

La protection du savoir traditionnel comme partie intégrante d'une nouvelle approche de la propriété intellectuelle

Anne-Claire GAYET¹

Lex Electronica, vol. 14 n°2 (Automne / Fall 2009)

Introduction.....	1
1. Les apports de la <i>Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones</i> : la reconnaissance de la spécificité du savoir traditionnel	2
2. La prise en compte tardive des droits des peuples autochtones en droit international de la propriété intellectuelle, doublée de sources de droit incompatibles?	5
3. Les perspectives d'avenir pour la protection du savoir traditionnel : vers une nouvelle conception de la propriété intellectuelle?	9
3.1) Vers une meilleure documentation de l'héritage autochtone et le renforcement des capacités autochtones.....	9
3.2) L'élaboration d'un cadre juridique inspiré de la CDR et la mise en place d'un service de médiation pour la PI des autochtones.....	10
Conclusion	12
Bibliographie	14

¹ M.sc., candidate au LLM en droit international à l'Université de Montréal. L'auteure est la coordonnatrice de la Chaire Hans et Tamar Oppenheimer en droit international public à l'Université McGill.

Introduction

Le 3 avril 2009, l'Australie a signé la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*². Elle était l'un des quatre États ayant voté contre l'adoption de cette Déclaration au sein de l'Assemblée Générale des Nations Unies (ci-après AG) en septembre 2007³. Est-ce que ce changement radical d'attitude de la part de l'un des pays ayant le plus malmené sa population aborigène⁴ marque un tournant majeur dans la protection des droits de ces peuples et en particulier de leurs droits en matière de propriété intellectuelle ?

La protection des droits des peuples autochtones a été négligée en droit international jusqu'à récemment, alors que le potentiel économique des ressources génétiques situées sur leurs territoires ancestraux et celui de leur savoir traditionnel ont fait l'objet d'un intérêt croissant, notamment de la part des firmes multinationales. Outre cette Déclaration qui reste un instrument non contraignant, cet article prendra en considération les autres traités qui ont un impact sur la protection du savoir traditionnel.

Ce savoir a la double particularité d'être relié avant tout à une communauté d'individus plutôt qu'à des auteurs bien identifiés et d'être issu d'une transmission de génération en génération souvent orale. À ce titre, il ne cadre pas avec ce que le système actuel de propriété intellectuelle protège (*Accord sur les ADPIC*) mais est reconnu fondamental pour la conservation de la diversité biologique (*Convention sur la Diversité Biologique*). Dans ce contexte de normes juridiques antinomiques, cet exposé explorera les perspectives d'avenir de la protection des droits des peuples autochtones en matière de propriété intellectuelle.

1. Les apports de la *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* : la reconnaissance de la spécificité du savoir traditionnel

La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (ci-après Déclaration) est le résultat de plus de 20 ans de négociation au sein du *Groupe de travail sur les droits des peuples indigènes*, mis en place en 1982 afin d'élaborer un document regroupant les

² *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, A/Res/61/295, 2007.

³ Les autres États ayant voté contre sont le Canada, les États-Unis (E.U.) et la Nouvelle-Zélande. La part de population autochtone dans ces pays est respectivement de 4,61% (Statistique Canada, recensement 2006, "Ancêtres autochtones"), de 0,97% (*US Census Bureau*, recensement 2007, "National Characteristics") et de 14% (*Statistics New Zealand*, recensement 2001, "Census Snapshot: Māori").

Au 30 juin 2006, 2,5% de population australienne était aborigène, représentant plus de 32% dans le Northern Territory et moins de 4% dans les autres États. *Australian Bureau of Statistics*, "Population Distribution, Aboriginal and Torres Strait Islander Australians, 2006".

⁴ Voir notamment MOSES, A. D., *Genocide and Settler Society : Frontier Violence and Stolen Indigenous Children in Australian History*, Berghahn Books, 2004; SOLSKA, L., "Les autochtones, étrangers sur leur propre terre : Australie", *1208 Hommes et migrations*, 70-80.

standards minimaux pour protéger les droits des autochtones⁵. Son adoption à 141 voix contre 4 et 11 abstentions par l'AG a été considérée comme une grande victoire par et pour les peuples autochtones⁶.

Outre l'emphase mise sur le droit des autochtones à avoir et à renforcer leurs propres institutions, ainsi qu'à promouvoir leur développement en accord avec leurs besoins et aspirations, cette Déclaration aborde la question spécifique de la protection du savoir traditionnel, des ressources génétiques et du folklore. La protection de cet « héritage indigène »⁷ est jugée capitale pour « la survie, la dignité et le bien-être des peuples autochtones » (Art. 43 de la Déclaration). Plusieurs articles concernent directement la protection de la propriété intellectuelle des autochtones : leur sont reconnus les droits d'« observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes » (Art.11.1), ceux ayant trait aux « terres, territoires et ressources, y compris ceux qu'ils possèdent, occupent ou utilisent traditionnellement » en concertation avec les États concernés (Art.27), et leur « droit à réparation, par le biais (...) de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement (...) et qui ont été confisqués, (...) exploités ou dégradés sans leur consentement préalable (...) » (Art.28).

Ces articles mettent en lumière le caractère unique de l'héritage autochtone. Le savoir traditionnel, les ressources génétiques et le folklore sont au cœur même de l'identité des peuples autochtones (Sunder, 2005, 164-167). Souvent, le savoir traditionnel médicinal, l'art traditionnel, les croyances et les valeurs ont été transmis de génération en génération (Stoll et Hahn, 2004, 15-16). L'inscription dans la durée du savoir traditionnel met en lumière une autre notion essentielle de l'héritage autochtone : l'appartenance au groupe. Cette appartenance fait partie de l'identité autochtone, ce qui engendre des droits collectifs et individuels. L'équilibre entre les deux sortes de droit est propre à chaque population autochtone. Le tout est ce qui est communément désigné sous le terme des droits collectifs des peuples autochtones (Wiessner, 1999, 121).

Ces quelques caractéristiques, loin de refléter la totalité de la diversité des réalités autochtones, permettent toutefois de distinguer quelques points d'achoppement entre le savoir traditionnel et le système actuel de propriété intellectuelle (ci-après PI). Alors que le savoir traditionnel tend à être holistique – se retrouvant tant dans l'utilisation des territoires, que dans l'héritage culturel et dans les créations intellectuelles, l'approche occidentale du savoir est plutôt réductionniste puisqu'elle tend à différencier la PI et la propriété culturelle qui tombe généralement dans le domaine public (Leistner, 2004, 53 ; Desai, 2007, 188). Le savoir traditionnel résulte d'une transmission de plusieurs générations et il n'est pas possible de définir un auteur unique et précis à la source de celui-ci (Sunder, 2005, 166), tandis que la propriété intellectuelle vise à identifier et à protéger un auteur en particulier. La durée de protection est

⁵ ECOSOC. *Study of the problem of discrimination against indigenous populations*. 1982.

⁶ Déclaration attribuée à Ban Ki-Moon, faite lors de l'adoption de la Déclaration le 13 septembre 2007. Source : T. REIMER et M. PATTEN. *2008 UNFPII Committee Background Guide*. NMUN 2008, 6.

⁷ Lewinski considère que ce sont les principales sphères de manifestations de l'héritage autochtone et de la propriété intellectuelle. SILKE VON LEWINSKI, *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2004.

aussi problématique puisque les autochtones accordent une grande importance à l'héritage (Lewinski, 2004, 1), alors que le système de PI accorde une durée de protection limitée aux inventions, avant qu'elles ne tombent dans le domaine public (Art.12 des ADPIC).

Ces différences entre le savoir traditionnel et la PI soulignent les défis de protection du savoir traditionnel dans le cadre de la PI, car le système de protection de la PI n'a pas été créé en tenant compte de la réalité autochtone. Stoll le met clairement en évidence :

The notion of intellectual property as it is understood in Western legal systems, that is, intellectual property as an individual and exclusive right is something newly invented or created, is generally not shared by indigenous peoples and is not referred to when indigenous communities talk about their intellectual property heritage (Stoll et Hahn, 2004, 16).

Bien que la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* n'apporte pas en soi de solution à la question de la protection du savoir traditionnel dans le contexte actuel de PI, ce document a le mérite de présenter le point de vue – trop souvent ignoré – des peuples autochtones sur la question, et donne des pistes sur les principes dont un travail de conciliation entre ces deux modes distincts de protection du savoir devrait tenir compte.

Certes, cette Déclaration n'est pas juridiquement contraignante : sa légitimité juridique est donc bien moindre que celle de traités internationaux tels que l'*Accord sur les ADPIC* et la *Convention sur la Diversité Biologique*. Elle a néanmoins été négociée dans le cadre des Nations Unies et a reçu la signature de 143 États, ce qui témoigne d'un niveau de consensus considérable à l'échelle internationale. Le forum de négociation ne crée pourtant pas d'obligations pour les États. Ils peuvent ignorer cette Déclaration : c'est l'attitude actuelle du Canada. Au mieux, les États peuvent utiliser cette Déclaration comme instrument à des fins d'interprétation des traités ayant un impact sur le mode de vie des autochtones, leurs ressources, leur savoir faire. L'adhésion australienne à la Déclaration semble plutôt s'inscrire dans cette deuxième approche, l'objectif annoncé par l'Australie étant de combler le fossé entre Australiens indigènes et non indigènes⁸. Ce faisant, l'Australie a reconnu l'utilité de ce document et contribué à renforcer sa légitimité sur les plans domestique et international.

La Déclaration reconnaît aux peuples autochtones le pouvoir de négocier leur place en particulier au niveau de la PI dans le droit international et dans les droits nationaux des États où ils se trouvent⁹. Mais cette place n'est pas clairement reconnue par les traités internationaux

⁸ J. MACKLIN, *Statement on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples* by the Minister for Families Housing Community Services and Indigenous Affairs below the Parliament House Canberra. 2009 (3 Avril).

⁹ La Déclaration est perçue par un certain nombre d'autochtones comme une base pour de présentes ou futures négociations. C'est ainsi que l'a présentée Roméo Saganash, Directeur des Relations avec le Québec au Grand Conseil des Cris et membre du Groupe de travail sur les Droits des Peuples indigènes, lors de sa présentation au

existants qui structurent le système de PI. C'est pourquoi il est nécessaire de prendre en considération les normes juridiques contraignantes auxquelles ont souscrit maints États en matière de PI, afin de déterminer les voies de conciliation possibles entre les normes à valeur contraignante où les droits des peuples autochtones sont souvent en retrait et les normes à valeur déclarative qui prennent en compte leur réalité.

2. La prise en compte tardive des droits des peuples autochtones en droit international de la propriété intellectuelle, doublée de sources de droit incompatibles ?

Le savoir traditionnel et les ressources génétiques des autochtones n'ont pas fait l'objet de considérations dans les traités sur la propriété intellectuelle du XIX^e et de la majeure partie du XX^e siècle. Cette omission s'explique au moins par deux facteurs, un d'ordre plus général et un autre directement relié à la nature de la PI.

Le premier facteur est lié au fait que les droits des autochtones ont été plus généralement ignorés par les instruments des droits de la personne pendant la majeure partie du XX^e siècle, époque qui a vu la mise sur pied des Conventions protégeant des groupes spécifiques comme les femmes, les enfants et les handicapés. Les peuples autochtones ont surtout l'impression que, bien que ces traités étaient d'application universelle, les gouvernements ne les ont pas appliqués à leur population autochtone (Stamatopoulou, 1994, 70). Le droit international a remédié tardivement à cette omission. En premier lieu, l'Organisation internationale du travail (OIT) a adopté en 1989 la *Convention 169 relative aux peuples indigènes et tribaux* qui garantit notamment "la protection effective de leurs droits de propriété et de possession" (OIT, 1989, entrée en vigueur 1991, Art.14.2). Ce n'est que 26 ans plus tard que les droits des groupes d'individus et des communautés ont été intégrés dans l'interprétation des instruments onusiens des droits de la personne. En 2005, le Comité sur les droits économiques, sociaux et culturels a adopté le Commentaire général n°17 sur l'article 15, §1.c du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* qui reconnaît à chacun le droit "à la protection des intérêts moraux et matériels de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il ou elle est l'auteur". Le Comité a admis que lors de l'élaboration du Pacte les auteurs avaient certainement oublié que ce droit pouvait aussi s'appliquer à des groupes d'individus et des communautés et donc que cet article, bien qu'il n'était pas rédigé ainsi, devait se lire de cette façon (CESCR, 2005, §8 et 32). Au même titre que les droits de la personne des autochtones ont été omis, leur savoir traditionnel a été dénigré dès l'introduction de la science occidentale dans les colonies (que Desai date de la fin du XVIII^e siècle) alors que ce savoir a contribué au développement de la science moderne dès le XVI^e siècle (Desai, 2007, 188-190)¹⁰.

cours de la conférence du Centre Justice et Foi à Montréal intitulée "Droits des autochtones : une lutte internationale", 17 novembre 2008.

¹⁰ Desai analyse l'attitude des colons et plus largement des chantres de la science moderne vis-à-vis du savoir traditionnel et montre que celui-ci a été considéré comme un savoir fossilisé et non scientifique. "This portrays the contradictory and changing scientific and moral attitudes towards TK linked to a history in which Western science has by turns absorbed local knowledge (both non-Western and folk European) into its own, rejected it as inferior only to rediscover its practical benefits" PRANAV N. DESAI, "Traditional knowledge and intellectual property protection: past and future", (2007) 34 *Science and Public Policy*, 192.

L'autre facteur de l'omission des droits des autochtones dans les traités traitant plus spécifiquement de la propriété intellectuelle est que le cadre normatif de la PI, élaboré depuis la *Convention de Paris sur la propriété industrielle* (OMPI, 1883) et la *Convention universelle sur le droit d'auteur* (OMPI, 1886), ne correspond pas à la réalité autochtone.

L'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ou ADPIC), conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du Commerce (ci-après OMC) aborde la question du savoir traditionnel dans la mesure où celui-ci peut être breveté, c'est-à-dire qu'il rencontre les critères de nouveauté, d'inventivité et d'application industrielle (OMC, 1994, Art.27 « Objet brevetable »)¹¹. Cela veut dire que les ressources génétiques et biologiques ne peuvent être protégées par les droits de PI que si elles ont fait l'objet d'une certaine modification (Raustiala et Victor, 2004, 279). L'accord sur les ADPIC permet la brevetabilité des ressources génétiques sans exiger le consentement préalable des peuples qui en font un usage traditionnel et sans inclure de dispositions mutuellement acceptées pour un partage des bénéfices. Cet accord ne prévoit pas non plus de mesure pour favoriser une utilisation raisonnée et durable des ressources génétiques ni pour lutter contre l'érosion du savoir traditionnel du fait de son usage hors de son contexte socio-culturel d'origine (Desai, 2007, 194).

Ces dispositions vont à l'encontre de la *Convention sur la Diversité Biologique* (ci-après CDB) adoptée en 1992 et entrée en vigueur en 1993 (AG, 1992). La CDB affirme que la protection du savoir traditionnel est nécessaire au développement durable (Art.8.j)¹², à la conservation et à l'utilisation raisonnée de la diversité biologique, et qu'un "partage juste et équitable des avantages résultant de l'exploitation des ressources génétiques" doit être fait (Art.1 et 8.j). L'accès aux ressources, "lorsqu'il est accordé, est régi par des conditions convenues d'un commun accord" (Art.15.4), et les parties doivent avoir préalablement donné leur consentement (Art.15.5).

La CDB et les ADPIC sont deux traités qui, en théorie, n'ont pas les mêmes sphères d'influence. Cependant, dans le cas des biotechnologies et donc des ressources génétiques, ces traités se chevauchent et sont parfois perçus comme incompatibles. La position des États-Unis à cet égard est d'ailleurs éloquente : "The United States has characterized the CDB as a threat to the global life sciences industry in general and to US seed breeders and pharmaceutical companies in particular" (Desai, 2007, 186).

¹¹ En effet, « les Membres prévoient la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens », Art. 27.3 (b).

¹² L'article 2 de la CDB définit l'*utilisation durable* comme « l'utilisation des éléments constitutifs de la diversité biologique d'une manière et à un rythme qui n'entraînent pas leur appauvrissement à long terme, et sauvegardent ainsi leur potentiel pour satisfaire les besoins et les aspirations des générations présentes et futures ».

La CDB préconise pourtant que les Parties contractantes coopèrent pour assurer que les brevets et autres droits de la PI « s'exercent à l'appui et non à l'encontre de ses objectif » (Art.16 par. 5). Elle précise aussi ses relations avec les autres conventions internationales, disant que ses dispositions “ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une Partie contractante d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations causait de sérieux dommages à la diversité biologique ou constituait pour elle une menace” (Art.22).

La *Déclaration de Doha* de 2001, issue de la rencontre des ministres des États parties à l'OMC, a reconnu la difficile relation entre les deux traités : elle a indiqué que le travail de révision des ADPIC, fait dans le cadre des réexamens mentionnés à l'article 27.3 (b) ou de l'ensemble de l'accord au titre de l'article 71.1, devait aborder la relation entre ce traité et la CDB et tenir pleinement compte de la dimension développement (OMC, 2001, par. 19). Dans cette perspective, plusieurs propositions ont été débattues, mais n'ont pas encore été adoptées. Par exemple, un groupe, représenté par le Brésil et l'Inde – deux pays très concernés par la protection du savoir traditionnel et plus généralement vindicatifs quant à leurs droits dans le cadre de la PI à titre de pays en émergence, a avancé l'idée de rendre obligatoire la divulgation de l'origine des ressources biologiques¹³. Les pays en développement défendent aussi l'idée d'amender l'article 27.3(b) afin qu'il intègre les notions de « consentement préalable », de “partage équitable des bénéfices” et des formes alternatives de PI comme le « savoir traditionnel » (Desai, 2007, 184).

Plusieurs problèmes découlent de l'incompatibilité actuelle – certains diront de l'hostilité¹⁴ – entre les ADPIC et la CDB. L'un d'entre eux est le magasinage des forums de la part des pays développés : ceux-ci préfèrent le forum le moins contraignant, et dans ce cas celui de l'OMC avec les ADPIC plutôt que celui des Nations Unies avec la CDB (Raustiala et Victor, 2004, 280, 299)¹⁵.

Un autre problème relié à la concurrence de ces standards non hiérarchisés est la biopiraterie ou le piratage des ressources génétiques et du savoir traditionnel.

Biopiracy. The concept is the act of commercial development of naturally occurring biological materials, such as plant substances or genetic cell lines, without fair compensation to the peoples or nations in whose territory the materials were originally discovered (Desai, 2007, 185, 187).

¹³ OMC, « ADPIC. Contexte et situation actuelle », en ligne : http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/art27_3b_background_f.htm (page consultée le 10 avril 2009, dernière mise à jour novembre 2008).

¹⁴ Selon Dasai, “it is now widely being accepted that the modern IPR system is inimical to TK, biodiversity and community rights” PRANAV N. DESAI, «Traditional knowledge and intellectual property protection: past and future», (2007) 34 *Science and Public Policy*, 195.

¹⁵ Dans leur article, Raustiala et Victor parlent de “forum shopping”: “the existence of distinct negotiating fora will spur actors to seek out the forum most favorable to their interests” K RAUSTIALA et D G VICTOR, “The Regime Complex for Plant Genetic Resources”, (2004) 32 *International Organization*, 280.

La biopiraterie est particulièrement utilisée pour la création des médicaments. Ainsi, selon Mugabe, en 1998, sur un total de 119 médicaments développés à partir de plantes, 88 médicaments existaient déjà dans la médecine traditionnelle autochtone (Mugabe, 1998). Or même si une ressource biologique ou génétique et un savoir traditionnel ont été piratés, il n'est pas aisé pour les peuples autochtones de faire valoir leurs droits, au niveau national et encore plus au niveau international. Le cas du Turmeric est une bonne illustration de la biopiraterie et de la difficulté à la contrer.

En 1995, l'*US Patent and Trademark Office* a accordé un brevet pour une pommade cicatrisante faite à partir de turmeric (Gupta et Balasubrahmanyam, 1998). Cette plante, originaire d'Asie du Sud, est utilisée dans tout le sous-continent indien depuis des siècles. Lorsque le brevet a été rendu public, le Conseil indien pour la recherche scientifique et industrielle a demandé que ce brevet soit réexaminé. Pour démontrer l'existence antérieure d'un savoir concernant cette plante, le Conseil a dû réunir 32 documents trouvés aux EU qui parlaient du pouvoir de guérison du turmeric et faisant état d'usages traditionnels de cette plante (Gupta et Balasubrahmanyam, 1998, 185-188). En 1998, le Bureau des brevets américains a jugé que le turmeric ne remplissait pas le critère de nouveauté et a révoqué le brevet (Ganguli, 2000, 50).

Les conséquences de la biopiraterie sont au moins doubles. L'application du brevet ne garantit plus le libre usage par les autochtones d'une plante et de ses produits dérivés traditionnellement utilisés pour traiter la douleur, minant ainsi la médecine traditionnelle locale (indienne dans le cas du turmeric). D'autre part, l'application d'un brevet sur une ressource génétique et un savoir traditionnel empêche le peuple autochtone et plus largement l'État d'où ils sont issus d'exploiter le potentiel industriel et commercial d'une exportation de ces produits vers l'État où un brevet a été émis, puisque ce brevet permettrait de bloquer les importations (Sahai, 2005).

Si le brevet du turmeric a pu être révoqué pour sa reconnaissance insuffisante de l'existence d'une utilisation traditionnelle de cette plante, des cas similaires ne finissent pas de façon aussi « heureuse ». La difficulté de prouver l'existence antérieure d'un savoir-faire et les besoins considérables exigés en termes de finances et de personnel formé à la PI pour une telle démarche de contestation d'un brevet rendent difficile la protection du savoir traditionnel et des ressources génétiques face aux assauts de la biopiraterie (Gupta et Balasubrahmanyam, 1998).

Du fait que leur droit à une protection de leur savoir traditionnel est nié ou peu mis en œuvre, les autochtones considèrent non seulement que leurs droits humains sont bafoués mais aussi que le système de PI est miné par des brevets qui constituent un obstacle au développement avant d'être un encouragement à la recherche (Venbrux, 2005, 8).

Dans ce contexte de biopiraterie et de déconsidération des apports du savoir traditionnel au savoir moderne, il apparaît clairement que les relations entre les peuples autochtones, riches sources de savoirs traditionnels et de ressources génétiques, et les États et entreprises importateurs de ces ressources, peuvent être tendues et marquées par la méfiance.

D'un côté il semble évident que le savoir traditionnel a besoin d'une protection pour survivre, pour le bénéfice des peuples autochtones, le développement durable des ressources biologiques de plusieurs écosystèmes de la planète et l'humanité en général. De l'autre, il semble tout aussi clair que le système actuel de propriété intellectuelle ne permet pas de protéger convenablement ce savoir traditionnel et ces ressources (Desai, 2007, 196). Comment concilier les droits énoncés dans la Déclaration, l'accord sur les ADPIC et la CDB ?

3. Les perspectives d'avenir pour la protection du savoir traditionnel : vers une nouvelle conception de la propriété intellectuelle ?

Ce travail suggère qu'une meilleure documentation de l'héritage autochtone viendrait pallier la protection défaillante d'aujourd'hui. Cet effort de documentation devrait idéalement être conjugué au renforcement des capacités autochtones dans la gestion de leurs ressources, et à la mise en place d'un cadre de protection, aux niveaux régional, national et international, qui comprendrait la création d'un service de médiation pour le savoir traditionnel des autochtones, mais aussi le renforcement des efforts de médiation existants à cet égard. Ces changements supposent donc une nouvelle conception de la propriété intellectuelle qui permettra de trouver des solutions aux défis plus larges auxquels celle-ci fait face, dans les pays dits en voie de développement comme ceux plus développés.

3.1) Vers une meilleure documentation de l'héritage autochtone et le renforcement des capacités autochtones

Le renforcement ou la création de capacités au niveau des peuples autochtones en ce qui a trait à la documentation du savoir traditionnel (qui a joué un rôle capital dans le cas du brevet sur le turmeric), à la recherche et à la formation technique et entrepreneuriale, favoriserait l'utilisation et la gestion des ressources de la communauté (Desai, 2007, 196). Desai recommande de favoriser une plus grande interaction et coordination avec les institutions scientifiques modernes sans perdre de vue le contexte socio-culturel (rec.4).

La création de la bibliothèque digitale du savoir traditionnel par l'Inde, qui recense plus de 200 000 remèdes traditionnels et qui résulte de huit ans de travail de scientifiques indiens, est un excellent exemple d'identification du savoir traditionnel afin de le protéger de la brevetabilité par des juridictions étrangères¹⁶. L'accès à la base de données est réservé aux bureaux des brevets et doit permettre à leurs agents d'examiner les demandes de brevets en s'assurant que les ressources qui appartiennent au savoir traditionnel ne fassent pas l'objet de biopiraterie. Le

¹⁶ Voir l'article de Seema Sapra, "India creates Traditional Knowledge Digital Library to fight bio-piracy", sur "Blog on issues to India's engagement with the World Trade Organization", 2 mars 2009. En ligne : <http://indiainthewto.wordpress.com/2009/03/02/india-creates-traditional-knowledge-digital-library-to-fight-bio-piracy/> (consulté le 8 avril 2009).

gouvernement indien et l'Office européen des Brevets ont conclu un accord en mars 2009 pour que ce dernier y ait accès¹⁷.

3.2) L'élaboration d'un cadre juridique inspiré de la CDB et la mise en place d'un service de médiation pour la PI des autochtones

Le récent rapport du groupe d'expert montréalais "Innovation and Intellectual Property International Expert Group on Biotechnology", intitulé *Toward a New Era of Intellectual Property: From Confrontation to Negotiation* (2008), défend l'idée selon laquelle le modèle actuel de PI est voué à l'échec. Les entreprises et les universités utilisent de façon croissante la propriété intellectuelle afin de se protéger les unes des autres, ce qui conduit à construire des murs autour du savoir et à le contrôler de façon très stricte. Pour remédier à cette impasse, le groupe définit ce que devrait être la « nouvelle ère de la propriété intellectuelle », seule approche viable qui mènerait non seulement à de plus nombreuses inventions mais aussi à un meilleur accès à des produits et des services (Expert Group on Biotechnology, 2008, 8). Le rapport du groupe sur la Biotechnologie considère qu'il y a trois éléments pour gérer la transition vers la nouvelle ère de la PI : les règles juridiques, les pratiques et les institutions (9).

En ce qui a trait aux lois, la mise en œuvre en droit interne de la CDB serait un excellent pas. Ce traité a été ratifié très largement par les États, plus précisément par 191 d'entre eux (les EU l'ont simplement signée). Il s'agit donc maintenant de veiller à ce que les dispositions des ADPIC et de la CDB ne soient pas conflictuelles. À cela, il faudrait ajouter la prise en compte sérieuse des dispositions de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones. Il est à souhaiter que l'engagement de l'Australie envers la Déclaration s'accompagne d'une réflexion réelle sur la réforme des institutions, des lois et des pratiques pour reconnaître et protéger les droits des aborigènes.

D'après le rapport, un changement majeur doit être opéré au niveau des pratiques. Un obstacle capital pour permettre la diffusion protégée du savoir traditionnel des populations autochtones dans nos sociétés, pour un bénéfice de part et d'autre, est, selon ce groupe d'experts, le *manque de confiance*. Celui-ci bloque les négociations. Le groupe d'experts considère qu'il faut (ré)instaurer un dialogue entre les différents acteurs comme le secteur privé, les gouvernements, les universitaires et les populations autochtones ; (ré)introduire de la confiance dans un milieu où l'argent tend aujourd'hui à régner et à guider les processus décisionnels.

Le manque de confiance est sans aucun doute entretenu par un *manque de participation des concernés*. Or la participation des autochtones dans la définition de la protection du savoir traditionnel est indispensable afin d'élaborer un système ou des accords au cas par cas qui répondent vraiment à leurs priorités, leurs besoins, leurs perceptions. C'est dans cette

¹⁷ La page d'accueil de la bibliothèque digitale est accessible en ligne : <http://www.tkdil.res.in/tkdil/langdefault/common/home.asp?GL=Eng>

participation accrue des parties que repose la garantie de la durabilité de l'accord et de sa mise en œuvre. La CDB rappelle d'ailleurs que "chaque partie contractante s'efforce de développer des recherches scientifiques fondées sur les ressources génétiques fournies par d'autres parties contractantes avec la *pleine participation* de ces parties" (Art.15, par. 5, 6). Elle inscrit aussi à l'article 27 qu'en cas de différend, les parties concernées "recherchent une solution par voie de négociation" ou font appel « aux bons offices ou à la médiation d'une tierce partie ».

Le changement de comportement des acteurs dans le domaine de la propriété intellectuelle et en particulier de la biotechnologie doit donc être axé non pas sur une protection croissante mais sur une collaboration accrue. Cela nous permet donc d'introduire le troisième aspect de cette réforme : les institutions. Parmi elles, nous n'allons en introduire qu'une seule qui nous semble capitale : un système de médiation adaptée aux litiges auxquels peuvent être confrontés les peuples autochtones dans la défense de leur savoir traditionnel.

La médiation est un système de règlement des conflits qui permet aux parties de prendre activement part au processus de résolution du litige, de renforcer leurs relations d'affaires, d'obtenir un règlement rapide et adapté aux besoins des parties (Centre d'Arbitrage et de Médiation de l'OMPI, 2004, 6). Aucun conflit n'étant identique, la médiation permet d'élaborer une solution unique propre à chaque cas. Le règlement d'un litige par médiation garantit aussi la mise en œuvre de la solution par les parties, dans la mesure où elles ont collaboré tout au long du processus (Antaki, 1998). Procurer aux peuples autochtones un forum où ils pourraient faire valoir leurs droits et régler des litiges à l'amiable et à moindre coût répondrait sans doute à leur besoin de négocier un espace dans le monde moderne pour réaffirmer leur identité culturelle et pour promouvoir une utilisation alternative plus rationnelle de l'environnement écologique dans une optique de développement durable (Coombe, 2005).

Le Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (ci-après CAM et OMPI), organisme indépendant impartial et rattaché administrativement à l'OMPI, pourrait intégrer ce système de médiation adapté aux besoins de la protection du savoir traditionnel. Ce Centre est la seule institution internationale à proposer des services spécialisés de règlement extrajudiciaire des litiges de propriété intellectuelle à ce jour (CAM de l'OMPI, 2004, 2), et les populations autochtones tendent à considérer ce forum comme plus adapté pour discuter des droits de PI que celui de l'OMC (Ryan, 1998, 107)¹⁸.

L'expertise que ce centre a développée depuis 1994 est à ce jour surtout reliée aux litiges commerciaux internationaux entre particuliers ou entreprises privées, mais ceci n'exclut pas de développer un autre pan d'expertise dans le champ du savoir traditionnel. Le Centre d'arbitrage et de médiation pourrait en effet être amené à considérer des litiges de nature plus culturelle ou sociale, à la condition qu'il forme ses médiateurs à cette fin. Comme les taux de réussite de la médiation sont élevés, grâce en grande partie à la nature consensuelle et non contraignante du

¹⁸ Ryan écrit "Developing countries maintained that WIPO, not the GATT, was the appropriate forum for discussions of intellectual property rights".

processus, ce type de règlement des conflits gagnerait à être développé pour protéger les droits des autochtones tout en fortifiant leur place dans le forum de la PI.

L'idée d'un médiateur pour la propriété intellectuelle et les collectivités autochtones avait aussi fait l'objet d'une des recommandations du Groupe Crucible II, mis en place en 1993 après la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement et réunissant 28 personnalités du Nord et du Sud¹⁹ qui avaient pour préoccupation commune la conservation et l'amélioration des ressources phytogénétiques (Groupe Crucible II, 1999, rec. 14)²⁰. Ce médiateur devrait pouvoir disposer d'un mandat lui donnant les pouvoirs nécessaires pour résoudre toutes les questions que son bureau jugerait pertinentes, les ressources financières suffisantes et un appui technique adéquat de façon à être efficace et fonctionnel.

La mise en place d'un système de médiation viendrait donc renforcer le cadre de protection et de valorisation du savoir traditionnel comme aspect particulier de la propriété intellectuelle.

Conclusion

Une nouvelle approche de la propriété intellectuelle est aujourd'hui nécessaire car le système semble avoir perdu de vue les objectifs premiers de sa création : encourager les recherches et apporter des solutions aux défis rencontrés par nos sociétés. L'adoption de la *Déclaration sur les droits des peuples autochtones* par l'Assemblée générale des Nations Unies et plus particulièrement sa signature par l'Australie marquent peut-être le début de cette nouvelle ère.

Mais cette nouvelle approche ne peut se contenter de déclarations, d'autant plus que des États dont une part significative de la population est autochtone, comme le Canada, refusent de signer ce document. Afin que la conception renouvelée de la propriété intellectuelle soit plus inclusive et respectueuse des droits de chaque acteur, il est indispensable que les traités existants soient interprétés de façon à se renforcer et se respecter mutuellement, en gardant toujours à l'idée l'objectif du développement sur le long terme. Des bénéfices à court terme ne sont pas garants du développement durable et en termes de protection de l'environnement, de la diversité biologique, culturelle et sociale. Le souci du long terme devrait donc être un objectif commun et primer sur le souci du court terme.

¹⁹ Les membres sont issus de la communauté civile (dont des organisations autochtones), du monde académique, du secteur privé (industries) et public, et de comités de gestion (dont des donateurs). La liste des membres et de leurs affiliations est accessible en ligne : http://www.idrc.ca/fr/ev-41439-201-1-DO_TOPIC.html

²⁰ Pour plus de détails sur ce groupe et pour lire le rapport, voir le site du Centre de recherche de développement international, en ligne : http://www.idrc.ca/fr/ev-41409-201-1-DO_TOPIC.html (consultée le 10 avril 2009).

Établir un système de médiation au sein de l'Organisation mondiale pour la propriété intellectuelle, afin d'offrir une protection adéquate aux peuples autochtones de leur savoir traditionnel, contribuerait sans doute à renforcer la légitimité du système international de la propriété intellectuelle, pour le bénéfice d'une grande partie de la communauté internationale, si ce n'est aux grandes compagnies pharmaceutiques et autres.

Cependant, le renforcement, nécessaire, de la protection du savoir traditionnel au niveau international ne doit pas faire oublier que des efforts constants sont effectués à cet égard par divers acteurs, aux niveaux local et régional. La médiation est d'ailleurs l'un de leurs outils de prédilection, comme l'illustre le livre de Catherine Bell et David Kahane, *Intercultural Dispute Resolution in Aboriginal Contexts* (2004). Or les retombées de ces initiatives sont souvent très directes et positives pour toutes les parties. C'est la preuve que la médiation peut, à différents niveaux, aider à transformer les relations, de façon durable et bénéfique pour chaque acteur.

Bibliographie

I. Doctrine

1. Articles scientifiques

COOMBE, R.J., «Protecting Traditional Environmental Knowledge and New Social Movements in the Americas: Intellectual Property, a Human Right, or Claims to an Alternative form of Sustainable Development?», (2005) 17 *Florida Journal of International Law*.

DESAI, P.N., «Traditional knowledge and intellectual property protection: past and future», (2007) 34 *Science and Public Policy*.

GANGULI, P., «Intellectual Property Rights: Mothering Innovations to Markets», (2000) 22 *World Patent Information*.

GUPTA, R.K. et L. BALASUBRAHMANYAM, «The Turmeric Effect», (1998) 20 *World Patent Information*.

MUGABE, J., «Intellectual Property Protection and Traditional Knowledge: An Exploration in International Policy Discourse», (1998) WIPO Publication Number 762 *Intellectual Property and Human Rights*.

RAUSTIALA, K. et D.G. VICTOR, «The Regime Complex for Plant Genetic Resources», (2004) 32 *International Organization*.

SAHAI, S., «L'Accord sur les aspects des droits de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce et la biodiversité» *Transversales Sciences & culture*.

En ligne: http://grit-transversales.org/imprimez.php3?id_article=128.

VENBRUX, G.K., «When Two Worlds Collide: Ownership of Genetic Resources under the Convention on Biological Diversity and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights», (2005) 6 *The Pittsburgh Journal of Technology Law and Policy*.

WIESSNER, S., «Rights and Status of Indigenous Peoples: A Global Comparative and International Legal Analysis», (1999) 12 *Harvard Human Rights Journal*.

2. Monographies, chapitres de livres

ANTAKI, N., *Le règlement amiable des litiges*, Quebec, 1998.

BELL, C.E., D.J. KAHANE et EBRARY INC., *Intercultural dispute resolution in aboriginal contexts*, Vancouver, B.C., UBC Press, 2004.

LEISTNER, M., «Analysis of Different Areas of Indigenous Resources» dans SILKE VON LEWINSKI (dir.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2004, p. 49-149.

LEWINSKI, S.V., *Indigenous Heritage and Intellectual Property: Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2004.

RYAN, M., *Knowledge Diplomacy: Global Competition and the Politics of Intellectual Property*, Washington, D.C., Brookings Institution Press, 1998.

STAMATOPOULOU, E., *Indigenous Peoples and the United Nations: Human Rights as a Developing Dynamic*, Johns Hopkins, 1994.

STOLL, P.-T. et A. VON HAHN, «Indigenous Peoples, Indigenous Knowledge and Indigenous Resources in International Law» dans SILKE VON LEWINSKI (dir.), *Indigenous Heritage and Intellectual Property, Genetic Resources, Traditional Knowledge and Folklore*, The Hague, London, New York, Kluwer Law International, 2004, p. 5-47.

SUNDER, M., «Property in Personhood» dans M. M. ERTMAN et J. C. WILLIAMS (dir.), *Rethinking Commodification: Cases and Readings in Law and Culture*, New York, New York University Press, 2005.

II. Instruments internationaux

1. Assemblée générale des Nations Unies

Convention sur la Diversité Biologique, 1992.

2. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, 1883.

Convention universelle sur le droit d'auteur ou *Convention de Berne*, 1886.

3. Organisation mondiale du Commerce

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1994.

4. Organisation internationale du Travail

Convention relative aux peuples indigènes et tribaux, C169, 1989.

III. Déclarations, recommandations, commentaires internationaux

1. Assemblée générale des Nations Unies

Déclaration sur les droits des peuples autochtones, A/Res/61/295, 2007.

2. Comité des droits économiques, sociaux et culturels

General Comment n°17: *The right of everyone to benefit from the protection of the moral and material interests resulting from any scientific, literary or artistic production of which he or she is the author* (article 15, paragraph 1 (c), of the Covenant), Genève, 2005.

3. ECOSOC

Study of the problem of discrimination against indigenous populations, Res 1982/34, 1982.

4. Organisation mondiale du Commerce

Déclaration ministérielle de Doha, WT/MIN(01)/DEC/1, 2001.

5. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

Les 45 recommandations adoptées dans le cadre du Plan d'action de l'OMPI pour le développement. 2007.

En ligne : <http://www.wipo.int/ip-development/fr/agenda/recommendations.html>

IV. Documents internationaux

1. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

Guide de la Médiation OMPI, Genève, 2004.

2. Groupe d'experts internationaux sur la biotechnologie, l'innovation et la propriété intellectuelle.

Toward a New Era of Intellectual Property: From Confrontation to Negotiation, Montreal, 2008.

3. Groupe Crucible II

Le Débat des semences, LE CENTRE DE RECHERCHES POUR LE DÉVELOPPEMENT INTERNATIONAL, 1999. En ligne: http://www.idrc.ca/fr/ev-41409-201-1-DO_TOPIC.html

V. Documents nationaux

1. Australie

MACKLIN, J., *Statement on the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples by the Minister for Families Housing Community Services and Indigenous Affairs below the Parliament House Canberra*, 2009 (3 Avril). En ligne :

http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/Australia_official_statement_endorsement_UN_DRIP.pdf