

LES CONTRATS INTERNATIONAUX DE BIOPROSPECTION : MOYEN DE PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ ET DES SAVOIRS TRADITIONNELS OU INSTRUMENT DE BIOPIRATERIE ?

Walid Abdelgawad

Volume 22, numéro 1, 2009

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1068706ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1068706ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (imprimé)

2561-6994 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Abdelgawad, W. (2009). LES CONTRATS INTERNATIONAUX DE BIOPROSPECTION : MOYEN DE PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ ET DES SAVOIRS TRADITIONNELS OU INSTRUMENT DE BIOPIRATERIE ? *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 22(1), 53–85.
<https://doi.org/10.7202/1068706ar>

Résumé de l'article

Le choix des contrats internationaux de bioprospection, cumulé avec le modèle de l'économie de marché capitaliste comme moyen de mise en oeuvre des objectifs de la *Convention sur la diversité biologique* en matière de conservation de la biodiversité et de partage des avantages, s'avère à plusieurs égards périlleux pour les acteurs du Sud, notamment les communautés locales et autochtones. En pratique, en raison du déséquilibre flagrant des rapports de force entre parties, ces contrats peuvent être aisément instrumentalisés par la partie la plus puissante pour devenir un support de biopiraterie lorsque les conditions de la *Convention sur la diversité biologique* en matière de consentement préalable et de partage des avantages ne sont pas respectées. Dans tous les cas, ces contrats ne pourront pas garantir une protection suffisante des savoirs traditionnels contre la biopiraterie ni constituer une alternative fiable à un système multilatéral obligatoire comme celui défendu aujourd'hui par les pays du Sud dans le cadre des travaux du Conseil de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) portant sur le réexamen de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC.

LES CONTRATS INTERNATIONAUX DE BIOPROSPECTION : MOYEN DE PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ ET DES SAVOIRS TRADITIONNELS OU INSTRUMENT DE BIOPIRATERIE?

*Walid Abdelgawad**

Le choix des contrats internationaux de bioprospection, cumulé avec le modèle de l'économie de marché capitaliste comme moyen de mise en œuvre des objectifs de la *Convention sur la diversité biologique* en matière de conservation de la biodiversité et de partage des avantages, s'avère à plusieurs égards périlleux pour les acteurs du Sud, notamment les communautés locales et autochtones. En pratique, en raison du déséquilibre flagrant des rapports de force entre parties, ces contrats peuvent être aisément instrumentalisés par la partie la plus puissante pour devenir un support de biopiraterie lorsque les conditions de la *Convention sur la diversité biologique* en matière de consentement préalable et de partage des avantages ne sont pas respectées. Dans tous les cas, ces contrats ne pourront pas garantir une protection suffisante des savoirs traditionnels contre la biopiraterie ni constituer une alternative fiable à un système multilatéral obligatoire comme celui défendu aujourd'hui par les pays du Sud dans le cadre des travaux du Conseil de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) portant sur le réexamen de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC.

The choice of international bioprospecting agreements and free market based solution, as means of implementation of the *Convention on Biological Diversity (CBD)* goals relating to the conservation of biodiversity and access and benefit sharing, may reveal in many respects harmful to southern players, specially indigenous communities. In practice, because of the unequal bargaining strength of the parties, these bilateral agreements may be easily exploited by the most powerful part to become a tool of biopiracy. This is the case when the conditions of the *CBD* regarding prior informed consent and fair and equitable benefit sharing are not complied with. In all cases, these agreements cannot protect traditional knowledge from biopiracy in a satisfactory way nor be a reliable alternative to a multilateral compulsory system as that advocated today by the countries of the South within the framework of the Council for the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs) working group relating to the review of the provisions of TRIPs Agreement.

* Maître de conférences à l'Université de Bourgogne et membre du Centre de recherche et d'étude en droit et science politique (CREDESPO). Docteur en droit (Université de Bourgogne, France).

La biopiraterie est une pratique qui désigne soit l'appropriation illicite des ressources génétiques et des savoirs traditionnels qui y sont attachés par le biais des droits de propriété intellectuelle, notamment le système de brevets, soit l'accès et la collecte non autorisés de ces ressources en vue de leur commercialisation. Les biopirates arrivent aisément à dissimuler leurs actes : l'observation des pratiques et des savoirs des communautés locales leur permet d'identifier l'usage thérapeutique ou agricole des plantes, des semences et des substances d'origine animale, de dérober ces ressources génétiques dont bon nombre ne sont pas visibles à l'œil nu comme les micro-organismes, de synthétiser les molécules extraites de ces matériaux dont l'efficacité a été prouvée afin de pouvoir obtenir dans les pays du Nord une protection par des brevets (ou par des droits d'obtention végétale) de leur prétendue « invention » (ou variétés végétales). Rien dans le système de brevet ne les oblige à divulguer l'origine de leur invention au moment du dépôt de la demande. Le terme « biopiraterie » a été utilisé pour la première fois en 1993 par l'organisation non-gouvernementale (ONG) canadienne *The Rural Advancement Foundation International* (RAFI), qui a été rebaptisée *Action Group on Erosion, Technology and Concentration* (ETC Group)¹. Ce néologisme a connu rapidement une diffusion mondiale, notamment depuis son usage en 1997, dans le titre de l'ouvrage de la scientifique et activiste indienne Vandana Shiva². Il est employé aujourd'hui par les organisations internationales³ et les dictionnaires de renommée comme le *Oxford English Dictionary*. Diverses affaires de biopiraterie⁴ portant sur des ressources

¹ Voir ETC Group, « Biopiracy », en ligne : ETC Group <<http://www.etcgroup.org/en/issues/biopiracy>> (« Biopiracy refers to the appropriation of the knowledge and genetic resources of farming and indigenous communities by individuals or institutions who seek exclusive monopoly control (patents or intellectual property) over these resources and knowledge »).

² Vandana Shiva, *La biopiraterie ou le pillage de la nature et de la connaissance*, trad. par Denise Lucciono, Paris, Alias, 2002 [Shiva].

³ Voir les différents travaux de l'OMC relatifs à l'examen de l'article 27 de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. 3, Ann. IC (entrée en vigueur : 1^{er} janvier 1995) [*Accord sur les ADPIC*].

⁴ Sur la biopiraterie, voir Walid Abdelgawad, « La biopiraterie et le commerce des produits pharmaceutiques face aux droits des populations locales sur leurs savoirs traditionnels » dans Isabelle Moine-Dupuis, dir., *Le médicament et la personne : aspects de droit international*, Paris, LexisNexis, Litec, 2007, 323 [Abdelgawad, « La biopiraterie »]; Shiva, *supra* note 2; Ikechi Mgbeoji, *Global Biopiracy: Patents, Plants, and Indigenous Knowledge*, Vancouver, UBC Press, 2006 [Mgbeoji]; Keith Aoki, « Neocolonialism, Anticommon Property, and Biopiracy in the (Not-So-Brave) New World Order of International Intellectual Property Protection » (1998) 6 *Ind. J. Global Legal Stud.* 11; Pollyanna E. Folkins, « Has the Lab Coat Become the Modern Day Eye Patch? Thwarting Biopiracy of Indigenous Resources by Modifying International Patenting System » (2003) 13 *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 339; Gavin Stenton, « Biopiracy within the Pharmaceutical Industry: A Stark Illustration of how Abusive, Manipulative and Perverse the Patenting Process can be towards Countries of the South » (2004) 26 *Eur. I. P. Rev.* 17 [Stenton]; Lakshmi Sarma, « Biopiracy: Twentieth Century Imperialism in the Form of International Agreements » (1999) 13 *Temp. Int'l & Comp. L. J.* 107; Gian Carlo Delgado, « Biopiracy and Intellectual Property as the Basis for Biotechnological Development: The Case of Mexico » (2002) 16 *International Journal of Politics, Culture and Society* 297; Peter Drahos, « Indigenous Knowledge, Intellectual Property and Biopiracy: Is a Global Bio-collecting Society the Answer? » (2000) 6 *Eur. I. P. Rev.* 245; Cynthia M. Ho, « Biopiracy and Beyond: A Consideration of Socio-Cultural With Global Patent Policies » (2006) 39 *U. Mich. J. L. Ref.* 433; Sarah K. Kam, « Biopiracy in Paradise?: Fulfilling the Legal Duty to Regulate Bioprospecting in Hawai'i » (2005-2006) 28 *U. Haw. L. Rev.* 387 [Kam]; Lorna Dwyer, « Biopiracy, Trade, and Sustainable Development », (2008) 19 *Colo. J. Int'l Envtl. L. & Pol'y* 219 [Dwyer].

biologiques et des savoirs traditionnels des pays en développement riches en biodiversité et impliquant des acteurs des pays du Nord riches en biotechnologie, notamment étasuniens, (sociétés multinationales dans le secteur pharmaceutique, agro-alimentaire, institutions de recherches, universités, etc.) ont donné lieu à de fortes tensions Nord-Sud et à de vives critiques de la part de la société civile internationale, comme en témoignaient entre autres les célèbres affaires *Ayahuasca*⁵, *Curcuma*⁶, *Le haricot jaune mexicain*⁷ et le *Neem*⁸. La valeur totale du marché mondial des produits issus de ressources génétiques et des savoirs traditionnels atteint des chiffres vertigineux : elle a été évaluée selon une étude de référence en 1999 entre 500 et 800 milliards de dollars américains par an (dont notamment 300 à 450 milliards de dollars américains pour la vente des semences et produits agricoles et 75 à 150 milliards de dollars américains pour les produits pharmaceutiques)⁹. Il est à constater que les pays du Sud renferment 80 % de la biodiversité mondiale et douze d'entre eux sont considérés comme les « mégadivers », parmi lesquels figurent notamment le Brésil, avec 20 %, et l'Inde, avec 7 %¹⁰. De surcroît, 80 % de la population mondiale est dépendante aujourd'hui de la médecine traditionnelle pour se soigner¹¹.

Il n'existe pas d'études exhaustives et systématiques qui mesurent l'impact et le coût de la biopiraterie dans l'ensemble des pays du Sud, mais des estimations ont été fournies par des autorités nationales ou des organisations internationales. Ainsi, selon les études du Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD) effectuées déjà en 1999, la biopiraterie aurait coûté chaque année aux pays du Sud et à leurs populations (agriculteurs et communautés autochtones) environ 6 milliards de dollars par an; somme qu'ils auraient dû recevoir si les bénéfices réalisés par les biopirates de l'exploitation des plantes médicinales, des semences et des connaissances y afférents qui ont été dérobés, avaient été partagés équitablement¹². L'Institut brésilien de l'environnement et des ressources naturelles renouvelables (IBAMA) a évalué le coût de la biopiraterie à 70 milliards de dollars¹³. Au Brésil, 20 000 échantillons de ressources génétiques sont dérobés chaque année et quittent illégalement le territoire à destination principalement des pays du Nord, tant par des réseaux internationaux de contrebande et de crime organisé, que par des scientifiques ou collecteurs travaillant pour les sociétés multinationales ou des institutions de

⁵ Voir Dwyer, *ibid.* à la p. 230.

⁶ Sur cette affaire voir Abdelgawad, « La biopiraterie », *supra* note 4 à la p. 335.

⁷ Voir Dwyer, *supra* note 4 aux pp. 229-230.

⁸ Voir Mgbeoji, *supra* note 4 à la page 147 et Abdelgawad, « La biopiraterie », *supra* note 4 à la p. 336.

⁹ Kerry Ten Kate et Sarah A. Laird, *The commercial use of biodiversity. Access to genetic resources and benefit-sharing*, Londres, Earthscan, 1999 à la p. 2.

¹⁰ Pour plus de détails, voir Surender Singh Chauhan, *Biodiversity, Biopiracy and Biopolitics : The Global Perspective*, Delhi, Kalinga Publications, 2001 à la p. 22 et s.

¹¹ OMS, *WHO guidelines on safety monitoring of herbal medicines in pharmacovigilance systems*, Genève, 2004 à la p. 2, en ligne : OMS <<http://apps.who.int/medicinedocs/index/assoc/s7148e/s7148e.pdf>>.

¹² PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 1999*, Bruxelles, De Boeck, 1999 à la p. 71 ; PNUD, *Rapport mondial sur le développement humain 2001*, Bruxelles, De Boeck, 2001 à la p. 113.

¹³ Voir Brésil, Ministère de l'environnement, « Institut brésilien de l'environnement et des ressources naturelles renouvelables » (IBAMA), en ligne : IBAMA <<http://www.ibama.gov.br>>.

recherche¹⁴. La biopiraterie traduit ainsi un transfert net des ressources des nations pauvres vers les nations les plus riches, une forme « d'aide à rebours » qui est un processus bien connu dans les rapports Nord-Sud dans d'autres domaines¹⁵. De la multiplication des actes de biopiraterie et de leur dénonciation, s'est dégagé un climat de suspicion dans les pays du Sud à l'égard des acteurs économiques et institutions de recherche des pays du Nord. Face à ces inquiétudes, a émergé dans les années quatre-vingt au sein des fora internationaux Nord-Sud l'idée de trouver un compromis entre les besoins des pays du Sud et ceux des pays du Nord, de leurs entreprises et institutions de recherche détenteurs de la technologie de pointe et des moyens financiers permettant l'exploitation et la conservation de la biodiversité du Sud.

Ainsi, pour remédier au tort historique lié au transfert inéquitable des ressources génétiques des pays du Sud vers les pays du Nord, la *Convention sur la diversité biologique*¹⁶, signée à Rio de Janeiro en 1992, a tenté de concilier les objectifs suivants : « la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages économiques découlant de l'exploitation des ressources génétiques »¹⁷. Après avoir consacré le principe de la souveraineté des États sur leurs ressources génétiques¹⁸, la *CDB* impose dans son article 15 certaines conditions fondamentales en matière d'accès et de commercialisation de ces ressources. Le pouvoir de réglementation de l'accès aux ressources génétiques appartient au gouvernement et est régi par la législation nationale. Lorsque cet accès est accordé, il est régi par des conditions convenues d'un commun accord et « est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources » [nos italiques]¹⁹. En outre, chaque État est tenu de prendre les mesures nécessaires « pour assurer le partage juste et équitable » [nos italiques]²⁰ des résultats de la recherche et de la mise en œuvre des avantages résultant de l'utilisation commerciale des ressources génétiques selon les modalités mutuellement convenues. Reconnaisant les savoirs traditionnels et son apport, l'article 8 j) prescrit aux États parties de respecter, préserver et maintenir les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones locales et d'encourager le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation. Enfin, dans son article 16, cette convention a fait du transfert de technologie (y compris la biotechnologie) un élément essentiel de la réalisation de ses objectifs et prévoit que le brevet et les autres droits de la propriété intellectuelle doivent s'exercer en faveur et non à l'encontre des objectifs de la convention. Approfondissant cette approche, les États parties à la *CDB* ont adopté en avril 2002

¹⁴ Voir David Greer et Brian Harvey, *Blue Genes : Sharing and Conserving the World's Aquatic Biodiversity*, Londres, Earthscan, 2004 à la p. 108 ; Veash, « Everything Must Go » *The Independent [Londres]*, (15 octobre 2000).

¹⁵ Pour une étude de ce processus dans le cadre des dettes extérieures des pays du Sud et le rôle du Fonds monétaire international (FMI) à cet égard, voir Michel Chossudovsky, *Mondialisation de la pauvreté et nouvel ordre mondial*, Montréal, Écosociété, 2004 à la p. 63 et s.

¹⁶ *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, 1760 R.T.N.U. 79 (entrée en vigueur : 29 décembre 1993) [CDB].

¹⁷ *Ibid.*, art. 1.

¹⁸ *Ibid.*, art. 3, 15(1).

¹⁹ *Ibid.*, art. 15(5).

²⁰ *Ibid.*, art. 15(7).

les *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, accès et partage des avantages associés aux ressources génétiques*²¹. Ces normes non contraignantes constituent un guide plus détaillé à l'usage des Etats et des acteurs privés lors de l'élaboration des mesures législatives ou de la négociation des contrats portant sur l'accès et l'exploitation de ces ressources. Plus récemment, à l'occasion de la 10^e conférence internationale des Parties de la CDB qui s'est tenue à Nagoya, fut adopté le 29 octobre 2010 le *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique*²². Ce protocole, s'il représente une avancée relative quant aux objectifs de la CDB en matière d'accès à ces ressources et de partage des avantages, de contrôle, de la transparence, et d'une meilleure prise en compte de l'importance du rôle des savoirs traditionnels, il souffre à plusieurs égards cependant d'une imprécision et du flou des termes employés. Le *Protocole de Nagoya* n'est pas encore entré en vigueur en raison d'un nombre insuffisant de ratifications²³ et il ne fera pas l'objet d'un examen détaillé dans le cadre de cette étude²⁴.

La protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels et la lutte contre la biopiraterie constituent à l'heure actuelle un enjeu majeur et un sujet de première importance dans l'agenda de la diplomatie internationale Nord-Sud. Pour cette raison, cette protection fait l'objet de travaux de plusieurs organisations internationales, tel que l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), CBD et l'Organisation mondiale du commerce (OMC). C'est notamment à l'OMC que le clivage Nord-Sud s'est cristallisé, dans le cadre des travaux en cours menés au sein du Conseil de l'*Accord sur les ADPIC* et portant sur le réexamen de son article 27(3) (b)²⁵. La majorité des pays en développement estiment que l'*Accord sur les ADPIC* permet l'octroi de brevets pour les inventions basées sur des savoirs traditionnels sans exiger que les dispositions de la *CDB* relatives au consentement préalable et au partage juste et équitable des avantages soient respectées. Ils proposent que l'*Accord*

²¹ CDB, Conférence des Parties, *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, accès et partage des avantages associés aux ressources génétiques*, Déc. VI/24, Ann., Doc. PNUE UNEP/CBD/COP/6/20 (2002) à la p. 280 [*Lignes directrices de Bonn*].

²² *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique*, en ligne : CDB <<http://www.cbd.int/abs/text/>> [*Protocole de Nagoya*].

²³ Le *Protocole de Nagoya* a été ouvert à la signature le 2 février 2011. Selon l'article 33.1, il entrera en vigueur 90 jours suivant la date de dépôt du cinquantième instrument de ratification, d'acceptation ou d'adhésion. À ce jour, six pays l'ont signé (la Colombie, le Yémen, l'Algérie, le Brésil, le Mexique et le Rwanda).

²⁴ Ce protocole a été adopté pendant que la présente étude était sous presse.

²⁵ Cet article qui, tout en permettant aux États membres d'exclure de la brevetabilité les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales, ainsi que les végétaux, les animaux et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, les oblige par contre à reconnaître la brevetabilité des micro-organismes, des procédés microbiologiques et des procédés non-biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux. Les États membres doivent également prévoir la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace ou par une combinaison de ces deux systèmes.

sur les ADPIC, dans ses articles 27 ou 29, soit modifié de façon à exiger que le déposant de la demande du brevet soit tenu par l'obligation de divulguer, comme conditions de brevetabilité, la source de matériels génétiques et savoirs traditionnels utilisés dans son invention, et d'apporter la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause et la preuve du partage juste et équitable des avantages²⁶. À l'opposé de cette proposition, les pays les plus avancés en matière de recherches biotechnologiques, à savoir les États-Unis²⁷ (suivis par le Japon²⁸), dont les entreprises sont le plus souvent accusées de biopiraterie, sont hostiles à toute révision de l'article 27 de l'*Accord sur les ADPIC*. Ils estiment que le moyen le plus efficace pour assurer la protection des savoirs traditionnels et le respect des dispositions de la *CDB* concernant le consentement préalable et le partage des avantages, réside dans la conclusion des contrats de commerce international entre les autorités nationales compétentes et la communauté locale, qui détiennent les savoirs traditionnels d'une part, et les sociétés ou les centres de recherche des pays développés qui souhaitent y accéder et les exploiter d'autre part. Il s'agit des contrats dits de bioprospection (dénommés aussi selon le cas, accords de cession, accords de transfert de matériel ou

²⁶ Cette position a été défendue par divers États. Voir OMC, Conseil des ADPIC, Groupe africain, *Comment faire progresser l'examen de l'article 27:3 B) de l'Accord sur les ADPIC*, Doc. OMC IP/C/W/404 (2003) à la p. 3 [OMC, Groupe africain]; OMC, Conseil des ADPIC, Brésil, Cuba, Équateur, Inde, Pérou, Thaïlande et Venezuela, *Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique (CDB) : Liste de questions*, Doc. OMC IP/C/W/420 (2004); OMC, Conseil des ADPIC, Bolivie, Brésil, Colombie, Cuba, Équateur, Inde, Pérou, République dominicaine et Thaïlande, *Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique (CDB) et protection des savoirs traditionnels : Eléments de l'obligation de divulguer la preuve du partage des avantages conformément au régime national applicable*, Doc. OMC IP/C/W/442 (2005). Dans le même sens, voir également OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion* (tenue les 17-19 septembre 2002), Doc. OMC IP/C/M/37/Add.1 au para. 231 (position de la Communauté andine); OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion* (tenue les 14-15 juin 2005), Doc. OMC IP/C/M/48 aux para. 35 et 53 (positions de l'Inde et du Brésil) [OMC, *Compte rendu* (juin 2005)]; OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion* (tenue les 1-2 décembre 2004), Doc. OMC IP/C/M/46 au para. 81 (position du Brésil) [OMC, *Compte rendu* (déc. 2004)]; OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion* (tenue les 8, 9 et 31 mars 2005), Doc. OMC IP/C/M/47 au para. 57 (position de la Chine) [OMC, *Compte rendu* (mars 2005)]. La même proposition avait été soutenue également par l'ensemble des pays membres du Groupe des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique lors de la Conférence de Cancun de l'OMC. Voir OMC, Conférence ministérielle, *Déclaration ACP relative à la cinquième conférence ministérielle de l'OMC*, Doc. OMC WT/MIN(03)/4 (2003) au para. 37. Sur la position des pays africains, voir Walid Abdelgawad, « Brevetabilité du vivant, commerce de la biodiversité et protection des savoirs traditionnels : Les pays africains et le réexamen de l'article 27:3 B) de l'Accord sur les ADPIC de l'OMC » (2004) 12 *Annuaire africain de droit international* 120 [Abdelgawad, « Brevetabilité du vivant »].

²⁷ OMC, Conseil des ADPIC, États-Unis, *Examen des dispositions de l'article 27:3 B)*, Doc. OMC IP/C/W/162 (1999) à la p. 6 [OMC, É.-U., *Examen dispositions*]; OMC, Conseil des ADPIC, États-Unis, *L'article 27:3 B), la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique, et la protection des savoirs traditionnels et du folklore*, Doc. OMC IP/C/W/434 (2004) au para. 3 et s. [OMC, É.-U., *Relation*]; OMC, *Compte rendu* (déc. 2004), *supra* note 26 au para. 31 (position des États-Unis).

²⁸ Voir, OMC, Conseil des ADPIC, Secrétariat, *Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique : Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées*, Doc. OMC IP/C/W/368 (2002) aux para. 21-22 (position du Japon) [OMC, *Relation : Résumé*]; OMC, *Compte rendu* (mars 2005), *supra* note 26 au para. 69 (position du Japon).

accords d'accès à la diversité biologique)²⁹ portant sur la recherche, la collecte dans un but commercial des ressources génétiques et les savoirs traditionnels qui s'y associent. Ces contrats sont conclus habituellement entre une partie qualifiée de fournisseur (communauté locale autochtone, autorité nationale du pays d'origine, centre de recherche ou université d'un pays du Sud) et une partie étrangère reconnue comme utilisateur ou acheteur (société multinationale, centre de recherche ou université). Selon les États-Unis et le Japon, ce sont ces contrats qui devraient déterminer en détail les conditions d'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels qui y sont associés et prévoir le versement des profits réalisés de l'exploitation de tout brevet qui pourraient être accordés pour des inventions développées à partir de ces ressources. Ces contrats permettraient ainsi, conformément à la CDB, de dégager des fonds qui seront réinvestis dans la protection des savoirs traditionnels et la conservation de la biodiversité, et aussi de prévoir des clauses de transfert de technologie au profit du pays en développement d'origine et

²⁹ Sur les contrats de bioprospection, voir Jean-Frédéric Morin, « Les accords de bioprospection favorisent-ils la conservation des ressources génétiques? » (2003-2004) 34 R.D.U.S. 307; CDB, Groupe d'experts sur l'accès et le partage des avantages, Secrétaire exécutif, *Évaluation des résultats obtenus par les utilisateurs et les fournisseurs, élaboration d'approches visant à associer les parties prenantes au processus et options complémentaires*, Doc. CDB UNEP/CBD/EP-ABS/2/2 (2001), au titre II(A)(2) « Arrangements concernant l'accès et le partage des avantages » [CDB, *Évaluation*]; CDB, Groupe de travail spécial à la composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, Secrétaire exécutif, *Régime international sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages*, Doc. CDB UNEP/CBD/WG-ABS/4/2 (2005) [CDB, *Régime international*]; Florence Bellivier, « Les contrats portant sur les ressources génétiques végétales : typologie et efficacité » dans Marie-Angèle Hermitte et Philippe Kahn, dir., *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports Nord-Sud*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 193; Florence Bellivier et Christine Noiville, *Contrats et vivant*, Paris, L.G.D.J., 2006 à la p. 145 et s.; Tom Dedeurwaerdere, « Bioprospection, gouvernance de la biodiversité et mondialisation : De l'économie des contrats à la gouvernance réflexive » (2003) 104 Les carnets du centre de philosophie du droit; Fondation Gaia et Genetic Resources Action International, « Biodiversité à vendre : Rétablir la vérité sur le partage de bénéfices » *Commerce global et biodiversité en conflit* n° 4 (avril 2000), en ligne : GRAIN <www.grain.org/fr/publications/num4-fr.cfm>. Parmi une littérature anglophone abondante, voir Robin L. Scott, « Bio-conservation or Bio-exploitation: An Analysis of the Active Ingredients Discovery Agreement between the Brazilian Institution Bioamazônia and the Swiss pharmaceutical Company Novartis » (2003) 35 Geo. Wash. Int'l L. Rev. 977; Anil K. Gupta, *WIPO-UNEP Study on the Role of Intellectual Property Rights in Sharing of Benefits Arising from the Use of Biological Resources and associated Traditional Knowledge*, Genève, World Intellectual Property Organization, 2004; Corinna Heineke et Franziska Wolff, « Access to Genetic Resources and the Sharing of Benefits : Private Rights or Shared Use of Biodiversity Conservation? » (2004) 2 Environmental Law Network International 26; Lynn McClelland, « Bioprospecting: Market-Based Solution to Biopiracy » (2004) UCLA J.L. & Tech. Notes 8, en ligne : UCLA JOLT <http://www.lawtechjournal.com/notes/2004/08_040809_mcclelland.php>; Graham Dutfield, « Bioprospection ou biopiraterie? », (2000) 204 Biofutur 42 [Dutfield, « Bioprospection »]; Gudrun Henne et Saliem Fakir, « NBI-Ball Agreement : A new phase in bioprospecting? » (1999) 39 Biotechnology and Development Monitor 18; Jay McGown, *Out of Africa : Mysteries of Access and Benefit Sharing*, Edmonds (Washington, É.-U.), Edmonds Institute, 2006; Rachel Wynberg, « Factsheet : Changing a Pipedream. Bioprospecting and Benefit-Sharing in South Africa » in *Biopiracy – Ten Years Post – Rio in South-South Biopiracy Summit*, Hosted by Biowatch South Africa, 22-23 August 2002, Johannesburg, en ligne : <www.biowatch.org.za/rwynberg.htm> [Wynberg, « Factsheet »]; e.v. Peria, « Draggé Form Under the Sea : - Experience in Regulation Marine Bioprospecting in the Philippines », in *Biopiracy – Ten Years Post – Rio in South-South Biopiracy Summit*, *ibid.*, en ligne : <www.biowatch.org.za/eperia.htm>; Rodriguez, « Bioprospection Models in Mesoamerica : Promises and outcomes », *Biopiracy – Ten Years Post – Rio in South-South Biopiracy Summit*, *ibid.*, en ligne : <www.biowatch.org.za/srodriguez.htm>.

des communautés locales. Un tel système contractuel peut être complété par une législation nationale appropriée du pays d'origine en matière d'accès et de partage des avantages.

Sans nier l'existence des exemples positifs de contrats de bioprospection, cette étude tente de dévoiler les façons par lesquelles ces contrats peuvent être aisément instrumentalisés par la partie la plus puissante pour devenir un support de biopiraterie lorsqu'ils ne répondent pas aux prescriptions de la *CDB*, ainsi que de montrer qu'en plus de la forme clandestine et ancienne de biopiraterie, une nouvelle forme s'est développée depuis l'adoption de la *CDB* qui est régulée par le contrat de bioprospection (I). Elle soutient également que, même dans le cas contraire où ces contrats répondent aux exigences de la *CDB*, ils ne pourront pas garantir pour autant une protection suffisante des savoirs traditionnels contre la biopiraterie ni constituer une alternative fiable à la révision de l'*Accord sur les ADPIC* de l'OMC (II). Dans ces deux cas de figure, il conviendra de questionner les limites du choix des contrats de bioprospection cumulés avec le modèle du marché capitaliste comme moyen de la mise en œuvre des objectifs de la *CDB*.

I. Le contrat de bioprospection, instrument de biopiraterie

Le détournement des contrats de bioprospection des objectifs qui leur ont été assignés par la *CDB*, pour se transformer en actes de biopiraterie, arrive en pratique dans le cas où ils ne sont pas en conformité avec les conditions imposées par la *CDB*. Il en est ainsi notamment lorsque le consentement préalable donné en connaissance de cause était absent ou vicié (A), en cas d'absence de partage équitable des bénéfices (B), ou lorsque l'existence et la valeur des savoirs traditionnels sont niés (C).

A. Consentement préalable donné en connaissance de cause absent ou vicié

Le consentement préalable en connaissance de cause n'est pas défini par la *CDB*, dont l'article 15 ne cible en principe que le consentement qui porte sur les ressources génétiques, lorsqu'il est accordé par le gouvernement du pays fournisseur. Des remèdes à cette lacune ont été en partie apportés par l'article 8 (j) de la *CDB* et par les *Lignes directrices de Bonn* qui visent directement les savoirs traditionnels et leurs conservateurs. L'article 8(j) subordonne l'application étendue des connaissances, des innovations et des pratiques des communautés locales et autochtones à la condition d'obtenir « *l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques* » [nos italiques]³⁰. Plus explicites à cet égard que les dispositions de la *CDB*, les *Lignes directrices de Bonn*³¹, ainsi que le *Protocole de Nagoya*³² rappellent que les principes fondamentaux de tout système de consentement préalable en connaissance de cause devrait comprendre non seulement

³⁰ *CDB*, *supra* note 16, art. 8(j).

³¹ *Lignes directrices de Bonn*, *supra* note 21, art. 26 (d), 31.

³² *Protocole de Nagoya*, *supra* note 22, art. 6.2 et art. 7.

le consentement des autorités nationales compétentes du pays fournisseur, mais aussi celui des communautés locales gardiennes de ces ressources conformément au droit interne. L'efficacité de la mise en œuvre de ces dispositions suppose l'adoption d'une législation à l'échelle nationale relative à l'accès et au partage des ressources. Or, en pratique, il est fort douteux que de nombreux accords de bioprospection puissent assurer pleinement le respect de cette condition. Tantôt ce consentement est totalement absent (1), tantôt il est biaisé et vicié en raison du déséquilibre flagrant des rapports de force entre les parties au contrat (2).

1. ABSENCE DE CONSENTEMENT

L'absence totale de consentement donné en connaissance de cause de l'État d'origine et/ou de la population gardienne des savoirs traditionnels se traduit par le fait que les sociétés ou institutions étrangères évitent tout contact avec l'autorité compétente du pays d'origine et/ou avec la communauté locale, en préférant conclure des contrats auprès de partenaires locaux (société privée, centre de recherche, université ou simples collecteurs privés) dont le consentement serait facile à obtenir, faisant ainsi l'économie de longues et complexes négociations. Ainsi, le contrat entre Janssen Pharmaceutica, un laboratoire pharmaceutique belge, et West Visayas State University, une université publique philippine, a été signé sans être approuvé ni homologué par les autorités gouvernementales³³. On peut aussi mentionner l'accord de recherche scientifique conclu en 1995 entre l'Université de Lausanne et l'Université du Zimbabwe qui a donné l'occasion à la première d'avoir accès et d'utiliser illégalement les ressources biologiques du Zimbabwe en violation de l'article 15 de la *CDB*. Ni l'autorité compétente de l'État du Zimbabwe, seul organe habilité légalement à autoriser l'accès à ces ressources, ni les guérisseurs traditionnels n'ont été informés de cette recherche et ils n'ont pas donné leur consentement préalable³⁴.

Constatons également que, aussi bien dans le contrat Novartis-Bioamazonia, liant la société pharmaceutique suisse Novartis et la Brazilian Association for the Sustainable Use of the Biodiversity of Amazonia (l'association brésilienne

³³ Plusieurs clauses de ce contrat ont été divulguées par OXFAM-Solidarité en Belgique. Voir OXFAM-Solidarité (Belgique), Communiqué, « Pirates belges aux Philippines : la bioprospection en question ou comment piller la biodiversité du Sud? » (17 mars 1999) à la p. 3, en ligne : <<http://www.essentialdrugs.org/emed/archive/199903/msg00017.php>>; Sylvie Lasserre, « L'or vert des chamans, objet de toutes les convoitises » *Le Temps [Genève, Suisse]* n° 2957 (29 août 2007). Il est à signaler que ce contrat n'a pas été mis en œuvre suite à une campagne de dénonciation.

³⁴ Dans le cadre de cet accord, en juillet 1999, un brevet étasunien a été même attribué à plusieurs chercheurs suisses de l'Université de Lausanne, sur un composant d'un arbre, le *Swartzia Madagascariensis*, pour l'usage contre l'infection de divers genres de levure, de champignons et de bactéries. Or, cette plante est utilisée depuis longtemps par les guérisseurs au Zimbabwe. Voir « Antimicrobial diterpenes », É.-U. Brevet n° 5929124 (5 juillet 1999). Sur cet accord, voir McMown, *supra* note 29 aux pp.33-34; Déclaration de Berne, « Biopiraterie : le Zimbabwe interpelle l'Université de Lausanne » (28 février 2001), en ligne : DB <<http://www.db-si.ch/fr/index.cfm>> [DB, « Biopiraterie »]; Déclaration de Berne, « Les ONG critiquent la biopiraterie de l'Université de Lausanne » (22 septembre 2000), en ligne : DB <<http://www.db-si.ch/fr/index.cfm>> [DB, « Les ONG »].

Bioamazonia)³⁵, que dans bon nombre d'accords entre fournisseurs Sud-africains et utilisateurs étrangers, le consentement préalable des gardiens des savoirs traditionnels a été négligé au moment de la rédaction des contrats. Il arrive que les membres de la communauté locale découvrent que leurs savoirs sur les plantes ont déjà fait l'objet, sans leur connaissance, de brevets déposés dans plusieurs pays au profit de sociétés étrangères. Tel était le cas notamment des accords suivants en Afrique du Sud : accord conclu en août 1999 entre National Botanical Institute (NBI), un organisme public d'Afrique du Sud, et la société étasunienne Ball Horticultural Company (NBI-Ball) ; accord entre un collecteur indépendant Sud africain et the Glasgow-based Strathclyde Institut for Drug Research ; accord liant l'Université sud-africaine de l'État-libre et le jardin botanique de New York ; accord entre le Conseil de la recherche scientifique et industrielle Sud-africain (CSIR) et les sociétés Phytopharm et Pfizer³⁶. Dans ce dernier accord portant sur le développement d'un médicament contre l'obésité à partir de la plante *Hoodia*, le consentement de la communauté locale a été étrangement obtenu après sa conclusion et suite à la découverte par la communauté locale de brevets portant sur leur plante et à la campagne de protestations, reliée par les médias dans le monde³⁷. Dans le même ordre d'idée, le célèbre accord Merk-INBio, conclu en 1991 entre la société pharmaceutique étasunienne Merk et l'Institut national du Costa Rica sur la biodiversité (INBio), un organisme public désigné comme le fournisseur des ressources biologiques, avait aussi ignoré les membres de la communauté locale qui ont conservé et développé ces ressources³⁸. Enfin, il suffit parfois que quelques personnes soient choisies d'une manière arbitraire comme représentants des intérêts de la communauté autochtone afin de s'assurer de leur consentement³⁹.

En cas d'absence total de consentement de l'État d'origine, le contrat pourrait être annulé sur le fondement de la violation de l'article 15 de la *CDB* et/ou pour atteinte à une loi nationale en matière d'accès et de partage des bénéfices exigeant un tel consentement et adopté par le pays d'origine de ressources en application de la *CDB*.

2. CONSENTEMENT VICIÉ EN RAISON DE LA DISPARITÉ FLAGRANTE DES RAPPORTS DE FORCE ET DANGERS DE L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

Lorsque les membres des communautés autochtones sont associés au processus contractuel, il n'est pas certain, même dans ce cas, que leur consentement ait été donné en connaissance de cause, en raison de la disparité flagrante des rapports

³⁵ Scott, *supra* note 29 à la p. 993.

³⁶ Voir Wynberg, « Factsheet », *supra* note 29 à la p. 2; Rachel Wynberg, « Groundbreaking agreement between the CSIR and the San People – Sharing the Crumbs with the San » (mars 2003), en ligne : Bio Watch South Africa <<http://www.biowatch.org.za/main.asp?include=docs/clippings/csir-san.htm>> [Wynberg, « Groundbreaking agreement »].

³⁷ Pour plus de détails sur l'affaire *Hoodia*, voir Abdelgawad, « La biopiraterie », *supra* note 4 aux pp. 342-343 ; Wynberg, « Groundbreaking agreements », *supra* note 36.

³⁸ Shiva, *supra* note 2 à la p. 98. Stenton, *supra* note 4 à la p. 23.

³⁹ Wynberg, « Factsheet », *supra* note 29 à la p. 2.

de force entre les parties dans la négociation et la rédaction de ce genre de contrats. Peut-on parler d'un contrat « négocié », lorsque l'une des parties est une société multinationale dont le chiffre d'affaires dépasse le produit national brut (PNB) de l'État d'origine de ces ressources et que les autres sont membres de peuples autochtones et une autorité publique qui n'ont pas la capacité économique ni la maîtrise des connaissances techniques pour pouvoir négocier les clauses du contrat? Il ne faut pas oublier que bon nombre de clauses de ces contrats sont préétablies par la société étrangère elle-même et se transforment indiscutablement en clauses d'adhésion. Cette inégalité de rapports de force pourrait ainsi restreindre la liberté contractuelle de la partie la plus faible dans la négociation du contrat, laquelle serait contrainte, sous la pression de la supériorité économique de l'autre partie, à accepter des clauses qui lui seraient défavorables.

Dans la majorité des cas, ces accords sont conclus à l'initiative de la partie étrangère. La position économique des fournisseurs locaux est de loin inférieure à celle de leur cocontractant étranger, ce qui rendrait très problématique l'évaluation du caractère « juste et équitable » des avantages dans ces accords⁴⁰, ainsi qu'en témoigne l'accord NBI-Ball ci-avant cité. L'insertion de nombreuses clauses favorables à la société étasunienne Ball Horticultural s'expliquerait avant tout par la situation de faiblesse dans laquelle se trouvait la NBI au cours des négociations. Les termes de l'accord auraient été mieux équilibrés si le fournisseur avait une meilleure capacité économique et une meilleure connaissance technique⁴¹. Cette dépendance sur le plan économique et technique touche aussi les autorités de l'État d'origine qui sont dans l'incapacité d'assurer le respect par l'utilisateur des conditions et principes de la *CDB*⁴². On pourrait admettre que le contrat puisse être annulé dans ce cas sur le fondement de la violation du droit applicable d'un pays ayant ratifié la *CDB* et qui est doté d'une législation en matière d'accès et de partage des bénéfices exigeant le consentement préalable et éclairé. Dans certains pays, la nullité pourrait aussi être fondée sur les dispositions de droit privé en matière de contrats, comme celles relatives aux vices du consentement ou celles concernant la reconnaissance et l'interdiction des contrats d'adhésion entre professionnels. C'est pour cette raison, comme nous allons le voir, que la partie la plus faible doit accorder une grande importance au choix de la loi applicable au contrat pour désigner le droit du pays lui garantissant la protection la plus étendue.

Par ailleurs, il sied de constater aussi que le déséquilibre contractuel est accentué par le caractère confidentiel des termes de ces contrats, et parfois aussi, par le manque de transparence pendant la phase de conclusion et au cours des différentes étapes d'exécution. La confidentialité a même entouré des accords conclus par des acteurs économiques, comme Shaman Pharmaceuticals, qui pourtant affichaient

⁴⁰ Dans ce sens, voir McClelland, *supra* note 29 à la p. 3 et Peria, *supra* note 29 à la p. 2.

⁴¹ Cet organisme public n'était pas en mesure de définir clairement quelle position défendre en raison de l'absence à l'époque de structure solide nationale en matière de recherche et de développement dans le secteur de l'industrie d'horticulture et de l'inexistence d'un dispositif législatif d'ensemble réglementant l'accès aux ressources biologiques. Voir Henne et Fakir, *supra* note 29 aux pp. 20-21.

⁴² Wynberg, « Factsheet », *supra* note 29 à la p. 2.

clairement leurs engagements en faveur des communautés locales⁴³. Le secret d'affaire et le manque de transparence – terrain privilégié à toute forme d'abus, de détournement de fonds et d'opacité – aboutissent parfois à une situation de confusion et de conflits d'intérêts croisés entre parties à l'accord, États impliqués dans l'accord et organisations internationales où fonds publics et fonds privés s'entremêlent. Ainsi l'attestent les programmes de développement menés sous la houlette de la Banque mondiale au Mexique dans le cadre du projet SINAP II de 1996 qui était officiellement destiné à renforcer la capacité du Mexique dans les domaines de l'accès, de la gestion et de l'usage de ses ressources naturelles, tout en insistant sur la nécessité de mener dans ce domaine une politique de « décentralisation ». On comprend pourquoi ce fut une personne morale privée (la Fondation mexicaine de conservation de la nature) qui a été désignée par la Banque mondiale comme l'organisme habilité à gérer les différents programmes de développement à travers le pays. Or, cette fondation privée recevait régulièrement des fonds provenant de plusieurs fondations étasuniennes et de l'Agence étasunienne de développement international (USAID), alors que cette dernière fait partie du Groupement ICBG (International Collaborative Biodiversity Group), dépendant du gouvernement des États-Unis, qui avait conclu par le passé plusieurs accords de bioprospection au Mexique dont l'exécution était en cours au moment de la mise en place du projet SINAP II⁴⁴.

Le même déséquilibre flagrant entre les deux parties s'observe aussi au stade de l'exécution du contrat de bioprospection. Contrairement aux sociétés multinationales, les membres d'une communauté locale n'ont pas les moyens financiers et les connaissances juridiques pour agir en justice à l'encontre de leur cocontractant en cas de non respect par ce dernier de ses obligations contractuelles⁴⁵. Si une société étrangère avait violé les clauses d'un accord conclu avec un groupe indigène, interdisant par exemple à cette société de breveter les formes de vie, le groupe indigène supporterait difficilement le coût élevé de l'action en justice⁴⁶, notamment dans l'hypothèse où une telle société n'a aucune filiale ou présence dans les pays d'origine des ressources. Cette situation devient plus préoccupante lorsqu'une clause d'arbitrage est insérée dans ces accords. Dans le cadre des contrats internationaux de bioprospection, le recours à l'arbitrage commercial international comme moyen de règlement des litiges nous semble peu adapté à la situation de dépendance et de faiblesse de la partie du Sud. Cette justice privée comporte de multiples dangers qui se déclinent principalement selon cinq aspects. Premièrement, vu le coût très élevé de l'arbitrage international, une communauté autochtone ne pourra pas rembourser les honoraires des arbitres et des conseillers juridiques en plus des frais administratifs des centres d'arbitrages (en cas d'arbitrage institutionnel). Dans ce cadre, les membres de cette communauté deviennent « une partie impécunieuse » incapable de financer l'arbitrage. Il convient de souligner que les

⁴³ McClelland, *supra* note 29 à la p. 2.

⁴⁴ Delgado, *supra* note 4 à la p. 312.

⁴⁵ Darrell A. Posey et Graham Dutfield, *Le marché mondial de la propriété intellectuelle : Droit des communautés traditionnelles et indigènes*, Ottawa : Centre de recherches pour le développement international, Genève : WWF Suisse, 1997 à la p. 81 ; Drahos, *supra* note 4 à la p. 247.

⁴⁶ Drahos, *ibid.*

tribunaux étatiques en Allemagne sont enclins à prononcer l'impossibilité d'exécution de la convention d'arbitrage en raison de l'impécuniosité de l'une des parties⁴⁷. Il est dès lors conseillé de choisir la loi allemande comme loi applicable à la convention d'arbitrage ou à la procédure arbitrale. Deuxièmement, en raison de l'inégalité flagrante des rapports de force entre les parties, la clause d'arbitrage en tant que telle, notamment lorsqu'elle prend la forme d'une clause compromissoire, peut être souvent assimilée à une clause d'adhésion. Cette situation d'adhésion pourrait contribuer à restreindre la liberté contractuelle de la partie la plus faible dans le choix de la juridiction compétente, ou lors du choix du siège du tribunal arbitral ou de la nomination des arbitres. La convention d'arbitrage devient, de la sorte, l'expression d'un déséquilibre injustifié des rapports de force dans les négociations contractuelles. Cependant certaines lois étatiques sur l'arbitrage, comme la loi néerlandaise⁴⁸ et allemande⁴⁹, accordent une protection à la partie adhérente, notamment au stade de la nomination des arbitres. Il est donc préférable pour la partie la plus faible de désigner comme loi applicable à la convention d'arbitrage, la loi du pays offrant une telle protection. Troisièmement, la détermination du droit applicable au fond du litige pourrait amener le tribunal arbitral, en cas d'absence d'une clause de loi applicable et compte tenu de la liberté dont il bénéficie dans ce cas, à appliquer le droit d'un pays, comme celui des États-Unis, n'ayant pas ratifié la *CDB* et dont la législation sur la propriété intellectuelle permet de faciliter la biopiraterie⁵⁰. D'où l'importance pour la partie la plus faible d'insérer une clause de loi applicable désignant le droit d'un État qui a ratifié la *CDB*. Quatrièmement, le tribunal arbitral pourrait être amené à appliquer les usages du commerce international. Le recours à une solution fondée sur la *Lex Mercatoria* dans ce type d'échange fortement inégalitaire risquerait de donner une caution juridique à cette inégalité de fait, car cette approche s'appuie sur la présomption de professionnalisme et d'égalité des acteurs du commerce international. Or, cette présomption est démentie par la réalité des rapports contractuels Nord-Sud, comme l'illustrent notamment les accords de bioprospection. Il serait exagéré de croire que les représentants des communautés autochtones sont présumés être des professionnels du commerce international au même titre que les sociétés multinationales et ne mériteraient pas, pour autant, une protection particulière. Il est encore plus hypothétique de déduire une quelconque égalité entre les parties à ces accords. Ne serait-il pas excessif de supposer que les membres d'une communauté locale connaissent les usages de leur « milieu d'affaires » (expression qui n'a vraiment pas de sens pour ces populations), alors que ces usages ont été créés de toutes pièces et dégagés de la pratique contractuelle de quelques sociétés

⁴⁷ Voir Allemagne, Cour suprême fédérale (*Der Bundesgerichtshof*), 14 septembre 2000, No. III ZR 33/00 à la p. 3720, en ligne : http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Home/home_node.html.

⁴⁸ Voir Pays-Bas, *Code de procédure civile* (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*), art. 1028 § 2, en ligne : <http://www.wetboek-online.nl/wet/Wetboek%20van%20Burgerlijke%20Rechtsvordering.html>.

⁴⁹ Allemagne, *Code de procédure civile* (*Zivilprozessordnung*), art. 1034(2), en ligne : <http://www.zivilprozessordnung.de>.

⁵⁰ Sur les critiques de la législation des États-Unis en matière de propriété intellectuelle à ce sujet, voir Abdelgawad, « La biopiraterie », *supra* note 4 à la p. 331; Abdelgawad « Brevetabilité du vivant », *supra* note 26 à la p. 142; Stenton, *supra* note 4 à la p. 20.

multinationales pharmaceutiques et agro-chimiques qui dominent le marché mondial du commerce de ressources génétiques et de biotechnologie? Si la *Lex Mercatoria*, qui est animée par une logique de « darwinisme juridique »⁵¹, est adaptée aux rapports d'échanges entre des acteurs puissants du commerce international capables de négocier leur contrat et d'en tirer chacun des intérêts sinon égaux, au moins symétriques, elle est au contraire à exclure des rapports contractuels liant des parties ayant des positions fortement inégales car elle risquerait de favoriser les intérêts de la partie la plus puissante. Pour pallier à ce danger, la partie la plus faible pourrait insérer une clause de loi applicable désignant une loi étatique et mentionner aussi expressément dans cette clause, afin d'éviter toute incertitude à cet égard, l'exclusion de l'application de la *Lex Mercatoria*. Cinquièmement, il est à remarquer que la majorité des arbitres internationaux sont aussi des conseillers juridiques des sociétés multinationales ; même s'ils ont le devoir d'impartialité et d'indépendance, cette double appartenance (à la fois juge privé et conseiller) risque de multiplier dans la pratique les hypothèses de conflits d'intérêts.

Dans ce contexte, on comprendra plus aisément la réticence de plusieurs pays en développement « mégadivers » qui ont fait observer que les accords de bioprospection à eux seuls n'étaient pas suffisants pour protéger les savoirs traditionnels, car il n'était pas facile de les faire respecter et étaient le résultat de négociations entre deux parties de force inégale. Il n'est pas possible dès lors de s'assurer que le consentement préalable obtenu de ces communautés aura effectivement été donné en connaissance de cause⁵².

B. Les incertitudes entourant le partage juste et équitable des avantages

La *CDB* n'a pas donné de définition de la notion de « partage juste et équitable des avantages » résultant de l'exploitation des ressources biologiques, elle se contente de préciser dans son article 15.7 que « *ce partage s'effectue selon des modalités mutuellement convenues* » [nos italiques]⁵³. De même, le *Protocole de Nagoya* dans son article 15.1 prévoit que « ce partage est soumis à des conditions convenues d'un commun accord ». Ces modalités sont définies au cas par cas dans le cadre des contrats entre le fournisseur et l'utilisateur. Cette attitude des rédacteurs de la *CDB*, renvoyant la détermination d'une notion si fondamentale aux aléas de relations contractuelles bilatérales, a ouvert la voie à toutes formes d'abus en raison de la disparité des rapports de force entre les parties. Ces rapports de forces sont tellement déséquilibrés que même des règles claires en matière de partage des bénéfices ne peuvent suffire à assurer à un pays ou à une communauté traditionnelle

⁵¹ Cette expression provient de Éric Loquin, « Où en est la *Lex Mercatoria* ? » dans Philippe Kahn *et al.*, *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^e siècle*, Paris, Litec, 2000 23 à la p. 26.

⁵² Voir OMC, Conseil des ADPIC, Bolivie, Brésil, Cuba, Équateur, Inde, Pérou, République dominicaine, Thaïlande et Venezuela, *Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et protection des savoirs traditionnels*, Doc. OMC IP/C/W/403 (2003) au para. 19; OMC, *Compte rendu* (déc. 2004), *supra* note 26 au para. 38, 50 (position de l'Inde et du Pérou); OMC, *Compte rendu* (mars 2005), *supra* note 26 au para. 57 (position de la Chine).

⁵³ *CDB*, *supra* note 16, art. 15(7).

un partage équitable des profits tirés de leur biodiversité⁵⁴. Malgré leurs différences, les mécanismes de partage des avantages présentent un trait commun qui se caractérise par le corollaire entre les avantages partagés et les capacités relatives des parties à l'accord. Comme l'a fait observer le groupe d'experts de la *CDB*,

les arrangements contractuels qui n'ont pas résulté en un partage approprié des avantages se retrouvent invariablement entre des parties dont les capacités sont extrêmement disparates. D'après les informations communiquées, la disparité en question entre les capacités est particulièrement aiguë dans les arrangements entre les utilisateurs et les communautés locales et autochtones.⁵⁵

Quatre paramètres peuvent être avancés pour étayer les divers cas de figure dans lesquels le partage équitable des avantages a vraiment du mal à se réaliser en pratique.

1. PARTAGE INJUSTE ET INÉQUITABLE DES AVANTAGES ET EXERCICE LIMITÉ DES DROITS SOUVERAINS SUR LES RESSOURCES NATURELLES

Bien que la *CDB* ait reconnu le principe de la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles, le recours aux accords de bioprospection comme instrument recommandé par cette convention pour définir les modalités de partage des avantages pourrait aboutir à priver les pays du Sud de l'exercice réel de leurs droits souverains. De cette manière, certains accords, en permettant à des entreprises ou institutions étrangères l'accès illimité aux ressources biologiques et aux savoirs traditionnels d'un pays donné, souvent contre une compensation dérisoire, ne font que traduire en termes juridiques une situation inégalitaire de fait. Cette situation se caractérise par l'incapacité de certains pays du Sud à exercer effectivement leurs droits souverains sur leurs ressources naturelles en raison notamment, comme nous l'avons vu, de l'absence de consentement préalable en connaissance de cause due à la disparité des rapports de force entre les parties, à leur dépendance sur les plans technologiques et économiques, et à l'absence de maîtrise des aspects techniques et financiers de ces contrats.

Ainsi en témoigne l'accord Merk-INBio de 1991, qui a été promu par la Banque mondiale et le gouvernement étasunien comme un modèle d'équité dans les rapports Nord-Sud. Selon cet accord, la société pharmaceutique Merk a obtenu, en contrepartie du paiement initial d'un million de dollars à l'organisme public costaricain INBio pour la première phase du projet, le droit d'accès illimité aux plantes, micro-organismes et autres ressources se trouvant dans les forêts tropicales en Costa-Rica et le droit d'obtenir des brevets sur tous les produits développés à partir de ces ressources. Cet accord a prévu aussi qu'INBio recevrait des redevances représentant 1 à 3 % des profits qui seront réalisés en cas de vente de produits brevetés. Compte tenu de son échec à assurer un partage juste et équitable des

⁵⁴ Dutfield, « Bioprospection », *supra* note 29 à la p. 3.

⁵⁵ CDB, *Évaluation*, *supra* note 29 aux para. 21-22.

bénéfices, cet accord a fait l'objet de nombreuses critiques. En effet, il reconnaît en contrepartie du paiement d'une somme modique d'un million de dollars, par une société multinationale qui réalise un chiffre d'affaires annuel de 6 à 8 milliards de dollars, le droit d'accès à la biodiversité du Costa Rica, soit à 500 000 espèces biologiques. De plus, aucune clause de ce contrat n'a prévu le partage des bénéfices avec la population locale qui a développé ces savoirs, ce qui a invité certains auteurs à le qualifier d'une forme de « biopiraterie légale »⁵⁶.

Une autre illustration de cette situation peut être donnée par l'accord ICBG-Badp conclu en 1993 entre le département de chimie et le jardin botanique de la National Autonomous University of Mexico (UNAM) et plusieurs parties étasuniennes, dont les Universités d'Arizona et de Louisiana. Cet accord a prévu, en plus du transfert aux utilisateurs de 3500 échantillons de plantes et d'extraits biologiques de 1993 à 1997, le libre accès de ces derniers à toutes les informations génétiques stockées dans la banque du jardin botanique de l'UNAM qui contient plus de 600 000 spécimens, à savoir 40 % de toutes les ressources nationales⁵⁷. Enfin, on peut citer l'accord entre la société étasunienne Diversa corporation, spécialisée dans la biotechnologie et titulaire de 600 brevets sur des enzymes, et l'Institut de la Biotechnologie de l'Université nationale Mexicaine (UNAM)⁵⁸. Aux termes de ce contrat, la société Diversa se voyait reconnaître le droit d'accès aux réserves écologiques mexicaines et le droit de déposer des brevets sur les inventions dérivées de ces ressources dans tout État tiers. L'UNAM reçoit 50 dollars pour chaque échantillon fourni en plus des redevances de 0,3 % à 0,5 % du prix qui sera éventuellement réalisé de la vente lorsqu'un produit est élaboré à partir de ces échantillons⁵⁹. Par ailleurs, ce contrat reconnaît aussi à Diversa le droit de transmettre ou de céder les échantillons et les informations fournies à un tiers. Diversa est souvent liée à d'autres sociétés étasuniennes spécialisées dans le décodage du génome humain et détentrices de brevets dans le domaine du génie génétique, dont certaines comme la société Celera travaillant pour l'armée étasunienne. Des réserves du même ordre ont été formulées à l'encontre du contrat conclu en 2002 entre la société Diversa Corporation et la University of Hawai'i Marine Bioproducts Engineering Center (MarBEC)⁶⁰. Dans le même ordre d'idées, au Brésil, le contrat Novartis-Bioamazonia, a donné lieu, suite à une fuite dans les médias, à un vaste mouvement de protestation en 2000, mené par les communautés autochtones, les ONG, les parlementaires brésiliens et même les fonctionnaires du ministère de l'Environnement. Cela a mené le gouvernement brésilien à modifier ce contrat. Selon cet accord portant sur la recherche de substances actives dans des bactéries, Novartis avait le droit, en contrepartie du paiement d'une somme de 4 millions de dollars pendant trois ans, d'accéder, de collecter et de transférer en Suisse 30 000 échantillons (10 000 échantillons par an)⁶¹. En cas de développement d'un médicament, Novartis avait le droit exclusif de tout usage commercial de ce produit pendant dix ans et

⁵⁶ Voir Shiva, *supra* note 2 à la p. 97; Stenton, *supra* note 4 à la p. 23; Folkins, *supra* note 4 à la p. 359.

⁵⁷ Delgado, *supra* note 4 à la p. 309.

⁵⁸ *Ibid.* à la p. 314.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Kam, *supra* note 4 aux pp. 387, 404.

⁶¹ Scott, *supra* note 29 à la p. 980 et s.

Bioamazonia recevra 1,6 million de Réaux brésiliens (BRL) pour tout produit testé cliniquement, 750 000 BRL pour tout brevet enregistré, 500 000 BRL au premier jour de la commercialisation du produit et 1 % de toutes les royalties pendant dix ans⁶². Ce contrat a été aussi qualifié par ses détracteurs au Brésil d'une forme de « biopiraterie légale »⁶³ en raison de la violation par ses clauses de plusieurs dispositions de la constitution brésilienne protégeant les droits fondamentaux des communautés locales et autochtones sur leur terre, sur leurs ressources génétiques et leur savoirs traditionnels.

On doit aussi mentionner l'expédition maritime de J. Craig Venter, célèbre figure du programme étasunien de séquençage du génome humain, bien connu pour ses tentatives provocatrices fortement controversées d'obtenir un brevet sur des séquences de gènes humains nus et de créer artificiellement en laboratoire de nouvelles formes de vie par le recours, entre autres, à la nanotechnologie. Cette expédition a été financée par le gouvernement étasunien pour collecter et séquencer la diversité microbienne autour du globe. Depuis le yacht *Sorcerer II*, les chercheurs collectaient des échantillons de la mer et du sol dans de multiples sites en Amérique latine (Mexique, Costa Rica, Panama, Chili et Équateur), en Polynésie française, dans des îles du Pacifique (Papouasie-Nouvelle Guinée, Australie), même au Madagascar et en Afrique du Sud. L'autorisation d'accès à la biodiversité, les arrangements contractuels conclus et les permis accordés à Craig Venter dans plusieurs pays, notamment en Équateur, au Mexique et au Costa Rica, ont donné lieu à de fortes critiques de la part des acteurs locaux (ONG et mouvements de peuples autochtones) dénonçant l'absence de conformité de tels actes avec les réglementations nationales en la matière⁶⁴. Qui plus est, en 2006, le moteur de recherche Google a été accusé par The Coalition Against Biopiracy de collaborer dans un projet de biopiraterie avec Craig Venter pour créer une base de données en ligne de tous les gènes connus⁶⁵.

Ainsi, les accords de bioprospection, en permettant aux utilisateurs d'accéder de la sorte à une partie importante des ressources nationales, de les exploiter personnellement et de les rétrocéder à des tiers, aboutissent nécessairement à une perte définitive du contrôle des communautés locales et des pays du sud sur leurs ressources génétiques et les savoirs qui y sont attachés.

2. AVANTAGES FINANCIERS ÉMIETTÉS, DÉRISOIRES OU HYPOTHÉTIQUES

Ces avantages financiers peuvent inclure des paiements forfaitaires uniques, des paiements différés sous forme de redevances et des paiements initiaux ou immédiats⁶⁶. Les clauses de partage de bénéfices sont difficiles à mettre en œuvre

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.* à la p. 984 et à la page p. 990 et s.

⁶⁴ ETC Group, « Rocking the Boat : J. Craig Venter's Microbial Collecting Expedition Under Fire in Latin America » (22 juillet 2004), en ligne : ETC Group <www.etcgroup.org>.

⁶⁵ Voir « Are Genetic Databases Biopiracy? » (2006) 25:3 Biotech. L. Rep. 316.

⁶⁶ Sur ces diverses formes, voir CDB, *Évaluation*, *supra* note 29 au para. 18 et s.; CDB, *Régime international*, *supra* note 29 à la p. 18.

lorsqu'elles ne prévoient que des paiements différés sous forme de redevances réalisées sur la vente de produits qui seront développés à partir des ressources fournies. Bon nombre d'accords de bioprospection sont conclus dans le domaine de développements de nouveaux produits pour les sociétés pharmaceutiques. La chance de retombées financières à long terme ou des redevances conséquentes pour le fournisseur de ressources génétiques est très mince, étant donné, d'une part que seule une portion très réduite des échantillons pourrait donner lieu à un nouveau médicament et d'autre part, que les redevances entrent généralement en vigueur de sept à vingt ans après l'accès original aux ressources génétiques. De plus, les clauses relatives aux redevances ne s'appliquent que quand un médicament est mis sur le marché⁶⁷. Cette réalité met en lumière l'échec des contrats ne prévoyant d'avantages monétaires que sous forme de paiements différés, comme l'atteste le cas du contrat conclu entre l'Université de Washington en partenariat avec la société américaine Monsanto et le gouvernement américain, d'une part, et les communautés Aguaruna et Huambisa au Pérou, d'autre part⁶⁸. Les mêmes incertitudes entourent les contrats types préétablis par The National Cancer Institut (NCI) des États-Unis, qui ne s'engage qu'à fournir les « meilleurs efforts » pour que le pays d'origine des ressources génétiques partage les profits avec l'utilisateur américain⁶⁹.

Par ailleurs, il est assez fréquent, en pratique, que le même contrat prévoit deux modes de paiements, des paiements immédiats ou initiaux et des paiements différés. Même dans ce cas, il n'est pas certain que ces profits seront attribués à la conservation et à la protection des ressources biologiques et des savoirs qui y sont associés, car les paiements initiaux sont souvent prévus pour couvrir les frais d'infrastructure nécessaires au démarrage du projet ou en contrepartie des services supplémentaires fournis par le fournisseur. Dans le cadre du contrat NBI-Ball, bien que le paiement immédiat ait été prévu, ce fonds devait être utilisé pour l'achat de matériel de transport et des locaux et seuls les profits futurs et hypothétiques tirés sous forme de redevances en cas de vente d'un produit pourraient être utilisés dans la conservation des ressources biologiques⁷⁰. De même, les paiements initiaux prévus dans l'accord INBio-Merck s'expliquent en grande partie par le fait qu'INBio s'est engagé non seulement à collecter et à transférer des échantillons, mais aussi à fournir un certain nombre de services, comme l'identification taxonomique des échantillons utilisés pour les extraits et l'accès à d'autres échantillons d'une même espèce et de la même qualité.

Parfois, les paiements différés peuvent simplement prendre la forme d'une somme arbitraire et non pas celle d'une redevance indexée sur le volume de la vente. Dans l'accord ICBG-Badp⁷¹, les clauses de partage de bénéfices prévoient le paiement par l'utilisateur à la communauté locale des redevances sur la commercialisation des produits dont le montant n'a pas été déterminé. Le contrat entre Janssen Pharmaceutica et West Visayas State University, prévoyait le paiement par la société

⁶⁷ Voir CDB, *Évaluation*, *supra* note 29 au para. 39.

⁶⁸ Voir Morin, *supra* note 29 à la p. 317; Fondation Gaia et GRAIN, *supra* note 29 à la p. 3 et s.

⁶⁹ McClelland, *supra* note 29 à la p. 3.

⁷⁰ Henne et Fakir, *supra* note 29 à la p. 19.

⁷¹ Delgado, *supra* note 4 à la p. 310.

belge d'un prix dérisoire de 10 dollars par échantillon. En contrepartie, cette dernière acquiert le droit exclusif sur l'ensemble du matériel végétal récolté ainsi que sur tous ses dérivés possibles, ses parties constitutives, ses versions synthétiques et les diverses applications possibles de ces produits. Ce n'est qu'en cas de vente d'un produit développé à partir de ces ressources qu'un montant plafonné sera versé à l'université philippine, quelque soit la valeur des bénéfices réalisés de cette vente par l'utilisateur⁷². Une autre illustration est donnée par l'accord liant Uzachi, une association représentant la population locale au Mexique, et Sandoz, une société pharmaceutique suisse, stipulant que cette dernière devra verser 50 000 dollars pour financer l'équipement d'un laboratoire et 10 000 dollars annuellement en échange de 3 000 échantillons par an. Durant deux ans, 6000 échantillons ont été transférés à cette société. Cet accord stipulait également, dans le cas où un médicament pourrait être développé à partir de ces échantillons, le paiement d'un montant fixe d'un à deux millions de dollars au fournisseur, mais aucun paiement de redevances à ce dernier n'est prévu⁷³. On voit bien que l'association des peuples autochtones est privée de tout partage véritable des avantages ou de toute redevance et ne touche qu'une somme arbitraire qui vaut renoncement à leurs ressources et leurs savoirs.

Il arrive aussi que l'ambiguïté entourant la détermination du montant des redevances se double d'une imprécision concernant l'identité des personnes avec qui le fournisseur doit partager les redevances. Il se peut que le partenaire contractuel du fournisseur ne soit pas celui qui commercialise le produit, les redevances devront alors être partagées avec celui-ci. Pour illustrer ce cas de figure, on peut citer l'accord de bioprospection conclu entre, d'un côté, l'Université de Washington, en partenariat avec la société Monsanto et le gouvernement étasunien, et de l'autre les représentants des communautés Aguaruna et Huambisa au Pérou. Alors que ces derniers croyaient pouvoir recevoir des redevances correspondant à 25 % des profits réalisés de la vente de produits brevetés par Monsanto et basés sur les échantillons fournis, il s'est avéré par la suite que les 25 % de redevances perçues représentaient un quart de la part de 1 % de profits que l'Université de Washington pourrait recevoir de la société Monsanto. En fin de compte, les communautés locales recevaient 0,25 % au lieu de 25 % des bénéfices globaux réalisés de la vente de produits brevetés⁷⁴.

3. CLAUSES SUR LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE ET CLAUSES D'EXCLUSIVITÉ AU SERVICE DE LA PARTIE LA PLUS PUISSANTE

Selon une vision dominante aux États-Unis et dans d'autres pays développés, les accords de bioprospection, les brevets basés sur la connaissance traditionnelle et le mécanisme du marché capitaliste sont des voies salutaires pour les communautés et les pays du Sud, étant donné les avantages monétaires qui en découlent et le fait que les brevets fournissent une incitation pour commercialiser ces ressources⁷⁵. Or, c'est souvent le bioprospecteur qui s'arroge seul le droit d'être le titulaire de tout brevet

⁷² Voir OXFAM-Solidarité (Belgique), Communiqué, *supra* note 33 à la p. 2.

⁷³ Delgado, *supra* note 4 à la p. 308.

⁷⁴ Voir Ho, *supra* note 4 à la p. 459, n. 98 (il cite d'autres exemples similaires); Fondation Gaia et GRAIN, *supra* note 29 aux pp. 3-4, encadrés.

portant sur une invention découlant de ces ressources⁷⁶. Bon nombre d'accords de bioprospection ne reconnaissent pas aux membres de la communauté, qui sont les inventeurs premiers, le droit d'être co-titulaire du titre de brevet ni le droit de partager avec l'acheteur la propriété sur leur invention. Les communautés fournissant la connaissance ou des informations à l'origine de l'invention n'auraient ainsi d'habitude aucun droit légal sur ce brevet.

Il est assez fréquent que les clauses d'exclusivité et celles relatives à la propriété industrielle instaurent un système de protection juridique efficace uniquement pour la partie la plus puissante. Les clauses d'exclusivité sont d'une manière quasi-systématique préétablies et prévues par et en faveur de l'utilisateur. Ces clauses interdisent ainsi au fournisseur pendant la durée d'exclusivité de fournir les mêmes ressources et informations à d'autres utilisateurs ou de conclure de nouveaux accords avec d'autres concurrents. Par contre, le fournisseur se voit souvent privé de la même protection. Ainsi, en cas de réapprovisionnement, l'utilisateur ne s'engage pas à verser des redevances ou à dédommager le fournisseur original s'ils se réapprovisionnent chez d'autres fournisseurs⁷⁷.

Le fournisseur de matériels génétiques ignore souvent l'importance des clauses sur la propriété intellectuelle au moment de la négociation du contrat avec l'acheteur. Le contrat NBI-Ball⁷⁸ a été critiqué pour avoir laissé à la société Ball Horticultural le choix de la forme de protection juridique pour s'assurer d'un droit exclusif sur tout produit développé à partir des ressources fournies : protection par brevet, brevet d'utilité ou certificat d'obtention végétale (COV). De même, dans le contrat entre Diversa et l'Institut de biotechnologie de l'Université mexicaine UNAM⁷⁹, le contrat Novartis-Bioamazonai⁸⁰ et celui entre Janssen Pharmaceutica et West Visayas State University, en contrepartie du paiement d'une somme dérisoire ou de faibles redevances, l'utilisateur se voyait reconnaître des droits exclusifs sur tous les développements ultérieurs des matériaux et des connaissances récoltées. Le contrat entre Janssen Pharmaceutica et West Visayas State University stipulait que la société belge pouvait décider seule et souverainement de l'éventuelle protection par brevet et de la commercialisation des résultats⁸¹. Même quand le contrat prévoit que le fournisseur est associé au dépôt de brevets, l'utilisateur rechigne parfois à respecter cet engagement. Dans le cadre de l'accord entre l'Université de Lausanne et l'Université du Zimbabwe, l'Université de Lausanne n'a pas respecté les clauses de l'accord de recherche qui exigeait à l'article 5 (f) que les deux parties soient associées à toute démarche lors du dépôt d'un brevet. Or, les chercheurs de l'Université de Lausanne avaient déposé seuls le brevet aux États-Unis⁸².

⁷⁵ Sur la critique de cette vision, voir Shubha Ghosh, « Reflections on the Traditional Knowledge Debate » (2003) 11 *Cardozo J. Int'l. & Comp. L.* 497 à la p. 508.

⁷⁶ Bellivier et Noiville, *supra* note 29 à la p. 153.

⁷⁷ Voir Morin, *supra* note 29 à la p. 334 et s.

⁷⁸ Henne et Fakir, *supra* note 29 aux pp. 19-20.

⁷⁹ Delgado, *supra* note 4 à la p. 309.

⁸⁰ Scott, *supra* note 29 à la p. 980.

⁸¹ Voir OXFAM-Solidarité (Belgique), Communiqué, *supra* note 33 à la p. 3.

⁸² Voir « Antimicrobial diterpenes », *supra* note 34. Voir McGown, *supra* note 29 aux pp. 33-34; DB, « Biopiraterie », *supra* note 34; DB, « Les ONG », *supra* note 34.

4. AVANTAGES NON FINANCIERS PEU TANGIBLES OU VIRTUELS

En conformité avec les prescriptions et objectifs de la *CDB*, divers avantages non financiers pourraient être envisagés dans le cadre des arrangements contractuels. Certains sont destinés à la recherche dans la conservation de la biodiversité, au renforcement de la capacité des communautés locales et à la protection de leurs savoirs traditionnels. D'autres envisagent le renforcement de la capacité des fournisseurs aux fins de transfert de technologie, tel que la formation des personnels du fournisseur, la cession d'équipement de laboratoire, la participation des experts locaux aux activités de recherche et l'échange d'informations. Une troisième catégorie d'avantages est prévue pour répondre aux impératifs du développement du pays d'origine des ressources : le transfert de technologie, l'amélioration de la sécurité alimentaire et de la santé publique au niveau local et la contribution à l'économie locale par la création d'emplois⁸³.

Bien que ces contrats assignent pour objectif la conservation de la biodiversité et la protection des savoirs traditionnels, un idéal souvent difficile à atteindre, ils ne semblent pas favoriser réellement la conservation de la diversité biologique, que ce soit par les avantages monétaires, les transferts de technologies ou les mesures incitatives économiques, compte tenu de la nature émettée ou virtuelle des sommes allouées à la conservation de la nature. Un constat d'échec s'est imposé dans plusieurs cas en Afrique et en Amérique latine⁸⁴.

Le transfert de technologies comme condition et objectif affichés par la *CDB* de partage des avantages, est loin d'être réalisé en pratique. Dans la plupart des accords, les bénéfices non financiers à long terme pour les pays d'origine, comme ceux dégagés du transfert de technologies, ont une existence virtuelle. Même les bénéfices à court et moyen terme se limitent à couvrir le prix de collection des matériels, les frais des moyens d'équipements, de déplacement et de séjour de chercheurs. Bon nombre de pays en développement sont dans une situation de dépendance telle qu'ils ne sauraient faire respecter les principes de la *CDB* par les sociétés étrangères⁸⁵. Cette situation de dépendance économique contraint le fournisseur du Sud à accepter des clauses de transfert de technologie vidées de toute efficacité⁸⁶. De même, les accords InBio-Merk⁸⁷ et Novartis-Bioamazonia⁸⁸ ont échoué à réaliser les objectifs de la *CDB* de promouvoir le progrès scientifique et technologique des pays en développement. De telles clauses sont rédigées en des termes qui ne traduisent pas la prise en considération du contexte et des impératifs de développement des pays du Sud, en matière de création d'emploi, de lutte contre la pauvreté et de justice sociale⁸⁹. Même appréciées sous l'angle limité des rapports

⁸³ Sur ces avantages, voir *CDB, Évaluation, supra* note 29 aux para. 19, 40.

⁸⁴ Voir Scott, *supra* note 29 à la p. 990; Morin, *supra* note 29 à la p. 328; Wynberg, « Factsheet » *supra* note 29 à la p. 3; Rodriguez, *supra* note 29 à la p. 2.

⁸⁵ Voir Peria, *supra* note 29 à la p. 1.

⁸⁶ À titre d'exemple, la clause insérée dans le contrat NBI-Ball, voir Henne et Fakir, *supra* note 29 à la p. 20.

⁸⁷ Rodriguez, *supra* note 29 à la p. 2.

⁸⁸ Voir Scott, *supra* note 29 à la p. 990 et s.

⁸⁹ *Ibid.* à la p. 990 ; Wynberg, « Factsheet », *supra* note 29 à la p. 3.

entre parties au contrat, les clauses de transfert de technologie ne visent généralement pas la conservation ou la protection des ressources, mais l'intégration des fournisseurs aux industries de biotechnologie⁹⁰. Par ailleurs, les séjours de longue durée des scientifiques des pays du Sud dans les pays du Nord, dans le cadre de programmes de formation, risqueraient de les inciter à rester et à favoriser la « fuite de cerveaux » et l'appauvrissement de leur pays d'origine⁹¹.

Dans certains cas, ces accords et les enjeux financiers qui les entourent menaçaient la survie même des communautés autochtones, en totale contradiction avec les objectifs de la *CDB*. Un exemple typique est le projet de bioprospection ICBG-Maya qui a pour finalité « la découverte de médicaments et la conservation de la biodiversité dans la région Selva Maya ». Ce projet a été mené dans la réserve de la biosphère de Montes Azules dans les régions Selva Maya et Chiapas au Mexique depuis 1998, par le Groupement ICBG, un organisme créé par le gouvernement américain regroupant des autorités publiques, le National Institute of Health, le National Science Foundation et le US Département of Agriculture (USDA), et de célèbres ONG et coalitions environnementales américaines, comme Conservation International et National Geographic. Ces dernières ont demandé officiellement au gouvernement mexicain d'expulser et de déplacer les communautés indigènes de leur lieu historique de Montes Azules en raison de l'opposition et de la forte résistance d'onze organisations des peuples indigènes au projet ICBG-Maya. Le gouvernement mexicain a même brandi l'usage éventuel de la force armée pour effectuer ce déplacement forcé. Les zapatistes et les communautés indigènes ont accusé ICBG, les ONG américaines et le gouvernement mexicain, de camoufler, sous couvert de la conservation de la nature, une grande entreprise de biopiraterie⁹².

C. Méconnaissance de la valeur de savoirs traditionnels : biopiraterie, biopolitique et néo-colonialisme

Le prix et les rémunérations attribués aux fournisseurs représentent souvent une contrepartie de la collecte de plantes et de « matériels »⁹³, et non une

⁹⁰ Morin, *supra* note 29 à la p. 328.

⁹¹ Scott, *supra* note à la p. 991.

⁹² Voir Delgado, *supra* note 4 à la p. 313. Rural Advancement Foundation International (RAFI, ETC Group) « Stop Biopiracy in Mexico! » (23 octobre 2000), en ligne: ETC Group <www.etcgroup.org>. En Amérique latine, dans le cadre de mégaprojets gaziers et pétroliers faisant partie de la politique d'ajustement structurel du Fond monétaire mondial (FMI) et de la Banque mondiale, et sous couvert des programmes officiels de conservation des écosystèmes touchés par les mégaprojets gaziers et pétroliers, de nombreuses fondations et ONG environnementales (la Fondation les Amis de la Nature (FAN), le Missouri Botanical Garden des États-Unis, et la Wild Life Conservation), ont participé à la mise sur pied d'un réseau de biopiraterie pour le compte de grands groupes pétroliers Shell et Enron. Voir Micheline Ladouceur, « Géopolitique de la mondialisation : les pétroliers à l'assaut des terres autochtones en Amérique latine – Les mégaprojets gaziers au Brésil et en Bolivie » (27 septembre 2002), en ligne : Centre for Research on Globalisation <<http://globalresearch.ca/articles/LAD209A.html>>.

⁹³ À titre d'exemple, l'accord entre l'Université de Lausanne et l'Université du Zimbabwe ne contient aucune disposition de reconnaissance des savoirs traditionnels ni de compensation des communautés à l'origine de brevets octroyés par les chercheurs suisses. L'accès aux plantes médicinales a été négocié en-dessous de sa valeur, étant donné la méconnaissance des savoirs traditionnels. Voir DB,

compensation des savoirs traditionnels, comme si ces matériels biologiques n'étaient que de simples ressources biologiques « sauvages » ou « naturelles ». Il est assez courant en pratique, en contradiction avec les dispositions des articles 8 j) et 16 de la CDB, que les communautés autochtones ne soient même pas associées au mécanisme du consentement préalable et au partage des bénéfices, comme le démontrent l'accord NBio-Merck et les exemples ci-avant cités des contrats en Afrique du Sud⁹⁴. Le déni de l'existence de ces savoirs s'exerce aussi par l'attribution au seul bioprospecteur, ou à son ayant cause, du droit d'être titulaire de tout brevet portant sur une invention développée à partir de ces ressources et savoirs, ce qui priverait les inventeurs premiers de toute reconnaissance de leur contribution. En effet, les grands acteurs du secteur pharmaceutique et agro-alimentaire résistent à reconnaître l'existence et la valeur des savoirs traditionnels pour exclure d'emblée tout partage des bénéfices liés à l'utilisation de ces savoirs.

Par une telle pratique, l'instrument contractuel devient un véhicule de la biopiraterie, car il méconnaît l'apport majeur de plusieurs générations de peuples autochtones dans la sélection, la conservation et le développement de ces ressources biologiques et il ignore les connaissances accumulées et les inventions collectives de ces communautés. Il néglige ainsi les bénéfices *immatériels* que ces communautés ont pu tirer de la biodiversité pour la nourriture, le soin de leurs membres et les bénéfices résultant de la recherche menée par les institutions publiques sur la biodiversité. La plupart des membres de communautés locales et autochtones ne qualifient pas leurs savoirs de « traditionnels », terme à connotation négative et bien imprégné de l'idéologie moderne du progrès avec ses avatars de la techno-science.

Ces préjugés contre les savoirs traditionnels trouvent leurs origines sur le plan historique, depuis la découverte du nouveau monde, dans la rhétorique institutionnalisée et diffusée en Europe pour légitimer l'entreprise coloniale des empires européens où la terre indigène fut considérée comme *terra nullius* pour justifier leur spoliation. Les savoirs, les connaissances et la culture des populations colonisées furent taxés de « pensée sauvage ou primitive » pour faciliter leur appropriation pour l'usage agricole et médical ainsi que pour faciliter le transfert des ressources génétiques y afférentes vers les métropoles européennes. La concurrence acharnée à laquelle se livrèrent les grandes puissances européennes de l'époque pour le contrôle de ressources naturelles dans le monde imprimèrent une vision où les savoirs traditionnels furent discrédités, marginalisés et réduits à de simples superstitions, magies et pensées irrationnelles, par opposition à la science moderne occidentale issue de « nations civilisées » victorieuses. Depuis la colonisation, en raison de leur intérêt stratégique fort estimable, de très nombreuses plantes et d'autres ressources génétiques ainsi que des connaissances et pratiques y afférentes, ont été collectées, répertoriées et transférées sans contrepartie ni autorisation des populations colonisées des pays du Sud pour être stockées dans des jardins botaniques et banques

« Biopiraterie », *supra* note 34; DB, « Les ONG », *supra* note 34.

⁹⁴ Voir la partie A.1 ci-dessus, pour l'accord NBI-Ball; l'accord CSIR-Phytopharm et Pfizer; l'accord entre un collecteur indépendant Sud africain et le Glasgow-based Strathelyde Institute for Drug Research ; l'accord liant l'Université sud africaine de l'État-libre et le jardin botanique de New York.

ou collections de grains, de plantes ou de gènes des pays du Nord⁹⁵. Le pillage des ressources génétiques des pays occupés est très répandu dans l'histoire, même entre pays européens. Pendant la deuxième guerre mondiale, des botanistes de l'armée nazie ont dérobé, lors de l'occupation des territoires de l'Union soviétique, une des plus importantes collections de grains dans le monde. Un tel événement fait l'objet jusqu'à nos jours d'enquêtes de la part des autorités russes⁹⁶. À cette dimension géopolitique, succède actuellement la bio-politique avec le développement du secteur biotechnologique. La lutte entre les grandes puissances pour le contrôle de la biodiversité perdure encore à l'époque contemporaine à travers les manifestations récentes de la biopiraterie, notamment depuis les années quatre-vingt pour répondre aux intérêts et besoins des grands groupes de la biotechnologie. Ce qui expliquerait la tolérance, l'indifférence ou la sous-estimation du phénomène de biopiraterie par certains pays du Nord, notamment les États-Unis, dont les acteurs économiques en sont le plus souvent les auteurs. C'est la raison pour laquelle la biopiraterie, en ce qu'elle implique le déni des savoirs traditionnels par l'usage abusif du droit de propriété intellectuelle et des contrats de bioprospection par les acteurs économiques dominants, est considérée aujourd'hui comme un symbole de « néo-colonialisme », de « bio-colonialisme », ou de « bio-impérialisme », tant par les membres des communautés locales et autochtones que par un courant de pensée dominant dans les milieux intellectuels progressistes, écologistes et/ou féministes, aussi bien dans les pays du Sud⁹⁷, que dans les pays du Nord⁹⁸.

II. Le contrat de bioprospection, conforme aux prescriptions de la CDB mais inapte à combattre la biopiraterie

Le modèle de l'économie de marché capitaliste et les contrats de bioprospection conclus en conformité avec les conditions de la CDB s'avèrent à certains égards menaçants pour l'existence même des sociétés traditionnelles (C). Les accords ne pourront pas mettre fin à la biopiraterie, car ce phénomène dépasse le contrat (A) et les acteurs économiques pourront en toute impunité éviter l'option contractuelle et contourner les exigences de la CDB (B). Ceci illustre la crise de la mondialisation du droit moderne occidental (E) et, en même temps, l'inaptitude de l'instrument contractuel à se substituer à un système multilatéral obligatoire, comme celui défendu par les pays du Sud dans le cadre du réexamen de l'*Accord sur les ADPIC* (D).

⁹⁵ Pour une étude d'ensemble, voir Mgbeoji, *supra* note 4 à la p. 94 et s.; Jack Ralph Kloppenburg, *First the Seed: The Political Economy of Plant Biotechnology. 1492-2000*, New York, Cambridge University Press, 1988.

⁹⁶ Pour l'enquête menée par la revue *The New Scientist* sur cette affaire, voir Fred Pearce, « The Great seed blitzkrieg » *The New Scientist* vol. 197 n° 2638 (12 janvier 2008) 38.

⁹⁷ À titre d'exemple, pour l'Inde, voir Shiva, *supra* note 2 à la p. 14 et s.; Chauhan, *supra* note 10 à la p. 133 et s.

⁹⁸ Pour ne citer que quelques exemples dans la littérature juridique anglosaxonne, voir Aoki, *supra* note 4 à la p. 13 et s.; Sarma, *supra* note 4 à la p. 108 et s.; Mgbeoji, *supra* note 4 à la p. 32 et s.; Folkins, *supra* note 4 à la p. 348; Stenton, *supra* note 4 aux pp. 21-22.

A. La biopiraterie sans contrat

La biopiraterie est un phénomène irréductible au contrat : ses périmètres et ses multiples manifestations débordent de loin le support contractuel. La voie contractuelle ne saurait protéger pleinement les savoirs traditionnels, car dans les faits, la biopiraterie pourrait tout simplement se produire sans qu'aucun contrat ne soit conclu, comme l'attestent les nombreuses affaires touchant les pays « mégadivers » et comme en témoigne encore la typologie des formes de biopiraterie⁹⁹. Cette forme de biopiraterie, que l'on peut qualifier de « clandestine » ou de « sauvage » par opposition à la biopiraterie « régulée », c'est à dire prenant appui sur un contrat conclu dans des termes contraires aux dispositions de la *CDB*, se produit par un simple « vol » des ressources génétiques et des savoirs traditionnels qui y sont associés, sans qu'aucun contrat ne soit conclu avec une entité nationale. Avant l'entrée en vigueur de la *CDB*, cette forme clandestine de biopiraterie était dominante en raison de l'absence d'encadrement juridique à l'échelle internationale et de législations étatiques officielles en matière d'accès aux ressources biologiques. Les biopirates estimaient ne pas être tenus de l'obligation de conclure un contrat avec les gardiens des savoirs traditionnels ou les autorités du pays d'origine, ni de partager les bénéfices découlant de la commercialisation de ces savoirs. De plus, ils prétendaient à tort que ces ressources faisaient partie, depuis l'époque coloniale, du patrimoine commun de l'humanité afin d'y légitimer l'accès, le transfert et l'exploitation commerciale. Or, le droit d'origine coutumière développé depuis des siècles par les communautés locales et autochtones, mais non reconnu et/ou marginalisé par les autorités coloniales, interdisait tout accès et usage illimités et non autorisés à ces ressources. Bien qu'aujourd'hui, les dispositions de la *CDB* et les lois internes en matière de partage des avantages soient devenues des facteurs incitatifs pour la conclusion des accords de bioprospection par les acteurs privés économiques pour garantir une certaine légalité, rien n'empêcherait que la biopiraterie sauvage puisse parallèlement toujours continuer à se développer, compte tenu de l'absence d'un mécanisme multilatéral obligatoire interdisant cette pratique¹⁰⁰.

B. Le contournement de la *CDB* et les conditions d'accès et de partage des avantages

Le progrès technologique et les nouvelles orientations de la recherche permettent aux grands acteurs du secteur de biotechnologies de contourner les exigences de la *CDB* et d'accéder *ex situ* aux ressources génétiques et savoirs traditionnels, sans même être tenus de partager les avantages, tout en évitant d'être liés contractuellement avec les pays du Sud ou les communautés locales. Dans le passé, là où un échantillon simple était insuffisant, les nouvelles techniques rendaient graduellement le besoin de prélèvements en bloc inutiles et, parfois, seules des parties reproductrices des espèces pouvaient être recherchées. Les nouvelles technologies ont permis à la société Celera de tracer le génome humain en neuf mois au lieu de 15 ans

⁹⁹ Sur ces affaires et la typologie de biopiraterie, voir Abdelgawad, *supra* note 4 à la p. 330 et s.

¹⁰⁰ Nous verrons plus loin que la *CDB* ne pourra pas remplir ce rôle.

selon l'ancienne technologie¹⁰¹. Les techniques de criblage se sont largement perfectionnées de nos jours et leur coût fortement maîtrisé grâce aux méthodes de la chimie combinatoire et du criblage de haut débit, ou « *High-Throughput Screening* » (HTS). Ce dernier permet à une société pharmaceutique de tester 100 000 échantillons par semaine pour rechercher et trouver des structures actives¹⁰². La connaissance indigène obtenue à partir d'une communauté pourrait permettre à plusieurs autres acteurs économiques d'utiliser cette connaissance sans partager les bénéfices, simplement en obtenant les matières biologiques dans les jardins botaniques et herbiers, zoos, collections publiques et privées, bibliothèques ou banques de cellules. Aussi, les principes actifs de très nombreuses plantes ont déjà été synthétisés. Par ailleurs, il arrive que des traits biologiques manifestés et utilisés dans une culture puissent être extraits à partir des espèces connexes ou indépendantes dans d'autres régions du monde. Dans ce cas, le partage des bénéfices a pu être contractuellement évité. Les propriétés médicinales commerciales de la pervenche rose (connu sous le nom *Rosy Periwinkle* ou *Catharanthus roseus*) des forêts tropicales ont été identifiées à Madagascar, mais les composés actifs ont été synthétisés des spécimens de Jamaïque et des Philippines¹⁰³.

C. Option du marché capitaliste et déstabilisation du mode de vie traditionnel

Le choix des rédacteurs de la *CDB* d'instaurer un système de mise en œuvre basé sur la logique du marché capitaliste, même lorsque les conditions d'accès et de partage de bénéfices sont respectées, pourrait semer la division entre différentes communautés, menacer leur cohésion et affaiblir le principe de partage collectif des plantes et savoirs entre leurs membres. L'argent ne fait que détériorer la structure même des sociétés traditionnelles. Tel est notamment le cas lorsque les mêmes ressources génétiques et les savoirs y afférents sont connus et partagés entre plusieurs communautés indigènes habitant une vaste région. La conclusion d'un accord de bioprospection avec une communauté donnée risquerait d'inciter les autres communautés utilisant la même plante à cesser de partager leurs savoirs dans l'espoir de conclure, eux aussi, un accord exclusif de partage de bénéfices avec une institution occidentale, comme c'était le cas du contrat entre l'Université de Berkeley de Californie et le peuple de Samoan vivant dans les forêts tropicales de l'Asie du Sud concernant les savoirs sur une plante médicinale (l'arbre *Mamala*¹⁰⁴). En outre, cette logique risquerait d'encourager une approche de type « course vers le bas » (*race to*

¹⁰¹ RAFI Geno-Type (ETC Group), « Call to Dialogue or Call to 911? » (2 November 2000) à la p. 3, para. 6B, en ligne : ETC Group <www.etcgroup.org/upload/publication/301/01/geno_call911.pdf>.

¹⁰² Sur le *HTS*, voir James Swarbrick, dir., *Encyclopedia of Pharmaceutical Technology*, 3^e éd., vol. 5, New-York, Informa Healthcare, 2007, « Spectroscopic Methods of Analysis: Nuclear Magnetic Resonance Spectroscopy », par Thomas M. O'connell et Kevin L. Facchine aux pp. 3452-3453, titre « High-throughput NMR » ; Michael Brush, « High-throughput Technology Picks up Steam » (1999) 13 *The Scientist* 22 ; Joachim A. Stellmach, « Brevetabilité des composés ayant une activité biologique : Quelques relations entre structure, activité biologique et activité inventive » (2006) 10 *Propriété industrielle* 8 à la p. 11.

¹⁰³ RAFI Geno-Type (ETC Group), *supra* note 101.

¹⁰⁴ Ho, *supra* note 4 aux pp. 462-463.

the bottom)¹⁰⁵ de la part de bioprospecteurs, qui préféreront la communauté offrant les termes minima et le prix le plus bas en excluant toutes les autres ayant les mêmes ressources. En plus de la perte économique, cette situation est source de déstabilisation du mode de vie traditionnelle de ces communautés : animosité et division entre communautés et au sein de la même communauté, mise en péril de la tradition de partage des ressources (plantes, semences) entre communautés et, partant, de la sécurité alimentaire qui dépend de ce partage¹⁰⁶. Même s'il existe une seule communauté détentrice de ces ressources, le partage des avantages pourra être source de conflits et de divisions internes entre ceux qui négocient au nom de la communauté et les membres qui s'opposent au principe de commercialisation et au dépôt de brevets sur ces savoirs, comme ce qui est arrivé en Inde pour la communauté Kani pour la commercialisation de leur plante antifongique, le *Jeevani*¹⁰⁷.

D. Échec du contrat comme alternative à la révision de l'Accord sur les ADPIC : contradiction des positions des États-Unis et du Japon

Dans le cadre des travaux menés par le Conseil sur les ADPIC, les États-Unis¹⁰⁸ et le Japon¹⁰⁹ ont fait valoir que les accords de bioprospection peuvent être complétés par des lois nationales réglementant l'accès aux ressources biologiques et aux savoirs traditionnels. Rien n'empêche ainsi l'État d'origine des ressources d'imposer des règles claires en matière de consentement préalable et de partage des bénéfices. L'État d'origine peut aussi prévoir la nullité de tout brevet basé sur ses ressources ainsi que des sanctions adéquates à l'égard des contrevenants. De la sorte, selon les États-Unis et le Japon, les accords de bioprospection complétés par des lois nationales permettront de combattre la biopiraterie et il est inutile dès lors de modifier la rédaction de l'article 27 de l'Accord sur les ADPIC pour y introduire l'obligation de divulgation de l'origine des ressources. Assurément, l'adoption de telles lois est une condition indispensable à la protection des savoirs traditionnels, ce qui explique pourquoi bon nombre de pays en développement ont pris récemment des initiatives en ce sens¹¹⁰.

En revanche, il serait illusoire de voir dans les arrangements contractuels cumulés avec une légalisation nationale un moyen de régulation d'ensemble susceptible d'apporter des solutions satisfaisantes sur le plan international en raison de la nature transfrontalière de la biopiraterie, qui implique souvent l'acquisition de ressources génétiques dans un pays et le dépôt d'une demande de brevet dans un autre

¹⁰⁵ *Ibid.* à la p. 460; Fondation Gaia et GRAIN, *supra* note 29 à la p. 5.

¹⁰⁶ Heineke et Wolff, *supra* note 29 à la p. 28.

¹⁰⁷ Voir Gupta, *supra* note 29 à la p. 106 et s.

¹⁰⁸ OMC, É.-U., *Examen dispositions*, *supra* note 27 à la p. 6 ; OMC, É.-U., *Relation*, *supra* note 27 au para. 3 et s. ; OMC, *Compte rendu* (déc. 2004), *supra* note 26 au para. 31.

¹⁰⁹ Voir OMC, *Relation : Résumé*, *supra* note 28 aux para. 21-22 ; OMC, *Compte rendu* (mars 2005), *supra* note 26 au para. 69 (position du Japon).

¹¹⁰ Sur ces lois, voir Susan Perkoff et Manuel Ruiz Muller, dir., *Protéger la biodiversité : les lois nationales régissant l'accès aux ressources génétiques en Amérique*, Ottawa, Centre de recherches pour le développement international, 2000 ; Marcelo Varela, « Typologie des lois sur l'accès aux ressources génétiques » dans Hermitte et Kahn, *supra* note 29 à la p. 183.

pays¹¹¹. Étant d'application territoriale, ces lois étatiques ne seraient pas aptes à réprimer les actes de biopiraterie au-delà de la frontière nationale et n'ont pas vocation à s'appliquer dès que le matériel génétique et les savoirs traditionnels connexes ont été transférés dans un États tiers. Comment poursuivre une société étrangère condamnée par les autorités juridictionnelles du pays d'origine des ressources pour avoir porté atteinte aux législations nationales sur l'accès aux ressources et le partage de bénéfices, si cette société n'est pas établie ou n'a pas de biens sur le territoire de cet État? Une communauté locale n'a pas les moyens financiers pour agir en justice contre les auteurs de biopiraterie dans leur pays d'origine, ni pour demander aux offices de brevets de par le monde l'annulation de tout brevet obtenu illégalement sur leur savoirs, compte tenu notamment du coût très élevé de procédure de révocation de brevets dans certains pays comme les États-Unis. La lutte individuelle de chaque État contre la biopiraterie reste très infructueuse en raison de l'absence de système multilatéral de coopération internationale efficace entre États et en raison de divergences des positions des législations nationales dans ce domaine. Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que le droit international n'oblige pas les États qui n'ont pas adhéré à la *CDB* comme les États-Unis, à légiférer sur la question de l'accès et du partage des avantages. On a souvent tendance à oublier que les contrats internationaux de bioprospection se contentent de régir des rapports individuels et des questions liées à l'accès et à la commercialisation des savoirs traditionnels. En effet, ces contrats n'ont pas pour vocation de constituer un véritable système international de protection de ces savoirs ayant force obligatoire entre États. Seul un cadre multilatéral obligatoire de droit international public serait à même de lutter efficacement contre ce crime environnemental. On comprend pourquoi, pour les pays en développement, le mécanisme contractuel ne soit pas suffisant pour assurer un partage juste et équitable des avantages entre les utilisateurs et détenteurs des savoirs traditionnels et pour protéger les savoirs traditionnels. Ces pays cherchent à obtenir, comme ce fut le cas pour les pays développés pour les « inventions modernes », une protection multilatérale renforcée pour ces savoirs dans le cadre de l'*Accord sur les ADPIC*¹¹².

La position des États-Unis, préférant aujourd'hui l'instrument contractuel pour lutter contre la biopiraterie, est en totale contradiction avec l'attitude qu'ils ont soutenue avec vigueur au moment de l'inclusion de la propriété intellectuelle à l'OMC lors des négociations du cycle d'Uruguay. Lorsque les pays du Nord, notamment les États-Unis, estimaient à l'époque que leurs entreprises étaient victimes d'actes de contrefaçon et de piratage de grandes marques de produits de luxe et de haute technologie commis dans certains pays en développement, ils ne se sont pas contentés de recourir à la voie contractuelle pour lutter contre ce type de contrefaçon. Ils n'ont pas hésité à user de toute leur influence pour établir un accord multilatéral

¹¹¹ En ce sens, voir OMC, Groupe africain, *supra* note 26 à la p. 3; OMC, *Compte rendu* (juin 2005), *supra* note 26 au para. 26, 49 (position du Brésil et de l'Inde) ; OMC, *Compte rendu* (mars 2005), *supra* note 26 au para. 57 (position de la Chine).

¹¹² OMC, Conseil des ADPIC, Brésil, *Examen des dispositions de l'article 27:3 B*), Doc. OMC IP/C/W/164 (1999) à la p. 2; OMC, *Compte rendu* (juin 2005), *supra* note 26 au para. 26, 49 (position du Brésil et de l'Inde); OMC, Groupe africain, *supra* note 26 à la p. 3; OMC, *Compte rendu* (mars 2005), *supra* note 26 au para. 57 (position de la Chine).

obligatoire, l'*Accord sur les ADPIC*, dont les dispositions bénéficient même d'un dispositif efficace de mise en œuvre dans les ordres juridiques internes. Aujourd'hui, les États-Unis, suivis par le Japon, pays originaire du plus grand nombre de biopirates, refusent d'adopter la même approche afin de réviser l'*Accord sur les ADPIC* pour imposer la divulgation de l'origine des ressources dans la demande de brevet. Dans le même ordre d'idées, il est loisible de se demander, comme l'ont fait dans le cadre des travaux du Conseil des ADPIC de l'OMC, le Brésil, l'Inde et le Pérou, pays très touchés par la biopiraterie,

si les contrats volontaires constituaient un moyen suffisant d'assurer le respect du droit du pays ou de la communauté d'origine du matériel génétique et des connaissances traditionnelles, pourquoi une logique analogue ne vaudrait-elle pas pour la protection de la propriété intellectuelle et pourquoi une législation spécifique à la propriété intellectuelle s'appliquant même en l'absence de contrats ne serait pas jugée nécessaire.¹¹³

Une telle approche reviendrait à prétendre, ce qui serait inadmissible aux yeux des pays du Nord, que pour assurer le fonctionnement efficace du système de brevets, seules des législations nationales sur les brevets sont nécessaires et suffisantes, à l'exclusion de tout instrument international tel que l'*Accord sur les ADPIC*¹¹⁴. Or, force est de constater que de nombreux pays en développement et un nombre croissant de pays développés ont modifié récemment leurs législations nationales pour y inclure l'obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés dans la demande d'octroi de droit de propriété intellectuelle ou pour exiger la délivrance de certificat d'origine de ces ressources¹¹⁵. Il est à parier que dans un avenir proche, la position des États-Unis et du Japon sera isolée. La preuve en a été apportée récemment par l'article 17 du *Protocole de Nagoya* dont l'intitulé est « Surveillance de l'utilisation des ressources génétiques ». Cet article prévoit la mise en place par les États Parties de points de contrôles pour recueillir les informations, les renseignements, y compris un certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale, prouvant l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause et la source des ressources génétiques. Mais cet article laisse à chaque État Partie le soin d'apprécier, « selon qu'il convient »¹¹⁶, les caractères « appropriés, efficaces et proportionnés »¹¹⁷ de ces mesures. Il s'agit d'une faculté et non d'une obligation de divulguer l'origine des ressources.

La révision de l'*Accord sur les ADPIC* sera un premier pas qui devra être complété par l'établissement d'un système multilatéral de protection *sui generis* des savoirs traditionnels pour tenter de mettre fin à la biopiraterie¹¹⁸. Là aussi le *Protocole de Nagoya* a innové en mettant l'accent, quoique en termes fort imprécis, sur la nécessité de la création d'un mécanisme multilatéral entre États parties mais pour les

¹¹³ OMC, *Relation : Résumé*, supra note 28 au para. 24 (position du Brésil).

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Parmi les pays développés, on peut citer à titre d'exemples le Danemark, la Norvège, la Suède et la Belgique; et parmi les pays en développement, les pays du Pacte andin, le Brésil, le Panama, le Costa Rica, l'Inde et l'Égypte.

¹¹⁶ *Protocole de Nagoya*, supra note 22, art. 17-1.

¹¹⁷ *Ibid.*, art. 17-1 a)-ii).

¹¹⁸ Sur ce système, voir Abdelgawad, « La biopiraterie », supra note 4 à la p. 358 et s.

ressources qui se trouvent dans « des situations transfrontalières ou pour lesquelles il n'est pas possible d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause »¹¹⁹. À l'avenir, ce système pourra être défini dans le cadre de futures négociations entre États parties.

E. La crise de la mondialisation du droit moderne occidental : de la privatisation à la marchandisation des savoirs collectifs, symboles de l'identité culturelle

Une grande partie des normes juridiques gouvernant le commerce international des ressources génétiques et des savoirs traditionnels est fondée sur la vision du monde occidental¹²⁰ qui cadre très souvent mal avec la réalité et les besoins fondamentaux des populations autochtones. Il s'agit de normes issues des sociétés post-industrielles vivant dans un système capitaliste avancé, et non selon le mode de vie traditionnel des communautés autochtones (modèle de la propriété privée, techniques contractuelles, clauses d'exclusivité, clauses d'adhésion, clauses sur les droits de propriété intellectuelle, théorie d'usages du commerce international, modèle occidental de droit de la propriété intellectuelle incorporé dans l'*Accord sur les ADPIC* de l'OMC et normes ADPIC-Plus). Les contrats de bioprospection, qui intègrent et diffusent ce modèle occidental du droit de la propriété intellectuelle, fondés sur la propriété privée et le monopole d'exploitation propre aux sociétés capitalistes, ignorent en même temps que ces communautés ont depuis longtemps leur propre système juridique d'origine coutumière, le droit de propriété intellectuelle communautaire émergeant de leur environnement socio-économique et étant adapté à la nature de leurs savoirs¹²¹.

Cette situation est renforcée par l'extension quasi-universelle qu'a connu le droit de la propriété intellectuelle occidentale de part le monde suite à sa consécration par l'*Accord sur les ADPIC* de l'OMC. Cet accord retient, dans son article 27, une conception restrictive du droit de la propriété intellectuelle qui reconnaît en principe les inventions produites par un inventeur individuel ou un groupe de chercheurs, mais pas celles issues des savoirs collectifs d'une communauté. De plus, cette conception de la propriété intellectuelle reconnaît, comme moyen de protection, un monopole privé au titulaire de titre du brevet sur son invention, ce qui reste inadapté pour sauvegarder des savoirs partagés collectivement par les membres d'une communauté. D'après l'article 27 de cet Accord, le droit de la propriété intellectuelle n'est reconnu

¹¹⁹ *Protocole de Nagoya*, supra note 22, art. 10. L'article 15.1 du même *Protocole* appelle les États parties à coopérer en cas de violations alléguées d'une législation interne.

¹²⁰ En ce sens, voir Ana María Hernández Salgar, « Traditional Knowledge and the Bioproducts : the Colombian experience » dans Christophe Bellmann, Graham Dutfield et Rocardo Meléndez-Ortiz, éd., *Trading in Knowledge: Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability*, Londres, Earthscan, 2003, 184 à la p. 189; Sarma, supra note 4 aux pp. 122-123.

¹²¹ Sur ce droit coutumier, voir CDB, Groupe de travail spécial intersessions à composition non limitée chargé d'examiner l'application de l'article 8 j) et des dispositions connexes de la *Convention sur la diversité biologique*, Secrétaire exécutif, *Élaboration des éléments de systèmes suisses générés pour la protection des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales*, Doc. CDB UNEP/CBD/WG8J/4/7 (2005) à la p. 6 et s.

que selon la vision occidentale, c'est-à-dire lorsque la connaissance et l'innovation génèrent des bénéfices, et non lorsqu'ils satisfont des besoins sociaux fondamentaux. Cet article a institué une sélectivité dans la lutte contre la piraterie ne protégeant que les inventions modernes issues de la révolution industrielle tout en ignorant les savoirs traditionnels¹²².

La biopiraterie met en lumière la dérive mercantiliste du contrat et du droit de la propriété intellectuelle, en tant qu'institutions juridiques des sociétés occidentales post-industrielles, lorsqu'ils sont instrumentalisés par les acteurs les plus puissants du commerce international pour être utilisés comme outil de privatisation de l'héritage culturel de l'humanité et lorsqu'ils sont implantés artificiellement dans des milieux socio-économiques traditionnels. La marchandisation des ressources génétiques et des savoirs traditionnels s'exerce, à travers quatre étapes : la privatisation, la dénationalisation, la relocalisation et la commercialisation. Par ce processus, on assiste au *recyclage* de ces ressources et savoirs qui, après avoir été dérobés ou obtenus à un prix dérisoire de leur pays d'origine, sont transformés et protégés par un titre de propriété intellectuelle dans les pays du Nord, pour être revendus à un prix élevé sous forme de produits finis aux populations du Sud à l'origine de ces innovations.

Les accords de bioprospection, même lorsqu'ils reconnaissent l'apport des savoirs traditionnels, ne leur assignent qu'une simple valeur ajoutée économique, qui est prise en considération lors du calcul du montant de redevances ou de rémunérations versées aux fournisseurs. En voulant vider les savoirs traditionnels de leur essence collective, sacrée, intergénérationnelle et culturelle, sous prétexte d'assurer leur commercialisation, l'approche occidentale, étant calquée sur la logique de profits capitalistes et le retour sur les investissements pour le détenteur de brevets, leur enlève toute signification profonde et même tout intérêt du point de vue de la diversité culturelle. Elle ne peut donc aboutir qu'à une impasse, puisqu'elle les enferme dans une configuration irrémédiablement déformée. Le tort majeur provient du fait d'appliquer un droit issu du système capitaliste avancé à des sociétés traditionnelles ayant une autre vision du monde et une autre interprétation du sacré et des tabous.

L'appropriation par des sociétés multinationales issues des pays du Nord de ces ressources collectives à l'échelle mondiale et l'application du modèle juridique des sociétés capitalistes entraînent inévitablement une perte du contrôle de nombreuses communautés locales sur les ressources naturelles et les connaissances sur le monde vivant, ce qui se traduit par une aggravation de la pauvreté, une dégradation de l'environnement et une déstabilisation de leur culture. Par sa croyance inébranlable à la nouvelle religion de l'économie de marché libérale, par son processus de standardisation et d'harmonisation juridiques, la modernité détruit sur son cheminement les autres modes de vie qui forment le socle même de la diversité

¹²² Pour la critique de l'*Accord sur les ADPIC* sur ce point, voir Abdelgawad, « La Biopiraterie », *supra* note 4 à la p. 343 et s.; Abdelgawad, « Brevetabilité du vivant », *supra* note 26 à la p. 141 et s.; Mgbbeoji, *supra* note 4 aux pp. 44 et 129; Aoki, *supra* note 4 à la p. 15 et s.; Sarma, *supra* note 4 à la p. 135.

culturelle. Peut-on croire encore que ces instruments juridiques de droit privé puissent protéger des connaissances collectives qui sont rebelles à toute propriété privée, alors que les membres des communautés locales s'estiment gardiens de ces connaissances et non propriétaires? Deux interprétations du terme « protection » s'affrontent : (1) soit les savoirs traditionnels ne sont protégés qu'en tant qu'objet des accords de « partage des bénéfices », donc en tant qu'objet du commerce et partant du titre de brevet ; ou (2) soit le terme protection appréhende au contraire ces savoirs à partir de leur essence collective comme une manifestation de la diversité culturelle. Après la privatisation du vivant s'annonce la marchandisation des symboles de l'identité culturelle sous le signe du marché capitaliste libéral. Cette dérive s'inscrit parfaitement dans ce que B. Oppetit appelait avec justesse « les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain »¹²³.

De très nombreuses communautés locales s'opposent, par principe, à l'application du droit de la propriété intellectuelle occidental et à la marchandisation de leurs savoirs traditionnels en raison de leur dimension culturelle et sacrée¹²⁴. La mobilisation au Mexique de nombreuses communautés Maya au Chiapas, qui a empêché l'exécution de projets de bioprospection ICBG-Maya, ci-avant cités, était un exemple typique¹²⁵. Par ailleurs, d'autres critiques peuvent être adressées aux contrats de bioprospection, car ils épousent le mouvement en faveur de la brevetabilité du vivant inauguré depuis l'arrêt *Chakrabarty*¹²⁶ de la Cour suprême des États-Unis et entériné par l'article 27 de l'*Accord sur les ADPIC*. Dans cette optique, les pays africains soutiennent aujourd'hui, dans le cadre des travaux en cours au sein du Conseil sur les ADPIC, la révision de l'article 27 de cet accord afin d'exclure expressément le vivant du domaine du brevet, car il s'agit d'une conception étrangère au mode de vie de leurs populations. En effet, des principes d'ordre éthique, religieux et culturel justifiaient l'opposition de la majorité des populations en Afrique au brevet sur les formes de vie¹²⁷.

La *CDB* a créé une situation paradoxale où les gouvernements des pays du Sud riches en biodiversité sont incités à « vendre » leurs ressources génétiques et à faciliter par là nécessairement la privatisation et l'exploitation commerciales de savoirs collectifs y afférents. L'objectif de la conservation semble bien s'effacer derrière la marchandisation de la biodiversité. Plus problématique encore, la *CDB*

¹²³ Voir Bruno Oppetit, *Droit et modernité*, Paris, Presses universitaires de France, 1998 à la p. 113 et s.

¹²⁴ Voir les exemples cités dans Sarma, *supra* note 4 à la p. 123.

¹²⁵ Voir Delgado, *supra* note 4 à la p. 312; Devinder Sharma, « Selling Biodiversity. Benefit Sharing is a dead concept » (3 mai 2004), en ligne : Mindfully.org <<http://www.mindfully.org/WTO/2004/Selling-Biodiversity-Sharma3may04.htm>> ; ETC Group, « US Government' \$2.5 Million Biopiracy Project in Mexico Cancelled: Victory for Indigenous People in Chiapas » (9 Novembre 2001), en ligne : ETC Group <www.etc.group.org>.

¹²⁶ *Diamond v. Chakrabarty*, 447 U.S. 303 (1980).

¹²⁷ Voir OMC, Conseil des ADPIC, Maurice, *Examen des dispositions de l'article 27:3 b*), Doc. OMC IP/C/W/206 (2000) à la p. 3 ; OMC, Groupe africain, *supra* note 26; OMC, Conseil des ADPIC, *Compte rendu de la réunion* (tenue le 18 novembre 2003), Doc. OMC IP/C/M/42 (2004) au para. 103.

souffre d'une lacune importante car elle n'a pas institué de mécanisme multilatéral contraignant de mise en œuvre préférant l'option contractuelle dans le cadre des rapports bilatéraux, avec tous les dangers que ces contrats de bioprospection impliquent en raison de la forte disparité des puissances économiques entre les parties notamment lorsque les membres des communautés locales et autochtones y sont impliqués. Il faut conclure que ni les contrats internationaux de bioprospection ni la *CDB* elle-même n'ont pour vocation de constituer un mécanisme international efficace de protection des savoirs traditionnels contre la biopiraterie. Bien au contraire, les contrats de bioprospection peuvent facilement être détournés par la partie la plus puissante pour devenir l'instrument de biopiraterie et partant légitimer les diverses manifestations de l'échange inégalitaire. L'avenir nous dira si l'article 10 du *Protocole de Nagoya* mettra réellement en place le premier jalon d'un système multilatéral de lutte contre la biopiraterie.