

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Les nouvelles formes de protection *sui generis* pertinentes au regard du régime international

La protection *sui generis* des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés

Jock Langford¹. Conseiller principal en politiques, Droits de propriété intellectuelle, Bureau de la Convention sur la biodiversité, Environnement Canada
Courriel : Jock.Langford@ec.gc.ca

Lors de la septième réunion de la Conférence des Parties (COP 7) à la Convention sur la diversité biologique (CDB), les Parties ont adopté des décisions concernant l'accès et le partage des avantages (APA) et l'article 8 j) qui peuvent être interprétées comme venant à l'appui de la mise en place de régimes *sui generis* dans le cadre de la CDB.

Dans sa décision 19, la COP 7 a confié au Groupe de travail spécial sur l'APA, avec la collaboration du Groupe de travail spécial sur l'article 8 j), le mandat d'élaborer et de négocier un régime international sur l'APA « en vue d'adopter un ou plusieurs instruments qui puissent mettre en œuvre de façon efficace les dispositions des articles 15 et 8 j) de la Convention et les trois objectifs de la Convention ».

La décision 16 de la COP 7 est pertinente au regard de la présente discussion puisque, dans cette décision, les Parties demandent au Groupe de travail spécial sur l'article 8 j) « [d']explorer [...] les possibilités et les conditions dans lesquelles l'utilisation de formes existantes de droits de propriété intellectuelle peuvent contribuer à la réalisation des objectifs de l'article 8 j) et des dispositions connexes de la Convention ».

La décision 16 de la COP 7 sur l'article 8 j) et les dispositions connexes prévoient des activités en vue de mettre au point les éléments de systèmes *sui generis* destinés à la protection des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles, qui tiendraient compte des éléments du droit coutumier applicables à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique, des connaissances traditionnelles et des ressources biologiques.

Nous aborderons ici la question de la protection *sui generis* des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés sous les trois angles suivants :

- la protection *sui generis* des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés en vertu des législations nationales sur l'APA;
- la protection *sui generis* de la propriété intellectuelle sur les ressources génétiques et les savoirs traditionnels;
- la protection *sui generis* des ressources génétiques et des savoirs traditionnels qui n'est pas fondée sur les droits de propriété intellectuelle (DPI).

¹ Les opinions exprimées ici sont celles de l'auteur.

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Les nouvelles formes de protection *sui generis* pertinentes au regard du régime international

Les législations nationales sur l'APA

L'accès aux ressources génétiques à l'échelon national

En vertu des législations nationales sur l'APA, de nouvelles formes de protection *sui generis* des ressources génétiques et des savoirs traditionnels voient le jour. À mon avis, les législations nationales sur l'accès peuvent donner lieu à deux régimes *sui generis* distincts et indépendants. En vertu de la CDB, les États ont un droit souverain sur leurs propres ressources biologiques et génétiques et l'application de l'article 15 (intitulé « Accès aux ressources génétiques ») à l'échelon national crée en fait de nouveaux droits de propriété *sui generis* à l'échelon national fondés sur les principes du consentement préalable donné en connaissance de cause (PIC) et des conditions convenues d'un commun accord. Nombre de pays qui ont édicté une législation nationale sur l'APA ont élargi la portée de ces principes en ajoutant les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques, élargissement que l'on retrouve à la fois dans la portée des Lignes directrices de Bonn et dans la décision de la COP 7 relative à la négociation d'un régime international. Le second régime *sui generis* qui se met en place en vertu des législations nationales sur l'APA prévoit des droits *sui generis* à l'échelon de la communauté, fondés sur le PIC des communautés autochtones et locales et sur le partage des avantages résultant de l'accès aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques connexes et de l'utilisation de ces savoirs et ressources à des fins scientifiques et commerciales.

Il est encore impossible de dire si les droits *sui generis* sur les ressources génétiques créés en vertu des législations nationales sur l'APA prendront finalement la forme de droits de propriété réelle, de droits de propriété sur des biens immatériels ou sur de l'information, ou encore de DPI. Les ressources biologiques forment une classe à part si on les compare avec d'autres ressources (matière inanimée) utilisées pour élaborer des produits et des procédés novateurs.

Les défis mentionnés par les pays au sujet de l'application des législations nationales sur l'APA montrent que l'objet des droits en question peut être considéré à la fois comme un bien réel et comme un bien immatériel. L'application de la loi sur l'accès à l'échelon *in situ* s'apparente à une politique de gestion des ressources dans laquelle les ressources récoltées sont généralement traitées comme un bien réel. Par son aspect économique et sa nature, l'application de la loi sur les ressources génétiques et les dérivés sur le marché a plus à voir avec les DPI. Même si la procédure de PIC, en vertu de la législation nationale sur l'accès, peut régir l'accès aux ressources génétiques considérées avant tout comme un bien réel (p. ex., en autorisant l'accès physique aux ressources biologiques), le processus de négociation de conditions convenues d'un commun accord donne lieu à un contrat renfermant des clauses qui définissent de nouveaux droits de propriété immatérielle liés à la valeur commerciale potentielle du matériel génétique ou de l'information contenus dans les ressources biologiques.

La question du certificat semble également liée à celle de la nature des droits de propriété *sui generis*. Des certificats de PIC pourraient accompagner les exportations/importations de matériel biologique (considéré comme bien réel), mais un système de certification appliqué

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Les nouvelles formes de protection *sui generis* pertinentes au regard du régime international

aux dérivés et produits de ressources génétiques sur le marché a pour résultat d'étendre en quelque sorte les droits au-delà de la notion de bien réel.

*L'accès aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques associées
à l'échelon de la communauté*

Les questions relatives au second type de régime *sui generis* qui voit le jour seront examinées de manière plus approfondie par le groupe d'experts qui se penchera sur le PIC à l'échelon de la communauté pour autoriser l'accès aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques. Néanmoins, il vaut la peine d'examiner comment la protection *sui generis* peut être appliquée à la fois aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques.

Les savoirs traditionnels détenus par les communautés

La protection *sui generis* des savoirs traditionnels détenus par les communautés peut emprunter des éléments aux protocoles traditionnels régissant l'accès aux savoirs traditionnels détenus par des communautés autochtones et locales, l'utilisation de ces savoirs, de même que certains éléments du droit du secret d'affaires. Au Canada, les communautés autochtones négocient avec les entreprises exploitantes de ressources des protocoles sur les procédures d'accès et l'utilisation des savoirs traditionnels. Les communautés participent activement à l'élaboration de ces protocoles et c'est grâce à ce processus participatif que les intérêts des communautés en matière de savoirs traditionnels sont respectés.

Il est illégal pour une entreprise de payer un employé d'un concurrent afin d'avoir accès à des secrets industriels. Ce principe d'équité reconnu par la législation nationale pour les secrets d'affaires s'applique également aux savoirs traditionnels secrets. Cela dit, c'est une pratique courante pour les scientifiques et les entreprises d'obtenir l'accès à des savoirs traditionnels détenus par une communauté par l'intermédiaire d'un membre de la communauté.

Les droits sur le secret commercial sont naturellement assortis de certaines obligations. Par exemple, pour obtenir un dédommagement en vertu de la loi en cas d'accès non autorisé à de l'information confidentielle, les entreprises sont tenues de prendre certaines mesures afin de protéger raisonnablement leurs secrets commerciaux. Si un régime *sui generis* de protection des savoirs traditionnels secrets était mis en place, les communautés autochtones et locales devraient probablement prendre des mesures appropriées (p. ex., recourir à des protocoles traditionnels applicables aux membres de la communauté) pour protéger les savoirs traditionnels contre un accès non autorisé. Les communautés devraient également instituer des procédures en matière de PIC et rendre ces procédures publiques afin d'assurer la transparence du processus d'accès. Une certaine souplesse est nécessaire à l'échelon de la communauté, car les procédures de PIC varieront selon les communautés. Un régime *sui generis* régissant l'accès aux savoirs traditionnels, fondé sur ce modèle, comprendrait les procédures de PIC publiées, à l'échelon de la communauté, ainsi qu'un cadre juridique à l'échelon national confirmant le caractère légal des régimes de PIC adoptés par les communautés.

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Les nouvelles formes de protection *sui generis* pertinentes au regard du régime international

L'accès aux ressources génétiques à l'échelon de la communauté

La question de l'accès aux ressources génétiques à l'échelon de la communauté n'a pas fait l'objet d'un examen approfondi lors des réunions tenues dans le cadre de la CDB. Au Canada, là où un règlement est intervenu au sujet des revendications territoriales, les peuples autochtones disposent d'un pouvoir de légiférer qui leur donne la possibilité de réglementer l'accès aux ressources génétiques présentes sur leur territoire et le partage des avantages résultant de l'utilisation de ces ressources. Là où il n'y a pas eu de règlement, les questions relatives à l'APA peuvent être prises en compte dans les pratiques de gestion des ressources et des terres adoptées par les gouvernements et l'industrie. Il existe de nombreux cas au Canada (souvent à la faveur de processus d'évaluation environnementale) où les gouvernements et l'industrie intègrent les intérêts et les droits des communautés autochtones locales dans leurs pratiques de gestion des ressources. Par contre, il est arrivé également que des peuples autochtones aient exprimé des craintes au sujet de la possibilité que la communication de savoirs traditionnels aux gouvernements conduise à la création d'aires protégées et que les peuples autochtones soient par la suite dépouillés de leur droit de pratiquer leur récolte traditionnelle, ou que les savoirs traditionnels secrets qu'ils ont communiqués aux gouvernements soient divulgués à d'autres, ce qui aurait pour conséquence que des pourvoyeurs non autochtones pourraient commencer à chasser ou à pêcher dans des zones de récolte traditionnelle.

Les objectifs d'un tel régime de protection *sui generis* des ressources génétiques utilisées à des fins traditionnelles pourraient inclure, entre autres objectifs :

- la participation de la communauté, grâce à la mise en place d'un système de PIC par la communauté;
- la préservation du droit des communautés autochtones et locales d'accéder aux ressources biologiques exploitées à des fins traditionnelles et d'utiliser ces ressources;
- la préservation des savoirs traditionnels concernant la biodiversité *in situ*, y compris le soutien des protocoles traditionnels régissant les savoirs traditionnels;
- l'intégration des questions relatives à l'APA dans les pratiques de gestion des terres et des ressources adoptées par les gouvernements et l'industrie;
- l'utilisation exclusive par les communautés autochtones et locales de la biodiversité exploitée à des fins traditionnelles, lorsqu'une telle mesure est nécessaire pour protéger et encourager l'usage coutumier des ressources biologiques;
- l'interdiction aux personnes ne faisant pas partie des communautés autochtones et locales d'utiliser les savoirs, plantes ou médicaments ayant un caractère sacré;
- le partage des avantages à l'échelon de la communauté lorsque des ressources biologiques ou génétiques exploitées normalement à des fins traditionnelles sont utilisées à des fins scientifiques ou commerciales.

La protection *sui generis* fondée sur la propriété intellectuelle

Il existe plusieurs aspects de la législation sur la propriété intellectuelle qui sont plus facilement adaptables à la protection des ressources génétiques et des savoirs traditionnels

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Les nouvelles formes de protection *sui generis* pertinentes au regard du régime international

associés. Les systèmes de propriété intellectuelle utilisent l'exclusivité sur le marché pendant une période fixe pour encourager les investissements dans l'innovation et les copies génériques une fois la période de protection échu. Le principe d'une protection pendant une période fixe présente des inconvénients lorsqu'il est appliqué à l'objectif de conservation de la biodiversité et de préservation des savoirs traditionnels. Prévoir conserver les ressources génétiques et les savoirs traditionnels en offrant une protection pendant seulement 10, 20 ou 50 ans ne constitue pas une solution optimale en termes de politique générale sur la biodiversité. Le secret commercial, les marques de commerce et les pratiques commerciales équitables apparaissent plus utiles que les DPI assortis d'une protection pendant une période fixe (p. ex., les brevets).

En fait, l'adaptation des appellations d'origine aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels produits par les communautés autochtones et locales semble constituer la mesure la plus prometteuse en ce qui a trait à l'utilisation de systèmes *sui generis* fondés sur la propriété intellectuelle pour atteindre les objectifs de la CDB. Il se peut également qu'il soit nécessaire d'adapter la protection offerte par les appellations d'origine pour résoudre le problème de l'innovation en amont afin d'assurer une utilisation équitable des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés et un partage des avantages résultant de cette utilisation.

La protection des données pour assurer la confidentialité de l'information commerciale constitue un autre aspect de la protection *sui generis* fondée sur la propriété intellectuelle qui peut être appliqué aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels. Les données soumises par les entreprises aux organismes de réglementation gouvernementaux peuvent être protégées contre la divulgation publique en vertu de diverses lois de nature réglementaire. De la même manière, il est possible de protéger les savoirs traditionnels communiqués aux fins d'une évaluation environnementale contre la divulgation publique, ce qui permettrait de préserver le caractère secret des lieux où des plantes et des animaux ont été récoltés. Le mécanisme de protection contre la divulgation publique des savoirs traditionnels communiqués aux fins de l'APA pourrait être conçu selon le modèle utilisé dans certains pays, comme la Nouvelle-Zélande, pour protéger les sites sacrés. Dans un tel système, les savoirs traditionnels pourraient être communiqués aux pouvoirs publics, qui garderaient l'information confidentielle et qui ne pourraient l'utiliser que pour protéger les sites où se trouvent les ressources biologiques ou génétiques utilisées par les communautés autochtones et locales, lorsque ces ressources sont menacées par des projets de mise en valeur ou de récolte par des personnes ou organisations extérieures aux communautés autochtones et locales.

Il pourrait être utile également de déterminer s'il convient d'envisager une forme de protection des données taxinomiques dans le cadre du régime international. Étant donné que seulement 10 p. 100 des espèces de la planète sont connues, il apparaît nécessaire de consacrer des fonds publics aux activités scientifiques et technologiques et/ou de mettre en place des mesures incitatives à l'intention du secteur privé afin d'accélérer la recherche taxinomique. Il est essentiel de connaître les espèces si l'on veut évaluer leur originalité et

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Les nouvelles formes de protection *sui generis* pertinentes au regard du régime international

mettre en place des politiques publiques visant à favoriser la conservation de la biodiversité. La société ne saurait accorder de la valeur à quelque chose dont elle ignore l'existence. Les arguments en faveur du maintien des connaissances taxinomiques dans le domaine public sont puissants, mais les arguments selon lesquels des mesures incitatives plus importantes sont nécessaires pour encourager la recherche taxinomique le sont tout autant. Une solution possible, dans le cadre du régime international, consisterait à associer les ressources génétiques et les connaissances taxinomiques dans un mécanisme *sui generis* offrant une meilleure protection pour les ressources génétiques qui sont connues, décrites et divulguées publiquement que pour les espèces *in situ* inconnues.

Une autre forme possible de protection *sui generis* fondée sur la propriété intellectuelle consisterait à faire en sorte que la CDB possède un label de certification à l'échelle mondiale, par le biais de la propriété des labels de certification nationaux dans des pays clés. La CDB deviendrait alors un organisme de normalisation qui établirait des règles pour l'utilisation de ce label de certification. Cet instrument hybride associerait des aspects de la propriété intellectuelle et des objectifs de la CDB (y compris l'objectif d'APA) dans un système *sui generis*. La valeur d'une telle proposition dépendrait probablement de la portée des règles que les Parties établiraient pour ce système de certification et du caractère juridiquement contraignant ou non de ces règles des points de vue des mesures visant les utilisateurs et de leur application.

La protection *sui generis* non fondée sur la propriété intellectuelle

Bon nombre des éléments potentiels à examiner dans l'élaboration de systèmes *sui generis* de protection des savoirs traditionnels (énumérés dans l'annexe de la décision 16 de la COP 7) correspondent aux éléments établis par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) pour la protection *sui generis* fondée sur la propriété intellectuelle. Pour autant, il existe une différence essentielle que l'on peut trouver au paragraphe 4 relatif au droit coutumier. Il est important, aux fins de la présente discussion, de rappeler cet élément potentiel non fondé sur la propriété intellectuelle :

Reconnaissance d'éléments du droit coutumier relatifs à la conservation et à l'utilisation rationnelle de la diversité biologique en ce qui concerne : (i) les droits coutumiers relatifs aux connaissances autochtones/traditionnelles/locales; (ii) les droits coutumiers concernant les ressources biologiques; et (iii) les procédures coutumières qui régissent l'accès aux connaissances traditionnelles et ressources biologiques et le consentement à l'utilisation.

Ce paragraphe illustre la différence philosophique centrale, au regard de la protection des savoirs traditionnels, qui existe entre l'OMPI et la CDB. L'OMPI voit les savoirs traditionnels à travers le prisme de la propriété intellectuelle, c'est-à-dire à travers la philosophie qui sous-tend les objectifs et la nature des DPI. Pour être protégés en vertu d'une loi sur la propriété intellectuelle *sui generis*, les savoirs traditionnels devront être adaptés à cette structure légale.

III. Les aspects particuliers à examiner dans l'élaboration du régime international :
Les nouvelles formes de protection *sui generis* pertinentes au regard du régime international

En revanche, l'article 8 j) et les dispositions connexes offrent la possibilité d'élaborer des systèmes *sui generis* de protection reconnus par la législation nationale qui s'apparenteront au droit coutumier et aux protocoles traditionnels des communautés autochtones et locales. Un objectif clé d'un tel régime *sui generis* est de favoriser la conservation de la biodiversité et la préservation des savoirs traditionnels, contrairement aux DPI qui visent avant tout à encourager l'innovation, la créativité et l'utilité commerciale.

Du point de vue pratique, l'objet des systèmes *sui generis* non fondés sur la propriété intellectuelle peut ressembler de très près à l'objet des DPI. Le droit coutumier et les protocoles traditionnels des communautés autochtones et locales confèrent des droits et obligations couvrant notamment les noms et les symboles, les dessins textiles, les médicaments, les chants, les danses et les histoires.

Du point de vue théorique, je vois deux facettes aux régimes *sui generis* non fondés sur la propriété intellectuelle. La première facette sera acceptée par les communautés autochtones et locales, car les mesures qui seront prises à l'échelon de la communauté en vertu de ces régimes seront conformes au droit coutumier et aux protocoles traditionnels. La seconde facette sera acceptée par les acteurs du marché, car elle présente certains éléments de la protection de la propriété intellectuelle tels que des droits d'exclusivité sur le marché et un dédommagement, prévu par la loi, en cas d'utilisation non autorisée des savoirs traditionnels.