

Vol. 17, n° 1

**La divulgation de l'origine
des ressources génétiques :
une contribution du droit des brevets
à la protection de l'environnement**

Jean-Frédéric Morin*

Résumé	133
1. Introduction	133
2. Une proposition issue du régime de la biodiversité	134
3. Les expériences de mise en œuvre	138
4. Des négociations internationales polarisées	141
5. Les difficultés pratiques de la divulgation de l'origine	144
6. Conclusion : pour l'élaboration d'une politique canadienne	146

© Jean-Frédéric Morin, 2004.

* Chercheur associé au Centre international Unisféra. L'auteur tient à remercier l'Institut du développement durable et des relations internationales et le Centre international Unisféra pour leur appui matériel et scientifique. Les opinions exprimées dans cet article et toute inexactitude demeurent entièrement attribuables à l'auteur.

Résumé

La *Convention sur la diversité biologique* prévoit que les avantages qui résultent de l'utilisation commerciale des ressources génétiques doivent être partagés avec les fournisseurs de ces ressources. Pour faciliter l'atteinte de cet objectif et exercer un suivi sur les transferts de ressources génétiques, un nombre croissant de pays imposent aux déposants de divulguer dans leurs demandes de brevets l'origine géographique des ressources génétiques utilisées pour développer l'invention revendiquée. Plus encore, plusieurs pays proposent que cette mesure soit incorporée dans les traités négociés à l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et à l'Organisation mondiale du commerce. Dès lors, le gouvernement canadien sera bientôt amené à prendre position sur cette délicate question.

Cet article propose une réflexion introductive sur les opportunités et les limites de la divulgation de l'origine des ressources génétiques. En étudiant ses justifications et ses modalités d'application, nous concluons que cette mesure pourrait effectivement contribuer à l'atteinte de l'objectif du partage des avantages mais qu'elle est limitée par la capacité des utilisateurs à identifier l'origine des ressources génétiques et par celle des fournisseurs à décortiquer toutes les demandes de brevet.

1. Introduction

La relation entre la protection de l'environnement et la protection des inventions est généralement abordée en termes de conflits, réels ou prétendus¹. Lorsque l'environnement est pensé comme un bien public, voire comme un élément du patrimoine commun de l'humanité, et que les brevets sont considérés comme des biens privés et industriels, l'opposition paraît évidente, et de cette opposition, il n'y a qu'un pas pour conclure à la concurrence. Cette vision

1. Pour une vision *militante* de cette opposition, voir Vandana SHIVA, *Protect or Plunder ? : Understanding Intellectual Property Rights*, Londres, Zed Books, 2001, 144 p.

dichotomique se reflète bien souvent dans les débats entourant la brevetabilité des formes de vie supérieures, et plus généralement celles des inventions qui représentent un risque pour l'environnement. La collectivité devra alors faire face à un dilemme inévitable entre la protection de l'environnement ou celle de l'innovation technologique !

Mais une idée nouvelle rapproche ces deux objectifs : lorsqu'une invention a été mise au point à partir de ressources génétiques, la demande de brevet devrait divulguer l'origine géographique de ces ressources génétiques, de façon à créer une synergie entre la protection de l'environnement et celle des inventions. Cette proposition inédite, d'abord soulevée dans les pays en développement, est maintenant diffusée dans les organisations internationales et pourrait bientôt être consacrée par un traité multilatéral.

Dans les prochaines années, le gouvernement canadien sera amené à prendre position sur la divulgation de l'origine des ressources génétiques. Du moins, avant qu'une décision internationale ne soit adoptée, il nous semble essentiel que cette proposition soit débattue au Canada. Dans cet objectif, nous proposons une réflexion introductive sur les opportunités et les limites de la divulgation de l'origine des ressources génétiques.

Tout d'abord, nous étudierons les fondements de cette proposition et ses modalités de mise en œuvre. Puis nous présenterons ses limites en soulignant les objections manifestées au niveau international et les difficultés pratiques qui lui sont inhérentes.

2. Une proposition issue du régime de la biodiversité

Pour comprendre les motifs sous-jacents à cette proposition, il est nécessaire de remonter à la source, c'est-à-dire à la *Convention sur la diversité biologique*. Conclue à Rio de Janeiro en 1992, cette convention intègre les trois objectifs du développement durable, soit la protection de l'environnement, le développement économique et l'équité sociale : « Les objectifs de la présente Convention [...] sont la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques »².

2. *Convention sur la diversité biologique* (Rio de Janeiro, 5 juin 1992), art. 1.

Alors que les deux premiers objectifs soulèvent relativement peu de débats, le troisième, sur le partage des avantages, est l'objet de vives controverses. En fait, cet objectif reflète un fragile compromis entre les pays fournisseurs de ressources génétiques, notamment les pays du Sud riches en diversité biologique, et les pays utilisateurs de ces ressources, particulièrement les pays du Nord riches en biotechnologies³. Ainsi, la *Convention sur la diversité biologique* reconnaît la légitimité d'obtenir des brevets sur des inventions tirées de la diversité biologique, mais elle reconnaît du même souffle que les fournisseurs ont le droit de contrôler l'accès à leurs ressources.

Jusqu'alors, en droit international, les ressources génétiques relevaient du patrimoine commun de l'humanité et leurs utilisateurs bénéficiaient d'un accès relativement libre⁴. La convention rompit avec cette vision en affirmant que « les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources »⁵ et que « le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements »⁶. Si les utilisateurs veulent accéder à des ressources génétiques *in situ*, ils doivent non seulement obtenir le consentement préalable du pays fournisseur mais également partager, selon des modalités mutuellement convenues, « les résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie contractante qui fournit ces ressources »⁷.

L'exemple le plus célèbre d'un tel partage des avantages est celui conclu entre l'entreprise pharmaceutique Merck et l'Instituto Nacional de Biodiversidad (INBio), un organisme mandaté par le gouvernement costaricain comme fournisseur de ressources génétiques. En échange de 10 000 échantillons puisés dans les forêts costaricaines et d'un droit exclusif sur ces ressources, Merck versa un peu plus d'un million de dollars à INBio et s'engagea à remettre une part des profits tirés de la commercialisation de produits développés à partir de ce matériel génétique⁸.

3. Cette vision binaire est, bien sûr, une simplification d'une réalité bien plus nuancée. Jean-Frédéric MORIN, *La Convention sur la diversité biologique : partage des avantages et respect de la propriété intellectuelle* (Montréal, Observatoire sur la génétique, 2003), disponible à l'adresse http://www.ircm.qc.ca/bioethique/obsngenetique/cadrages/cadr2003/c_no14_03/c_no14_03_03.html.

4. *Engagement international sur les ressources phytogénétiques* (Rome 5-23 novembre 1983).

5. *Convention sur la diversité biologique*, art. 2.

6. *Ibid.*, art. 15(1).

7. *Ibid.*, art. 15(7).

8. Ana SITTFELD et Rodrigo GAMEZ, « Biodiversity Prospecting by INBio », dans Walter REID *et al.*, *Biodiversity Prospecting : Using Genetic Resources for Sustainable Development*, USA, WRI, Costa Rica, INBio, USA Rainforest Alliance, Kenya, ACTS, 1993, p. 69-97.

Selon la logique de la *Convention sur la diversité biologique*, ce partage des avantages peut contribuer à la conservation des ressources génétiques pour trois raisons⁹. D'abord, on suppose que les fonds versés aux fournisseurs seront réinvestis dans la conservation. Ensuite, on espère que les utilisateurs transféreront également des technologies et que ces technologies pourront servir à la conservation. Enfin, on présume que les fournisseurs seront incités à conserver leurs ressources pour pouvoir les vendre à d'éventuels utilisateurs.

Mais alors que la *Convention sur la diversité biologique* a plus de dix ans, l'objectif de conservation par le partage des avantages n'est pas encore atteint. La recherche biotechnologique utilise toujours des ressources génétiques tirées directement des milieux naturels sans avoir obtenu préalablement l'autorisation des autorités compétentes. Plus encore, dans certains cas très médiatisés, les chercheurs se sont inspirés des savoirs traditionnels des communautés locales qui vivent près de ces ressources et qui, bien souvent, ont contribué à leur conservation ou même à leur évolution biologique. Ces comportements opportunistes, parfois qualifiés de « biopiraterie », ont soulevé une forte indignation dans les pays fournisseurs de ressources génétiques¹⁰.

Deux diagnostics ont été posés pour expliquer ce dysfonctionnement. Le premier se concentre sur la valeur des ressources génétiques *in situ*. Les espoirs placés dans le secteur biotechnologique au début des années quatre-vingt-dix auraient été largement surestimés et la contribution des communautés locales dans le processus de développement serait somme toute mineure, ce qui explique la faiblesse des retombées pour les fournisseurs¹¹. Le deuxième diagnostic met plutôt l'accent sur l'incomplétude et le manque d'effectivité du cadre multilatéral¹². Jusqu'à présent, les Parties à la *Convention sur*

9. Les arguments de cette rhétorique sont relevés notamment dans Shane MULLIGAN, « For Whose Benefit ? Limits to Sharing in the Bioprospecting Regime », *Environmental Politics*, vol. 8, n° 4, hiver 1999, p. 38.

10. Par exemple, voir Glenn WISER, *U.S. Patent and Trademark Office Reinstates Ayahuasca Patent*, Washington, Centre for International Environmental Law, Washington, 2001, disponible sur <http://www.ciel.org/Publications/PTODecisionAnalysis.pdf>.

11. David SIMPSON *et al.*, « Valuing Biodiversity for Use in Pharmaceutical Research », *Journal of Political Economy*, vol. 104, n° 1, 1996, p. 163-185.

12. Jean-Frédéric MORIN, « Les accords de bioprospection répondent-ils aux objectifs de la CDB », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol. 34, n° 1, novembre 2003, p. 308-343.

la diversité biologique ont retenu ce deuxième diagnostic et, pour y remédier, se sont récemment engagés à négocier un nouveau cadre de régulation sur le partage des avantages¹³.

Bien que la nature et la portée du nouveau cadre de régulation ne soient pas encore connues, il semble qu'il visera tout particulièrement les utilisateurs de ressources génétiques, comme les firmes biotechnologiques et les universités¹⁴. Jusqu'à présent, les efforts de régulation ont surtout été menés par les pays fournisseurs qui ont adopté des lois et règlements sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages. Or, ces pays fournisseurs, principalement des pays en développement, se plaignent de devoir supporter l'ensemble des coûts de mise en œuvre du régime international. En outre, les contrôles sur l'accès semblent insuffisants pour assurer un suivi sur les transferts internationaux de ressources génétiques.

Dans ce contexte, les parties à la *Convention sur la diversité biologique*, à leur conférence d'avril 2002, ont officiellement invité « les gouvernements à encourager la divulgation du pays d'origine des ressources génétiques dans les demandes d'octroi de droits de propriété intellectuelle [...], en tant que contribution possible au suivi du respect du consentement préalable donné en connaissance de cause et des conditions convenues d'un commun accord sur la base desquelles l'accès à ces ressources a été accordé »¹⁵. De cette façon, les fournisseurs de ressources génétiques pourraient plus facilement effectuer un suivi sur les transferts de ressources génétiques et identifier les contrevenants.

Bien entendu, la protection de l'environnement n'est pas la fonction première du système des brevets. D'un autre côté, bien que l'objectif de ce système soit de stimuler l'innovation, rien n'interdit qu'il s'ouvre accessoirement à d'autres objectifs. Après tout, il ne s'agit pas d'une vache sacrée mais d'un outil de politique publique comme les autres¹⁶. Le droit américain des brevets, par exemple,

13. *Plan d'application du Sommet mondial pour le développement* (Johannesburg, 4 septembre 2002), par. 44(0).

14. Sélim LOUAFI et Jean-Frédéric MORIN, *Gouvernance internationale de la biodiversité : Comment intégrer les utilisateurs de ressources génétiques*, Paris, Institut du développement durable et des relations internationales, disponible sur http://www.iddri.org/iddri/telecharge/syntheses/sy04_abs.pdf.

15. *Décision VI/24 : Accès et partage des avantages associés aux ressources génétiques* (Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, La Haye, 19 avril 2002), partie C, par. 1.

16. Centre for International Environmental Law, *Intellectual Property in the FTAA : Little Opportunity and Much Risk*, 2003, p. 1. Disponible sur http://www.ciel.org/Publications/IP_FTAA_Oct03.pdf.

reconnaît que la protection de l'environnement est un objectif transversal et prévoit des procédures d'examen accélérées pour les inventions qui contribuent à la protection de l'environnement¹⁷. En principe, donc, le droit des brevets pourrait être utilisé comme un moyen pour assurer le caractère effectif de la *Convention sur la diversité biologique*.

3. Les expériences de mise en œuvre

Un nombre croissant de pays utilisent la divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevets pour favoriser la mise en œuvre de la *Convention sur la diversité biologique*. Les premiers à avoir tenté cette expérience juridique sont les pays riches en diversité biologique *in situ*. Certains d'entre eux, soit l'Afrique du Sud, la Bolivie, le Brésil, la Chine, le Costa Rica, la Colombie, l'Équateur, l'Inde, l'Indonésie, le Kenya, le Mexique, la Malaisie, le Pérou, les Philippines et le Venezuela, ont même créé une coalition, celle des pays « méga-divers », et se sont engagés à promouvoir la divulgation de l'origine comme condition à la délivrance d'un brevet¹⁸.

Depuis quelques années, cette idée trouve un écho favorable, non seulement dans les pays fournisseurs de ressources génétiques mais également dans les pays qui utilisent ces ressources pour en faire des produits biotechnologiques. Le gouvernement suisse, par exemple, étudie la possibilité de modifier sa loi sur les brevets pour intégrer l'objectif de partage des avantages avec les fournisseurs de ressources génétiques¹⁹. Ainsi, les pays utilisateurs affichent de plus en plus leur détermination à mettre en œuvre la *Convention sur la diversité biologique* par le biais du droit des brevets. Après tout, l'utilisation durable et la conservation des ressources génétiques à l'échelle planétaire assurent une source d'intrants pour la recherche biotechnologique et répondent aux préoccupations environnementales des populations des pays du Nord. L'intérêt croissant des pays utilisateurs pour la divulgation de l'origine s'explique également par

17. United States Patent and Trademark Office, *Manual of Patent Examining Procedure*, 8^e éd., révisée en février 2003, section 708.02, par. 12.

18. *Declaration of Liked-minded Megadiverse countries* (Cancun, 18 février 2002), paragraphe h, disponible à l'adresse http://www.megadiverse.com/armado_ingles/PDF/three/three1.pdf.

19. Francois PYTHOUD, « Disclosure of Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge », présentation orale, *Roundtable on user measures and International ABS Governance*, 7 novembre 2003.

la volonté de ne pas abandonner le débat international aux pays fournisseurs et de jouer un rôle actif, au prix de quelques compromis, pour mieux défendre leurs intérêts.

Néanmoins, des distinctions importantes marquent les différents régimes nationaux. Une première distinction concerne la catégorie d'inventions soumises à l'exigence de divulgation. Certains, comme l'Union européenne, déterminent cette catégorie en se concentrant sur les caractéristiques de l'invention elle-même : « Si une invention porte sur une matière biologique d'origine végétale ou animale [...] »²⁰. D'autres, comme la Communauté andine, adoptent une perspective plus large en mettant l'accent sur le processus inventif : « Les inventions ayant été mises au point à partir de matières issues du patrimoine biologique et génétique ou des connaissances traditionnelles des communautés autochtones, afro-américaines ou locales [...] »²¹.

Ensuite, les régimes nationaux se distinguent selon le point d'ancrage retenu pour greffer l'obligation de divulguer l'origine de ressources génétiques. À ce sujet, une étude de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a identifié plusieurs éléments pertinents qui existent déjà dans le droit des brevets, comme l'exigence de divulguer suffisamment l'invention pour qu'elle puisse être réalisée par une personne du métier, l'exigence de fournir des informations sur l'état de la technique et l'exclusion des inventions contraires à l'ordre public et à la moralité²². Ces éléments du droit des brevets peuvent être aménagés pour servir de porte d'entrée à la divulgation obligatoire et systématique de l'origine des ressources génétiques. Par exemple, les procédures de l'office néo-zélandais ont été adaptées pour que l'exclusion de la brevetabilité des inventions contraires à l'ordre public et à la moralité permette d'exclure également les inventions mises au point à partir de matériel biologique appartenant aux Maoris sans que leur consentement ait préalablement été obtenu²³. Par ailleurs, au lieu d'utiliser ces entrées dans le droit des brevets, un pays pourrait également créer une nouvelle exigence, indépendante des conditions préexistantes à la brevetabilité.

20. Union européenne, *Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, considérant 27.

21. Comisión de la Comunidad Andina, *Decision 486 : Régimen Común sobre Propiedad Industrial* (2000), art. 3. Traduction libre.

22. OMPI, *Draft Technical Study on Disclosure Requirement related to Genetic Resources and Traditional Knowledge*,/GRTKF/IC/5/10, 2 mai 2003, par. 184.

23. *Ibid.*, par. 64.

C'est d'ailleurs la solution qui a été retenue par le Brésil, qui a adopté un décret provisoire pour imposer aux déposants de divulguer l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet²⁴.

Une troisième distinction entre les régimes nationaux concerne l'objet de la divulgation. Selon les termes d'un nouveau règlement danois, c'est le lieu géographique d'origine qui doit être divulgué²⁵. Un projet de loi norvégien, plus précis, exige de divulguer non pas le lieu d'origine mais le pays qui a fourni les ressources ainsi que le pays dans lequel il est possible d'accéder à ces ressources dans des conditions *in situ*²⁶. Le Costa Rica franchit un pas supplémentaire en imposant de fournir la preuve de l'origine des ressources génétiques et la preuve du consentement du fournisseur²⁷.

Enfin, les différents régimes nationaux se distinguent par les conséquences prévues en cas de non-respect²⁸. Certains pays ont adopté une approche minimale et ne font de la divulgation de l'origine qu'une exigence facultative pour le déposant. Par exemple, la directive européenne 98/44/CE stipule dans son préambule que « la demande de brevet devrait, le cas échéant, comporter une information concernant le lieu géographique d'origine de la matière [biologique d'origine végétale ou animale] »²⁹. À un niveau intermédiaire, d'autres pays rendent cette exigence obligatoire mais puisent à l'extérieur du droit des brevets les sanctions en cas de non-respect. Ainsi, le projet de loi norvégien prévoit que tout manquement à la divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes

24. Brésil, *Medida provisoria*, n° 2.186-16, 23 août 2001, art. 31.

25. Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonctions des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences régionales et nationales*, UNDP/CBD/WG-ABS/2/3, 20 octobre 2003, p. 23 (reg. 1086 11/12 2000), en ajoutant la disposition ci-après au paragraphe 3.

26. Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonctions des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences régionales et nationales*, UNDP/CBD/WG-ABS/2/3, 20 octobre 2003, p. 22.

27. Costa Rica, *Ley de Biodiversidad* (1998), art. 80.

28. Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Disclosure of origin and prior informed consent for applications of intellectual property rights based on genetic resources : a technical study of implementation issues*, UNEP/CBD/WG-ABS/2/INF/2, 27 septembre 2003, p. 13-14.

29. *Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques*, considérant 27.

de brevets sera sanctionné en vertu du code pénal³⁰. Enfin, à un niveau supérieur, le non-respect de l'exigence de divulgation peut être directement lié à la délivrance ou à la validité d'un brevet. Dans ce courant, la loi indienne, telle que modifiée en 2002, prévoit que l'absence de divulgation peut conduire à la révocation du brevet³¹. Toutefois, conformément au principe de l'indépendance des brevets, cette sanction ultime n'aura d'effet que sur le brevet délivré par les autorités indiennes.

4. Des négociations internationales polarisées

Les pays qui imposent la divulgation de l'origine craignent que cette exigence n'ait pas les effets attendus sur les conditions du partage des avantages si elle est adoptée unilatéralement. En d'autres termes, parce que les inventions biotechnologiques ne sont pas brevetées systématiquement dans tous les pays, il leur semble nécessaire d'adopter une norme internationale. Les débats sur la divulgation de l'origine ont ainsi rapidement été propulsés sur la scène internationale.

Le premier forum international spécialisé en droit de la propriété intellectuelle à s'être saisi de cette question est le *Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, créé en septembre 2000 par les membres de l'OMPI. Toutefois, certaines délégations se demandent ouvertement si ce comité est un forum adéquat puisqu'il n'a toujours pas le mandat de négocier un traité international³². Ils réorientent donc la question de la divulgation de l'origine vers des forums qui sont déjà engagés dans des négociations internationales.

Les négociations du récent *Traité sur le droit des brevets* (PLT) et du futur *Traité sur le droit matériel des brevets* (SPLT) ainsi que les révisions du *Traité de coopération de matière de brevet* (PCT) et de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce* (Accord sur les ADPIC) ont été autant d'occasions pour

30. Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonctions des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences régionales et nationales*, UNDP/CBD/WG-ABS/2/3, 20 octobre 2003, p. 22.

31. Inde, *Biological Diversity Act* (2002), art. 64.

32. « WIPO Split on Disclosure Requirements », *Bridges*, vol. 8, n° 4, avril 2004, p. 22.

soumettre des propositions concrètes de dispositions sur la divulgation de l'origine. Certaines d'entre elles visent à rendre la divulgation de l'origine obligatoire dans tous les pays. Par exemple, dans une communication du 24 juin 2002, la Mission permanente du Brésil à l'Organisation mondiale du commerce (OMC), au nom des délégations brésilienne, chinoise, cubaine, dominicaine, équatorienne, indienne, pakistanaise, thaïlandaise, vénézuélienne, zambienne et zimbabwéenne, a proposé cet amendement à l'*Accord sur les ADPIC* :

Les Membres exigeront de tout demandeur d'un brevet portant sur du matériel biologique ou des savoirs traditionnels comme condition à l'obtention des droits de brevet :

- i) qu'il divulgue la source et le pays d'origine de la ressource biologique et des savoirs traditionnels utilisés dans l'invention ;
- ii) qu'il apporte la preuve du consentement préalable donné en connaissance de cause par le biais de l'approbation par les autorités conformément aux régimes nationaux pertinents ; et
- iii) qu'il apporte la preuve du partage juste et équitable des avantages conformément au régime national du pays d'origine.³³

D'autres propositions, plus modestes, visent à résoudre l'épineux problème de la compatibilité entre l'obligation de divulguer l'origine des ressources et les obligations prévues dans les traités multilatéraux existants³⁴. Ainsi, la Suisse s'est récemment prononcée en faveur d'une modification du règlement d'exécution du *Traité de coopération en matière de brevets* de manière à donner expressément aux parties contractantes la possibilité d'exiger des déposants

33. Organisation mondiale du commerce, *Relations entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels*, IP/C/W/356, 24 juin 2002, p. 1.

34. David Vivas EUGUI, « Requiring the Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Traditional Knowledge : the Current Debate and Possible Legal Alternatives », dans Christophe BELLMANN, Graham DUTFIELD et Ricardo MELÉNDEZ-ORTIZ (dir.), *Trading in Knowledge, Development Perspectives on TRIPS, Trade and Sustainability*, Londres, Earthscan, 2003 p. 201-202 ; Nuno PIRES DE CARVALHO, « Requiring Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent in Patent Applications Without Infringing The TRIPS Agreement : The Problem and the Solution », *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 2, 2000, p. 371-401.

qu'ils déclarent la source des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels lorsqu'une invention repose sur de tels savoirs ou ressources³⁵.

Toutefois, les États-Unis s'opposent fermement à cette approche environnementale du droit des brevets. De ce fait, ils relaient l'opinion exprimée par la Biotechnology Industry Organization : « Such special requirements, if unchallenged, will allow country to deny our patent applications on grounds unrelated to the merits of the invention, and they will allow our competitors to mount unjustified attacks on our patents »³⁶. Attentive à ces préoccupations de l'industrie, la délégation américaine à l'OMC a sévèrement condamné l'idée d'imposer la divulgation de l'origine des ressources génétiques, en soulignant que les effets négatifs ne se limiteraient pas aux États-Unis : « Imposer à tous les déposants des exigences additionnelles ne ferait qu'augmenter le coût d'obtention d'un brevet, ce qui pénaliserait au premier chef les inventeurs individuels, les entités à but non lucratif et les petites et moyennes entreprises, dont celles des pays en développement »³⁷. Dès lors, les États-Unis demeurent opposés à l'idée de modifier les traités pour autoriser expressément les États à imposer la divulgation de l'origine.

Dans leurs récents traités de libre-échange, les États-Unis ont inclus une disposition qui a pour effet d'interdire l'obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques pour satisfaire à la condition de divulgation suffisante de l'invention. En effet, les traités conclus en 2004 avec l'Australie, le Maroc et les pays d'Amérique centrale prévoient que la divulgation d'une invention doit être jugée suffisante si elle permet à une personne du métier de la fabriquer et de l'utiliser sans expérimentation indue³⁸. Cette norme plafond à la condition de divulgation suffisante limite donc la capacité de l'Australie, du Maroc et des pays d'Amérique centrale à imposer la divulgation de l'origine des ressources génétiques.

35. Suisse, *L'article 27:3B) La relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels*, IP/C/W/400/Rev1, 18 juin 2003, 28 p.

36. Lettre de Carl Feldbaum, président de la Biotechnology Industry Organization, à Robert Zoellick, United States Trade Representative, 29 janvier 2003, p. 2. Disponible à l'adresse <http://www.bio.org/ip/action/20030129.pdf>.

37. États-Unis d'Amérique, *Review of the Provisions of Article 27.3(b)*, OMC, IP/C/W/162, Oct. 29, 1999, p. 6.

38. Projet de traité de libre-échange entre les États-Unis et les pays d'Amérique centrale, art. 15(9)(9) ; Projet de traité de libre-échange entre les États-Unis et le Maroc, art. 15(9)(10) ; Projet de traité de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie, art. 17(9)(11). Disponibles à l'adresse www.ustr.gov.

5. Les difficultés pratiques de la divulgation de l'origine

Les premières lois sur la divulgation de l'origine n'étant en vigueur que depuis quelques mois, il est encore trop tôt pour évaluer empiriquement la capacité de cette mesure à atteindre effectivement ses objectifs. Néanmoins, plusieurs préoccupations ont été formulées à ce sujet, que ce soit par des autorités gouvernementales, des organisations internationales, des firmes biotechnologiques ou par des universitaires.

Certains craignent que la divulgation obligatoire de l'origine des ressources génétiques représente des coûts supplémentaires pour l'industrie³⁹. Si les coûts nécessaires à l'obtention d'un brevet augmentent, l'industrie biotechnologique pourrait choisir de protéger ses inventions par des secrets commerciaux. Dès lors, l'obligation de divulguer l'origine se traduirait par une réduction de la transparence du processus de recherche et développement, ce qui serait contraire à l'objectif recherché. Toutefois, ce scénario semble peu probable, et ce, pour deux raisons. Premièrement, le coût relatif à la divulgation de l'origine sera vraisemblablement faible puisqu'il s'agit d'une information scientifique simple et factuelle, voire nécessaire pour décrire l'invention. Selon une étude commandée par le Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, la grande majorité des demandes de brevet pour des inventions utilisant du matériel biologique précisent d'elles-mêmes l'origine de ce matériel⁴⁰. Deuxièmement, il est improbable que l'industrie biotechnologique se tourne vers les secrets commerciaux. La capacité d'imitation étant élevée dans ce secteur, l'industrie biotechnologique demeure fortement dépendante du système de brevet pour protéger ses inventions.

D'autres analystes craignent que la divulgation de l'origine entraîne des coûts supplémentaires pour les offices de brevet⁴¹. Dans un contexte d'accroissement exponentiel du nombre de demandes,

39. États-Unis d'Amérique, *Review of the Provisions of Article 27.3(b)*, IP/C/W/162, 29 octobre 1999, p. 6.

40. Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, *La Convention sur la diversité biologique et l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle liés au commerce (TRIPS) : relations et synergies*, UNEP/CBD/COP/3/23, 5 octobre 1996, p. 19.

41. Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Disclosure of origin and prior informed consent for applications of intellectual property rights based on genetic resources : a technical study of implementation issues*, UNEP/CBD/WG-ABS/2/INF/2, 27 septembre 2003, p. 41.

ces offices sont déjà surchargés de travail et une exigence supplémentaire hypothéquerait la qualité des examens et en prolongerait les délais. En outre, les examinateurs de brevets ne seraient pas nécessairement compétents pour retracer l'origine des ressources génétiques afin de vérifier l'exactitude de la divulgation. Toutefois, ces craintes sont non fondées puisque, pour que la divulgation de l'origine atteigne son objectif, il n'est pas nécessaire que l'office des brevets soit chargé de vérifier l'exactitude de la divulgation.

Si les inquiétudes relatives aux coûts de la mesure nous laissent sceptique, celles relatives à la capacité réelle des acteurs nous paraissent plus présentes. Par exemple, il semble que les utilisateurs ne soient pas toujours capables d'identifier avec certitude le pays d'origine des ressources génétiques utilisées⁴². Les ressources génétiques transigent souvent par plusieurs intermédiaires, si bien que les gestionnaires de collections *ex situ* ignorent l'origine exacte d'une part non négligeable de leurs propres ressources génétiques⁴³. Ce problème est réel mais ne constitue pas un obstacle fondamental. La Norvège en a tenu compte dans son projet de loi, qui exige des déposants qui ne connaissent pas le pays d'origine d'en faire état spécifiquement dans leur demande de brevet⁴⁴.

Alors que la capacité des utilisateurs à divulguer l'origine des ressources génétiques est limitée par un manque d'information, la capacité des fournisseurs à assurer un suivi sur les transactions est réduite par une surabondance d'information. En effet, en considérant que des centaines de milliers de demandes de brevet sont déposées chaque année aux États-Unis seulement, l'analyse et le suivi des transactions de ressources génétiques par les demandes de

42. Chambre de commerce internationale, *Should patent applicants disclose the origin of biological materials on which they file patents ? Should they demonstrate Prior Informed Consent (PIC) for their use ?*, 450/941, avril 2002, disponible à l'adresse <http://www.iccwbo.org/biosociety/mainpages/topics/abs/documents/icc-pic.pdf> ; CRUCIBLE II Group, *Seeding Solutions, Options for National Law Governing Control Over Genetic Resources and Biological Innovations*, Canada, Italie, Suisse, International Development Research Center, International Plant Genetic Resources Institute, Dag Hammarskjöld Foundation, 2001, p. 209.

43. Food and Agriculture Organization of the United Nations, *The State of the World's Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, Rome, FAO, 1997, p. 122.

44. Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonctions des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences régionales et nationales*, UNDP/CBD/WG-ABS/2/3, 20 octobre 2003, p. 22.

brevet constitueront une tâche colossale. Pour pallier ce sérieux problème, la Commission européenne a récemment proposé que les offices de brevet communiquent au centre d'échange du Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique toutes les déclarations révélant l'origine de ressources génétiques ou de savoirs traditionnels⁴⁵. L'information pourrait ainsi être plus facilement répertoriée et diffusée.

Par ailleurs, même si les fournisseurs ne parviennent pas à démasquer tous les comportements opportunistes en épluchant les demandes de brevet, on peut penser que l'obligation de divulguer l'origine dissuaderait de tels comportements. À tout le moins, cette obligation aurait comme effet indirect de sensibiliser « la communauté des brevets » à la *Convention sur la diversité biologique* et à son objectif de partage des avantages. Il s'agirait déjà d'un pas significatif puisque plusieurs utilisateurs de ressources génétiques, que ce soit des centres universitaires ou des firmes biotechnologiques, ne se sentent toujours pas interpellés par les débats relatifs à la *Convention sur la diversité biologique*. Or, le régime international du partage des avantages ne peut être effectif que si les utilisateurs de ressources génétiques y participent pleinement.

6. Conclusion : pour l'élaboration d'une politique canadienne

Un nombre croissant de pays envisagent d'imposer la divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet pour améliorer les conditions du partage des avantages. Mais alors que la Commission européenne propose d'intégrer cette norme en droit communautaire⁴⁶ et que la Suisse propose d'amender en ce sens le Traité de coopération en matière de brevets⁴⁷, le Canada n'a pas encore pris position publiquement.

45. Commission des communautés européenne, *Mise en œuvre par la Communauté européenne des lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent au titre de la Convention sur la diversité biologique*, Sec(2003)1455, 23 décembre 2003, p. 21.

46. Commission des communautés européenne, *Mise en œuvre par la Communauté européenne des lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent au titre de la Convention sur la diversité biologique*, Sec(2003)1455, 23 décembre 2003, p. 20.

47. Suisse, *L'article 27:3B) La relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la diversité biologique et la protection des savoirs traditionnels*, IP/C/W/400/Rev1, 18 juin 2003, 28 p.

Pourtant, au Sommet de Johannesburg sur le développement durable, le gouvernement du Canada a reconnu que « dorénavant, nous porterons une attention soutenue [au] troisième objectif de la *Convention sur la diversité biologique*, soit l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages résultant de leur utilisation »⁴⁸. De même, le projet de *Stratégie québécoise sur la diversité biologique 2002-2007* prévoit une intensification des efforts pour atteindre l'objectif du partage des avantages puisque « celui-ci a été peu considéré dans la Stratégie québécoise de 1996 »⁴⁹.

Nous avons soumis quelques pistes qui peuvent guider une réflexion sur la politique canadienne relative à la divulgation de l'origine. De façon générale, il nous semble que cette divulgation pourrait faciliter le suivi des transferts de ressources génétiques et ainsi contribuer à l'atteinte de l'objectif du partage des avantages. Cette solution est toutefois limitée par la capacité des utilisateurs à identifier l'origine des ressources génétiques et par la capacité des fournisseurs à décortiquer toutes les demandes de brevet. Ainsi, le gouvernement canadien devrait également envisager des instruments complémentaires, comme les certificats d'origine, pour améliorer des conditions de suivi des transferts de ressources génétiques⁵⁰. Quelle que soit l'orientation de cette politique, il nous semblerait judicieux que le Canada, pays à la fois fournisseur et utilisateur de ressources génétiques, l'exprime publiquement, avant que les débats internationaux sur cette question ne soient clos.

48. Gouvernement du Canada, *Le Canada et le développement durable*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 2002, p. 72. Disponible à l'adresse http://www.canada2002earthsummit.gc.ca/canada_at_wssd/canadian_perspective_f.pdf.

49. Gouvernement du Québec, *Stratégie québécoise sur la diversité biologique 2002-2007*, Québec, Gouvernement du Québec, 2002. Disponible à l'adresse http://www.menv.gouv.qc.ca/biodiversite/strateg_02-07/chap-1-2.htm#2-3.

50. Voir chapitre de Vivas dans ICTSD, p. 197.