

Aspects éthiques de la réglementation sur la biodiversité

Sigrid Sterckx

(Université de Gand, Belgique)

1. Introduction

Le terme « biodiversité » renvoie à la variété de la vie sur Terre. Il englobe les organismes individuels et leur variabilité génétique, ainsi que les écosystèmes. L'art. 2 de la Convention sur la diversité biologique (note 1 infra) définit la diversité biologique comme suit :

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

On observe la biodiversité principalement dans les régions du monde en voie de développement.

Comme le souligne Cary Fowler, réglementer la biodiversité est une entreprise extrêmement complexe car :

Les ressources sont réparties sur toute la surface du globe — on pourrait même dire qu'elles sont présentes sur tous les terrains [...] Il existe des « banques de gènes » vouées à leur préservation, contenant des millions d'échantillons, la plupart disponibles au public et reproduits dans plusieurs pays. Les ressources existent dans d'innombrables combinaisons (espèces et variétés, par exemple) et gradations (nuances de rose d'une rose, degrés de résistance au gel). Elles mutent. Parfois, il (le gène) est « exprimé » et peut être observé ou présumé. Il peut également être présent, mais « silencieux », ne constituant plus une « ressource ». Il se déplace au rythme des échanges commerciaux quotidiens ou du vent sous la forme de pollen. Ses origines sont généralement obscures et sûrement anciennes...

(The resource is geographically widespread — one could say it is literally found in every field ... There are 'genebanks' devoted to its preservation, containing millions of samples, most publicly available, and duplicated in more than one country. The resource appears in countless combinations (eg species and varieties)

and gradations (the shades of pink in a rose blossom, the degrees of resistance to frost). It mutates. Sometimes it (a gene) is ‘expressed’ and can be seen or inferred. But it may be present and ‘silent’ and no less a ‘resource’. It moves in daily commerce and ‘in the wind’ in the form of pollen. Its origins are typically obscure and certainly ancient...)¹

De nos jours, tout le monde reconnaît l’importance d’avoir accès aux ressources génétiques et de les échanger pour encourager la conservation de la biodiversité. Nous savons également que les communautés indigènes et les agriculteurs traditionnels y (ont contribué) contribuent fortement et participent à la sélection de nouvelles cultures. La bioprospection est d’ailleurs souvent nourrie de leurs connaissances — que l’on appelle « connaissances traditionnelles ».

Ces dernières années, des questions pertinentes ont été soulevées concernant la nécessité de réglementer la collecte des ressources génétiques et les conditions de cette réglementation, notamment :

- Les personnes dont les connaissances ont permis la collecte de ressources génétiques doivent-elles donner leur *consentement éclairé préalable* pour que celle-ci soit (moralement) « légitime » ?
- Si un tel consentement éclairé préalable est jugé nécessaire, doit-il concerner les *usages spécifiques* possibles de ces ressources génétiques ?
- Les personnes dont les connaissances ont permis la collecte de ressources génétiques doivent-elles *obtenir un partage des bénéfices* résultant de l’utilisation de ces ressources ?

L’attribution, aujourd’hui généralisée dans les pays industrialisés, de brevets sur les matériaux et organismes vivants — que l’on peut appeler « éléments de biodiversité » — a également suscité de nombreuses interrogations, notamment :

- L’*attribution* de ces brevets est-elle *légitime* (d’un point de vue juridique et moral) ?
- Quel est l’*impact* probable de l’application de ces brevets sur la conservation de la *biodiversité* ?
- À supposer que l’attribution de brevets sur les ressources génétiques soit justifiée, les personnes dont les connaissances ont permis la collecte de ressources génétiques doivent-elles également donner leur consentement éclairé préalable

¹ Fowler C., 2004. Regime change. Plant genetic resources in international law. *Outlook on Agriculture*, (33[1]) : 7-14 [ci-après Fowler, 2004], 8.

pour que ces ressources génétiques puissent faire l'objet d'une demande de brevet ?

Dans le présent document, nous examinerons les réponses fournies à certaines de ces questions par les Nations unies lors de la Convention sur la diversité biologique (CBD, 1992)² et par la FAO dans le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (ITPGRFA, 2001)³ et les confronterons, le cas échéant, aux principes établis par l'accord sur les Droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIP, 1994)⁴, un accord multilatéral conclu au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC).

2. Origines de la CBD et de l'accord TRIP

La CBD remonte aux années 70 et 80⁵. En 1980, l'Union internationale pour la conservation de la nature (IUCN) propose une nouvelle convention de dimension internationale afin de renforcer et d'harmoniser les différents traités environnementaux en vigueur, au grand désespoir des pays en voie de développement. En effet, ces pays n'approuvent pas l'idée d'un traité mondial organisé par les pays « du Nord » qui les empêcherait d'utiliser leurs ressources naturelles afin d'accroître leur développement social et économique. À l'issue d'un long débat, les pays industrialisés ont accepté d'apporter quelques aménagements au traité. Nul doute que l'importance de la biodiversité dans les pays en voie de développement a influencé le résultat de la négociation. Les pays riches se sont donc engagés sur un soutien financier, un transfert des techniques, ainsi que sur la réglementation de l'accès aux ressources génétiques et du partage de leurs bénéfices, la CBD laissant aux législateurs de chaque pays le soin de mettre en œuvre ces principes. Il s'agit d'une convention cadre : bien que ses engagements aient force d'obligation pour l'ensemble des pays membres, ils doivent les

² Ratifiée à Rio de Janeiro en 1992, lors de la Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement. Elle est disponible sur le site Web : www.biodiv.org/convention/articles.asp. Entrée en vigueur en décembre 1993, cette convention implique actuellement 188 parties.

³ Disponible sur le site Web : www.fao.org.

⁴ Annexe 1C de l'accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech le 15 avril 1994. Voir Secrétariat du GATT (ed.), 1994. Annexe 1C : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce, *Les textes juridiques. Résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay*. Genève, OMC, 365-403. Également disponible sur le site Web : www.wto.org/french/docs_f/legal_f/27-trips.doc.

⁵ Voir l'article de Cristian Samper sur la biodiversité, sur le site Web de SciDev.Net : www.scidev.net.

appliquer via des lois nationales ou des « protocoles à la convention »⁶. Toutefois, la protection de la biodiversité ne figure toujours pas à l'ordre des priorités politiques des gouvernements — même ceux des pays riches —, et ce, dix ans après la signature de la convention.

L'accord TRIP, lui, trouve ses origines au début des années 80. À cette époque, aux États-Unis, plusieurs lobbies industriels font état de pertes considérables attribuées à la violation de droits de propriété intellectuelle, y compris des brevets, appartenant à des sociétés américaines. La protection des brevets dans les pays en voie de développement est alors jugée inefficace. Ces pays rétorquent (1) que la réglementation en matière de propriété intellectuelle dans les pays industrialisés est systématiquement dictée par ce qu'ils considèrent comme leur intérêt national et (2) que les pays en voie de développement ont besoin de normes de protection moins strictes étant donné leurs besoins de développement économique.

Pour les États-Unis — puis pour d'autres pays industrialisés —, la propriété intellectuelle devait être abordée dans le GATT⁷, en raison de son importance croissante en tant qu'élément de la prospérité nationale et du commerce international. En outre, certains pays industrialisés estimaient que les pays en voie de développement étaient trop influents dans les négociations sur la propriété intellectuelle de l'OMPI (*Organisation mondiale de la propriété intellectuelle*). Les États-Unis ont eu beaucoup de mal à imposer le thème de la propriété intellectuelle à l'ordre du jour du GATT. L'accord TRIP voit le jour sept ans après le début des négociations commerciales multilatérales du *cycle d'Uruguay* (1986-1993). Cet accord a fait énormément progresser les normes de protection des brevets. Il a également considérablement étendu le concept de

⁶ À ce jour, le protocole de Cartagène sur la biosécurité est le seul protocole ratifié. En vigueur depuis le 11 septembre 2003, il constitue le premier accord international régissant le commerce mondial des organismes génétiquement modifiés (OGM). Ce protocole exige que les gouvernements des pays signataires soient notifiés de l'importation d'OGM vivants dans leur pays à des fins d'introduction dans l'environnement. Quiconque souhaite exporter des OGM sous forme de semences ou de plantes dans l'intention de les intégrer à l'environnement doit préalablement obtenir l'autorisation du pays importateur. Les organismes destinés à la consommation humaine directe, à l'alimentation des animaux ou être utilisés dans les processus de transformation des aliments peuvent être exportés librement, sous réserve qu'un centre d'information sur la biosécurité en ait été averti. Toutefois, les pays importateurs sont autorisés à interrompre ou retarder une importation pour que soit pratiquée une évaluation des risques. Le protocole ne s'applique pas aux OGM voués à une utilisation en milieu confiné, transitant par des pays tiers ou à usage pharmaceutique.

⁷ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (1948), ayant précédé l'Organisation mondiale du commerce.

brevetabilité, généralisant les pratiques en cours dans les pays industrialisés, à savoir (1) l'intégration au système des brevets d'un nombre croissant de domaines, auparavant exclus de la protection par brevet et (2) la limitation de l'interprétation des exceptions. Cette tendance est particulièrement marquée dans les secteurs pharmaceutique et biotechnologique.⁸

3. Approche de la CBD concernant l'accès aux ressources génétiques et principe de consentement éclairé préalable

La CBD a trois objectifs principaux⁹ : (1) « la conservation de la diversité biologique », (2) « l'utilisation durable de ses éléments » et (3) « le partage juste et équitable des bénéfices 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 ».

Le troisième objectif est bien entendu lié à la réglementation de l'accès aux ressources génétiques. Dans ce contexte, la CBD impose un principe de consentement éclairé préalable. Ainsi, conformément à l'art. 15(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.

Cet article soulève une première interrogation : qu'entend-on par « la Partie contractante qui fournit lesdites ressources » ? Comment les pays peuvent-ils déterminer qu'une ressource génétique donnée leur appartient — c'est-à-dire que leur consentement éclairé est nécessaire ? L'art. 15(3) de la CBD stipule que :

Aux fins de la présente Convention, on entend par ressources génétiques fournies par une Partie contractante [...] 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.

Le concept de « pays d'origine » est défini dans l'art. 2 :

⁸ Voir Dutfield G., 2003. *Intellectual Property Rights and the Life Science Industries. A Twentieth Century History*. Aldershot, Ashgate. Voir aussi Sterckx, S. (ed.), 2000. *Biotechnology, Patents and Morality*. Aldershot, Ashgate [ci-après Sterckx, 2000].

⁹ Cf. art. 1 de la CBD.

Pays d'origine des ressources génétiques : pays qui possède ces ressources génétiques dans des conditions *in situ*.

La question qui se pose ensuite est donc : qu'entend-on par « conditions *in situ* » ? Conformément à l'art. 2 :

Conditions *in situ* : conditions caractérisées par l'existence de ressources génétiques au sein d'écosystèmes et d'habitats naturels et, dans le cas des espèces domestiquées et cultivées, dans le milieu où se sont développés leurs caractères distinctifs.

Au vu de cette définition, l'applicabilité de la CBD à la biodiversité agricole pose problème¹⁰. En effet, comme expliqué ci-après, cette diversité est, en grande partie, « “tombée dans le domaine public” et se trouve entre de nombreuses mains, en libre utilisation » (« has already ‘escaped’ and is in many hands and freely available »)¹¹. En outre, le concept de « caractères distinctifs » est crucial dans la définition des « conditions *in situ* », mais il n'est pas défini. Ces caractères sont-ils « uniques » ou plutôt « exemplaires » ? Doit-on étudier les caractères distinctifs des espèces ou ceux de chaque ressource génétique (c'est-à-dire de chaque plante) ?

Définir le « milieu » de développement des caractères distinctifs pose un problème technique. Nous ne possédons aucun historique biologique des traits ou gènes individuels. La plupart des cultures — sous leur forme domestiquée — évoluent depuis des millénaires. Leurs progéniteurs sauvages ont évolué pendant des millions d'années. Où la pomme est-elle devenue rouge ? [...] Quelle nuance de rouge, quel degré de résistance prenons-nous en compte lorsque nous tentons d'identifier le lieu où cela s'est produit ?

([There is a] technical problem of pinpointing the ‘surroundings’ where the distinctive property was developed. We simply have no biological history of individual genes or traits. Most crops — in their domesticated form — have been evolving over millennia. Their wild progenitors evolved over millions of years. Where did the apple become red? ... Which shade of red, which degree of resistance are we considering when we try to identify the place where it first arose?)¹²

Par ce commentaire, Cary Fowler conclut que l'approche de la CBD concernant la question de savoir quand il est juste de dire qu'une ressource génétique est « fournie » par

¹⁰ Fowler, 2004. Page 11.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid.

un pays donné est « motivée par une nécessité juridique, mais contrariée par la réalité biologique » (« encouraged by legal necessity, but thwarted by biological reality »)¹³.

L'idée selon laquelle l'accès aux ressources génétiques requiert le consentement éclairé du gouvernement du pays d'origine de ces ressources découle logiquement d'une autre disposition de la convention, art. 15(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.

Si le droit de souveraineté sur les ressources naturelles, y compris les ressources génétiques, appartient aux gouvernements, qu'en est-il du droit des personnes qui ont fourni de précieuses informations sur ces ressources ? Conformément à l'art. 8(j) de la CBD concernant les informations provenant des (membres des) communautés indigènes et locales, chaque Partie contractante :

Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés indigènes et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique [...]

Cette disposition est non seulement quelque peu arbitraire, mais également vague quant au rôle des communautés indigènes et locales dans le choix des personnes pouvant accéder aux ressources génétiques provenant de « leurs » territoires. Elle n'explique pas clairement ce qu'implique réellement cette obligation de « respecter » leurs connaissances, innovations et pratiques.

Le concept d'« accès » exprimé dans la CBD semble également inclure la *collecte* et l'*utilisation* des ressources génétiques. Une autre question se pose alors sur la nécessité du consentement éclairé préalable des détenteurs des connaissances traditionnelles dont les informations ont largement contribué à l'identification des (utilisations possibles des) ressources génétiques utiles, pour que cette collecte et cette utilisation soient légitimes. Bien évidemment, si on admet que le droit de souveraineté sur les ressources génétiques d'un pays donné appartient à son gouvernement — tel que spécifié dans la CBD —, il est donc du ressort de ce dernier de décider si les communautés indigènes et locales ont leur mot à dire dans les décisions y afférant. Dans un scénario « modéré », le gouvernement pourrait, par exemple, solliciter leur point de vue sans être tenu de le respecter. Dans le scénario le plus extrême, le consentement éclairé préalable des communautés indigènes et

¹³ Ibid.

locales serait une condition indispensable à la collecte et à l'utilisation de ressources génétiques données.

Mais pourquoi les gouvernements auraient-ils un droit de souveraineté sur les ressources génétiques ? Pourquoi ne pas attribuer ce droit aux communautés locales ? Mais pourquoi les communautés locales auraient-elles des droits sur les ressources génétiques ? Pourquoi ne pas considérer les ressources génétiques comme « l'héritage commun de l'humanité » ? Ces questions sont trop complexes pour être abordées ici, mais elles semblent pertinentes, et, quoi qu'il en soit, le principe exprimé dans la CBD mériterait une explication.

Avant de conclure sur le principe de consentement éclairé préalable, il convient de préciser que le concept d'« accès » abordé plus haut n'a rien à voir avec la question de *propriété* des ressources génétiques. Celles-ci peuvent, en effet, faire l'objet de brevets — c'est-à-dire de *droits de propriété privée* —, et rien dans la CBD ne l'empêche. Conformément à l'art. 16(2) de la CBD :

L'accès à la technologie et le transfert de celle-ci [...] sont assurés et/ou facilités pour ce qui concerne les pays en développement à des conditions justes et les plus favorables [...] Lorsque les technologies font l'objet de brevets et autres droits de propriété intellectuelle, l'accès et le transfert sont assurés selon des modalités qui reconnaissent les droits de propriété intellectuelle et sont compatibles avec leur protection adéquate et effective [...]

Les droits sur les ressources génétiques faisant l'objet de brevets valides appartiennent aux détenteurs de ces brevets. En effet, conformément à l'art. 28(1) de l'accord TRIP, la détention d'un brevet donne le droit à son détenteur d'empêcher quiconque de fabriquer, d'utiliser, de proposer à la vente ou de vendre l'objet concerné par le brevet ou de l'importer pour l'une de ces raisons — le droit d'utilisation appartenant donc exclusivement au détenteur du brevet. Sans son autorisation, personne ne peut utiliser le produit ou procédé en question. Étant donné le nombre croissant de brevets attribués sur les « éléments de biodiversité » — gènes, matières vivantes et organismes vivants « entiers » —, on peut se demander si les dispositions de la CBD relatives au consentement éclairé préalable sont autre chose que des « paroles en l'air »...

4. Principe de partage des bénéfices de la CBD

Comme indiqué ci-avant, le troisième objectif de la CBD est de garantir le partage juste et équitable des bénéfices découlant de l'exploitation des ressources génétiques. Ce principe est exprimé dans l'art. 15(7) de la CBD :

Chaque Partie contractante prend 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 bénéfices 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.

Deux types de partages des bénéfices sont suggérés ici : d'une part, le partage des *résultats de la recherche et de la mise en valeur* liés aux ressources génétiques, et d'autre part, le partage des *bénéfices résultant de l'utilisation* des ressources génétiques.

La fin de l'art. 8(j) de la CBD est également pertinente dans ce contexte car elle stipule que chaque Partie contractante :

[...] encourage le partage équitable des bénéfices découlant de l'utilisation [des] connaissances, innovations et pratiques [des communautés indigènes et locales].

Cette disposition insinue que, si les connaissances ou pratiques des (membres des) communautés indigènes et locales contribuent au développement de certains produits, tels que des médicaments ou des produits agricoles améliorés, ces communautés doivent prendre part au partage des bénéfices en découlant. Il convient de préciser que la CBD ne comporte aucune règle sur le partage des bénéfices (ni sur l'accès aux ressources génétiques à cette fin) qui ait force d'obligation¹⁴. Lors de la (dernière) 7^e Conférence des Parties¹⁵, un groupe de travail a été créé afin de déterminer des modes de partage des bénéfices avec les pays en voie de développement et les communautés indigènes. Toutefois, les Parties ne se sont pas entendues sur le caractère obligatoire des règles d'accès et de partage des bénéfices, les pays en voie de développement l'estimant nécessaire, contrairement à la plupart des pays riches. Dans la déclaration finale, les Parties ont décidé de retenir le libellé laconique suivant : « Le régime international peut être composé d'un ou de plusieurs instruments dans le cadre d'un ensemble de principes,

¹⁴ En avril 2002, les représentants des États membres se sont réunis à Bonn afin d'aborder l'accès et le partage des bénéfices. Cette réunion a donné naissance aux Lignes directrices de Bonn. Ces directives non exécutoires offrent un cadre à la rédaction de lois nationales sur l'accès et le partage des bénéfices. Elles traitent également des rôles des différentes parties prenantes, ainsi que des procédures de règlement des différends. Encouragé par une coalition de pays en voie de développement bénéficiant d'une riche biodiversité, le Sommet mondial sur le développement durable (Johannesbourg, 2002) va plus loin en demandant la mise en place d'un « régime international » sur le partage des bénéfices dans le contexte de la CBD.

¹⁵ À Kuala Lumpur, en Malaisie, du 9 au 20 février 2004.

de normes, de règles et de procédures décisionnelles et peut être juridiquement contraignant et/ou non contraignant. »

Le principe de justice distributive peut clairement justifier un partage des bénéfices résultant de l'utilisation de ressources génétiques — ses arguments se rapprochant de ceux fréquemment invoqués pour appuyer l'attribution de brevets. Dans la mesure où les inventeurs rendent un service à la société, il est juste qu'ils en soient récompensés (et beaucoup pensent que le système de brevets est la solution idéale dans ce cas). On peut donc en déduire qu'il serait injuste d'en faire profiter gratuitement les autres. Le célèbre philosophe John Stuart Mill disait d'ailleurs :

[Ce] serait faire preuve d'une immoralité flagrante si la loi permettait à tous d'utiliser librement le travail de quelqu'un sans son consentement et sans rien lui donner en échange.¹⁶

De même, il serait injuste qu'un demandeur ou détenteur de brevet profite des efforts de personnes ayant contribué à l'invention (par exemple, des personnes ayant partagé des « connaissances traditionnelles » avec des bioprospecteurs).

Toutefois, là encore, on ne peut pas faire abstraction des divergences entre les objectifs de la CBD et le régime de brevets, notamment celui exposé par l'accord TRIP. En effet, le partage des résultats de la recherche et du développement peut se trouver contrecarré par l'existence de brevets. Ainsi, sauf consentement du détenteur du brevet, des plants brevetés ne peuvent pas être utilisés pour développer de nouvelles plantes, et les agriculteurs ne sont pas autorisés à conserver et planter des semences brevetées. Pourtant, de telles pratiques rendent possible une pérennité de la biodiversité. Selon l'éminent Carlos Correa :

L'accès aux substances génétiques existantes est indispensable à l'adaptation et l'amélioration continues des plantes pour l'alimentation et l'agriculture. Il est impossible de créer une nouvelle variété de plante *à partir de rien*. Le développement des plantes n'implique aucune véritable « création ». L'amélioration des cultures ne peut se fonder que sur l'utilisation et la modification de ce que la nature a créé. L'innovation en matière de sélection est « graduelle » [...] dans ce sens où elle progresse au rythme de l'évolution des variétés disponibles.

¹⁶ Mill J.S., 1866. *Principles of Political Economy, with some of their applications to social philosophy*. People's Edition. Londres, Longmans, Green, Reader, and Dyer. Tome V (« On the influence of government »), Chap. X (« Of interferences of government grounded on erroneous theories »), §4 : 563.

(Access to existing genetic materials is necessary for the continuous adaptation and improvement of plants for food and agriculture. A new plant variety cannot be created *from scratch*. In the field of plant development there is no actual “creation” [reference omitted]. The improvement of crops can only take place on the basis of the use and modification of what nature has created. Innovation in breeding activities is essentially of an “incremental” nature ... in the sense that it progresses on the basis of successive changes to available varieties.)¹⁷

En effet, aucune invention ne naît du néant. La recherche et le développement — aux sens « formel », « scientifique » (par exemple, dans les laboratoires) et « informel », « traditionnel » (par exemple, les innovations des communautés indigènes) — sont généralement une question de collaboration entre de nombreuses personnes. En outre, les inventeurs ne font pas uniquement appel aux idées de leurs collègues ou contemporains ; les innovations s'appuient souvent sur les idées et accomplissements de nos prédécesseurs. En 1850, l'édito de *The Economist* affirmait que :

Pour que [...] [les inventeurs] puissent [...] établir un droit de propriété sur leurs inventions, il faudrait qu'ils renoncent à toutes les connaissances et à l'aide qu'ils ont tirées des connaissances et inventions des autres. C'est impossible, ce qui démontre que leurs esprits et inventions font, en réalité, partie du patrimoine intellectuel de la société [...]

(Before ... [the inventors] can ... establish a right of property in their inventions, they ought to give up all the knowledge and assistance they have derived from the knowledge and inventions of others. That is impossible, and the impossibility shows that their minds and their inventions are, in fact, parts of the great mental whole of society ...)¹⁸

Fritz Machlup a également défendu vigoureusement ce point de vue :

[...] les inventions sont des composantes arbitrairement définies d'une croissance sociale plus ou moins continue au sein de laquelle il est raisonnablement impossible de déterminer la contribution de chacun.

¹⁷ Correa C.-M., 2001. Access to Plant Genetic Resources and Intellectual Property Rights. In Drahos P. et Blakeney M., 2001. *IP in Biodiversity and Agriculture: Regulating the Biosphere*. Londres, Sweet & Maxwell, 110. Voir également le Préambule du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, adopté lors de la Conférence de la FAO en novembre 2001.

¹⁸ *The Economist* (Londres), 28 décembre 1850 : 1434.

(... inventions really are arbitrarily differentiated slices of a more or less continuous social growth in which the individual contribution cannot reasonably be identified.)¹⁹

L'une des principales critiques à l'encontre du système de brevets est qu'il ne récompense que ceux qui apportent la « touche finale » aux réalisations d'autres, ceux qui accomplissent la dernière étape de l'applicabilité pratique. Ceci est bien sûr jugé injuste. Le système de brevets ne reconnaît nullement la participation des communautés indigènes, par exemple, aux inventions. Comme le précise l'Association américaine pour l'avancement de la science (AAAS) dans l'une de ses publications :

Il est évident que les lois [sur la propriété intellectuelle] ont été mises en œuvre pour privilégier les efforts créatifs des organisations pharmaceutiques, par exemple, et d'autres industries des pays industrialisés. Dans le domaine du progrès scientifique, les lois modernes sur la propriété intellectuelle ont permis à ces industries de monopoliser les bénéfices découlant de l'utilisation des connaissances indigènes au mépris des droits moraux et des intérêts matériels (financiers) des indigènes eux-mêmes.

(There has been a clear bias in the operation of [intellectual property] laws in favor of the creative efforts of corporations, for example, pharmaceutical and other industries in industrialized nations. Within the context of scientific progress, modern intellectual property laws have allowed these industries to monopolize the benefits derived from their use of indigenous knowledge with disregard for the moral rights and material (financial) interests of indigenous peoples themselves.)²⁰

¹⁹ Étude n° 15 du Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights, US Senate (sous-comité chargé des brevets, marques commerciales et droits d'auteur, Sénat américain), 1958 : 29.

²⁰ Hansen S. et VanFleet J., 2003. *Traditional knowledge and intellectual property: A handbook on issues and options for traditional knowledge holders in protecting their intellectual property and maintaining biological diversity*. Washington, DC, AAAS (programme Science et droits de l'homme) [ci-après Rapport AAAS] : 5. Nous évitons volontairement d'utiliser le terme « biopiratage » dans ce contexte dans la mesure où le concept de « piratage » évoque l'idée de droits naturels. À cet égard, le commentaire qui suit, énoncé dans un contexte différent — en réaction à la qualification de « pirates » des contrefacteurs de brevets — semble intéressant : « Les déclarations vagues et violentes de propriété d'une invention et l'utilisation outrancière des expressions « pirate », « contrefacteur » et « voleur du fruit de la réflexion et du labeur d'autres hommes » prouvent simplement que certaines personnes tirent un avantage, à tort ou à raison, et qu'ils souhaitent le conserver ». Rogers Rev. J.E.T., 1863. On the rationale and working of the patent laws. *Journal of the Statistical Society of London*, (26) : 128. Voir

Il existe trois moyens de réparer cette injustice : (1) les membres des communautés indigènes pourraient déposer des demandes de brevets ; (2) un dispositif (obligatoire) de partage des bénéfices, y compris avec ceux qui fournissent les connaissances traditionnelles, pourrait être intégré *au* régime de brevets ou (3) un dispositif de partage équitable des bénéfices pourrait être développé *en dehors* du cadre des brevets.

(1) On pourrait proposer que les membres des communautés indigènes qui pensent être « tombés » sur quelque chose d'utile déposent des demandes de brevets. Toutefois, cette suggestion pose problème pour différentes raisons. D'abord, il est très onéreux d'obtenir et de conserver des brevets. Ensuite, si tant est que les communautés indigènes acceptent l'idée de droits de propriété, les connaissances traditionnelles sont souvent considérées comme appartenant à l'ensemble de la communauté et non à un individu ou à un groupe de personnes au sein de la communauté. Une demande de brevet implique que l'inventeur ou les inventeurs soient mentionnés — les connaissances/informations doivent être attribuées à un ou quelques individus. De plus, les connaissances traditionnelles des communautés indigènes et locales constituent généralement davantage une découverte qu'une invention — c'est-à-dire non brevetable, par exemple, dans les États membres de la Convention sur le brevet européen²¹. Enfin, il est quasiment impossible d'établir la nouveauté et la non-évidence des connaissances traditionnelles. La « nouveauté » et la « non-évidence » constituent deux critères majeurs de brevetabilité²². Les connaissances

également l'observation suivante, faite par Edith Penrose dans son remarquable ouvrage *The economics of the international patent system* : « [...] l'utilisation libre du terme « voler » est récurrente dans les discussions sur les brevets, nous rappelant la conception de droit de propriété naturelle des brevets. « Voler » [...] est utilisé au sens [large] et de façon [vague] pour décrire l'utilisation par un autre des idées d'un homme même si celles-ci ne sont pas réellement brevetées ni brevetables conformément à la loi s'appliquant à son utilisateur. Selon ce concept, toutes les accusations de « piratage » à l'encontre des nations qui autorisent leurs ressortissants à utiliser librement des inventions brevetées dans d'autres pays, mais non brevetables légalement chez elles, sont fondées » («... the loose use of the word "stealing" remains in most patent discussions to remind us of the natural property right conception of patents. Stealing ... is used in a [wide] and [vague] sense to include the use by another of a man's ideas even though they are not in fact patented or patentable under the law applying to him who uses them. Upon this concept all charges of "piracy" are based when they are levelled against nations who permit their nationals to use freely inventions patented elsewhere but which are not patentable under their own laws»). Penrose E.T., 1951. *The economics of the international patent system*. Baltimore, Johns Hopkins Press : 24-25.

²¹ Nous y reviendrons dans la dernière partie de ce chapitre.

²² L'utilité et la suffisance de la divulgation constituent deux autres critères de base de la brevetabilité. Voir Grubb P., 1999. *Patents for Chemicals, Pharmaceuticals and*

traditionnelles sont dites « informelles » par opposition aux connaissances « formelles » que l'on trouve généralement en « Occident » (telles que la science moderne). Les premières sont souvent transmises par oral (par les aînés ou des groupes « éclairés » tels que les guérisseurs), alors que les secondes sont plutôt écrites²³. Comme défini dans le rapport AAAS mentionné précédemment²⁴ :

Les connaissances traditionnelles correspondent aux informations tirées de l'expérience et de l'adaptation à une culture et un environnement locaux, que les membres d'une communauté donnée ont développées au fil du temps et continuent à développer. Elles servent à préserver la communauté et sa culture et à maintenir les ressources génétiques nécessaires à sa survie.

Les connaissances traditionnelles [...] peuvent inclure des informations sur le fait que des arbres et des plantes poussent ensemble et sur les plantes indicatrices, telles que celles indiquant la salinité du sol ou connues pour fleurir au début de la saison des pluies. Elles comprennent les pratiques et technologies, telles que le traitement et les méthodes d'entreposage des semences, ainsi que les outils utilisés pour le semis et la récolte. Elles englobent également les systèmes de croyance qui jouent un rôle fondamental dans la subsistance des personnes, préservant leur santé et protégeant et reconstituant l'environnement [...]

L'adjectif « traditionnel » employé pour décrire ces connaissances ne signifie pas que ces dernières sont anciennes ou non techniques par nature, mais qu'elles sont « fondées sur la tradition ». Elles sont « traditionnelles » parce qu'elles sont créées d'une façon qui reflète les traditions des communautés. Ce qualificatif n'est donc pas lié à la nature des connaissances, mais à leur mode de création, de préservation et de transmission.

Pour répondre à l'exigence de « nouveauté », l'objet de la demande de brevet ne doit pas être compris dans l'état de la technique — c'est-à-dire qu'il ne doit pas être « accessible au public ». Conformément à la Convention sur le brevet européen (CBE), notamment, 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 » (art. 54). Selon la loi américaine sur les brevets, toutefois, la

Biotechnology: Fundamentals of Global Law, Practice and Strategy. Oxford, Clarendon Press.

²³ Voir Posey D.A. et Dutfield G., 1996. *Beyond Intellectual Property: Toward Traditional Resource Rights for Indigenous Peoples and Local Communities*. Ottawa, IDRC.

²⁴ Rapport AAAS, p. 3.

règle de nouveauté n'est pas stricte — la divulgation de l'invention en dehors des États-Unis, *sous une forme non écrite*, n'annule par la nouveauté²⁵. Ainsi, en général, la question de la « nouveauté » n'est pas de savoir si l'objet de la demande de brevet existait préalablement, mais si quelqu'un aurait pu avoir connaissance de son existence. Comme indiqué plus haut, les connaissances traditionnelles ne se présentent habituellement pas sous une forme écrite.

Pour répondre à l'exigence d'« activité inventive » ou de « non-évidence », l'objet de la demande de brevet doit impliquer une activité inventive. Conformément à la CBE, cette condition est remplie si « pour une personne compétente, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique » (art. 56). De même, selon la loi américaine sur les brevets, un brevet ne peut être obtenu « si les différences entre l'objet à breveter et l'état antérieur de la technique sont telles que l'objet dans son ensemble aurait été évident, au moment de l'invention, pour une personne disposant de compétences normales dans la technique dont relève l'objet »²⁶. Les examinateurs de brevets doivent donc vérifier si, au vu de l'état des connaissances dans le domaine en question au moment de la demande de brevet, l'invention aurait été considérée comme « évidente » aux yeux d'une personne compétente en la matière. Cette hypothétique « personne compétente en la matière » imaginée par les examinateurs de brevets est généralement un « scientifique moderne » pour lequel les « technologies » et pratiques traditionnelles sembleraient pour la plupart évidentes.

(2) Pour que la contribution des communautés indigènes et locales aux inventions soit reconnue, on pourrait également intégrer *au* régime de brevets un dispositif (obligatoire) de partage des bénéfices, y compris avec les personnes qui fournissent les connaissances traditionnelles. Il faudrait, cependant, revoir entièrement l'essence même des droits de brevets. Les dispositions de la CBD sur le transfert des techniques²⁷, par exemple, nous amènent inévitablement à en déduire que, bien que les principes qu'elles exposent sont

²⁵ Voir la loi américaine sur les brevets, Section 35 du United States Code, paragraphes 101, 102(a), 102(e) et 102(g).

²⁶ Section 35 du United States Code, § 103.

²⁷ Voir notamment l'art. 16(3) de la CBD : « Chaque Partie contractante prend, comme il convient, les mesures législatives, administratives ou de politique générale voulues pour que soient assurés aux Parties contractantes qui fournissent des ressources génétiques, en particulier celles qui sont des pays en développement, l'accès à la technologie utilisant ces ressources et le transfert de ladite technologie selon des modalités mutuellement convenues, y compris à la technologie protégée par des brevets et autres droits de propriété intellectuelle, le cas échéant [...] »

très louables, elles vont à l'encontre de ce que l'existence des brevets implique. L'art. 16(5) de la CBD laisse perplexe :

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

Il semble difficile d'imaginer ce qui pourrait être fait, conformément à la législation internationale en vigueur sur les brevets, pour garantir que les droits des brevets « s'exercent à l'appui et non à l'encontre » des objectifs de la CBD, à savoir d'assurer l'accès aux ressources génétiques (brevetées) et le transfert des techniques appropriées, notamment aux pays en voie de développement, ainsi qu'un partage juste et équitable des bénéfices découlant de l'utilisation de ces ressources génétiques (brevetées). Les brevets ne visent pas à autoriser l'accès, mais à le *limiter* afin d'optimiser les bénéfices que le détenteur du brevet tire de l'utilisation du produit ou du procédé concerné.

Quelle est la probabilité d'une refonte complète de la législation internationale sur les brevets ? L'heure n'est pas à l'optimisme dans la mesure où les droits des brevets sont de plus en plus souvent considérés comme des droits de propriété naturelle — c'est-à-dire des droits qui priment sur les institutions sociales et qui doivent être respectés quelles qu'en soient les conséquences.

(3) Le troisième moyen serait de mettre en place un dispositif de partage équitable des bénéfices *en dehors* du cadre des brevets, compte tenu du fait que l'attribution de brevets pour des « éléments de biodiversité » est, à plus d'un titre, difficile à justifier. Nous reviendrons sur cette question dans la dernière partie de ce texte. Nous allons préalablement aborder les dispositions du *Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture* (ITPGRFA) de la FAO sur l'accès et le partage des bénéfices, et les comparer avec celles de la CBD.

5. Approche de l'ITPGRFA sur l'accès et le partage des bénéfices

L'approche du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (2001, ci-après « le Traité ») diffère totalement de celle de la CBD. Alors que cette dernière ne recommande aucune procédure spécifique et encourage donc la conclusion d'accords *nationaux* ou *bilatéraux*, le Traité, lui, a défini un système *multilatéral* de législation de (types spécifiques de) la biodiversité.

Comme le soulignait Cary Fowler²⁸, la réglementation sur les ressources génétiques *liées à l'agriculture* est bien plus complexe que celle relative à la plupart des autres types de biodiversités. La diversité qui existait autrefois se diffuse dans le monde entier depuis des milliers d'années, et il est possible qu'elle se trouve entre les mains de plusieurs institutions réparties sur l'ensemble du globe. Ainsi, les recherches menées par la FAO ont montré que sur les quelque six millions d'échantillons de ressources génétiques conservés dans les banques de gènes, seuls 1 à 2 millions seraient « uniques »²⁹.

Le Traité reconnaît « les droits souverains des États sur leurs propres ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture » (art. 10.1). Il établit un système multilatéral « pour favoriser l'accès » à ces ressources et « partager, de façon juste et équitable, les bénéfices découlant de l'utilisation » de ces ressources (art. 10.2). Le Traité s'applique uniquement à un nombre limité de cultures — répertoriées dans une liste dressée « sur la base des critères de sécurité alimentaire et d'interdépendance » (art. 11.1)³⁰.

Les signataires du Traité acceptent de faciliter l'accès, pour l'alimentation et l'agriculture, aux ressources phytogénétiques — des cultures répertoriées — qu'ils « gèrent et administrent » et qui « relèvent du domaine public » (art. 11.2). Par « accès », on entend uniquement l'accès aux fins de l'alimentation ou de l'agriculture, comme précisé dans l'art. 12(3)(a) :

L'accès est accordé lorsqu'il a pour seule fin la conservation et l'utilisation pour la recherche, la sélection et l'apprentissage en matière d'alimentation et d'agriculture, à condition qu'il ne soit pas destiné à des utilisations chimiques ou pharmaceutiques, ni à d'autres utilisations industrielles non alimentaires et non fourragères. Dans le cas des plantes cultivées à usages multiples (alimentaires et non alimentaires), leur inclusion dans le Système multilatéral et l'applicabilité du régime d'accès facilité doivent dépendre de leur importance pour la sécurité alimentaire.

La disposition stipulant que les signataires doivent uniquement faciliter l'accès aux ressources qu'ils gèrent et administrent suggère que le Traité reconnaît des droits de propriété sur ces ressources³¹.

²⁸ Fowler, 2004. Page 9.

²⁹ FAO, 1998. *Rapport sur l'état des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture dans le monde*. Rome, FAO.

³⁰ Voir Annexe I du Traité, disponible sur le site : www.fao.org.

³¹ Il est également spécifié que : « L'accès aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture en cours de mise au point, y compris au matériel en cours

Il n'est pas clairement défini dans quelle mesure les droits de propriété *intellectuelle*, tels que les brevets, sont reconnus. Bien que l'art. 12(3)(f) du Traité indique que « l'accès aux ressources [...] protégées par des droits de propriété intellectuelle et autres droits de propriété est donné en conformité aux accords internationaux et aux lois nationales pertinents », l'art. 12(3)(d) stipule :

Les bénéficiaires ne peuvent revendiquer aucun droit de propriété intellectuelle ou autre droit limitant l'accès facilité aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture ou à leurs parties ou composantes génétiques, sous la forme reçue du Système multilatéral.

Mais quelles en sont les implications ? Cela signifie-t-il que le Traité s'oppose aux droits de propriété intellectuelle — puisque ces droits limitent l'accès facilité ? Ou cela veut-il dire qu'il est possible d'obtenir des droits de propriété intellectuelle tant que ceux-ci ne limitent pas l'accès facilité ? D'autres questions se posent : qu'implique l'expression « ou à leurs parties ou composantes génétiques » ? Signifie-t-elle que des gènes issus d'un matériel du système multilatéral ne peuvent pas être brevetés ? L'imprécision de l'expression « sous la forme reçue du Système multilatéral » constitue un autre problème majeur. Un gène isolé — sans même avoir été modifié — d'un matériel du système multilatéral peut-il être breveté (si la « forme reçue » n'était pas un gène isolé, mais une plante entière) ? Ou l'isolement est-il insuffisant ? Auquel cas, quel degré de modification faut-il pour que les ressources ou leurs parties cessent d'être reçues du système multilatéral ? À moins que le gène lui-même doive être considéré comme reçu du système multilatéral ?

Concernant le partage des bénéfices, le Traité part du principe que l'accès facilité aux ressources génétiques crée une obligation de partage des bénéfices via différents mécanismes : échange d'informations, accès aux technologies et transfert de celles-ci, renforcement des capacités et partage des profits découlant de la commercialisation (art. 13.2).

Une partie contractante est tenue d'effectuer un paiement à « un mécanisme approprié tel qu'un compte fiduciaire » (art. 19.3.f) sous réserve que les conditions suivantes soient remplies (art. 13.2.d.ii) : la partie a obtenu l'accès facilité au matériel du système multilatéral, et cette partie commercialise un produit qui incorpore ce matériel — ce produit étant lui-même une ressource phytogénétique pour l'alimentation et l'agriculture. Toutefois, si ce produit est disponible sans restriction pour d'autres à des fins de

de mise au point par les agriculteurs, reste à la discrétion des obtenteurs, pendant la période de leur mise au point. » Voir art. 12(3)(e).

recherche et de sélection, la partie qui commercialise le produit est alors simplement « encouragée » à effectuer ce paiement.

L'obligation de partage des bénéfices est exposée dans l'Accord de transfert de matériel (ATM) adopté par l'Organe directeur du Traité (art. 12.4). Les fonds obtenus grâce au système de partage des bénéfices du Traité doivent être utilisés pour financer des activités liées aux ressources phytogénétiques (telles que leur conservation), en particulier dans les pays en voie de développement et dans les pays en transition.

6. Légitimité de l'attribution de brevets sur les « éléments de biodiversité »

Dans cette section, nous ne discutons pas de ce que devrait être *la nature* d'un dispositif de partage des bénéfices en dehors du cadre des brevets ; nous tentons simplement de démontrer qu'il devrait être développé *en dehors du cadre des brevets* parce que l'attribution de brevets sur les ressources génétiques pose de nombreux problèmes. Nous n'abordons ici que l'un de ces problèmes, à savoir la « découverte/l'invention »³².

Dans la plupart des pays, la législation sur les brevets stipule que toute invention nouvelle, comprenant une activité inventive et faisant preuve d'une utilité (ou, selon la terminologie de la Convention sur le brevet européen, susceptible d'application industrielle), est brevetable³³.

³² Pour en savoir plus sur les autres motifs de remise en question de la légitimité de l'attribution de brevets sur les ressources génétiques, voir Shulman S., 1999. *Owning the future. Inside the battles to control the new assets — Genes, software, databases, and technological know-how— that make up the lifeblood of the new economy*. New York, Houghton Mifflin [ci-après Shulman, 1999]. Chap. 6 (« Soybean dreams »). Voir aussi Drahos P. et Braithwaite J., 2002. *Information Feudalism. Who owns the knowledge economy?* Londres, Earthscan [ci-après Drahos (2002)]. Chap. 10 (« Biogopolies »). Voir aussi Sterckx, 2000. Voir aussi Commission des droits de propriété intellectuelle, 2002. *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policy*. Chap. 3 (« Agriculture and genetic resources »).

³³ Autre exigence généralement acceptée : toute demande de brevet doit présenter l'invention d'une façon suffisamment claire pour que celle-ci soit réalisée par une personne compétente dans le domaine concerné. De nombreux commentateurs remarquent qu'en biotechnologie cette exigence est souvent négligée. Des brevets anormalement vagues sont ainsi attribués, pouvant dissuader quiconque d'approfondir ses recherches. Cela peut également entraîner une menace de sur-privatisation des connaissances scientifiques.

La définition du terme « invention » n'est pas toujours claire. Conformément à la loi américaine sur les brevets, il est possible d'obtenir un brevet sur des procédés, machines, produits manufacturés et composés de la matière, ainsi que sur leur amélioration (cf. Section 35 du United States Code, § 101). Selon le commentateur Donald Chisum :

[...] les trois classes de produits [machines, produits manufacturés et composés de la matière] comprennent tous les types d'entités structurelles créées par l'homme. Cela résulte du fait que, dans la classe des « produits manufacturés », on inclut généralement tous les produits fabriqués par l'homme à l'exception des machines et des composés de la matière.³⁴

La loi américaine sur les brevets interdit l'attribution de brevets pour certaines catégories d'objets, notamment les droits naturels, les concepts intellectuels et les formules mathématiques³⁵. Les algorithmes et les méthodes commerciales sont également exclus de toute brevetabilité (du moins en théorie).

Selon cette loi, les « produits de la nature » ne sont pas considérés comme brevetables parce qu'ils n'appartiennent à aucune des catégories citées plus haut (machines, composés de la matière ou produits manufacturés)³⁶. Dans *Ex parte Latimer*³⁷, le commissaire américain aux brevets a déclaré qu'aucun brevet ne pouvait être attribué sur les « tissus cellulaires de [l'arbre] *Pinus australis* extraits des [...] aiguilles de pin »³⁸, affirmant que :

[M]ême si [...] l'on découvrait, pour la première fois, que les feuilles et les aiguilles de cet arbre présentent une fibre pouvant être extraite grâce à certains procédés et servir à l'homme, il serait difficile d'affirmer que l'invention ne se résume pas au procédé par lequel la fibre peut être extraite de la feuille naturelle. [...] Ou alors, on accepterait de breveter un élément ou un principe, et le détenteur du brevet obtiendrait le droit exclusif d'extraire des arbres de la forêt, via son nouveau procédé [...] la fibre que la nature a créée pour l'usage de tous les

³⁴ Chisum D.S., 1997. *Chisum on Patents. A Treatise on the Law of Patentability, Validity and Infringement*. New York, Matthew Bender [ci-après Chisum (1997)], Vol. I, Ch. 1, § 1.01, p. 1-8.

³⁵ Merges R. P., 1997. *Patent law and policy. Cases and materials*. 2nd éd. Charlottesville, Michie, p. 63.

³⁶ Chisum, 1997. Note supra, § 1.02[7], p. 1-32.

³⁷ Décision du commissaire du 13 décembre 1889.

³⁸ Citation de Donald Chisum, note supra, § 1.02[7][a], p. 1-33.

hommes. [...] [L]a fibre, lorsqu'elle est librement accessible, n'est nullement modifiée ou différente de sa composition naturelle [...]³⁹

Dans la célèbre décision *In re Bergy* (1977), la commission a déclaré que la disposition sur les « produits de la nature » ne s'appliquait qu'aux objets « purement arrachés à la Terre » (« merely plucked from the earth »)⁴⁰ que le demandeur de brevet revendique en tant que tels. Si l'on suit ce raisonnement, tout objet désigné sous une autre forme que sa forme naturelle ne doit pas être considéré comme un « produit de la nature » et devient donc brevetable.

Ce critère fut au cœur de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Diamond contre Chakrabarty* (1980), qui fit jurisprudence. La Cour suprême devait alors déterminer si un microorganisme transgénique pouvait faire l'objet d'un brevet. Ananda Chakrabarty fit sa demande de brevet en 1972. La bactérie transgénique en question était capable de dégrader le pétrole brut et pouvait donc être utilisée dans la lutte contre les marées noires. L'examineur de brevets indiqua qu'une telle demande n'était pas recevable car, pour lui, les microorganismes sont (a) des « produits de la nature » et (b) des organismes vivants qui, par conséquent, ne sont pas brevetables conformément à la Section 35 du United States Code, § 101. Par 5 voix contre 4, la Cour suprême statua en faveur de la brevetabilité de la bactérie en affirmant que :

[La] demande [en question] ne porte pas sur un phénomène naturel jusqu'ici inconnu, mais sur un produit manufacturé ou un composé de la matière non naturels — c'est-à-dire un produit né de l'esprit humain [...] [L]e demandeur du brevet a créé une nouvelle bactérie dont les caractéristiques diffèrent sensiblement de tout ce que l'on peut trouver dans la nature [...] Sa découverte n'est pas le fruit de la nature, mais de son travail ; elle peut donc faire l'objet d'un brevet conformément au § 101.

[O]n ne fait pas ici une distinction entre les choses vivantes et les choses inanimées, mais entre les produits de la nature, vivants ou non, et les inventions humaines.⁴¹

Les quatre juges récalcitrants soutinrent que :

³⁹ Décision du commissaire de décembre 1889, 125-27, citée par Donald Chisum, note supra, § 1.02[7][a] : p. 1-33/1-34.

⁴⁰ *In re Bergy*, 563 F.2d 1031, 1036, 195 USPQ 344 (C.C.P.A. 1977), citation de Donald Chisum, note supra, § 1.02[7][a] : p. 1-34.

⁴¹ 447 U.S. 303, 206 USPQ 193, 1980.

[...] Le Congrès a manifestement statué persuadé que le § 101 n'inclut pas les organismes vivants. C'est au Congrès, et non à cette Cour, d'étendre ou de restreindre le champ d'application de la loi sur les brevets, en particulier lorsque, comme dans le cas présent, le composé faisant l'objet du brevet touche un sujet d'intérêt public.⁴²

La brevetabilité des plantes fut confirmée dans *Ex parte Hibberd*⁴³.

Dans *Ex parte Allen*⁴⁴, la Chambre des appels du Bureau américain des brevets et des marques décida qu'une « forme de vie *animale* créée par l'homme »⁴⁵ — dans ce cas, des huîtres polyploïdes du Pacifique — était brevetable conformément à la Section 35 du United States Code, § 101, alors que l'examineur avait rejeté la demande au motif que les entités vivantes ne peuvent pas être brevetées. La Chambre des appels rejeta cet argument, se référant à la décision des cas *Chakrabarty* et *Hibberd*⁴⁶. Selon elle :

[...] pour déterminer si l'objet de la demande est brevetable conformément au paragraphe 101, il suffit de savoir s'il a été créé par l'homme. S'il est apparu naturellement, il ne peut pas être légalement breveté. Le fait, revendiqué par l'examineur, que les huîtres produites par la méthode présentée soient « contrôlées par la loi de la nature » ne répond pas à la question de savoir si l'objet est un produit manufacturé ou un composé de la matière non naturels.⁴⁷
(ajout des caractères italiques)

Par conséquent, on en revient encore à la seule question à laquelle il faille répondre, à savoir : l'objet du brevet a-t-il été créé naturellement ou par l'homme ? Cette « solution » semble poser au moins deux problèmes majeurs. D'abord, l'exclusion des « organismes vivants » (si l'objet présenté est un organisme vivant, il ne peut pas être breveté) n'est même pas traitée. Ensuite, concernant l'exclusion des « produits de la nature », la « solution » proposée semble peu convaincante. En effet, on peut se demander dans quels cas l'utilisation de l'expression « créé par l'homme » est appropriée. Prenons les organismes génétiquement modifiés. L'ajout d'un ou d'une poignée de gènes étrangers à

⁴² Ibid.

⁴³ 227 USPQ 443 (Bureau américain des brevets et des marques, Chambre des appels et des interférences, 1985).

⁴⁴ 2 USPQ 2d 1425 (Bureau américain des brevets et des marques, Chambre des appels et des interférences, 1987).

⁴⁵ Ibid (ajout des caractères italiques).

⁴⁶ Dans le cas *Allen*, la demande fut néanmoins rejetée pour manque d'activité inventive. Voir Chisum, 1997, note supra, § 1.02[7][d] : 1-51.

⁴⁷ 2 USPQ 2d, 1426-27.

un animal possédant 30 000 gènes autorise-t-il à prétendre avoir « inventé » l'animal transgénique ainsi obtenu ? L'animal devient-il soudainement une « création de l'homme » ?

La Convention sur le brevet européen (1973) dresse une liste non exhaustive de ce qui ne doit pas être considéré comme une invention et qui ne peut donc être brevetable : les découvertes, les théories scientifiques et les méthodes mathématiques ; les créations esthétiques ; 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'ordinateurs et les présentations d'informations⁴⁸.

Comme indiqué auparavant, l'accord TRIP de l'OMC a énormément étendu le concept de brevetabilité — un nombre croissant de domaines, autrefois exclus du système de brevets, y sont désormais intégrés, et, parallèlement, l'interprétation des exclusions est plus restreinte. Ainsi, l'accord TRIP stipule que :

[...] 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. [...] des brevets pourront être obtenus, et il sera possible de jouir de droits de brevet sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, *au domaine technologique* et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale.⁴⁹

L'entrée en vigueur de l'accord TRIP empêche désormais les pays d'exclure, par exemple, les produits chimiques, les aliments et les médicaments de toute brevetabilité⁵⁰. Même si les États membres sont toujours autorisés à refuser de breveter certains types d'objets⁵¹, l'accord TRIP ne comporte pas de liste de ce qui n'est pas considéré comme

⁴⁸ Art. 52(2) de la CBE.

⁴⁹ Art. 27(1) de l'accord TRIP (ajout des caractères italiques).

⁵⁰ L'accord TRIP est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1996 dans les pays industrialisés, le 1^{er} janvier 2000 dans les pays en voie de développement et ceux passant d'une économie planifiée à une économie de marché, les « pays les moins avancés » ayant dû, quant à eux, patienter jusqu'au 1^{er} janvier 2006. Lors de la Conférence ministérielle de l'OMC à Doha en novembre 2001, il a été décidé d'étendre la période de transition relative à l'introduction des brevets sur les produits pharmaceutiques jusqu'au 1^{er} janvier 2016.

⁵¹ Voir art. 27(2) de l'accord TRIP : « Les Membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions dont il est nécessaire d'empêcher l'exploitation commerciale sur leur territoire pour protéger l'ordre public ou la moralité, y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement, à condition que cette exclusion ne tienne pas uniquement au fait que l'exploitation est interdite par leur législation. » Voir aussi art. 27(3) de l'accord

des inventions. Conformément à l'accord TRIP, les découvertes peuvent faire l'objet d'un brevet.

Toutefois, la non-brevetabilité des « découvertes » — ainsi que la différence entre une « découverte » et une « invention » — pose un problème majeur en biotechnologie. En effet, on peut se demander si les (*parties des*) *organismes vivants sont des inventions ou des découvertes. De facto*, des brevets sur ces objets sont fréquemment attribués sous le prétexte que le simple fait d'*isoler* une substance de son environnement naturel ou de la *purifier* transforme la découverte de cette substance en une invention.

Cette thèse est reprise, par exemple, dans le préambule de la Directive européenne sur les brevets en biotechnologie (1998)⁵², notamment dans les paragraphes expliquant pourquoi les éléments isolés du corps humain ou résultant de procédés techniques sont brevetables. L'art. 5 de cette Directive stipule que :

1. Le corps humain, aux différents stades de sa constitution et de son développement, ainsi que la simple découverte d'un de ses éléments, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, ne peuvent constituer des inventions brevetables.
2. Un élément isolé du corps humain ou autrement produit par un procédé technique, y compris la séquence ou la séquence partielle d'un gène, peut constituer une invention brevetable, même si la structure de cet élément est identique à celle d'un élément naturel.
3. L'application industrielle d'une séquence ou d'une séquence partielle d'un gène doit être concrètement exposée dans la demande de brevet.⁵³

TRIP : « Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité : (a) les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux ; (b) les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens [...] »

⁵² Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (JO L 213 du 30 juillet 1998 p. 13). L'adoption de cette Directive implique clairement une extension du concept de brevetabilité. Bon nombre des arguments sur lesquels repose cette extension ne sont pas convaincants. Voir Sterckx S., 2000. *European patent law and biotechnological inventions*. p. 37-63.

⁵³ Le paragraphe 24 du préambule explique que cette condition doit être remplie afin de répondre au critère d'application industrielle.

Selon le paragraphe 21 du préambule, les éléments isolés du corps humain ou autrement produits sont brevetables parce qu'ils sont, « par exemple », le résultat de procédés techniques que seul l'être humain est capable de mettre en œuvre et que la nature est incapable d'accomplir par elle-même. Cette disposition découle du raisonnement selon lequel tant qu'une « chose » se trouve à l'intérieur du corps d'un être humain, elle représente un élément naturel qui ne peut être breveté. Cependant, une fois que cette « chose » est isolée du corps humain, elle devient brevetable, *même si sa structure est identique à celle d'un élément naturel*, puisque les procédés utilisés pour l'obtenir sont techniques. Cet argument est, toutefois, réfutable car même si un élément naturel a été isolé de son environnement par des moyens techniques, son caractère naturel n'en a pas pour autant été modifié (de même que la purification de l'élément ne pourrait le modifier)⁵⁴. Les éléments naturels peuvent uniquement être « découverts » (et non pas « inventés »). Même si ces éléments isolés ou autrement obtenus remplissent les critères stricts de brevetabilité (notamment d'« utilité », par exemple pour la fabrication d'un médicament ou d'une nouvelle plante), ils n'en demeurent pas moins des éléments naturels. Renvoyer au caractère technique (et non naturel) des procédés d'isolement ne peut servir qu'à appuyer la brevetabilité des *procédés eux-mêmes* et non celle des *éléments* isolés via ces procédés (tels que les gènes), quel que soit l'organisme d'origine de ces éléments.

Sur la distinction entre invention et découverte, Peter Drahos remarque, à juste titre :

Les bases de la législation sur les brevets ont été jetées au cours d'une ère d'inventions mécaniques. Esquisser une distinction entre invention et découverte et l'appliquer au cas d'un moteur à vapeur étaient alors relativement simples. Lorsque les entreprises ont commencé à breveter des composés chimiques, cette distinction est alors devenue plus confuse. Si l'on reprend la métaphore du moteur à vapeur, on peut assimiler la synthèse de nouveaux composés à une invention

La Convention sur le brevet européen n'aborde pas du tout la brevetabilité des êtres humains ni des parties du corps humain. Toutefois, les dispositions susmentionnées de la Directive européenne ne sont qu'une « officialisation » d'une politique d'attribution de brevets appliquée depuis des années par les bureaux des brevets des pays industrialisés.

⁵⁴ Sur la question de la pureté d'un produit comme critère de brevetabilité, Donald Chisum indique que, conformément à la conclusion de l'affaire *Parke-Davis & Co. contre H.K. Mulford & Co.* [189 F. 95 (S.D.N.Y. 1911)], il convient de déterminer si les substances concernées diffèrent « en type » ou « en degré ». Chisum, 1997. Note supra, § 1.02[9] : 1-54/1-55. Pour lui, il n'existe aucune différence de type à moins que la forme purifiée de la substance ait une toute nouvelle « utilité ». Ibid. : 1-55/1-57. La plupart des gènes des hommes et des autres organismes vivants pour lesquels on attribue régulièrement des brevets ne rempliraient pas cette condition.

relevant de l'ingénierie mécanique. L'utilisation de cette métaphore pose davantage de problèmes en chimie organique lorsqu'un chimiste découvre des molécules qui existent dans la nature et qui disposent de propriétés utiles. Concernant les demandes de brevets relatives aux séquences ADN et à leurs protéines respectives, la métaphore semble encore plus fragile. Il est difficile de prétendre posséder un droit sur le code ADN sous prétexte qu'il a été modifié. Après tout, il existait bien avant le génie génétique et les laboratoires professionnels. Il a été découvert et non conçu ou créé.⁵⁵

En effet, sur la question d'accorder ou non une récompense, le problème de la distinction entre les choses créées et celles découvertes se pose plus que jamais. Ces deux situations suscitent différentes intuitions éthiques. Pour nous, la revendication de quelqu'un qui se contente de découvrir un bien ne vaut pas celle d'une personne qui en a créé un. Bien sûr, une découverte peut être le fruit d'un dur travail, mais, comme l'a si joliment décrit une ancienne décision d'une Cour américaine :

Une découverte peut s'avérer brillante et utile, mais non brevetable. Peu importe qu'il ait fallu de longues nuits de travail solitaire ou des efforts insurmontables pour arracher le secret des entrailles de la Nature, quel que soit le but, aussi salutaire soit-il, de la découverte, cela ne suffit pas.⁵⁶

Aujourd'hui, des brevets sont accordés pour des choses qui appartenaient auparavant au domaine public, même si cela va à l'encontre de la loi dans son interprétation stricte (plus précisément, dans l'interprétation stricte des critères de brevetabilité, que sont la « nouveauté » et l'« inventivité », qui devrait empêcher que l'on touche au domaine public).

Dans son remarquable ouvrage *Shamans, Software & Spleens. Law and the construction of the information society*⁵⁷, James Boyle décrit une « triade » d'éléments qui devraient apaiser les tensions qui sommeillent dans le domaine des droits d'auteur : (i) la figure de l'auteur romantique, (ii) le thème de l'originalité et (iii) la différence conceptuelle entre l'idée et l'expression⁵⁸. L'hypothèse centrale de James Boyle est que cette triade pose un

⁵⁵ Drahos, 2002. Page 157.

⁵⁶ *Morton contre New York Eye Infirmary*, 17 F. Cas. 879, 884 (No. 9865) (S.D. N.Y. 1862).

⁵⁷ Boyle J., 1997. *Shamans, Software & Spleens. Law and the construction of the information society*. Cambridge, Harvard University Press.

⁵⁸ En théorie, dans la loi sur les droits d'auteur, il ne peut être accordé de droits que sur l'expression donnée d'une idée et non sur l'idée elle-même (qui, en théorie, reste du domaine public).

problème fondamental : le concept romantique de « paternité » aboutit nécessairement à une *sous-estimation* du rôle des sources externes (qui contribuent au résultat final) car on accorde *trop d'importance* à l'ingéniosité de l'auteur et à l'originalité de son travail.

Il est également possible d'appliquer le raisonnement de James Boyle au *droit des brevets*. Dans ce domaine, une autre triade semble se dessiner : (i) la figure de l'inventeur entreprenant, (ii) le thème de l'inventivité et de l'ingéniosité (par exemple, la célèbre proposition de Thomas Jefferson qui, pour défendre le système des brevets, a demandé que « l'ingéniosité reçoive un encouragement libéral » [« ingenuity should receive a liberal encouragement »])⁵⁹ et (iii) la différence conceptuelle entre ce qui appartient au domaine public et ce qui est nouveau (par exemple, l'argument fréquemment avancé, quoique réfutable, qu'un demandeur de brevet ne « retire » rien au public qui n'ait été auparavant à sa disposition, car, sans lui, l'invention n'aurait jamais pu se faire et, par conséquent, il peut bénéficier d'un brevet).

Si l'on observe les conséquences du système mondial de brevets actuel sur les possibilités de protection de la biodiversité, plusieurs signes nous indiquent que la triade évoquée plus haut — relative aux brevets — présente les mêmes répercussions que celles relevées par James Boyle dans le domaine des droits d'auteur : (i) l'attribution d'un nombre démesuré de brevets, faisant émerger des « anti-communs » qui retarderont ou ralentiront l'innovation⁶⁰, (ii) une sous-estimation de l'importance des « sources » (les fournisseurs) d'information que les inventeurs utilisent comme « point de départ » (par exemple, les détenteurs des « connaissances traditionnelles ») et (iii) une sous-estimation des intérêts des « destinataires » (c'est-à-dire le grand public ou des groupes spécifiques qui pourraient bénéficier de l'utilisation de l'invention, par exemple les patients⁶¹ et les agriculteurs⁶²).

⁵⁹ *Letter to Oliver Evans*, mai 1807, Washington (ed.), *Writings of Thomas Jefferson*, Vol. V : 75-76, citation de Merges R.P., 1997, *Patent Law and Policy. Cases and Materials*. Seconde édition. Charlottesville, Michie : 483.

⁶⁰ Rangnekar D., 2004. *Can TRIPs Deter Innovation? The Anticommons and Public Goods in Agricultural Research*. Document destiné à l'atelier international « Governance of biodiversity as a global public good: Bioprospection, intellectual property rights and traditional knowledge » qui s'est tenu au Centre de philosophie du droit de l'Université catholique de Louvain, les 5 et 6 février 2004, à Louvain-la-Neuve, en Belgique.

⁶¹ Voir, par exemple, Sterckx S., 2004. Patents and access to drugs in developing countries: An ethical analysis. *Developing World Bioethics*, 4(1) : 58-75.

⁶² Voir, par exemple, Shulman, 1999. Chap. 6.