



**LEGAL ASPECTS OF
SUSTAINABLE NATURAL
RESOURCES**

**LEGAL WORKING
PAPER SERIES**

**DE RIO DE JANEIRO À GENÈVE
EN PASSANT PAR NAGOYA**

Mame Ngone Sow

2011

DE RIO DE JANEIRO À GENÈVE EN PASSANT PAR NAGOYA

Mame Ngone Sow

1. Introduction	3
2. Un manque de consensus sur l'objet de l'obligation de divulgation.....	5
3. Les conditions d'application de l'obligation de divulgation.....	9
<i>3.1. Les apports du Protocole de Nagoya.</i>	11
4. Conclusion.....	21

1. Introduction

Le développement fulgurant noté dans le domaine des biotechnologies peut être attribué, sinon essentiellement du moins partiellement, à l'utilisation des ressources génétiques (RG) et des savoirs traditionnels (ST) acquis sur ces ressources. Ces ressources et ces savoirs sont, notamment, utilisés dans le cadre d'inventions biotechnologiques qui peuvent s'avérer concluantes et faire l'objet de demande de protection par brevet. Ce développement ne s'est tout de même pas réalisé sans heurts majeurs, il l'a été au prix de tumultueuses oppositions. En effet, la découverte progressive de la valeur commerciale et scientifique de telles ressources et de tels savoirs a fait naître des intérêts et attisé des rivalités qui ont fini par opposer fournisseurs et utilisateurs de ces matériels. Force est de constater que parmi leurs divergences, celle qui se rapporte au partage des avantages fait l'objet de discussions des plus âpres qui soient dans le domaine.

Ce partage des avantages, les pays fournisseurs (PF) espèrent pouvoir le réaliser par le biais d'une obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets. L'application d'une telle exigence connaît des limites en ce sens qu'elle est d'application territoriale. C'est sur la base d'un tel constat que les PF envisagent d'en faire une obligation qui sera reconnue et applicable à un niveau international. Mais un tel objectif semble-t-il, de nos jours, réalisable sur la base d'une telle exigence? La prudence recommanderait de ne pas se prononcer de façon catégorique sur un tel sujet avant d'avoir procédé à une analyse, une étude approfondie de la proposition en question. Mais l'on peut, d'emblée, avancer qu'une telle entreprise ne sera guère facile à réaliser en raison, entre autres, des discussions de plus en plus opiniâtres entre les parties en présence et le temps qui a déjà été alloué aux négociations entamées en la matière.

Il convient de faire état d'autres pistes qui ont été explorées par les protagonistes, pistes parmi lesquelles on peut relever celle qui concerne les règles d'accès et de partage des avantages (APA). En effet, une solution qui a été, aussi, envisagée dans ce domaine a porté sur ces régimes d'APA.

L'on avait, il y a de cela quelques mois, pensé que la naissance d'un tel protocole n'était pas dans un proche avenir. Mais une telle prédilection s'est, en fin de compte, avérée fautive. Ce n'était pas sans compter sur la persévérance des parties en présence, persévérance qui a donné naissance à un texte sur les APA: le Protocole de Nagoya.

Le 29 octobre 2010, le Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages tirés des ressources génétiques et des savoirs traditionnels qui leur sont associés était adopté par la 10^{ème} Conference of Parties (COP), in extrémis. L'un des objectifs visé par ce texte est relatif au partage des avantages découlant de l'utilisation des RG d'une manière juste et équitable. Un tel partage, les états-parties comptaient et comptent toujours le réaliser notamment grâce à un accès satisfaisant aux RG et aux ST qui leur sont associés.

L'on peut prédire que la révision de *l'Accord sur les aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce* (ADPIC) à dessein d'y intégrer une obligation de divulguer l'origine des RG et des ST est un objectif difficilement réalisable et les PF qui défendent une telle position devront surmonter bon nombre d'obstacles. Les PU n'ont pas, eux aussi, manqué de faire des propositions sur les différents éléments constitutifs de l'obligation de divulgation si une telle obligation devait être intégrée dans le cadre d'une révision des ADPIC. Les propositions initiales de certains pays de ce que fut jadis la Communauté Européenne (CE), bien que datant de 2005, sont toujours d'actualité car étant, souvent, reprises dans des documents datant de 2010¹ et dont quelques uns nous serviront d'illustrations.

Les différents acteurs en présence ne s'entendent pas sur le sens à donner à un tel concept d'obligation de divulgation. Un tel désaccord constitue l'un des points de discorde les plus ténus tout au long des discussions et négociations entre les parties. L'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets renvoie, pour certains pays, à la divulgation du pays d'origine des RG et à l'origine des ST. Une telle conception a été, aussi, recommandée dans le cadre des *Lignes directrices de Bonn* (L.B.D.) qui constituent un texte à caractère non contraignant. Ce texte encourage la divulgation du pays d'origine des RG et l'origine des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales dans les demandes de brevet². Elle renvoie, pour d'autres pays et dans certaines circonstances, à la déclaration de la source de tels éléments. Cette notion a fini par devenir l'apanage de la plupart des PU de tels matériels, certains pays de l'Union Européenne (UE)³, en

¹ OMPI, Comité intergouvernementale de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, seizième session, *Ressources génétiques : liste révisée d'options*, Document établi par le Secrétariat, Genève, 3-7 mai 2010, WIPO/GRTKF/IC/16/6 (22 mars 2010), p. 4.

² *Lignes directrices de Bonn*, art 16-dii: « ...les parties contractantes ayant sous leur juridiction des utilisateurs des RG devraient prendre les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées, selon qu'il conviendra afin de favoriser le respect du consentement préalable, donnée en connaissance de cause de la partie contractante fournissant ces ressources, ainsi que des conditions convenues d'un commun accord auxquelles l'accès a été accordé. Ces pays devraient envisager...ii) Mesures visant à encourager la divulgation du pays d'origine, des ressources génétiques et l'origine des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales dans les demandes de brevet ».

³ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgation de l'origine ou de la*

l'occurrence. Il convient de noter que le recours à l'une de ces deux notions au détriment de l'autre n'est pas sans conséquences notables sur l'applicabilité et l'effectivité de l'obligation de divulgation et du partage des avantages en définitive.

2. Un manque de consensus sur l'objet de l'obligation de divulgation.

La plupart des PF s'étaient entendu pour proposer une déclaration de l'origine des RG et/ou des ST dans les demandes de brevet. Ce n'est que par la suite qu'ils ont, petit à petit accepté, dans certaines situations, de considérer la notion de divulgation de la source de tels éléments. Mais certains PU ont eu parfois une conception différente de l'obligation de divulguer l'origine des RG et/ou ST dans les demandes de brevets. Les pays de l'UE en particulier, semblaient avoir, après maintes hésitations, fini par proposer la déclaration de l'origine des RG et des ST dans les demandes brevets. La position de ces pays semble, en effet, avoir quelque peu changé dans ce domaine⁴. Certains auteurs ont posé, de manière explicite, un tel dilemme qui est toujours d'actualité et qui se rapporte au fait qu'il n'y a pas encore de consensus sur l'objet de la divulgation et au rythme auquel se déroulent les débats, il semblerait qu'un tel dilemme ne trouvera pas de sitôt un heureux dénouement. Alison L. Hoare et Richard G. Tarasofsky se demandent, en effet:

How far back should the disclosure requirement reach: to the "origin" of the GR or the "source" for that inventor? Should the patent applicant be required to show evidence of the consent of the origin or source country? What if that country does not have national legislation governing access to GRs? And what about benefit sharing—does this need to be demonstrated? What if TK is involved—is consent of the local community knowledge holder required?⁵

Il convient de rappeler que ce fut lors des travaux de la 8^{ème} session du comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux RG, aux ST et au Folklore, que les PU ont proposé une obligation de divulguer «le pays d'origine». Ils considèrent, en effet, que le demandeur d'un brevet devrait déclarer le pays d'origine si tant est qu'il ait connaissance de l'origine des ressources et/ou savoirs qu'il a eu à utiliser dans le cadre de son invention. Mais, cette déclaration du pays d'origine, ils l'écartent, dans

source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet, Document soumis par la Communauté européenne et ses États membres, WIPO/GRTKF/IC/8/11(17mai 2005)

⁴ *Id.*

⁵ A.-L. HOARE and Richard G. TARASOFSKY, "Asking and Telling: Can "Disclosure of Origin" Requirements in Patent Applications Make a Difference?", p. 151.

certaines situations, pour lui substituer la notion, plus large, de «source» des RG et/ou des ST en justifiant une telle position par des raisons attenantes à la difficulté voire à l'impossibilité de retracer l'origine des RG et des ST. Ils soulignent le fait qu'il n'est pas toujours possible au demandeur de brevet de connaître le pays d'origine, ils recommandent, dans une telle situation, de recourir à la notion plus large de «source»⁶. L'inventeur devra déclarer la source des RG et/ou des ST auxquels il a eu directement accès si tant est qu'il ait connaissance d'une telle source.

La plupart de ces PU estiment que le demandeur de protection par brevet doit avoir une idée plus ou moins claire du contenu de l'obligation. Pour ce faire, le langage utilisé devra donc être le même que celui utilisé à l'article 2 de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) faisant état des définitions de pays d'origine, de RG et de matériel génétique⁷.

A la notion de «source»⁸ ils attachent toute source à partir de laquelle le demandeur a acquis la RG, autre que le pays d'origine, telle un centre de recherche, une banque de gènes ou un jardin botanique. Certains pays considèrent qu'il faudrait exiger du déposant d'un brevet qu'il déclare la source auprès de laquelle il a acquis les RG. Une telle position des États membres de l'ancienne CE, bien que datant de 2005, ne semble pas avoir beaucoup changé. Elle semble avoir été réitérée par la Suisse en 2007⁹, notamment dans le cadre de questions qu'elle a eu à poser à la Norvège relativement à ses propositions sur l'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets.

La Suisse a voulu, en effet, s'enquérir de la position de la Norvège dans les cas où le pays fournisseur serait inconnu. Elle a posé sa quatrième question à la Norvège en ces termes: «que se passerait-il si le "pays fournisseur" était inconnu? Cela serait le cas, par exemple, si le déposant d'une demande de brevet recevait la ressource génétique d'une banque de gènes. Ne serait-il pas préférable d'utiliser le concept plus large de "source" proposé par la Suisse pour couvrir tous les cas de figure potentiels»?¹⁰. Dans les cas où le pays fournisseur ne serait pas connu, la Norvège a estimé que le déposant doit indiquer ce fait

⁶ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgence de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet*, Document soumis par la Communauté européenne et ses États membres, WIPO/GRTKF/IC/8/11(17 mai 2005), p. 3.

⁷ *Id.*

⁸ *Id.* p. 2, Le terme "source" désigne toute source autre que le pays d'origine, auprès de laquelle le déposant a eu accès aux ressources génétiques, par exemple un centre de recherche, une banque de gènes ou un jardin botanique.

⁹ OMC, Conseil général, Comité des négociations commerciales, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Relation entre l'accord sur les ADPIC, la Convention sur la Diversité Biologique et la Protection des Savoirs Traditionnels, Amendements de l'accord sur les ADPIC en vue d'instituer une obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets, Réponses de la Norvège aux questions posées par la Suisse au Conseil des ADPIC*, WT/GC/111-TN/C/W/46-IP/C/W/491 (7 mai 2007)

¹⁰ *Id.* p. 4.

dans la demande de brevet et divulguer la source¹¹ directe du matériel utilisé, à savoir la banque de gènes. En proposant une telle alternative, elle semble se rallier à la position de la Suisse et d'autres pays de l'UE sur ce point relatif à la déclaration de la source des RG dans les cas où le PF ne serait pas connu. En adoptant une telle conception et démarche ces pays n'ont rien fait d'autre que de présenter une justification du recours à la notion plus large de source.

Ces propositions ne sont pas sans poser de problèmes d'applicabilité dont certains ont été, notamment, mis en exergue par des auteurs tel que Graham Dutfield, qui en se posant la question suivante: «Should we continue to use the term disclosure of origin? Or are there better alternatives?»¹². L'auteur a affirmé ce qui suit:

The origin of a given resource may be very difficult to establish, and there may be many countries of origin. The distinction between provider or source country on the one hand, and origin country as defined in the Convention on Biological Diversity on the other, is significant. Given that a great many species are not endemic to a single country, the origin of a given resource according to the CBD definition may be several or many countries¹³.

Sur la base de telles difficultés, il a pensé qu'il vaudrait mieux recourir au terme de source: "For the sake of practicality, it may be better to use the word "source" rather than "origin"¹⁴.

Loin de nous l'idée de rejeter totalement le recours à une telle notion mais l'on estime que son application doit être prônée avec prudence, limitée, bien délimitée. Des contours on ne peut plus précis doivent être dessinés avant proposer et défendre un tel changement, un tel revirement. Pour preuve, un utilisateur peut bel et bien connaître l'origine d'une RG ou d'un ST et prétendre le contraire. Il pourrait tenter de dissimuler une telle origine et faire état de leur source tout en espérant ne pas être soumis à une obligation de divulgation et un éventuel partage des avantages au cas où l'utilisation de tels éléments devait s'avérer concluante et aboutir à une invention. En guise d'illustrations de telles situations où l'origine de tels éléments n'a pas été déclarée et où un partage

¹¹ *Id.*

¹² G. DUTFIELD, "Disclosure of Origin: Time for a Reality Check?", ICTSD/CIEL/IDDRI/IUCN/QUNO Dialogue on Disclosure Requirements: Incorporating the CBD Principles in the TRIPS Agreement on the Road to Hong Kong, WTO Public Symposium, Geneva (April 21 2005), p. 3, en ligne: http://www.iprsonline.org/ictsd/docs/DOO5_Dutfield.pdf (consulté le 30 septembre 2010).

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.*

des avantages n'a pas eu lieu, n'a pas été effectué, on peut invoquer les affaires Hoodia¹⁵, du Rosy Perriwinkle¹⁶, entre autres.

Les pays de l'UE se sont donc, au fil des ans, plus prononcés pour une divulgation de la source plutôt que de l'origine de tels éléments. Nous pensons que l'une des principales raisons, implicite, de l'adoption d'une telle conception de l'obligation réside dans le fait qu'ils peuvent contourner la rigueur ainsi que les exigences de l'obligation en divulguant la source de tels éléments si tant est qu'ils connaissent une telle source.

Les propositions sur l'obligation de divulgation, telles que présentées par ces pays nous semblent difficilement acceptables car les PU ne feront, peut-être pas, les efforts nécessaires pour divulguer l'origine de tels éléments. Ils prévoient, parfois, la divulgation du PF si tant est qu'une telle mesure soit exigée par la législation d'un tel pays. La Norvège, pour ne citer que cet exemple, a prévu une telle disposition dans le cadre de sa législation nationale ainsi que dans sa proposition portant sur l'amendement de l'accord sur les ADPIC. Elle prévoyait qu'au cas où la législation nationale du PF exigerait le consentement préalable donné en connaissance de cause avant la livraison de la matière, la demande devrait indiquer si un tel consentement a été obtenu¹⁷. Il semblerait que si un tel consentement n'aurait pas été exigé par le PF, l'indication du consentement ne serait pas nécessaire.

Une telle proposition de déclarer le PF et, le cas échéant, de la source des RG et /ou des ST a le mérite, semble-t-il, d'apporter plus de précisions et de limiter les conflits qui pourraient résulter de la pluralité de pays d'origine mais son effectivité risquerait d'être limitée dans les situations où la législation nationale du PF n'exigerait pas un tel consentement et dans les situations où il n'existerait pas pareille législation dans certains PF. Dans de telles situations, il est fort probable qu'il n'y aura, tout simplement, pas de divulgation du PF et en conséquence pas de partage des avantages. Il serait donc plus juste de prévoir des alternatives qui devront être appliquées pour compenser ces pays ou les communautés impliquées dans de telles situations. Les PF, qui ont plus intérêt à ce qu'un partage des avantages soit effectué, doivent saisir de telles opportunités et tenter de combler de telles lacunes, de tels vides

¹⁵ OMPI, *Un levier de croissance: L'expérience africaine, Savoirs, propriété intellectuelle et partage des avantages*, (2003) *Revue de l'OMPI*, p. 3, en ligne: http://www.info-hoodia.com/revue_OMPI-dec2003.pdf (consulté le 16 décembre 2008)

¹⁶ G. DUTFIELD, «Thinking aloud on Disclosure of Origin», », (2005), Quaker United Nations Office (Quono) Occasional Paper 18, p.8.

¹⁷ CDB, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *Fonction des droits de propriété intellectuelle dans les arrangements relatifs à l'accès et au partage des avantages, y compris les expériences nationales et régionales*, UNEP/CBD/WG-ABS/2/3, (20 octobre 2003), p. 23.

juridiques en se dotant de législations appropriées dans ce domaine. Au cas où ils ne s'estimeraient pas en mesure de procéder à l'élaboration de telles législations sans trop tarder, ils feraient mieux de tenter de rechercher l'expertise de certains pays ou institutions qui se sont illustrés en la matière ou s'associer à d'autres pays qui, comme eux, ne disposeraient pas de législations dans ce domaine. Après tout ne dit-on pas que l'union fait la force ?

À ces incertitudes relatives à l'objet de la divulgation, c'est-à-dire ce sur quoi porte l'objet: l'origine ou la source des RG et/ou des ST dans les demandes de brevets viennent s'ajouter d'autres problèmes. Les parties en présence ont, donc, prévu les conditions d'application de l'obligation dans l'hypothèse où elle devait être adoptée dans le cadre de l'accord sur les ADPIC. Certains PF ainsi que ceux que nous croyions leur avoir témoigné une certaine sympathie et un certain appui dans le cadre d'une révision de l'accord sur les ADPIC¹⁸ pour y intégrer une obligation de divulgation n'ont pas manqué, eux aussi, de prévoir des conditions d'application de l'obligation. L'applicabilité de l'obligation est donc soumise à des conditions qui sont, principalement au nombre de deux à savoir un accès physique aux RG et/ou aux ST utilisés dans une invention et l'existence d'un lien direct entre l'invention et les matériels utilisés. Pour ce qui est des ST, certains PU, se basant sur le fait qu'il ne peut y avoir d'accès physique à un tel élément, ont proposé d'en déclarer la source.

3. Les conditions d'application de l'obligation de divulgation.

Les pays de l'Union Européenne, pour ne citer que leur exemple, ont prévu des conditions d'application de l'obligation de divulgation¹⁹ aussi bien pour les RG que pour les ST. Ces pays ont estimé qu'il doit y avoir un accès physique à la RG (1) et un lien direct entre l'invention et la RG (2).

L'inventeur doit avoir utilisé la RG dans l'invention faisant l'objet d'une demande de protection par brevet. Il doit y avoir un accès physique à la RG. La délégation de l'UE a pris le soin de fournir des éclaircissements sur cette notion de l'«accès physique»²⁰ à une RG. Pour en rendre compte, ils estiment que l'inventeur doit avoir eu un accès à l'élément tangible de la ressource qui est en cause

¹⁸ OMC, Conseil général Comité des négociations commerciales, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, *Relation entre l'accord sur les ADPIC, la convention sur la diversité biologique, et la protection des savoirs traditionnels, amendement de l'accord sur les ADPIC en vue d'instituer, une obligation de divulguer l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevets*, Communication présentée par la Norvège, WT/GC/W/566, TN/C/W/42, IP/C/W/473 (14 juin 2006), p. 2 et 3.

¹⁹ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet*, Document soumis par la Communauté européenne et ses États membres, WIPO/GRTKF/IC/8/11(17 mai 2005)

²⁰ *Id.*, p. 3.

dans le cadre d'une invention. Il doit avoir accédé, physiquement, à la RG ou avoir eu, au moins, un «contact suffisant pour y identifier les propriétés utiles pour l'invention»²¹.

Cette exigence de lien direct nous paraît être une conception assez réductrice de l'obligation.

Cette condition relative à l'accès physique risque de limiter, aussi, grandement l'effectivité de l'obligation de divulgation. L'apparition de nouvelles méthodes de recherches²² qui permettent de transformer la RG en information génétique²³ n'est pas sans poser problèmes. Il semblerait qu'elle rend, de moins en moins, nécessaire l'accès physique à un tel matériel, le recours à un tel élément tangible. Les chercheurs seraient, de plus en plus, tentés d'utiliser une telle information dont ils pourront disposer en temps réel sans devoir être soumis aux conditions d'accès et d'utilisation des RG telles que le consentement préalable donné en connaissance de cause par le pays d'origine ou la partie qui fournit les RG selon la conception qui prévaudra. L'obligation telle qu'elle est conçue par ces pays (lien direct) ne s'appliquerait pas aux inventions qui auraient été basées sur cette information génétique. L'absence d'un recours à l'élément tangible empêcherait, du moins pour ces pays, l'applicabilité de l'obligation de divulgation.

Il nous semble impératif de trouver un palliatif en essayant d'intégrer et d'articuler une telle information génétique à l'obligation de divulguer l'origine des RG et/ou des ST dans les demandes de brevets car si elle est d'une certaine utilité dans le cadre de l'élaboration de certaines inventions, l'on ne voit pas pour quelle raison elle devra être écartée et ne pas, en définitive, faire l'objet d'un partage des avantages. Une telle exclusion, à notre sens volontaire, est certes à l'avantage des utilisateurs de tels matériels et loin d'être à celui des fournisseurs. Il serait on ne peut plus opportun que cette information génétique soit prise en compte l'élaboration d'une obligation de divulgation si tant est que l'on veuille, réellement, en arriver à une obligation applicable et effective.

Les opportunités de partage des avantages s'en trouveront, aussi, considérablement réduites, notamment, parce que la divulgation de l'origine de telles (résultant de l'information génétique) est souvent omise dans les demandes de brevets.

²¹ *Id.*

²² S.-P. SOPLIN and M.-R. MULLER, « The Development of an International Regime on Access to Genetic Resources and Fair and Equitable Benefit Sharing in a Context of New Technological Developments », for the Prevention of Biopiracy, Year IV No. 10 April 2009, p. 2-3.

²³ *Id.*

Il convient de rappeler que l'accès aux RG doit, selon les termes de la CDB²⁴ entre autres, être donné par les gouvernements nationaux et ce en conformité avec leurs législations nationales. Nous n'irons pas jusqu'à affirmer qu'une telle conception n'est plus d'actualité mais l'on peut, au moins, avancer qu'elle a fait l'objet de développements récents lors de l'adoption du Protocole de Nagoya. Certaines entités et O.N.G., à l'instar de «France Libertés»²⁵, n'ont pas manqué de saluer le caractère contraignant du texte du protocole. On peut, en effet, reconnaître un tel état de fait qui ressort du texte. Mais il n'empêche qu'après étude de cet instrument juridique, l'on se rend compte que des incertitudes et insuffisances subsistent toujours relativement à certains points qui sont, surtout, d'une importance majeure pour les pays riches en biodiversité.

3.1. Les apports du Protocole de Nagoya.

L'une des principales questions que l'on a eu à se poser, à l'annonce de l'adoption d'un tel texte, a été celle de savoir ce que Nagoya apporte de plus ou de nouveau par rapport aux textes et négociations antérieures en la matière?

Certains points nous ont semblés positifs, d'autres négatifs et ceux qui, selon la perception et l'application que les parties en feront, nous ont semblé plutôt mitigés. Les exigences liées aux limites qui nous sont fixées dans le cadre de cet article nous amène à faire un choix, que l'on croit judicieux, choix qui consiste à ne traiter que de certains apports positifs que l'on peut relever du protocole et dont ceux qui nous paraissent les plus significatifs sont: une reconnaissance plus accrue des droits des communautés locales (1) et une obligation incombant aux PU de légiférer (2) dans le sens d'une assurance que les utilisateurs de RG et de ST aient le consentement préalable libre et éclairé et de communautés concernée et que l'utilisation soit faite sur la base de termes mutuellement convenus.

Il semblerait que le protocole donne plus de considération et reconnaît plus de pouvoir aux communautés locales qui détiennent des RG et des ST. Ces dernières ont, entre autres, le pouvoir de donner l'accès à des RG et des ST. Les éventuels utilisateurs de tels éléments devront obtenir leur consentement préalable libre et éclairé avant d'y accéder et de les utiliser. Le protocole, en reconnaissant le pouvoir à ces communautés de donner l'accès aux RG et aux ST, a répondu à

²⁴ CBD, art. 15(1): «Recognizing the sovereign rights of States over their natural resources, the authority to determine access to genetic resources rests with the national governments and is subject to national legislation».

²⁵ France Libertés, « Un bilan en demi-teinte pour le « Protocole de Nagoya » sur l'Accès et le Partage des Avantages (APA) », en ligne : <http://www.france-libertes.org/Un-bilan-en-demi-teinte-pour-le.html> (consulté le 24 mai 2011).

certaines aspirations de ces communautés relativement à leurs ressources et leurs savoirs tel que le constate Krystyna Swiderska²⁶.

Le texte du protocole reconnaît, aussi, que les utilisateurs devront partager les bénéfices qu'ils tireront de l'utilisation de tels matériels avec ces communautés de façon juste et équitable. Mais la réalisation d'un tel objectif a toujours posé des problèmes qui sont loin d'être résolus car les détenteurs de telles ressources et de tels savoirs ne seront pas toujours au courant que de tels matériels ont été acquis et utilisés. N'étant pas informés de tels méfaits comment pourraient-ils réclamer un partage des avantages de la part des utilisateurs, qui pourtant sont soumis à une telle obligation de partage? La réponse à une telle interrogation dépend, en grande partie, des fournisseurs de tels matériels qui sont les ultimes bénéficiaires du partage des avantages en soumettant l'accès à ces éléments à un contrôle plus rigoureux et en se dotant de législations adaptées en la matière.

Les communautés concernées devront participer à la mise en place de mécanismes destinés à informer les utilisateurs de leurs obligations. Des propositions ont été avancées dans ce sens. D'aucuns pensent que de telles obligations pourraient être formulées sous forme de protocoles, d'exigences minimales et des modèles de clauses contractuelles. Evanson Chege Kamau, Bevis Fedder and Gerd Winter pensent, en effet, que: "Such obligations can be laid down in community protocols, minimum requirements for MAT, and model contractual clauses as developed by communities with the support of the party"²⁷.

Des obligations incombent aux utilisateurs de telles ressources et savoirs parmi lesquelles on dénombre l'obligation des PU de légiférer. À Nagoya, les PU se sont vu imposer une obligation de procéder à l'élaboration de législations destinées à assurer que l'utilisation des RG à l'intérieur de leur juridiction s'est faite avec le consentement préalable et éclairé, en des termes mutuellement convenus et en conformité aux législations sur les APA dans les pays fournisseurs concernés. L'articulation d'une telle obligation résulte d'une inférence qui a été faite à partir de la formulation du protocole sur

²⁶ Krystyna Swiderska: «Indigenous communities use and develop traditional knowledge and genetic resources together. For example, if you use a traditional medicine, you are not simply drawing on a community's knowledge but on their plants as well. That is why these communities were hoping for a strong message from Nagoya that recognises their authority to decide about access to genetic resources in their communities".

²⁷Evanson Chege Kamau, Bevis Fedder and Gerd Winter, "The Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: What is New and What are the Implications for Provider and User Countries and the Scientific Community?", p. 252

ce point précis²⁸. Un tel apport est, à notre sens, positif. Certes la CDB avait prévu une telle mesure, des normes législatives régissant l'APA, mais le texte du protocole s'avère plus exigeant en ce sens que de par sa formulation, il suggère que les PU doivent utiliser les ressources en conformité avec les législations des PF²⁹. On leur exige de procéder à l'élaboration de législations dans ce domaine.

Les PU se sont certes vu imposer une obligation de procéder à l'élaboration de telles législations mais il n'est pas dit qu'ils respecteront une telle obligation. Ils ont toujours été réticents à procéder à la divulgation de l'origine des RG et des ST qu'ils ont eu à utiliser dans le cadre de leurs recherches et de leurs inventions. Ils l'ont, aussi, été lorsqu'il s'est agi de procéder au partage des avantages. Il nous est difficile de croire qu'une telle exigence sera respectée par les PU d'autant plus que seuls quelques uns de ces pays à l'instar du Danemark³⁰, de la Suède³¹ et de la Norvège³² se sont dotés de telles législations. Il est à signaler que ces dernières ont accompagnées de conditions qui rédigées en des termes on ne peut plus larges, vagues et laxistes que c'est à se demander si l'obligation ne sera pas, en définitive, dénuée de tout sens ?

Certains apports du Protocole de Nagoya ont été considérés comme étant des points négatifs. Rappelons que l'accès aux RG est soumis, du moins dans le cadre de la CDB, au consentement préalable donné en connaissance de cause du PF. Les systèmes antérieurs n'étaient certes pas parfaits car il y avait, entre autres, des problèmes liés au manque de clarté au niveau des règles d'accès mais certains commentateurs ont pensé qu'une telle situation n'aurait pu dû conduire à des exigences aussi lourdes que celles que le protocole fait peser sur les PF. Le texte du protocole a été, en effet, assez exigeant sur certains points pour les PF.

Cet aspect du protocole peut être appréhendé à sous deux angles:

D'un côté, on a certains pays fournisseurs qui ont essayé, tant bien que mal, d'élaborer des législations pour répondre aux exigences qui ont été imposées pour résoudre les problèmes et les manquements relatifs à l'accès et au partage des bénéfices. Certains se dotés de telles législations

²⁸ Krystyna Swiderska: "The protocol requires countries to develop laws to ensure that the use of genetic resources within their jurisdiction is done with prior informed consent and on mutually agreed terms, and that it complies with benefit sharing legislation in other countries. That wording implies that the obligation rests on industrialised countries", préc., note 25.

²⁹ It is more specific than the CBD, which simply requires national measures for access and benefit sharing. And it is designed to ensure that industrialised countries use resources according to the laws made in provider countries.

³⁰ *Id.*, p. 23.

³¹ *Id.*

³² *Id.*, p. 22.

même si elles se sont avérées insuffisantes ou inadaptées tandis que d'autres n'ont pas rempli leur obligation dans ce domaine, ils n'ont tout simplement pas mis en place pareilles législations.

De l'autre, on a très peu de pays utilisateurs qui ont développé des législations nationales dans ce domaine. Il faudra préciser que la CBD est juridiquement contraignant et exige des états parties à élaborer des législations pour sa mise en œuvre. Les PF ont fait de leur mieux avec, parfois, le peu de moyens dont ils disposent tandis que la grande majorité des PU n'ont pas élaborer de telles législations. Certains auteurs tel que Krystyna SWIDERSKA n'ont pas manqué de déplorer une telle situation. Elle estime, en effet, que : « The problem is that although the CBD is legally binding, it requires countries to develop national legislation to implement it. Developing countries have done their bit but, with the exception of Norway, industrialised countries have not »³³.

Ceux qui ont adopté des mesures à un niveau national ne semblent pas enclins à les appliquer, ils l'accompagne de conditions si flexibles que les utilisateurs peuvent, sans difficulté, échapper à leur obligation de divulguer des RG et des ST dans leurs demandes de brevets. Les utilisateurs de telles ressources et de tels savoirs, ne se sentent pas obligés par une quelconque législation à procéder à un partage des bénéfices avec les fournisseurs de tels matériels. Il a été allégué que les utilisateurs de tels matériels n'ont pas été soumis à une quelconque obligation de partage des avantages. L'une des principales raisons avancée à ce sujet est qu'ils ne sont pas directement impliqués dans les activités de collectes, activités qui se font souvent par le biais d'intermédiaires. En effet, Krystyna SWIDERSKA vient, encore une fois, confirmer de telles lacunes. Elle estime que: « This has meant that users of genetic resources in industrialised countries have had no legal obligation to share any benefits, particularly as they are generally not involved in collecting genetic resources from developing countries — this is usually done by intermediaries such as universities »³⁴.

L'absence de sanctions en cas de manquements à une telle obligation vient compliquer la donne. C'est pour cela qu'il n'est pas étonnant de voir que les PF sont plus enclins à ce que les négociations se déroulent dans le cadre de l'OMC et plus précisément sur la base d'un texte plus contraignant: l'accord sur les ADPIC.

³³ SWIDERSKA Krystyna, IIED Insights: Q&A with Krystyna Swiderska on the Nagoya Protocol, November 2010, en ligne: <http://www.iied.org/natural-resources/key-issues/biodiversity-and-conservation/iied-insights-qa-krystyna-swiderska-nagoy> (consulté le 31 mai 2011).

³⁴ *Ibid.*

Le langage utilisé dans le texte du Protocole est, parfois, assez imprécis. Certaines mentions sont larges et imprécises, notamment en ce qui concerne les points de contrôle et les sanctions en cas de non-respect du Protocole. La question des sanctions a, semble-t-il été élaguée. Elle semble avoir été brièvement appréhendée lors des négociations à Nagoya. Il va sans dire qu'une telle obligation, de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets, si elle n'est pas accompagnée de sanctions effectives ne pourra pas tout simplement répondre aux aspirations des PF relatives au partage des avantages.

Le protocole laisse, malheureusement, aux états le soin de prendre les mesures appropriées pour s'assurer que le consentement des fournisseurs sur la base de termes mutuellement convenus a été donné pour l'accès. En cas de manquement, il ne semble pas y avoir de sanctions assez dissuasives pour ramener les PU à l'ordre. Interrogée sur la question qui lui était posée de savoir : «What happens if countries don't comply? Krystyna SWIDERSKA répondait: «Well, that's just it. The protocol may be legally binding but it doesn't have the bite of something like the World Trade Organisation. There are no sanctions if countries do not tow the line, just political pressure. It's true that countries have to submit national reports to the CBD but if they are not implementing the protocol all the convention can do is suggest ways to improve»³⁵. Les PF qui ont plus intérêt à ce que leur consentement soit obtenu avant d'accéder à leurs RG et à leurs ST devront faire tous les efforts nécessaires pour que les conditions d'accès soient respectées puisque c'est tout à leur avantage. Pour ce faire, il s'avère nécessaire qu'ils proposent voire qu'ils essaient d'imposer des sanctions plus effectives car le propre d'une obligation digne de ce nom ne serait-il pas la sanction ?

Mais il serait étonnant que les PU qui ont toujours été réticents à respecter et partager les bénéfices puissent en faire de même. Il ne nous semble pas que les PU soient enclins à prendre les mesures appropriées pour s'assurer que le consentement des fournisseurs a été donné pour l'accès à de tels éléments et qu'un partage des avantages en bonne et due forme soit ultimement réalisé.

Dans une telle atmosphère de manquements, devant la multiplicité des cas de violations, il n'est pas étonnant que la plupart de PF préfèrent que le cadre des négociations se fasse sur la base des accords de l'OMC.

³⁵ *Ibid.*

Pour la résolution des conflits futurs, les parties sont encouragées à s'entendre sur la juridiction à laquelle le litige sera soumis (Juridictions), les lois applicables et les méthodes alternatives de résolution des conflits telles que la médiation, l'arbitrage etc. Si dans le cadre du Protocole les parties ne sont qu'encouragées à s'entendre sur certains points relatifs à la résolution des conflits, on est d'avis qu'un système bien élaboré qui satisfasse les PF quant à leurs aspirations ne sera pas en place de sitôt.

Hormis cette exigence relative à l'accès physique, ces pays ont aussi considéré qu'il doit y avoir un lien direct entre l'invention revendiquée et la RG et/ou le ST pour que l'obligation de divulgation puisse s'appliquer. L'exigence d'un lien direct entre l'invention et de tels matériels n'a pas été posée de façon claire. Il est souvent difficile de faire la part des choses entre le lien qui serait direct et celui qui ne le serait pas. À la question de savoir quel devait être le lien entre une invention et des RG et ST, Graham Dutfield répondait en ces termes: «This is a tricky question. Clarification is badly needed of the relationship between the invention and the biogenetic resource and/or associated traditional knowledge that would render the disclosure or origin requirement applicable. In many cases, knowledge and material relevant to an invention may be manifold. Should all sources of knowledge and material be compensated no matter how distant and tangential? This would be hard to justify».³⁶

L'on est d'avis que tout type de lien aussi distant qu'il puisse être ne doit pas être pris en compte mais n'empêche qu'un lien même s'il n'a pas été direct devrait pouvoir l'être dans les cas où la RG et/ou le ST a été d'une certaine utilité dans le cadre de l'invention.

Les membres de l'UE ont, notamment, prévu cette exigence de lien direct entre l'invention et la RG dans une de leurs communications au conseil de l'accord sur les ADPIC. La RG en cause doit avoir été utilisée par le demandeur dans le cadre de l'invention faisant l'objet d'une demande de brevet. Ils estiment, ainsi, que «l'invention doit utiliser directement la ressource génétique, c'est-à-dire dépendre des propriétés particulières de cette ressource»³⁷.

³⁶ G.- DUTFIELD, «Disclosure of Origin: Time f or a Reality Check? », préc., note 12.

³⁷ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet*, préc., note 6, p. 3.

En imposant un lien direct et non pas un lien tout simplement, ces pays tentent de réduire l'obligation de divulgation à son plus petit dénominateur commun. Elle ne serait pas ainsi applicable à une invention qui aurait eu un simple lien avec une RG. Une RG aurait pu être utilisée dans le cadre d'une invention, s'avérer en définitive utile à l'invention sans pour autant y être, directement, liée³⁸. Les pays ou entités qui disposeraient d'une telle ressource ne pourraient pas bénéficier d'une quelconque rémunération au motif qu'il n'y aurait pas de lien direct entre un tel élément et l'invention revendiquée. Une telle exigence d'un lien direct risque, aussi, de limiter l'efficacité de l'obligation de divulgation comme moyen de procéder à un partage des avantages.

La délégation péruvienne a eu à déplorer une telle situation. Elle aurait souhaitée l'adoption d'une conception de l'obligation de divulgation qui soit un peu plus extensive en prenant aussi en compte l'existence d'un lien indirect. C'est dans une telle perspective qu'elle a estimé que:

À cet égard, il y a lieu à notre avis d'inclure dans les accords internationaux l'obligation pour le déposant d'une demande de brevet faisant appel de manière directe ou indirecte à des ressources biologiques ou à des savoirs traditionnels de faire connaître la source et le pays d'origine de la ressource ou du savoir utilisé pour l'invention et de prouver que l'accès à cette ressource ou à ce savoir est légal. C'est indispensable si l'on veut empêcher le piratage biologique et éviter la délivrance de "mauvais" brevets.³⁹

Pour ce qui est des ST, les PU, ceux de l'UE entre autres, partent du postulat que le ST est de nature intangible et, en tant que telle, l'obligation ne peut pas être basée sur un accès physique⁴⁰. Ils proposent, dès lors, qu'au lieu de déclarer l'origine d'un ST, que le demandeur en déclare la source⁴¹ spécifique et ce à condition qu'il sache que l'invention soit directement basée sur ce ST. Le recours à une telle condition a permis à ces pays d'exclure l'exigence de divulguer l'origine des ST et de la remplacer par une déclaration de la source de tels éléments. Une telle conception est contraire à certaines recommandations qui ont été, parfois, formulées relativement à ces ST, notamment à celle

³⁸ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, neuvième session, Genève, 24-28 avril, 2006, *SYSTEME DES BREVETS ET RESSOURCES GENETIQUES*, Document présenté par le Japon, WIPO/GRTKF/IC/9/13(20 avril 2006), p. 10 et 15.

³⁹OMPI, Comité Intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, Onzième session, Genève, 3-12 juillet 2007, *L'expérience du Pérou en matière de lutte contre la biopiraterie*, préc., note 46, Annexe p. 11.

⁴⁰ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet*, préc., note 6, p. 3.

⁴¹ *Id.*

que l'on retrouve dans la décision VI/24 par laquelle les parties étaient encouragées à divulguer l'origine des ST.

L'inventeur qui aura utilisé un ST dans son invention devra en déclarer l'origine dans sa demande de brevet. Certains pays membres de l'UE ont eu à préciser, dans un avis émis au comité intergouvernemental, que les ST sont par nature intangibles et que l'obligation de divulgation ne saurait, par conséquent, être fondée sur un accès physique. Ils proposent donc d'approfondir l'analyse de la question des ST afin d'assurer la sécurité juridique et se réfèrent pour la divulgation des ST connexes à l'article 8j de la CDB qui prévoit l'obligation de respecter, préserver et maintenir les CT. Ces débats autour de certaines notions et de telles considérations nous semblent être constitutifs de manœuvres dilatoires dont ces pays usent dans le but de retarder les débats dans ce domaine. Toujours selon la conception de ces pays, l'obligation de divulgation des ST doit, aussi, être basée sur un accès physique et un lien direct.

Une invention qui a été directement basée sur des ST associés à des RG sera, aussi, soumise à l'exigence de divulgation. Les PF aussi bien que les PU ont proposé, dans ce domaine, des conditions qui sont loin d'être similaires. Les premiers semblent témoigner d'une largesse inouïe concernant ces conditions d'application de l'obligation aux ST tandis que les seconds ont adopté des conditions qui sont plutôt restrictives.

Il nous semble difficile de faire le lien entre le fait que l'obligation ne puisse pas être basée sur un accès physique et le fait de déclarer, en conséquence, la source d'un ST qui a été utilisé dans une invention faisant l'objet d'une demande de brevet. Un inventeur peut avoir eu recours à un ST sans y avoir accédé physiquement, il n'empêche que ce ST puisse parfois être d'un grand concours, d'une certaine utilité dans le cadre de l'élaboration de son invention. Un inventeur aurait pu utiliser une information sur un ST qu'il aurait obtenu à partir d'une recherche à travers la littérature⁴², information qui pourrait s'avérer déterminante dans le cadre son invention.

Si l'on suit ces pays dans leur raisonnement, il n'y aurait pas d'accès physique dans une telle hypothèse car l'inventeur aurait pris connaissance d'un tel savoir suite à une recherche à travers la littérature. Il ne devrait pas, dans ce cas, déclarer l'origine du ST mais plutôt sa source. Devrait-il

⁴² G. DUTFIELD, «Thinking aloud on Disclosure of Origin», », (2005), préc., note 16.

déclarer comme source du ST: une recherche à travers la littérature, le ou les pays qui sont mentionnés dans la littérature? Il y aurait de fortes chances que les détenteurs d'un tel ST ne bénéficieront pas, en définitive, d'un partage des avantages résultant, pourtant, de l'utilisation de leur ST qui a pu être d'une certaine utilité à l'inventeur. Une telle solution ne nous paraît aucunement juste et équilibrée; elle nous semble, plutôt, relever de la mauvaise foi. Pour des raisons de justice sociale, l'on est d'avis qu'un mécanisme pour compenser ces populations devrait être élaboré dans de telles situations.

La source pourrait être, comme d'aucuns le pensent dans certains cas, plus précise et permettre d'éviter les conflits de pluralité de «communautés d'origine» mais elle peut, aussi, donner lieu à des cas de fraudes de la part de certains inventeurs. Certaines sources ne donnant pas lieu à un partage des avantages, ces derniers pourraient en profiter pour déclarer une source quelconque à la place de l'origine d'un ST pour justement éviter d'être soumis à un partage des avantages.

Les mêmes problèmes qui se posaient dans le domaine des RG concernant la nature du lien entre l'invention et les matériels en cause se posent, aussi, dans le domaine des ST. Ces pays de l'ancienne CE proposent de n'exiger du demandeur de brevet qu'il ne déclare la source spécifique du ST qu'à la condition qu'il sache que l'invention est directement basée sur ce ST⁴³.

Pour que l'obligation de divulgation puisse s'appliquer à un ST utilisé dans le cadre d'une invention, ces pays exigent, aussi, qu'il y ait eu un lien direct entre l'invention et le ST. L'invention doit être directement basée sur le ST en cause faute de quoi l'obligation de divulgation ne sera pas applicable et un partage des avantages ne pourra pas être opéré. Le demandeur de brevet aurait pu avoir utilisé un ST dans son invention sans que celle-ci ne soit directement basée sur ce ST, savoir qui peut, néanmoins, lui être d'une certaine utilité. La question qui nous vient à l'esprit est la suivante: comment une telle situation devrait être réglée? Une invention pourrait, dans une certaine mesure, être basée sur un ST sans qu'il n'y ait eu de lien direct.

Les auteurs et initiateurs de telles propositions ont estimé qu'au cas où l'inventeur ignorerait que l'invention est directement basée sur le ST en cause, il ne sera point obligé d'en déclarer la source. L'utilisateur pourrait déclarer ne pas connaître la source du ST auquel il aurait eu recours dans le

⁴³ OMPI, Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, quatorzième session, Genève, 6 juin au 10 juin, 2005, *Divulgation de l'origine ou de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels connexes dans les demandes de brevet*, préc., note 6, p. 3.

cadre de son invention sans qu'une telle déclaration ne soit véridique, son intention pouvant être de commettre une fraude. Cette déclaration n'est pas obligatoire dans les situations où le demandeur de protection par brevet déclare ne pas connaître l'origine d'un ST qu'il a eu à utiliser dans son invention. Le demandeur qui voudrait se soustraire à une telle obligation ne fera pas toujours les efforts nécessaires pour rechercher une telle information. Ne se sentant pas lié par une quelconque obligation de déclarer la source, il pourrait tout simplement prétendre ne pas connaître la source du ST qu'il a utilisé dans son invention.

Avec le développement des moyens de communication, il est difficile de croire, de nos jours, qu'un demandeur qui se soit adonné à des recherches si minimes qu'elles puissent être sur l'origine ou la source de RG et/ou de ST puisse en ignorer la provenance. Ces pays, par le biais des offices de brevets, entre autres, posent des conditions qui sont tellement limitatives qu'elles risquent de restreindre l'efficacité potentielle de l'obligation de divulgation telle que le proposent les autres parties concernées, les principaux fournisseurs en l'occurrence.

Pour les cas de manquements à l'obligation de divulgation, ces pays utilisateurs ont proposé des sanctions qui sont élaborées en dehors du droit des brevets. Le demandeur aura toujours la possibilité de soumettre des informations complémentaires lorsque celles qu'il avait, auparavant, soumises venaient à être considérées incomplètes. A la soumission d'information incorrecte ou incomplète ces pays attribuent la conséquence principale qu'elle ne devra pas avoir un effet sur la validité d'un brevet déjà délivré ou sur son efficacité. Ils justifient une telle approche par des raisons liées à la sécurité juridique. Le détenteur d'un tel titre de protection devrait être en mesure de jouir, paisiblement, des droits qu'un tel titre est supposé lui conférer. Si l'on devait toucher à la validité du brevet, le titulaire d'un tel titre risquerait de faire face à des incertitudes, notamment, parce que les droits attachés à un tel titre pourraient être suspendus pendant la durée des contestations. Le détenteur d'un tel titre doit, certes, pouvoir bénéficier d'une jouissance relativement paisible de ses droits mais il se doit, aussi, de respecter les obligations qui lui incombent dans ce domaine, telle que l'exigence de divulguer l'origine des RG et des ST. L'on estime que les fournisseurs de tels éléments y gagneraient aussi car leurs opportunités de partage des avantages seraient plus probables dans une telle atmosphère de sécurité juridique.

L'élaboration de sanctions qui seraient applicables en cas de non respect d'une telle obligation de divulgation est toujours d'actualité. Elle fait partie des points de discordance dans le cadre des négociations actuelles. Certains auteurs n'ont pas manqué de rappeler un tel fait:

Among the remaining unsettled issues of a new legal framework for access to genetic resources are the consequences of violating ABS law on any granted patents and the responsibility for applying these sanctions. This stems from the pending negotiations in the WTO and CBD, as well as from the concerns of those who fear a lack of protection for innovation products.⁴⁴

Ces PU recommandent, enfin, que la détermination du caractère et du niveau de sanction requis incombe aux États, individuellement. Nous sommes d'avis que certains pays utilisateurs pourraient tenter d'imposer leurs points de vue aux fournisseurs et proposer des sanctions moins sévères et dissuasives pour régir les cas de violations à l'obligation de divulgation. C'est ce qui s'est produit et continue de se produire avec les États-Unis qui règlent, généralement, les problèmes relatifs à l'accès et au partage des avantages dans le cadre de contrats et d'accords bilatéraux qu'ils signent avec certains PF de tels matériels.

4. Conclusion

Fournisseurs et utilisateurs de RG et de ST ont eu et ont encore du mal à trouver un consensus sur certaines caractéristiques de l'obligation de divulgation, les conditions ainsi que les modalités d'application. Cette obligation est, en effet, conçue pour devoir s'appliquer différemment selon les différents acteurs en présence. Certains pays pensent que l'obligation devrait avoir un caractère volontaire, d'autres pensent qu'elle devrait avoir un caractère obligatoire.

L'obligation de divulguer l'origine des RG et des ST dans les demandes de brevets, telle qu'elle est actuellement appliquée, ne constitue pas un moyen pertinent qui permettrait d'en arriver à un partage juste et équitable des avantages. Les PF avaient, semble-t-il, fait état de leur volonté de passer par l'étape d'un Protocole sur les ABS, ils ont, en quelque sorte, gagné une partie de ce qu'on aurait pu considérer comme une bataille. Le protocole de Nagoya apporte certes quelques éléments nouveaux en la matière, éléments que l'on pourrait caractériser d'avancées assez timides mais à ces PF, il faudra beaucoup de

⁴⁴ Eduardo VÉLEZ, «Brazil's Practical Experience with Access and Benefit Sharing and the Protection of Traditional Knowledge», ICTSD Project on Genetic Resources, policy brief Number 8, June 2010, p. 4.

persévérance, de ténacité et de pouvoirs de négociation et de persuasion des plus inouïes pour espérer en arriver à une insertion d'une obligation de divulgation dans le cadre de l'accord sur les ADPIC.

Centre for International Sustainable Development Law (CISDL)

The Centre for International Sustainable Development Law (CISDL) is an independent legal research institute that aims to promote sustainable societies and the protection of ecosystems by advancing the understanding, development and implementation of international sustainable development law.

As a charitable foundation with an international Board of Governors, CISDL is led by 2 Directors, and 9 Lead Counsel guiding cutting-edge legal research programs in a fellowship of 120 legal researchers from over 60 developing and developed countries. As a result of its ongoing legal scholarship and research, the CISDL publishes books, articles, working papers and legal briefs in English, Spanish and French. The CISDL hosts academic symposia, workshops, dialogues, and seminar series, including legal expert panels parallel to international treaty negotiations, to further its legal research agenda. It provides instructors, lecturers and capacity-building materials for developed and developing country governments, universities, legal communities and international organisations on national and international law in the field of sustainable development. CISDL members include learned judges, jurists and scholars from all regions of the world and a diversity of legal traditions.

With the International Law Association (ILA) and the International Development Law Organization (IDLO), under the auspices of the United Nations Commission on Sustainable Development (UN CSD), CISDL chairs a Partnership on 'International Law for Sustainable Development' that was launched in Johannesburg, South Africa at the 2002 World Summit for Sustainable Development to build knowledge, analysis and capacity about international law on sustainable development. Leading CISDL members also serve as expert delegates on the International Law Association Committee on International Law on Sustainable Development. For further details see www.cisdl.org