



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*BIODIVERSITE ET PROPRIETE INTELLECTUELLE A LA RECHERCHE D'UN MODELE  
JURIDIQUE*

ALEXANDRA MENDOZA-CAMINADE

Référence de publication : Revue Le Lamy Droit de l'immatériel, N° 105, 1er juin 2014

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## *BIODIVERSITE ET PROPRIETE INTELLECTUELLE A LA RECHERCHE D'UN MODELE JURIDIQUE*

I. - LE DROIT DE LA BIODIVERSITÉ : UN DOMAINE JUSQU'À PRÉSENT PRIVATISÉ GRÂCE AU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE A. - De la bioprospection à la biopiraterie : le règne du brevet d'invention

I. - LE DROIT DE LA BIODIVERSITÉ : UN DOMAINE JUSQU'À PRÉSENT PRIVATISÉ GRÂCE AU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE B. - L'inefficacité des contrats pour rétablir l'équilibre

II. - LA FUTURE RÉGULATION INÉDITE DE LA BIOPROSPECTION : VERS UNE BIODIVERSITÉ SANCTUARISÉE ? A. - Le nouveau système européen de la biodiversité

II. - LA FUTURE RÉGULATION INÉDITE DE LA BIOPROSPECTION : VERS UNE BIODIVERSITÉ SANCTUARISÉE ? B. - Le projet français de loi, facteur de clarification ?

Si le droit de la biodiversité apparaît jusqu'à présent comme un domaine privatisé par les sociétés utilisatrices au moyen du droit de la propriété industrielle, une évolution se dessine en Europe et en France au travers d'une nouvelle régulation de la bioprospection qui pourrait conduire à sanctuariser de manière excessive la biodiversité. Tel est le sens de la présente analyse.

En raison des progrès de la recherche en matière de biotechnologies, la brevetabilité du vivant suscite la polémique, et particulièrement celle des ressources génétiques. Par leur richesse, les ressources génétiques sont à la base de l'innovation dans de nombreux domaines industriels. Ainsi, au niveau international, de 25 % à 50 % des médicaments seraient issus des ressources génétiques et, en 2010, 9 % des brevets européens étaient issus des ressources génétiques (1). Les composantes génétiques des végétaux, des animaux mais aussi les différentes molécules présentes dans ces êtres vivants peuvent être brevetées. La privatisation du vivant est l'une des caractéristiques de l'évolution de la propriété intellectuelle dans les sociétés occidentales (2). À cette fin, les chercheurs et les institutions ou les entreprises qui les financent dans les pays du nord utilisent parfois la biodiversité très riche présente dans les pays du sud : ils y trouvent des plantes, des animaux, des micro-organismes dont le potentiel génétique peut se révéler particulièrement attractif d'un point de vue scientifique, et leur permettre ensuite la fabrication de semences, de produits cosmétiques ou encore de médicaments (3).

Cette démarche de prospection biologique est appelée bioprospection et elle constitue un enjeu particulièrement important pour des secteurs qui recourent à la biodiversité comme source d'innovation, notamment pour les industries pharmaceutique, cosmétique et agroalimentaire. Ainsi, des entreprises et des laboratoires de recherche mettent à profit les connaissances traditionnelles ou des connaissances issues de l'étude d'échantillons biologiques fournis par des communautés. Après les avoir analysés, ils revendiquent sur ces éléments des droits de propriété, notamment par le biais du brevet d'invention (4). Longtemps ces populations ont été dépourvues de toute compensation, avant que la question de la légitimité ne soit posée. À

l'échelle mondiale, 90 % des ressources naturelles se situent au sud de la planète, tandis que 97 % des brevets tirés de l'exploitation de ces ressources sont détenus par des agents économiques du nord (5) . Or cette prospection a donné lieu à de nombreux excès dans les pays du sud où le savoir que certaines communautés ont accumulé pendant des siècles a pu être exploité à des fins commerciales au détriment des populations locales qui ne disposent guère de solutions juridiques pour s'y opposer. En effet, des entreprises ont pu piller des ressources biologiques et des connaissances traditionnelles qui y sont associées pour obtenir des brevets d'invention (6) . Or les populations auprès desquelles ont été effectuées ces collectes n'étaient pas consultées et ne bénéficiaient d'aucune compensation alors même qu'elles pouvaient être à l'origine de ces connaissances ; au-delà de la négation de leur apport en matière de biodiversité (7) , ces populations pouvaient même être contraintes à renoncer à l'exploitation de leurs ressources et de leurs connaissances en raison de l'existence de droits de propriété intellectuelle.

De tels excès ont justifié l'adoption en 1992 de la Convention sur la diversité biologique (CDB) dont l'objectif est de réguler la bioprospection et de lutter contre l'extinction des espèces. Le Protocole de Nagoya, adopté dans le cadre de la 10<sup>e</sup> conférence des parties à la Convention de Rio sur la biodiversité le 29 octobre 2010, a été signé par la France le 20 septembre 2011, et devrait entrer en vigueur fin 2014, ou 2015. Ce protocole crée un engagement en matière d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages découlant de leur utilisation. Le but est à la fois de préserver la biodiversité et d'introduire plus d'équité dans les relations entre le nord et le sud. Il s'agit des principaux textes internationaux en la matière, mais d'autres textes sont applicables, comme l'Accord sur les aspects des droits de propriété incorporelle qui touchent au commerce du 15 avril 1994 (8) , et plusieurs organisations interfèrent sur cette question : la Conférence des parties (COP) de la CDB (9) , l'OMC, l'OMPI ou encore l'Organisation pour l'alimentation et l'agriculture (FAO). La multiplication de textes alliée à l'intervention d'organismes concurrents ne favorise pas la clarté de la matière (10) . L'analyse du régime actuel de l'accès et de l'utilisation des ressources génétiques conduit à appréhender le mode d'élaboration de ce régime et les effets qu'il engendre pour les acteurs concernés et en particulier les États dits « *fournisseurs* ». Il apparaît qu'une liberté de collecte et d'utilisation a été *de facto* octroyée aux sociétés utilisatrices, malgré l'élaboration de conventions internationales sur les ressources génétiques, en raison de l'absence d'effets coercitifs de ces normes juridiques. Aussi les contrats que les utilisateurs concluent avec les fournisseurs ne sont-ils pas soumis actuellement à des exigences précises en termes de modalités d'accès et de partage des ressources et des connaissances traditionnelles. Des évolutions sont donc nécessaires afin que les principes posés par les conventions internationales puissent être appliqués de manière effective en la matière. Le droit de la biodiversité apparaît jusqu'à présent comme un domaine privatisé par les sociétés utilisatrices au moyen du droit de la propriété industrielle (I), mais une évolution se dessine en Europe et en France au travers d'une nouvelle régulation de la bioprospection qui pourrait conduire à sanctuariser de manière excessive la biodiversité (II).

## I. - LE DROIT DE LA BIODIVERSITÉ : UN DOMAINE JUSQU'À PRÉSENT PRIVATISÉ GRÂCE AU DROIT DE LA PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE

À défaut de normes internationales contraignantes et en l'absence de législation nationale spéciale de l'État dont les ressources sont concernées, la situation est paradoxale puisqu'il existe une prise en compte internationale mais dénuée d'effets pratiques. L'absence de cadre réglementaire a permis la marchandisation des ressources biologiques et des connaissances traditionnelles au détriment de la protection de la biodiversité. Il est donc possible de s'approprier ces ressources dans le cadre d'une activité de bioprospection ou de biopiraterie grâce notamment aux brevets d'invention (A), ainsi qu'au moyen des contrats de bioprospection (B).

### A. - De la bioprospection à la biopiraterie : le règne du brevet d'invention

Adoptée en 1992, la Convention sur la diversité biologique (CDB) a pour objectif la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques. L'article 8, b), de la CDB impose notamment un consentement préalable, libre et éclairé des peuples autochtones de l'utilisation des ressources génétiques qu'ils détiennent. Ces objectifs furent ensuite précisés par le Protocole de Nagoya adopté le 29 octobre 2010. Il s'agit pour les États signataires de la CDB de mettre en place un système d'autorisation d'accès aux ressources génétiques et d'instaurer un partage des bénéfices résultant des utilisations réalisées de ces ressources. Or cette convention est dépourvue de mécanismes de sanctions. Chaque État dispose des droits sur les ressources de son territoire et a la responsabilité de protéger ses ressources et la diversité biologique sur son territoire.

Dès son préambule, la Convention sur la diversité biologique réaffirme que « *les États ont des droits souverains sur leurs ressources biologiques, (...) que les États sont responsables de la conservation de leur diversité biologique et de l'utilisation durable de leurs ressources biologiques* ». Ce sont ensuite les articles 3 et 15 qui posent le principe de souveraineté des États sur leurs ressources naturelles en précisant respectivement que, « *conformément à la Charte des Nations unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement (...). Étant donné que les États ont le droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles, le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements et est régi par la législation nationale* ».

À l'échelle nationale et en application de la CDB, certains pays dotés d'une riche biodiversité ont adopté des normes régionales ou nationales spécifiques en matière d'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles. Ces États ont élaboré un encadrement des activités de bioprospection par le recours à des lois et/ou le recours aux contrats, ce type de réglementation étant en général assez restrictif pour les prospecteurs. C'est le cas de certains pays africains ou d'Amérique latine, telle l'Argentine, ou encore de

la Communauté andine des nations (CAN). C'est le cas de certains pays dits « *mégadivers* » dont la caractéristique commune est la richesse de la diversité biologique.

Mais, au niveau international, la signature dans le cadre de l'OMC, le 15 avril 1994, de l'Accord sur les aspects des droits de propriété incorporelle qui touchent au commerce a conduit à l'harmonisation des droits de propriété intellectuelle par la reconnaissance d'un niveau minimal de protection des droits de propriété intellectuelle pour les États signataires : aussi, pour les États qui n'en étaient pas dotés ou qui l'étaient faiblement, cet accord a conduit à la reconnaissance du modèle de la propriété intellectuelle. S'agissant de ressources génétiques, les États doivent notamment proposer une protection par la voie du brevet d'invention, là où certains pays en développement interdisaient la brevetabilité du vivant et donc des ressources génétiques (11) . Le brevet d'invention apparaît donc comme l'instrument privilégié pour la réservation de ressources génétiques. Il en résulte pour les titulaires de brevet une protection efficace des droits des titulaires de brevet par chaque État membre.

Cependant, l'obtention de droits de propriété industrielle relatifs à des ressources génétiques dans des pays en voie de développement par des entreprises occidentales a pu générer des conséquences négatives pour les populations concernées. Un rapport de force inégalitaire entre les pays du nord et les pays du sud a découlé de l'application de la propriété intellectuelle : les peuples autochtones de ces pays ont en général une relation à la nature et des conceptions totalement différentes de celles des pays occidentaux qui privilégient une approche en termes de propriété « *individualiste* » (12) . Il en résulte que la brevetabilité du vivant a permis à des entreprises l'obtention de brevets sur des éléments essentiels de plantes et/ou sur des connaissances associées à des plantes. Des entreprises étrangères déposent des brevets sur des ressources détenues par ces populations et sur des connaissances mises au point depuis de nombreuses générations sans l'accord ni la rémunération de leurs détenteurs. Le résultat conduit à interdire aux peuples autochtones l'utilisation de la plante en l'absence d'autorisation du titulaire du brevet.

Outre un effet d'exclusion induit par le monopole de propriété intellectuelle (13) , le système du brevet conduit à nier tout bénéfice pour les peuples autochtones : ces derniers ne retirent aucun avantage du système alors même qu'ils peuvent parfois être à l'origine de la découverte de la ressource ou qu'ils ont mis au point des connaissances traditionnelles associées (14) . Cette impossibilité de tirer avantage du brevet obtenu sur une ressource issue de leur territoire illustre la fragilité des peuples autochtones victimes d'une spoliation de leurs ressources et connaissances. Cette démarche qualifiée de « *biopiraterie* » a pu être comparée par certains auteurs à une forme de colonialisme ou encore de féodalisation.

La biopiraterie a été définie comme « *pratique consistant à déposer des brevets sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques de peuples autochtones et à commercialiser leur utilisation sans autorisation des pays d'origine* » (15) . Le résultat est la confiscation des richesses par l'appropriation du vivant et son utilisation à des fins commerciales. Certaines communautés autochtones ont engagé des

procédures afin de faire invalider des brevets demandés ou obtenus notamment par des entreprises pharmaceutiques sur des ressources biologiques ou des savoirs leur appartenant. L'affaire du brevet relatif au curcuma en est une illustration : un brevet 5 401 504 avait été délivré par les États-Unis d'Amérique pour une revendication concernant « *une méthode propre à faciliter la cicatrisation d'une blessure, consistant essentiellement en l'administration au patient d'un agent cicatrisant constitué d'une quantité efficace de poudre de curcuma* » (16) . Les déposants reconnaissaient que l'utilisation du curcuma en médecine traditionnelle était déjà connue pour le traitement de différentes entorses et inflammations. L'office de délivrance du brevet a, dans un premier temps, considéré que l'invention était bien nouvelle avant de changer de position après avoir consulté une documentation complémentaire établissant que l'invention revendiquée était un savoir traditionnel déjà connu. Le brevet fut donc invalidé. Mais de telles procédures sont lourdes à mettre en œuvre et le résultat n'est pas toujours positif (17) . Le déséquilibre au détriment des populations concernées qui subissent le modèle de la propriété intellectuelle est flagrant. Aussi, afin de mettre en œuvre le principe de l'équité, la Convention sur la diversité biologique a incité les protagonistes à utiliser la voie contractuelle au moyen de ce que l'on appelle « *les contrats de prospection* » ou encore « *les contrats de bioprospection* ».

#### B. - L'inefficacité des contrats pour rétablir l'équilibre

La CDB a promu le contrat comme modèle de protection de la biodiversité : elle en a fait un instrument fondamental d'organisation des relations portant sur les ressources et les connaissances. L'article 15 de la CDB impose en effet deux conditions essentielles concernant l'accès et la commercialisation des ressources que le contrat doit respecter : il s'agit du consentement préalable des fournisseurs des ressources et du partage juste et équitable des bénéfices découlant de l'utilisation commerciale de ces ressources. Le contrat permet donc de procéder à la réservation privative de ces éléments et d'en régler la dévolution.

Lorsqu'il n'existe pas de dispositif légal de protection, le contrat apparaît comme un instrument simple à mettre en œuvre qui permet aux communautés concernées de transférer des droits sur des ressources ou des éléments de savoir qu'elles détiennent (18) . Les contrats peuvent alors être vecteurs d'équité (19) et procéder à un rééquilibrage du rapport de force existant entre les utilisateurs et les détenteurs de ressources.

*La brevetabilité du vivant a permis à des entreprises l'obtention de brevets sur des éléments essentiels de plantes et/ou sur des connaissances associées à des plantes*

Cependant, les accords signés entre des entreprises et des communautés ethniques ne constituent pas la garantie d'une coopération pertinente ni d'un partage équitable des bénéfices. Bien souvent, le prospecteur veut pouvoir se réserver la propriété des composants utiles à son activité et l'impose dans des clauses relatives à la propriété industrielle. Le partage des avantages est parfois différé dans le temps et la réalité de ce partage n'est pas toujours avérée, ce qui atteste bien sûr du fragile équilibre contractuel.

Dans de nombreux cas, le rapport inégalitaire entre les parties nuit à l'équilibre des droits au contrat, et en conséquence à la préservation des ressources et des connaissances traditionnelles ; les communautés se voient en outre imposer une obligation de confidentialité sur le contenu du contrat, ce qui engendre une opacité des pratiques contractuelles dans cette matière. En outre, la pratique a souvent démontré l'inefficacité de ces contrats de bioprospection en termes de partage des résultats de la recherche et des bénéfices, voire leur manipulation par certaines entreprises qui endossent ainsi le « costume » de la légalité promue par la CDB. L'intérêt de l'instrument contractuel est loin d'être établi et le contrat n'apparaît pas comme un instrument de protection des droits des communautés autochtones et de la biodiversité.

L'une des voies explorées pour préserver ces ressources et ces savoirs pourrait être la propriété intellectuelle : les ressources biologiques des communautés autochtones et leurs connaissances traditionnelles seraient l'objet d'un droit de propriété intellectuelle, ce qui conférerait à leurs détenteurs un monopole et une exclusivité interdisant à tout tiers d'user de leur ressource sans leur autorisation. En cas d'atteinte au droit, une action en contrefaçon pourrait être exercée. Les accords internationaux tels que l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Organisation mondiale du commerce ou la Convention sur la diversité biologique ont laissé aux États la possibilité de protéger le savoir par des droits privatifs. Mais les droits de propriété intellectuelle ne sont pas considérés comme adaptables aux ressources biologiques ou aux connaissances traditionnelles (20) , notamment en raison de la divulgation publique de ces connaissances (21) . Des représentants de peuples autochtones ont revendiqué la création en droit international d'un droit *sui generis* consacrant une nouvelle forme de propriété intellectuelle sur les ressources et leurs connaissances, mais l'idée bien que pertinente n'a pas abouti y compris au sein de l'OMPI (22) : le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle poursuit ses travaux et ses négociations sur le sujet depuis plus d'une dizaine d'années pour élaborer un droit *sui generis* apte à assurer une protection adaptée aux détenteurs de connaissances traditionnelles.

Pourtant, une autre voie nous paraît plus pertinente pour protéger les ressources biologiques et les savoirs traditionnels : il s'agit de la mesure consistant à les recenser et à les publier. L'Inde utilise cette voie et a constitué une importante base de données recensant les savoirs traditionnels indiens : il s'agit de la *Traditional Knowledge Digital Library* (TKDL) qui permet aux offices de brevet du monde entier, tel l'Office européen des brevets, d'accéder à l'état antérieur de la technique tel qu'il résulte de ce recensement. En pratique, les offices de brevets qui souhaitent pouvoir consulter cette base de données doivent signer un accord de non-divulgence des informations fournies par la TKDL et doivent également s'assurer de la sécurité et de l'invulnérabilité de leurs systèmes informatiques. En outre, il existe également en Inde les *People's Biodiversity Registers* (PBR) qui sont des registres de village relatifs aux savoirs traditionnels. Ces PBR sont intégrés à la TKDL : le recensement des savoirs constitue une piste pertinente conduisant à annihiler toute

possibilité postérieure de déposer un brevet sur de telles connaissances. Par ses nombreuses initiatives en la matière, l'Inde démontre une forte volonté politique de préserver ses connaissances traditionnelles et l'efficacité de ses actions peut constituer un modèle d'inspiration pour d'autres pays. En effet, la pratique contractuelle, dans laquelle s'inscrit le partage des ressources et des connaissances dans la plupart des États, n'a pas apporté des résultats satisfaisants permettant de supprimer le déséquilibre existant au détriment des fournisseurs de ressources : il en résulte une privatisation des ressources biologiques au travers du contrat que l'utilisateur passe avec le fournisseur, grâce aux droits de propriété industrielle et notamment grâce au brevet d'invention que l'utilisateur obtiendra sur les éléments utiles pour son activité commerciale. Cette situation justifie la nécessité d'une intervention juridique pour réguler la biodiversité et pour lutter contre la biopiraterie (23) . C'est pourquoi le *corpus* international en la matière doit être complété afin d'instaurer des règles juridiques contraignantes à la charge des prospecteurs.

## II. - LA FUTURE RÉGULATION INÉDITE DE LA BIOPROSPECTION : VERS UNE BIODIVERSITÉ SANCTUARISÉE ?

Au-delà des principes fixés par la CDB se posait la question de la mise en pratique de ces règles. À l'échelle européenne, le règlement européen adopté le 16 avril 2014 met en place un nouveau système européen de la biodiversité (A), alors que la France va très prochainement se doter d'une loi en la matière (B).

### A. - Le nouveau système européen de la biodiversité

L'Union européenne a adopté, le 16 avril 2014, un règlement européen n° 511/2014 (24) (24) 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 utilisation. L'Union européenne a également procédé à la ratification du Protocole de Nagoya par une décision du 14 avril 2014 (25) . Par cette volonté politique forte, l'Union européenne a opéré la transcription en droit européen des grandes règles affirmées par la CDB et par le Protocole de Nagoya en instaurant un encadrement de l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles qui y sont associées, ainsi qu'un partage des avantages découlant de leurs utilisations qui se veut juste et équitable. Le règlement s'appliquera directement en matière d'accès et de partage des ressources et connaissances, mais chaque État reste souverain sur ses propres ressources génétiques (26) .

Le texte ne définit pas la biopiraterie, mais les ressources génétiques auxquelles on a accédé illégalement, que ce soit au niveau de l'extraction, de l'utilisation et/ou de la commercialisation de ces ressources et/ou des savoirs associés. Or, selon le règlement, une ressource génétique est constituée par le matériel génétique d'origine végétale, animale, microbienne ou autres, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité. Les connaissances traditionnelles peuvent être détenues par des communautés autochtones ou locales. Le critère retenu par le texte pour son application est celui de l'accès mais aussi celui de l'utilisation de la ressource génétique ou du savoir traditionnel associé : ainsi, une nouvelle utilisation d'une ressource

acquise à une période antérieure à l'entrée en vigueur du texte permet de mettre en œuvre les obligations des utilisateurs. Il en va ainsi d'une molécule utilisée pour mettre au point un nouveau médicament. Il s'opère, par le biais du critère de l'utilisation, une application du texte à toutes les ressources antérieurement collectées, ce qui confère une efficacité redoutable à cette réglementation. De très nombreuses ressources, acquises de longue date, seront donc visées par ce règlement. La traçabilité est de la sorte assurée.

S'agissant des obligations des utilisateurs, le texte affirme tout d'abord le principe de diligence raisonnée. Les utilisateurs ont l'obligation de vérifier que l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles est conforme à la législation, et également que les avantages sont partagés de manière équitable « sur la base d'un accord commun ». Par cette bonne diligence, il s'agit de s'assurer que les utilisateurs respectent bien la législation. Les utilisateurs devront par ailleurs obtenir un certificat international de conformité afin d'empêcher un accès illégal à ces ressources.

Les États membres devront désigner des autorités chargées de vérifier le respect de leurs obligations par les utilisateurs. En cas de non-respect de la législation par les utilisateurs, ces autorités devront également mettre en place des sanctions qui ne sont pas encore précisées. La Commission aura la charge d'un registre européen répertoriant les collections.

La structure du texte reflète bien la volonté politique et le nouveau rapport de force découlant de ce régime : l'article 4 relatif aux obligations des utilisateurs est le plus long et le plus détaillé du règlement. Il va en résulter un processus lourd à la charge des entreprises désireuses d'accéder à des ressources biologiques. L'entrée en vigueur du règlement a été prévue pour le 9 juin 2014, mais il ne sera toutefois applicable qu'à partir de la date d'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya. En France, un projet de loi qui traite de manière large de la biodiversité vient s'ajouter au dispositif existant.

#### B. - Le projet français de loi, facteur de clarification ?

La France aurait pu ne pas réglementer l'accès à ses ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées. Mais elle a fait le choix contraire car elle est concernée à la fois en tant que fournisseur de ressources naturelles et en tant qu'utilisateur : elle est en effet un utilisateur important du fait des très nombreux organismes de recherche publics et privés, ainsi que du fait des secteurs industriels liés à la biodiversité. Elle est par ailleurs un détenteur de ressources, notamment grâce aux territoires d'outre-mer. Les ressources biologiques de la France peuvent donc être prospectées et biopiratées. Cette position particulière de la France justifie qu'elle soit pionnière en la matière d'autant que la France a vocation à devenir « un État exemplaire en matière de reconquête de la biodiversité » (27) .

Or le principe de souveraineté de l'État sur les ressources génétiques relève de l'article L. 110-1, I, du Code de l'environnement en vertu duquel « *les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation* » (28) . Cette affirmation conduit à une

confrontation de cette notion de « *patrimoine commun de la nation* » avec le droit de propriété individuel. En application de cet article, l'État français va adopter des mesures essentielles pour permettre de protéger les ressources naturelles et les espèces et pour lutter efficacement contre la biopiraterie.

Le projet de loi biodiversité publié, le 26 mars 2014, (29) sera présenté en première lecture à l'Assemblée nationale le 24 juin 2014. Le dispositif projeté est constitué de trois volets, à savoir : l'accès pour une utilisation en recherche et développement (R&D), le partage des avantages, selon la nature de l'utilisation prévue et la conformité qui consiste pour l'utilisateur à établir son respect du Protocole et du dispositif applicable. Articulé autour de six titres, ce texte vise tout d'abord à mieux concilier les activités humaines et la biodiversité. Il opère ensuite une refonte de la gouvernance nationale et régionale et crée une Agence française pour la biodiversité (30) . Le projet vise également à renforcer la lutte contre le trafic d'espèces et le commerce d'espèces sauvages, et également à protéger les espaces naturels et les espèces sauvages ; en particulier, l'espace maritime français qui représente le deuxième espace maritime mondial fait l'objet de mesures spéciales de protection. Le projet propose également de prendre en compte l'ensemble des paysages afin d'en préserver la qualité. Mais ce projet contient surtout un titre 4 consacré à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages (31) .

*La France aurait pu ne pas réglementer l'accès à ses ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées*

Ce dernier aspect du partage constitue l'élément central du texte qui impose le partage des bénéfices retirés des ressources génétiques, qu'elles soient sauvages, domestiquées ou cultivées. L'objet de cette loi entièrement consacrée à la biodiversité est extrêmement large : il intègre notamment dans le champ d'application du dispositif les pathogènes du corps humain. Se pose alors la question de la réservation de ces pathogènes ainsi que des bactéries de la flore commensale d'une personne qui devraient lui appartenir. Ce texte permettra-t-il de clarifier la situation ? L'un des objectifs affichés est en effet de « *garantir un cadre juridique clair à la recherche et développement (R&D) sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées à ces ressources génétiques, sur le territoire français* » (32) .

Ce texte met en place un mécanisme de partage des bénéfices tirés des ressources subordonné tout d'abord au consentement de l'État qualifié de « *fournisseur de ressources* » : l'utilisation de toute ressource visée doit donc être autorisée par l'État. L'utilisateur doit ensuite offrir une contrepartie à l'État qui est titulaire de la ressource utilisée : le projet de loi instaure ainsi un cercle vertueux en exigeant à la fois l'autorisation de l'État pour l'accès à la ressource, puis le partage avec l'État des bénéfices retirés de la ressource. Le projet de loi vise à titre de contrepartie l'investissement des bénéfices dans la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité, comme le financement d'actions *via* l'Agence française de la biodiversité, la mise à disposition des connaissances nouvelles, etc. Il s'agit par le réinvestissement des bénéfices réalisés de préserver et de restaurer la biodiversité.

Selon le futur article L. 412-4, II, du Code de l'environnement, le fait générateur de l'application du dispositif légal est « *l'utilisation dans le cadre d'une activité de recherche et développement et non l'accès à la ressource ou à la connaissance en tant que telle* ».

Lorsque l'utilisateur accède à des connaissances traditionnelles d'une communauté, il doit en partager les bénéfices avec ces détenteurs. C'est l'État qui délivrera l'autorisation d'accès et qui veillera au caractère juste et équitable du partage avec la communauté concernée ; ce partage pourra être ou non de nature financière et sera négocié par les parties. Une concertation avec les acteurs publics et privés consécutive à l'adoption de la loi permettra de définir les modalités de partage d'avantages. Le projet de loi prend en compte le cas des entreprises françaises exerçant une activité à l'étranger : en effet, ces entreprises devront établir dans l'ensemble des États signataires du Protocole de Nagoya la légalité d'accès aux ressources génétiques ou aux connaissances traditionnelles associées qu'elles utilisent. Il s'agit du volet dit « *de conformité* ». Pour faciliter cette preuve, le projet de loi crée un passeport de l'accès et du partage des avantages visant à sécuriser les procédures juridiques. La sécurité juridique est essentielle pour les entreprises françaises dont une part des activités s'effectue à l'étranger qui pourront exercer leur activité dans des conditions maîtrisées, grâce à l'autorisation délivrée par les autorités françaises, reconnues par les parties au protocole. Les transactions et l'activité internationales seront donc sécurisées pour les entreprises françaises. Une autorité administrative compétente sera désignée par décret en Conseil d'État et elle disposera d'importantes prérogatives : elle sera compétente en matière de procédures déclaratives et de procédures d'autorisation pour l'accès aux ressources génétiques et pour l'utilisation des connaissances traditionnelles associées à des ressources génétiques. Les procédures à respecter au moment de l'accès à une ressource génétique ou à une connaissance traditionnelle associée en vue de son utilisation en R&D diffèrent selon les secteurs concernés. Une déclaration sera adaptée lorsque la recherche ne débouche pas sur un produit ou un procédé commercialisable ; cela sera le cas des recherches académiques, ou encore de situations d'urgence menaçant la santé humaine, végétale et animale.

Dans le cas inverse d'une commercialisation de ressources génétiques et/ou de connaissances traditionnelles associées, une autorisation sera exigée. L'autorité administrative compétente autorisera ou refusera l'autorisation du demandeur, notamment dans le cas où un accord n'aurait pas été trouvé quant au partage des avantages, et devra alors motiver son refus (33).

S'agissant des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, une personne morale de droit public sera chargée d'organiser la consultation des communautés d'habitants et aura également la charge de négocier et de signer le contrat de partage des avantages avec l'utilisateur (34). Conformément à la philosophie du Protocole de Nagoya, il s'agit bien de s'assurer du consentement préalable donné en connaissance de cause par les communautés d'habitants. Il faut relever qu'en matière de contrat de partage des avantages, « *toute clause d'exclusivité portant sur l'accès ou l'utilisation d'une connaissance traditionnelle associée à des ressources génétiques est réputée non écrite* » (35). La personne morale de droit

public peut ensuite être chargée de gérer les biens patrimoniaux dévolus par ce contrat (36) . Elle peut également gérer les avantages patrimoniaux découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles au profit des communautés d'habitants (37) .

Le projet de loi détermine ensuite le dispositif dit « *de conformité* » auquel l'utilisateur doit se soumettre : il est composé de points de contrôle (38) qui sont la réception d'un financement public, « *la mise sur le marché d'un produit ou procédé obtenu en utilisant une ressource génétique ou une connaissance traditionnelle associée* », ou encore le dépôt d'une demande de brevet. Selon l'article L. 412-16, II, du projet de loi, « *lorsque cette utilisation conduit à une demande de brevet, les informations sont adressées à l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) à la seule initiative du déclarant. L'INPI transmet les informations sans examen à l'autorité compétente chargée de l'application des règles édictées par l'Union européenne (...)* ».

Lors de la demande de brevet ou lors de la demande d'autorisation de mise sur le marché, le demandeur pourra fournir les informations relatives à l'utilisation d'une ressource génétique. L'INPI et l'ANSM se limiteront alors à transmettre ces informations à l'autorité compétente sans procéder à leur examen : la vérification ne sera donc pas effectuée par l'INPI ou l'ANSM, mais par l'autorité compétente *via* les offices de délivrance des brevets ou l'ANSM : ce n'est que lorsque le déclarant aura fourni ces informations lors de sa demande de brevet ou d'autorisation de mise sur le marché que le respect du dispositif applicable en matière de biodiversité sera examiné. L'utilisateur devra donc prouver son respect des réglementations applicables s'agissant de l'accès sur son territoire de ressources génétiques et, le cas échéant, de connaissances traditionnelles associées à ces ressources.

Dans le cas des collections de ressources génétiques ou de connaissances traditionnelles associées qui auraient été constituées avant l'entrée en vigueur de la loi, les obligations de l'utilisateur doivent être déclenchées par toute nouvelle utilisation de cette ressource ou de cette connaissance. Un décret en Conseil d'État précisera les caractéristiques de la nouvelle utilisation qui est déjà définie comme « *toute activité de recherche et de développement dont les objectifs et le contenu se distinguent de celles précédemment menées par le même utilisateur* » (39) . En outre, seuls les avantages nés de la nouvelle utilisation feront l'objet d'un partage. Des sanctions sont édictées et des sanctions pénales allant jusqu'à un an d'emprisonnement et 150 000 € d'amende sont prévues ; une amende de 1 000 000 d'euros est même prévue pour les cas d'utilisation commerciale frauduleuse.

La mise en œuvre du nouveau régime juridique de la biodiversité, complètement novateur, promet d'être complexe et nécessitera de nombreuses précisions (40) . Il faut néanmoins se féliciter du chemin parcouru et du travail réalisé : le règlement européen et la future loi française permettront certainement d'atteindre l'objectif d'équité recherché par la CDB, ainsi que l'objectif de sécurité juridique. Toutefois, dans une volonté radicale de lutter contre la biopiraterie, les obligations mises à la charge des entreprises sont

particulièrement lourdes et encore peu lisibles. En particulier, si la question centrale du partage des avantages a été clarifiée s'agissant des populations concernées, il est plus difficile de cerner les avantages nets que les prospecteurs pourront retirer du futur régime de déroulement des programmes de bioprospection. En particulier, la possibilité de déposer des brevets semble *plus délicate* et la volonté des textes de préserver avant toute chose la biodiversité a conduit à reléguer à l'arrière-plan la question de la propriété intellectuelle. Il en résulte une importante incertitude au détriment des entreprises privées faisant de la recherche et développement, incertitude qui peut nuire à leur compétitivité économique et au-delà à la recherche scientifique qui risque d'être sacrifiée.

Comme le montre l'exemple des pays ayant adopté de strictes législations, les conséquences sont néfastes pour la recherche menée localement, car les entreprises fuient vers des systèmes juridiques moins sévères et moins complexes afin de poursuivre leurs recherches et leurs activités. Le souci légitime d'éviter toute confiscation excessive des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées ne doit pas conduire à décourager la recherche, et il faut donc espérer qu'un équilibre soit enfin trouvé au travers de ce nouveau modèle juridique.

(1)

Chiffres donnés par le Commissariat général au développement durable, cités par le ministère de l'Écologie, du Développement durable et de l'Énergie, *in* Projet de loi biodiversité, Dossier de presse, 26 mars 2014.

(2)

Bellivier F. et Noiville C., *Contrats et vivant*, LGDJ, 2006.

(3)

Noiville C., *Ressources génétiques et droit*, Pédone, 1997.

(4)

Tardieu Guigues É., *Convention sur la diversité biologique et appropriation des ressources génétiques végétales*, RLDI 2013/93, n° 3105.

(5)

AN, *Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur la ratification et la mise en œuvre du Protocole de Nagoya*, présenté par D. Auroi, 13 nov. 2012.

(6)

Hermitte M.-A. et Kahn Ph. (ss dir.), *Les ressources génétiques végétales et le droit dans les rapports nord/sud*, Bruylant, 2004.

(7)

Établissant un parallèle avec la colonisation : Shiva V., *La biopiraterie ou le pillage de la nature et de la connaissance*, éditions AliAs, 2002, spéc. p. 14.

(8)

L'Accord sur les aspects des droits de propriété incorporelle qui touche au commerce : annexe 1C de l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, 15 avr. 1994.

(9)

La COP a adopté en 2002 les Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation : ces indications non contraignantes présentent une certaine utilité par l'orientation qu'elles indiquent du texte de la CDB, mais manquent de précision et d'aspects pratiques.

(10)

Évoquant la question épineuse de l'articulation d'espaces normatifs cloisonnés aux objectifs antagonistes et aux méthodes hétérogènes : Bellivier F. et Noiville C., *Contrats et vivant*, précité, n° 359.

(11)

Article 27 de l'Accord Adpic.

(12)

Abdelgawad W., La biopiraterie et le commerce des produits pharmaceutiques face aux droits des populations locales sur leurs savoirs traditionnels, *in* Le médicament et la personne, Moine-Dupuis I. (ss dir.), Litec, 2007, p. 323.

**(13)**

Pour des effets d'exclusion à l'égard de l'agriculteur, voir : Passa J., La protection par brevet des semences génétiquement modifiées : à propos de l'arrêt *Monsanto* de la Cour suprême du Canada, *Propriété industr.* 2005, n° 5, p. 10.

**(14)**

Le brevetage des savoirs traditionnels a pu être présenté comme « *une aberration juridique* » : AN, Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur la ratification et la mise en œuvre du Protocole de Nagoya, présenté par D. Auroi, 13 nov. 2012.

**(15)**

Parlement européen, Séance plénière, Communiqué de presse, 15 janv. 2013, <[www.europa.eu](http://www.europa.eu)>.

**(16)**

OMPI, La propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles, 2012 : <[www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/fr/tk/933/wipo\\_pub\\_933.pdf](http://www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/fr/tk/933/wipo_pub_933.pdf)>, p. 17.

**(17)**

Dumesnil C., Les savoirs traditionnels médicinaux pillés par le droit des brevets ?, *Revue internationale de droit économique* 2012/3, t. XXVI, p. 321.

**(18)**

Par exemple, en Équateur, une communauté quechua a transmis par contrat le savoir en pharmacopée d'un chaman en échange de la construction d'un aéroport : exemple cité par Zerda-Sarmiento A. et Forero-Pineda C., Les droits de propriété intellectuelle sur le savoir des communautés ethniques, *Revue internationale des sciences sociales* 2002/1, n° 171, p. 192.

**(19)**

Capson T. L. et Guérin-McManus M., Les contrats de bioprospection : pour une équité non marchande, *in* La bioéquité, Batailles autour du partage du vivant, éditions Autrement, 2009, p. 93.

**(20)**

Écartant la qualification d'« *œuvre de l'esprit* » et celle d'« *invention* » : Pessina Dassonville S., La protection des savoirs traditionnels autochtones (associés aux ressources génétiques) et les sirènes de la propriété intellectuelle, *RLDI* 2013/93, n° 3107.

**(21)**

Sur l'incompatibilité avec les concepts classiques de la propriété intellectuelle : Hermitte M.-A., Souveraineté, peuples autochtones : le partage équitable des ressources et des connaissances, *in* La bioéquité, Batailles autour du partage du vivant, éditions Autrement, 2009, p. 115 et s., spéc. p. 129.

(22)

Les travaux de l'OMPI témoignent de l'inadaptation des droits classiques de la propriété intellectuelle et de la nécessité d'envisager la création d'un droit *sui generis* : OMPI, La propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et aux expressions culturelles traditionnelles, précité.

(23)

En ce sens, voir not. Mgbeoji I., *Global Biopiracy : Patents, Plants and Indigenous Knowledge*, University of British-Columbia Press, 2006, p. 13.

(24)

Règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil, 16 avr. 2014, JOUE 20 mai 2014, n° L 150.

(25)

Décision n° 2014/283/UE, 14 avr. 2014, JOUE 20 mai 2014, n° L 150.

(26)

Le dispositif ne s'appliquera donc pas « *aux ressources génétiques humaines et aux ressources génétiques sur lesquelles l'État n'exerce pas de droit souverain. Sont également exclues les ressources génétiques régies par des instruments spéciaux* ».

(27)

Engagement du président de la République lors de l'ouverture de la conférence environnementale de 2012.

(28)

Article L. 110-1, I, du Code de l'environnement modifié par la loi n° 2012-1460 du 27 décembre 2012 - art. 1<sup>er</sup>.

(29)

Projet de loi AN n° 1847, présenté en Conseil des ministres, 26 mars 2014 : <[www.assemblee.nationale.fr/14/projets/pl1847.asp](http://www.assemblee.nationale.fr/14/projets/pl1847.asp)> ; de Redon L., Un projet de loi-cadre sans surprise et des ordonnances à venir, Environnement, n° 6, juin 2014, alerte 70.

(30)

De Redon L., Une agence pour la biodiversité a minima, Environnement, n° 1, 2014, alerte 7.

(31)

Le titre IV du projet de loi relatif à la biodiversité vise à introduire une nouvelle section 3 au chapitre 2 du titre 1<sup>er</sup> du livre IV du Code de l'environnement intitulée : « *Accès aux ressources génétiques et aux*

*connaissances traditionnelles associées, et partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation. »*

**(32)**

Projet de loi, précité, spéc. exposé des motifs, p. 3.

**(33)**

Futur article L. 412-6 du Code de l'environnement.

**(34)**

Un contrat type sera établi par un décret en Conseil d'État.

**(35)**

Futur article L. 412-11, II, du Code de l'environnement.

**(36)**

Futur article L. 412-8 du Code de l'environnement.

**(37)**

Futur article L. 412-12 du Code de l'environnement.

**(38)**

Futur article L. 412-16 du Code de l'environnement. Ces points de contrôle constituent des informations exigées par l'article 4 du règlement européen.

**(39)**

Futur article L. 412-4, V, du Code de l'environnement.

**(40)**

Relevant les difficultés d'ordre constitutionnel qui pourraient exister notamment au sujet des droits donnés aux communautés autochtones sur l'utilisation de ressources génétiques qu'elles détiennent : de Redon L., Urgence pour la biodiversité ?, Environnement, n° 12, 2013, alerte 206.