

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
La restriction des droits sur les ressources génétiques, la question des dérivés

Les ressources génétiques et les droits de propriété. Les droits de propriété sur les biens matériels et immatériels. La question des dérivés.

Fernando Casas-Castañeda¹. Conseiller principal, Instituto Alexander von Humboldt
Courriel : fcasas@humboldt.org.co

Le régime international sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages

Dans l'ensemble, les négociations au sujet d'un régime international sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages (RI-APA) offrent l'occasion de s'entendre sur un cadre multilatéral de règles et de procédures afin de promouvoir et de sauvegarder la répartition juste et équitable des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques et de leurs dérivés, de même que des savoirs, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales, en vue d'assurer la conservation et l'utilisation durable des ressources génétiques et de leurs dérivés.

Ces règles et les mécanismes d'application et d'observation qui leur sont associés devront être complétés par des mesures législatives, administratives ou de politique générale instituées par les pays Parties développés, de même que par un système d'incitatifs à l'intention des fournisseurs et des utilisateurs, un mécanisme de transfert de technologies et de savoir-faire vers les pays en développement, un mécanisme financier et tout autre moyen pouvant faciliter le fonctionnement du régime, tel que la mise en place d'un processus de communication et de sensibilisation du public.

Les droits de propriété, les ressources génétiques et les dérivés

Pour assurer le succès du RI-APA, il est essentiel de bien faire la distinction entre les droits et obligations des Parties contractantes qui sont des *pays en développement d'où proviennent les ressources et dérivés* et les droits et obligations des autres Parties qui ont acquis ces ressources, conformément à la Convention sur la diversité biologique (CDB).

Cette distinction a des répercussions profondes à tous les niveaux, notamment en ce qui concerne les droits, obligations et attentes des communautés locales, des autorités, des fournisseurs, des chercheurs et des utilisateurs des ressources génétiques et de leurs dérivés (RGD).

Les droits et obligations de l'État-nation dans les pays d'origine

Des études récentes en matière de politique générale en Colombie² ont permis de conclure que, pour mieux comprendre les droits du pays d'origine des RGD, il convient d'aborder la question sous les deux angles suivants :

¹ Les opinions exprimées ici sont celles de l'auteur et ne reflètent pas la position du gouvernement de la Colombie dans les négociations au sujet du régime international sur l'APA.

² La présente communication est basée sur des extraits du projet intitulé *Policy of Access and use of Genetic Resources in Colombia*, proposé par l'*Instituto Alexander von Humboldt*.

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
La restriction des droits sur les ressources génétiques, la question des dérivés

- l'intérêt général en tant qu'attribut des droits souverains des États sur leurs ressources naturelles;
- les ressources génétiques et les dérivés en tant que patrimoine public du pays.

En conséquence, le pouvoir qu'ont les gouvernements nationaux de définir l'accès aux ressources génétiques, dans la législation nationale, confère à ces autorités la propriété administrative des RGD ainsi que le rôle, au regard du public, de créer les conditions permettant l'accès aux RGD, leur conservation et leur utilisation durable.

Puisque les États doivent agir en tant qu'administrateurs de ressources inaliénables, les gouvernements nationaux ont pour rôle d'assurer la bonne garde et la surveillance des RGD, en plus d'avoir la responsabilité de garantir la souveraineté nationale sur ces ressources ainsi que les droits des communautés autochtones et locales, y compris leurs droits sur les savoirs traditionnels associés.

Les droits et les obligations des fournisseurs dans les pays d'origine

Le gouvernement du pays d'origine exerce des droits en tant que fournisseur lorsque le pays est fournisseur direct des RGD. C'est le cas lorsque les RGD sont situés sur des terres publiques ou des terres qui ont été désignées aires protégées, en particulier dans le cadre d'efforts de conservation *in situ* et lorsqu'il s'agit de collections *ex situ* placées sous l'administration de l'État. Dans tous les autres cas, le fournisseur sera une tierce partie. Dans une telle situation, il devient nécessaire de définir les droits et obligations que la législation nationale confère aux entités qui fournissent les RGD, notamment les communautés locales, les institutions de recherche et les propriétaires de collections *ex situ*.

Dans tous les pays membres de la Communauté andine — Bolivie, Colombie, Équateur, Pérou et Venezuela —, les RGD sont des ressources inaliénables, c'est-à-dire que ces ressources sont des biens publics. Dès lors, en vertu de la législation andine, les ressources génétiques et leurs dérivés ne peuvent être ni vendus ni achetés. Les droits de propriété privée sur les éléments matériels et immatériels des RGD n'existent pas.

En vertu de la législation de la Communauté andine relative à l'accès aux ressources génétiques et aux dérivés³, tous les fournisseurs de RGD devraient donc se voir reconnaître les droits suivants :

- droits de possession des RGD, lorsqu'il est prouvé hors de tout doute que le fournisseur a conservé la valeur intrinsèque de la diversité biologique et les valeurs écologiques, génétiques, sociales, économiques, scientifiques, éducatives, culturelles, récréatives et esthétiques de ces ressources;
- droits relatifs au consentement préalable en connaissance de cause pour l'utilisation des ressources génétiques et de leurs dérivés, lorsqu'un droit de possession a été reconnu aux fournisseurs;

³ La Décision 391, de 1996, régit l'accès aux ressources génétiques et à leurs dérivés; la Décision 486, de 2000, régit la propriété industrielle.

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
La restriction des droits sur les ressources génétiques, la question des dérivés

- droits aux avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques et de leurs dérivés lorsqu'un droit de possession a été reconnu aux fournisseurs.

Dans tous les cas énumérés ci-dessus, les obligations du fournisseur doivent avoir une incidence favorable, et non pas être contre-productives, sur les RGD d'intérêt national et/ou appartenant au patrimoine public du pays. De surcroît, les fournisseurs ne devraient contrevenir à aucune des dispositions de la Décision 391.

**Les droits et obligations des fournisseurs et utilisateurs dans les pays Parties
qui ont acquis des RGD conformément aux dispositions de la CDB**

Selon de nombreux rapports de recherche et autres documents de référence⁴, les fournisseurs deviennent des utilisateurs lorsque les personnes ou organisations qui demandent un accès aux RGD ont reçu une autorisation légale des autorités nationales du pays d'origine. En d'autres termes, les fournisseurs dans les pays Parties qui ont acquis des RGD conformément aux dispositions de la CDB tombent dans la catégorie des demandeurs aux fins de la réglementation nationale sur l'APA. Ce type de fournisseur de « deuxième niveau » comprend les banques de gènes *ex situ*, situées à l'intérieur et à l'extérieur du pays d'origine, ou tout autre collecteur ou chercheur qui s'est vu accorder l'accès aux RGD par un fournisseur *in situ* dans un pays d'origine.

La personne ou l'organisation qui demande l'autorisation d'utiliser les RGD acquiert, dans le cadre d'un contrat signé avec le pays d'origine, une série de droits et d'obligations dont est exclue la propriété des ressources ou de l'information qui leur est associée.

Du côté du pays d'origine, les autorités nationales devraient reconnaître les droits suivants au demandeur, à l'utilisateur ou au fournisseur d'un pays différent du pays d'origine :

- le droit d'utiliser les RGD dans des conditions et avec des obligations établies d'un commun accord par l'autorité nationale et le demandeur. Cette utilisation ne comprend pas le transfert de ces ressources ou l'acquisition de la propriété de ces ressources, car celles-ci sont des biens publics et, partant, non transférables. Le demandeur ne pourra pas non plus transférer la propriété de ces ressources à une tierce partie. En outre, l'utilisateur ne peut pas changer l'utilisation finale des RGD convenue sans la permission des autorités du pays d'origine;
- le droit de revendiquer la propriété d'un bien immatériel⁵ sur les produits découlant de l'utilisation des RGD et sur la valeur que le développeur ou l'inventeur ajoute à ces ressources (sous réserve de droits de propriété intellectuelle). Cela peut comprendre les savoirs ou l'information sur les ressources (nouveaux produits ou nouvelles technologies, méthodes ou services);

⁴ Plusieurs de ces rapports de recherche et documents de politique générale sont mentionnés ou font l'objet de citations sur le site suivant : <<http://www.biodiv.org>>.

⁵ Il est question ici des brevets et autres droits de propriété intellectuelle qui permettent à un utilisateur « en aval » d'avoir un droit monopolistique pendant une période de temps limitée sur des produits immatériels de nature intellectuelle et ayant un contenu créatif, en vertu de l'exercice du droit par le détenteur de ce droit.

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
La restriction des droits sur les ressources génétiques, la question des dérivés

- le droit d'être informé par les autorités nationales du pays d'origine – en temps opportun et de façon claire et transparente – au sujet des modalités et conditions de l'accès aux RGD.

Néanmoins, selon la Communauté andine⁶, l'autorité nationale compétente peut à tout moment, d'office ou à la demande d'une partie, déclarer un brevet nul et sans effet si :

- les produits ou procédés visés par le brevet en question ont été obtenus et mis au point à partir de ressources génétiques ou de dérivés de ces ressources génétiques provenant de l'un des pays membres, et si le demandeur a omis de remettre une copie du contrat régissant l'accès à ce matériel génétique;
- les produits ou procédés pour lesquels une protection est demandée ont été obtenus ou mis au point grâce à des savoirs traditionnels appartenant à des communautés autochtones, américaines d'ascendance africaine ou locales dans les pays membres, et si le demandeur a omis de soumettre une copie du document certifiant l'existence d'une licence ou d'une autorisation pour l'utilisation de ces savoirs qui ont leur origine dans l'un quelconque des pays membres.

Du côté du pays utilisateur, « chaque Partie contractante prendra des mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon le cas, afin que les Parties contractantes, en particulier celles qui sont des pays en développement, qui fournissent des ressources génétiques bénéficient d'un transfert de technologies et aient accès à la technologie qui utilise ces ressources, selon des conditions convenues d'un commun accord, y compris la technologie protégée par des brevets et autres droits de propriété intellectuelle »⁷.

Pour des raisons de transparence et de reddition de comptes, l'autorisation légale d'utiliser les RGD, à savoir une copie du contrat d'accès (si les produits ou procédés faisant l'objet d'une demande de brevet ont été obtenus ou mis au point à partir de ressources génétiques ou de dérivés des pays d'origine) devrait être déposée au Centre d'échange de la CDB.

Le cas échéant, une copie du document qui certifie l'existence d'une licence ou d'une autorisation pour l'utilisation des savoirs traditionnels des communautés autochtones et locales devrait également être déposée au Centre d'échange de la CDB.

Les droits de propriété sur des biens matériels et immatériels

Bien matériel ou immatériel?

Dans tout examen de la composante matérielle des RGD, il ne faut pas perdre de vue que par ressources génétiques *in situ* et dérivés, on entend tout être vivant, complet ou partiel, trouvé dans la nature, ce qui veut dire tous les processus biologiques naturels et tout matériel biologique existant dans la nature, ou susceptible d'être séparé, comme le génome ou le matériel génétique de tout être vivant⁸.

L'un des problèmes qui se posent lorsqu'il est question de droits de propriété sur des biens de nature biologique, et tout particulièrement lorsqu'on veut distinguer entre éléments matériels et immatériels des gènes et des molécules, réside dans l'absence d'une définition

⁶ Décision 486, de 2000, article 75.

⁷ CDB, article 18.

⁸ Décision 486, de 2000, article 15.

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
La restriction des droits sur les ressources génétiques, la question des dérivés

adéquate des programmes génétiques et de leurs liens intrinsèques avec les gènes, les protéines, les types de cellules et autres éléments des organismes biologiques, y compris toute plante, tout animal ou tout microorganisme renfermant des unités fonctionnelles d'hérédité.

Comme il a été mentionné précédemment, la Communauté andine considère que les RGD sont inaliénables, c'est-à-dire qu'ils sont des biens publics qui font partie du patrimoine du pays d'origine en développement. Lorsque l'accès aux RGD est autorisé à des fins particulières, cet accès ne confère pas de droit de propriété sur ces ressources ou sur l'information génétique inhérente à ces ressources (programmes génétiques).

En pratique, les préoccupations au sujet de la distinction entre les ressources génétiques matérielles et les programmes génétiques immatériels ont déjà été prises en compte dans différents accords internationaux tels que le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture), les Lignes directrices de Bonn et la législation andine. Tous ces instruments comportent des dispositions qui interdisent – ou tout au moins mettent en question – la revendication de droits de propriété intellectuelle sur du matériel génétique et des programmes génétiques trouvés dans la nature⁹.

Les biens incorporels ou immatériels

Le droit de propriété sur des biens immatériels tels que les savoirs et les innovations est bien accepté au sein des pays signataires de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et de la Communauté andine¹⁰. Dans le cadre de ces accords, des brevets sont accordés pour des inventions, qu'il s'agisse de biens ou de procédés, et dans tous les secteurs de la technologie qui sont nouveaux, qui supposent une activité inventive ou qui ont une valeur commerciale.

Les institutions internationales qui édictent des règlements, telle l'Organisation mondiale du commerce (OMC), établissent une série d'obligations visant à protéger la propriété intellectuelle applicable aux savoirs, aux techniques et aux technologies qui modifient et transforment les RGD ou qui leur ajoutent de la valeur.

Néanmoins, sans une infrastructure, un savoir-faire et une formation adéquats, les pays d'origine en développement ne sont pas protégés contre les investisseurs dans le domaine de la technologie qui ne contribuent pas « à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien-être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligations »¹¹.

⁹ Annexe B des Lignes directrices de Bonn (2002); article 12 du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (2002); Décision 486 de la Communauté andine (2000).

¹⁰ Décision 486, article 14.

¹¹ Accord sur les ADPIC, article 7.

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
La restriction des droits sur les ressources génétiques, la question des dérivés

En fait, la simple protection des idées¹² n'est pas aussi importante que le fait de reconnaître que l'accès à la biotechnologie pour les pays en développement et le transfert de ce type de technologie des pays développés vers les pays en développement (qui sont les fournisseurs des RGD) constituent des éléments essentiels à la réalisation des objectifs de la CDB¹³.

*La restriction de l'accès*¹⁴

La Communauté andine peut établir, à la faveur d'une règle de droit expresse, des mesures qui restreignent partiellement ou totalement l'accès aux RGD dans les cas suivants :

- endémisme, rareté ou risque d'extinction d'espèces, de sous-espèces, de variétés ou de races ou de croisements;
- vulnérabilité ou fragilité de la structure ou du fonctionnement des écosystèmes, qui pourraient empirer à la suite des activités liées à l'accès;
- effets néfastes des activités liées à l'accès, sur la santé des êtres humains ou sur des éléments essentiels à l'identité culturelle des pays;
- effets environnementaux indésirables ou difficiles à maîtriser des activités liées à l'accès, sur l'écosystème;
- risque d'érosion génétique imputable aux activités liées à l'accès;
- règlements sur la biosécurité;
- RGD ou zones géographiques désignés RGD ou zones stratégiques.

La propriété collective des ressources génétiques ancestrales et de leurs dérivés

En raison du rôle fondamental des RGD assortis d'une valeur ajoutée ancestrale (culturelle), les pays andins reconnaissent la contribution historique apportée à la diversité biologique par les communautés autochtones et locales, à travers la conservation et la mise en valeur de cette diversité biologique, l'utilisation durable de ses composantes et les avantages résultant d'une telle utilisation.

Ayant reconnu les valeurs et utilisations traditionnelles, la Communauté andine s'est efforcée d'exclure de sa législation l'échange de ressources génétiques, de dérivés et de savoirs traditionnels associés réservés à l'usage personnel des communautés autochtones et locales, conformément à leurs coutumes.

En outre, dans le cas des ressources génétiques et des dérivés domestiqués ou transformés, les droits sur ces ressources, lorsque des savoirs traditionnels sont en jeu, sont considérés

¹² Il vaudrait la peine d'examiner les arguments des économistes Michele Boldrin et David Levine lorsqu'ils avancent que la société n'a pas à reconnaître les droits de propriété sur les idées et que les droits de propriété ne devraient s'appliquer qu'aux objets concrets ou matériels. Voir : Boldrin, M., et D. Levine, 2003, *The CASE against Intellectual Monopoly* », Californian University of Los Angeles, version préliminaire d'un ouvrage non imprimé. Les deux premiers chapitres peuvent être téléchargés à partir du site <<http://www.dklevine.com/>>.

¹³ CDB, articles 16.1 et 16.3

¹⁴ Décision 391, article 45.

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
La restriction des droits sur les ressources génétiques, la question des dérivés

comme appartenant aux communautés autochtones et locales. Cela comprend la sélection ou l'amélioration de RGD par des techniques traditionnelles et les RGD qui ont été conservés, utilisés et mis en valeur ultérieurement dans un espace culturel particulier.

La recherche scientifique

Si des RGD possèdent une valeur ajoutée, par exemple s'ils ont donné lieu à un produit ou à un procédé de recherche scientifique, le bien incorporel ou immatériel qui résulte de cette recherche appartient à l'inventeur ou à l'innovateur. Lorsque cette valeur est ajoutée dans le pays d'origine, les utilisateurs des autres pays ne devraient pas pouvoir se l'approprier. L'autorité nationale compétente peut déclarer un brevet nul et sans effet si les droits de propriété intellectuelle sur des innovations réalisées dans le pays d'origine sont réclamés, puisque l'information relative aux RGD devrait être incluse dans tout examen de l'état de la technique.

La question des dérivés

Aux termes de la CDB, la biotechnologie s'entend de toute application technologique qui utilise des systèmes biologiques, des organismes vivants ou des dérivés de ceux-ci pour réaliser ou modifier des produits ou des procédés à usage spécifique¹⁵. En clair, les marchés et les institutions à l'échelle de la planète considèrent que l'utilisation biotechnologique des ressources génétiques présente une valeur réelle et potentielle pour un certain nombre de secteurs économiques – en particulier l'agriculture – et pour la fabrication de produits bioindustriels novateurs, tels que les produits biopharmaceutiques, nutraceutiques, cosméceutiques, dermaceutiques et bioinformatiques.

Selon la définition donnée dans la CDB, les ressources biologiques comprennent les ressources génétiques. Par ailleurs, la Communauté andine reconnaît la valeur réelle et potentielle de l'utilisation d'une ressource génétique ou de ses dérivés. Dès lors, les pays andins définissent les dérivés comme étant « une molécule, une combinaison ou un mélange de molécules naturelles, y compris des extraits bruts d'organismes vivants ou morts d'origine biologique qui sont le résultat du métabolisme d'êtres vivants »¹⁶.

En fait, l'accès aux dérivés représente la forme la plus fréquente d'utilisation de ressources génétiques. Il est important d'inclure les dérivés dans la portée du RI-APA parce que les pays d'origine exercent des droits souverains sur les dérivés des ressources génétiques. Par conséquent, l'accès aux dérivés qui est accordé pour des usages particuliers ne confère pas un droit de propriété sur ces dérivés ou sur l'information biochimique qui leur est associée. De plus, si les dérivés sont exclus d'un RI-APA, la majeure partie de la valeur potentielle et des avantages résultant de l'ajout de valeur aux dérivés sera monopolisée par les grandes sociétés des pays développés.

Si les dérivés sont exclus du RI-APA, les communautés autochtones et locales seront les véritables perdantes, car dans les pays d'origine en développement, une partie importante des savoirs traditionnels est liée aux dérivés.

Les utilisateurs opportunistes de ressources génétiques pourraient réduire à néant la construction de réseaux de confiance mutuelle et le partage des avantages et, partant, faire

¹⁵ CDB, article 2.

¹⁶ Décision 391, article 1.

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
La restriction des droits sur les ressources génétiques, la question des dérivés

échouer les efforts de coopération à long terme entre les Parties. En plus des répercussions négatives d'une exclusion des dérivés, le fait d'axer, à tort, les droits de propriété intellectuelle sur les rentes privées et sur l'éviction des concurrents, pourrait mener à la création de monopoles sur les dérivés à valeur ajoutée, ce qui mettrait en péril l'innovation technologique et le transfert et la diffusion de la biotechnologie.