

**PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS ASSOCIÉS :
UNE APPROCHE JURIDIQUE EN MATIÈRE
DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE***

Ana Rachel TEIXEIRA-MAZAUDOUX**

Résumé : Ce travail traite de l'adéquation et de l'applicabilité des droits de propriété intellectuelle comme régime de protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques. L'analyse aura comme fondement l'identification de certains points de dissonance existants entre la nature des savoirs traditionnels associés et les caractéristiques de ces droits. Les questions relatives aux difficultés pratiques confrontées lors de sa mise en œuvre seront aussi soulignées, ainsi que la possibilité de surmonter ces obstacles par le biais de l'utilisation de l'outil de l'indication géographique dans la protection des produits issus de l'application des savoirs traditionnels associés.

Mots-clés : savoirs traditionnels associés ; propriété intellectuelle ; indication géographique.

Resumo: O presente artigo trata da adequação e aplicabilidade dos Direitos de Propriedade Intelectual como regime de proteção dos conhecimentos tradicionais associados aos recursos genéticos. A análise terá como base a identificação de alguns pontos de dissonância existentes entre a natureza dos conhecimentos tradicionais associados e as características dos referidos direitos. Serão sublinhadas, ainda, as dificuldades encontradas na sua real implementação, assim como a possibilidade de compatibilização dessas através da utilização do instituto da indicação geográfica na proteção dos produtos oriundos da aplicação do conhecimento tradicional associado.

Palavras-chave: conhecimento tradicional associado; propriedade intelectual; indicações geográficas.

I. INTRODUCTION

Un des plus grands défis du droit de l'environnement contemporain consiste sans doute en l'adaptation et en la création des instruments juridiques efficaces à la mise en œuvre de la protection de la diversité biologique mondiale, de ses composants, et des savoirs

* Le présent texte est largement basé sur la thèse « Proteção jurídica dos conhecimentos tradicionais : questões essenciais em matéria de propriedade intelectual » présentée dans le *10^o Congresso Internacional de Direito Ambiental: Direitos Humanos e Meio Ambiente*, réalisé à São Paulo, 06/09 juin 2006, et publié dans les actes du colloque en langue portugaise in BENJAMIN Antonio Herman (org), *Direitos Humanos e meio ambiente : human rights and environment*, Vol I, teses/independent papers, Imprensa Oficial, São Paulo, 2006, pages 333-348.

** L'auteur est docteur en Droit Public au Centre de recherches interdisciplinaires en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme - CRIDEAU, à l'Université de Limoges, ainsi que membre du Comité de rédaction de la Revue européenne de droit de l'environnement et du Groupe d'experts sur les Peuples Autochtones de la Commission de droit de l'environnement de l'UICN.

traditionnels des communautés locales et autochtones associés aux ressources génétiques.

I.1. La distribution géopolitique de la biodiversité et sa valeur économique

Les différences et les évolutions économiques et géopolitiques de la distribution et de l'utilisation de la biodiversité¹ mondiale montrent la nécessité, mais également les difficultés juridiques pour établir un système de protection et de mise en valeur de la biodiversité, qui soit à la fois acceptable et accepté. En effet, la diversité biologique² mondiale se trouve largement distribuée en proportion inverse à la capacité technologique et scientifique. En conséquence, plusieurs pays détenteurs d'une grande diversité biologique, avec une économie en développement et des infrastructures scientifiques limitées, ne participent pas activement aux rapides avancées technologiques et scientifiques, qui créent de nouveaux usages pour ces ressources³.

Ainsi, les ressources génétiques qui constituaient déjà un bien d'intérêt écologique pour la communauté internationale entière, actuellement, représentent un intérêt économique croissant, dont la préservation est essentielle⁴. L'importance de ce marché se traduit par des données vraiment significatives : « selon le Jardin Botanique de Londres, l'industrie pharmaceutique rapporte, dans le monde entier, environ US\$ 75 milliards, l'industrie des semences US\$ 30 milliards et les autres secteurs plus de US\$ 60.00 milliards »⁵. Le flux des ressources génétiques est presque immesurable. On l'estime entre « US\$ 500 et US\$ 800 milliards annuels dans le champs biotechnologique, agro-industriel, pharmaceutique etc. »⁶.

I.2. L'importance des savoirs traditionnels associés

Dans ce contexte, les savoirs traditionnels associés à ces ressources représentent un attrait pour les pays développés. Ces savoirs fonctionnent comme un raccourci dans la découverte de nouveaux produits, permettant la réduction de plusieurs années de

¹ « Le terme 'biodiversité', contraction de 'diversité biologique', a été adopté pour la première fois en 1985 pour nommer le Forum International sur la Biodiversité qui a eu lieu à Washington, en septembre 1986 », in SANT'ANA, Paulo José Péret de, *Bioprospecção no Brasil, contribuições para uma gestão ética*, Brasília: Paralelo 15, 2002, page 29.

² La diversité biologique est définie par la Convention sur la diversité biologique (CDB) à l'art. 2.

³ D'après 'Macilwain, 1998', cité par LAIRD Sarah et KATE Kerry ten, in: *Biodiversity and traditional knowledge*, page 241.

⁴ Selon le document « Accès aux ressources et rémunération des savoirs » de la SOLAGRAL, ONG française, « dans la perspective de l'industrie pharmaceutique, l'extinction de chaque plante médicinale pourrait entraîner une perte potentielle de plus de 200 millions de dollars. ». Plus informations sur le site : www.solagral.org

⁵ LIMA et BENSUSAN, Documentos ISA 8, *Quem cala consente ?*, page 5.

⁶ FEBRES Maria Elisa, in `La regulación del acceso a los recursos genéticos em Venezuela`, Prologo XIII.

recherche et l'économie de millions en investissement, et potentialisant énormément le pouvoir recherche-développement de ces sociétés. Selon les données de l'Institut National de la Propriété Intellectuelle Brésilien, « les industries économisent jusqu'à 400% en temps de recherche quand elles sont aidées par les traces fournies par les populations traditionnelles »⁷. Dans le cas du secteur pharmaceutique, par exemple, « sur 120 produits pharmaceutiques dérivés des plantes en 1985, 75% avaient été découverts à travers l'étude de leur usage médical traditionnel »⁸.

Par ailleurs, les populations traditionnelles ont toujours eu un rôle très important dans la conservation de la biodiversité. L'application de leurs pratiques traditionnelles a beaucoup aidé, non seulement au développement d'une importante gamme de connaissances sur l'usage de la diversité biologique, mais surtout à sa conservation et à sa préservation.

I.3. Du libre accès au principe de la souveraineté des pays sur leurs propres ressources

Pendant longtemps, l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés à ces ressources est resté libre, malgré une reconnaissance formelle dans les forums internationaux dès les années 1980. Il n'y avait pas d'obligations au niveau international de rétribuer les communautés autochtones ou locales pour l'utilisation de leurs savoirs. Le libre accès va ainsi contribuer à accentuer les différences entre les pays fournisseurs de ressources génétiques, normalement en développement, et les pays utilisateurs de ces ressources, notamment développés, jusqu'à l'adoption de la Convention sur la diversité biologique (CDB) où le débat sur le patrimoine commun de l'Humanité va être tranché, au profit d'une patrimonialité nationale selon le principe de souveraineté.

En ce qui concerne les savoirs traditionnels associés, la CDB a reconnu, dans son article 8j, l'importance de ces connaissances, en disposant que les pays détenteurs de biodiversité, sous réserve des dispositions de leurs législations nationales, devaient créer des instruments de protection des savoirs traditionnels associés de leurs communautés locales et peuples indigènes, en stimulant leur utilisation avec l'approbation et la participation des détenteurs, ainsi que la répartition équitable des bénéfices originaires de cet usage.

Toutefois, malgré ces dispositions sur l'accès aux savoirs traditionnels et la répartition juste et équitable des bénéfices, mentionnés aux articles 8j, 10 (c), 15, 16 et 19, la CDB ne définit pas les bases dans lesquelles se donnera l'accès, ni la dite répartition. Cela n'implique pas de dire que l'absence de ces normes ait empêché que des contrats d'accès soient fixés entre des sociétés, jardins botaniques, communautés traditionnelles

⁷ LIMA et BENSUSAN, *Op. cit.*, page 5

⁸ D'après Farnsworth et al, 1985, in LAIRD Sarah, *Biodiversity and traditional knowledge*, page 270.

et instituts de pays dans le monde entier, absolument pas ! Il s'agit là d'une lacune dans la définition de ces procédures, qui, si elle ne rend pas impossible, au moins rend difficile son application, étant un obstacle décourageant à l'accès et à l'utilisation des savoirs traditionnels associés à la biodiversité.

I.4. À la recherche d'un régime adéquat de protection des savoirs traditionnels associés

La communauté internationale va subir pendant plusieurs décennies une intense prise de conscience⁹ par rapport à la valeur intrinsèque et extrinsèque des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques et de son importance dans la préservation, dans la mise en valeur et dans l'utilisation de la diversité biologique. La CDB correspond au début de la reconnaissance des droits des pays sur leurs propres ressources naturelles et de la valorisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels. Elle a impulsé l'adoption de ce principe dans le cadre d'autres organismes internationaux et dans les régimes juridiques internes. Toute une gamme d'instruments internationaux contraignants, ainsi que nationaux, se sont développés derrière ce texte. Actuellement, plusieurs forums cherchent à mieux connaître le sujet, à débattre de la mise en place des instruments existants. Ils essayent de trouver des outils juridiques capables de protéger les droits des communautés locales sur leurs savoirs traditionnels.

Chacun des organismes susmentionnés traite les savoirs traditionnels associés à travers sa propre vision et son intérêt sur ce sujet. Les plus importants, pour leurs approches de l'objet et pour leur actualité sont la Convention sur la Diversité Biologique (CDB), le Traité International sur la protection des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPAA) dans le cadre de la FAO et les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) dans le cadre de l'OMC. Les pays et les organismes marchent ensemble, aux niveaux international, régional ou national, vers l'adoption et la création d'un système juridique qui puisse permettre la protection de ces savoirs et, en même temps, faciliter son accès et le partage juste et équitable des avantages dérivés de son usage. Plusieurs chemins sont proposés, mais très peu sont susceptibles de plaire à grecs et troyens.

Si d'un côté, la CDB et le TIRPAA incluent parmi les droits des communautés autochtones ou locales et des agriculteurs, la nécessité de la protection de leurs savoirs traditionnels, d'un autre côté, ni l'un ni l'autre ne proposent d'instruments pour la mise en œuvre de cette protection. L'ADPIC qui ne renvoie pas au sujet de la protection des savoirs traditionnels, prévoit, pourtant, des instruments pour la protection des variétés végétales : le brevet et/ou un régime *sui generis* de protection. Ces instruments n'étaient pas envisagés pour protéger les savoirs traditionnels, mais ils peuvent être utilisés afin

⁹ Plusieurs Organismes internationaux ont créé des Groupes spécialisés de travail pour la création de législations par rapport à la protection des savoirs traditionnels, comme l'OMPI, la FAO et le COP de la CDB. La conscientisation dans les communautés autochtones et locales, par contre, connaît une évolution beaucoup plus douce.

de protéger le résultat de l'application de ces savoirs, notamment concernant les variétés végétales dérivées de l'agriculture traditionnelle.

Il y a trois régimes principaux envisagés pour la protection des savoirs traditionnels dans le cadre juridique actuel, qui sont : 1) Le régime de Propriété Intellectuelle Conventionnel ; 2) Un Régime *sui generis* de Propriété Intellectuelle et 3) Un Régime *sui generis* distinct.

La CDB comme l'OMPI ont une tendance à considérer le régime *sui generis* comme étant une voie adéquate à la protection des savoirs traditionnels, étant donné leur caractère collectif, voir diffus, en plus de leur grande diversité.

Au sein de la Conférence des Parties (COP) de la CDB, cette tendance a été confirmée dans les deux dernières réunions, la COP-7 à Kuala Lumpur (2004) et la COP-8 à Curitiba (2006), lesquelles ont pris des décisions visant à définir les bases d'un régime *sui generis* de protection, lequel sera doté de quelques éléments généraux¹⁰, à utiliser, adapter et transformer en normes spécifiques à établir au niveau national. L'OMPI à son tour, a élaboré par le biais de son Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (ici nommé : *le Comité*), un Projet d'objectifs de la politique générale et les principes fondamentaux de la protection des savoirs traditionnels. Ce projet représente un véritable régime *sui generis* de protection. Toutefois, malgré son caractère très ancré de régime « *sui generis* », le projet prévoit l'utilisation des droits de propriété intellectuelle parmi les options de forme de la protection juridique¹¹. Le même constat peut être aussi fait par rapport au régime *sui generis* au sein de la CDB, lequel n'a pas non plus exclu la possibilité d'utilisation des droits de propriété intellectuelle comme forme de mise en œuvre de la protection des savoirs traditionnels.

Parmi les régimes de protection des savoirs traditionnels associés, le système de propriété intellectuelle est bien le plus connu, le plus puissant et l'un des plus défendus. Même s'il n'est pas proposé en tant que chemin unique, que régime juridique principal, ses outils juridiques (brevet, indication géographique, droit de l'auteur etc.) peuvent se faufiler parmi les instruments de mise en œuvre de la protection des savoirs traditionnels au sein des régimes *sui generis* de protection. Seul ce système dispose dans le monde entier d'une telle existence concrète et de défenseurs si virulents, puisque la plupart des partenaires des Droits de Propriété Intellectuelle (DPI) sont les pays développés, avec un régime juridique de Propriété Intellectuelle (PI) extrêmement

¹⁰ Parmi les éléments du régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels développé au sein de la CDB se trouvent l'obligation du consentement préalable en connaissance de cause, le partage des avantages découlant de son utilisation, et aussi le Certificat d'origine, de source ou de provenance légale. Ce dernier est en train d'être analysé au sein du projet de Régime international d'accès et de partage des avantages, qui est aussi un document issu de la COP de la CDB.

¹¹ Prévision existante dans l'Article 2 qui traite de la forme de protection juridique. Cette règle est établie dans les dispositions révisées relatives à la protection des savoirs traditionnels, objectifs de la politique générale et principes fondamentaux, annexe du document WIPO/GTRKF/IC/9/6, page 18. Disponible sur le site : www.wipo.org

avancé, et d'une grande influence sur le cours des négociations dans des forums tels que l'OMC ou l'OMPI notamment, où ce système vient au premier rang des possibilités envisagées, au moins (et principalement) dans la mise en œuvre de la protection des savoirs traditionnels associés.

II. LES SAVOIRS TRADITIONNELS AU SEIN DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Le point crucial dans cette section sera de se questionner sur la pertinence de l'adoption des DPI comme régime de protection des savoirs traditionnels. Toutefois, il y a encore plusieurs approches qui peuvent être données aux divers rapports existants entre les savoirs traditionnels et la Propriété intellectuelle, ce qui sera traité ensuite.

II.1. Réflexions initiales sur l'effet des DPI sur les savoirs traditionnels

Les savoirs traditionnels peuvent être objet de protection par les DPI de façon directe, en constituant l'objet même de la protection, ou de façon indirecte par la technique utilisée, alors objet de protection des DPI. Dans les deux cas, les détenteurs de savoirs peuvent ou pas coïncider avec les détenteurs des DPI¹².

Après l'adoption de la CDB, obligation fut faite de partager les avantages. Mais en l'absence d'obligation d'indiquer au moment du dépôt du brevet, la provenance des savoirs employés¹³, il est encore presque impossible de rendre applicable cette obligation, sauf pour une rhétorique géopolitique ou de marketing.

La question que se pose est celle-ci : au cas où les DPI n'auraient pas comme sujet des droits conférés (DPI) les communautés locales et autochtones, pourraient-elles alors continuer à les utiliser de manière libre et gratuite ? D'autres questions viennent ensuite à l'esprit : a) la nature des savoirs traditionnels et des savoirs qui normalement font objet de DPI et b) les effets de la protection par les DPI et la fonction sociale des savoirs

¹² Ainsi, une entreprise peut, par exemple, faire usage d'un savoir traditionnel sur les propriétés pharmacologiques d'une plante, créer un produit vendable qui peut faire objet de brevet. Le sujet des droits de propriétés intellectuelles sera ici l'entreprise et non les communautés locales ou autochtones.

¹³ Selon les informations données à la note n°12, ils existent deux prévisions dans le projet de régime international d'accès et de partage des avantages, lequel prévoit : 1) l'obligation de divulgation, au moment du dépôt de la demande d'un droit de propriété intellectuelle, de l'origine des ressources et aussi, le cas échéant, de l'utilisation de savoir traditionnel dans le produit ou l'invention qui fait objet de la demande de DPI et 2) la création d'un certificat d'origine, ou de source, ou de provenance légale des ressources génétiques, lequel servirait comme preuve que les règles relatives à l'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels du pays d'origine de la ressource aient été respectées au moment de l'accès. Au cas où ces deux obligations seraient établies, il y aurait plus de chance de contrôler l'usage indu des savoirs traditionnels et leur protection par des droits de propriété intellectuelle par des tiers. Il faut aussi souligner l'existence au sein de l'OMPI, d'un projet de recommandation pour la reconnaissance des savoirs traditionnels dans le système traditionnel de brevet. Ces deux projets peuvent être consultés au sein du site internet de la CDB : www.biodiv.org et de l'OMPI : www.wipo.org.

traditionnels. Ces questions initiales sont importantes à relever pour que puisse exister une idée plus générale des rapports existants entre les ST et les DPI avant de rentrer dans d'autres considérations plus spécifiques.

II.1.1. Les DPI : Un système nuisibles aux communautés locales et autochtones ?

Les défenseurs les plus conservateurs des DPI disent que le brevet sur un produit ou un procédé dérivé d'un savoir traditionnel, ne pose pas de problème aux communautés autochtones et locales. En effet, il protège le produit de l'utilisation par autrui mais n'empêche pas l'utilisation de ces savoirs par leurs détenteurs originaires. Ils argumentent encore dans le même sens que l'accomplissement des critères de nouveauté et, notamment, d'invention exigés dans le cas du brevet, naturellement, éviterait la copie des savoirs traditionnels. Les arguments sont corrects, mais ne sont pas absolus, parce qu'il y a des variations dans la confection des brevets, où le critère d'invention est extrêmement relativisé¹⁴. A part la question de la relativisation des critères de concession des brevets, il y a des cas où l'examineur de la demande de brevet n'est pas conscient de l'utilisation du savoir traditionnel et concède le DPI même quand le ST appartenait au domaine public (ex. : Turmeric, Neem, Ayahuasca et Hoodia cactus).

La question est également d'ordre moral, au sens que les communautés se sentent outrées de voir leurs savoirs traditionnels vendus ordinairement par des tiers, à l'image de simples marchandises. Même pas totalement copiés, ils n'en demeurent pas moins partie intégrante de l'art et de la technique.

Dans une vision critique basée sur le passé historique de la colonisation, il semble que l'idée du caractère public des savoirs traditionnels n'a pas trop changé à travers le temps. Il semble que les savoirs traditionnels étaient encore traités comme *res nullius* (propriété de personne), avant d'être « découverts » par les « explorateurs », scientifiques, gouvernements, corporations et organisations de conservation.¹⁵ Si cette affirmation n'est pas totalement vraie, puisque la CDB et d'autres règlements (OIT, OUA, UNESCO etc.) leur attribuent un statut de propriété privée, ces traces du passé colonial existent encore.

Toujours dans l'optique de la colonisation, les moyens d'obtentions de ressources et de savoirs traditionnels des pays en voie de développement (très souvent des colonies d'autrefois), par les pays colonisateurs, qui sont actuellement dans la plupart des cas des pays développés, se sont diversifiés et ont évolué avec le temps, passant du pillage direct, imposé par la force, à une véritable restriction du droit d'usage existant d'aujourd'hui. Cette pensée est corroborée et brillamment présentée par Marie-Angèle HERMITTE, qui va encore plus loin dans le raisonnement, par l'affirmation que : « les

¹⁴ Un exemple de la relativisation de ce critère est la possibilité de protéger les organismes vivants par le biais du brevet.

¹⁵ DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and Biodiversity*, 2000, IUCN and Earthscan publications, page 63.

monopoles ne sont plus des monopoles de fait, fondés sur un mélange de force et de ruse, mais des monopoles de droit, organisés par l'architecture représentative de la modernité juridique, qui articule conventions internationales, droits souverains, contrats et droits de propriété intellectuelle. L'exclusivisme souvent critiqué aujourd'hui est une tendance de fond qui traverse 2500 ans d'histoire, malgré les transformations de l'organisation politique, l'évolution des connaissances scientifiques et des technologies utilisées »¹⁶.

Ce passé d'une équité douteuse, engendre des inquiétudes sur leurs effets sur les savoirs traditionnels et leurs détenteurs originaux. Mais est-ce que ces inquiétudes ont une justification juridique ? La réponse n'est pas unanime, pouvant être très favorable, rechassant les doutes, comme très réticente, en souhaitant un nouveau système capable de réaliser la fonction sociale des savoirs traditionnels.

II.1.2. Les DPI et la nature collective des savoirs traditionnels

L'aspect limiteur des DPI constitue un autre point à souligner. Tout d'abord, il faut se demander si les savoirs traditionnels relèvent de la même catégorie générale que d'autres créations intellectuelles (les inventions et les travaux littéraires et artistiques) protégées par des droits de propriété intellectuelle spécifiques. La réponse n'est pas facile à dégager. D'un côté, les savoirs traditionnels font partie du patrimoine immatériel, de même que les créations intellectuelles protégées couramment par les DPI. D'un autre côté, ils sont essentiellement collectifs, voir même diffus, ne s'encadrant pas dans le système individualiste existant.

Les DPI sont normalement individualisés, allant ainsi contre la nature collective des droits sur les savoirs traditionnels. Ensuite, ils sont donnés au bénéfice d'une personne physique ou morale, qui sera capable de restreindre leur usage selon les règles des DPI, pouvant même empêcher leur usage. Cette caractéristique va contre la nature des savoirs traditionnels, lesquels ont besoin de circuler, d'être dans le domaine public pour perdurer et accomplir leur fonction sociale.

La fonction sociale des ST est de continuer à faire avancer la science grâce à l'aide qu'ils lui apportent, ainsi que de permettre aux communautés locales d'utiliser sans limitations aucunes ces savoirs dans leur vie courante pour se soigner, se nourrir (semences traditionnelles...) etc. Ces communautés sont souvent constituées de démunis, ce qui rend nécessaire l'usage de ces savoirs, qui en plus d'être gratuits utilisent des matières premières naturelles en libre-accès.

¹⁶ HERMITTE Marie-Angèle, «La construction du droit des ressources génétiques – exclusivismes et échanges au fil du temps » in HERMITTE Marie-Angèle et KAHN Philippe (sous la direction de), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le droit et le développement et du Centre de Recherche sur le Droit des Sciences et Techniques, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 1 et 2.

En termes d'utilité pratique ou de contribution pour l'héritage culturel de la société¹⁷, les droits de propriété intellectuelle ont démontré leur incapacité à garantir la fonction sociale des savoirs traditionnels. Ils sont inappropriés pour être employés comme régime exclusif de protection.

III. LA PROPRIETE INTELLECTUELLE ET LES SAVOIRS TRADITIONNELS : NATURE ET APPLICABILITE DU REGIME

En vue de mieux comprendre le rapport du système en question avec la protection juridique des savoirs traditionnels ; il semble opportun, préliminairement, de faire un examen succinct du type de protection recherchée par le législateur en ce qui concerne l'objet et l'objectif de la protection, ainsi que l'applicabilité des DPI dans la tutelle des savoirs traditionnels.

III.1. Type de réglementation : L'objectif de la protection

Avant de procéder à la réglementation d'une activité quelle qu'elle soit, il convient de s'interroger au préalable sur l'objectif non seulement de la réglementation, mais également de l'activité elle-même. Dans le cas nous concernant, la réglementation peut être de nature positive ou défensive par rapport à son effet. Il s'agira par ailleurs de définir l'objectif de l'accès aux savoirs traditionnels.

III.1.1. Une protection défensive ou positive

La réglementation des droits des communautés autochtones et locales sur leur savoir a comme objectifs généraux : 1) la préservation de leur savoir, en vue de son importance culturelle, environnementale et économique ; 2) la protection contre son usage inapproprié ou non autorisé par autrui.

Concernant la protection, celle ci peut être de nature défensive et/ou positive. La protection défensive tient compte de la protection contre l'usage indu par autrui, elle limite les actes des tiers vers l'objet de protection, comme le pillage. La protection positive établit des droits positifs à conférer aux détenteurs, en cas d'usage de leur savoir par un tiers.

Entre les régimes existants, il est probable que l'objectif de la législation soit à la fois défensif et positif. Mais il faut encore définir quels seront les droits positifs à conférer aux détenteurs (consentement éclairé et préalable, partage des avantages, droit d'acteur...) et quels sont les actes des tiers qui seront limités ou interdits (accès et

¹⁷ DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and Biodiversity*, 2000, IUCN and Earthscan publications, page 70.

publication conditionnés au consentement, empêcher ou limiter l'usage, avoir l'obligation de partager les avantages...).

III.1.2. Objectif de l'accès au savoir traditionnel : le commerce ou une recherche sans finalité commerciale

Un autre aspect qui doit être pris en compte au moment de l'élaboration de la loi, correspond au but de l'accès, c'est-à-dire, de l'usage qui sera fait des savoirs. Normalement, la distinction est établie sous le critère de la finalité commerciale ou non commerciale de la recherche. Dans les deux hypothèses, l'accès aux savoirs sera soumis à une procédure d'accès qui devra être, minimalement, décrite dans la loi d'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés.

Cependant, les exigences seraient plus rigides pour l'accès envisageant son application commerciale (ex. : production d'un cosmétique ou d'un médicament avec une recette indienne) et plus souple lorsque l'utilisation serait purement scientifique sans fin commerciale, comme c'est le cas souvent avec les chercheurs qui veulent cataloguer une plante ou étudier son mécanisme sans y voir aucun intérêt commercial. Un autre critère d'établissement d'une procédure différenciée, utilisé conjointement avec le critère finaliste présenté au-dessus, correspond au type d'acteur/demandeur à avoir l'accès.

La forme de procédure dépendrait de la nature juridique du demandeur : s'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale, si la personne morale est une entreprise de nature publique ou privée, nationale ou internationale, avec ou sans fins lucratives. Selon ce raisonnement, en consonance avec le critère finaliste, un Institut national de recherche sans fins lucratives aurait un traitement plus léger (différencié) qu'une entreprise internationale avec fins lucratives, par exemple.

L'utilisation d'un tel critère a comme fondement la difficulté ou presque l'impossibilité d'avoir la sûreté d'un usage non-commercial après que le demandeur ait eu accès au savoir. La limite entre la recherche purement scientifique et la recherche visant un usage commercial (bio prospection) est très précaire. Un chercheur peut initier son travail sur une plante, par exemple, sans avoir comme but la découverte d'une qualité chimique qui puisse être rentable (transformée dans un médicament). Après l'avoir découverte, il peut changer d'avis et, par exemple, la vendre à une entreprise, pour quelle soit commercialisée.

Le problème est loin d'être facile de résoudre, mais l'établissement d'une procédure d'accès, même distincte, peut aider à limiter l'usage indu. Au travers de l'établissement des règles de partage des avantages en cas d'usage commercial, les communautés fournisseurs seraient toujours protégées de l'accès et de l'usage indus.

III.2. L'applicabilité des droits de propriété intellectuelle à la protection des savoirs traditionnels associés

Même s'il y a des contradictions entre la nature de l'objet de protection des DPI et la nature des ST, et si les effets des DPI ne sont pas forcément les plus favorables, ce système n'est pas complètement écarté dans la protection de ces savoirs. Il y a des cas où les savoirs traditionnels ont été protégés par des instruments de la propriété intellectuelle et il y a des instruments qui peuvent être utilisés pour aboutir à l'objectif de protection recherché.

III.2.1. L'application des indications géographiques

Parmi les instruments qui peuvent être prévus dans la protection des savoirs traditionnels, il en a un qui ressort par sa caractéristique essentiellement collective : les indications géographiques. Cet instrument est d'ailleurs suggéré par plusieurs auteurs¹⁸ pour la protection des savoirs traditionnels et notamment de ses produits dérivés.

En effet, les Indications Géographiques (IG) représentent une voie alternative pour la survie des productions traditionnelles locales, face au marché de grande échelle imposée par l'économie mondialisée. Cet outil de la propriété intellectuelle peut se matérialiser en deux formes : l'appellation d'origine (appliquée en France) et l'indication de provenance (plus diffusée en Allemagne). Ces deux concepts sont des signes géographiques, nés des besoins de la pratique et envisagés dans le domaine agricole et agro-alimentaire, en principe¹⁹.

L'Appellation d'Origine Contrôlée (AOC) est « la dénomination géographique d'un pays, d'une région ou d'un lieu déterminé servant à désigner le produit qui en est originaire et dont la qualité ou les caractères sont dus exclusivement ou essentiellement au milieu géographique comprenant les facteurs humains. Le pays d'origine est celui dont le nom, ou dans lequel est située la région ou la localité dont le nom constitue l'appellation d'origine qui a donné au produit sa notoriété »²⁰.

L'indication de provenance est « le nom géographique du pays, de la ville, de la région ou de la localité de son territoire, devenu connu comme étant un centre d'extraction, de production ou de fabrication d'un produit déterminé ou de prestation d'un service déterminé »²¹.

¹⁸ « Bérard et Marchenay 1996 ; CDB Secrétariat 1996a ; Downes 1997b ; Dutfield 1997 » in DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and Biodiversity*, 2000, IUCN and Earthscan publications, page 85.

¹⁹ DENIS, Dominique, *Appellation d'origine et indication de provenance*, Dalloz, Paris, 1995, page 1.

²⁰ Définition prévue dans l'article 2° de l'Arrangement de Lisbonne de 31 octobre 1958, relatif à la protection internationale des appellations d'origine. Cet instrument juridique se trouve disponible à la consultation dans le site: http://www.wipo.int/treaties/fr/registration/lisbon/trtdocs_wo012.html.

²¹ Instituto Nacional de Propriedade Intelectual Brasileiro, site: <http://www.inpi.gov.br>.

L'Appellation d'Origine Contrôlée est originellement un système Français de réglementation²² des indications géographiques. Et, jusqu'à présent, le système Français d'Appellation d'Origine (contrôlé par l'Institut Nationale d'Appellation d'Origine, l'INAO) est l'exemple le plus important de protection par l'indication d'origine.

A part la France et l'Allemagne, ce système a influencé en Europe plusieurs autres pays, comme le Portugal, l'Espagne et, surtout, l'Italie, où nous pouvons trouver du vin, de l'huile d'olive, du fromage, entre autres produits protégés par ce label.

Cet instrument peut être adopté par les communautés locales et autochtones pour protéger certains de leurs produits et leurs procédés de production. L'AOC a un caractère collectif : elle a vocation à appartenir à tous les producteurs de l'aire déterminée, s'adaptant à la nature collective des savoirs traditionnels. D'autres avantages des indications géographiques sont inhérents à des caractéristiques propres de l'institut, comme : 1) son effet rétroactif²³ ; 2) son imprescriptibilité ; 3) son caractère incessible et indisponible ; 4) sa vocation essentiellement collective : l'AOC n'appartient à personne, car ce n'est pas un bien, mais une institution.

Si d'un côté cet outil semble être approprié aux produits issus des savoirs traditionnels, il faut que son octroi soit plus souple pour que leurs détenteurs puissent y accéder sans trop de difficulté. Une autre question à affronter, qui sera objet d'étude dans le prochain paragraphe, est le coût élevé de l'obtention de ces droits. A partir du moment où les communautés locales, peuples indigènes et agriculteurs locaux se voient contraints à payer un coût supérieur à leurs moyens, même si l'instrument est apte à protéger leurs savoirs, il sera hors de leur portée et incompatible avec leurs moyens financiers et conditions culturelles. Ces aspects sont une des facettes qui doivent être confrontées dans la mise en œuvre de ces droits, par ceux qui par intérêt ou nécessité en recourent au DPI.

III.3. La théorie et les difficultés de mise en œuvre

Quels que soient les arguments que l'on puisse mettre en avant pour justifier le système, il n'en demeure pas moins que certaines difficultés financières ou culturelles semblent parfois insurmontables.

III.3.1. Arguments pour et contre la Propriété intellectuelle

En réalité, Il y a plusieurs arguments pour et contre l'application des DPI traditionnels. Entre les arguments utilisés, on peut souligner les aspects suivants :

²² « L'AOC a été créée en 1935 à propos du vin et des eaux-de-vie. » in DENIS, D., *op.cit.*, page 66.

²³ DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and Biodiversity*, 2000, IUCN and Earthscan publications, page 87.

III.3.1.1. Le but de la propriété intellectuelle et les intérêts des communautés locales et autochtones

La propriété intellectuelle a un but commercial et/ou économique qui peut se confronter avec la nature des savoirs traditionnels et l'intérêt des détenteurs, ne cherchant pas une commercialisation. Ils sont une conséquence des pratiques locales, traditionnelles, qui évoluent en raison des nécessités diverses (culturelles, agricoles, environnementales). Ils ne sont pas des biens marchands, par essence. La propriété intellectuelle se limite à des droits de valeur économiques.

Le Comité de l'OMPI contre argumente que les DPI servent à empêcher l'utilisation de l'objet de la protection par des tiers. Ils permettent à leur titulaire d'en interdire l'accès. En effet, cela est une des caractéristiques principales de ces droits. Quel que se soit le patrimoine protégé, de nature culturel ou commercial, les DPI vont être les mêmes dans les deux cas. Le seul aspect qui va changer sera l'usage que les détenteurs voudront avoir à travers l'imposition de ces droits. La protection par les DPI n'aurait pas le potentiel de transformer les savoirs en marchandises, mais il donnerait aux détenteurs les moyens de se défendre contre l'usage discriminatoire de leurs savoirs.

Toutefois, les savoirs traditionnels sont des droits de nature collective et, dans certains cas (quand ils sont dans le domaine public), de nature diffuse²⁴, de plus les communautés ont des formations politiques, culturelles et économiques, parfois, extrêmement différentes de la société économique qui fait usage de ce type de droit. Ainsi, pour qu'elles puissent utiliser le système de propriété intellectuelle, un changement substantiel et indésirable risque de s'opérer dans les communautés locales et autochtones, afin de s'adapter à ce système, en allant ainsi contre la préservation de leur identité culturelle (et par conséquence, contre la préservation de l'environnement).

III.3.1.2. L'absence de transparence légale et l'élévation des coûts de transactions

Un autre argument courant à faveur de l'utilisation de la propriété intellectuelle consiste dans le fait que l'absence de transparence légale engendre un état d'insécurité juridique nocif à l'utilisation des savoirs traditionnels.

Cet argument a été utilisé dans le cadre du Comité de l'OMPI lequel l'a qualifié de « nature juridique », mais qui semble plutôt avoir des justifications purement

²⁴ La notion de droits diffus, utilisée couramment en droit brésilien, se reporte à des droits qui sont détenus par des sujets de droit indéfinis, ce qui les diffèrent des droits collectifs, où les sujets sont identifiables (ex.: une classe de travailleurs) composés par des personnes unies par une base juridique commune ou un statut juridique commun. Le droit à un environnement sain reconnu dans l'article 225 de la Constitution Fédérale brésilienne exprime cette notion. Ce droit appartient à tous les individus sans distinction, et représente un bel exemple d'un droit diffus.

économiques. Il se fonde sur le fait que le régime de la propriété intellectuelle, étant un système « clair, transparent et efficace de protection des savoirs traditionnels, accroît la sécurité juridique et la prévisibilité, dans l'intérêt non seulement des détenteurs de savoirs traditionnels, mais aussi de la société dans son ensemble, y compris des entreprises et des instituts de recherche qui constituent des partenaires potentiels de ces détenteurs »²⁵.

Le motif principal de l'emploi des DPI réside en l'existence de droits de propriété précis et transparents dans le domaine des savoirs, élément important dans la réduction des coûts de transaction et pour le transfert de technologie. Le rapport entre les brevets et la biotechnologie est un bon exemple. Dans ce cas, quand les détenteurs de ces droits (gouvernements ou institutions à l'origine des inventions) ont besoin de transférer des inventions financées par des fonds publics sur le marché, de façon transparente et sûre, les droits et les obligations doivent être nettement précisés et attribués entre les parties. Pour cette raison (économique), la PI comme mécanisme privé d'appropriation, semble un bon instrument à adopter.

Selon ce raisonnement, en substituant la biotechnologie par les savoirs traditionnels, la protection de ces savoirs par la propriété intellectuelle serait la meilleure façon d'établir des « règles claires sur l'appropriation privée par les communautés traditionnelles de leurs propres expressions culturelles (y compris les savoirs techniques) »²⁶. La conséquence serait l'atténuation de l'énorme incertitude qui plane actuellement sur les activités de bioprospection menées par les institutions commerciales et les organismes de recherche.

L'argument, comme on peut l'observer, est de nature purement économique et ne soulève pas les difficultés existantes quant à la nature des savoirs traditionnels et de la mise en œuvre d'un tel régime.

III.3.2. Les difficultés culturelles et financières

Les arguments employés précédemment ont démontré d'un côté que si les principes du DPI peuvent être adoptés pour protéger les savoirs traditionnels associés et qu'ils peuvent être importants au moment de leur transaction, d'un autre côté, il y a des difficultés très fortes. Ces obstacles ont été observés par rapport à la fonction sociale de la libre circulation des savoirs traditionnels, qui ne peut pas être accomplie parmi les DPI (privatifs et restrictifs), et la nature collective de ces savoirs.

²⁵ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'OMPI, *Éléments constitutifs d'un système sui generis de protection*, WIPO/GRTKF/IC/4/8, disponible à la consultation sur le site : www.wipo.org

²⁶ Idem.

Il y a encore d'autres difficultés qui se montrent presque insurmontables, comme par exemple le fait que les communautés autochtones et locales ne soient pas préparées pour employer les DPI, soit pour des raisons culturelles, soit pour des raisons financières.

III.3.2.1. L'essence culturelle et non commerciale de la naissance des savoirs traditionnels

Culturellement, les communautés n'ont pas d'objectif commercial par l'usage des savoirs traditionnels : la création et l'évolution de ces savoirs sont la conséquence de leur style de vie (traditionnel), leurs besoins locaux, communautaires et environnementaux, mais elles n'envisagent pas, au départ, la création de nouvelles techniques juste pour les vendre ou pour commercialiser les produits qui en découlent. La mentalité de marché n'est pas un aspect présent dans la plupart des cultures des détenteurs de ces savoirs.

De plus, les critères de concession d'un DPI (par exemple, les brevets), sont très rigoureux et difficilement accomplis par les savoirs traditionnels qui ont comme caractéristique intrinsèque l'informalité. La conception de ces savoirs est essentiellement informelle, et ne vise pas du tout à remplir des qualités requises. Ainsi, les savoirs et les innovations pourront difficilement être encadrés dans le système de propriété intellectuelle existant.

En effet, ils sont avant tout un moyen d'identification culturelle. La protection des savoirs traditionnels relève avant tout du domaine des droits de l'homme, puisqu'ils constituent le centre des communautés traditionnelles où ils sont créés. Ils sont partie intégrante de leur culture, ayant un lien intrinsèque avec leur identité et dignité en tant que peuple.

Les savoirs traditionnels, selon une conception occidentale, semblent être créés de manière non systématique, sans méthodologie pour les raisons suivantes : les règles de transmission des savoirs traditionnels sont informelles ou culturelles, sans caractère systématique. Finalement, le processus conduisant à la création de savoirs traditionnels est fruit d'un mode de vie traditionnel, étant loin de l'aspect formel inhérent à la majorité des informations scientifiques et techniques non-traditionnelles.

III.3.2.2. Les coûts d'un système risqué pour les grands entrepreneurs

Un autre aspect qui rend difficile l'utilisation courante des DPI par les peuples indigènes et les communautés locales est le coût normalement très élevé de ce système. Le recours aux DPI suppose au départ : a) la capacité de formuler la demande de dépôt ou de registre (brevet ou marque, par exemple), qui exige une assistance juridique ; b) le paiement de frais aux Organismes de Propriétés intellectuelles nationaux et internationaux.

Ensuite, afin de maintenir ces droits, les détenteurs doivent avoir une structure de sauvegarde difficile à supporter, comme par exemple : avoir un cabinet d'avocats responsable pour la défense de leurs intérêts au niveau international, dans plusieurs pays (comme aux EUA, Japon, Angleterre etc.), où s'effectue la majorité des infractions ou d'atteintes à leurs droits.

Au niveau pratique, la puissance des entreprises internationales et la faiblesse économique des détenteurs traditionnels, ainsi que les coûts d'un éventuel litige, rendent la protection de leurs savoirs traditionnels par les DPI très difficiles. Aux Etats Unis, par exemple, il coûte environ US\$ 20.000,00 de préparer l'application du brevet²⁷, ce qui est loin de pouvoir être supporté par les communautés locales et autochtones. Une autre question à observer est la relation coût –bénéfice. En effet, les brevets ne donnent pas toujours un retour capable de compenser les coûts de leur dépôt.

Néanmoins, le système de protection intellectuelle est un système qui sera toujours pris en compte par les pays au moment de l'élaboration des accords bilatéraux de transferts de technologie. Ainsi, même si le système de propriété intellectuelle n'est pas uniquement appliqué, il y a une tendance²⁸ à en faire usage pendant l'établissement du partage des avantages.

IV. CONCLUSION

Malgré les arguments favorables à l'utilisation des droits de propriété intellectuelle comme forme de protection des savoirs traditionnels associés, qui ne sont pas absolument erronés, spécialement en ce qui concerne les indications géographiques, plusieurs questions continuent sans réponse : comment les détenteurs originaux de ces savoirs peuvent-ils protéger chacun de leurs savoirs par un instrument de DPI sans en connaître l'éventuelle utilité commerciale ? Si on passe outre cette question, comment pourraient-ils alors supporter les coûts d'une telle protection ? Comment serait dépassée l'absence du critère de nouveauté de chacun des savoirs traditionnels qui se trouvent dans le domaine public ?

Ethiquement, paraît-il juste de transformer un *modus vivendi* (système de pensée et de vie) pour que les communautés puissent s'adapter au système occidental de protection intellectuelle existant, si ce sont les entreprises, les institutions, les gouvernements, qui ont besoin de leurs savoirs ? Ne serait-il pas temps que la société se réveille pour commencer à comprendre leur logique, pour rentrer dans leur système, sans essayer de les transformer et de les encadrer ?

²⁷ Chiffres cités par POSEY 1996, in DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, trade and Biodiversity*, 2000, IUCN and Earthscan publications, page 69.

²⁸ Plus qu'une tendance, c'est une stimulation.

Pour tout ce que ces communautés et leurs savoirs représentent vis-à-vis de la conservation de la nature, et pour eux-mêmes, ils méritent d'être objet de débat, d'étude et de protection. Il faut trouver des moyens d'équilibre entre la protection et la stimulation, pour que la propagation de ces savoirs puisse continuer à faire avancer les cultures mondiales, sans qu'ils soient objet de pillage, pour maintenir vif le droit humain à l'existence en tant que personne et que peuple, ainsi que celui du respect du mode de vie, lequel préserve et conserve la diversité biologique, de laquelle ils sont et seront les éternels gardiens.

REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- BARBAULT Robert et CHEVASSUS-AU-LOUIS Bernard, *Biodiversité et changements globaux*, Ministère Français des affaires étrangères, ADPF, Paris, 2005.
- COMITE INTERGOUVERNEMENTAL DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE RELATIVE AUX RESSOURCES GENETIQUES, AUX SAVOIRS TRADITIONNELS ET AU FOLKLORE de l'OMPI, *Éléments constitutifs d'un système sui generis de protection*, WIPO/GRTKF/IC/4/8, disponible à la consultation sur le site : www.wipo.org
- CORREA, Carlos M. Droits souverains et de propriété sur les ressources phytogénétiques. Rome: FAO, 1994.
- CORREA, Carlos M. *Options for the Implementation of Farmers' Rights at the National Level*, T.R.A.D.E working papers 8. Genève: South Center, 2000.
- CORREA, Carlos M., *Access to plant genetic resources and Intellectual Property Rights*, Rome: FAO, 1999.
- CRUCIBLE Group II. *Le débat des semences, Volume 2, Solutions pour les lois nationales régissant le contrôle des ressources génétiques et des innovations biologiques*, Publ. en collaboration avec l'Institut International des ressources phytogénétiques et la Fondation Dag Hammarskjöld, 2003.
- DENIS, Dominique, *Appellation d'origine et indication de provenance*, Dalloz, Paris, 1995.
- DUTFIELD, Graham, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*, IUCN and Earthscan publications, 2000.
- GUIGNIER, Armelle, *Le rôle des peuples autochtones et des communautés locales dans le développement durable: figurants ou acteurs?*, Les cahiers du CRIDEAU, n° 11, PULIM, Limoges, 2004.
- HERMITTE Marie-Angèle et KAHN Philippe (sous la direction de), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Travaux du Centre René-Jean DUPUY pour le droit et le développement et du Centre de Recherche sur le Droit des Sciences et Techniques, Bruylant, Bruxelles, 2004.
- LAIRD Sarah A, *Biodiversity and traditional knowledge*, Eathscan Publication, London, 2002.
- LAIRD Sarah A. et KATE Kerry, *The commercial use of biodiversity*, Eathscan Publication, EC, 1999.

LIMA André e BENSUSAN Nurit, Documentos ISA 8, *Quem cala consente ?*, Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil, 2003.

OLSZAK Norbert, *Droit des appellations d'origine et indications de provenance*, Editions TEC et DOC, Paris, 2001.

SAMBUC Henri-Philippe, *La protection internationale des savoirs traditionnels*, L'Harmattan, Paris, 2003.

TEIXEIRA-MAZAUDOUX Ana Rachel, *Protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques: cadre juridique international*, Mémoire de DEA à l'Université de Limoges, 2002-2003.