity,+Access+and+Benefit-sharing:+Global+Case+Studies&ots=EtB4k76KN1&sig=4ssISIMMlmWVO8pcy71__csGVvI)> (consulté le 16 mars 2015).

Robinson, Daniel F, Ahmed F Abdel-Magid et Pedro Roffe. *Protecting traditional knowledge : the WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, London, Routledge, Taylor & Francis Group, 2017, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2647688>>.

Rosenberg, Gerald N. *The hollow hope : can courts bring about social change?*, Chicago, University of Chicago, 1993, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=01-0243909>>.

Rossi, Christopher R. *Equity and international law: a legal realist approach to the international decisionmaking*, Transnational Pub Inc, 1993.

Roubier, Paul. *Le droit de la propriété industrielle*, Rec Sirey, 1954.

Schmidt, Joël. *Dictionnaire de la mythologie grecque et romaine*, [Paris], Larousse, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2158880>>.

Sell, Susan K. *Private power, public law: the globalization of intellectual property rights*, 88, Cambridge University Press, 2003, en ligne :

<<https://books.google.ca/books?hl=fr&lr=&id=B81qmONSs9cC&oi=fnd&pg=PR10&dq=sell+private+power+public+law&ots=NCIv8YeGMA&sig=nsiubS6VbXMFg7WI0HLhRnZ2FA8>> (consulté le 17 juin 2015).

Sen, Amartya. *Poverty and famines: an essay on entitlement and deprivation*, Oxford university press, 1981, en ligne :

<<https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=FVC9eqGkMr8C&oi=fnd&pg=PA1&dq=Poverty+and+Famines:+An+Essay+on+Entitlement+and+Deprivation&ots=hs2-Klj-Fk&sig=USCJ00VsNbYZ2ux2soQvBWij6KI>> (consulté le 19 avril 2017).

———. *Development as Freedom*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

———. *L'idée de justice*, Paris, Flammarion, 2012.

Shiva, Vandana. *Protect or plunder? understanding intellectual property rights*, Halifax, NS, Fernwood, 2001, en ligne : Ariane <Accès via dèsLibris <http://www.deslibris.ca/ID/412771>>.

Stavenhagen, Rodolfo. *The emergence of indigenous peoples*, 3, Springer Science & Business Media, 2012, en ligne : [https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=hVfx5DbFOYQC&oi=fnd&pg=PP3&dq=Rodolfo+Stavenhagen+The+Emergence+of+Indigenous+Peoples+123&ots=LoMYps9itV&sig=4kxIKwf0t5I-UAQYskQG\\_PmGB4](https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=hVfx5DbFOYQC&oi=fnd&pg=PP3&dq=Rodolfo+Stavenhagen+The+Emergence+of+Indigenous+Peoples+123&ots=LoMYps9itV&sig=4kxIKwf0t5I-UAQYskQG_PmGB4) (consulté le 29 mai 2017).

St-Hilaire, Maxime. *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux problématique juridique et enquête philosophique*, Thèse de doctorat, Faculté de droit, Université Laval, 2013.

———. *La lutte pour la pleine reconnaissance des droits ancestraux: problématique juridique et enquête philosophique*, Université Laval, 2013.

Sunder, Madhavi. *From Goods to a Good Life: Intellectual Property and Global Justice*, Yale University Press, 2012.

Teixeira dos Reis Huet, Andréa. *La justice humaine chez Thomas d'Aquin*, Paris, EPHE, 2015, en ligne : <http://www.theses.fr/2015EPHE5015> (consulté le 25 avril 2017).

Tourme- Jouannet, Emmanuelle. *Qu'est-ce qu'une société internationale juste? : le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011, en ligne : Ariane <http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2091621>.

Tourme Jouannet, Emmanuelle, Jean Matringe, Olivier de Frouville et Horatia Muir Watt. *Droit international et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2016.

Tourme-Jouannet, Emmanuelle. *Qu'est-ce qu'une société internationale juste? le droit international entre développement et reconnaissance*, Paris, Pedone, 2011.

United Nations Conference on Trade and Development. *The Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol: Intellectual Property Implications : A Handbook on the Interface between Global Access and Benefit Sharing Rules and Intellectual Property*, 2014, en ligne : [http://www.abs-initiative.info/fileadmin/media/Knowledge\\_Center/Publications/Intellectual\\_Property/CBD\\_Handbook\\_IP\\_Unit\\_2\\_.pdf](http://www.abs-initiative.info/fileadmin/media/Knowledge_Center/Publications/Intellectual_Property/CBD_Handbook_IP_Unit_2_.pdf) (consulté le 27 août 2015).

Vallaey, François. *Les fondements éthiques de la Responsabilité Sociale*, PhD Thesis, Université Paris-Est, 2011.

Vega Cardenas, Yenny. *La construction sociale du statut juridique de l'eau en Amérique du Nord*, 2007, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/2280> (consulté le 18 décembre 2016).

———. *La construction sociale du statut juridique de l'eau: le cas du Québec et du Mexique*, JDF Éditions, 2015, en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/handle/1866/8935> (consulté le 2 février 2017).

Vivant, Michel et Jean-Michel Bruguière. *Protéger les inventions de demain : biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, Paris, Documentation française, 2003, en ligne : Ariane <http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=i2110053135>.

Vivant, Michel et Philippe Jestaz. *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 2e édition, Paris, Dalloz, 2015, en ligne : Ariane <http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2455118>.

Wenger, Etienne, Richard Arnold McDermott et William Snyder. *Cultivating communities of practice: A guide to managing knowledge*, Harvard Business Press, 2002.

Yamane, Hiroko. *Interpreting TRIPS : globalisation of intellectual property rights and access to medicines*, Oxford, Hart publishing, 2011, en ligne : Ariane <<http://ariane.ulaval.ca/cgi-bin/recherche.cgi?qu=a2020839>>.

Zhang, Shu. *De l'OMPI au GATT: protection internationale de droits de propriété intellectuelle (DPI)*, 1994.

#### 4.4 ARTICLES

Abdelgawad, Walid. « Contrats Internationaux de Bioprospection: Moyen de Protection de la Biodiversité et des Savoirs Traditionnels ou Instrument de Biopiraterie, Les » (2009) 22 *Rev quebecoise de droit int'l* 53, en ligne : *Rev. quebecoise de droit int'l* <[http://heinonline.org/hol-cgi-bin/get\\_pdf.cgi?handle=hein.journals/revue22&section=6](http://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/revue22&section=6)> (consulté le 12 janvier 2017).

Adger, W. Neil, Tor A. Benjaminsen, Katrina Brown et Hanne Svarstad. « Advancing a political ecology of global environmental discourses » (2001) 32:4 *Development and change* 681–715, en ligne : *Development and change* <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1467-7660.00222/full>> (consulté le 13 juin 2017).

Amechi, Emeka Polycarp. « Using patents to protect traditional knowledge on the medicinal uses of plants in South Africa » 11:1 *LEAD* 53-71, en ligne : <<http://www.lead-journal.org/content/15051.pdf>> (consulté le 15 septembre 2015).

Andersen, Regine et Tone Winge. « The Access and Benefit Sharing Agreement on Teff Genetic Resources: Facts and Lessons » [2012], en ligne : <<http://agris.fao.org/agris-search/search.do?recordID=GB2013201419>> (consulté le 24 juin 2015).

Anderson, Eugene Newton. « Ethnobiology: overview of a growing field » [2011] *Ethnobiology* Hoboken, NJ: Wiley-Blackwell 1–14, en ligne : *Ethnobiology*. Hoboken, NJ: Wiley-Blackwell <[https://www.researchgate.net/profile/E\\_Anderson/publication/228020329\\_Ethnobiology\\_Overview\\_of\\_a\\_Growing\\_Field/links/53f37d060cf256ab87b0b449.pdf](https://www.researchgate.net/profile/E_Anderson/publication/228020329_Ethnobiology_Overview_of_a_Growing_Field/links/53f37d060cf256ab87b0b449.pdf)> (consulté le 9 mai 2017).

Arnstein, Sherry R. « A ladder of citizen participation » (1969) 35:4 *Journal of the American Institute of planners* 216–224.

Assier-Andrieu, Louis. « Le droit dans les sociétés humaines, coll.«Essais et recherches» » [1997].

Aubertin, Catherine. « Les ONG dans le champ de la biodiversité-Séminaire organisé par le Comité «Sociétés, environnement et développement durable» et le Programme «Environnement, vie et sociétés» du CNRS, Séminaire 2001–2003 » (2002) 10:1 *Natures Sciences Sociétés* 86–91, en ligne : *Natures Sciences Sociétés* <<http://www.nss-journal.org/articles/nss/pdf/2002/01/nss20021001p86.pdf>> (consulté le 17 janvier 2017).

Aubriot, Julie. « Accès à l'eau et usages militants du droit-Étude de cas à Soweto » [2012], en ligne : <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00758743/>> (consulté le 17 janvier 2017).

Ayoubi, El Hilal. « Caractère inventif de l'invention », Hilal El Ayoubi, « Caractère inventif de l'invention », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 24, Montréal, LexisNexis, 2017.

Ballet, Jérôme, Damien Bazin et Jérôme Pelenc. « Justice environnementale et approche par les capacités » (2015) 16:1 *Revue de philosophie économique* 13-39, en ligne : *Revue de philosophie économique* <[http://www.cairn.info/resume.php?ID\\_ARTICLE=RPEC\\_161\\_0013](http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=RPEC_161_0013)> (consulté le 5 avril 2017).

Bartsch, Sebastian. « Le système de protection des minorités dans la société des nations » dans Andre Liebich et André Reszler, dir, *L'Europe centrale et ses minorités : vers une solution européenne ?*, coll International, Genève, Graduate Institute Publications, 2015, 37-50, en ligne : *L'Europe centrale et ses minorités : vers une solution européenne ?* <<http://books.openedition.org/iheid/4805>> (consulté le 29 mai 2017).

Bass, Ronald. « Evaluating environmental justice under the national environmental policy act » (1998) 18:1 *Environmental Impact Assessment Review* 83–92, en ligne : *Environmental Impact Assessment Review* <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0195925597000656>> (consulté le 18 avril 2017).

Beauchamp, André. « La Commission de l'éthique de la science et de la technologie et l'éthique préventive » [2002] vol. 4, n° 2 *Éthique publique Revue internationale d'éthique sociétale et gouvernementale*, DOI : 10.4000/ethiquepublique.2209.

Belaidi, Nadia, Frank Alvarez-Pereyre, Jean-Dominique Wahiche et Hélène Artaud. « Autochtonie(s) et sociétés contemporaines. La diversité culturelle, entre division et cohésion sociale » [2016] 72 *Droit et cultures Revue internationale interdisciplinaire* 43-76, en ligne : *Droit et cultures. Revue internationale interdisciplinaire* <<https://droitcultures.revues.org/3890>> (consulté le 29 mai 2017).

Bénabent, Alain. « L'hybridation dans les contrats » [1999] *Prospective du droit économique-Dialogues avec Michel Jeantin*.

Blind, Knut, Jakob Edler, Rainer Frietsch et Ulrich Schmoch. « Motives to patent: Empirical evidence from Germany » (2006) 35:5 *Research Policy* 655–672.

Bloomfield, Michael John. « Shame campaigns and environmental justice: corporate shaming as activist strategy » (2014) 23:2 *Environmental Politics* 263–281, en ligne : *Environmental Politics* <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09644016.2013.821824>> (consulté le 13 janvier 2017).

Boisvert, Valérie. « Bioprospection et biopiraterie: le visage de Janus d'une activité méconnue » (2005) 30 *Cahiers du Gemdev* 123–136, en ligne : *Cahiers du Gemdev* <[http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins\\_textes/divers12-04/010052614.pdf](http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/divers12-04/010052614.pdf)> (consulté le 17 mai 2015).

Boyle, James. « Cultural Environmentalism and Beyond Cultural Environmentalism @ 10 » (2007) 70 *Law & Contemp Probs* 5-22.

Brunnée, Jutta et Stephen J. Toope. « International law and constructivism: elements of an interactional theory of international law » (2000) 39 *Colum J Transnat'l L* 19.

Burelli, Thomas. « Faut-il se réjouir de la conclusion du protocole de Nagoya? » (2012) 37:1 *Revue juridique de l'environnement* 45–61, en ligne : *Revue juridique de l'environnement* <[http://www.cairn.info/resume.php?ID\\_ARTICLE=RJE\\_121\\_0045](http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=RJE_121_0045)> (consulté le 2 septembre 2015).

———. « De la plante et des savoirs traditionnels au médicament », en ligne : <[https://www.academia.edu/36121562/De\\_la\\_plante\\_et\\_des\\_savoirs\\_traditionnels\\_a\\_m%C3%A9dicament](https://www.academia.edu/36121562/De_la_plante_et_des_savoirs_traditionnels_a_m%C3%A9dicament)> (consulté le 27 mars 2018).

———. « Les chercheurs : incorrigibles flibustiers de la connaissance? » *Le Monde*, en ligne : *Le Monde* <[https://www.academia.edu/5720709/Les\\_chercheurs\\_incorrigibles\\_flibustiers\\_de\\_la\\_connaissance](https://www.academia.edu/5720709/Les_chercheurs_incorrigibles_flibustiers_de_la_connaissance)> (consulté le 14 janvier 2017).

Burk, Dan L. « On the Sociology of Patenting » (2016) 101 *Minn L Rev* 421.

Burstein, Paul. « Legal Mobilization as a Social Movement Tactic: The Struggle for Equal Employment Opportunity » (1991) 96:5 *American Journal of Sociology* 1201-1225, en ligne : *American Journal of Sociology* <<http://www.jstor.org/stable/2781340>> (consulté le 21 juin 2017).

Caillé, Alain et Thomas Lindemann. « La lutte pour la reconnaissance par le don entre acteurs collectifs (II) » [2016] 48 *Revue du MAUSS* 319-336, en ligne : *Revue du MAUSS* <[http://www.cairn.info/acces.bibl.ulaval.ca/resume.php?ID\\_ARTICLE=RDM\\_048\\_0319](http://www.cairn.info/acces.bibl.ulaval.ca/resume.php?ID_ARTICLE=RDM_048_0319)> (consulté le 1 avril 2017).

Castetter, Edward F. « The Domain of Ethnobiology » (1944) 78:775 *The American Naturalist* 158-170, DOI : 10.1086/281182.

Cazala, Julien. « « Le Soft Law international entre inspiration et aspiration » » (2011) me 66:1 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 41-84, en ligne : *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* <<https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2011-1-page-41.htm>> (consulté le 16 octobre 2017).

Chen, Jim. « There's no such thing as biopiracy... and it's a good thing too » (2006) 37 *McGeorge L Rev* 1.

———. « There's No Such Thing as Biopiracy...and It's a Good Thing Too » (2006) 37 *McGeorge L Rev* 1, en ligne : *McGeorge Law Review* <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mcglr37&id=13&div=&collection=>>.

Coombe, Rosemary J. « Recognition of Indigenous Peoples' and Community Traditional Knowledge in International Law, The » (2001) 14 *Thomas L Rev* 275, en ligne : *Thomas L. Rev.* <[http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get\\_pdf.cgi?handle=hein.journals/stlr14&section=19](http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/stlr14&section=19)> (consulté le 31 mars 2015).

Cuerrier, Alain, Ashleigh Downing, Elisabeth Patterson et Pierre Haddad. « Aboriginal antidiabetic plant project with the James Bay Cree of Québec: an insightful collaboration » (2012) 6:3 *Journal of Enterprising Communities: People and Places in the Global Economy* 251–270.

Dolder, Fritz. « Traditional Knowledge and Patenting: The Experience of the Neemfungicide and the Hoodia Cases » (2007) 26:6 *Biotechnology Law Report* 583-590, DOI : 10.1089/blr.2007.9893.

Dumont, Alain et Serge S » Shahinian, « Brevetabilité et définition de l'invention », dans *JurisClasser Québec*, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 23, Montréal, LexisNexis, 2017.

Dunford, Michael. « Le développement économique en Europe depuis 1950, European Regional Economic Development since 1950 » (2010) 71:4 *L'Information géographique* 68-99, en ligne : *L'Information géographique* <<http://www.cairn.info/revue-l-information-geographique-2007-4-p-68.htm>> (consulté le 22 juin 2017).

Duplessis, Isabelle. « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international » [2008] *Hors-série-Avril 2007 Revue québécoise de droit international*, en ligne : *Revue québécoise de droit international*

<<https://www.sqdi.org/fr/le-vertige-et-la-soft-law-reactions-doctrinales-en-droit-international/>> (consulté le 1 novembre 2017).

Dutfield, Graham. « Developing and implementing national systems for protecting traditional knowledge: experiences in selected developing countries » [2004] *Protecting and Promoting Traditional Knowledge: Systems, National Experiences and International Dimensions* 141.

———. « TK unlimited: The emerging but incoherent international law of traditional knowledge protection » (2017) 20:5-6 *The Journal of World Intellectual Property* 144–159.

Erstling, Jay. « Using Patent to Protect Traditional Knowledge » (2009) 15 *Tex Wesleyan L Rev* 295.

Espinosa, Sophia F. « Patent Law and the Protection of Traditional Knowledge » (2012) 1 *NTUT J of INTEL PROP L & MGMT* 159, en ligne : *NTUT J. of INTEL. PROP. L. & MGMT.* <<http://www.iip.ntut.edu.tw/ezfiles/109/1109/img/1142/NTUTJournal-2012-v1i2-1-sophieSJD.pdf>> (consulté le 16 février 2015).

Étienne, Bénédicte. « «Frotter et limer sa cervelle contre celle d’aultruy» » [2010] 167 *Le français aujourd’hui* 79-89, en ligne : *Le français aujourd’hui* <[http://www.cairn.info/resume.php?ID\\_ARTICLE=LFA\\_167\\_0079](http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=LFA_167_0079)> (consulté le 9 février 2017).

Faber, Daniel et Deborah McCarthy. « Neo-liberalism, globalization and the struggle for ecological democracy: linking sustainability and environmental justice » [2003] *Just sustainabilities: Development in an unequal world* 38–63, en ligne : *Just sustainabilities: Development in an unequal world* <<https://books.google.fr/books?hl=fr&lr=&id=XImxKppJsNEC&oi=fnd&pg=PA38&dq=Neo-Liberalism,+Globalization,+and+the+Struggle+for+Ecological+Democracy:+Linking+Sustainability+and+Environmental+Justice&ots=Rg-8GpJIDF&sig=HKnet1TOtmgNCtDjw7AKf8Mao2M>> (consulté le 18 avril 2017).

Filoché, Geoffroy et Jean Foyer. « La bioprospection au Brésil et au Mexique, un eldorado? » (2011) 52:2 *Revue d’anthropologie des connaissances* 234–259, en ligne : *Revue d’anthropologie des connaissances* <<http://www.cairn.info/revue-anthropologie-des-connaissances-2011-2-page-234.htm>> (consulté le 3 février 2015).

Finnemore, Martha et Kathryn Sikkink. « International norm dynamics and political change » (1998) 52:04 *International organization* 887–917.

———. « International norm dynamics and political change » (1998) 52:04 *International organization* 887–917.

Fisk, Catherine L. « Credit Where It’s Due: The Law and Norms of Attribution » (2006) 95 *Geo LJ* 49, en ligne : *Georgetown Law Journal* <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/glj95&id=61&div=&collection=>>.

Flückiger, Alexandre. « Pourquoi respectons-nous la soft law ? » [2009] XLVII-144 *Revue européenne des sciences sociales European Journal of Social Sciences* 73-103, DOI : 10.4000/ress.68.

Ford, Richard I. « History of ethnobiology » dans *Ethnobiology. Edited by Anderson EN, Pearsall D, Hunn ES, Turner NJ. Hoboken, NJ: Wiley-Blackwell*, 15, 2011, 26, en ligne : *Ethnobiology. Edited by Anderson EN, Pearsall D, Hunn ES, Turner NJ. Hoboken, NJ: Wiley-Blackwell* <[http://www.bf.lu.lv/grozs/AuguFiziologijas/Augu\\_resursu\\_biologija/gramatas/Ethnobiology.pdf#page=27](http://www.bf.lu.lv/grozs/AuguFiziologijas/Augu_resursu_biologija/gramatas/Ethnobiology.pdf#page=27)> (consulté le 16 janvier 2017).

Forray, Vincent. « La responsabilité du fait doctrinal » (2016) 118 Rev Notariat 329.

Foyer, Jean. « Le réseau global des experts-militants de la biodiversité au cœur des controverses sociotechniques » [2012] 3 Hermès, La Revue 155–163, en ligne : Hermès, La Revue <<http://www.cairn.info/revue-hermes-la-revue-2012-3-page-155.htm>> (consulté le 17 juin 2017).

Garapon, Antoine. « Justice et reconnaissance » (2012) Mars/avril:3 Esprit 231-248, en ligne : Esprit <[http://www.cairn.info/acces.bibl.ulaval.ca/resume.php?ID\\_ARTICLE=ESPRI\\_0603\\_0231](http://www.cairn.info/acces.bibl.ulaval.ca/resume.php?ID_ARTICLE=ESPRI_0603_0231)> (consulté le 1 février 2017).

Gaté, Jean-Marc. « À propos de Le Juste I et II, Paul Ricœur (Esprit, 1995 et 2001) » [2012] 15 Le Philosophoire 143-149, en ligne : Le Philosophoire <[http://www.cairn.info/resume.php?ID\\_ARTICLE=PHOIR\\_015\\_0143](http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=PHOIR_015_0143)> (consulté le 10 avril 2017).

———. « Entretien avec Paul Ricœur » [2012] 15 Le Philosophoire 9-21, en ligne : Le Philosophoire <[http://www.cairn.info/acces.bibl.ulaval.ca/resume.php?ID\\_ARTICLE=PHOIR\\_015\\_0009](http://www.cairn.info/acces.bibl.ulaval.ca/resume.php?ID_ARTICLE=PHOIR_015_0009)> (consulté le 15 avril 2017).

Gebru, Aman K. « International Intellectual Property Law and the Protection of Traditional Knowledge: From Cultural Conservation to Knowledge Codification » (2015) 15 Asper Rev Int'l Bus & Trade L 293.

Gervais, Daniel J. « Patentability Criteria as TRIPS Flexibilities: the Examples of China and India » [2014].

———. « Patentability Criteria as TRIPS Flexibilities » dans Ruth L Okediji et Margo A Bagley, dir, *Patent Law in Global Perspective*, Oxford University Press, 2014, 541-570, en ligne : Patent Law in Global Perspective <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199334278.001.0001/acprof-9780199334278-chapter-17>> (consulté le 17 juin 2015).

Geslin, Albane. « Populations autochtones et brevetabilité du vivant: la tentation de Perséphone » [2009] Le droit international et européen du vivant 139–157, en ligne : Le droit international et européen du vivant <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01069148/>> (consulté le 20 mars 2015).

———. « La protection internationale des peuples autochtones: de la reconnaissance d'une identité transnationale autochtone à l'interculturalité normative » (2011) 56 Annuaire Français de Droit International 658–687, en ligne : Annuaire Français de Droit International <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00652268/>> (consulté le 20 mars 2015).

———. « La recherche en droit international de la reconnaissance: quelle (s) posture (s) épistémologique (s)? » [2017].

———. « La recherche en droit international de la reconnaissance: quelle (s) posture (s) épistémologique (s)? » [2017].

Giraud, Gaël et Jean-Luc Dubois. « L'économie d'«acteurs capables» » [2008] 5 Revue Projet 4–11.

Glissant, Édouard. « Métissage et créolisation » [1999] Discours sur le métissage, identités métisses En quête d'Ariel, Paris, L'Harmattan 47–54.

Gourmelon, Françoise, Frédérique Chlous-Ducharme, Mathias Rouan et Anne Rognant. « Modélisation multi-agents et jeu de rôles: des outils de médiation et d'apprentissage au service du développement durable » [2010], en ligne : <<http://hal.univ-nantes.fr/hal-00457773/document>> (consulté le 15 septembre 2015).

Graham, Stuart JH, Robert P. Merges, Pam Samuelson et Ted Sichelman. « High technology entrepreneurs and the patent system: Results of the 2008 Berkeley patent survey » [2009] Berkeley Technology Law Journal 1255–1327.

Granjon, Fabien et Julie Denouël. « Exposition de soi et reconnaissance de singularités subjectives sur les sites de réseaux sociaux, Self exposure and recognition of subjective singularities in social network sites » (2010) 1:1 Sociologie 25-43, en ligne : Sociologie <<https://www.cairn.info/revue-sociologie-2010-1-page-25.htm>> (consulté le 22 octobre 2017).

Gravelle, Louis-Pierre. « Critère de nouveauté », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 24, Montréal, LexisNexis, 2017

Guienne, Véronique. « Du sentiment d’injustice à la justice sociale » [2007] 110 Cahiers internationaux de sociologie 131-142, en ligne : Cahiers internationaux de sociologie <[http://www.cairn.info/resume.php?ID\\_ARTICLE=CIS\\_110\\_0131](http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=CIS_110_0131)> (consulté le 25 avril 2017).

Hamilton, Chris. « Biodiversity, Biopiracy and Benefits: What Allegations of Biopiracy Tell Us About Intellectual Property » (2006) 6:3 Developing World Bioethics 158-173, DOI : 10.1111/j.1471-8847.2006.00168.x.

Harshberger, J. W. « The purpose of Ethnobotany » (1896) 21 Bot Gaz 146–158.

Heald, Paul J. « The rhetoric of biopiracy » (2003) 11 Cardozo J Int’l & Comp L 519, en ligne : Cardozo J. Int’l & Comp. L. <[http://heinonline.org/hol-cgi-bin/get\\_pdf.cgi?handle=hein.journals/cjic11&section=23](http://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/cjic11&section=23)> (consulté le 13 avril 2017).

Hermitte, Marie-Angèle. « La Convention sur la diversité biologique » (1992) 38:38 Annuaire français de droit international 844–870.

Honneth, Axel. « La reconnaissance entre États : l’arrière-plan moral des relations interétatiques » [2012] 87 Cultures & Conflits 27-36, DOI : 10.4000/conflits.18467.

Huang, Peter H. « International environmental law and emotional rational choice » (2002) 31:S1 The Journal of Legal Studies S237–S258, en ligne : The Journal of Legal Studies <<http://www.journals.uchicago.edu/doi/abs/10.1086/342008>> (consulté le 28 juin 2017).

Hunyadi, Mark. « La logique du raisonnement de précaution » [2004] XLII-130 Revue européenne des sciences sociales European Journal of Social Sciences 9-33, DOI : 10.4000/ress.341.

Ishikawa, Fujio. « Biodiversity, biotechnology and research cooperation for sustainable development » [2000] Asia Pacific Tech Monitor Nov-Dec, at 31–36.

Jenks, Daniel T. « Convention on Biological Diversity—An Efficient Framework for the Preservation of Life on Earth, The » (1994) 15 Northwestern Journal of International Law and Business & Bus 636, en ligne : Northwestern Journal of International Law and Business & Bus. <[http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get\\_pdf.cgi?handle=hein.journals/nwjilb15&section=27](http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/nwjilb15&section=27)> (consulté le 18 juin 2015).

Johnston, Alastair Iain. « Treating international institutions as social environments » (2001) 45:4 International Studies Quarterly 487–515, en ligne : International Studies Quarterly <<http://isq.oxfordjournals.org/content/45/4/487.abstract>> (consulté le 9 février 2017).

Keck, Frédéric. « Individu et événement dans la pensée sauvage » 628 Les Temps Modernes 37-57, en ligne : Les Temps Modernes <[http://www.cairn.info/resume.php?ID\\_ARTICLE=LTM\\_628\\_0037](http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=LTM_628_0037)>

(consulté le 15 mai 2017).

Kevles, Daniel. « Diamond v. Chakrabarty and beyond: The political economy of patenting life » [1998] *Private science: Biotechnology and the rise of the molecular sciences* 65-79.

King, Steven R. « The source of our cures » (1991) 15:3 *Cultural Survival Quarterly* 19–22.

Kleba, John Bernhard. « Fair Biodiversity Politics with and beyond Rawls » (2013) 9 *Law Env't & Dev J* 221, en ligne : *Law Env't & Dev. J.* <[http://heinonline.org/hol-cgi-bin/get\\_pdf.cgi?handle=hein.journals/leadjo9&section=17](http://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/leadjo9&section=17)> (consulté le 13 août 2016).

Kurien, C. T. « Review of Poverty and Famines: An Essay on Entitlement and Deprivation » (1983) 11:8 *Social Scientist* 66-70, DOI : 10.2307/3517051.

Lamouche, Fabien. « Paul Ricœur et les « clairières » de la reconnaissance » (2012) *Juillet*:7 *Esprit* 76-87, en ligne : *Esprit* <[http://www.cairn.info/acces.bibl.ulaval.ca/resume.php?ID\\_ARTICLE=ESPRI\\_346\\_0076](http://www.cairn.info/acces.bibl.ulaval.ca/resume.php?ID_ARTICLE=ESPRI_346_0076)> (consulté le 6 avril 2017).

Lamy, Pascal. « Équité et justice dans la mondialisation » (2011) Tome 414:1 *Études* 7-17, en ligne : *Études* <[http://www.cairn.info/resume.php?ID\\_ARTICLE=ETU\\_4141\\_0007](http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=ETU_4141_0007)> (consulté le 25 avril 2017).

Lapalme, Joanie . « Principes d'utilité et de prédiction préalable », dans *JurisClasseur Québec*, coll. « Droit des affaires », *Propriété intellectuelle*, fasc. 24, Montréal, LexisNexis, 2016.

Lindemann, Thomas et Julie Saada. « Théories de la reconnaissance dans les relations internationales » [2012] 87 *Cultures & Conflits* 7-25, en ligne : *Cultures & Conflits* <<http://conflits.revues.org/18461>> (consulté le 3 avril 2017).

———. « Théories de la reconnaissance dans les relations internationales » [2012] 87 *Cultures & Conflits* 7-25, en ligne : *Cultures & Conflits* <<http://conflits.revues.org/acces.bibl.ulaval.ca/18461>> (consulté le 13 février 2017).

MacTaggart, Barry. « Stealing from the Mind » (1982) 9 *New York Times*.

Marignier, Noémie. « L'agentivité en question : étude des pratiques discursives des femmes enceintes sur les forums de discussion, Questioning Agency: Discourses Practices Analysis of Pregnant Women on Web Forum » [2015] 152 *Langage et société* 41-56, DOI : 10.3917/lis.152.0041.

Maury, Liliane. « Lévy-Bruhl et La mentalité primitive » (1923) 23:2 *Bulletin de la Société française de Philosophie* 17–48, en ligne : *Bulletin de la Société française de Philosophie* <<https://www.bibnum.education.fr/sites/default/files/analyse-levy.pdf>> (consulté le 15 mai 2017).

Mayrand, Hélène. « L'apport mutuel entre constructivisme et théories critiques » [2013] *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant 147–177.

Mgbeoji, Ikechi. « Patents and traditional knowledge of the uses of plants: Is a communal patent regime part of the solution to the scourge of bio piracy » (2001) 9 *Ind J Global Legal Stud* 163, en ligne : *Ind. J. Global Legal Stud.* <[http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get\\_pdf.cgi?handle=hein.journals/ijgls9&section=15](http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/ijgls9&section=15)> (consulté le 4 septembre 2015).

———. « Making Space for Grandma: The Emancipation of Traditional Knowledge and the Dominance of Western-Style Intellectual Property Rights Regimes » [2010] 39 *Osgoode CLPE Research Paper*, en

ligne : Osgoode CLPE Research Paper <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1688485](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1688485)> (consulté le 17 mars 2015).

Montaigne, Michel de. « 1595 » (2001) 1 De l'Age" Livre.

Morgera, Elisa. « Fair and equitable benefit-sharing at the cross-roads of the human right to science and international biodiversity law » (2015) 4:4 *Laws* 803–831, en ligne : *Laws* <<http://www.mdpi.com/2075-471X/4/4/803/htm>> (consulté le 12 juillet 2017).

———. « Justice, equity and benefit-sharing under the Nagoya Protocol to the Convention on Biological Diversity » (2015) 24:1 *The Italian Yearbook of International Law Online* 113–141, en ligne : *The Italian Yearbook of International Law Online* <<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/22116133-90000076>> (consulté le 29 avril 2017).

Morin, Jean-Frédéric. « Le droit international des brevets: entre le multilatéralisme et le bilatéralisme américain » (2003) 34:4 *Études internationales* 537–562, en ligne : *Études internationales* <<http://www.erudit.org/revue/ei/2003/v34/n4/038680ar.html>> (consulté le 18 juin 2015).

———. « Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la Convention sur la diversité biologique? » (2003) 34 *RDUS* 307–373, en ligne : *RDUS* <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&srctype=smi&srcid=3B15&doctype=cite&docid=34+R.D.U.S.+307&key=c30c3f8b787ccc0b938ba15889339f24>> (consulté le 7 septembre 2015).

———. « The strategic use of ethical arguments in international patent lawmaking » [2008], en ligne : <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1311208](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1311208)> (consulté le 25 juin 2017).

———. « Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : la biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle » [2008] 58 *Droit et société* 633-653, en ligne : *Droit et société* <<http://www.cairn.info/acces.bibl.ulaval.ca/revue-droit-et-societe-2004-3-p-633.htm>> (consulté le 9 juin 2017).

———. « Paradigm shift in the global IP regime: The agency of academics » (2014) 21:2 *Review of international political economy* 275–309, en ligne : *Review of international political economy* <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09692290.2013.819812>> (consulté le 9 octobre 2015).

Morton, Julia F. et Gilbert L. Voss. « The argan tree (*Argania sideroxyylon*, Sapotaceae), a desert source of edible oil » (1987) 41:2 *Economic Botany* 221–233, en ligne : *Economic Botany* <<http://link.springer.com/article/10.1007/BF02858970>> (consulté le 9 septembre 2015).

Nadelmann, Ethan A. « Global prohibition regimes: The evolution of norms in international society » (1990) 44:04 *International Organization* 479–526, en ligne : *International Organization* <[http://journals.cambridge.org/abstract\\_S0020818300035384](http://journals.cambridge.org/abstract_S0020818300035384)> (consulté le 21 juin 2016).

NeJaime, Douglas. « The legal mobilization dilemma » (2011) 61:4 *Emory Law Journal*, en ligne : <<http://law.emory.edu/elj/content/volume-61/issue-4/thrower-symposium-articles/legal-mobilization-dilemma.html#section-63ab93a3338ad46ae67e1da9dadcb8c0>> (consulté le 17 juillet 2017).

Niezen, Ronald. « The Anthropology by Organizations: Legal Knowledge and the UN's Ethnological Imagination » dans *Palaces of Hope: The Anthropology of Global Organizations*, 2017, 294-317.

Obertan, Paméla. « Le brevet sur le vivant, une menace au droit à l'autodétermination des peuples autochtones? » [2006], en ligne : <<http://www.archipel.uqam.ca/3251/>> (consulté le 7 novembre 2014).

———. « Gagner de l'influence dans une négociation asymétrique : Le cas d'une coalition de PVD au Conseil des ADPIC de l'OMC » 45:3 *Études internationales* 399-424.

Oguamanam, Chidi. « The protection of traditional knowledge: towards a cross-cultural dialogue on intellectual property rights » (2004) 1:15 *Australian Intellectual Property Journal*.

———. « The protection of traditional knowledge: towards a cross-cultural dialogue on intellectual property rights » (2004) 15 *Australian Intellectual Property Journal* 34-59, en ligne : *Australian Intellectual Property Journal* <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2291284](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2291284)> (consulté le 22 mai 2015).

———. « Canada: Time to Take Access and Benefit Sharing Over Genetic Resources Seriously » [2010], en ligne : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2283254](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2283254)> (consulté le 22 mai 2015).

Okediji, Ruth L. « Traditional Knowledge and the Public Domain » [2018] 176 28.

Ost, François et Michel Van de Kerchove. « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? » [1991] *Normes juridiques et regulation sociale* Paris: LGDJ 67–80.

Pager, Sean. « Traditional Knowledge Rights and Wrongs » [2015], en ligne : <[https://works.bepress.com/sean\\_pager/6/](https://works.bepress.com/sean_pager/6/)> (consulté le 8 juin 2016).

Pager, Sean A. « Traditional Knowledge Rights and Wrongs » (2016) 20 *Va JL & Tech* 82.

Pag-yendu, M. Yentcharé. « Partager les fruits de l'innovation avec les communautés autochtones ou locales: les 12 travaux d'Hercule? » (2016) 30:1 *Revue internationale de droit économique* 107–139, en ligne : *Revue internationale de droit économique* <[http://www.cairn.info/article.php?ID\\_ARTICLE=RIDE\\_301\\_0107](http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=RIDE_301_0107)> (consulté le 17 janvier 2017).

Paris, Emmanuel. « Les couloirs de la persuasion. Usages de la communication, tissu associatif et lobbies du changement climatique » dans *Les modèles du futur*, La Découverte, 2007, 227–244, en ligne : *Les modèles du futur* <<http://www.cairn.info/les-modeles-du-futur--9782707150134-page-227.htm>> (consulté le 21 décembre 2016).

Parks, Louisa et Elisa Morgera. « The Need for an Interdisciplinary Approach to Norm Diffusion: The Case of Fair and Equitable Benefit-sharing » (2015) 24:3 *Review of European, comparative & international environmental law* 353–367, en ligne : *Review of European, comparative & international environmental law* <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/reel.12143/full>> (consulté le 30 juin 2017).

Piron, Florence. « Penser le plagiat pour mettre en lumière le cadre normatif du régime contemporain des savoirs scientifiques » [2015] 1 *Questions de communication* 217–231, en ligne : *Questions de communication* <[http://www.cairn.info/resume.php?ID\\_ARTICLE=QDC\\_027\\_0217](http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=QDC_027_0217)> (consulté le 3 juin 2016).

Pivot, Agnès et Nicole Mathieu. « Agnès Pivot : l'écriture, processus heuristique et outil pour le dialogue dans une démarche interdisciplinaire » (2007) 15:4 *Natures Sciences Sociétés* 411-416, en ligne : *Natures Sciences Sociétés* <<https://www.cairn.info/revue-natures-sciences-societes-2007-4-page-411.htm>> (consulté le 28 octobre 2017).

Posey, Darrell. « Intellectual property rights: and just compensation for indigenous knowledge » (1990) 6:4

Anthropology Today 13–16, en ligne : Anthropology Today <<http://www.jstor.org/stable/3032735>> (consulté le 26 mars 2017).

———. « Intellectual property rights and just compensation for indigenous knowledge » [1990] Anthropology Today 13–16.

Pourtois, Hervé. « La reconnaissance: une question de justice? Une critique de l'approche de Nancy Fraser » (2009) 28:3 Politique et Sociétés 161–190, en ligne : Politique et Sociétés <<http://www.erudit.org/revue/ps/2009/v28/n3/039008ar.html>> (consulté le 6 avril 2017).

Reagan, Charles. « La reconnaissance, la justice, et la vie bonne » (2014) 4:2 Études Ricoeuriennes/Ricoeur Studies 79–89, en ligne : Études Ricoeuriennes/Ricoeur Studies <<http://ricoeur.pitt.edu/ojs/index.php/ricoeur/article/view/205>> (consulté le 27 mars 2017).

Reed, Janet E. « Publishing and patenting the fruits of academic research: the key to a successful parallel track » (2013) 14:6 Nature immunology 523.

Reimerson, Elsa. « Between nature and culture: exploring space for indigenous agency in the Convention on Biological Diversity » (2013) 22:6 Environmental Politics 992–1009, en ligne : Environmental Politics <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/09644016.2012.737255>> (consulté le 11 juillet 2017).

Remiche, Bernard. « Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets » (2002) 1:1 Revue intern de droit économique 83-124, DOI : 10.3917/ride.161.0083.

Ricoeur, Paul. « Le cercle de la démonstration » dans *Individu et justice sociale*, Le Seuil (programme ReLIRE), 1988, 127–144, en ligne : Individu et justice sociale <<http://www.cairn.info/individu-et-justice-sociale--9782020098915-page-127.htm>> (consulté le 15 avril 2017).

———. « John Rawls: de l'autonomie morale à la fiction du contrat social » (1990) 95:3 Revue de Métaphysique et de Morale 367–384, en ligne : Revue de Métaphysique et de Morale <<http://www.jstor.org/stable/40903109>> (consulté le 15 avril 2017).

———. « Le juste entre le légal et le bon » [1991] Esprit (1940-) 5–21, en ligne : Esprit (1940-) <<http://www.jstor.org/stable/24275463>> (consulté le 10 avril 2017).

Risse, Thomas. « Social constructivism meets globalization » dans *Globalization Theory: Approaches and Controversies*, 4, 2007, 126, en ligne : Globalization Theory: Approaches and Controversies <[http://userpage.fu-berlin.de/~atasp/texte/globalization\\_constructivism.pdf](http://userpage.fu-berlin.de/~atasp/texte/globalization_constructivism.pdf)> (consulté le 1 février 2017).

Robinson, Daniel F. « Locating biopiracy: geographically and culturally situated knowledges » (2010) 42:1 Environment and Planning A 38–56, en ligne : Environment and Planning A <<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1068/a41346>> (consulté le 13 juin 2017).

Robinson, Douglas et Nina Medlock. « Diamond v. Chakrabarty: a retrospective on 25 years of biotech patents » (2005) 17:10 Intellectual Property & Technology Law Journal 12–15, en ligne : Intellectual Property & Technology Law Journal <[http://test.bannerwitcoff.com.s39440.gridserver.com/\\_docs/library/articles/Chakrabarty.pdf](http://test.bannerwitcoff.com.s39440.gridserver.com/_docs/library/articles/Chakrabarty.pdf)> (consulté le 3 février 2015).

Roman, Sébastien. « Justice sociale et luttes pour la reconnaissance: la question de l'agapè » (2015) 6:2 Études Ricoeuriennes/Ricoeur Studies.

Roué, Marie. « Histoire et épistémologie des savoirs locaux et autochtones » [2012] 1 Revue

d'ethnoécologie, DOI : 10.4000/ethnoecologie.813.

Sen, Amartya. « Starvation and exchange entitlements: a general approach and its application to the Great Bengal Famine » (1977) 1:1 *Cambridge Journal of Economics* 33–59, en ligne : *Cambridge Journal of Economics* <<http://www.jstor.org/stable/23596458>> (consulté le 19 avril 2017).

Sibeud, Emmanuelle. « Entre geste impériale et cause internationale: défendre les indigènes à Genève dans les années 1920 » [2014] 2 *Monde (s)* 23–43, en ligne : *Monde (s)* <[http://www.cairn.info/resume.php?ID\\_ARTICLE=MOND\\_142\\_0023](http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=MOND_142_0023)> (consulté le 29 mai 2017).

Silvert, Kalman H. « American Academic Ethics and Social Research Abroad: The Lesson of Project Camelot » (1965) 9:3 *Background* 215-236, DOI : 10.2307/3013706.

Simpson, Gerry. « The sentimental life of international law » (2015) 3:1 *Lond Rev Int Law* 3-29, DOI : 10.1093/lril/lru013.

Speck, Frank G. « Reptile lore of the northern Indians » (1923) 36:141 *The Journal of American Folklore* 273–280, en ligne : *The Journal of American Folklore* <<http://www.jstor.org/stable/534993>> (consulté le 15 mai 2017).

Sumida, Seizo. « Experience with ABS Implementation-Guidelines for Users » (2014) 44:4 *Environmental Policy and Law* 380, en ligne : *Environmental Policy and Law* <<http://search.proquest.com/openview/f541d3305f4e9050ee9b1ab7f6cc0916/1?pq-origsite=gscholar>> (consulté le 29 novembre 2016).

Sunder, Madhavi. « The invention of traditional knowledge » (2007) 70:2 *Law and Contemporary Problems* 97–124, en ligne : *Law and Contemporary Problems* <<http://www.jstor.org/stable/27592181>> (consulté le 29 juin 2017).

Svarstad, Hanne. « Analysing Conservation—Development Discourses: The Story of a Biopiracy Narrative » (2002) 29 *Forum for Development studies* 63–92, en ligne : *Forum for Development studies* <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/08039410.2002.9666187>> (consulté le 13 janvier 2017).

Tasso, Beatriz Contreras. « Connaissance de soi et reconnaissance. Bases éthico-anthropologiques de la justice dans la pensée ricoeurienne » (2016) 6:2 *Études Ricoeuriennes / Ricoeur Studies*, en ligne : *Études Ricoeuriennes / Ricoeur Studies* <<https://ricoeur.pitt.edu/ojs/index.php/ricoeur/article/view/301>> (consulté le 7 avril 2017).

Taylor, Charles. « La politique de la reconnaissance » [1994] *Multiculturalisme Différence et démocratie* 41–99.

Twining, William. « Diffusion of law: A global perspective » (2004) 36:49 *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1–45, en ligne : *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/07329113.2004.10756300>> (consulté le 30 juin 2017).

Vanhala, Lisa. « *Legal Mobilization* », Oxford University Press.

Veer, Theresa et Florian Jell. « Contributing to markets for technology? A comparison of patent filing motives of individual inventors, small companies and universities » (2012) 32:9 *Technovation* 513-522, DOI : 10.1016/j.technovation.2012.03.002.

Verma, Surinder Kaur. « Protecting Traditional Knowledge : Is a Sui Generis System an Answer ? » (2004) 7:6 *The Journal of World Intellectual Property* 765–805.

- Villa, Vittorio. « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme » [1994] 1994) *Théorie du droit et science* PUF, Paris, France.
- Visser, Coenraad J. « Making intellectual property laws work for traditional knowledge » [2004] *Poor People's Knowledge: Promoting Intellectual Property in Developing Countries*, Oxford and Washington, DC: co-published by Oxford University Press and the World Bank 207–40.
- Wagner, Anne-Catherine. « Habitus » [2012] *Sociologie*, en ligne : *Sociologie* <<http://journals.openedition.org/sociologie/1200>> (consulté le 22 mai 2018).
- Wells, Guy-Philippe. « Une perspective néogramscienne des origines de l'ADPIC » [2014], en ligne : <<http://www.archipel.uqam.ca/6085>> (consulté le 15 juin 2015).
- Wendt, Alexander. « Anarchy is what states make of it: the social construction of power politics » (1992) 46:02 *International organization* 391–425, en ligne : *International organization* <[http://journals.cambridge.org/abstract\\_S0020818300027764](http://journals.cambridge.org/abstract_S0020818300027764)> (consulté le 3 février 2017).
- . « Constructing international politics » (1995) 20:1 *International security* 71–81, en ligne : *International security* <<http://www.jstor.org/stable/2539217>> (consulté le 3 février 2017).
- Wendt, Alexander E. « The agent-structure problem in international relations theory » (1987) 41:03 *International organization* 335–370, en ligne : *International organization* <[http://journals.cambridge.org/abstract\\_S002081830002751X](http://journals.cambridge.org/abstract_S002081830002751X)> (consulté le 3 février 2017).
- Westerman, Pauline. « Means and Ends » [1999] *Rediscovering Fuller Essays on Implicit Law and Institutional Design* 145–168.
- Winston, Kenneth I. « Three Models for the Study of Law » dans *Rediscovering Fuller : Essays on Implicit Law and Institutional Design*, John F Kennedy School of Government, Harvard University, Politics Research Group, 1999.
- Woo, Grace Li Xiu. « Canada's forgotten founders: The modern significance of the Haudenosaunee (Iroquois) application for membership in the League of Nations » (2003) 30 *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)* 03–1, en ligne : *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)* <[http://www.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2003\\_1/woo](http://www.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/lgd/2003_1/woo)> (consulté le 30 mai 2017).
- Yentcharé, M. Pag-yendu. « Partager les fruits de l'innovation avec les communautés autochtones ou locales: les 12 travaux d'Hercule? » (2016) 30:1 *Revue internationale de droit économique* 107–139, en ligne : *Revue internationale de droit économique* <[http://www.cairn.info/article.php?ID\\_ARTICLE=RIDE\\_301\\_0107](http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=RIDE_301_0107)> (consulté le 12 janvier 2017).
- Zedan, Hamdallah. « Patents and biopiracy: the search for appropriate policy and legal responses » (2005) 12:1 *The Brown Journal of World Affairs* 189–205, en ligne : *The Brown Journal of World Affairs* <<http://www.jstor.org/stable/24590676>> (consulté le 13 juillet 2017).
- Zeghni, Sylvain. « Parcours de la reconnaissance » (2004) no 128:4 *Mondes en développement* 131-132, en ligne : *Mondes en développement* <[http://www.cairn.info/resume.php?ID\\_ARTICLE=MED\\_128\\_0131](http://www.cairn.info/resume.php?ID_ARTICLE=MED_128_0131)> (consulté le 27 mars 2017).
- 10, Elisabeth PainFeb, 2016 et 10:45 Am. « French institute agrees to share patent benefits after biopiracy accusations » (10 février 2016), en ligne : *Science | AAAS* <<http://www.sciencemag.org/news/2016/02/french-institute-agrees-share-patent-benefits-after-biopiracy->

accusations> (consulté le 17 janvier 2017).

Abel, Olivier. « difficile institution du juste », en ligne : <<http://olivierabel.fr/ricoeur/la-difficile-institution-du-juste.php>> (consulté le 7 avril 2017).

Abiye, Jonas. « Attorney General to sue Dutch company over teff patent | The Reporter Ethiopia English », en ligne : <<https://www.thereporterethiopia.com/article/attorney-general-sue-dutch-company-over-teff-patent>> (consulté le 11 juin 2018).

Acemoglu, Daron, Simon Johnson et James A. Robinson. *Reversal of fortune: Geography and institutions in the making of the modern world income distribution*, National bureau of economic research, 2001, en ligne : <<http://www.nber.org/papers/w8460>> (consulté le 29 décembre 2015).

Africa 24. *Burkina Faso, Faca soigne la drépanocytose*.

Aubertin, Catherine. « Ce que ne disent pas les dénonciations de biopiraterie... », en ligne : <<http://www.huffingtonpost.fr/catherine-aubertin/ce-que-ne-disent-pas-les-denonciations-de-biopiraterie/>> (consulté le 14 janvier 2017).

Ballester Rodés, A., F. Bostedt et B. Dobrucki. *La jurisprudence des Chambres de recours de l'Office européen des brevets*, 2016.

Bandes, Susan. « What Roles Do Emotions Play in the Law? | Emotion Researcher », en ligne : Emotion Researcher: ISRE's Sourcebook for Research on Emotion and Affect <<http://emotionresearcher.com/what-roles-do-emotions-play-in-the-law/>> (consulté le 23 octobre 2017).

Boissieu, Christian de, Pierre Jacquet, Laure Janaux et Jérôme Sgard. « Amartya Sen, la pauvreté comme absence de capacité » (mars 2004), en ligne : Revue Projet <<http://www.revue-projet.com/articles/2004-3-amartya-sen-la-pauvrete-comme-absence-de-capacite/>> (consulté le 19 avril 2017).

Brahy, Nicolas et Sélim Louafi. *La convention sur la diversité biologique à la croisée de quatre discours*, IDDRI, 2004, en ligne : <[http://www.iddri.org/Publications/Collections/Idees-pour-le-debat/id\\_142004\\_louafy.pdf](http://www.iddri.org/Publications/Collections/Idees-pour-le-debat/id_142004_louafy.pdf)> (consulté le 7 août 2015).

Cobo, José R. Martínez. *Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations*, United Nations Economic and Social Council, 1983.

Coolsaet, Brendan et others. *Le rôle du Sud dans la gouvernance internationale de la biodiversité*, Université Libre de Bruxelles, 2011, en ligne : <[http://mem-envi.ulb.ac.be/Memoires\\_en\\_pdf/MFE\\_10\\_11/MFE\\_Coolsaet\\_10\\_11.pdf](http://mem-envi.ulb.ac.be/Memoires_en_pdf/MFE_10_11/MFE_Coolsaet_10_11.pdf)> (consulté le 13 août 2016).

Cruz, Anne-Marie. « La Genève de 1923 se solidarise avec Deskaheh, chef iroquois », en ligne : LeCourrier <[https://www.lecourrier.ch/123080/la\\_geneve\\_de\\_1923\\_se\\_solidarise\\_avec\\_deskaheh\\_chef\\_iroquois](https://www.lecourrier.ch/123080/la_geneve_de_1923_se_solidarise_avec_deskaheh_chef_iroquois)> (consulté le 29 mai 2017).

Eye, Public. « Press Release – Public Eye » (16 novembre 2016), en ligne : <[https://www.publiceye.ch/en/media/press-release/stevia\\_coca\\_cola\\_needs\\_to\\_negotiate\\_a\\_benefit\\_sharing\\_agreement\\_with\\_the\\_guarani/?cHash=88277abab40d85fae599e445f8558093&platform=hootsuite](https://www.publiceye.ch/en/media/press-release/stevia_coca_cola_needs_to_negotiate_a_benefit_sharing_agreement_with_the_guarani/?cHash=88277abab40d85fae599e445f8558093&platform=hootsuite)> (consulté le 12 janvier 2017).

France Libertés, Thomas Burelli. « Des chercheurs français s'approprient des savoirs guyanais ancestraux - France Libertés » (25 janvier 2016), en ligne : <<http://www.france-libertes.org/Des-chercheurs-francais-biopiraterie.html>> (consulté le 12 janvier 2017).

Gillet, Émilie. « La fabuleuse histoire du cactus coupe-faim » (1 juillet 2004), en ligne : Usinenouvelle.com/ <<https://www.usinenouvelle.com/article/la-fabuleuse-histoire-du-cactus-coupe-faim.N40823>> (consulté le 15 mars 2018).

Institut de Recherche pour le Développement. « L'IRD va proposer aux autorités guyanaises un protocole d'accord conjoint pour le partage des avantages issus du brevet SkE - Institut de recherche pour le développement (IRD) », en ligne : <[https://www.ird.fr/toute-l-actualite/actualites/communiqués-et-dossiers-de-presse/cp-2016/l-ird-va-proposer-aux-autorites-guyanaises-un-protocole-d-accord-conjoint-pour-le-partage-des-avantages-issus-du-brevet-ske/\(language\)/fre-FR](https://www.ird.fr/toute-l-actualite/actualites/communiqués-et-dossiers-de-presse/cp-2016/l-ird-va-proposer-aux-autorites-guyanaises-un-protocole-d-accord-conjoint-pour-le-partage-des-avantages-issus-du-brevet-ske/(language)/fre-FR)> (consulté le 17 janvier 2017).

International, Survival. « Survival International », en ligne : <<https://www.survivalinternational.fr>> (consulté le 27 juillet 2018).

Keck, Frédéric. « Tous les hommes sont modernes », en ligne : Sciences Humaines <[https://www.scienceshumaines.com/tous-les-hommes-sont-modernes\\_fr\\_22937.html](https://www.scienceshumaines.com/tous-les-hommes-sont-modernes_fr_22937.html)> (consulté le 15 mai 2017).

Lingaard, Jade. « Des chercheurs français sur le paludisme accusés de biopiraterie » (26 janvier 2016), en ligne : Mediapart <<chrome://zotero/content/tab.xul>> (consulté le 12 janvier 2017).

Malan, Rian. « DANS LA JUNGLE, TERRIBLE JUNGLE... “Le lion est mort ce soir”, la chanson aux mille vies » (1 octobre 2003), en ligne : Courrier international <<https://www.courrierinternational.com/article/2002/06/20/le-lion-est-mort-ce-soir-la-chanson-aux-mille-vies>> (consulté le 23 juin 2018).

Moatti, Jean-Paul. « Lettre du président-directeur général de l'IRD à la fondation France Libertés - Institut de recherche pour le développement (IRD) » (27 janvier 2016), en ligne : <<https://www.ird.fr/toute-l-actualite/actualites/actualites-generales/lettre-du-president-directeur-general-de-l-ird-a-la-fondation-france-libertes>> (consulté le 12 janvier 2017).

Office, European Patent. « Comment obtenir un brevet européen », en ligne : <[https://www.epo.org/applying/basics\\_fr.html](https://www.epo.org/applying/basics_fr.html)> (consulté le 15 mars 2018).

Organisation mondiale de la propriété intellectuelle. « La protection des inventions à l'étranger : Questions fréquemment posées au sujet du Traité de coopération en matière de brevets (PCT) » (octobre 2017), en ligne : <<http://www.wipo.int/pct/fr/faqs/faqs.html>> (consulté le 15 juillet 2018).

Parks, Louisa. *Spaces for Local Voices? A Discourse Analysis of the Decisions of the Convention on Biological Diversity*, SSRN Scholarly Paper, ID 3073052, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2017, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=3073052>> (consulté le 28 juillet 2018).

Prat, Frédéric. « Biopiraterie en France : une solution, trop rapide, de l'IRD ? », en ligne : Inf'OGM - Veille citoyenne sur les OGM <<https://www.infogm.org/5905-france-biopiraterie-ird-tente-de-se-justifier>> (consulté le 17 janvier 2017).

Rantanen, Jason et Sarah Jack. *Patents as Credentials*, SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, Social Science Research Network, 2017, en ligne : <<https://papers.ssrn.com/abstract=3013780>> (consulté le 29 avril 2018).

Resources, MPEP. « Manual of Patent Examining Procedure », en ligne : <<https://www.uspto.gov/web/offices/pac/mpep/s2158.html>> (consulté le 27 mars 2018).

Rose, Janna. « Biopiracy: when indigenous knowledge is patented for profit », en ligne : The Conversation <<http://theconversation.com/biopiracy-when-indigenous-knowledge-is-patented-for-profit-55589>> (consulté le 14 janvier 2017).

S, Auteur: Erwann. « Biopiraterie du Couachi par l'IRD ? | lekotidien.fr », en ligne : <<http://lekotidien.fr/2016/01/27/biopiraterie-du-couachi-par-lird/>> (consulté le 14 janvier 2017).

Saez, Catherine. « WIPO IP And Genetic Resources Committee Makes Progress Despite Block At End » (2 juillet 2018), en ligne : Intellectual Property Watch <<http://www.ip-watch.org/2018/07/02/wipo-ip-genetic-resources-committee-makes-progress-despite-block-end/>> (consulté le 5 juillet 2018).

SumOfUs. « Here's the bitter truth about Coca-Cola's favorite natural sweetener. » (16 novembre 2016), en ligne : SumOfUs <<https://actions.sumofus.org/a/stevia-coca-cola>> (consulté le 12 janvier 2017).

Tovar, Elsa. *L'approche par les capacités d'Amartya Sen*, Février 2014.

Valo, Martine. « Un institut français accusé de « piller » les savoirs traditionnels », *Le Monde.fr*, sect Planète (1 février 2016), en ligne : Le Monde.fr <[http://www.lemonde.fr/planete/article/2016/02/01/des-chercheurs-francais-accuses-de-biopiraterie\\_4856892\\_3244.html](http://www.lemonde.fr/planete/article/2016/02/01/des-chercheurs-francais-accuses-de-biopiraterie_4856892_3244.html)> (consulté le 14 janvier 2017).

Victorayoli. « Les voleurs des savoirs », en ligne : Club de Mediapart <<https://blogs.mediapart.fr/victorayoli/blog/020216/les-voleurs-de-savoirs>> (consulté le 14 janvier 2017).

Vinzia, François. « La condition d'activité inventive en droit des brevets, approche comparative entre les États-Unis et la France, par François Vinzia. | Les blogs pédagogiques de l'Université Paris Nanterre », en ligne : <<https://blogs.parisnanterre.fr/content/la-condition-d%E2%80%99activit%C3%A9-inventive-en-droit-des-brevets-approche-comparative-entre-les-%C3%A9tats->>> (consulté le 27 mars 2018).

« Drépanocytose : un médicament burkinabé suscite l'espoir des patients et l'inquiétude des scientifiques », *Le Monde.fr* (22 juin 2017), en ligne : Le Monde.fr <[https://www.lemonde.fr/afrique/article/2017/06/22/drepanocytose-un-medicament-burkinabe-suscite-l-espoir-des-patients-et-l-inquietude-des-scientifiques\\_5149592\\_3212.html](https://www.lemonde.fr/afrique/article/2017/06/22/drepanocytose-un-medicament-burkinabe-suscite-l-espoir-des-patients-et-l-inquietude-des-scientifiques_5149592_3212.html)> (consulté le 13 juillet 2018).

« Drépanocytose : Le think tank AGORAH plaide pour la poursuite des recherches sur le phytomédicament FACA » (24 juillet 2017), en ligne : Banfora.org- Amitiés Saintonge Banfora <<http://www.banfora.org/2017/07/24/drepanocytose-le-think-tank-agorah-plaide-pour-la-poursuite-des-recherches-sur-le-phytomedicament-faca/>> (consulté le 13 juillet 2018).

*Brevet FR2980196A1 Principe actif cancéreux issu de Guiera senegalensis.*

« Des chercheurs français accusés de « biopiraterie » », en ligne : Boursorama <<http://www.boursorama.com/actualites/des-chercheurs-francais-accuses-de-biopiraterie-194433dd6caf7a1d30f55c599bc94e9e>> (consulté le 14 janvier 2017).

« Diamond v. Chakrabarty 447 U.S. 303 (1980) », en ligne : Justia Law <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/447/303/case.html>> (consulté le 15 mars 2015).

*Examination Guidelines for the Utility Requirement.*

« « Il est injuste d'associer l'IRD et la biopiraterie » - Journal France-Guyane - Toute l'actualité de la Guyane en ligne - FranceGuyane.fr », en ligne : <<http://www.franceguyane.mobi/regions/france-monde/il-est-injuste-d-associer-l-ird-et-la-biopiraterie-279767.php>> (consulté le 14 janvier 2017).

« International Conference on the TRIPS CBD Linkage in Geneva | Global Edition », en ligne : Devdiscourse <<https://www.devdiscourse.com/Article/9822-international-conference-on-the-trips-cbd-linkage-in-geneva>> (consulté le 11 juin 2018).

*Jean-Michel Pouzin, L'idée de justice selon Jaurès et d'équité selon le philosophe contemporain John Rawls.*

« Merck & Co., Inc., Appellant, v. Olin Mathieson Chemical Corporation, Appellee, 253 F.2d 156 (4th Cir. 1958) », en ligne : Justia Law <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/253/156/145548/>> (consulté le 13 février 2018).

[PDF] à partir de [ou.edu](http://ou.edu).

« Savoirs traditionnels », en ligne : <<http://www.wipo.int/tk/fr/tk/index.html>> (consulté le 26 juillet 2018).

#### 4.4 BREVETS

Brevet FR2980196A1 « Principe actif cancéreux issu de *Guiera senegalensis* », en ligne : Patent Images <<https://patentimages.storage.googleapis.com/b7/e3/39/43715ad76122f8/FR2980196A1.pdf>> (consulté le 5 avril 2018).

Brevet EP2443126B1 « Simalikalactone e and use thereof as a medicament », en ligne : Google Patents <<https://patents.google.com/patent/EP2443126B1/en>> (5 avril 2018).

Brevet EP1438965A1, « Use of extracts from *Hoodia gordonii* and *Hoodia lugardii* for the preparation of a medicament for use in the suppression of appetite », en ligne : Google Patents <<https://patents.google.com/patent/EP1438965A1/en>>(5 avril 2018).

« Demande de brevet FR2980196 », en ligne : Google Brevets <<https://patentimages.storage.googleapis.com/b7/e3/39/43715ad76122f8/FR2980196A1.pdf>> (15 février 2018).