



Les négociations de l'OMPI sur la propriété intellectuelle, les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles peuvent-elles aboutir ?

Par Viviana Muñoz Tellez

Introduction

On attend beaucoup des négociations de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) concernant les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent à la protection des ressources génétiques, des connaissances traditionnelles et des expressions culturelles traditionnelles. Les résultats de 14 années de multiples études, analyses et de discussions ont été résumés dans trois textes de négociation. Les négociations ont toutefois connu un revirement en juillet 2014. Lorsque l'Assemblée générale de l'OMPI se réunira en octobre 2015, elle déterminera la voie à suivre pour le futur, mettant à l'épreuve la volonté politique et l'engagement des États membres. Ces derniers devront notamment décider de l'avenir du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC).

Le présent rapport analyse l'état actuel des négociations de l'OMPI sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent à la protection des ressources génétiques, des connaissances traditionnelles

et des expressions culturelles traditionnelles et présente des pistes pour aller de l'avant.

1. L'appropriation et l'utilisation illicites

Les 188 États membres de l'OMPI ont convenu de collaborer (en ce qui concerne le régime international de propriété intellectuelle) pour protéger efficacement les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles. Le mandat actuel des négociations est fondé sur cette importante entente. Pourtant, quinze ans après, il est frustrant de constater que l'OMPI n'a pas produit de résultats.

Des valeurs et des préoccupations divergentes en matière d'équité, d'éthique, de moralité et de culture, ainsi que les intérêts commerciaux restent au cœur du débat. Actuellement, plusieurs organisations internationales travaillent sur différents aspects de la protection des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles. Dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique (CDB), la protection des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées à ces ressources est

Table des matières

INTRODUCTION	1
1. L'APPROPRIATION ET L'UTILISATION ILLICITES.....	1
2. LES SOLUTIONS PROPOSÉES.....	4
3. L'ÉTAT DES NÉGOCIATIONS À L'OMPI	7
4. L'AVENIR DES NÉGOCIATIONS À L'OMPI	10
5. LES DÉFIS À RELEVER LORS DES NÉGOCIATIONS	13
CONCLUSION	14
NOTES	15

liée à leur sauvegarde, leur conservation et leur utilisation durable.¹ Les initiatives prises dans le cadre du régime de propriété intellectuelle devraient venir compléter ces objectifs.

L'OMPI devrait consacrer ses efforts à résoudre, par le biais du régime de propriété intellectuelle, le problème de l'appropriation et de l'utilisation illicites des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées à ces ressources, y compris des expressions culturelles traditionnelles, un problème communément appelé biopiraterie. Par biopiraterie, on entend notamment le fait de prendre et d'utiliser illicitement des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles, de ne pas demander l'autorisation de le faire, de ne pas mentionner l'origine ou la source de l'invention ou de la création, de ne pas partager les avantages qui découlent de leur utilisation, de les utiliser d'une manière qui heurtent les sensibilités culturelles ou d'accorder de manière fautive des brevets ou d'autres formes de droits de propriété intellectuelle.² Vu l'ampleur internationale de la prospection biologique et des activités liées aux brevets, la législation nationale n'est pas suffisante pour résoudre les questions relatives à l'appropriation et à l'utilisation illicites des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles. De plus, il n'existe probablement pas de solution unique à tous les problèmes. Un accord international contenant des mesures juridiques complémentaires semble nécessaire.

Non-respect des règles d'APA dans le régime de propriété intellectuelle

Le problème de l'appropriation et de l'utilisation illicites des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles a plusieurs facettes. L'une d'entre elles est le fonctionnement du régime juridique de la propriété intellectuelle, qui ne tient pas compte des règles d'accès et de partage des avantages (APA), même si les parties à la CDB reconnaissent l'influence des droits de propriété intellectuelle sur son application et ont accepté de collaborer afin de garantir que les droits de propriété intellectuelle soutiennent et n'aillent pas à l'encontre de ses objectifs.³ Les règles en matière d'APA ont pour but de prévenir l'accès non autorisé aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles et leur utilisation illicite en exigeant que le consentement préalable donné en connaissance de cause soit obtenu avant d'y accéder et que les avantages découlant de leur exploi-

tation fassent l'objet d'un partage équitable. L'obligation de demander une autorisation avant de pouvoir accéder aux connaissances traditionnelles et aux ressources génétiques associées contribue fortement à l'autonomisation des communautés autochtones et locales. Le consentement préalable donné en connaissance de cause consacre aussi le droit souverain des pays à réglementer l'accès à leurs ressources biologiques. L'accent qui est mis sur le partage des avantages monétaires reflète la valeur économique attribuée aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles.

Au cours des 20 dernières années, les régimes juridiques internationaux contraignants de propriété intellectuelle, d'un côté, et les règles en matière d'APA, de l'autre, ont continué à évoluer en parallèle, ce qui a créé des désaccords lors de leur mise en œuvre, d'autant plus que les deux régimes laissent une part importante d'interprétation et de liberté dans la législation nationale quant à la manière d'appliquer les obligations prévues. Vu la dimension mondiale de la propriété intellectuelle et les obligations contractées par la plupart des pays dans le cadre de ces deux régimes internationaux, il est nécessaire de rendre les systèmes plus cohérents entre eux. Même les pays qui décident de ne pas réglementer l'accès aux ressources génétiques ou aux connaissances traditionnelles associées sur leur propre territoire sont tenus de prévoir des mesures visant à contrôler et à garantir que les utilisateurs de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles respectent les lois nationales des pays tiers en matière d'APA.⁴ De plus, il existe un large consensus, y compris parmi les pays non membres, sur les principes du consentement préalable donné en connaissance de cause et du partage des avantages, consacrés en 1992 par la CDB.⁵ Les règles internationales en matière d'APA ont été développées dans le Protocole de Nagoya, qui est entré en vigueur en octobre 2014. À ce jour, soixante-deux des 196 États parties à la CDB ont ratifié le Protocole de Nagoya. Selon le régime international en matière d'APA, les pays doivent instaurer des règles applicables aux utilisateurs et aux fournisseurs de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles associées. Plus particulièrement, l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées à ces ressources est subordonné à l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause qui doit être obtenu auprès d'un organisme gouvernemental ou des dépositaires (les populations autochtones ou la communauté locale). Par ailleurs, les avantages résultant de l'exploitation des res-

sources génétiques et des connaissances traditionnelles associées (c'est-à-dire toute activité de recherche-développement, y compris les applications et la commercialisation subséquentes) doivent être partagés de manière juste et équitable, selon ce qui a été négocié et convenu par l'utilisateur et le fournisseur. Le régime en matière d'APA est encore en cours de développement ; de nombreux pays continuent d'élaborer ou de réformer leur législation nationale en matière d'APA pour qu'elle soit conforme aux obligations établies par la CDB et le Protocole de Nagoya.⁶ Cette tâche reste indispensable.

Les tensions s'expliquent entre autres par le fait que les règles internationales de propriété intellectuelle, par exemple l'Accord de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), ne prévoient pas de règles en matière d'APA, mais facilitent l'appropriation privée des inventions et des créations fondées sur des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles. Par exemple, il est possible de délivrer des brevets portant sur des inventions basées sur des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles sans que ces ressources et ces connaissances n'aient été obtenues et utilisées conformément aux lois nationales en matière d'APA de leur pays d'origine ou de leur pays source. La divulgation complète et qualitative des informations dans une demande de brevet est une exigence inhérente au régime de propriété intellectuelle. Il n'est cependant pas obligatoire de divulguer spécifiquement la source ou l'origine géographique des matériaux. Les pays peuvent imposer, dans leurs lois et règlements, que de telles informations soient divulguées dans une demande de brevet, ce qui les aiderait à vérifier que les dispositions en matière de consentement préalable et d'APA ont été respectées et contribuerait à la cohérence de la mise en œuvre des

sur une invention exploitant du matériel biologique ou des connaissances traditionnelles d'origine indienne puisse être déposée. L'Autorité nationale de la biodiversité se sert donc de l'étape de la demande de brevet comme d'un barrage pour s'assurer que la réglementation indienne en matière d'APA soit respectée. Cependant, selon le principe de territorialité des droits de propriété intellectuelle, les mesures nationales de ce type n'ont aucune influence sur les demandes liées aux droits de propriété intellectuelle dans les pays tiers puisqu'en réalité de nombreux brevets fondés sur des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles sont demandés et délivrés dans des pays tiers, où l'APA n'est pas réglementé. L'OMPI a, par conséquent, un rôle à jouer pour faire des obligations relatives à la divulgation de la source et de l'origine des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles une règle internationale qui devra être mise en œuvre par tous les offices nationaux des brevets.

Brevets et autres droits de propriété intellectuelle délivrés à tort

L'octroi à tort de brevets et d'autres droits de propriété intellectuelle est une autre forme d'appropriation illicite de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles. Dans de nombreux cas, des offices des brevets du monde entier, par exemple l'Office européen des brevets (OEB) et l'Office des brevets et des marques des États-Unis d'Amérique (*United States Patent and Trademark Office*, ou USPTO), ont délivré des brevets portant sur des ressources génétiques, des connaissances traditionnelles associées à des ressources génétiques ou des inventions fondées sur des connaissances traditionnelles qui ne remplissaient pas les critères de nouveauté et d'activité inventive. C'est notamment le cas des plantes de maca, d'ayahuasca et de camucamu.⁷ Parfois, durant le processus d'examen des demandes de brevet, aucune antériorité dans l'état de la technique n'est trouvée en ce qui concerne une

L'OMPI devrait élaborer, au sein du régime de propriété intellectuelle, des normes internationales visant à lutter contre l'appropriation et l'utilisation illicites des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles, problème qui ne peut pas être résolu à l'aide du droit national uniquement et pour lequel la coopération internationale est nécessaire.

régimes juridiques de propriété intellectuelle et d'APA. L'Inde, par exemple, exige qu'une autorisation de l'Autorité nationale de la biodiversité (*National Biodiversity Authority*, ou NBA) ait été obtenue avant qu'une demande de brevet portant

connaissance traditionnelle pourtant déjà connue. La procédure juridique de contestation d'un brevet après son obtention peut être extrêmement coûteuse, longue et complexe. On ne peut pas attendre des populations autochtones et des communautés lo-

cales, qui ne connaissent pas le régime de propriété intellectuelle, qu'elles sollicitent l'annulation des brevets délivrés à tort. Il est donc important que l'OMPI convienne de normes qui doivent être respectées par tous les offices des brevets afin d'améliorer le processus d'examen des demandes et de parer à la délivrance erronée de brevets portant sur des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles, qu'elles soient associées ou non à des ressources génétiques.

Le problème de l'appartenance des connaissances traditionnelles au domaine public

Il est nécessaire de clarifier le concept de *domaine public* afin de définir les limites de la libre obtention, utilisation et appropriation des connaissances traditionnelles. Il n'y a actuellement pas de consensus international à ce sujet. Le *domaine public* fait référence à l'ensemble des travaux, des connaissances et des informations qui n'ont jamais été protégés par des droits de propriété intellectuelle, par exemple parce qu'ils ne sont pas brevetables, ou parce qu'ils ne sont plus protégés, notamment parce que la période de protection a expiré. Il est particulièrement complexe de déterminer ce qui fait partie du domaine public au niveau international, car il n'existe pas de définition juridique homogène de l'expression. Ainsi, la taille du domaine public varie selon les époques et les pays.⁸ En général, dans le droit relatif à la propriété intellectuelle, les connaissances traditionnelles divulguées à l'extérieur de la communauté par écrit, par oral ou par tout autre moyen font partie du domaine public, ce qui signifie qu'elles sont disponibles et que tout le monde est libre de les exploiter. De nombreux détenteurs de connaissances traditionnelles ne sont toutefois pas d'accord avec cette définition, car ils estiment qu'il s'agit d'une forme d'appropriation illicite. C'est pourquoi, certains pays ont adopté des lois qui excluent les connaissances traditionnelles du domaine public en conférant des droits exclusifs ou des droits à rémunération à leurs détenteurs.⁹ Dans le même ordre d'idées, il a aussi été demandé d'étendre au-delà du contexte local l'application des pratiques et du droit coutumiers des communautés locales réglementant le partage et l'utilisation de leur savoir au sein de la communauté.¹⁰

Manque de reconnaissance des pratiques et du droit coutumiers

Les détenteurs de connaissances traditionnelles

veulent pouvoir mieux contrôler l'utilisation de leurs connaissances traditionnelles par des tiers. En effet, le manque de reconnaissance des pratiques coutumières et du droit coutumier, quand ils existent, qui règlementent l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles et leur utilisation favorise leur appropriation illicite. Le droit coutumier n'est applicable aux personnes extérieures à la communauté que si le droit national le reconnaît et l'étend à des tiers notamment si ceux-ci soutirent des connaissances traditionnelles d'une communauté sans son consentement ou sans compensation. Selon le Protocole de Nagoya, les réglementations nationales en matière d'APA doivent désormais prendre en considération le droit coutumier ainsi que les protocoles et procédures des communautés autochtones et locales concernant les connaissances traditionnelles et les ressources génétiques associées à ces ressources, les pays étant libres de choisir comment les mettre en œuvre au niveau national. Il n'existe donc pas d'obligation internationale établissant que le régime de propriété intellectuelle doit tenir compte des pratiques et du droit coutumiers des détenteurs de connaissances traditionnelles, qu'elles soient ou non associées aux ressources génétiques.

Utilisation non représentative, dénigrante ou culturellement offensante

Même lorsque l'accès aux connaissances traditionnelles est licite, certains craignent que celles-ci soient utilisées d'une manière qui heurte les sensibilités culturelles, morales ou spirituelles de leurs détenteurs, qui induise en erreur ou qui ne soit pas représentative. Les détenteurs ne peuvent pas surveiller l'utilisation qui est en faite hors de leur communauté. C'est le cas, par exemple, lorsque des logos d'équipes de sport ou des marques reprenant des noms ou des symboles des communautés détentrices de connaissances traditionnelles sont utilisés sans autorisation, ou que des expressions des connaissances traditionnelles telles que l'artisanat sont transmises comme si elles étaient authentiques, sans qu'elles ne soient attribuées à la communauté détentrice ou que le consentement de celle-ci ait été obtenu.

2. Les solutions proposées

Les mesures susceptibles de répondre à ces préoccupations sont nombreuses et beaucoup d'entre elles peuvent être appliquées simultanément. L'OMPI étudie la possibilité d'étendre certaines politiques

nationales au niveau international, ainsi que d'introduire de nouvelles règles ou pratiques internationales dans le but de renforcer et d'harmoniser le système de protection contre l'utilisation et l'appropriation illicites des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles dans le cadre du régime de propriété intellectuelle.¹¹

Obligation de divulguer la source des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles

Une solution pratique pour que le régime de propriété intellectuelle corrobore le régime international en matière d'APA serait d'utiliser les demandes de brevet pour accroître la transparence des règles en matière d'APA. Les offices nationaux des brevets pourraient exiger que les déposants fournissent des renseignements sur les ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles, associées ou non à ces ressources, qui ont été utilisées pour créer les inventions revendiquées dans les demandes de brevet. Cette mesure peut aussi être étendue aux droits d'obtenteur.

L'obligation de divulgation peut servir de barrage pour surveiller et contrôler que les utilisateurs de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles respectent les lois nationales en matière d'APA du pays fournisseur et agissent conformément aux règles internationales en la matière établies par la CDB et le Protocole de Nagoya. Cette obligation peut aussi contribuer à éviter que des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles ne soient brevetées à tort en facilitant la surveillance du processus de délivrance des brevets afin de pouvoir contester leur validité, par exemple lorsque les connaissances traditionnelles sont diffusées à large échelle et font donc partie du domaine public.

Actuellement, le texte de négociation de l'OMPI propose, entre autres, d'obliger tous les États à exiger que le pays d'origine ou la source des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles soit divulgué dans les demandes de brevets et que le respect des exigences en matière d'APA, ce qui inclut le consentement préalable donné en connaissance de cause, soit prouvé.¹² De plus, il est proposé que les instruments internationaux relatifs aux demandes de brevets, par exemple le Traité international en matière de brevets (PCT) et le Traité sur le droit des brevets (PLT), soient modifiés afin d'inclure des obligations en matière de divulgation.¹³

L'introduction de prescriptions relatives à la divulgation dans le droit national est importante, mais insuffisante, car celles-ci ne s'appliquent qu'aux demandes de brevet nationales. Par conséquent, le texte de négociation actuel de l'OMPI comprendrait un accord impliquant tous les offices nationaux des brevets ainsi que les systèmes internationaux de demandes de brevet, introduisant par exemple dans le PCT et le PLT l'obligation de divulgation relative aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles. L'obligation de divulgation pourrait également être étendue aux droits d'obtenteur.

Examen rigoureux des demandes de brevet

Plusieurs mesures additionnelles peuvent être prises pour améliorer le processus d'examen des brevets afin d'éviter que des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles ne soient brevetées à tort. Il serait notamment possible de limiter ce qui est brevetable, c'est-à-dire de recourir aux exclusions et aux limitations des droits de propriété intellectuelle et d'accroître les exigences fixées par les offices des brevets pour déterminer si une revendication remplit les critères de brevetabilité. Des normes de brevetabilité plus élevées et un examen plus rigoureux des demandes aideraient au bon fonctionnement général du système des brevets, en garantissant que seule l'innovation réelle serait récompensée.

Recherche exhaustive sur l'état de la technique

Dans l'objectif d'améliorer l'examen des demandes de brevet concernant des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles, les offices des brevets devraient approfondir leurs recherches sur l'état de la technique de manière à y inclure tout le matériel qui a été divulgué, que ce soit par écrit ou par un autre moyen, n'importe où dans le monde. Des accords internationaux sur ce principe seraient utiles. Outre la nécessité d'encourager les offices des brevets à mener des recherches exhaustives sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles, il faut mettre au point des mesures pratiques pour faciliter ce processus. Un moyen d'améliorer les informations dont se servent les examinateurs de brevets pour leurs recherches sur l'état de la technique consiste à augmenter le volume de la documentation disponible au sujet des connaissances traditionnelles divulguées au public, associées ou non à des ressources génétiques, et à rendre ce matériel accessible aux offices des brevets. Les bases de données sont une forme de documentation. Leur déve-

loppement peut être une activité complémentaire qui s'inscrit dans un ensemble de mesures visant à prévenir l'utilisation et l'appropriation illicites ; à elle seule, son effet est très limité. Il est important que les bases de données ne contiennent que des connaissances traditionnelles qui ont été divulguées (c'est-à-dire qui sont connues) hors de la communauté détentrice, et que la collecte des données se fasse avec le consentement des détenteurs lorsqu'il est possible de les identifier. Dans le cas contraire, les bases de données pourraient contribuer à amplifier les utilisations et les appropriations illicites. Lorsque le statut des connaissances traditionnelles n'est pas clair dans la définition du domaine public, par exemple lorsque le droit national ne reconnaît pas les droits moraux et humains préexistants qu'ont les détenteurs de connaissances traditionnelles de se protéger de l'utilisation que font des tiers de leurs connaissances traditionnelles ou que le droit national ne donne pas aux détenteurs les moyens de faire appliquer ces droits, les bases de données pourraient servir à véritablement placer les connaissances traditionnelles dans le domaine public. C'est pourquoi, l'accès à ces bases de données par des tiers et la possibilité que des connaissances traditionnelles soient diffusées sans consentement ou sans partage des avantages inquiètent. Il reviendrait aux pays et aux communautés détentrices de connaissances traditionnelles de prouver que leurs connaissances font partie du domaine public et non aux offices des brevets d'établir qu'il n'existe pas d'antériorité dans l'état de la technique.

Une attention particulière doit être portée aux connaissances traditionnelles qui n'ont pas été divulguées au public ou qui sont secrètes. Bien qu'il puisse sembler justifié de les documenter à des fins de sauvegarde, la décision dépend des détenteurs des connaissances traditionnelles, qui doivent rester maître du processus. Qui plus est, avant que des connaissances traditionnelles secrètes ou sacrées ne soient divulguées, le droit national doit offrir aux détenteurs des moyens juridiques de garder ces informations secrètes et de les protéger contre une utilisation non autorisée par des tiers.

Protection des connaissances traditionnelles au moyen de la propriété intellectuelle

Les instruments de propriété intellectuelle existants existent peuvent servir, dans une certaine

mesure, à offrir une protection juridique contre l'utilisation non autorisée par des tiers (protection défensive) et à traiter des cas d'utilisation illicite. Le droit des marques peut, par exemple, être modifié afin que l'enregistrement d'une marque de commerce ne soit pas autorisé ou puisse être annulé lorsque celle-ci est utilisée d'une manière qui offense ou qui suggère de manière trompeuse un lien avec une communauté autochtone ou locale.

Le droit peut aussi offrir une protection positive à certaines formes de connaissances traditionnelles, sous forme de droits de propriété intellectuelle accordés aux détenteurs de connaissances traditionnelles. Ainsi, le caractère innovant et créatif des connaissances traditionnelles, qui sont des créations de l'esprit, serait reconnu. Les expressions tangibles du folklore, comme l'artisanat original, peuvent être protégées par des marques de certification ou des marques de fabrique ou de commerce. Cependant, l'efficacité des instruments de propriété intellectuelle dans la réalisation de ces objectifs dépend en grande partie de la manière dont ils sont appliqués. Si les détenteurs de connaissances traditionnelles ne reçoivent pas une aide durable et à long terme, y compris techniquement et financièrement, il leur sera très difficile et coûteux de faire valoir et de faire appliquer leurs droits de propriété intellectuelle. De plus, au vu de leurs spécificités (par exemple le fait qu'elles appartiennent à une collectivité, qu'elles soient transmises de génération en génération ou qu'il en existe des formes intangibles), les connaissances traditionnelles ne s'intégreraient pas forcément bien dans le régime actuel de propriété intellectuelle. Le nombre de cas dans lesquels des innovations fondées sur des connaissances traditionnelles peuvent être protégées par des droits de propriété intellectuelle est donc limité. En outre, l'appartenance incertaine des connaissances traditionnelles au *domaine public* dans le contexte de la propriété intellectuelle dans les cas où le droit national n'étend pas au-delà de la communauté la reconnaissance des droits des détenteurs de connaissances traditionnelles consacrées par le droit coutumier et le droit relatif aux droits de l'homme est une limite supplémentaire à l'utilisation des instruments de propriété intellectuelle pour protéger des connaissances traditionnelles. Par-dessus tout, les concepts du régime de propriété intellectuelle peuvent être en désaccord avec les systèmes de connaissances traditionnelles et les détenteurs de ces connaissances, inappropriés ou incompatibles avec leurs croyances et leurs pratiques, et donc ne pas faire partie des instruments privilégiés par les détenteurs de connais-

sances traditionnelles.

Mise en place d'un régime de protection sui generis pour les connaissances traditionnelles

Une autre option stratégique consisterait à mettre au point un système juridique distinct (*sui generis*) pour protéger les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles. Il n'existe cependant pas de définition unique de ce qu'est un système *sui generis*. Il y a plutôt un consensus sur ce qu'il n'est pas : ce n'est pas l'application aux connaissances traditionnelles d'instruments de propriété intellectuelle existants. Ainsi, un système *sui generis* peut être défini strictement et ne se fonder que sur une seule mesure ou être conçu plus largement et inclure une série de mesures et de mécanismes. Ces derniers peuvent consister en des instruments de protection défensive ou positive, par exemple la modification de lois de propriété intellectuelle existantes pour instaurer la protection défensive, notamment en interdisant l'enregistrement de marques de commerce de nature à offenser et en introduisant des obligations de divulgation en ce qui concerne les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles pour toute demande d'enregistrement, ou en des instruments de protection positive, notamment en élargissant les concepts de propriété intellectuelle. Ces mécanismes peuvent en principe coexister avec les outils de propriété intellectuelle déjà existants, le cas échéant, dans le but de protéger les connaissances traditionnelles.

Même si les options sont multiples, les discussions menées ces dernières années à l'OMPI au sujet de la protection des connaissances traditionnelles, y compris des expressions culturelles traditionnelles, ont principalement porté sur la création d'un régime *sui generis* apparenté à la propriété intellectuelle fondé sur des principes de protection positive, qui accorderait aux détenteurs de connaissances traditionnelles des droits exclusifs du même type que les droits de propriété intellectuelle comme moyen de contrôler l'utilisation des connaissances traditionnelles hors de la communauté et de reconnaître leur valeur. En somme, un régime *sui generis* apparenté à la propriété intellectuelle se base sur des concepts de propriété intellectuelle adaptés aux spécificités des innovations ou des créations fondées sur des connaissances traditionnelles (par exemple l'extension de brevet ou de droits d'auteur). Cela reviendrait à étendre le régime de propriété intellec-

tuelle pour y inclure les innovations et les créations fondées sur des connaissances traditionnelles en reconnaissant aux détenteurs de connaissances traditionnelles des droits collectifs apparentés à des droits de propriété intellectuelle. Même s'il existe déjà des régimes de ce type au niveau national, il sera difficile de les adapter au droit international, sans compter que cela ne constituera pas nécessairement une solution à la demande générale de protection des connaissances traditionnelles de la part des communautés autochtones et locales. Cette approche exigera forcément de délimiter l'étendue des connaissances traditionnelles et de ses expressions qui peuvent être protégées. Par exemple, dans le cadre d'un système *sui generis* apparenté à la propriété intellectuelle suivant des principes de protection positive, il serait difficile de protéger les connaissances traditionnelles qui sont déjà connues à grande échelle hors de la communauté à laquelle elles appartiennent ou qui ne sont pas clairement attribuables à une seule communauté. Parmi les problèmes que pose ce système, il y a notamment les difficultés à identifier les détenteurs, en particulier lorsque les connaissances traditionnelles sont partagées au sein d'une communauté ou qu'elles sont détenues par plusieurs communautés, l'objet qui sera protégé, les critères requis pour bénéficier de la protection et les modes d'acquisition et la durée de la protection, par exemple lorsque les détenteurs aspirent à une protection illimitée dans le temps.¹⁴

Il est aussi possible de mettre en place un régime *sui generis* fondé sur la reconnaissance et l'application du droit coutumier au-delà de la communauté, ou un régime de compensation qui s'appliquerait aux connaissances traditionnelles déjà divulguées selon lequel leurs détenteurs seraient indemnisés lorsque des tiers utilisent leurs connaissances.

Actuellement, les textes consolidés de l'OMPI sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles proposent que la divulgation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles utilisées soit obligatoire dans la revendication d'une invention ou d'une nouvelle variété de plante. Il s'agit là d'une mesure de protection défensive importante.

3. L'état des négociations à l'OMPI

En 1999, les pays en développement ont demandé pour la première fois au Comité permanent du droit des brevets de l'OMPI d'ouvrir un débat sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles.¹⁵ Un compromis a été

trouvé en 2000 pour instaurer, pour une durée limitée, un organe chargé des questions relevant i) de l'accès aux ressources génétiques et du partage des avantages, ii) de la protection des connaissances traditionnelles, associées ou non à ces ressources et iii) de la protection des expressions du folklore (ou expressions culturelles traditionnelles). Dans ce cadre, l'OMPI devait mettre l'accent sur les liens avec la propriété intellectuelle qui ne sont pas abordés dans les autres instances internationales.

L'IGC, un comité intergouvernemental ayant un mandat de deux ans, a été mis en place afin de recenser les problèmes et d'y trouver des solutions. Il rend compte de ses activités à l'Assemblée générale, qui est l'organe suprême des États membres de l'OMPI. Depuis sa création, en 2000, il s'est réuni régulièrement et son mandat a été renouvelé ou renforcé tous les deux ans. Les organisations internationales et la société civile, y compris les groupes autochtones et les communautés locales, peuvent y participer en qualité d'observateurs. Ils n'ont toutefois pas de pouvoir décisionnel.

Depuis 2009, les États membres ont plusieurs fois renouvelé le mandat de l'IGC dans le but de continuer « d'accélérer ses travaux, en s'engageant pleinement et de manière ouverte, en ce qui concerne les négociations sur la base d'un texte en vue de parvenir à un accord sur le texte d'un ou de plusieurs instruments juridiques internationaux qui garantiront une protection efficace des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles » (WO/GA/43/22). En outre, l'IGC a été « prié de soumettre à l'Assemblée générale, à sa session de 2014, le texte d'un ou de plusieurs instruments juridiques internationaux qui assureront une protection efficace des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles. Dans la perspective de la finalisation des textes au cours de l'exercice biennal [2014-2015], l'Assemblée générale, à sa session de 2014, [devait examiner] les textes, [faire] le point sur l'avancement des travaux et [se prononcer] sur la convocation d'une conférence diplomatique; elle [devait examiner], en outre, la nécessité d'organiser des réunions supplémentaires, compte tenu de la procédure budgétaire ». Un plan de travail détaillé (calendrier des réunions et sujets à traiter) visant à organiser les travaux de l'IGC pour l'exercice biennal est aussi régulièrement élaboré. Dans

la recommandation 18 du Plan d'action de l'OMPI pour le développement, l'IGC est invité à « accélérer le processus concernant la protection des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et du folklore, sans préjudice du résultat, y compris l'élaboration éventuelle d'un ou plusieurs instruments internationaux ». ¹⁶

Interruption des négociations

La vingt-huitième session de l'IGC (dernière session en date) a eu lieu en juillet 2014. À cette occasion, la séance plénière habituelle a été remplacée par la réunion d'un groupe plus restreint d'experts chargé d'examiner les aspects communs aux trois textes de négociation sur les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles. Il en est ressorti six questions transversales : 1) le renforcement des capacités (ressources génétiques, connaissances traditionnelles, expressions culturelles traditionnelles), 2) les obligations de divulgation (ressources génétiques, connaissances traditionnelles), 3) une stratégie progressive en matière de protection des connaissances traditionnelles et des expressions culturelles traditionnelles, 4) la clause de non-diminution (ressources génétiques, connaissances traditionnelles, expressions culturelles traditionnelles), 5) les objectifs (ressources génétiques, connaissances traditionnelles et expressions culturelles traditionnelles) et 6) le domaine public (connaissances traditionnelles et expressions culturelles traditionnelles). L'IGC n'a cependant pas pu s'accorder sur l'évaluation des progrès réalisés, ni sur les recommandations à faire à l'Assemblée générale concernant la voie à suivre. Ainsi, il n'a transmis à l'Assemblée générale de 2014 que les trois textes qui avaient été préparés jusqu'à sa vingt-septième session : 1) un document consolidé sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, 2) des projets d'articles sur la protection des connaissances traditionnelles et 3) des projets d'articles sur la protection des expressions culturelles traditionnelles. ¹⁷

En 2014, l'Assemblée générale n'a pas pris la décision de poursuivre les négociations au sein de l'IGC. L'Assemblée générale est l'organe de décision suprême de l'OMPI en matière d'établissement de normes. La décision finale lui revient, mais elle se base généralement sur des recommandations faites par les comités techniques d'experts, comme l'IGC, qui font progresser les négociations sur les questions de fond. En 2014, elle a dû se prononcer sur la convocation d'une conférence diplomatique (la dernière

étape pour conclure un traité à l'OMPI) en s'appuyant sur l'état d'avancement des trois textes traitant des ressources génétiques, des connaissances traditionnelles et des expressions culturelles traditionnelles. Elle devait également proposer une ligne directrice pour 2015, par exemple décider si des réunions supplémentaires de l'IGC ou d'autres événements seraient nécessaires au cours de l'année.

Le fait que l'Assemblée générale ne soit parvenue à aucune décision en 2014 constitue un échec, mais cette situation a aussi laissé du temps pour la réflexion. La session de 2015 de l'Assemblée générale sera décisive puisque le mandat de l'IGC arrivera à échéance cette année, sauf s'il est renouvelé.

Cause de l'interruption des négociations

Les négociations sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles à l'OMPI ont déjà connu plusieurs blocages. Bien que l'IGC ait progressé dans ses tâches (il a travaillé sur trois textes de négociation et a produit de nombreuses études et analyses), les positions de négociation divergentes restent généralement inchangées. Même si le mandat de l'IGC dépend de l'Assemblée générale et a été réaffirmé par la recommandation du Plan d'action de l'OMPI pour le développement, plusieurs pays développés ne sont pas d'accord de se baser sur les trois textes existants ou sur les résultats de l'exercice pour élaborer un ou plusieurs nouveaux traités contraignants. Un groupe de pays a, par exemple, soumis des propositions distinctes de « recommandations communes » au sujet des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles et de l'utilisation des bases de données à des fins de protection défensive des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles qui, si elles sont acceptées, retireraient à l'IGC ses responsabilités envers les textes consolidés et l'établissement de normes à caractère contraignant.¹⁸ L'Assemblée générale de 2014 s'est employée à définir les futurs travaux de l'IGC. Les avis étaient partagés à l'heure de décider du programme de travail et d'évaluer si les textes de travail étaient suffisamment aboutis pour recommander à l'Assemblée générale de fixer la date d'une conférence diplomatique. Les différentes interprétations de la mission qui a été attribuée à l'IGC sont la raison sous-jacente du blocage. Pour la plupart des pays en développement, le mandat de l'IGC devrait donner lieu à un instrument juridiquement contraignant, sous forme d'un ou de

plusieurs nouveaux traités. Or, les pays développés appartenant au groupe B, notamment les États-Unis, le Japon et l'Union européenne, soutiennent qu'il n'y a aucune entente quant à la forme des instruments juridiques à mettre en œuvre et privilégient des options non contraignantes, comme une déclaration de principes ou des normes volontaires. Récemment, les États-Unis sont allés jusqu'à affirmer que le mandat de l'IGC avait été régulièrement renouvelé « pour que les délibérations puissent se poursuivre ».¹⁹

Lors de la vingt-huitième session de l'IGC, deux points de vue divergents sont ressortis de l'Assemblée générale de 2014. Il y avait, d'un côté, le groupe des pays africains, soutenu par un groupe de pays ayant une vision commune, et, de l'autre, les États-Unis, soutenus par le Japon et les Communautés européennes. Le groupe des pays africains a affirmé que les progrès réels accomplis dans chacun des trois textes étaient suffisants pour recommander à l'Assemblée générale de convoquer une conférence diplomatique et a suggéré de fixer une date en novembre 2015. Il a également proposé un programme de travail pour les sessions de l'IGC qui auraient lieu en 2015 afin de parachever les textes avant la conférence. Les pays en développement estiment, par ailleurs, que le groupe B tente de modifier le mandat original confié au comité par l'Assemblée générale de l'OMPI ou de s'en écarter. Le groupe des pays d'Amérique latine et des Caraïbes (GRULAC) a adopté une position conciliante, proposant un programme de travail pour 2015 incluant des sessions de travail de l'IGC, l'une d'entre elle comprenant une réunion de haut niveau des ambassadeurs et des hauts fonctionnaires établis dans les capitales, et suggérant à l'Assemblée générale de 2015 de convoquer une conférence diplomatique sans faire de proposition de date pour autant. Pour l'essentiel, il a proposé de poursuivre le mandat actuel.

Positions de négociation

Comme on pouvait s'y attendre, les négociations sont marquées par des tensions. Les intérêts en matière de réglementation internationale et d'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles varient beaucoup selon les utilisateurs, les fournisseurs, les populations autochtones et les communautés locales. Ces divergences qui existent au niveau national sont exacerbées dans les négociations internationales.

Un moyen de comprendre l'état actuel des négociations consiste à déterminer les différences existant entre les obligations internationales et les lois nationales des différents pays en matière de propriété intellectuelle, de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles et à faire un parallèle avec leur position de négociation. Au sein de l'IGC, il y a au moins trois profils différents. Premièrement, certains pays (représentant l'obstacle le plus important à l'avancée des travaux) ne sont pas réellement intéressés à réformer leurs normes nationales de propriété intellectuelle et à ouvrir le régime international de propriété intellectuelle à des questions en lien avec les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles. Les États-Unis et le Japon font partie de cette catégorie de pays. Dans plusieurs instances de négociation (par exemple la CDB ou l'OMC), ces deux États ont sans cesse défendu l'idée que les questions en rapport avec l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées à ces ressources et le partage des avantages qui en découle, ainsi que la protection des connaissances traditionnelles et des expressions culturelles traditionnelles ne font pas partie du domaine de la propriété intellectuelle et que tout problème les concernant pouvait trouver une solution sans qu'il ne soit nécessaire de modifier le régime de propriété intellectuelle. Ils considèrent que les contrats de droit privé sont suffisants pour régir l'APA. C'est dans les accords bilatéraux que les États-Unis ont fait leurs plus grandes concessions ; ils se sont déclarés, en principe, favorables au consentement préalable donné en connaissance de cause et à l'APA, et ont accepté de tout mettre en œuvre pour améliorer les recherches en matière de brevets afin d'éviter que des brevets en lien avec des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées ne soient délivrés à tort.²⁰ À l'OMPI, ils maintiennent cette position. Deuxièmement, il y a des pays plus ou moins expérimentés et dont les intérêts offensifs sont plus ou moins forts. Pour ce qui est des obligations de divulgation, cette catégorie comprend les grands pays en développement, comme l'Afrique du Sud, le Brésil, la Chine, l'Inde et des pays de la Communauté andine. L'Union européenne appuie, en principe, les obligations de divulgation, pour autant qu'elles ne portent pas atteinte à la validité des brevets déjà délivrés. Plusieurs pays y compris les pays en développement, l'Australie et la Nouvelle-Zélande et, dans une moindre mesure, l'Union européenne, les États d'Europe centrale et

les États baltes, aimeraient protéger les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles. Les désaccords portent toutefois sur les moyens de protection et la nature juridique de l'instrument. Troisièmement, certains pays ont de forts intérêts offensifs, mais peu d'expérience dans l'élaboration d'une législation nationale dans ce domaine, ce qui explique leur rôle plus passif dans le processus de négociation. C'est le cas de nombreux pays en développement qui participent aux discussions internationales tout en s'employant à instaurer, en parallèle, leur législation nationale en la matière.

Les détenteurs de connaissances traditionnelles comme les communautés autochtones et locales ne sont pas non plus unanimes. Bien qu'ils soient généralement en faveur du développement des règles au sein du régime de propriété intellectuelle pour lutter contre l'appropriation et l'utilisation illicites des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles, leurs points de vue sur les instruments de protection positive apparentés à la propriété intellectuelle divergent. Alors qu'à l'IGC que certains de leurs représentants au sein de l'IGC insistent pour mettre en place un régime *sui generis* plus large, basé sur le droit coutumier plutôt que sur des concepts de propriété intellectuelle pour protéger les connaissances traditionnelles, d'autres préféreraient développer les instruments *sui generis* apparentés à la propriété intellectuelle destinés à protéger les connaissances traditionnelles d'une manière qui étendrait l'application du droit coutumier existant aux tiers n'appartenant pas à la communauté.

4. L'avenir des négociations à l'OMPI

En octobre 2015, l'Assemblée générale de l'OMPI délibérera et prendra une décision au sujet de l'avenir des négociations sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles. Elle décidera surtout si le mandat de l'IGC sera prolongé pour l'exercice 2016-2017 et quels en seront les termes.²¹

Plusieurs propositions qui ont été soumises au rapporteur de l'IGC, notamment par le groupe des pays africains²², par les États-Unis d'Amérique²³, le Kenya, le Mozambique, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, le Saint Siège et la Suisse (proposition commune)²⁴ et par le GRULAC, doivent être examinées par l'Assemblée générale. Elles fournissent un cadre pour que les délibérations informelles débouchent sur une décision finale.

Propositions pour l'avenir de l'IGC

La question principale est celle du renouvellement du mandat de négociation. Les pays en développement se sont unis pour demander un mandat solide afin de conclure un ou plusieurs traités internationaux. La plupart des pays soutient au moins le renouvellement du mandat. Ils souhaitent que les négociations continuent pour que l'IGC puisse « soumettre à l'Assemblée générale, à sa session de [date à définir], le texte d'un ou de plusieurs instruments juridiques internationaux qui assureront une protection efficace des ressources génétiques, des savoirs traditionnels et des expressions culturelles traditionnelles. Dans la perspective de la finalisation des textes au cours de l'exercice biennal, l'Assemblée générale [devrait examiner] les textes, [faire] le point sur l'avancement des travaux et [se prononcer] sur la convocation d'une conférence diplomatique ; elle [devrait examiner], en outre, la nécessité d'organiser des réunions supplémentaires, compte tenu de la procédure budgétaire ». Les négociations se poursuivraient à partir des travaux déjà réalisés par l'IGC et de tous les documents de travail de l'OMPI, y compris les documents WIPO/GRTKF/IC/28/4, WIPO/GRTKF/IC/28/5 et WIPO/GRTKF/IC/28/6, qui constituent la base du travail de l'IGC sur les négociations fondées sur des textes, ainsi que de toute autre contribution soumise par les membres. Le Secrétariat continuerait de fournir financement et compétences aux experts des pays en développement et des pays les moins avancés (PMA) de façon régulière.

Il y a différentes opinions sur la manière de faire avancer le mandat et de structurer le plan de travail. Il convient, entre autres, de noter que les pays développés faisant partie du groupe B ont des avis divergents. Bien que le groupe des pays africains propose de renouveler le mandat, il souhaite que les travaux se poursuivent dans un nouveau comité permanent. La proposition du GRULAC aussi est favorable au renouvellement du mandat de l'IGC, tout comme la proposition commune. D'après toutes les propositions, l'Assemblée générale passerait en revue l'état des négociations en 2016 et examinerait les textes, d'ici à 2017, pour décider de l'opportunité de convoquer une conférence diplomatique. Cependant, la proposition commune allégerait le mandat actuel, car elle suggère que l'IGC continue ses travaux afin de faire « une recommandation à l'Assemblée générale, à sa session de 2017, sur les travaux futurs, notamment la convocation d'une

conférence diplomatique, la poursuite des négociations sur un ou plusieurs instruments juridiques internationaux concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, ou la conclusion de ces négociations ».

Seuls les États-Unis souhaitent mettre un terme aux négociations et laisser le mandat de l'IGC expirer. Cela étant, cette proposition semble davantage relever d'une stratégie que d'une position définitive, puisque pas plus tard qu'à la dernière session de l'IGC, en juillet 2014, ils avaient proposé le renouvellement automatique du mandat de l'IGC, qui pourrait continuer de se réunir « au cours du prochain exercice biennal, à la même fréquence que les autres comités de l'OMPI, et l'ordre du jour [serait] déterminé au fur et à mesure des réunions ».

Transformation potentielle de l'IGC en un comité permanent

En plus de renouveler le mandat de négociation dans le but de conclure un ou plusieurs traités, le groupe des pays africains a proposé de mettre en place un nouveau comité permanent pour remplacer l'IGC, dont le mandat est limité dans le temps. Créer un comité permanent présenterait l'avantage de lever la contrainte actuelle obligeant l'IGC à consacrer du temps à la renégociation de son mandat tous les deux ans. Cependant, cela ne suffirait pas à lever les incertitudes qui planent sur les négociations. Comme au sein de l'IGC actuellement, il serait nécessaire de négocier des aspects liés aux procédures comme les plans de travail détaillés ou les recommandations spécifiques à soumettre à l'Assemblée générale. En effet, les comités permanents décident lors de chaque réunion de leur ordre du jour et des travaux futurs ; le fait de transformer l'IGC en comité permanent ne diminuerait donc probablement pas la résistance politique rencontrée à l'heure de faire avancer les travaux de l'IGC (et qui constitue le principal obstacle). Les activités de normalisation de plusieurs comités permanents de l'OMPI montrent également que même lorsqu'il y a consensus sur les objectifs, il n'est pas garanti que le processus aboutisse rapidement.

Une autre difficulté qui découlerait de la création d'un nouveau comité permanent est que les États membres devraient déployer d'importantes ressources politiques au niveau de l'Assemblée générale afin de négocier et de parvenir à un consensus sur son mandat. Vu les différentes interprétations du

mandat actuel de l'IGC et l'incapacité de l'Assemblée générale de 2014 à fixer une date pour une conférence diplomatique, ou même à s'accorder sur le programme de travail de l'IGC pour 2015, il ne semble pas possible, du point de vue politique, de parvenir à une entente sur le mandat d'un nouveau comité permanent qui améliorerait celui de l'IGC. Il faudrait en effet utiliser un langage explicite pour définir de manière non équivoque la forme que devront prendre les résultats des travaux du comité. Or, ouvrir des négociations pour réviser le mandat de l'IGC pourrait le diminuer plutôt que le renforcer. Des pays développés tenteraient sans doute de mettre un terme à l'engagement actuel de négocier la conclusion, dans les délais fixés, d'un instrument juridique international (comme le proposent déjà les États-Unis). Au sein d'un comité permanent, l'urgence de s'accorder pour trouver une solution commune pourrait disparaître. De plus, les travaux risqueraient de s'axer sur le partage des expériences nationales et régionales et d'autres activités et ne plus viser l'établissement de normes qui, bien qu'instructifs, auraient pour effet de retarder davantage les travaux fondés sur les textes. En fait, les États-Unis, qui s'opposent ouvertement à la normalisation en matière de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles à l'OMPI, ont soumis à l'IGC, en juillet 2014, une proposition qui était favorable à la création d'un comité permanent.²⁶ Ils ont suggéré que les travaux de l'IGC en 2015 portent sur le partage des expériences locales, nationales et régionales en matière de ressources génétiques et de protection des connaissances traditionnelles. Ils avaient prévu que si l'IGC ne parvenait pas à s'accorder sur la recommandation à transmettre à l'Assemblée générale en 2015, celui-ci continuerait de se réunir « au cours du prochain exercice biennal, à la même fréquence que les autres comités de l'OMPI, et l'ordre du jour [serait] déterminé au fur et à mesure des réunions ».

Scénario si aucun accord n'est conclu d'ici à l'Assemblée générale de 2015

L'Assemblée générale de 2015 de l'OMPI devrait décider de poursuivre les négociations sur la propriété intellectuelle, les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles dans le but d'établir des normes. Ian Gross, en tant que rapporteur informel, jouera un rôle important de médiateur pour concilier les points de vue divergents.

L'incapacité de l'Assemblée générale à parvenir à une décision satisfaisante pour tous les membres ne marquerait pas pour autant la fin du processus. Pour cette raison, les défenseurs des négociations ne devraient pas renoncer à chercher une solution qui, au moins, n'atténue pas le libellé du mandat actuel et qui poursuit les travaux déjà accomplis (c'est-à-dire les textes consolidés sur les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles). Dans tous les cas, il sera nécessaire d'aborder les questions plus fondamentales concernant les moyens dont disposent l'IGC pour faire avancer ses travaux, qui ne figurent directement dans aucune des trois propositions de l'Assemblée générale de 2015.

Si aucune décision n'est prise par l'Assemblée générale de 2015, les questions peuvent toujours être soulevées à l'OMPI dans les comités permanents existants afin d'établir des normes à leur sujet. Le Comité permanent du droit des brevets peut, par exemple, traiter les questions en rapport avec les brevets. Il pourrait se pencher sur la proposition demandant que les offices des brevets exigent des déposants qu'ils divulguent l'origine ou la source des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles. En effet, quand l'IGC a été créé, le groupe B était d'avis que « le comité [examine] tous les aspects de chaque question mais que si des questions particulières, telles que les brevets, appellent des avis d'experts, il doit les confier aux comités permanents de l'OMPI intéressés » (WO/GA/26/10, par. 34). De même, les textes de travail sur les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles peuvent être examinés par le Comité permanent du droit des brevets, le Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, le Comité permanent du droit des marques, des dessins et modèles industriels et des indications géographiques, le Comité du développement et de la propriété intellectuelle ou le Comité consultatif sur l'application des droits, pour les aspects relevant du domaine d'expertise de chaque comité.

Enfin, les pays en développement et les PMA, ainsi que les populations autochtones et les groupes locaux qui souhaitent que le processus de l'IGC se poursuive, devraient en parallèle participer à d'autres forums afin de faire avancer les discussions en lien avec le domaine, notamment au sein du groupe de travail chargé d'examiner l'application de l'article 8 j) et du Conseil des ADPIC de l'OMC.

5. Les défis à relever lors des négociations

Alors que les États tentent de débloquer les négociations et de relancer les discussions à l'OMPI, il est nécessaire de déterminer si celles-ci doivent reprendre au sein d'un organe à durée limitée, comme l'IGC, ou dans un autre type d'organe. La prochaine assemblée de l'OMPI, en octobre 2015, se prononcera sur le sujet. Bien que sa décision soit importante, elle n'est pas déterminante pour l'avancement des négociations ; en effet, il ne sera possible de progresser qu'en affrontant les problèmes qui ont entravé les travaux de l'IGC, notamment :

- *Le manque de volonté politique de négociier.*

Le principal obstacle à l'avancement des travaux est le manque de volonté politique dont font preuve de nombreux pays développés, qui reviennent sur ce qu'ils avaient convenu même si le mandat de l'IGC vise à accélérer les négociations basées sur des textes. Plutôt que de se consacrer aux travaux sur les textes consolidés relatifs aux ressources génétiques, aux connaissances traditionnelles et aux expressions culturelles traditionnelles, ils demandent que des études complémentaires soient réalisées et que les expériences locales, nationales et régionales soient partagées, ce qui a pour effet de bloquer et de retarder les travaux sur les textes.

- *Les manques d'engagement envers le mandat.*

Le mandat actuel de négociation donne lieu à différentes interprétations quant aux résultats à obtenir. Il précise que les négociations doivent aboutir au texte d'un ou de plusieurs instruments visant à protéger les ressources génétiques, les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles, mais la formulation a suscité des controverses. La forme de l'« instrument » étant ouverte à l'interprétation, les pays développés privilégient une solution non contraignante alors que les pays en développement veulent conclure un traité contraignant.

- *Les manques de précision des textes.* Pour arriver à un traité contraignant viable, il sera nécessaire de réduire l'étendue des obligations internationales à harmoniser et d'étendre la marge de manœuvre dans le choix des mesures de mise en application nationale. Un consensus est nécessaire pour élaborer de nouvelles règles au sein du régime de propriété intellectuelle pour lutter contre

l'appropriation et l'utilisation illicites des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles, contre lesquelles la législation et la mise en œuvre nationales ne sont pas suffisantes. Les projets de textes de travail ne mettent pas suffisamment l'accent sur ce point. Bien que les objectifs et la portée des textes aient été mieux délimités, en particulier pour ce qui est des ressources génétiques, les articles de fond, surtout en ce qui concerne les connaissances traditionnelles et les expressions culturelles traditionnelles, ne sont pas suffisamment ciblés. Il faudrait, par ailleurs, s'accorder sur les principes-clés liés à l'APA fondé sur le consentement préalable donné en connaissance de cause pour ce qui est de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées. Les nouveaux instruments devraient comprendre des normes internationales minimales pour que les États membres puissent lutter contre l'appropriation et l'utilisation illicites des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles ou protéger les connaissances traditionnelles. Quant aux questions qui ne sont pas lacunaires au niveau international, elles ne devraient pas être intégrées aux textes, mais faire l'objet d'une assistance technique de la part du Secrétariat de l'OMPI à la demande des pays et des parties prenantes ou d'instances internationales plus adaptées. C'est le cas, par exemple, du partage des informations et des expériences par le biais de séminaires et d'études, de la documentation et du développement de bases de données sur l'état de la technique des connaissances traditionnelles qui ont été divulguées, qu'elles soient ou non associées à des ressources génétiques, et de l'élaboration et de la réforme des lois nationales en matière d'APA et de droits de propriété intellectuelle.

Pour parvenir à un consensus, il est important de faire preuve d'une certaine souplesse, surtout dans les situations où il peut y avoir différentes perspectives et préférences au sein des pays et des diverses communautés autochtones dans un contexte local donné. Ainsi, les parties pourraient, par exemple, choisir parmi plusieurs mesures visant à reconnaître les droits des populations autochtones et des communautés locales en matière de connaissances traditionnelles tout en garantissant une protection basée sur la réciprocité. L'instrument pourrait donner aux pays la possibilité de mettre en place des mesures de protection variant selon les caractéristiques spécifiques des connaissances traditionnelles, comme dans l'approche à deux niveaux du texte de travail sur les connaissances traditionnelles (qui fait une différence, par exemple, entre les connaissances qui

ont été divulguées hors de la communauté et celles qui sont gardées au sein de la communauté), et de reconnaître dans leurs lois nationales le droit coutumier relatif à la gestion des connaissances traditionnelles et au contrôle de l'accès aux ressources génétiques par les communautés autochtones ou locales.

- *Le manque de préparation aux négociations.* Au sein de l'IGC, les négociateurs manquent souvent de pouvoir décisionnel ou d'instructions précises de leur gouvernement. Cette situation suggère que le degré de priorité politique accordé aux négociations n'est pas suffisant ou que la coordination entre les différentes institutions nationales (ministères de l'Environnement, ministères des Affaires étrangères, organismes chargés de la propriété intellectuelle) et les missions basées à Genève est mauvaise. En outre, les positions de négociations ne sont pas toujours cohérentes ni tenues dans le temps à cause des fréquents changements de négociateurs et du manque de coordination entre ceux qui quittent leur poste et les nouveaux arrivants, ce qui a pour effet de ramener des questions déjà discutées sur la table des négociations et, donc, de retarder les travaux.

- *Le manque de neutralité chez les modérateurs et expertise technique insuffisante.* Les questions abordées sont complexes et touchent à plusieurs domaines du droit, notamment à la propriété intellectuelle, à l'environnement et aux droits humains. Les groupes de négociateurs ne peuvent pas se suffire d'un niveau d'expertise sur un seul des sujets traités. Ils doivent connaître les régimes nationaux et le régime international en matière d'APA, les moyens de protection des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles prévus par les lois nationales, les droits nationaux relatifs à la propriété intellectuelle, ainsi que le régime international de propriété intellectuelle. La plupart des délégations ne peuvent pas former d'équipe mixte de négociateurs et d'experts capables de traiter en détail tous les points pertinents à chaque session de l'IGC. Au cours des premières années d'existence de l'IGC, le Secrétariat de l'OMPI contribuait grandement aux discussions en y apportant une expertise technique complémentaire. Il mettait notamment au point des documents de fond, comme un glossaire, fournissait une analyse des lacunes du cadre juridique international en matière de protection des connaissances traditionnelles, expressions culturelles traditionnelles comprises, et faisait des sugges-

tions quant au langage à utiliser dans les projets de textes servant de base pour les négociations.

Le Secrétariat jouait également le rôle de modérateur, une pratique courante dans les organes de normalisation de l'OMPI. Même si les négociations en matière de normalisation sont et doivent continuer d'être menées par les États membres, la présence d'un modérateur chargé de concilier les différents points de vue est nécessaire. Après que le mandat de l'IGC a été renforcé, puis renouvelé, par l'Assemblée générale en 2009 pour l'exercice 2010-2011 pour qu'il se consacre aux travaux basés sur les textes dans le but d'aboutir à un instrument international, le Secrétariat a peu à peu renoncé à son rôle de contributeur et de modérateur à la demande insistante de certains États membres. Lors des dernières sessions de l'IGC, le président a endossé le rôle de modérateur, avec l'aide d'un « Ami du président » pour les futurs travaux et celle de modérateurs *ad hoc* pour l'examen des questions transversales. Cependant, tous les États membres n'ont pas pleinement soutenu le président et les autres modérateurs. D'abord, la neutralité des modérateurs doit être reconnue par tous les États membres avant qu'ils puissent agir dans des groupes informels et les aider à trouver un terrain d'entente. Puis, les États membres doivent être prêts à prendre sérieusement en compte les compromis qui ont été proposés pour arriver à une solution.

- *Le manque de financement pour garantir une vaste participation.* L'OMPI doit assurer le financement nécessaire à la participation de groupes de négociateurs au niveau d'expertise suffisant issus des pays en développement et des PMA et d'observateurs des communautés autochtones et locales.

6. Conclusion

Le régime international de propriété intellectuelle tel qu'il est à l'heure actuelle facilite l'octroi et l'application de droits exclusifs de propriété intellectuelle, mais ne prévoit pas de mesures suffisantes pour lutter contre l'appropriation et l'utilisation illicites des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles et ne reconnaît pas les droits des communautés autochtones et locales en la matière. Dans le cadre des accords internationaux existants sur la propriété intellectuelle, des droits de propriété intellectuelle peuvent être octroyés pour des objets utilisant des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles sans que celles-ci n'aient été obtenues ou utilisées (dans le cadre d'activités de recherche et développement) avec le consentement du pays d'origine ou de leurs détenteurs dont les droits sont con-

sacrés par des lois nationales ou des droits coutumiers, ou sans que les avantages, monétaires ou autres, découlant de leur utilisation ne soient partagés.

Le régime actuel de propriété intellectuelle permet aussi l'octroi de brevets et d'autres formes de droits de propriété intellectuelle liés aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles qui ne respectent pas les critères de nouveauté et d'activité inventive, contestation sont complexes et coûteuses. Cette situation va à l'encontre des objectifs de la CDB et du Protocole de Nagoya, qui recommandent que les accords internationaux se renforcent mutuellement.

Depuis l'an 2000, l'OMPI a entamé des discussions sur les liens existant entre la propriété intellectuelle, les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles et, depuis 2010, elle a accepté de rechercher des solutions internationales communes aux problèmes transversaux que posent l'appropriation et l'utilisation illicites des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles. Elle a par ailleurs convenu de se pencher sur les demandes des populations autochtones et des communautés locales concernant leurs droits légitimes préexistants à contrôler et à gérer l'accès à leurs connaissances traditionnelles, associées ou non à des ressources génétiques, et l'utilisation de celles-ci, que ces droits puissent être reconnus et protégés par le droit international en réformant le régime de propriété intellectuelle ou par d'autres moyens, par exemple par la reconnaissance de leurs pratiques coutumières et l'élargissement de leur application aux tiers.

Même si le mandat de négociation a été accepté, l'avancement des travaux de l'IGC est menacé, car les États membres ont durci leurs positions de négociation. Dans le présent rapport sur les politiques, nous avons présenté une réflexion sur les questions de fond pour lesquelles l'OMPI devrait s'employer à trouver des solutions internationales et mis en lumière les défis et les contraintes du processus actuel auxquels il faudra faire face afin de faire avancer les négociations. Enfin, l'avenir des négociations sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles de l'OMPI dépend de la bonne volonté, de l'engagement et de l'inclination de toutes les parties à faire des concessions.

Note : Les opinions exprimés dans ce document n'engagent que l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du Centre Sud ou de ses États membres. Toute erreur ou omission qui pourrait être rencontrée relève de la seule responsabilité de l'auteur.

Notes

1. Il existe des processus connexes dans le cadre de la CDB, du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la diversité biologique, de l'Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture (FAO), de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV), de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'Organisation internationale du commerce (OMC) et de l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones.
2. Les autres formes de droits de propriété intellectuelle comprennent les droits d'obtenteur, les droits relatifs aux indications géographiques, les droits sur des dessins et modèles industriels, les droits d'auteur et les droits rattachés aux marques de fabrique ou de commerce.
3. La question des droits de propriété intellectuelle est abordée dans l'article 16 de la CDB, qui établit : « [l]es Parties contractantes, reconnaissant que les brevets et autres droits de propriété intellectuelle peuvent avoir une influence sur l'application de la Convention, coopèrent à cet égard sans préjudice des législations nationales et du droit international pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à rencontre de ses objectifs ».
4. Voir, par exemple, la législation de l'Union européenne (EU) en matière d'APA. Consultable à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0511&rid=1>
5. Même s'ils ne sont pas partie à la CDB, les États-Unis ont reconnu qu'il était important d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause avant d'accéder aux ressources génétiques et de partager équitablement les avantages découlant de l'exploitation des connaissances traditionnelles et des ressources génétiques dans une lettre annexée à l'accord de libre-échange avec le Pérou.

- Consultable à l'adresse : https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/peru/asset_upload_file719_9535.pdf.
6. Pour plus d'informations au sujet du régime d'APA dans le cadre du Protocole de Nagoya, voir Centre Sud, Rapport sur les politiques n° 18, mai 2015. Consultable à l'adresse : <http://fr.southcentre.int/rapport-sur-les-politiques-18-mai-2015/>
 7. Ces études de cas sont décrites dans Robinson, Daniel F (2010). « Patent-Related Biopiracy Cases. » *Confronting Biopiracy: Challenges, Cases and International Debates*. Royaume-Uni : Earthscan, p. 67-76.
 8. Samuelson, P (2003). « Mapping the Digital Domain : Threats and Opportunities. » *Law and Contemporary Problems*. Vol. 66, n° 1, p. 147-172. Consultable à l'adresse : http://works.bepress.com/pamela_samuelson/18.
 9. Voir Correa, C. « Access to Knowledge : The case of Indigenous and Traditional Knowledge. » Consultable à l'adresse : https://mitpress.mit.edu/sites/default/files/titles/free_download/9781890951962_Access_to_Knowledge_in_the_Age_of_Intellectual_Property.pdf.
 10. Pour une analyse plus approfondie du droit coutumier réglementant l'accès aux connaissances traditionnelles et leur utilisation, voir : http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/overview_customary_law.pdf.
 11. Le secrétariat de l'OMPI a publié une analyse déterminant les lacunes en matière de protection des connaissances traditionnelles et des expressions culturelles traditionnelles. Consultable à l'adresse : <http://www.wipo.int/tk/fr/igc/gap-analyses.html>.
 12. À l'OMC, les pays en développement proposent aussi d'ajouter à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) des prescriptions en matière de divulgation, dont le respect serait assuré par le mécanisme de règlement des différends. Voir le document TN/C/W/59.
 13. La Suisse a aussi proposé que la modification du Traité international en matière de brevets (PCT) inclue des prescriptions en matière de divulgation. Voir le document WIPO/GRTKF/IC/11/10. Consultable à l'adresse : http://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/fr/wipo_grtkf_iwg_3/wipo_grtkf_iwg_3_4.pdf.
 14. Voir Correa C. (2001). *Traditional Knowledge and Intellectual Property*. Genève : Quakers United Nations Office.
 15. Les débats ont commencé lors de la troisième session du Comité permanent du droit des brevets en septembre 1999. Voir *Ressources génétiques : récapitulatif actualisé des faits nouveaux intervenus sur le plan international*, document WIPO/GRTKF/IC/11/8 (b). Consultable à l'adresse : http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=79193.
 16. Voir : <http://www.wipo.int/ip-development/fr/agenda/recommendations.html#b>.
 17. Voir les annexes A, B et C du document WO/GA/47/12 de l'OMPI, Questions concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC). Consultable à l'adresse : http://www.wipo.int/meetings/fr/doc_details.jsp?doc_id=307937.
 18. Voir le document WIPO/GRTKF/IC/28/7, Recommandation commune concernant les ressources génétiques et les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, soumise par les délégations du Canada, des États-Unis d'Amérique, du Japon, de la Norvège et de la République de Corée et le document WIPO/GRTKF/IC/28/8 de l'OMPI, Recommandation commune concernant l'utilisation de bases de données pour la protection défensive des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, soumise par les délégations du Canada, des États-Unis d'Amérique, du Japon et de la République de Corée.
 19. Voir le document WO/GA/47/17 de l'OMPI, Questions concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) : proposition des États-Unis d'Amérique à l'Assemblée générale de l'OMPI.
 20. Ibid, par. 5.
 21. Voir le document WO/GA/47/12 de l'OMPI, Questions concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC), établi par le Secrétariat, par. 7.
 22. Voir le document WO/GA/47/16 de l'OMPI, Transformation du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) de l'OMPI en un Comité perma-

- ment : proposition du groupe des pays africains à l'Assemblée générale de l'OMPI.
23. Voir le document WO/GA/47/17 de l'OMPI, Questions concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) : proposition des États-Unis d'Amérique à l'attention de l'Assemblée générale de l'OMPI.
24. Voir le document WO/GA/47/18 de l'OMPI, Questions concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) : proposition du Kenya, du Mozambique, de la Norvège, de la Nouvelle-Zélande, du Saint Siège et de la Suisse à l'intention de l'Assemblée générale de l'OMPI.
25. Voir le document WO/GA/47/17 de l'OMPI, Questions concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (IGC) : proposition des États-Unis d'Amérique à l'attention de l'Assemblée générale de l'OMPI.
26. Voir le Programme de travail de l'IGC pour 2015, proposition de la délégation des États-Unis d'Amérique diffusé lors de la vingthuitième session de l'IGC.

Précédents rapports sur les politiques publiés par le Centre Sud

- N° 1, août 2009 – The Role of the United Nations in Global Economic Governance
- N° 2, mars 2010 – The Global Financial Crisis and India
- N° 3, septembre 2010 – Some Preliminary Thoughts on New International Economic Cooperation
- N° 4, mars 2011 – Le Protocole de Nagoya sur l'APA et les pathogènes
- N° 5, mai 2011 – Programme de réforme financière : aperçu des évolutions récentes
- N° 6, août 2011 – Les fondements du « développement durable »
- N° 7, novembre 2011 – Où en est la mise en oeuvre de la Déclaration de Doha sur les ADPIC et la santé publique dix ans après son adoption ?
- N° 8, avril 2012 – Adopter une convention juridiquement contraignante pour repenser le modèle de R-D de produits pharmaceutiques
- N° 9, novembre 2011 – Propositions concernant le cadre institutionnel du développement durable
- N° 10, juin 2012 – The State of the World Economy
- N° 11, octobre 2012 – L'instabilité financière comme menace au développement durable
- N° 12, novembre 2012 – Les accords commerciaux et d'investissement : des obstacles aux mesures nationales de santé publique et de lutte contre le tabagisme.
- N° 13, octobre 2012 – Mécanismes statutaires de renégociation de la dette souveraine : pourquoi et comment ?
- N° 14, décembre 2012 – La politique financière nationale dans les pays en développement
- N° 15, janvier 2013 – Capital Account Regulations and Investor Protections in Asia
- N° 16, septembre 2014 – Resolving Debt Crises: How a Debt Resolution Mechanism Would Work
- N° 17, mai 2014 – La relation entre le TIRPAA, l'UPOV et l'OMPI et l'importance d'un système juridique international plus cohérent sur les droits des agriculteurs
- N° 18, mai 2015 – Le Protocole de Nagoya : présentation de ses principales caractéristiques, des défis qu'il pose et des perspectives qu'il ouvre
- N° 19, juillet 2015 – Financing for Development Conference 2015: A View from the South
- N° 20, août 2015 – Internationalisation de la finance et nouvelles sources de vulnérabilité des économies émergentes et en développement : le cas de la Malaisie
- N° 21, septembre 2015 – Lack of Progress at the Twenty-Second Session of the WIPO SCP for a Balanced and Development-Oriented Work Programme on Patent Law Related Issues



**CENTRE
SUD**

Chemin du Champ-d'Anier 17
1211 Genève
Suisse

Tél. : (4122) 791 8050

Fax : (4122) 798 8531

E-mail : south@southcentre.int

<http://www.southcentre.int>