

Une rivalité Nord/Sud sur le matériel génétique : Le chapitre de la ZLÉA sur la propriété intellectuelle

Jean-Frédéric Morin

Juin 2003-II

En novembre 2002, un avant-projet de Zone de libre-échange des Amériques (ZLÉA) a été rendu public. Cet avant-projet s'avère, en fait, une compilation des propositions négociées par les trente-quatre gouvernements des Amériques et la quasi-totalité d'entre elles sont toujours entre crochets, indiquant qu'elles ne font pas encore l'objet d'un consensus. Néanmoins, on dégage aisément du chapitre consacré aux droits de propriété intellectuelle une polarisation entre, d'une part, le rehaussement des normes de propriété intellectuelle au-delà de ce que prévoit déjà l'*Accord sur les aspects de la propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ADPIC), et d'autre part, une réorientation des normes de propriété intellectuelle vers le régime de la *Convention sur la diversité biologique*.

Une extension de la brevetabilité sur matériel génétique ?

Une des dispositions les plus controversées de l'*Accord sur les ADPIC* est certainement l'article 27(3) qui impose aux membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) d'accepter la brevetabilité des micro-organismes et d'offrir, à tout le moins, un droit *sui generis* sur les nouvelles variétés végétales¹. Les pays exportateurs nets de technologie soutiennent que la brevetabilité du matériel génétique est nécessaire pour stimuler les investissements dans la recherche et le développement des biotechnologies. À l'inverse, les pays importateurs de technologies jugent que le brevetage de matériel tiré de la diversité biologique du Sud est une appropriation induite des ressources des

pays en développement qui, au surplus, mine leur accès aux nouvelles variétés agricoles.

Or, une première série de propositions contenues dans l'avant-projet de ZLÉA vont bien au-delà de ce que prévoit l'*Accord sur les ADPIC* en matière de brevets sur le matériel génétique. Alors que l'*Accord sur les ADPIC* ne traitait pas spécifiquement de la protection qui doit être accordée à la descendance du matériel biologique breveté, l'avant-projet de ZLÉA contient une proposition stipulant que, « dans les cas où le brevet protège une séquence génétique particulière ou un matériel biologique contenant cette séquence, la protection s'étendra également à tout produit comprenant cette séquence ou le matériel exprimant cette information génétique² ». D'autres propositions suggèrent d'imposer aux membres de la ZLÉA d'adhérer à la *Convention de l'Union internationale pour la protection des nouvelles variétés végétales* et au *Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets*³.

Les États-Unis sont certainement favorables à cette première série de propositions. La position officielle de gouvernement américain est d'imposer la brevetabilité des formes de vie supérieures dans l'accord sur la ZLÉA⁴. Déjà, l'accord de libre-échange signé le 3 juin 2003 entre les États-Unis et le Chili impose aux pays signataires la brevetabilité des

¹ Organisation mondiale du commerce « Réexamen des dispositions de l'article 27:3B). Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées », IP/C/W/369, 8 août 2002, p. 2.

² Article 3(4) de la section 5 du chapitre sur la propriété intellectuelle de l'avant-projet de la ZLÉA en date du 1 novembre 2002.

³ Article 5 de la partie 1 du chapitre sur la propriété intellectuelle de l'avant-projet de la ZLÉA en date du 1 novembre 2002.

⁴ www.ustr.gov/regions/whemisphere/intel.html (visité le 29 mars 2003).

végétaux⁵. Cette tendance répond d'ailleurs aux attentes exprimées par la *Biotechnology Industry Organization* : « Future agreements must close the loophole of Article 27(3)(b) of the TRIPS Agreement by requiring Agreement signatories to grant patents on new, useful and non-obvious transgenic plant and animal inventions⁶ ».

On peut douter que le Canada et le Mexique appuient sans réserve leur partenaire américain. En effet, contrairement à l'office américain des marques et des brevets, l'Office canadien des brevets et l'Institut mexicain de la propriété industrielle ne sont toujours pas autorisés à octroyer des brevets sur les plantes et les animaux. Par conséquent, aucun des accords de libre-échange conclus jusqu'à présent par le Canada ou le Mexique n'impose la brevetabilité des formes de vie supérieure. Dans le cadre du projet de ZLÉA, le gouvernement canadien soutient lui-même que sa priorité immédiate est « de veiller à ce que les règles internationales actuelles de la propriété intellectuelle soient pleinement mises en œuvre, plutôt que de rechercher un élargissement de la protection existante⁷ ».

Si les États-Unis ne peuvent compter sur le soutien des autres pays de l'ALÉNA, ils peuvent recourir à leur puissance coercitive pour imposer la brevetabilité du matériel génétique dans la ZLÉA. D'un côté, ils menacent de sanctions commerciales les pays dont les législations, les politiques ou les pratiques ont le plus de conséquences négatives sur les propriétés intellectuelles américaines⁸. Dans son rapport annuel de 2003 sur la propriété intellectuelle, le représentant au commerce américain, Robert B. Zoellick, plaça l'Argentine, les Bahamas et le Brésil sur une liste prioritaire de pays qui ne respectent pas, à ses yeux, les normes internationales de propriété intellectuelle⁹. D'un autre côté, ils offrent des avantages commerciaux aux pays latino-américains qui acceptent d'adopter des législations et des pratiques qui vont au-delà de ce que prévoit l'*Accord sur les ADPIC*. Le gouvernement nicaraguayen a ainsi eu le *privilege* de signer un

accord bilatéral sur l'investissement avec les États-Unis uniquement après qu'il se soit engagé à rehausser ses normes de propriété intellectuelle¹⁰. De même, pour être admissible aux avantages commerciaux prévus dans le *US-Caribbean Trade Partnership Act* et le *Andean Trade Preference Act*, le gouvernement américain tient compte de divers facteurs, et notamment « the extent to which the country provides protection of intellectual property rights consistent with or greater than the protection afforded under the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights¹¹ ».

En utilisant cette stratégie « de la carotte et du bâton », les États-Unis sont déjà parvenus à signer plusieurs accords bilatéraux de propriété intellectuelle avec des pays latino-américains. En fait, depuis le Sommet des Amériques de 1994 et le lancement du projet de ZLÉA, les États-Unis ont atteint, par le biais d'accords bilatéraux, au moins un pays de chacune des quatre unions douanières des Amériques, soit la Communauté andine, le Mercosur, le Marché commun de l'Amérique centrale et le Caricom¹². Il n'est pas exclu que la stratégie commerciale américaine prévoie que ces pôles serviront ensuite de modèles exemplaires à leurs voisins ou d'alliés dans le cadre de négociations de la ZLÉA afin de poursuivre l'extension de la brevetabilité sur le matériel génétique.

Une synergie d'application avec la Convention sur la diversité biologique?

Devant cette volonté de rehausser les normes de propriété intellectuelle dans les Amériques, une deuxième série de propositions contenues dans l'avant-projet de la ZLÉA réorientent les normes de

⁵ Article 17(9)(2) du *Free Trade Agreement between the United States and Chile*, signé le 6 juin 2003.

⁶ <http://www.bio.org/ip/global/20030129.pdf>. (visité le 20 avril 2003).

⁷ www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/IP-P&P-f.asp (page consultée le 10 décembre 2001).

⁸ Section 301 du *Trade Act* de 1974.

⁹ <http://www.ustr.gov/reports/2003/special301-pwl.htm#brazil>

¹⁰ Peter DRAHOS, *Bilateralism in Intellectual Property*, London, Oxfam, 2001, p. 2 et 3.

¹¹ Section 211 de *US-Caribbean Trade Partnership Act of 2000*.

¹² *Agreement Concerning the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights Between the Government of the United States of America and the Government of Jamaica* signé le février 1994 ; *Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Nicaragua Concerning Protection of Intellectual Property Rights* signé le 7 janvier 1998 ; *Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Paraguay on Intellectual Property Rights* signé le 17 novembre 1998 ; *Memorandum of Understanding Between the United States of America and the Republic of Peru* signé le 23 mai 1997

propriété intellectuelle vers le régime de la *Convention sur la diversité biologique*. Cette Convention, conclue au Sommet de Rio en 1992, pose le principe du partage des avantages découlant de l'utilisation de la diversité biologique. Ainsi, les pays riches en diversité biologique, principalement des pays en développement, peuvent réclamer des redevances aux pays industrialisés qui utilisent leur matériel génétique et leurs connaissances traditionnelles pour développer des inventions biotechnologiques.

L'avant-projet de la ZLÉA prévoit plusieurs propositions qui facilitent l'application du principe de partage des avantages. Par exemple, une proposition stipule que « la délivrance de brevets pour des inventions élaborées sur la base de matériel obtenu à partir de matériel obtenu à partir du patrimoine biologique et génétique [...] sera subordonnée à la condition que ce matériel ait été acquis conformément aux dispositions internationales, régionales, infrarégionales et nationales.¹³ ». Une autre suggère d'imposer aux parties à la ZLÉA de donner effet aux dispositions de la *Convention sur la diversité biologique*¹⁴. Une section entière du chapitre sur la propriété intellectuelle est même consacrée à la protection des connaissances traditionnelles : « Chacune des Parties assurera la protection des ressources génétiques et des savoirs traditionnels de ses communautés autochtones et locales au moyen d'un système efficace garantissant, au minimum, une rémunération juste et équitable pour l'accès à ces ressources ou à ces savoirs¹⁵ ».

Ces droits sur la diversité biologique ne sont pas nécessairement incompatibles avec les droits de propriété intellectuelle sur les ressources génétiques puisqu'ils ne s'appliquent pas sur les mêmes objets. Les premiers s'appliquent sur du matériel génétique tangible alors que les seconds s'appliquent sur l'information génétique intangible. Mais l'introduction de droits sur la diversité biologique et sur les connaissances traditionnelles dans un accord sur le droit des brevets représenterait une

réorientation majeure du régime international de la propriété intellectuelle.

Ce jumelage entre la protection de la propriété intellectuelle et la protection de la diversité biologique est le reflet de la position de plusieurs pays latino-américains et plus particulièrement de celle de la Communauté andine. En effet, la Décision 486 de la Communauté andine prévoit que « Los Países Miembros asegurarán que la protección conferida a los elementos de la propiedad industrial se concederá salvaguardando y respetando su patrimonio biológico y genético, así como los conocimientos tradicionales de sus comunidades indígenas, afroamericanas o locales.¹⁶ » Ainsi, l'article 16 de cette même décision exige des demandeurs de brevets qu'ils fournissent la preuve qu'ils ont obtenu toutes les autorisations nécessaires des ayants droits pour accéder et utiliser les ressources génétiques.

À l'instar du gouvernement américain qui, au cours des années quatre-vingt, a orienté les négociations sur la propriété intellectuelle vers le régime commercial international, les pays latino-américains orientent aujourd'hui les négociations sur la propriété intellectuelle vers un régime qui leur est plus favorable, celui de la diversité biologique. Ce « regime linkage claim¹⁷ », selon l'expression de David Leebron, offre deux principaux avantages aux pays latino-américains. D'abord, le conditionnement des droits de propriété intellectuelle à l'obtention préalable des droits d'accès sur le matériel génétique et les connaissances traditionnelles contribueraient à l'application effective du principe du partage des avantages et, par conséquent, au retour de bénéfices technologiques ou monétaires dans les pays fournisseurs de matériel génétique. Ensuite, les droits d'accès à la diversité biologique et les droits sur les connaissances traditionnelles peuvent servir de monnaie d'échange avec les pays exportateurs de technologies : « [Developing countries] may simply wish to exploit the issue, not out of a sense of justice on behalf of their traditional peoples and communities [...], but because they are looking for concessions on TRIPS from developed countries.¹⁸ ». Si les référents à la biodiversité ne réussissent pas à s'imposer dans le

¹³ Article 1(5) de la section 6 du chapitre sur la propriété intellectuelle de l'avant-projet de la ZLÉA en date du 1 novembre 2002.

¹⁴ Article 5(3) de la section 1 du chapitre sur la propriété intellectuelle de l'avant-projet de la ZLÉA en date du 1 novembre 2002.

¹⁵ Article 1(3) de la section 6 du chapitre sur la propriété intellectuelle de l'avant-projet de la ZLÉA en date du 1 novembre 2002.

¹⁶ Article 3 de la Décision 486 de la Communauté andine.

¹⁷ David LEEBRON, « The boundaries of the WTO: Linkages », *The American Journal International Law*, January 2002, 96, p. 9.

¹⁸ Graham DUTFIELD, « Trips related aspects of traditional knowledge », *Case Western Reserve Journal of International Law*, Spring 2001, no 233, p. 239.

chapitre sur la propriété intellectuelle, ils pourront être négociés contre l'abandon servir des propositions américaines sur le brevetage des végétaux.

Les pays latino-américains ne sont pas dépourvus de moyens pour promouvoir leurs positions. En effet, la ZLÉA regroupe plusieurs pays qui se disent favorables à l'intégration de la biodiversité dans un chapitre de propriété intellectuelle et qui peuvent se solidariser dans un front commun¹⁹. En ce sens, le forum de la ZLÉA leur est plus avantageux que la voie bilatérale qui a conduit certains d'entre eux à des concessions supplémentaires sur la brevetabilité du matériel biologique. De plus, les pays latino-américains peuvent s'associer avec des organisations non gouvernementales (ONG) pour faire la promotion de leurs positions auprès de l'opinion publique des Amériques. Lors de la conférence ministérielle de Quito en novembre 2002, quatre ONG ont organisé un atelier parallèle sur la propriété intellectuelle et ont conclu que : « Any chapter on intellectual property rights in the final FTAA agreement would only make sense if such issues as genetic resources, traditional knowledge, technology transfer, flexibility in plant variety protection, and competition regulations against abuse of rights were included ²⁰ ». La coalition formée de pays en développement et d'ONG a d'ailleurs déjà permis de réaliser de petites victoires dans le régime international des brevets, notamment en matière d'accès aux médicaments²¹. Cette stratégie

pourrait être utilisée de nouveau dans le débat sur le brevetage du matériel génétique pour faire face à la coercition américaine.

Conclusion

Le pays le plus riche en biotechnologie de l'hémisphère réclame des droits de propriété intellectuelle sur l'intangible génétique alors que les pays riches en biodiversité réclament des droits d'accès sur les ressources génétiques tangibles. Dès lors, il est fort probable que seul le *statut quo* puisse faire l'objet d'un consensus parmi les pays de l'hémisphère occidental. Si les réclamations des pays latino-américains servent de monnaie d'échange contre l'assouplissement de la position américaine, ce sera finalement la position canadienne qui aura préséance, c'est-à-dire la consolidation des normes de propriété intellectuelle déjà existantes.

Quoiqu'il en soit, l'introduction de disposition sur la protection de la diversité biologique dans un avant-projet d'accord de libre-échange démontre que les pays latino-américains ont appris à jouer un rôle proactif et à fixer les limites d'un régime commercial à leur avantage. Le régime international des brevets n'est plus un régime imposé par les pays exportateurs de technologie mais devient un lieu d'affrontement entre des pays riches en biotechnologie et pays riches en biodiversité.

¹⁹ C'est un des objectifs du groupe autoproclamé mega-divers qui comprend la Bolivie, le Brésil, la Colombie, le Costa Rica, l'Équateur, les Philippines, l'Inde, l'Indonésie, le Kenya, la Malaisie, le Mexique, le Pérou, l'Afrique du Sud et le Venezuela.

²⁰ David VIVAS EUGUI, « Intellectual Property in the FTAA: New Imbalances and Small Achievements », *Bridge*, vol 6, no 8, November-December 2002, p. 18.

²¹ Plusieurs ONG, comme Public Citizens et Médecins Sans Frontières, et des pays en développement, comme le Brésil et l'Inde, ont déployé des efforts intenses pour limiter les droits conférés par des brevets. Cette campagne s'est soldée par un succès relatif : en avril 2001, les entreprises pharmaceutiques ont elles-mêmes retiré leur plainte en Afrique du Sud à propos du projet de loi sur les licences obligatoires. Quelques semaines plus tard, les États-Unis ont retiré leur plainte à l'OMC sur la loi brésilienne en matière de brevets pharmaceutiques. Puis, les membres de l'OMC ont convenu à Doha que l'*Accord sur les ADPIC* devait être interprété avec flexibilité pour faciliter l'accès aux médicaments. Susan K. SELL « TRIPS and Access to Medicines: Campaign », *Wisconsin International Law Journal*, Summer, 2002, no 481. Ellen't HOEN, « Public health and international Law : TRIPS, Pharmaceutical Patents, and

Access to Essential Medicines : a Long Way from Seattle to Doha », *Chicago Journal of International Law*, Vol. 3, Spring 2002, pp. 27-46.