

Vol. 35, n° 3

Les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques : une protection qui file entre les droits

Loïc Peyen*

RÉSUMÉ	505
INTRODUCTION	507
I- LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS PAR LES DROITS	512
A- La reconnaissance de droits	512
B- Le cantonnement des droits	515
II- LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS SANS LES DROITS	518
A- Le conditionnement des droits	518
B- Le contournement des droits	522
CONCLUSION.....	525

© CIPS 2023.

* Maître de conférences en droit public, Université Toulouse Capitole, IEJUC.
[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

RÉSUMÉ

La protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques se situe à la croisée des chemins entre les droits, entre les droits subjectifs et le droit objectif, mais aussi entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de l'environnement. Souvent étudiée sous l'un de ces angles seulement, la présente contribution entend au contraire mettre en relation ces différentes dimensions pour voir si elles entrent en résonance ou non. Or, il s'avère que la protection des savoirs est affaiblie par la multiplication des approches qui, certes incontournables, s'ignorent ou se malmènent.

MOTS-CLÉS

Savoirs traditionnels – Ressources génétiques – Biopiraterie –
Protocole de Nagoya – Communautés autochtones – APA

INTRODUCTION

Les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques sont précieux, non seulement pour les communautés autochtones et locales, mais aussi pour l'humanité tout entière. En renseignant sur les propriétés du monde vivant, ils constituent de véritables clés de lecture et d'appréhension des ressources naturelles entourant les communautés autochtones. De ce fait, ils peuvent contribuer à d'innombrables progrès technologiques dans plusieurs domaines : alimentaire, agroalimentaire, sanitaire, phytosanitaire, etc. Ces potentialités expliquent l'attention qui leur est accordée au niveau international. Ainsi, en 1992, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement¹ affirme que « les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles » (principe 22). Plus récemment, la *Stratégie de l'Organisation mondiale de la Santé pour la médecine traditionnelle pour 2014-2023* a rappelé leur intérêt dans le domaine de la santé et a invité à mieux les promouvoir et à les intégrer aux systèmes nationaux de santé. Ces perspectives, aussi réjouissantes qu'elles puissent être, attisent toutefois un certain nombre de convoitises, qui menacent *in fine* les savoirs et les communautés qui les détiennent.

Premièrement, ces savoirs peuvent être source de découvertes pour la science « occidentale » ou « moderne » – pour peu que soit accepté l'axiome selon lequel il y a une dichotomie entre les savoirs « traditionnels » et les savoirs « modernes ». Dans ce cas, cet enrichissement permet le développement de « technologies innovantes » *lato sensu*. Deuxièmement, comme boussoles, ces savoirs peuvent accélérer le développement de la science occidentale en orientant les activités de recherche et de développement ; mettant ainsi en lumière telle ou telle propriété du vivant, tel usage ou tel intérêt, elles génèrent des économies substantielles en termes de temps ou de moyens,

1. Adoptée le 14 juin 1992, tirée de Nations Unies, *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement. Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992*, vol. 1, New York, Nations Unies, 1993, doc. A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I).

notamment financiers, alloués à ces activités. Troisièmement, les produits issus de ces activités peuvent générer de solides retombées économiques, entraînant subséquemment des économies d'échelles pour les entités qui en sont à l'origine. En une phrase : payer moins pour produire plus. En plus de contribuer à la satisfaction de l'intérêt général, les savoirs traditionnels peuvent donc également faire le bonheur des intérêts privés.

Mais à quel prix ?

Cette « contribution » des savoirs traditionnels est-elle pour autant exemptée de reconnaissance, voire de contrepartie, pour les communautés qui les ont développés ? Plus simplement encore, cette utilisation est-elle seulement « libre », délestée de toute obligation, comme si les savoirs traditionnels n'étaient que des *res nullius* ? Rien n'est moins sûr.

L'emblématique Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones², qui n'a pas de valeur contraignante, affirme clairement que les peuples autochtones « ont le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que les manifestations de leurs sciences, techniques et culture, y compris leurs ressources humaines et génétiques, leurs semences, leur pharmacopée, leur connaissance des propriétés de la faune et de la flore, leurs traditions orales, [...] » (art. 31, §1). Elle ajoute qu'« ils ont également le droit de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles ». Dès lors, utiliser ces savoirs sans l'assentiment des communautés reviendrait à porter atteinte à leurs droits culturels, à leur identité, voire à nier leur existence même. Cela explique la volonté, au niveau international, de protéger ces savoirs ainsi que les communautés, notamment dans une perspective patrimoniale³. Mais la pratique reste en deçà de ces exigences et l'utilisation des savoirs traditionnels ne respecte pas toujours ce cadre.

Le seul fait pour ces savoirs traditionnels et ces communautés de contribuer aux avancées scientifiques ne saurait être une contre-

2. Résolution 61/295 de l'AGNU du 13 septembre 2007, « Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones ».

3. Voir notamment la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel, Paris, 17 octobre 2003, *RTNU*, vol. 2368, p. 3, n° 42671 ainsi que la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, Paris, 20 octobre 2005, *RTNU*, vol. 2440, p. 311, n° 43977.

partie satisfaisante et le signe d'une reconnaissance appropriée. Plus encore : lorsque ces savoirs contribuent à l'enrichissement direct d'une entité, quelle qu'elle soit, est-il vraiment tolérable que cette dernière soit la seule à profiter des bénéfices tirés de l'utilisation de ces savoirs ? Et en cas de publication scientifique par exemple, ne faudrait-il pas mentionner ces communautés comme coauteurs de l'étude ou, *a minima*, mentionner leur rôle en la matière ? Il n'y a aucune bonne réponse : la seule valable réside sans doute dans la capacité de ces communautés d'être en mesure de choisir si elles souhaitent obtenir un partage de ces avantages et, le cas échéant, de choisir lesquels. Parfois, la situation est plus pernicieuse : il arrive que l'utilisation des savoirs traditionnels donne lieu à une « invention » – produit ou procédé –, au sens de la science moderne, juridiquement protégée par un brevet, qui est un titre de propriété intellectuelle aux termes de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ci-après « AADPIC »)⁴ (art. 27 et s.). Or, l'octroi d'un brevet confère à son titulaire un certain nombre de prérogatives exclusives (AADPIC, art. 28) qui affectent les droits d'usage des tiers : maître de son invention, ce titulaire dispose ainsi du pouvoir de limiter la disposition, l'utilisation ou encore la circulation de l'objet protégé. Et, lorsqu'il est question d'invention issue de près ou de loin de savoirs traditionnels, l'octroi d'un tel droit sur une innovation a pour conséquence inéluctable de limiter l'usage des savoirs traditionnels qui, souvent englobés dans l'invention qui les traduit, sont alors apparentés à une sorte de « contrefaçon » de l'invention. En d'autres termes, du fait du droit de la propriété intellectuelle, des communautés à l'origine de savoirs traditionnels ayant contribué à la naissance d'une invention deviennent à terme étrangères à leurs propres savoirs, dans leur version « moderne », comme si elles lui étaient étrangères. Tout ceci, donc, dans le respect du cadre légal qui révèle de sérieuses failles⁵. Ces actes, qui relèvent de ce qui est dénommé « biopiraterie »⁶ ou « biopiratage », s'expriment au travers de nombreux exemples (*ayahuasca*, *curcuma longa*, *hoodia*, *neem*, entre autres⁷).

4. Marrakech, 15 avril 1994, *RTNU*, vol. 1867, p. 3, n° 31874, annexe 1c.

5. Choralyne DUMESNIL, « Les savoirs traditionnels médicaux pillés par le droit des brevets ? », *RIDE*, t. XXVI, 2012/3, p. 321-343.

6. Loïc PEYEN, *Droit et biopiraterie. Contribution à l'étude du partage des ressources naturelles*, L.G.D.J., 2018.

7. Pour plusieurs exemples : Clara DELPAS, *Chroniques de la biopiraterie. Du pillage au partage ?*, Omniscience, 2012 ; Pierre William JOHNSON, *Biopiraterie. Quelles alternatives au pillage des ressources naturelles et des savoirs ancestraux ?*, Charles Léopold MAYER, 2011 ; Vandana SHIVA, *La biopiraterie. Ou le pillage de la nature et de la connaissance*, ALiAS etc., 2002.

Plus précisément, la biopiraterie correspond à un accaparement de ressources. Elle peut être définie comme « l'appropriation illégitime par un sujet, notamment par voie de propriété intellectuelle parfois de façon illicite, de ressources naturelles, et/ou éventuellement de ressources culturelles en lien avec elles, au détriment d'un autre sujet »⁸. Même si elle est mal documentée, elle constitue depuis quelques années un vrai problème pour les communautés autochtones, notamment dans leur relation avec le monde allochtone, compte tenu des exigences élémentaires s'attachant au pluralisme juridique. Cela explique la création en 2000⁹, au sein de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), d'un Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (plus connu sous le nom de « IGC » pour « Intergovernmental Committee »), très actif et constant en la matière¹⁰.

Pour protéger ces communautés, deux approches sont classiquement retenues : une approche « défensive » et une approche « positive ». La première est définie comme « un ensemble de stratégies visant à empêcher l'obtention de droits illégitimes ou infondés en matière de propriété intellectuelle sur les savoirs ou les expressions de la culture traditionnelle et les ressources génétiques qui s'y rapportent »¹¹. La seconde, quant à elle, davantage plébiscitée par les communautés autochtones¹², est « fondée sur la revendication concrète de droits »¹³ : il s'agit de permettre aux détenteurs de savoirs traditionnels de recourir à des droits particuliers pour se protéger. Ces deux approches sont complémentaires : « la protection défensive ne se substitue en aucun cas à la protection positive et ne doit pas être confondue avec l'acquisition et l'exercice actifs de droit sur le matériel protégé. Elle vise uniquement à empêcher des tiers d'obtenir des droits de propriété intellectuelle et n'empêche pas, en soi, des tiers

8. Loïc PEYEN, *Droit et biopiraterie. Contribution à l'étude du partage des ressources naturelles*, op. cit., p. 12.
9. OMPI, *Questions concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore*, 25 août 2000, doc. WO/GA/26/6.
10. Travaux accessibles en ligne : <<https://www.wipo.int/tk/fr/igc/>>. La dernière session, la 47^e, s'est tenue à Genève en Suisse, du 5 juin au 9 juin 2023, en ligne : <https://www.wipo.int/meetings/fr/details.jsp?meeting_id=75419>.
11. IGC, *Synthèse et résultats des activités du comité intergouvernemental*, 3 avril 2003, doc. WIPO/GRTKF/IC/5/12, p. 13, point 28.
12. IGC, *Actualisation de l'étude technique des principales questions relatives à la propriété intellectuelle soulevées dans les projets d'instruments de l'OMPI sur les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et les expressions culturelles traditionnelles du point de vue des droits des peuples autochtones*, 21 mars 2023, doc. WIPO/GRTKF/IC/47/INF/8.
13. *Id.*, p. 9, point 21.

d'utiliser ce matériel »¹⁴. La protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques contre la biopiraterie n'emprunte pas un autre chemin et s'inspire de l'une et de l'autre de ces approches : il est tantôt question de l'octroi de droit, tantôt question d'autres moyens de protection.

En outre, la problématique est polarisée autour de deux branches du droit : alors que l'aspect « innovation » fait intervenir le droit de la propriété intellectuelle, l'aspect « patrimoine culturel lié aux ressources naturelles » a trait au droit de l'environnement, et plus précisément à un certain nombre de grands instruments : la Convention sur la diversité biologique (CBD)¹⁵ et son protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la Convention sur la diversité biologique¹⁶, le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPAA)¹⁷ et, plus récemment, l'Accord se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer¹⁸ et portant sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale (Accord BBNJ)¹⁹. La protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques est par conséquent un sujet extrêmement complexe qui pourrait être analysé au travers de l'un ou de l'autre de ces prismes, comme c'est le cas habituellement, surtout dans le champ de la propriété intellectuelle²⁰. Mais c'est justement cet entremêlement des droits et cette complexité qui donnent au sujet tout son intérêt et sa profondeur.

Il se trouve justement que le nombre ne fait pas la qualité.

Cette protection des savoirs est extrêmement perfectible, car s'il peut y avoir des complémentarités entre ces branches du droit, il y a aussi des concurrences, voire des divergences. Cette imperfection

14. IGC, *Mesures de protection défensive relatives à la propriété intellectuelle, aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels : mise à jour*, 15 décembre 2003, doc. WIPO/GRTKF/IC/6/8, p. 2, point 3.

15. Rio de Janeiro, 5 juin 1992, *RTNU*, vol. 1760, p. 79, n° 30619.

16. Nagoya, 29 octobre 2010 (tiré des *Décisions adoptées par la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique*, X/1, 27 oct. 2011, doc. UNEP/CBD/COP/DEC/X/1).

17. Rome, 3 novembre 2001, *RTNU*, vol. 2400, p. 303, n° 43345.

18. Montego Bay, 10 décembre 1982, *RTNU*, vol. 1834, p. 3, n° 31363.

19. Assemblée générale des Nations unies, 19 juin 2023, doc. A/CONF.232/2023/4.

20. Pour un état des lieux récents des insuffisances en la matière : IGC, *La protection des savoirs traditionnels : projet actualisé d'analyse des lacunes*, 21 mars 2023, doc. WIPO/GRTKF/IC/47/8.

ressort des deux voies choisies pour protéger ces savoirs qui, par entrelacs et entrecroisements, oscillent entre protection par la reconnaissance de droits intellectuels (I) et protection sans reconnaissance de droits intellectuels (II).

I- LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS PAR LES DROITS

Les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques sont protégés par le droit de l'environnement par un mécanisme d'Accès et de Partage des Avantages (dit « APA »), qui équivaut en réalité à la reconnaissance implicite de droits intellectuels aux communautés autochtones et locales (A). Le problème, toutefois, est que ces droits restent cantonnés au champ environnemental puisque ce mécanisme d'APA n'affecte pas, ou quasiment pas, le droit des brevets (B).

A- La reconnaissance de droits

Les textes du droit de l'environnement – Convention sur la diversité biologique, Protocole de Nagoya, TIRPAA, Accord sur la préservation de la biodiversité marine au-delà des juridictions nationales – instaurent tous, et relativement à leur champ d'application, un mécanisme d'APA applicable en premier lieu aux ressources génétiques et, en second lieu, aux ressources culturelles. Le principe est le suivant : toute entité souhaitant accéder à des ressources et les utiliser doit respecter la volonté des entités liées à ces ressources – États ou communautés autochtones et locales, selon le cas. Concrètement, cela signifie qu'il est nécessaire d'obtenir l'autorisation de ces dernières et de négocier avec elles les conditions de leur utilisation ainsi que les modalités de partage des avantages en découlant, le tout étant consigné dans un contrat. Il ressort de cela une logique de type « gagnant-gagnant », conçue pour être vertueuse : l'utilisation de ces ressources est permise dans l'intérêt général en même temps que les entités liées aux ressources sont confortées et leurs droits renforcés. Ce faisant, en posant le cadre d'un partage juste et équitable, le dispositif permet de confronter la biopiraterie. Appréhendé sous l'angle des savoirs traditionnels et des communautés autochtones et locales, il est même possible d'affirmer que l'APA va plus loin.

Depuis ses débuts, en effet, le mécanisme accorde une importance singulière aux savoirs traditionnels. La Convention sur la

diversité biologique reconnaît ainsi « qu'un grand nombre de communautés locales et de populations autochtones dépendent étroitement et traditionnellement des ressources biologiques sur lesquelles sont fondées leurs traditions » et entend, à ce titre, « assurer le partage des avantages découlant de l'utilisation des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles intéressant la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments » (préambule, consid. 12). Plus loin, elle encourage la protection et l'utilisation coutumière des ressources biologiques conformément aux pratiques culturelles (art. 10, c) ainsi que le partage des informations en ce sens (art. 17, §2 et art. 18, §4) ; surtout, elle invite les États à « respecte[r], préserve[r] et maint[enir] les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise[r] l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage[r] le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques » (art. 8, j). La même dynamique se retrouve dans son protocole de Nagoya, qui reconnaît timidement un droit pour ces communautés « d'identifier les détenteurs légitimes de leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques au sein de leurs communautés » (préambule, consid. 24). Plus précis que le texte de 1992, il souhaite « que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation de ces communautés autochtones et locales » (art. 7) et qu'il y ait un « partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques avec les communautés autochtones et locales détentrices de ces connaissances », lequel est soumis aux conditions convenues d'un commun accord (art. 5, §5). Il en est de même des savoirs relatifs aux ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, dont la protection est encouragée (art. 9, §2, a) et pour lesquels il est reconnu aux agriculteurs, parmi lesquels figurent les communautés locales et autochtones (art. 9, §1), « le droit de participer équitablement au partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture » (art. 9, §2, b). Enfin, et c'est dire la constance de cette préoccupation, il a été expressément mentionné l'intérêt de faire en sorte que « les connaissances traditionnelles détenues par les peuples autochtones et les communautés locales et associées aux ressources génétiques marines dans les zones ne relevant pas de la

juridiction nationale ne soient accessibles qu'avec le consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause, desdits peuples autochtones et communautés, ou leur approbation et leur participation » (art. 13).

Malgré de relatives différences, ces textes disent la même chose : l'accès aux savoirs traditionnels doit être conditionné à l'accord des communautés concernées et leur utilisation doit donner lieu à un partage juste et équitable avec ces communautés, et selon des modalités négociées avec elles. Plus encore : au-delà de l'approche défensive, il serait possible de voir dans ces exigences une approche positive qui se traduirait par la reconnaissance au bénéfice de ces communautés d'un pouvoir de maîtrise de leurs savoirs traditionnels. Ce faisant, ces prérogatives reconnues correspondraient à la reconnaissance de *droits intellectuels innommés* : c'est-à-dire des droits portant sur une chose immatérielle et permettant à leur titulaire d'en disposer, et ce, sans même qu'ils soient reconnus explicitement ainsi par les textes qui leur assignent tout de même un contenu élémentaire. Mécanisme d'APA et droits intellectuels seraient en quelque sorte les deux faces d'une même pièce : l'un exprimant une approche objective pour une protection défensive, l'autre retenant une approche subjective pour une protection également positive. Dans les deux cas, la protection des savoirs est rendue possible, y compris, en théorie, dans le champ de la propriété intellectuelle.

Et pour cause : le mécanisme d'APA participe à la définition du régime juridique des innovations obtenues à partir de l'utilisation de ces savoirs. En effet, ces innovations sont possibles grâce à l'accès aux savoirs et ils en constituent une utilisation : ainsi, en tant qu'avantage découlant de cette utilisation, leur statut est en partie déterminé par les conditions d'accès et d'utilisations établies par/avec les communautés autochtones et locales. Cela inclut, par voie de conséquence, la faculté pour cette innovation d'être protégée par un brevet, dont la titularité aura également pu être négociée en amont, et, de façon générale, les conditions de cette brevetabilité. Les droits intellectuels innommés se saisissent donc du droit des brevets et l'incluent, de sorte à limiter les effets éventuellement délétères de ce dernier à leur égard. C'est la raison pour laquelle le Protocole de Nagoya mentionne parmi les avantages à partager, entre autres, une copropriété des droits de propriété intellectuelle pertinents (voir son annexe).

Le problème, néanmoins, est que ces droits restent cantonnés à leur champ d'origine : le droit de l'environnement. En effet, si ce dernier intègre les droits des brevets, l'inverse n'est pas vrai, ce qui

limite la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques.

B- Le cantonnement des droits

Si l'idée selon laquelle le mécanisme d'APA reconnaît effectivement des droits intellectuels au bénéfice des communautés pourrait être remise en cause, il est en revanche indéniable qu'il constitue un outil important de la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques. Preuve en est, s'il en est besoin, de la façon dont il intègre les questions de propriété intellectuelle. Cependant, parce que le droit de l'environnement et le droit de la propriété intellectuelle reposent sur deux *corpus* différents, la protection des savoirs ne peut se faire de façon optimale que si les deux retiennent des logiques d'intégration similaires, ce qui est loin d'être le cas de la propriété intellectuelle. Ignorant le droit de l'environnement, et s'intéressant davantage à l'invention qu'à son origine, le droit des brevets ne reconnaît pas véritablement l'APA et, chemin faisant, les droits intellectuels des communautés autochtones et locales.

L'AADPIC, à titre principal, ne mentionne aucunement les savoirs traditionnels, les communautés ou un quelconque instrument du droit de l'environnement, alors même qu'il est contemporain de la Convention sur la diversité biologique. Les trois conditions requises pour la brevetabilité (nouveau, activité inventive et application industrielle : AADPIC, art. 27, §1) restent hermétiques à ce sujet (s'agissant de la nouveauté, toutefois, voir *infra*) et les possibilités d'exclusion de la brevetabilité (en particulier l'ordre public et la moralité) sont bien trop malléables pour inclure avec certitude l'APA. Le contentieux lié à la *quassia amara* (aussi connu sous le nom de « couachi » ou « quinine de Cayenne »)²¹, qui est une plante originaire de Guyane, en France, devant l'Office européen des brevets (OEB)²², le montre bien.

Dans cette affaire, en résumé, des chercheurs d'un institut public de recherche avaient effectué des recherches portant sur le paludisme avec l'aide des populations locales, lesquelles les avaient orientés vers le couachi, qu'ils utilisaient à cette fin. Après plusieurs

21. Documents et informations accessibles en ligne : <<https://register.epo.org/application?number=EP10734771&lng=en&tab=doclist>>.

22. Qui fait application de la Convention sur la délivrance de brevets européens du 5 octobre 1973 tel que révisé par l'acte portant révision de l'article 63 de la CBE du 17 décembre 1991 et l'acte portant révision de la CBE du 29 novembre 2000.

années de recherche, l'institut parvint à isoler une molécule active pour le traitement du paludisme, la simalikalactone E (SK E), sur laquelle ils obtinrent un brevet en 2015²³. Une fondation contesta ce brevet en invoquant notamment le non-respect de la procédure d'APA et, par conséquent, des droits intellectuels des communautés guyanaises ; il serait de ce fait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'Office rejeta l'argument en 2018, pour deux raisons principales : en premier lieu, sa compétence se limite à examiner la contrariété de l'existence du brevet à l'ordre public et aux bonnes mœurs, et non la contrariété de ses conditions d'exploitation, auxquelles renvoie davantage l'APA ; en second lieu, « l'objectif commun d'un consentement éclairé préalable et d'un accord de partage est plutôt du caractère sociologique ou civil et pas un critère de brevetabilité ». Il souligna au passage une carence du droit de l'environnement : le règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation²⁴ n'a pas désigné l'OEB comme point de contrôle, alors même qu'il souhaite que « tous les utilisateurs de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques fassent preuve de la diligence nécessaire pour s'assurer que l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques s'est effectué conformément aux dispositions législatives ou réglementaires applicables et que, le cas échéant, les avantages qui en découlent sont partagés de manière juste et équitable » (préambule, point 21 et, plus largement, art. 4). En d'autres termes, l'OEB respecta strictement son champ de compétence en faisant application du principe d'indépendance des législations : jusqu'à ce qu'un texte prévoit le contraire, au droit de l'environnement les questions d'ordre environnemental, au droit de la propriété intellectuelle celles liées aux inventions. Cette position justifiable au plan juridique entraîne une scission des questions et des contentieux, avec d'un côté le « juge du brevet » et de l'autre le « juge de l'APA », complexifiant au final la protection des savoirs traditionnels.

La leçon à tirer de cette affaire est qu'une protection meilleure des savoirs traditionnels peut être obtenue s'il y a une circulation des normes entre ces différentes branches du droit, c'est-à-dire si le droit des brevets intègre l'APA, pleinement. Concrètement, cela

23. Brevet EP2443126, « Simalikalactone E et son utilisation comme médicament ».

24. JOUE L 150 du 20 mai 2014, p. 59.

pourrait se traduire par le contrôle du respect des dispositions de l'APA par les offices de brevet, dispositions qui conditionneraient la délivrance, et donc, la validité du brevet ; cela exigerait, outre une divulgation de l'origine des ressources, un contrôle du respect des règles alors applicables²⁵. La tâche pourrait cependant être ardue en pratique, mais le « certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale » mis en place par le Protocole de Nagoya (art. 17, §2) pourrait constituer un élément de preuve minimal pour assurer une traçabilité des ressources²⁶. Cela dit, le texte ne va pas aussi loin qu'il aurait pu : alors que les Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation²⁷ contenaient une telle exigence liée à la divulgation d'origine (point 16, d, ii), l'instrument de 2010 ne fait qu'inviter les parties à adopter des mesures pour garantir que l'accès aux ressources utilisées sous sa juridiction ait été effectué conformément aux dispositions applicables (art. 16). Au niveau régional, dans le droit européen par exemple, cette obligation est plus suggérée qu'imposée (directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques²⁸, préambule, consid. 27). Au niveau national, le droit français exige que si une utilisation de savoirs traditionnels conduit à une demande de brevet, les conditions d'accès à la ressource doivent être adressées à l'Institut national de la propriété intellectuelle, lequel transmet ces informations au ministre compétent en la matière, et ce, sans examen, c'est-à-dire sans que cela ne vienne interférer dans le processus de délivrance du brevet (code de l'environnement français, art. L. 412-18). Il faut par conséquent une vraie combinaison des droits, et non une simple juxtaposition.

-
25. Paul KURUK, « Regulating Access to Traditional Knowledge and Genetic Resources: The Disclosure Requirement as a Strategy to Combat Biopiracy », (2015) vol. 17, n° 1 *San Diego Law Journal*, art. 2 ; Wallace FENG, « Appropriation without Benefit-Sharing: Origin-of-Resource Disclosure Requirements and Enforcement under TRIPS and the Nagoya Protocol », (2017) vol. 18, n° 1 *Chicago Journal of International Law*, art. 7 ; Evanson Chege KAMAU, « Disclosure Requirement – A Critical Appraisal », dans Evanson Chege KAMAU et Gerd WINTER (dir.), *Genetic Resources, Traditional Knowledge and the Law. Solutions for Access and Benefit Sharing*, Earthscan, 2009, p. 399-418.
26. Loïc PEYEN, « La traçabilité des ressources », dans Emmanuelle GINDRE et Arnaud DE RAULIN (dir.), *La biodiversité partagée*, L'Harmattan, 2020, p. 111-122.
27. En annexe de la décision VI/24 de la Conférence des parties, « Accès et partage des avantages associés aux ressources génétiques », adoptée lors de sa sixième réunion tenue à La Haye du 7 au 19 avril 2002, tirée de *Rapport de la sixième réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique*, 23 sept. 2002, doc. UNEP/CBD/COP/6/20, p. 279.
28. *JOUE* L 213, 30 juillet 1998, p. 13.

Au final, il appert que la question ne fait pas l'unanimité parmi les États. Alors que certains – généralement les États développés – ne souhaitent pas être trop liés par des obligations trop sévères, ou trop floues, qui viendraient au demeurant rendre plus complexe qu'il ne l'est déjà le droit des brevets et surcharger l'activité des offices de brevets, d'autres, au contraire, y sont plus favorables et n'ont pas hésité à franchir le pas²⁹. Cette obligation reste toutefois à l'ordre du jour des travaux des institutions internationales puisqu'elle figure encore dans les dernières discussions en vue de parvenir à un instrument juridique adapté à la protection internationale des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques³⁰.

La protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques est d'autant plus perfectible qu'elle peut se faire sans les droits, de façon tout aussi imparfaite.

II- LA PROTECTION DES SAVOIRS TRADITIONNELS SANS LES DROITS

Si la protection par les droits est possible, cette protection s'organise surtout, en pratique, sans les droits. En effet, ceux reconnus implicitement par le droit de l'environnement sont en réalité conditionnés, pour ne pas dire aléatoires, ce qui renvoie à une protection davantage objective (A). Côté propriété intellectuelle, la question des droits est même contournée, car les critères de brevetabilité *de lege lata* permettent une certaine protection des savoirs traditionnels sans reconnaissance de droits (B).

A- Le conditionnement des droits

Les droits intellectuels innommés reconnus par les instruments du droit de l'environnement sont dotés d'une effectivité très limitée. Et pour cause, s'ils sont aptes à permettre la protection des savoirs traditionnels, et outre les conditions classiques influant sur la portée

29. Pour un état des lieux récent : OMPI, *Questions essentielles sur les exigences de divulgation en matière de brevets concernant les ressources génétiques et les savoirs traditionnels*, OMPI, 2^e éd., 2020.

30. Voir par exemple le *Texte de la présidente sur le Projet d'instrument juridique international concernant la propriété intellectuelle relative aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles*, 26 mai 2023, doc. WIPO/GRTKF/IC/47/CHAIRS TEXT. Voir aussi IGC, *Document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques*, 1^{er} mai 2023, doc. WIPO/GRTKF/IC/47/6.

des instruments contraignants en droit international (signature, adoption, ratification, réserves, etc.), leur existence, leur teneur et même leur portée dépendent entièrement de la volonté des États sur le territoire duquel les savoirs et les communautés se trouvent. Les textes ne laissent aucun doute à ce sujet : les dispositions de la Convention sur la diversité biologique ne valent que « dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra » et « sous réserve des dispositions de la législation nationale » (art. 8) ; son protocole de Nagoya³¹ ne reconnaît le droit des communautés d'identifier les détenteurs de leurs savoirs qu'en préambule et non dans le corps du texte – sans nier pour autant que le préambule peut affecter l'interprétation des dispositions de fond – et, là aussi, la prise en compte des communautés et des savoirs dans l'APA dépend entièrement de la volonté des États qui prennent « les mesures nécessaires » pour encadrer l'accès à ces savoirs (art. 7) et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation (art. 5, §5), ce qui vaut aussi pour les États dans la juridiction où sont exploitées lesdites ressources (art. 16, §1) ; dans le TIRPAA, chaque partie « devrait, selon qu'il convient et sous réserve de la législation nationale » adopter des règles en ce sens (art. 9) ; enfin, dans l'Accord BBNJ, il est question d'adopter des mesures « le cas échéant et selon qu'il convient » (art. 13). Il ressort de ces circonvolutions textuelles que les États ne sont pas réellement obligés de reconnaître de tels droits aux communautés sur leurs savoirs traditionnels : maître du processus, ils sont alors les déterminants ultimes des droits intellectuels autochtones. Dès lors, soit les États sont favorables à de tels droits, auquel cas il est possible d'espérer une protection poussée, soit, au contraire, ils sont plutôt réticents et alors la protection sera assez relative.

En outre, à l'instar de ces textes, rien dans l'AADPIC n'impose aussi une telle protection. De façon générale, il convient de relever que la propriété intellectuelle sied mal à la protection des savoirs traditionnels³² : l'appartenance collective et communautaire des savoirs traditionnels, dans une perspective transgénérationnelle et transtemporelle, rend complexe l'identification d'un titulaire de brevet ainsi que l'attribution de prérogatives pour une durée limitée – le brevet étant délivré pour 20 ans par principe (AADPIC, art. 33) – ; le concept de « propriété », étranger à certaines cosmovisions autoch-

31. Konstantia KOUTOUKI et Katharina Rogalla VON BIEBERSTEIN, « The Nagoya Protocol: Sustainable Access and Benefits-Sharing for Indigenous and Local Communities », (2012) vol. 13, *Vermont Journal of Environmental Law*, p. 513-535.

32. Francis KARIUKI, « Notion of "Ownership" in IP: Protection of Traditional Ecological Knowledge vis-a-vis Protection of T K and Cultural Expressions Act, 2016 of Kenya », (2019) vol. 24, *Journal of Intellectual Property Rights*, p. 89-102.

tones, peut aussi avoir pour effet de réifier ces savoirs, vivants par nature ; et, enfin, l'esprit de la propriété intellectuelle, orienté vers le progrès et l'innovation, peut ne pas convenir pour protéger ce qui est davantage un héritage et une identité. Ces arguments, qui pourraient être enrichis et complétés, ont conduit à s'interroger sur la nécessité de reconnaître au profit des communautés une propriété intellectuelle *sui generis*, hors cadre³³ donc, dans la perspective d'une protection positive. Pour le moment, rien n'est fait et l'articulation d'une telle propriété avec la propriété intellectuelle classique reste encore à définir. Cela dit, il est possible de s'interroger sur la nature et l'objet de cette propriété intellectuelle spécifique : elle pourrait conduire à la décentration du droit de la propriété intellectuelle classique en s'occupant moins de l'invention que de son origine et, plus précisément ici, protéger plus la communauté autochtone originelle que le savoir en lui-même.

De ce fait, ces droits intellectuels ne seraient pas indissociables des autres droits inhérents à ces communautés, en particulier leurs droits culturels. Ainsi, dans une optique de non-persécution et de reconnaissance de l'altérité, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques³⁴ exige que « dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion, ou d'employer leur propre langue » (art. 27) ; dans ce prolongement, le droit de disposer de leurs savoirs traditionnels n'est rien d'autre qu'une composante de ce droit à une vie culturelle normale. Pareillement, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels³⁵ reconnaît à chacun le droit « de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur » (art. 15, §1), ce qui vaut aussi pour les communautés autochtones et leurs savoirs³⁶. Il en est de même dans la Convention n° 169 concernant les peuples indigènes

33. Julia JANEWA OSEITUTU, « Emerging Scholars Series: A Sui Generis Regime for Traditional Knowledge: The Cultural Divide in Intellectual Property Law », (2011) vol. 15, n° 1, *Marquette Intellectual Property Law Review* 147-215.

34. New York, 16 décembre 1966, *RTNU*, vol. 999, p. 171, n° 14668.

35. New York, 16 décembre 1966, *RTNU*, vol. 993, p. 3, n° 14531.

36. Conseil des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 17* (2005). *Le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur (par. 1 c) de l'article 15 du Pacte*, 12 janvier 2006, doc. E/C.12/GC/17, §8, §9 et §32.

et tribaux dans les pays indépendants³⁷ (voir notamment les art. 5, 7, 13 et 23). Côté *soft law*, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement invite les États à « reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable » (principe 22). Avec plus d'ambition, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones invite les États, « en concertation avec les peuples autochtones [...] [à prendre] des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice » (art. 31, §2), mais aussi à « accorder réparation par le biais de mécanismes efficaces [...] mis au point en concertation avec les peuples autochtones, en ce qui concerne les biens culturels, intellectuels, religieux et spirituels qui leur ont été pris sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause [...] » (art. 11, §2). La reconnaissance de droits intellectuels au bénéfice des communautés autochtones s'inscrirait donc, ce faisant, dans une perspective pluraliste tendant à établir une certaine égalité entre les savoirs, traditionnels et modernes, mais aussi entre les communautés humaines, autochtones et non autochtones.

Il faut bien prendre la mesure d'une telle proposition. Concrètement, leur attribuer un plein pouvoir de maîtrise sur leurs savoirs traditionnels permettrait de combattre leur appropriation au travers des actes de biopiraterie ; mais il serait aussi, dans le même temps, un moyen pour elles de s'opposer à toute exploitation de ces savoirs. Il est donc indispensable, pour être complet, d'accepter l'idée qu'elles peuvent ne pas souhaiter la diffusion de ces savoirs et leur utilisation, même si ces derniers permettraient de guérir de telle ou telle maladie. La position inverse, tendant à faire primer un prétendu intérêt général face à un intérêt « privé », fût-il collectif, pourrait être dangereuse en ce qu'elle permettrait de légitimer des appropriations « forcées », à la manière d'une expropriation pour cause d'utilité publique³⁸, vidant *de facto* les éventuels droits intellectuels de leur substance. L'attribution de droits intellectuels peut alors interpellé en ce qu'ils peuvent être perçus comme des instruments de protection des communautés plus que des savoirs. Par ailleurs, il est possible de s'interroger sur le fait de savoir si l'attribution de droits est une fin en soi, l'aboutissement ultime de cette volonté de protection, ou si la

37. Adoptée par la conférence générale de l'Organisation internationale du Travail à sa 76^e session, Genève, 27 juin 1989, *RTNU*, vol. 1650, p. 383, n° 28383.

38. Sur cette tension entre intérêts : Loïc PEYEN, « Biopiracy, the law and values. On the ideological basis for resource sharing », dans Catherine AUBERTIN et Anne NIVARD (dir.), *Nature in Common. Beyond the Nagoya Protocol*, IRD-MNHN, 2021, p. 97-118.

seule existence d'un dispositif objectif protégeant les communautés peut suffire. Sans doute n'y a-t-il pas de bonne réponse en la matière, tout étant question de sensibilité.

Quoi qu'il en soit, en matière de biopiraterie, la protection des savoirs traditionnels peut être assurée sans droits, pour peu que le processus de brevetabilité prenne véritablement en compte l'existence de ces savoirs.

B- Le contournement des droits

Le droit actuel des brevets contient une brèche permettant de protéger les savoirs traditionnels sans recourir aux droits, et ce, au niveau des conditions de brevetabilité. Parmi ces conditions – nouveauté, activité inventive, application industrielle –, celle relative à la nouveauté permet aux savoirs traditionnels d'empêcher la délivrance d'un brevet. Et pour cause : un brevet ne peut être délivré si une invention n'est pas nouvelle, c'est-à-dire si elle se trouve déjà dans « l'état de la technique », qui est le référentiel d'appréciation de la nouveauté. Ainsi, dès lors que tout savoir traditionnel se trouve dans l'état de la technique par définition, une invention qui ne ferait que le « copier » ne saurait être brevetée, faute de nouveauté ; en aval, si le brevet a déjà été accordé, il pourrait être révoqué.

Plusieurs affaires ont déjà donné lieu à des révocations de brevets sur ce fondement. Tel a été le cas, par exemple, du margousier (*azadirachta indica*) : dans cette affaire, une entreprise américaine a obtenu de l'Office européen des brevets, le 14 septembre 1994, un brevet (brevet EP0436257) pour une « Méthode pour combattre les champignons aux plants avec d'huile de margousier extraite hydrophobement », décrite comme « un procédé de contrôle des champignons sur les plantes à l'aide d'un fongicide foliaire comprenant de l'huile de margousier extraite hydrophobement ». Le brevet fut contesté l'année suivante, au motif que l'invention était déjà utilisée depuis des temps immémoriaux en Inde par de nombreuses communautés d'habitants³⁹ : elle n'était donc pas nouvelle. La division d'opposition

39. Santhosh KUMAR et Visweswaran NAVARATNAM, « Neem (*Azadirachta indica*): Prehistory to Contemporary Medicinal Uses to Humankind », (2013) vol. 3, n° 7, *Asian Pacific Journal of Tropical Biomedicine*, p. 505-514.

de l'Office européen des brevets accueille favorablement ces moyens le 13 février 2001⁴⁰, ce qui fut confirmé en appel⁴¹.

En pratique, toutefois, l'appréciation de ce critère de la nouveauté peut être difficile. *Ex ante*, avant la délivrance du brevet, cela suppose que les offices de brevets aient connaissance de l'existence de savoirs traditionnels. Rapidement, il est apparu indispensable de « développer de nouveaux critères qui permettraient l'intégration effective de la documentation des savoirs traditionnels dans l'état de la technique consultable »⁴². L'une des solutions développées est le développement de bases de données référençant de tels savoirs, et accessibles aux offices de brevets, mais la solution n'est pas exempte de défauts⁴³. *Ex post*, après la délivrance du brevet, une contestation du brevet est possible et peut prospérer s'il est démontré que la condition de nouveauté n'est pas remplie ; mais, là encore, plusieurs obstacles se dressent. Il faut d'abord que les communautés – qui devraient au préalable être reconnues comme des entités à part entière⁴⁴ – ou autres défenseurs soient au courant des brevets délivrés, ce qui exige un travail de veille assez colossal ; elles doivent ensuite être à même d'identifier les inventions empruntant à leurs savoirs et démontrer la filiation entre les deux ; elles doivent être capables d'engager des moyens assez conséquents pour mener à bien l'ensemble de ces procédures ; enfin, elles doivent emporter la conviction des offices de brevets, ce qui est loin d'être acquis.

Il est encore possible de se référer ici au contentieux précité du couachi devant l'Office européen des brevets, car la nouveauté de l'invention était également contestée dans cette affaire. Pour rappel, l'invention portait sur la molécule simalikalactone E. Or, il ressort

40. Division d'opposition de l'Office européen des brevets, 13 février 2001, *Décision révoquant le brevet européen n° 0436257*, demande n° 90250319.2-2117, brevet n° 0436257.

41. Chambre de recours technique de l'Office européen des brevets 3.3.2, 8 mars 2005, *Thermo Trilog Corporation et al. Versus Aelvoet, Magda, MEP, The Green Group in the European Parliament et al.*, n° T 0416/01.

42. IGC, *Matters Concerning Intellectual Property and Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore – An Overview*, 16 mars 2001, doc. WIPO/GRTKF/IC/1/3, p. 26, point 80.

43. Loïc PEYEN, « La protection des populations autochtones et de leurs savoirs par les bases de données : mythe ou réalité ? », (2015) vol. 38, *L'Observateur des Nations Unies*, p. 55-71.

44. Pour une approche générale et un éclairage pratique : Ujjal Kumar SARMA et Indrani BARPUJARI, « Revisiting the Debate on Intellectual Property Rights and Traditional Knowledge of Biodiversity: Accommodating Local Realities and Perspectives », (2012) vol. 3, n° 4, *The International Indigenous Policy Journal*, art. 1.

de la décision de rejet de la contestation que les remèdes traditionnels ne pouvaient que comporter de la simalikalactone D, et non la molécule faisant l'objet du brevet : retenant une approche stricte de la condition de nouveauté, le moyen relatif à la (non-)nouveauté fut rejeté. Il est ici mis en exergue l'importance de l'appréciation du critère de la nouveauté : si la solution se comprend aux termes d'une approche étroite⁴⁵, elle est discutable si la perspective est élargie. Certes, les savoirs traditionnels ne concernent pas exactement la même molécule ; pourtant, cette dernière n'aurait pas été découverte par les scientifiques sans la contribution des communautés et de leurs savoirs. Ici, en affirmant en quelque sorte que le plus déterminant l'emporte, l'Office a fait application de la théorie de la « causalité adéquate » plutôt que celle de « l'équivalence des conditions », ce qui l'a amené à faire primer les savoirs « modernes » et l'invention plutôt que les savoirs traditionnels. Mais cette approche place dans un angle mort la contribution des communautés à la découverte de la molécule brevetée. En réalité, le débat n'aurait pas seulement dû porter sur l'équivalence stricte entre l'invention et les connaissances traditionnelles, mais plutôt sur l'étendue du lien qui unit les savoirs à l'invention : l'invention n'aurait pas pu advenir sans l'aiguillage des communautés et de leurs savoirs.

Par ailleurs, d'une perspective environnementale, « l'invention » et sa « brevetabilité » semblent bien relever de l'« utilisation de connaissances traditionnelles » au sens du Protocole de Nagoya (art. 3) ; sans qu'une définition exacte ne soit fournie par l'instrument, elle s'apparie inévitablement à ce qu'est une « utilisation de ressources génétiques » qui, elle, est définie comme « les activités de recherche et de développement sur la composition génétique et/ou biochimique de ressources génétiques, notamment par l'application de la biotechnologie [...] » (art. 2, c). Autrement dit, restreindre le critère de la nouveauté à la stricte équivalence entre savoirs traditionnels et invention plutôt qu'à la contribution des premiers à la naissance de la seconde revient à éroser substantiellement la portée de l'APA, pourtant pensé pour cela, mais aussi et surtout la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques. Là encore, tout est une question de volonté et dépendra des sensibilités des différents acteurs⁴⁶.

45. Qui inviterait à une révision du texte de référence, non adapté à la protection des savoirs traditionnels : Philippe KARPE et Catherine AUBERTIN, « Une occasion manquée pour les droits des autochtones (et au-delà)... », (2019) n° 2, *Revue juridique de l'environnement*, p. 313-319.

46. Bradford S. SIMON, « Intellectual Property and Traditional Knowledge: A Psychological Approach to Conflicting Claims of Creativity in International Law »,

CONCLUSION

En définitive, la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques est extrêmement complexe. Déchirée entre droits subjectifs et droit objectif, entre droit de l'environnement et droit de propriété intellectuelle, elle paraît même vacillante, voire aléatoire, et perfectible. Il est même possible de se demander si une telle protection est atteignable compte tenu des différentes trajectoires que suivent ces différentes d'approches, qui témoignent d'une fragmentation du droit délétère.

Une chose est sûre, ces évolutions gravitent autour d'une même préoccupation, plus ou moins assumée aujourd'hui : la protection des communautés autochtones, ici dans un contexte d'innovation à partir de leurs savoirs traditionnels. Les perspectives sont toutefois réjouissantes et se précisent peu à peu, notamment au regard des discussions – longues ! – menées au sein de l'OMPI ; mais, d'ici à ce qu'une concrétisation adéquate intervienne, la protection des savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques paraît plus filer entre les droits que filer droit.

(2005), vol. 20, n° 4, *Berkeley Technology Law Journal*, p. 1613-1684 ; voir par exemple le cas de l'Amérique latine : Henrique MERCER, *L'accès et le partage des avantages des savoirs traditionnels en Amérique latine : comment les droits de propriété intellectuelle peuvent empêcher la biopiraterie*, thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Montréal, Montréal, 2013.