



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master 2 de Droit de la propriété littéraire, artistique et
industrielle**

**Dirigé par Monsieur le Professeur Pierre-Yves Gautier
2018**

***La divulgation de l'origine des ressources
génétiques dans les demandes de brevet
dans la loi du 8 août 2016***

Fanny Vigier

Sous la direction de Monsieur le Professeur Jérôme Passa

Université Paris II – Panthéon-Assas

Master 2 Droit de la propriété littéraire, artistique et industrielle

La divulgation de l'origine des ressources génétiques
dans les demandes de brevet dans la loi du 8 août 2016

Mémoire présenté et soutenu par Fanny Vigier

Sous la direction de Monsieur le Professeur Jérôme Passa

Année universitaire 2017-2018

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire, ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

En premier lieu, je tiens à remercier *Monsieur le Professeur Jérôme Passa*, pour ses précieux conseils dans la préparation de ce mémoire.

Puis, je remercie également *Monsieur le Professeur Thomas Burelli* et *Monsieur le Professeur Jean-Frédéric Morin*, pour l'aide qu'ils m'ont apportée en acceptant de répondre à mes interrogations.

Pour terminer, je souhaite particulièrement remercier *Guillaume* pour sa relecture.

LISTE DES ABREVIATIONS

ADPIC	Aspects des droits de propriété intellectuelle liés au commerce
<i>AJDA</i>	Actualité juridique du droit administratif
<i>Ann. propr. ind.</i>	Annales de la propriété industrielle, littéraire et artistique
APA	Accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées et partage des avantages découlant de leur utilisation
ATM	Accord type de transfert de matériel
CA	Cour d'appel
CDB	Convention sur la diversité biologique
CBE	Convention sur le brevet européen
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CPI	Code de la propriété intellectuelle
D.	Recueil Dalloz
DPIT	Droit de propriété intellectuelle traditionnelle
GEMDEV	Groupement pour l'étude de la mondialisation et du développement
INPI	Institut national de la propriété intellectuelle
IRD	Institut de recherche pour le développement
JORF	Journal officiel de la République française
OEB	Office européen des brevets
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
<i>PIBD</i>	Propriété industrielle, bulletin documentaire
<i>Propr. Ind.</i>	Propriété industrielle
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
SPC	Comité permanent du droit des brevets
TIRPAA	Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture
TKDL	Traditional knowledge digital library
UE	Union européenne

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
Chapitre 1 – L’objectif de contribution de la divulgation de l’origine des ressources génétiques à la lutte contre la biopiraterie	6
Section 1 – Les justifications de la divulgation de l’origine des ressources génétiques....	6
A) Une protection négative.....	6
B) Une protection positive.....	9
Section 2 – La divulgation de l’origine des ressources génétiques dans la loi du 8 août 2016	12
A) La procédure à suivre	12
B) Les informations à fournir	14
Chapitre 2 – Une contribution actuelle limitée de la divulgation de l’origine des ressources génétiques à la lutte contre la biopiraterie	18
Section 1 – Les limites des effets de la divulgation de l’origine des ressources génétiques.....	18
A) Les limites des effets de la loi du 8 août 2016.....	18
B) Les limites pratiques	22
Section 2 – Les solutions proposées	25
A) L’élaboration d’un texte international.....	25
B) Des solutions hors champ de la propriété intellectuelle traditionnelle.....	28
CONCLUSION.....	32
BIBLIOGRAPHIE	33

INTRODUCTION

« Lors de la première colonisation, les peuples autochtones se sont fait voler leurs terres. Au moyen des droits de propriété intellectuelle et des brevets, on se trouve à piller l'esprit et le corps des peuples autochtones ; la vie elle-même se fait coloniser ». Vandana Shiva, militante écologiste indienne.

Vandana Shiva fait, ici, implicitement référence à la biopiraterie, terme provenant de la société civile. Il a été inventé en 1993 par Pat Roy Mooney, un militant écologiste canadien, fondateur du RAFI (Rural Advancement Foundation International) qui devient en 2001 l'ETC Group, une organisation non gouvernementale très engagée sur les questions de biopiraterie¹. Par la suite, ce terme a été diffusé par l'intermédiaire d'autres militants écologistes comme Vandana Shiva ou d'associations telles que France Libertés².

La biopiraterie est composée de trois étapes³. La première consiste en l'utilisation des ressources génétiques et/ou des savoirs traditionnels associés dans une recherche biotechnologique sans autorisation du propriétaire des ressources et/ou du détenteur du savoir traditionnel. Une ressource génétique est définie comme étant « le matériel génétique (d'origine végétale, animale, microbienne ou autre, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité), ayant une valeur effective ou potentielle »⁴. Quant au savoir traditionnel associé à cette ressource, il s'agit de « connaissances et pratiques qui, transmises de génération en génération, forment l'identité d'un peuple »⁵. Le point de départ de la biopiraterie est donc l'activité de bioprospection qui « consiste en la recherche de nouveaux principes actifs présentant des potentialités commerciales pour les différents secteurs de l'industrie du vivant dans des écosystèmes jusqu'alors peu explorés », lorsque cette activité n'est pas autorisée ou n'est pas encadrée légalement⁶. La seconde étape est l'obtention d'un brevet qui inclut cette ressource ou ce savoir. La dernière repose sur la nature du brevet qui confère un monopole

¹ AUBERTIN Catherine, PINTON Florence et BOISVERT Valérie, *Les marchés de la biodiversité*, Objectifs Suds, IRD Editions, 1^{ère} édition, 2007, p.102.

² Fondation Danielle Mitterrand France Libertés, *BIOPIRATERIE, Des alternatives à l'accaparement des savoirs traditionnels* [En ligne], <https://www.france-libertes.org/fr/biopiraterie/> (Page consultée le 3 mars 2018).

³ SAMBUC Henri-Philippe, *La protection internationale des savoirs traditionnels : la nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, Logiques juridiques, L'Harmattan, 1^{ère} édition, 2003, p.155.

⁴ *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, entrée en vigueur le 29 décembre 1993, art. 2.

⁵ BERNAULT Carine, CLAVIER Jean-Pierre, *Dictionnaire de droit de propriété intellectuelle*, Dictionnaires de Droit, Ellipses, 2^{ème} édition, « Savoir traditionnel » p.469.

⁶ BOISVERT Valérie, « Bioprospection et biopiraterie : le visage de Janus d'une activité méconnue », in *Quel développement durable pour les pays en voie de développement?*, AKNIN Audrey, FROGER Géraldine, GERONIMI Vincent (dir.), Cahier du GEMDEV, 2005, p. 123-136.

temporaire d'exploitation au titulaire sur l'invention. Le titulaire du brevet peut alors s'opposer à l'exploitation des ressources ou savoirs concernés par son propriétaire ou détenteur sur les territoires où le brevet a été accordé. L'affaire du *neem* (margousier indien), surnommé « l'arbre miracle » en Inde est un célèbre exemple de biopiraterie. Depuis des siècles, les paysans indiens utilisaient les propriétés anti-fongicides des graines de cet arbre. Pourtant, en 1990, des brevets sont déposés par le ministère de l'Agriculture des États-Unis et la firme multinationale W. R. Grace concernant ces mêmes propriétés⁷.

Les cas de biopiraterie sont apparus dans les années 1980 où des inventions biotechnologiques définies comme « l'ensemble de techniques d'intervention au sein du patrimoine génétique des organismes vivants pour les assigner à une tâche pour laquelle la nature ne les avait pas conçus »⁸ ont été brevetées⁹. Ces inventions ont une importance particulière pour les instituts de recherche ainsi que pour les entreprises de l'industrie pharmaceutique, cosmétique et agroalimentaire, secteurs où la demande en produits naturels et bios ne cesse de s'accroître¹⁰. Cependant, ces inventions ne demandent pas toujours d'accéder physiquement aux ressources génétiques.

Une critique est alors formulée à l'égard du brevet qui serait un vecteur d'accroissement des inégalités entre les pays du Nord qui sont principalement les pays dits « utilisateurs » des ressources génétiques et les pays du Sud, riches en biodiversité, qui sont « fournisseurs » de ces ressources¹¹. Ces derniers subissent un double appauvrissement puisqu'ils ne reçoivent généralement aucune compensation financière en contrepartie de l'utilisation de leurs ressources et des savoirs traditionnels associés, et par l'effet du brevet, ils ne peuvent plus mettre en valeur ces savoirs dans les territoires dans lesquels le brevet a été accordé. Jack Kloppenburg, enseignant américain en sociologie environnementale résume bien cette critique en disant que « *Le développement des nations riches mais « génétiquement pauvres » du Nord a été fondé sur le transfert des ressources des nations pauvres mais génétiquement riches du Sud* ». Néanmoins, l'opposition Nord/Sud reste à nuancer puisque des nationaux des pays du Sud peuvent eux aussi être titulaires de brevets « biopirates »¹².

⁷ *Op.cit.* note 1, p.94.

⁸ *Op. cit.* note 5, « Biotechnologies » p.45.

⁹ Cour suprême des États-Unis, *Diamond v. Chakrabarty*, 16 juin 1980, 447 U.S. 303: *brevetabilité d'un micro-organisme en tant que tel*.

¹⁰ GREIBER Thomas, PEÑA MORENO Sonia, ÅHRÉN Mattias, *Guide explicatif du protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages*, UICN, Gland, Suisse, 2014, p.23.

¹¹ *Op. cit.* note 3, p.38.

¹² DUMESNIL Choralyne, « Les savoirs traditionnels médicinaux pillés par le droit des brevets ? », *Revue internationale de droit économique*, 2012/3 (t. XXVI), p. 321 à 343.

Par ailleurs, il convient de ne pas confondre illégitimité et illégalité. Même si les pratiques biopirates sont jugées illégitimes d'un point de vue socioculturel, elles ne sont pas illégales en l'absence de législation¹³. La Convention sur la diversité biologique (CDB), signée en 1992 à Rio, entrée en vigueur en 1993, est une convention cadre en la matière dont presque l'ensemble des États du monde sont parties. Elle a été ratifiée par la France et par l'Union européenne (UE)¹⁴. Un de ses trois objectifs est le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques¹⁵. Elle met en place un compromis entre les réclamations des pays du Sud et du Nord : les pays du Sud doivent faciliter l'accès aux ressources génétiques « aux fins d'utilisation écologiquement rationnelle » ; mais en raison du droit de souveraineté sur les ressources génétiques présentes sur leurs territoires et des connaissances traditionnelles associées, ces pays « fournisseurs » doivent légiférer en matière d'accès à leurs ressources génétiques ainsi que sur le partage des avantages¹⁶. L'application de la convention revient donc aux États.

Suite à cette convention, dès 2002, un groupe composé de 17 États du Sud nommés les « Mégadivers » s'est constitué¹⁷. Ces États, riches en biodiversité, ont revendiqué un régime international d'accès aux ressources génétiques et savoirs traditionnels associés et de partage des avantages, contrairement à la CDB qui encourage les États parties à légiférer chacun nationalement. Parmi leurs propositions figure l'obligation de divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet. Fournir ces informations permettrait de contribuer « au suivi du respect du consentement préalable donné en connaissance de cause et des conditions convenues d'un commun accord sur la base desquelles l'accès à ces ressources a été accordé »¹⁸. La charge de preuve reviendrait donc au déposant qui doit, par la divulgation, montrer qu'il n'a pas contrevenu aux principes de la CDB. Certains de ces États ont par ailleurs inséré dans leur législation cette obligation comme le Brésil, l'Inde ou encore le Costa Rica¹⁹.

¹³ *Op.cit.* note 1, p.103.

¹⁴ Décision du Conseil des communautés européennes, *concernant la conclusion de la convention sur la diversité biologique*, 25 octobre 1993, 93/626/CEE.

¹⁵ *Op.cit.* note 4, art. 1 : *les deux autres objectifs sont la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments.*

¹⁶ *Op.cit.* note 4, art. 3 et 15.

¹⁷ Afrique du Sud, Bolivie, Brésil, Chine, Colombie, Costa Rica, République démocratique du Congo, Équateur, Inde, Indonésie, Kenya, Madagascar, Malaisie, Mexique, Pérou, Philippines et Venezuela.

¹⁸ Conférence des Parties à la convention sur la diversité biologique, *Accès et partage des avantages associés aux ressources génétiques*, décision VI/24, UNEP/CB/COP/6/20, 19 avril 2002, partie C, §1.

¹⁹ Brésil, *Loi (Accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés et partage des avantages)*, 20 mai 2015, n° 13.123, art. 12 ; Inde, *Loi portant modification de la loi sur les brevets*, 4 avril 2005, n° 15, sect. 10(4)d ; Costa Rica, *Loi sur la biodiversité*, n°7788, 30 avril 1998, art. 80.

Un accord complémentaire à la CDB, le protocole de Nagoya, a été adopté le 29 octobre 2010. Son objectif est de mettre en œuvre « le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des technologies pertinentes »²⁰. Son article 5-2 impose aux parties de prendre des mesures législatives, administratives ou de politiques générales pour remplir cet objectif. Toutefois, comme la CDB, le protocole ne mentionne pas expressément l'obligation de divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet.

L'Union européenne a également ratifié le protocole, et a par conséquent adopté deux règlements en 2014 et 2015. Les seules obligations qui en découlent concernent uniquement la mise en marché de produits impliquant des ressources génétiques et le financement de ses recherches²¹. Les règlements invitent cependant les États membres de l'Union à compléter ces mesures²².

C'est dans ce contexte que la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, a été adoptée en France, après une longue procédure législative²³. La loi autorise la ratification du protocole²⁴ et ajoute une section 3 dans le chapitre II du titre Ier du livre IV du Code de l'environnement concernant l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées et partage des avantages découlant de leur utilisation (APA) dans laquelle se trouve l'article L412-18 II 2°. Il encadre la déclaration de l'origine des ressources génétiques lorsque l'utilisation de ces ressources ou des connaissances traditionnelles associées conduit à une demande de brevet.

Dans quelle mesure la déclaration de divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet dans la loi française constitue un instrument efficace face à la biopiraterie ?

²⁰ *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la CDB*, 29 oct. 2010, entrée en vigueur le 12 octobre 2014, art.1.

²¹ *Règlement d'exécution (UE) de la Commission portant modalités d'application du règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne le registre des collections, la surveillance du respect des règles par l'utilisateur et les bonnes pratiques*, 13 oct. 2015, n°2015/1866, art. 5 et 6.

²² *Règlement (UE) du Parlement européen et du Conseil 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*, 16 avril 2014, n° 511/2014, considérant 33.

²³ VAN LANG Agathe, « La loi Biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée », *AJDA* 2016, p.2381.

²⁴ *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, 8 août 2016, n° 2016-1087, art. 46 : *le Décret n° 2016-1615 du 21 novembre 2016 a porté publication du protocole de Nagoya*.

Il s'agira d'observer comment la divulgation de l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés dans les demandes de brevet, intégrée en droit français, qui constitue une mesure de protection positive, peut contribuer à la lutte contre la biopiraterie (Chapitre I). Cependant, la réalisation de cet objectif se heurte, d'une part, à des limites propres à la loi française et d'autre part, à des limites d'ordre pratique, face auxquelles des solutions peuvent être proposées (Chapitre II).

Chapitre 1 – L’objectif de contribution de la divulgation de l’origine des ressources génétiques à la lutte contre la biopiraterie

La mise en œuvre de la divulgation de l’origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet s’explique par l’incapacité des conditions de fond de validité du brevet à répondre de manière satisfaisante à la lutte contre la biopiraterie (Section 1). C’est la raison pour laquelle la France l’a intégrée, par la loi du 8 août 2016, en tant que condition de forme selon une procédure spéciale (Section 2).

Section 1 – Les justifications de la divulgation de l’origine des ressources génétiques

Une protection négative peut déjà être mise en œuvre grâce aux exigences tenant au droit des brevets, en l’absence de législation relative à la divulgation de l’origine des ressources génétiques (A). Toutefois, celle-ci reste insatisfaisante afin de lutter efficacement contre la biopiraterie. C’est la raison pour laquelle il est nécessaire d’adopter des mesures de protection positive (B).

A) Une protection négative

D’un point de vue économique, l’objectif du brevet est d’inciter à l’innovation. L’attribution au titulaire d’un monopole temporaire d’exploitation sur son invention récompense sa contribution au progrès technique et encourage par conséquent la recherche²⁵. *A priori*, cet objectif est étranger à la protection de la biodiversité et plus précisément à l’APA. Pourtant, trois conditions de fond de validité du brevet, identifiées par une étude de l’Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) de 2003, peuvent être un moyen d’assurer l’effectivité de la CDB²⁶.

i) La nouveauté

Premièrement, la condition de nouveauté du brevet, existant dans l’ensemble des systèmes nationaux et internationaux de brevets²⁷, signifie que l’invention ne doit pas être comprise dans l’état de la technique « constitué par tout ce qui a été rendu accessible au

²⁵ PASSA Jérôme, *Droit de la propriété industrielle, Tome 2 : Brevets d’invention et protections voisines*, Traité, L.G.D.J, 1ère édition, 2013, §13.

²⁶ OMPI, *Projet d’étude technique concernant les exigences relatives à la divulgation d’informations en rapport avec les ressources génétiques et les savoirs traditionnels*, WIPO/GRTKF/IC/5/10, 15 juillet 2003, §183 et 184.

²⁷ *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, 15 avril 1994, entrée en vigueur le 1^{er} janv. 1995, art. 27 al. 1.

public avant la date de dépôt de la demande de brevet par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen »²⁸. Ces antériorités qui sont absolues dans le temps et dans l'espace peuvent détruire la nouveauté²⁹. Il est donc possible d'opposer des antériorités ancestrales provenant de pays du Sud à un brevet en France ou en Europe dont les revendications reproduisent un savoir traditionnel associé à une ressource génétique. La charge de la preuve incombe à celui qui conteste la nouveauté³⁰. La preuve de l'antériorité, étant un fait juridique, peut être rapportée par tout moyen.

Un exemple d'annulation de brevet biopirate pour absence de nouveauté est celui du *neem* évoqué en introduction. Les chambres de recours de l'Office européen des brevets (OEB) ont confirmé, par une décision du 8 mars 2005, l'annulation par la division de l'opposition d'un des brevets portant sur un composé antifongique extrait des graines de *neem* pour absence de nouveauté³¹. Des tiers ont fait opposition au brevet européen en soutenant que cette connaissance traditionnelle relative au *neem* existait depuis de nombreuses années dans la culture indienne. Pour ce faire, ils ont opposé des affidavits ainsi que des paragraphes d'un ouvrage.

Ce cas d'annulation de brevet reste rare puisque pour qu'une antériorité soit susceptible de détruire la nouveauté, elle doit respecter certaines conditions qui peuvent s'avérer être compliquées à remplir en raison de la nature du savoir traditionnel³².

Tout d'abord, selon la jurisprudence, celui qui conteste la nouveauté doit rapporter la preuve du caractère certain de l'antériorité quant à la date et à son contenu. Un doute sur ces éléments doit profiter au breveté³³. Or, il est souvent difficile de dater les savoirs traditionnels puisqu'ils sont transmis de génération en génération depuis des siècles, généralement sans trace écrite et peuvent évoluer rendant le contenu du savoir tangible.

Ensuite, l'antériorité doit être suffisante, c'est-à-dire qu'elle doit permettre à l'homme du métier de reproduire l'invention à partir de la divulgation³⁴. Cependant, certaines facettes des savoirs traditionnels sont gardées secrètes en raison de la tradition.

²⁸ CPI, art. L611-11 al.

²⁹ AZEMA Jacques, GALLOUX Jean-Christophe, *Droit de la propriété industrielle*, Précis, Dalloz, 8^{ème} édition, 2017, §314 et §315.

³⁰ *Op. cit.* note 29, §313.

³¹ Décision de la chambre de recours de l'OEB, 8 mars 2005, N° T 0416/01 - 3.3.2.

³² *Op. cit.* note 29, §308 : l'antériorité doit être certaine, suffisante, de toutes pièces et publique (Com., 12 mars 1996, *PIBD* 1996, III p.273).

³³ CA Paris, 18 fev. 1986, *Ann. propr. ind.* 1987. 112.

³⁴ CA Paris 7 mars 1965, *D.* 1966. Note R. Plaisant ; Com. 3 juill. 1962, *Ann. Propr. Ind.* 1964. 121.

De plus, l'invention doit se retrouver de toute pièce dans l'antériorité³⁵. Pour résumer, si l'invention reproduit un savoir traditionnel avec une forme ou un agencement différent, celui-ci ne sera pas destructeur de nouveauté.

En revanche, même si ce savoir traditionnel a été divulgué dans son pays d'origine à un public local, cela ne pose pas de problème au regard de la condition de publicité car une seule personne suffit à constituer un public, peu importe sa nationalité, le lieu où elle a eu accès au savoir, pourvu qu'elle puisse comprendre l'information.

ii) La divulgation suffisante de l'innovation dans la description

La deuxième condition de fond de validité du brevet pertinente est celle de la divulgation suffisante de l'invention dans la description afin qu'elle puisse être réalisée par un homme du métier. Son absence est sanctionnée par la nullité du brevet³⁶. En effet, « l'invention doit être exposée dans la demande de brevet de façon suffisamment claire et complète » ce qui constitue la contrepartie du monopole octroyé puisque l'invention pourra ensuite être reproduite lorsqu'elle tombera dans le domaine public³⁷. En plus de cet exposé technique, la description doit fournir des indications sur l'état de la technique antérieure.

Grâce à cette exigence, le déposant d'une demande de brevet portant sur une ressource génétique doit divulguer l'origine de la ressource utilisée afin que l'invention puisse être reproduite. Cependant, il sera impossible de vérifier qu'un partage des ressources va découler de l'utilisation de cette ressource génétique.

iii) Le respect de l'ordre public et les bonnes mœurs

Troisièmement, l'exception des inventions contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs pourrait permettre le rejet d'une demande de brevet biopiraté ou son annulation³⁸. À titre d'illustration, en Nouvelle-Zélande, si le déposant ne rapporte pas la preuve du consentement préalable des Maoris, lorsque son invention repose sur des ressources génétiques qui leur appartiennent, l'examineur de l'office de propriété intellectuelle peut rejeter une demande de brevet pour ce motif³⁹.

³⁵ Com. 6 juin 2001, *Amn. prop. ind.* 1972.113 : « l'invention doit s'y trouver toute entière dans une seule antériorité au caractère certain, avec les mêmes éléments qui la constituent dans la même forme, le même agencement et le même fonctionnement en vue du même résultat technique ».

³⁶ CPI, art. L613-25 b) ; *Convention sur le brevet européen (CBE)*, 5 octobre 1973, entrée en vigueur le 7 oct. 1977, art. 138 b).

³⁷ CPI, art. L612-5 ; *CBE*, art. 83.

³⁸ CPI, art. L612-12 4° ; *CBE*, art. 53 a) (rejet) ; CPI, art. L613-25 ; *CBE*, art. 138.1 a) (annulation).

³⁹ *Op.cit.* note 26, §64.

Il est peu probable que cette exception soit admise pour les brevets biopirates puisque le juge ou l'OEB ne l'admettent que très rarement⁴⁰. Dans l'affaire du *neem*, les tiers s'opposant au brevet soutenaient qu'il s'apparente à un vol, ce qui est contraire à la moralité européenne. Cet argument a été rejeté par la division d'opposition de l'OEB. Quand bien même ce serait le cas, cela resterait insuffisant pour lutter contre la biopiraterie car la notion d'ordre public et de « bonnes mœurs » est fluctuante selon la jurisprudence et ne permettrait pas une sécurité juridique suffisante⁴¹.

B) Une protection positive

Étant donné que les conditions préexistantes de validité du brevet s'avèrent insuffisantes pour lutter efficacement contre la biopiraterie, il paraît nécessaire de prendre des mesures de protection positive. Cela se traduit par l'adoption de mesures spécifiques, complémentaires pour éviter que des tiers puissent obtenir un monopole d'exploitation temporaire sur une invention qui repose sur des ressources génétiques et/ou savoirs traditionnels associés.

i) Les avantages de la divulgation

L'obligation de la divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet apparaît comme une mesure positive pertinente. En effet, elle dispose de beaucoup d'avantages.

Tout d'abord, une telle obligation permet, dès le dépôt d'une demande de brevet, de mentionner l'origine géographique de la ressource génétique. En ce sens, elle se rapproche de la divulgation suffisante de l'invention dans la description. L'avantage supplémentaire de cette mesure positive est de garantir une certaine traçabilité conforme aux objectifs de la CDB et du protocole de Nagoya⁴². Pour satisfaire cette obligation, il faudra généralement fournir un certificat d'origine ou un contrat qui certifie que l'accès et le transfert des ressources génétiques ont été faits en toute légalité, avec le consentement des détenteurs initiaux et en conformité avec le principe de partage des avantages découlant de ces ressources. Pourtant, les États-Unis, qui sont un des principaux déposants de demandes de brevet au monde s'opposent à cette exigence. Selon cet État, cette dernière serait contraire à l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Ils

⁴⁰ *Op. cit.* note 25, §103.

⁴¹ *Op. cit.* note 25, §104.

⁴² MORIN Jean-Frédéric, « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : Une contribution du droit des brevets au développement durable? », *Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol 17-1, 2005, p. 131-147.

soutiennent que ce texte n'autorise pas d'autres conditions de forme ou de fond de validité des brevets que celles mentionnées dans ses articles 27 et 29, argumentation qui a été très contestée⁴³. De plus, elle risquerait de provoquer un bouleversement trop important des activités de recherche⁴⁴. C'est la raison pour laquelle les États-Unis ont conclu des traités de libre-échange avec certains États stipulant que la seule divulgation envisageable est celle la divulgation suffisante de l'invention dans la description⁴⁵.

Puis, cette exigence peut permettre de renforcer la sauvegarde de la biodiversité. En identifiant les ressources génétiques pouvant être intéressantes d'un point de vue scientifique, il est probable que ces ressources fassent l'objet d'une préservation⁴⁶.

Ensuite, étant donné qu'une découverte ne peut pas être brevetée, la divulgation de l'origine peut permettre de vérifier plus facilement si l'inventeur a bien trouvé une solution technique à un problème technique à propos d'une ressource génétique ou s'il a seulement repris un savoir traditionnel qui remplit les conditions de l'invention⁴⁷. Cette obligation de divulgation pourra donc avoir un effet dissuasif.

Pour terminer, cette exigence favorise la transparence, qui ne peut être que souhaitable dans un objectif de meilleure coopération entre les pays du Nord et du Sud⁴⁸.

ii) Un flou international et communautaire

Malgré ces avantages incontestables, ni la CDB, le protocole de Nagoya ou encore les règlements n° 511/2014 et n° 2015/1866 ne visent expressément la divulgation de l'origine des ressources génétiques lors de la demande du brevet⁴⁹. Il en est fait mention dans la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, au considérant 27 qui dispose que :

« Considérant que, si une invention porte sur une matière biologique d'origine végétale ou animale ou utilise une telle matière, la demande de brevet devrait, le cas échéant, comporter une information concernant le lieu géographique d'origine de cette matière, si celui-ci est connu; que ceci est sans préjudice de l'examen des demandes de brevet et de la validité des droits résultant des brevets délivrés ».

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ SCHMITT Philippe, « Quelle origine au sens de la CDB faut-il indiquer dans une demande de brevet ? », *Propr. Ind.*, oct. 2006, p.16.

⁴⁵ *Traité de libre-échange entre les États-Unis et les pays d'Amérique centrale (CAFTA)*, signé le 28 mai 2004, art. 15(9)(9); *Traité de libre-échange entre les États-Unis et l'Australie (AUSFTA)*, signé le 18 mai 2004, art. 17(9)(11).

⁴⁶ *Op.cit.* note 42.

⁴⁷ *Op.cit.* note 29, §215.

⁴⁸ *Op.cit.* note 42.

⁴⁹ *Op.cit.* note 29, §925.

Cependant, aucune des deux lois françaises de transposition de la directive 98/44/CE n'a consacré cette exigence⁵⁰. Ce considérant prévoit que la divulgation de l'origine n'aura aucune influence lors de la procédure d'examen et ne constitue pas une condition de validité. Les États membres de l'UE restent libres de prendre cette mesure avec une portée différente puisqu'un considérant dans une directive n'a pas une valeur normative contraignante.

ii) La complémentarité des bases de données

La divulgation de l'origine des ressources génétiques dans la demande de brevet peut donc être une obligation, ce qui est préférable au regard des avantages cités, ou être facultative. Dans ce dernier cas, une autre mesure de protection positive est intéressante à mettre en œuvre parallèlement. Il s'agit de la mise à disposition auprès des offices de brevet de bases de données consacrées aux savoirs traditionnels et aux ressources génétiques. L'Inde a été pionnière en la matière avec la création de la *Traditional knowledge digital library* (TKDL) recensant les connaissances traditionnelles indiennes relatives aux ressources génétiques⁵¹. L'intérêt est de permettre aux examinateurs de vérifier aisément l'état antérieur de la technique. Un accord a par ailleurs été signé entre l'OEB et le gouvernement indien afin de donner accès aux examinateurs de l'OEB à cette base de données⁵². D'autres États comme la Chine ont suivi ce modèle⁵³. Le Pérou a, quant à lui, adopté une base de données qui recense les savoirs traditionnels péruviens en deux catégories : ceux qui sont privés et ceux qui sont mis à la disposition du public⁵⁴. Ces mesures de protection positive peuvent servir d'exemple pour les pays qui sont confrontés au phénomène de biopiraterie.

⁵⁰ *Loi relative à la bioéthique*, 6 août 2004, n° 2004-800 ; *Loi relative à la protection des inventions biotechnologiques*, 8 déc. 2004, n° 2004-1338.

⁵¹ TKDL, « About TKDL », [En ligne], <http://www.tkdl.res.in/tkdl/langdefault/common/Abouttkdl.asp?GL=Eng>, (Page consultée le 1^{er} avril 2018).

⁵² Communiqué de presse de l'OEB, *L'OEB accède à la bibliothèque numérique des savoirs traditionnels de l'Inde*, 11 février 2009, [En ligne], https://www.epo.org/news-issues/press/releases/archive/2009/20090211_fr.html, (Page consultée le 1^{er} avril 2018).

⁵³ OMPI, *Online Databases and Registries of Traditional Knowledge and Genetic Resources*, 5 dec. 2016, [En ligne], http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/gr_table.pdf, (Page consultée le 1^{er} avril 2018).

⁵⁴ Pérou, *Loi établissant le Régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques*, n° 27811, 24 juillet 2002.

Section 2 – La divulgation de l’origine des ressources génétiques dans la loi du 8 août 2016

Afin de compléter les mesures du règlement n°511/2014 concernant l’APA, la loi du 8 août 2016 prévoit expressément la divulgation de l’origine des ressources génétiques lors des demandes de brevet selon une procédure spéciale (A) au cours de laquelle une liste d’informations est à fournir (B).

A) La procédure à suivre

La divulgation de l’origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet prévue à l’article L412-18, I 2° du Code de l’environnement a été créée par l’article 37 de la loi n°2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. Cette loi est qualifiée d’ « encyclopédique », c’est-à-dire qu’elle modifie des parties entières du droit de l’environnement⁵⁵.

i) Une condition de forme

Cette divulgation n’apparaît non pas comme une condition de fond mais comme un élément de forme de la demande au même titre que l’article R612-3 du Code de propriété intellectuelle⁵⁶. Il convient de souligner que la déclaration de divulgation n’a pas été introduite dans le Code de la propriété intellectuelle alors que la loi a introduit de nouvelles dispositions dans de nombreux codes autres que celui de l’environnement. Le Code civil, le Code général des impôts, le Code de l’urbanisme, le Code forestier, le Code rural et de la pêche maritime, le Code général des collectivités territoriales, le Code général de la propriété des personnes publiques, le Code minier, le Code de la recherche, le Code des transports ont eux été modifiés⁵⁷. Il semble alors légitime de se demander pourquoi le Code de la propriété intellectuelle n’est pas concerné. Est-ce un oubli du législateur ou bien une volonté de minimiser l’importance de cette déclaration dans les demandes de brevet ? La première hypothèse paraît plausible étant donné que la déclaration de divulgation de l’origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet est noyée dans cet article L412-18 dont la clarté reste discutable. En effet, des renvois sont opérés vers le règlement n° 511/2014 ainsi

⁵⁵ Terme utilisé par JEGOUZO Yves, « L’ambitieuse loi portant engagement national pour l’environnement », *AJDA* 2010 p.1681.

⁵⁶ *Op. cit.* note 29, §424 : la demande comporte une requête en délivrance de brevet, une description de l’invention, une ou plusieurs revendications, un abrégé du contenu technique de l’invention et le cas échéant, une copie des dépôts antérieurs dont des éléments sont repris.

⁵⁷ *Op. cit.* note 23.

que vers le futur décret d'application de la loi du 8 août 2016 qui a été pris le 9 mai 2017⁵⁸. De plus, il est fait référence à deux types d'utilisation de ressources génétiques dont la frontière est ténue. Il s'agit, d'une part, des travaux de recherche impliquant l'utilisation de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles associées qui reçoivent un financement et d'autre part, le développement final d'un produit élaboré grâce à l'utilisation de ces ressources. C'est lorsque cette seconde utilisation conduit à une demande de brevet que la déclaration de divulgation de l'origine des ressources trouve à s'appliquer.

ii) Le processus déclaratif auprès de l'Institut national de la propriété intellectuelle (INPI)

Pour avoir une vision complète du processus, il convient de combiner cet article avec les règlements de l'Union européenne n° 511/2014 et n°2015/1866, le décret d'application de la loi du 9 mai 2017 ainsi que la décision de l'INPI n°2017-105 du 24 juillet 2017. Lors d'une demande de brevet dans lequel des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels associés sont utilisés, une déclaration doit être adressée à l'INPI à la seule initiative du déposant. Cela signifie que si le déposant ne fait pas cette déclaration, l'INPI ne peut pas la lui réclamer. Autrement dit, la divulgation de l'origine des ressources génétiques n'est pas une obligation, mais une faculté. Lorsqu'elle est transmise, elle doit être présentée sous la forme du modèle de l'Annexe III du règlement d'exécution n°2015/1866. La déclaration doit être un fichier électronique au format PDF et doit être adressée par courrier électronique à une adresse exclusivement réservée à cette fin: nagoya@inpi.fr⁵⁹. Le moment de l'envoi doit être implicitement entendu comme le moment du dépôt de la demande car l'article L412-18 du Code de l'environnement ajoute ensuite que « l'INPI procède aux démarches normales de l'examen de la demande de brevet et à l'attribution d'une date de dépôt ». Or, l'article R-612-8 du CPI dispose que le bénéfice de la date de dépôt de la demande de brevet est acquis lors de la remise d'une requête complète⁶⁰.

Toutefois, l'INPI n'effectue pas un examen de fond. La déclaration de divulgation n'est pas une condition de brevetabilité puisque l'office n'a pas le pouvoir de rejeter la demande au motif du non-respect de l'APA. Il vérifie uniquement la lisibilité des fichiers

⁵⁸ Décret relatif à l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées et au partage des avantages découlant de leur utilisation, 9 mai 2017, n° 2017-848.

⁵⁹ Décision de l'INPI relative aux modalités de transmission à l'INPI des déclarations des utilisateurs de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles associées en application du protocole de Nagoya, 24 juillet 2017, n°2017-105, art. 2.

⁶⁰ GALLOUX Jean-Christophe, « L'obligation de divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet », *Revue de l'Union européenne*, 2017 p.68.

électroniques et l'absence de mentions étrangères aux prescriptions du modèle⁶¹. Si la forme demandée n'est pas respectée, l'INPI indique seulement au déposant l'impossibilité de traitement de la déclaration⁶².

iii) Une transmission au ministre de l'environnement

L'office transmet la déclaration à l'autorité compétente chargée de l'application du règlement du 16 avril 2014 que chaque État membre doit désigner⁶³. L'article D. 412-39.II 1° du décret n° 2017-848 du 9 mai 2017 dispose que « le ministre chargé de l'environnement est l'autorité compétente pour recevoir [...] les déclarations, au stade du développement final d'un produit élaboré par le biais de l'utilisation de ressources génétiques ou de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, attestant que l'utilisateur fait preuve de la diligence nécessaire ». La France n'a donc pas choisi de créer une autorité spéciale contrairement au Pérou et à l'Inde qui ont respectivement créé la Commission nationale contre la biopiraterie et l'Autorité nationale de la biodiversité⁶⁴. Étant donné que le ministre contrôle plus globalement l'utilisation des ressources génétiques lors du développement final d'un produit, aucune référence à la demande de brevet ne doit être faite dans la déclaration⁶⁵. Par ailleurs, la demande de brevet ne figure pas dans les cas d'événements listés dans le modèle de l'annexe III du règlement 2015/1866 au cours desquels la déclaration est faite. Sont visées essentiellement les différentes procédures de mise sur le marché, de vente ou de transfert du produit. Néanmoins, comme l'a souligné la Cour de Justice, « force est d'observer que l'octroi d'un brevet à une invention implique, en principe, son exploitation industrielle et commerciale »⁶⁶.

B) Les informations à fournir

Afin de vérifier que les utilisateurs de ressources génétiques et/ou de savoirs traditionnels associés ont fait preuve de la diligence nécessaire pour respecter les règles de l'APA, une liste d'informations précises doit être fournie lors de la déclaration. Elles sont précisées à l'article 4.3 du règlement n°511/2014 auquel l'article L412-18.II du Code de l'environnement renvoie. Il est fait référence à deux instruments principaux qui permettent de

⁶¹ *Op. cit.* note 59, art. 5 et 6.

⁶² *Op. cit.* note 59, art. 8.

⁶³ *Op. cit.* note 22, art. 6.

⁶⁴ Pérou, *Loi sur la protection des accès à la biodiversité du Pérou et aux savoirs collectifs des peuples autochtones*, 30 avril 2004, n° 28216, art. 2 ; Inde, *Loi sur la biodiversité*, 11 déc. 2002, art. 8.

⁶⁵ *Op. cit.* note 59, art. 3.

⁶⁶ Arrêt de la CJUE, 18 oct. 2011, *Brüstle, c/ Greenpeace*, n° C-34/10, cons. 41.

vérifier l'origine, l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages découlant de leur utilisation.

i) Le contrat

Le premier instrument est le contrat. La CDB et le protocole de Nagoya prévoient que l'accès aux ressources et le partage des avantages qui en découlent sont soumis aux conditions convenues par un commun accord⁶⁷. Le contrat doit s'apparenter à un contrat de gré à gré « dont les stipulations sont librement négociées entre les parties »⁶⁸. Il a donc pour avantage une certaine souplesse puisqu'il est possible de prendre en compte, lors des négociations, les particularités propres au pays, à la ressource génétique en question ou à la communauté autochtone qui détient le savoir traditionnel. De plus, il permet de combiner les prétentions de chacune des parties, de prévenir les conflits d'intérêts et de permettre un certain progrès en créant de nouvelles règles originales⁶⁹.

En réalité, il peut en découler une nouvelle forme de biopiraterie que Walid Abdelgawad appelle « régulée », c'est à dire qu'elle s'appuie sur un contrat qui est contraire aux principes énoncés dans la CDB et le protocole de Nagoya⁷⁰. Des problèmes peuvent se poser à propos du consentement et du contenu du contrat.

En premier lieu, le protocole de Nagoya rappelle bien que l'accès aux ressources génétiques et/ou savoirs traditionnels associés est soumis au consentement préalable des États qui les détiennent et/ou des communautés autochtones⁷¹. D'une part, il arrive que le consentement de l'État et/ou de la communauté soit totalement absent lorsque les entreprises ou les instituts de recherche concluent des contrats directement avec les partenaires locaux qui peuvent être des sociétés privées, des centres de recherches, des universités ou de simples collecteurs privés⁷². D'autre part, le consentement peut être vicié lorsque les entreprises ou les instituts de recherche contractent directement avec les communautés autochtones lorsqu'il est question de savoir traditionnel associé à des ressources génétiques. Même si *a priori*, la participation de ces communautés au processus contractuel peut sembler bénéfique pour la

⁶⁷ *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, entrée en vigueur le 29 décembre 1993, art. 15 ; *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la CDB*, 29 oct. 2010, entrée en vigueur le 12 octobre 2014, art.5.

⁶⁸ Code civil, art. 1110.

⁶⁹ NOIVILLE Christine, « Partage des biotechnologies : le contrat comme avant-garde », *M/S : médecine sciences*, Volume 21, Numéro 11, novembre, 2005, p. 998–100.

⁷⁰ ABDELGAWAD Walid, « Les contrats internationaux de bioprospection : moyen de protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels ou instrument de biopiraterie ? », *Revue Québécoise de droit international*, volume 22, n°1, mars 2011, p.77.

⁷¹ *Op. cit.* note 20, art. 6.

⁷² *Op. cit.* note 70, p.61.

lutte contre la biopiraterie, il en ressort bien souvent un déséquilibre lors de la négociation contractuelle en raison de l'inégalité du rapport de force. La communauté autochtone est la partie faible face à une entreprise multinationale qui a d'importants moyens financiers ainsi qu'un service juridique. Toutefois, il convient de noter que les communautés sont souvent représentées par des organisations non gouvernementales. Il en résulte une atteinte à la liberté contractuelle de la communauté qui, sous pression, va accepter des clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. Par exemple, ce peut être une clause abusive relative au partage des avantages puisque la CDB et le protocole de Nagoya disposent que ce partage est soumis aux conditions mutuellement convenues entre les parties⁷³. Ces avantages peuvent donc prendre une multitude de formes : un avantage monétaire immédiat ou différé ; un avantage non financier sous forme de transfert de technologies ou de formations. Il peut arriver que les paiements différés représentent une somme arbitraire au vu de ce qui aurait pu être versé s'il s'agissait d'une redevance basée sur le volume de la vente.

En second lieu, l'entreprise étrangère étant à l'initiative du contrat, des clauses contractuelles sont souvent préétablies, faisant de ce contrat un contrat d'adhésion dont « les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »⁷⁴. À titre d'illustration, il peut s'agir d'une clause relative au mode de règlement des différends faisant appel à l'arbitrage. Cette dernière fera perdurer le déséquilibre entre les parties au stade de l'exécution du contrat puisque si un différend naît, ces communautés n'auront pas les moyens d'avoir recours à un arbitre.

C'est pourquoi un arrêté a été pris le 13 septembre 2017 fixant le contrat type de partage des avantages découlant de l'utilisation de ressources génétiques prélevées sur le territoire national⁷⁵. Ce modèle semble répondre aux critiques faites ci-dessus. Le contrat est conclu entre l'État et le demandeur. Cela permet un meilleur équilibre entre les parties au contrat, d'autant plus que l'État semble être un contractant plus légitime car les ressources génétiques sont considérées comme une propriété publique⁷⁶. Un règlement des différends à l'amiable est également prévu et en cas d'échec, le juge administratif territorialement

⁷³ *Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, entrée en vigueur le 29 décembre 1993, art. 15.7 ; *Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la CDB*, 29 oct. 2010, entrée en vigueur le 12 octobre 2014, art.15.1.

⁷⁴ *Op. cit.* note 68.

⁷⁵ *Arrêté fixant le contrat type de partage des avantages découlant de l'utilisation de ressources génétiques prélevées sur le territoire national, mentionné à l'article R. 412-20 du code de l'environnement*, 13 septembre 2017, JORF n°0228 du 29 septembre 2017

⁷⁶ MORIN, Jean-Frédéric, « Les accords de bioprospection favorisent-ils la conservation des ressources génétiques ? », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol 34, n°1, novembre 2003, p. 307- 343.

compétent sera saisi. L'arrêté prévoit aussi les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques de manière limitative à l'article 3 du contrat.

ii) Le certificat de conformité internationalement reconnu.

Le second instrument est le certificat de conformité internationalement reconnu, qui pose moins de problèmes car il est encadré par le protocole de Nagoya⁷⁷. Il est défini comme « un permis ou un document équivalent délivré au moment de l'accès comme preuve que l'accès à la ressource génétique dont il traite s'est effectué conformément à la décision d'accorder le consentement préalable donné en connaissance de cause, et que des conditions convenues d'un commun accord ont été établies »⁷⁸. Ce permis est mis à la disposition du Centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages créé par le protocole, ce qui permet une certaine transparence⁷⁹. Néanmoins, l'adoption de lois nationales est nécessaire car l'accès doit se faire « conformément aux dispositions législatives ou réglementaires internes relatives à l'accès et au partage des avantages de la Partie accordant le consentement préalable donné en connaissance de cause »⁸⁰.

Cette intégration en droit français de la divulgation de l'origine des ressources génétiques et/ou des savoirs traditionnels associés dans les demandes de brevet semble être une initiative louable, d'autant plus que les conventions internationales ne la prévoyaient pas. Cependant, l'intérêt de cette intégration n'est véritable que si la divulgation répond aux objectifs de la convention de Rio et du protocole de Nagoya en matière d'APA.

⁷⁷ *Op cit.* note 20, art. 17.4 qui prévoit que « Le certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale contient au minimum les renseignements suivants lorsqu'ils ne sont pas confidentiels : a) L'autorité de délivrance; b) La date de délivrance; c) Le fournisseur; d) L'identifiant unique du certificat; e) La personne ou entité à laquelle le consentement préalable en connaissance de cause a été donné; f) Le sujet ou les ressources génétiques auxquels se rapporte le certificat; g) Une confirmation que des conditions convenues d'un commun accord ont été établies; h) Une confirmation que le consentement préalable en connaissance de cause a été obtenu; et i) L'utilisation à des fins commerciales et/ou non commerciales.

⁷⁸ *Op. cit.* note 22, art. 3.11.

⁷⁹ *Op cit.* note 20, art. 14.

⁸⁰ *Op cit.* note 20, art. 17.3.

Chapitre 2 – Une contribution actuelle limitée de la divulgation de l’origine des ressources génétiques à la lutte contre la biopiraterie

L’objectif de la divulgation de l’origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet, qui est de permettre un point de contrôle afin de lutter contre la biopiraterie, se heurte à certaines limites (Section 1). Cependant, plusieurs solutions au niveau international et local peuvent être proposées afin de mieux protéger les ressources génétiques et/ou les savoirs traditionnels associés (Section 2).

Section 1 – Les limites des effets de la divulgation de l’origine des ressources génétiques

Deux types de limites viennent réduire l’effectivité et l’efficacité de cette mesure. Les premières limites découlent de la loi du 8 août 2016 elle-même (A) tandis que les deuxièmes, d’ordre pratique, sont liées à la difficile mise en œuvre de la divulgation de l’origine (B).

A) Les limites des effets de la loi du 8 août 2016

Bien que la loi française du 8 août 2016 prévoie désormais la déclaration de divulgation de l’origine des ressources génétiques, il convient de noter que sa portée est limitée au regard des objectifs liés à l’APA.

i) Les droits de propriété intellectuelle concernés

Premièrement, les droits de propriété intellectuelle concernés sont moindres puisque cette déclaration ne concerne que les demandes de brevet français qui sont traitées par l’INPI, et pas les demandes de brevet européen. Il aurait semblé logique que les demandes de certificat d’obtention végétale français soient également concernées puisque ce titre de protection délivré par le Comité pour la protection des obtentions végétales confère à son titulaire « un droit exclusif de produire, reproduire, conditionner aux fins de la reproduction ou de la multiplication, offrir à la vente, vendre ou commercialiser sous toute autre forme, exporter, importer ou détenir à l’une de ces fins du matériel de reproduction ou de multiplication de la variété protégée »⁸¹. Or, cette variété protégée a pu être obtenue par un procédé d’hybridation, de sélection concernant du matériel d’origine végétale détenu sans consentement de l’État ou des agriculteurs, détenteurs de la ressource et sans partage pour son utilisation. À titre d’information, le Traité international sur les ressources phytogénétiques

⁸¹ CPI, art. L623-4.

pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPAA) est le pendant du protocole de Nagoya pour certaines espèces cultivées⁸². Toutefois, le mécanisme est différent et ne concerne que les soixante-quatre espèces cultivées, listées à l'annexe 1 du traité, ce qui limite l'objectif de lutte contre la biopiraterie⁸³. Les États parties au traité doivent accorder l'accès à ces espèces et l'utilisateur doit signer un Accord type de transfert de matériel (ATM) qui met en place un partage de bénéfices.

ii) Une absence d'effet sur le brevet

Deuxièmement, l'absence de déclaration ou la présence de déclaration contraire aux principes de l'APA n'a aucun effet sur le brevet déposé. Il revient au déposant de fournir la déclaration à son initiative, autrement dit, selon son bon vouloir. Il faut espérer qu'il adoptera un comportement responsable à la manière des entreprises qui mettent en place leur responsabilité sociétale intégrant des préoccupations sociales, environnementales et éthiques sur une base volontaire⁸⁴.

Même si cette déclaration est contraire aux principes de l'APA, l'INPI ne l'examine pas au fond mais la transmet au ministre de l'environnement. N'étant pas une condition de brevetabilité, la demande de brevet ne peut pas être rejetée sur ce simple motif. Il est intéressant de faire un parallèle avec les législations des pays du Sud à ce sujet. Les lois péruvienne, costaricaine et indienne prévoient, dans un tel cas, un rejet de la demande de brevet au stade du dépôt ou sa nullité, une fois délivré⁸⁵. N'y aurait-il pas une forme d'hypocrisie de la part des pays du Nord comme la France, plutôt utilisatrice de ressources génétiques en prenant une mesure à la portée moindre ? Les pays fournisseurs ont, eux, tout intérêt à contribuer au mécanisme de diffusion de la norme en adoptant des législations ayant une portée effective⁸⁶. Les questions liées à la biopiraterie ont une valeur politique très forte dans les pays du Sud, notamment en Inde avec la présence d'activistes comme Vandana Shiva⁸⁷.

Une suspension de délivrance dans l'attente d'informations manquantes ou floues dans la déclaration aurait pu être mise en place afin que le déposant puisse prouver qu'il est de

⁸² *Traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture*, 3 novembre 2001, entré en vigueur le 29 juin 2004, Annexe 1.

⁸³ *Op. cit.* note 82, art. 11.1.

⁸⁴ DONDERO Bruno, LE CANNU Paul, *Droit des sociétés*, Précis Domat, LGDJ, 6^{ème} édition, 2014 §435.

⁸⁵ Costa Rica, *Loi sur la biodiversité*, 30 avril 1998, n°7788, art. 80 sur la biodiversité ; Pérou, *Loi établissant le Régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques*, 24 juillet 2002, n° 27811, art. 71 ; Inde, *Loi sur la Biodiversité*, 11 dec. 2002, art. 18.4.

⁸⁶ Interview Skype de MORIN Jean-Frédéric, 20 mars 2018.

⁸⁷ *Ibid.*

bonne foi. Ce n'est pas le cas de la loi française puisque l'article L412-18 du Code de l'environnement prévoit que l'INPI attribue une date de dépôt, sans procéder à un examen de fond, dès que la demande est déposée.

En outre, une sanction aurait pu être prévue en dehors du droit des brevets et notamment par le biais du droit pénal. L'article L415-3-1 du Code de l'environnement prévoit que « le fait d'utiliser des ressources génétiques ou des connaissances traditionnelles associées sans disposer des documents mentionnés à l'article 4. du règlement n°511/2014 lorsqu'ils sont obligatoires », ou celui « de ne pas transmettre à leurs utilisateurs ultérieurs les informations pertinentes » est puni d'un an d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende. Cet article ne s'applique pas à la divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet car les documents visés à l'article 4.3 du règlement ne sont pas obligatoires dans le cadre de la demande de brevet, la déclaration étant facultative. Il s'applique précisément lors du développement final d'un produit élaboré grâce à l'utilisation de ces ressources ou lors des travaux de recherches impliquant des ressources génétiques qui reçoivent un financement.

Cependant, en cas de faux certificat d'origine, il est toujours possible d'utiliser l'article 441-7 du Code pénal qui punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende le fait « 1° D'établir une attestation ou un certificat faisant état de faits matériellement inexacts ; 2° De falsifier une attestation ou un certificat originairement sincère ; 3° De faire usage d'une attestation ou d'un certificat inexact ou falsifié ». Cette hypothèse a vocation à être isolée. En effet, pourquoi le déposant risquerait-il une telle peine alors que la déclaration est facultative ?

iii) L'objet limité de la divulgation de l'origine

Troisièmement, les ressources génétiques et les savoirs traditionnels visés par la faculté de divulgation dans la loi française sont très limités.

Tout d'abord, l'article L412-5.II.1.b) du Code de l'environnement prévoit que la section du code relative à l'APA ne concerne pas « les ressources génétiques prélevées en dehors du territoire national et des zones sous souveraineté ou juridiction française ». Cette limitation peut sembler grotesque puisqu'elle revient à considérer que la lutte contre la biopiraterie se limite aux ressources et aux savoirs traditionnels associés situés en France et dans les DOM TOM. *A contrario*, des brevets qui seraient contraires à l'APA découlant des ressources génétiques situées dans le reste du monde ne posent pas de problème puisque le ministre de l'environnement ne va examiner que les déclarations relatives à des ressources génétiques françaises. Cela restreint très fortement la portée de l'article L412-18 du Code de

l'environnement. Cette restriction est cohérente avec l'article L.412-3 du Code de l'environnement qui dispose que la section du code dédiée à l'APA « vise à déterminer les conditions d'accès aux ressources génétiques faisant partie du patrimoine commun de la Nation »⁸⁸. Pourquoi le législateur a-t-il effectué une telle limitation ? Il est possible d'expliquer cela à la lumière de l'article 3 de la CDB qui affirme la souveraineté nationale sur les ressources biologiques conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international. Il appartient par conséquent à chaque gouvernement de légiférer sur l'accès aux ressources génétiques situées sur son territoire⁸⁹. Il peut donc sembler justifié que le ministre de l'environnement ne veuille pas s'immiscer dans les affaires des autres États en vérifiant les conditions d'accès à leurs ressources génétiques.

Cependant, cet article 3 ajoute que les États « ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale ». Or, l'exclusion des ressources génétiques étrangères peut conduire à une utilisation biopirate de ces ressources dont la préoccupation des chercheurs ne sera sans doute pas la préservation de la biodiversité.

En outre, l'article L412-5 II. 1 f) du Code de l'environnement exclut l'applicabilité des règles de l'APA aux « connaissances traditionnelles associées à des ressources génétiques dont les propriétés sont bien connues et ont été utilisées de longue date et de façon répétée en dehors des communautés d'habitants qui les partagent ». *A priori*, cette disposition semble justifiée puisque ces connaissances traditionnelles apparaissent comme « tombées dans le domaine public ». Implicitement, cette disposition valide toutes les recherches intervenues avant 2016 qui ont exploité les connaissances traditionnelles sans accord ni partage⁹⁰.

Pour terminer, il convient de noter que les règles de l'APA et par conséquent, la déclaration relative à la divulgation de l'origine des ressources génétiques ne sont pas applicables en cas de dépôt d'un brevet intéressant la défense nationale⁹¹. Une méconnaissance complète des règles de l'APA semble être déséquilibrée au regard de la faible importance des ressources génétiques dans ce domaine.

⁸⁸ *Op. cit.* note 60.

⁸⁹ *Op. cit.* note 4, art. 15(1).

⁹⁰ BURELLI Thomas, « La France et la mise en œuvre du protocole de Nagoya », *Vertigo*, Volume 14, numéro 2, §43

⁹¹ Code de l'environnement, art. L. 412-5 3°.

B) Les limites pratiques

La divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet peut poser des difficultés pratiques de mise en œuvre liées à son objet même, ainsi qu'en raison du système du droit des brevets dans lequel elle s'inscrit.

i) Des difficultés pratiques

En premier lieu, des difficultés pratiques de mise en œuvre peuvent être présentes.

Tout d'abord, les utilisateurs des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels associés ne sont pas toujours en mesure d'identifier le pays d'origine des ressources génétiques. Ce peut être le cas lorsque le chercheur a accès aux ressources génétiques conservées *ex situ*, en dehors de leur milieu naturel par le biais de collections qui peuvent être détenues par des zoos, des jardins botaniques. La CDB définit le pays fournisseur de ressources génétiques notamment comme celui « qui fournit des ressources génétiques [...] prélevées auprès de sources *ex situ*, qu'elles soient ou non originaires de ce pays »⁹². Cet État fournisseur contrôle au même titre que les ressources génétiques *in situ*, l'accès aux ressources génétiques collectées *ex situ* après l'entrée en vigueur de la CDB. Cependant, lorsque l'accès se fait par une collection *ex situ*, il peut être parfois compliqué de connaître l'origine exacte des ressources, lorsqu'elles ont transité par plusieurs intermédiaires ou qu'elles sont présentes dans plusieurs États, frontaliers ou non. Or, l'utilisateur doit préciser, selon le modèle imposé par l'UE, « la source auprès de laquelle les ressources génétiques ou les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques ont été directement obtenues »⁹³.

De plus, le fait que la déclaration concerne à la fois les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées à ces ressources peut conduire à une confusion profitable aux chercheurs⁹⁴. L'exemple le plus récent est celui de l'affaire *Quassia Amara*. En l'espèce, l'Institut de Recherche pour le Développement (IRD) a déposé une demande de brevet européen auprès de l'OEB portant sur l'utilisation d'une molécule isolée extraite de la plante *Quassia Amara* pour le traitement du paludisme en vue du développement d'un médicament. Pour se faire, des études de terrain ont été menées en Guyane auprès des communautés autochtones et locales permettant de collecter les savoirs traditionnels relatifs à cette plante. Une opposition a été déposée par France Libertés, Thomas Burelli et Cyril Costes

⁹² *Op. cit.* note 4, art. 2.

⁹³ *Op. cit.* note 22, art 4.3.b) iii).

⁹⁴ Interview Skype de BURELLI Thomas, 23 mars 2018.

en raison de l'absence de consentement préalable des communautés et de partage des avantages découlant de l'utilisation de leurs savoirs. En février 2018, l'OEB a validé le brevet européen. Un des arguments de l'IRD était de mettre l'accent sur le fait que la plante était connue depuis longtemps notamment pour ses vertus antipaludiques, tout en minimisant le fait que ce sont les enquêtes de terrains auprès des communautés qui ont permis à l'IRD de développer ce brevet, montrant bien que ces savoirs n'étaient pas connus en dehors de la communauté⁹⁵. Certes, l'OEB ne connaît pas la divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet, mais il est possible de craindre que lorsque cette divulgation est imposée ou facultative, les chercheurs insistent davantage sur l'origine de la ressource génétique connue et sur ses propriétés que sur les savoirs traditionnels associés. Cela peut paraître tentant d'autant plus que la loi française exclut l'application des règles de l'APA « aux connaissances traditionnelles associées à des ressources génétiques ne pouvant être attribuées à une ou plusieurs communautés d'habitants »⁹⁶.

Par ailleurs, l'introduction de la divulgation de l'origine dans les demandes de brevet nécessite une révision de la loi sur les brevets plus ou moins importante selon la portée que l'État souhaite lui accorder. La directive 98/44/CE - qui par ailleurs mentionne la divulgation de l'origine dans son considérant 27 -, et plus précisément son article 6 qui exclut de la brevetabilité les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, « laisse aux autorités administratives et aux juridictions des États membres une large marge de manœuvre dans la mise en œuvre de ce critère d'exclusion »⁹⁷. Elle est nécessaire pour tenir compte des spécificités sociales et culturelles de chaque pays que les autorités communautaires ne peuvent appréhender de manière satisfaisante⁹⁸. La révision des lois relatives aux brevets des États membres de l'UE est donc possible. Cependant, il est possible que certains États soient réticents à modifier leur loi nationale sur les brevets car il s'agit d'une boîte de Pandore⁹⁹. De nombreuses pressions venant de toute part et notamment des industries peuvent être exercées sur le gouvernement, ce pourquoi certains préfèrent garder le *statu quo*. Cette question a, également, eu un grand retentissement au regard de l'article 27 relatif à l'objet brevetable et de l'article 29 relatif aux conditions

⁹⁵ Comité scientifique de France Libertés, *La réponse contestable de l'IRD sur le cas de biopiraterie Quassia Amara*, [En ligne], https://www.france-libertes.org/wp-content/uploads/save/pdf/decryptage_-_la_reponse_contestable_de_1_ird.pdf (Page consultée le 3 mars 2018).

⁹⁶ Code de l'environnement, art. L412-5. II. 1 e).

⁹⁷ Arrêt de la CJCE, Royaume des Pays-Bas contre Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, 9 oct. 2001, C-377/98, cons.37.

⁹⁸ *Op. cit.* note 97, cons. 38

⁹⁹ *Op. cit.* note 86.

imposées aux déposants de demandes de brevets de l'accord ADPIC¹⁰⁰. Selon la lecture restrictive de l'accord faite par les États-Unis, l'introduction de la divulgation de l'origine serait contraire à ces articles puisque cet accord n'autoriserait que les conditions de fond et forme explicitement mentionnées. C'est pourquoi certains États du Sud ont proposé de modifier l'accord ADPIC pour y intégrer l'obligation de divulgation ainsi que le respect des règles de l'APA, en vain¹⁰¹.

ii) Des difficultés liées au système du droit des brevets

En second lieu, des limites tenant au système du droit des brevets lui-même peuvent réduire l'effectivité réelle de la divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet.

D'une part, des critiques ont été formulées à l'égard de la divulgation en tant que condition de brevetabilité¹⁰². Les offices de brevet auront une charge de travail supplémentaire pour vérifier cette condition. Par conséquent, cela aurait un impact sur le délai de délivrance des brevets, d'autant plus que les examinateurs ne seraient pas toujours en mesure de retracer l'origine des ressources génétiques, ce qui générerait un coût. Ce coût se reporterait sur celui des demandes de brevet qui seraient alors réservées aux grandes entreprises ayant les moyens financiers. Le brevet serait alors abandonné au profit du secret commercial.

Cette critique apparaît quelque peu exagérée. Les industries notamment pharmaceutiques sont dépendantes des brevets puisque les frais élevés engagés en recherche et le développement par une entreprise ne peuvent avoir un intérêt que si elle finit par détenir un monopole d'exploitation temporaire pour l'innovation qui en découle¹⁰³. Puis, la charge de travail supplémentaire ne serait pas si importante car les recherches scientifiques basées sur des ressources naturelles génétiques ont tendance à diminuer avec le développement des ressources génétiques de synthèses¹⁰⁴.

¹⁰⁰ PIRES DE CARVALHO Nuno, « Requiring Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent in Patent Applications Without Infringing the TRIPS Agreement: The Problem and the Solution », *Washington University Journal of Law & Policy*, Volume 2, janv. 2000, p.371 à 401.

¹⁰¹ OMC, *Relation entre l'accord sur les ADPIC et la CDB, Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées*, 8 février 2006, IP/C/W/368/Rev.1.

¹⁰² *Op. cit.* note 42.

¹⁰³ BOURGOUIN André, *Divulgation de l'origine des ressources génétiques, y compris le respect des dispositions relatives au consentement préalable en connaissance de cause et au partage des avantages*, Forum à participation non limitée sur le projet de traité sur le droit matériel des brevets (SPLT), du 1^{er} au 3 mars 2006.

¹⁰⁴ *Ibid.*

D'autre part, dans l'hypothèse où la divulgation de l'origine des ressources génétiques serait une condition de brevetabilité dans un État, sa portée serait restreinte par le principe de territorialité. Il signifie que le droit de brevet « se limite au territoire de l'État qui a délivré ce titre »¹⁰⁵. Par conséquent, si une demande de brevet est rejetée pour ce motif par l'office d'un État, le déposant pourra tout de même déposer sa demande au sein des offices de propriété intellectuelle d'autres États qui pourront délivrer le brevet. De même, si un brevet est annulé dans un État, l'annulation est sans incidence sur les brevets délivrés dans d'autres États. Il s'agit donc d'un moyen de contrôle limité si tous les États n'en font pas une condition de validité de brevet.

Section 2 – Les solutions proposées

Face aux limites exposées, plusieurs solutions sont envisageables. La première solution provient de l'élaboration d'un texte international par le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore (A). D'autres solutions peuvent être également proposées en sortant du champ traditionnel de la propriété intellectuelle (B).

A) L'élaboration d'un texte international

Un espoir d'un changement au niveau international provient de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), institution spécialisée des Nations Unies.

i) Les objectifs du Comité

À la fin du XX^{ème} siècle, les questions relatives aux ressources génétiques ont pris une réelle importance dans l'enceinte de cette organisation¹⁰⁶. Elles ont fait l'objet d'un programme spécifique lors de l'exercice biennal 1998-1999. Sous l'impulsion du Comité permanent du droit des brevets (SCP), s'est tenue, en avril 2000, une Réunion sur la propriété intellectuelle et les ressources génétiques. Il en est ressorti la nécessité de créer un forum de discussion distinct, spécial afin de poursuivre les travaux en la matière entre les États membres. Cette idée a été réaffirmée lors de la Conférence diplomatique pour l'adoption du Traité sur le droit des brevets qui s'est déroulée du 11 mai au 2 juin 2000. Par conséquent, en octobre de la même année, l'OMPI a mis en place le Comité intergouvernemental de la

¹⁰⁵ *Op.cit.* note 29, §554.

¹⁰⁶ OMPI, Questions concernant la propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore, 25 août 2000, WO/GA/26/6.

propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, conformément à sa « responsabilité de prendre des mesures appropriées [...], de faciliter le transfert aux pays en voie de développement des techniques en rapport avec la propriété industrielle en vue d'accélérer le développement économique, social et culturel »¹⁰⁷. Ce comité rassemblant les États membres est dédié aux questions relatives à l'APA, à la protection des savoirs traditionnels associés ou non aux ressources génétiques ainsi que celle des expressions du folklore.

En 2017, l'OMPI a renouvelé le mandat du comité en lui imposant d'accélérer ses travaux pour qu'ils débouchent à un accord sur un ou plusieurs instruments juridiques internationaux lors du prochain exercice biennal 2018-2019¹⁰⁸. Un tel texte international apparaît comme un moyen efficace face aux limites liées au principe de territorialité. Si l'obligation de la divulgation de l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés dans les demandes de brevet est imposée par un instrument multilatéral, bien que l'annulation d'un brevet par un État pour absence de divulgation ne produise que ses effets sur le territoire de ce dernier, il sera normalement annulé dans les autres États parties au traité où ce brevet a été déposé.

ii) Les réticences face à ce projet

Plusieurs observations doivent être faites. Premièrement, l'élaboration de ce texte n'est pas simple pour des raisons politiques et juridiques. L'initiative de ce texte revient aux pays en développement, ce qui est inédit en matière de propriété intellectuelle¹⁰⁹. La prise en compte des intérêts de ces pays nécessite donc plus de négociations entre les États membres même si à ce titre, l'OMPI facilite la représentation de ces pays. De plus, le défi de ce nouveau texte est de « s'insérer dans un tissu serré d'instruments internationaux (CDB, accord de l'OMC, conventions sur la propriété intellectuelle) »¹¹⁰.

Deuxièmement, pour certains, ce comité exclusif a seulement été créé afin d'évacuer les questions relatives aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels du SCP¹¹¹. Ces

¹⁰⁷ *Accord entre l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*, entré en vigueur le 17 décembre 1974, art. 1.

¹⁰⁸ Assemblées des États membres de l'OMPI, *Point 18 de l'ordre du jour, Questions concernant le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore*, 2 – 11 octobre 2017 [En ligne], http://www.wipo.int/export/sites/www/tk/ft/igc/pdf/igc_mandate_2018-2019.pdf (Page consultée le 3 mars 2018).

¹⁰⁹ GALLOUX Jean-Christophe, « La protection internationale des savoirs traditionnels », *RTD Com.* 2004 p.286

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Op. cit.* note 86.

questions importantes et controversées ne paralysent plus le SCP, qui a pu adopter le Traité sur le droit des brevets en 2000, mais le comité spécial, qui depuis 18 ans, est toujours en train de négocier. Cependant, pour l'OMPI, la raison liée à la création d'un comité spécial est l'inadéquation des organes déjà existants de l'OMPI comme le SCP puisque ces questions touchent plusieurs branches de la propriété intellectuelle¹¹².

Troisièmement, à l'état actuel des négociations, il n'est pas certain que la divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet soit reconnue comme une condition de brevetabilité. Le document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques élaboré par le comité en 2016 reste flou¹¹³. Bien que son préambule mentionne le fait que cette divulgation « renforcerait la confiance mutuelle entre les différentes parties prenantes à l'accès et au partage des avantages », sa portée n'est pas encore fixée. Un premier article 3 prévoit l'exigence de divulgation mais il ne précise pas si elle oblige ou non les offices des brevets à vérifier le contenu de la déclaration de divulgation. Une variante à l'article 3 prévoit, quant à elle, qu'« aucune exigence de divulgation ne peut être imposée aux déposants ou aux titulaires des brevets [...], pour des raisons autres que celles liées à la nouveauté, à l'activité inventive, à la possibilité d'application industrielle ». Il est donc impossible à ce jour de savoir si le texte international découlant des négociations va faire de la divulgation une exigence de brevetabilité, permettant de rejeter des demandes de brevet ou d'annuler des brevets.

Quatrièmement, même si dans l'hypothèse où le comité retient la divulgation comme une condition de brevetabilité, pour que ce texte international atténue les limites du principe de territorialité, il faut qu'il soit ratifié par un nombre significatif d'États. Or, d'une part, étant donné l'opposition des États-Unis à la divulgation de l'origine, il semble peu probable qu'ils décident de ratifier un tel texte, à moins qu'ils modulent leur engagement par le biais de la réserve¹¹⁴. Étant donné que le document de synthèse ne l'interdit pas, il revient à chaque État membre, en l'absence de contrôle international de l'admissibilité des réserves, de se prononcer sur la conformité de la réserve à l'objet et au but du traité¹¹⁵. L'État peut soit l'accepter et par conséquent, reconnaître son opposabilité à son égard ; soit faire une objection, rendant alors inapplicable les dispositions sur lesquelles porte la réserve entre les

¹¹² *Op. cit.* note 106, point 15.

¹¹³ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Deuxième version révisée du document de synthèse concernant la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques*, 14 juin 2016, WIPO/GRTKF/IC/30.

¹¹⁴ Convention de Vienne sur le droit des traités, 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janv. 1980, art 2§1d.

¹¹⁵ *Op cit*, note 114, art. 19.

deux États¹¹⁶. Quoi qu'il en soit, la divulgation de l'origine des ressources génétiques ne pourra pas être imposée aux États-Unis et donc aux examinateurs de l'Office américain des brevets et des marques, considéré comme l'un des offices les plus importants en matière de brevet. D'autre part, l'exigence de divulgation ne pourra pas être imposée à l'OEB qui n'a pas la capacité de ratifier un tel traité.

La solution tenant à une obligation internationale de la divulgation de l'origine reste donc incertaine et fragile.

B) Des solutions hors champ de la propriété intellectuelle traditionnelle

D'autres solutions peuvent être proposées hors du cadre traditionnel du droit de la propriété intellectuelle. Le problème lié à la biopiraterie est l'appropriation des ressources génétiques ou des savoirs traditionnels associés à ces ressources par le brevet qui confère un monopole temporaire à son titulaire, bien souvent sans partage des avantages. Cependant, la solution ne doit pas forcément se trouver près du problème, c'est-à-dire près du système déjà existant du droit des brevets.

i) La création d'un droit de propriété intellectuelle *sui generis*

Une première solution serait la création d'un droit de propriété intellectuelle *sui generis* de protection des savoirs traditionnels. Selon l'OMPI, « un régime de propriété intellectuelle devient *sui generis* si l'on modifie certaines de ses caractéristiques de manière à tenir dûment compte des particularités de son objet et des besoins particuliers qui conduisent à la création d'un système distinct »¹¹⁷. Il s'agit d'inverser le mécanisme actuel et d'appliquer les concepts de la propriété intellectuelle aux communautés autochtones détentrices des savoirs. Cette idée a notamment été soutenue par Henri-Philippe Sambuc, qui a proposé un projet de traité de la propriété intellectuelle traditionnelle¹¹⁸. L'article 2 de la convention établissant l'OMPI en 1967 stipule qu'« il faut entendre par [...] propriété intellectuelle [...] tous les autres droits afférant à l'activité intellectuelle dans les domaines industriel, scientifique, littéraire et artistique ». Étant donné que le savoir traditionnel associé aux ressources génétiques existe en raison d'une activité intellectuelle tenant au domaine scientifique et industriel entendu de manière large selon l'article 1.3. de la convention de Paris

¹¹⁶ *Op cit*, note 114, art. 21.1 et 21.3.

¹¹⁷ Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, *Éléments constitutifs d'un système sui generis de protection des savoirs traditionnels*, 30 sept. 2002, WIPO/GRTKF/IC/4/8, §34.

¹¹⁸ *Op cit*, note 3, p.218 à 234.

de 1883, ce savoir peut être potentiellement protégé par un droit de propriété intellectuelle¹¹⁹. Il ne faudrait pas limiter la propriété intellectuelle aux droits déjà existants.

Ce droit de propriété dit « droit de propriété intellectuelle traditionnelle » (DPIT) reposerait sur plusieurs principes¹²⁰. Il naîtrait du simple fait, comme l'œuvre protégeable par le droit d'auteur. Toutefois, ce droit pourrait, toutefois, faire l'objet d'un enregistrement dans un registre national spécial. La coutume fixerait les conditions de titularité et d'usage du droit. Comme tout droit de propriété intellectuelle, un tiers ne pourrait pas utiliser un DPIT sans l'accord de son titulaire ni par extension, « tout bien meuble incorporant tout ou partie de ce savoir » mais le titulaire du DPIT ne pourrait pas l'opposer à un autre DPIT identique. En cas de contrat avec un tiers, le titulaire resterait libre de choisir la nature des relations contractuelles (contrat de vente, de licence, société commune...). Un devoir d'information mutuelle serait instauré entre les parties. Le titulaire aurait pour obligation de décrire sur quoi repose son droit tandis que le tiers devrait expliquer ce pourquoi il désire conclure ce contrat.

Trois critiques peuvent être faites par rapport à ce projet. Premièrement, ce projet peut être perçu comme occidental-centré. Il s'agit d'appliquer les concepts de la propriété intellectuelle d'origine occidentale afin de protéger les savoirs traditionnels des communautés autochtones¹²¹. Or, ces communautés ont déjà des mécanismes de protection propres, qui se mettent en place notamment par le fait que seulement certains membres ont accès à ce savoir. Deuxièmement, en pratique, un tel droit reste difficile à mettre en œuvre. Il repose sur la coutume et par conséquent, il en découle un risque d'insécurité juridique pour les cocontractants des communautés. Troisièmement, ce projet reste aujourd'hui théorique et n'est pas à l'ordre du jour. Le document de synthèse du comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore ne l'évoque pas. Cependant, il convient de noter que le Costa Rica a accordé aux communautés locales des droits lorsque leurs savoirs font l'objet d'un enregistrement auprès d'une autorité administrative, ce qui se rapproche d'un droit *sui generis*¹²².

ii) Une responsabilisation de la communauté scientifique

Une deuxième solution serait de responsabiliser la communauté scientifique. Les chercheurs, dans leur pratique, devront respecter les principes de l'APA, ce à quoi la divulgation de l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés tente

¹¹⁹ *Op cit.* note 3, p.106.

¹²⁰ *Op cit.* note 3, p.51 et 52.

¹²¹ *Op. cit.* note 86.

¹²² *Op. cit.* note 12.

de répondre. Au niveau international, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones de 2007 prévoit à son article 31.1 que les communautés autochtones ont le droit « de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur savoir traditionnel ». Il revient cependant aux États de « prendre des mesures efficaces pour reconnaître ses droits », ce qui n'est bien souvent pas le cas¹²³. Les chercheurs pourraient donc, au lieu d'attendre qu'un cadre législatif national leur soit imposé, agir avec éthique.

Cependant, cette absence de cadre législatif serait, bien souvent, interprétée par les chercheurs comme une « invitation à l'immobilisme »¹²⁴. Par exemple, dans l'affaire *Quassia amara*, un des arguments très légaliste de l'IRD était qu'il n'existait pas de dispositif légal obligeant les chercheurs à appliquer le principe du consentement préalable et informé des populations¹²⁵. Cette approche apparaît contestable au regard de la charte européenne du chercheur. En effet, elle énonce le principe général de responsabilité selon lequel « les chercheurs doivent être conscients du fait qu'ils [...] sont également responsables, pour des motifs davantage éthiques, envers la société dans son ensemble »¹²⁶. Les normes contenues dans la charte qui couvrent le domaine de recherche privé et public ne sont pas obligatoires mais incitent seulement les chercheurs à les respecter¹²⁷. Il s'agit de *soft law* n'ayant pas de valeur contraignante. Une des raisons pouvant expliquer que les ethnobotanistes continuent à ignorer ces principes, contrairement aux anthropologues, est qu'ils viennent faire de la bioprospection à un endroit et à un moment donné et ne reviennent plus ensuite¹²⁸.

iii) D'autres points de contrôle possibles

Une dernière solution serait d'instaurer des points de contrôle autres que la déclaration de divulgation de l'origine des ressources génétiques. Tout d'abord, des contrôles douaniers pourraient être mis en place afin de vérifier que les ressources génétiques importées respectent bien les règles du pays exportateur. Par ailleurs, l'État pourrait exiger des chercheurs un engagement à respecter les règles de l'APA lorsqu'il accorde des subventions. Pour finir, il serait possible de sanctionner les entreprises qui ne respectent ces règles à travers

¹²³ Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, 13 sept. 2007, art. 31.2.

¹²⁴ BURELLI Thomas, « Les codes éthiques et les contrats comme moyens d'organisation des échanges entre la communauté scientifique et les communautés autochtones en Polynésie française », Legitimus, 16 juillet 2017, [En ligne], <http://www.legitimus.ca/blog?id=1247> (Site consulté le 4 avril 2018).

¹²⁵ *Op. cit.*, note 95.

¹²⁶ Recommandation de la Commission concernant la charte européenne du chercheur et un code de conduite pour le recrutement des chercheurs, 11 mars 2005, 2005/251/CE

¹²⁷ VERGES Etienne, « Éthique et déontologie de la recherche scientifique, un système normatif communautaire », in *Qu'en est-il du droit de la recherche ?*, LARRIEU Jacques (dir.), LGDJ, 2009, p. 131.

¹²⁸ *Op. cit.*, note 94.

la pratique du *name and shame*, d'origine anglo-saxonne. Elle consiste à dénoncer publiquement une entreprise ou une institution en raison de son mauvais comportement. A ce titre, tous les deux ans, l'ETC group, organisation non gouvernementale, organise les « Prix du capitaine crochet » décernés aux entreprises les moins respectueuses par référence au terme de « biopiraterie »¹²⁹.

¹²⁹ *Op. cit.* note 1 p. 95.

CONCLUSION

La divulgation de l'origine des ressources génétiques et des savoirs traditionnels associés dans les demandes de brevet introduite dans le Code de l'environnement apparaît comme une avancée positive dans la continuité de la CDB et du protocole de Nagoya dont l'objectif est d'instaurer un partage juste et équitable des bénéfices découlant de l'utilisation de ces ressources.

Cependant, l'article L412-18 II 2° du code s'apparente à une disposition « symbolique ». Cette fonction l'emporte sur la fonction normative du texte qui « vise à diriger concrètement les comportements »¹³⁰. Ses nombreuses limites matérielles et formelles, tenant respectivement à son champ d'application et à sa clarté, l'empêchent d'avoir un réel impact normatif en contraignant les déposants à transmettre la déclaration à l'INPI. En revanche, sa fonction symbolique est importante puisqu'elle met en exergue les valeurs que la France tend à protéger. En témoigne l'intitulé de la loi du 8 août 2016, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages qui introduit la divulgation.

Il convient toutefois de ne pas sous-estimer cette dernière fonction¹³¹. Le symbole participe à un mouvement de sensibilisation dans la communauté scientifique qui ne peut plus ignorer les questions liées à la biopiraterie, ce qui est capital dans les relations avec les communautés autochtones ou locales. De plus, si des dispositions nationales de ce type sont prises dans plusieurs pays, il peut y avoir un mécanisme de diffusion ascendante des normes. Une pression peut alors être créée sur d'autres pays, sur l'OEB, sur l'OMPI, afin de renforcer la lutte contre la biopiraterie au niveau international.

¹³⁰ LAROQUE Octavie, « Les lois symboliques. Une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique », Thèse Paris II, 2017.

¹³¹ *Op. cit.* note 86.

BIBLIOGRAPHIE

1) Textes

- Textes internationaux

- Convention sur le brevet européen, 1973
- Convention sur la diversité biologique, 1992.
- Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, 1994.
- Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, 2001.
- Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la CDB, 2010.

- Textes européens

- Directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques
- Recommandation de la Commission du 11 mars 2005 concernant la charte européenne du chercheur et un code de conduite pour le recrutement des chercheurs
- Règlement (UE) n ° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation
- Règlement d'exécution (UE) 2015/1866 de la Commission du 13 octobre 2015 portant modalités d'application du règlement (UE) n° 511/2014 du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne le registre des collections, la surveillance du respect des règles par l'utilisateur et les bonnes pratiques

- Code

- Code de l'environnement
- Code de la propriété intellectuelle
- Code civil
- Code pénal

- Lois

- *Étrangères*

- **Brésil** : Loi d'accès aux ressources génétiques et aux savoirs traditionnels associés et partage des avantages, 20 mai 2015, n° 13.123
- **Costa Rica** : Loi sur la biodiversité, 30 avril 1998, n°7788
- **Inde** : Loi portant modification de la loi sur les brevets, 4 avril 2005, n° 15 ; Loi sur la Biodiversité, 11 dec. 2002
- **Pérou** : Loi établissant le Régime de protection des savoirs collectifs des peuples autochtones portant sur les ressources biologiques, n° 27811, 24 juillet 2002 ; Loi sur la protection des accès à la biodiversité du Pérou et aux savoirs collectifs des peuples autochtones, 30 avril 2004, n° 28216

- *Françaises*

- Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, 8 août 2016, n° 2016-1087

- Textes réglementaires

- Décret relatif à l'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées et au partage des avantages découlant de leur utilisation, 9 mai 2017, n° 2017-848
- Arrêté fixant le contrat type de partage des avantages découlant de l'utilisation de ressources génétiques prélevées sur le territoire national, mentionné à l'article R. 412-20 du code de l'environnement, 13 septembre 2017, JORF n°0228 du 29 septembre 2017

2) Ouvrages

- J. Azema, J-C Galloux, Droit de la propriété industrielle, Précis, Dalloz, 8ème édition, 2017
- B. Dondero, P. Le Cannu, Droit des sociétés, Précis Domat, LGDJ, 6ème édition, 2014
- J. Passa, Droit de la propriété industrielle, Tome 2 : Brevets d'invention et protections voisines, Traités, L.G.D.J, 1ère édition, 2013

3) Ouvrages spéciaux

- Monographies

- C. Aubertin, F. Pinton, V. Boisvert, Les marchés de la biodiversité, Objectifs Suds, IRD Editions, 1ère édition, 2007
- V. Boisvert, « Bioprospection et biopiraterie : le visage de Janus d'une activité méconnue », Quel développement durable pour les pays en voie de développement ?, A. Aknin, G. Froger, V. Géronimi (dir.), Cahier du GEMDEV, 2005

- H-P Sambuc, La protection internationale des savoirs traditionnels : la nouvelle frontière de la propriété intellectuelle, Logiques juridiques, L'Harmattan, 1ère édition, 2003
- E. Verges, « Éthique et déontologie de la recherche scientifique, un système normatif communautaire », in *Qu'en est-il du droit de la recherche ?*, J. Larrieu (dir.), LGDJ, 2009, p. 131.
- Thèse
- O. Laroque, « Les lois symboliques. Une étude à partir du droit de la propriété littéraire et artistique », Thèse Paris II Université Panthéon-Assas, 2017
- Y. Le Goater, Ressources biologiques et savoirs traditionnels : du droit de la propriété intellectuelle au droit de l'O.M.C., Thèse Paris II Université Panthéon-Assas, 2010
- Dictionnaire
- C. Bernault, J-P Clavier, Dictionnaire de droit de propriété intellectuelle, Dictionnaires de Droit, Ellipses, 2ème édition

4) Articles

- W. Abdelgawad, « Les contrats internationaux de bioprospection : moyen de protection de la biodiversité et des savoirs traditionnels ou instrument de biopiraterie ? », *Revue Québécoise de droit international*, volume 22, n°1, mars 2011, p.77.
- T. Burelli, « La France et la mise en œuvre du protocole de Nagoya », *Vertigo*, Volume 14, numéro 2, §43
- T. Burelli, « Les codes éthiques et les contrats comme moyens d'organisation des échanges entre la communauté scientifique et les communautés autochtones en Polynésie française », *Legitimus*, 16 juillet 2017, [En ligne], <http://www.legitimus.ca/blog?id=1247> (Site consulté le 4 avril 2018).
- C. Dumesnil, « Les savoirs traditionnels médicinaux pillés par le droit des brevets ? », *Revue internationale de droit économique*, 2012/3 (t. XXVI), p. 321 à 343
- J-C Galloux, « L'obligation de divulgation de l'origine des ressources génétiques dans les demandes de brevet », *Revue de l'Union européenne*, 2017 p.68.
- J-C Galloux, « La protection internationale des savoirs traditionnels », *RTD Com.* 2004 p.286
- J-F Morin, « La divulgation de l'origine des ressources génétiques : Une contribution du droit des brevets au développement durable? », *Cahiers de la propriété intellectuelle*, vol 17-1, 2005, p. 131-147.

- J-F Morin, « Les accords de bioprospection favorisent-ils la conservation des ressources génétiques ? », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, vol 34, n°1, novembre 2003, p. 307- 343.
- C. Noiville, « Partage des biotechnologies : le contrat comme avant-garde », *M/S : médecine sciences*, Volume 21, Numéro 11, novembre, 2005, p. 998–100.
- N. Pires De Carvalho, « Requiring Disclosure of the Origin of Genetic Resources and Prior Informed Consent in Patent Applications Without Infringing the TRIPS Agreement: The Problem and the Solution », *Washington University Journal of Law & Policy*, Volume 2, janv. 2000, p.371 à 401.
- P. Schmitt, « Quelle origine au sens de la CDB faut-il indiquer dans une demande de brevet ? », *Propr. Ind.*, oct. 2006, p.16.
- A. Van Lang, « La loi Biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée », *AJDA* 2016, p.2381.

5) Sites internet

- Institutions et organisations:

- OMPI : sur le Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, <http://www.wipo.int/tk/fr/igc/> (Page consultée le 1er avril 2018), sur les ressources génétiques, <http://www.wipo.int/tk/fr/genetic/> (Page consultée le 1er avril 2018) ; sur les savoirs traditionnels, <http://www.wipo.int/tk/fr/> (Page consultée le 1er avril 2018)

- INPI : Décision de l'INPI relative aux modalités de transmission à l'INPI des déclarations des utilisateurs de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles associées en application du protocole de Nagoya, 24 juillet 2017, n°2017-105, https://www.inpi.fr/sites/default/files/decision_protocole_nagoya.pdf (Page consultée le 3 mars 2018)

- ONG :

- Fondation Danielle Mitterrand France Libertés, BIOPIRATERIE, Des alternatives à l'accaparement des savoirs traditionnels, <https://www.france-libertes.org/fr/biopiraterie/> (Page consultée le 3 mars 2018)

- UICN, Guide explicatif du Protocole de Nagoya sur l'accès et le partage des avantages, 2014, <https://portals.iucn.org/library/efiles/documents/EPLP-083-Fr.pdf> (Page consultée le 3 mars 2018)