

## Entre les droits de souveraineté des États et les droits de propriété : la régulation de la biodiversité

AYKUT ÇOBAN\*

138

D'après le folklore turc, un personnage religieux et plein d'esprit du nom de Nasreddin Hoca qui vécut en Anatolie centrale au XIII<sup>e</sup> siècle alla laver son récipient à yaourt dans un lac voisin. Lorsqu'un passant lui demanda ce qu'il faisait, il répondit : « Je fais fermenter la levure pour fabriquer du yaourt à partir de l'eau du lac. » Éclatant de rire, le passant dit à Hoca qu'il était impossible de transformer l'eau du lac en yaourt. « On ne sait jamais », dit Hoca, en ajoutant : « Et si c'était possible ? » Supposons que cela soit possible et utilisons cette hypothèse dans le contexte actuel. Si l'eau du lac se transformait en yaourt, la première possibilité serait que Hoca puisse faire breveter la technique utilisée et revendiquer la propriété du yaourt produit à partir de l'eau du lac. La seconde, que l'État revendique un droit de souveraineté sur le lac producteur de yaourt et en limite l'accès. La troisième, qu'une entreprise utilise une technique similaire en y ajoutant un certain degré de complexité, obtienne un brevet et réclame des royalties, y compris à Hoca, s'il n'a pas au préalable fait enregistrer son

\* J'aimerais remercier le Leverhulme Trust (bourse de recherche # F/00123/D) et le Département de sociologie de l'Université d'Essex pour leur soutien. Ma reconnaissance va à l'endroit de Sol Picciotto et Matthew Paterson pour leurs commentaires, et particulièrement à Christopher May pour sa lecture et ses suggestions constructives. Je tiens également à remercier trois lecteurs anonymes pour leurs recommandations utiles.

<sup>1</sup> Graham Dutfield, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*, London : Earthscan, 2000, p. 66 ; Vandana Shiva, *Protect or Plunder ? Understanding Intellectual Property Rights*, London : Zed Books, 2001, pp. 57-61.

« invention ». Bien que la dernière possibilité semble la plus ridicule de toutes, elle est la plus probable, comme l'indique l'histoire cette fois-ci bien réelle du margousier. S'inspirant du savoir et des pratiques traditionnelles des communautés rurales indiennes utilisant le margousier comme agent de lutte contre les parasites et comme élément thérapeutique depuis des siècles, des entreprises ont réussi à faire breveter certains produits et procédés issus du margousier<sup>1</sup>. Qu'un brevet soit la propriété d'un individu ou d'une entreprise, que l'accès soit autorisé ou refusé par l'État, les régimes de propriété privée ou nationale (étatique) posent toujours un problème d'accès (ou d'exclusion). Il existe aussi d'autres problèmes, tels que les conditions et l'objet du brevetage. Les partisans du brevetage traitent ces questions en établissant des dis-

tinctions rhétoriques entre les organismes « trouvés dans la nature » et ceux « produits par l'homme », la découverte et l'invention, les connaissances traditionnelles et les connaissances d'experts, l'inventeur et le détenteur d'un brevet, de telle sorte que l'importance des derniers est surévaluée et celle des premiers sous-estimée, en ignorant ainsi la complexité de leurs relations. Ces distinctions renferment en tant que telle une justification du brevetage.

La relation à établir entre le brevetage du vivant et la conservation de la biodiversité donne lieu à deux approches opposées. Les défenseurs des droits de propriété suggèrent que la protection des droits de propriété intellectuelle par le brevetage est la base de la conservation de la biodiversité. Les défenseurs des droits de souveraineté avancent que la conservation de la biodiversité peut s'effectuer principalement par le biais des droits de souveraineté de l'État. Ces deux approches se retrouvent sur la scène politique internationale et peuvent notamment s'observer dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) et dans la Convention sur la diversité biologique (CDB). La partie V de l'Accord sur les ADPIC établit les normes minimales des droits de propriété intellectuelle sur les composantes de la biodiversité par le brevetage des organismes vivants. La CDB, elle, reconnaît et réaffirme les droits de souveraineté sur les ressources biologiques. La CDB, entrée en vigueur en 1993, a ainsi mis sur le devant de la scène les enjeux relatifs aux droits de propriété intellectuelle en matière de biodiversité. Les deux approches s'accordent sur le fait que la CDB et l'Accord sur les ADPIC sont contradictoires, même si les arguments avancés diffèrent. Au-delà de ces deux points de vue sur la nature conflictuelle des deux régimes juridiques existants, une troisième approche consiste à mettre l'accent sur une synergie entre l'Accord sur les ADPIC et la CDB<sup>2</sup>. Cette approche pragmatique gravite essentiellement autour d'une perspective de droit international sur la nature du lien juridique entre différents instruments. Le présent article se distancie de ces différentes analyses pour aborder la question d'un point de vue d'économie politique. En se focalisant sur les enjeux relatifs à la biodiversité, il s'attache à montrer dans quelle mesure les droits de propriété privée et les droits de souveraineté sont complémentaires plutôt que contradictoires.

### **La marchandisation du vivant**

Pour l'industrie biotechnologique, il n'y a pas de différence entre le brevetage du vivant et celui d'un produit industriel. William Tucker, directeur du transfert des technologies chez DNA Plant Technology à Oakland, aux États-Unis, l'exprime ainsi : « Le seul fait que ce

<sup>2</sup> Richard G. Tarasofsky, « The Relationship Between the TRIPs Agreement and the Convention on Biological Diversity: Towards a Pragmatic Approach », *Review of European Community and International Environmental Law*, Vol. 6, N° 2, 1997, pp. 148-156 ; Graham Dutfield, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*, *op. cit.*, pp. 75-89.

soit biologique et que ça se reproduise ne rend pas [le vivant] différent d'une pièce mécanique fabriquée à partir d'écrous, de boulons et de vis. »<sup>3</sup> De ce point de vue, le vivant est une matière première comme une autre ressource tirée de la nature. Ces matières premières sont manufacturées par le biais d'un travail intellectuel et d'un génie génétique, comme dans le cas des organismes génétiquement modifiés (OGM), et deviennent des produits finis commercialisables, tout comme les pièces mécaniques. Ainsi, la vraie distinction, soutient-on, est à faire entre les matières « intactes », « trouvées dans la nature » et les produits « faits de la main de l'homme », « finis ». Il en découle un plaidoyer pour l'instauration d'un brevet sur les formes vivantes « créées » ou sur les procédés appliqués et les techniques utilisées. Lorsque la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Diamond contre Chakrabarty*, a accordé un brevet sur un organisme créé génétiquement et destiné à consommer les déversements de produits pétroliers dans les océans, son raisonnement était que « la distinction pertinente ne se situait pas entre les organismes vivants et les objets inanimés, mais entre les produits de la nature, vivants ou non, et les inventions humaines »<sup>4</sup>. Cette décision a ouvert la voie au brevetage de la vie en soulignant le fait que, tant qu'il ne s'agissait pas d'un produit de la nature, mais d'une invention humaine,

<sup>3</sup> Fred Powledge, « Who Owns Rice and Beans », *BioScience*, Vol. 45, N° 7, 1995, p. 442.

<sup>4</sup> Kimberly A. Wilson, « Exclusive Rights, Enclosure and the Patenting of Life », in B. Tokar (ed.), *Redesigning Life? The Worldwide Challenge to Genetic Engineering*, London : Zed Books, 2001, p. 293.

<sup>5</sup> Voir Ted Benton, « Humanism = Speciesism: Marx on Humans and Animals », *Radical Philosophy*, N° 50, 1988, pp. 4-18 ; John B. Foster, *Marx's Ecology : Materialism and Nature*, New York : Monthly Review Press, 2000.

<sup>6</sup> Marina Fischer-Kowalski et Helmut Haberl, « Metabolism and Colonization : Modes of Production and the Physical Exchange between Societies and Nature », *Innovation*, Vol. 6, N° 4, 1993, pp. 415-442.

<sup>7</sup> Karl Marx, *Capital* (vol. 1), Harmondsworth : Penguin, 1976, p. 290.

les objets animés et inanimés étaient brevetables. Cette argumentation se fait l'écho d'une interprétation dualiste des relations entre l'homme et la nature, qui considère la nature comme étant séparée du genre humain et réduite à un objet à exploiter et à manufacturer<sup>5</sup>. Qui plus est, l'objectivation et la marchandisation de la nature sont étendues au vivant du fait de la logique de brevetabilité. Sans cette externalisation de la nature par rapport aux activités humaines comme le suppose la distinction « naturel-fait de la main de l'homme », l'appropriation des formes de vie par le biais des droits de propriété intellectuelle ne serait pas possible, dans la mesure où les manifestations de la nature ne sont pas brevetables.

Les activités humaines ont lieu dans la nature et les produits d'origine humaine sont obtenus à partir d'éléments naturels<sup>6</sup>. Comme le relevait déjà Marx, il existe « une interaction métabolique entre l'homme et la nature »<sup>7</sup>. L'intervention humaine dans la nature dépend largement des caractéristiques en présence des organismes et des processus naturels. C'est le cas même pour

l'organisme breveté de Chakrabarty qui n'était pas créé du néant, mais obtenu grâce à un processus d'isolation, de brassage et de modification de gènes existant déjà dans la nature. Les pratiques de croisement et de manipulation du vivant qui ont contribué à la variété et à la diversité des espèces pendant des siècles témoignent aussi des interactions nature-société qui n'ont pas le caractère d'une relation externalisée. La demande d'un brevet pour un organisme modifié a toutes les chances d'échouer si elle n'établit pas une différence entre les choses découvertes dans leur état naturel et celles produites par l'homme. Or, c'est précisément cette différence qui mine les possibilités de tirer un profit du produit. Sur la base de ce constat, pour des besoins de marketing, on cherche à donner l'impression qu'il n'y a aucune différence entre des produits cultivés naturellement et des produits génétiquement modifiés. L'on affirme, par exemple, qu'une pomme de terre est une pomme de terre, qu'elle soit génétiquement modifiée ou non. Sans masquer la différence, les possibilités d'accroître la part de marché des OGM sont plutôt minces. Par conséquent, pour remporter l'adhésion du consommateur, la revendication du « caractère non naturel » des OGM est convertie en revendication de son « caractère naturel »<sup>8</sup>. Sous la pression des grandes entreprises, les organismes de réglementation donnent raison à cette nouvelle affirmation répondant aux inquiétudes des consommateurs. Par exemple, l'agence américaine en charge de la sécurité alimentaire et sanitaire (Food and Drug Administration), après avoir revu sa définition du risque représenté par ces produits en passant du « risque zéro » au « risque gérable », octroie désormais un statut d'équivalence entre les produits alimentaires génétiquement et non génétiquement modifiés<sup>9</sup>. Même si la justification fondée sur la distinction entre le naturel et l'anthropique s'écroule dans le passage du brevetage à sa commercialisation, la propriété du brevet demeure bel et bien.

Une confusion similaire est introduite dans la distinction entre la découverte et l'invention, toujours pour des raisons de profit. Dans le droit des brevets, les découvertes sont le dévoilement de causes, propriétés et phénomènes naturels, et à ce titre ne sont pas brevetables<sup>10</sup>. Un objet brevetable doit résulter du travail de l'homme et ne peut avoir été trouvé dans la nature. Selon l'article 27.1 de l'Accord sur les ADPIC, les brevets sont délivrés pour des inventions nouvelles, non évidentes et utiles. Quelques nouvelles, non évidentes et utiles qu'elles puissent être, les découvertes sont non brevetables. Toutefois, il est difficile d'établir une limite claire entre les découvertes et

<sup>8</sup> John M. Meyer, « Rights to Life? On Nature, Property and Biotechnology », *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 8, N° 2, 2000, p. 167.

<sup>9</sup> Marc Lappé et Britt Bailey, *Against the Grain: The Genetic Transformation of Global Agriculture*, London: Earthscan, 1999, p. 76; George Monbiot, *Captive State: The Corporate Takeover of Britain*, London: Macmillan, 2000, p. 238.

<sup>10</sup> William R. Cornish, *Intellectual Property: Patents, Copyrights, Trade Marks and Allied Rights*, London: Sweet & Maxwell, 1999, pp. 207-209.

les inventions. À titre d'exemple, les éléments chimiques non brevetables du tableau périodique sont considérés comme une « découverte » alors que les gènes brevetables sont considérés comme une « invention ». Il s'agit pourtant dans les deux cas d'entités trouvées dans la nature et dont les propriétés respectives ont été isolées, décrites et classifiées<sup>11</sup>. Si la différence réside dans l'applicabilité ou l'utilité industrielle, il demeure inexact d'affirmer que, contrairement aux gènes, les éléments n'ont pas d'utilité dans la fabrication. Ainsi, dans la plupart des cas observés dans le domaine des biotechnologies, il serait difficile de réclamer un brevet pour une chose présentée comme une invention, mais considérée comme une découverte. Pour surmonter cette difficulté, alors que la rhétorique de la distinction demeure, la tendance récente consiste à estomper la distinction découverte-invention en faveur des inventions<sup>12</sup>, de sorte que l'industrie biotechnologique puisse continuer à prospérer.

142

Le raisonnement philosophique en faveur de la protection des droits de propriété intellectuelle découle de la théorie de la propriété sur le travail de Locke. Mon intention n'est pas de m'étendre sur cette théorie, mais d'identifier d'autres distinctions contenues dans les vues de Locke qui sont utilisées pour justifier la protection des droits de propriété intellectuelle<sup>13</sup>. Dans *The Second Treatise of Government*, Locke soutient que les hommes accèdent à la propriété privée en mêlant leur travail aux choses qui appartiennent initialement à toute la communauté humaine et qui sont produites par l'œuvre de la nature<sup>14</sup>. Comme l'illustre l'exemple de Locke, lorsque l'on cueille des pommes d'un arbre dans la propriété collective, on leur ajoute quelque chose qui n'est pas fourni par la nature. Grâce à ce travail, on établit une différence entre les pommes cueillies et les pommes de la propriété collective ; cela fournit par la suite une base à nos droits de propriété privée, comme la découverte et le brassage

<sup>11</sup> Jeremy Rifkin, *The Biotech Century*, New York : Tarcher/Putnam, 1998, p. 45.

<sup>12</sup> Carlos M. Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries*, London : Zed Books, 2000, pp. 177-182 ; Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot : Dartmouth, 1996, pp. 208-210.

<sup>13</sup> Pour établir si la théorie de Locke sur la propriété est ou non un plaidoyer philosophique pour les droits de propriété intellectuelle, voir James W. Child, « The Moral Foundations of Intangible

Property », in A. D. Moore (ed.), *Intellectual Property : Moral, Legal, and International Dilemmas*, Lanham : Rowman and Littlefield, 1997, pp. 57-80 ; Justin Hughes, « The Philosophy of Intellectual Property », in *ibid.*, pp. 107-177 ; Adam D. Moore, « Toward a Lockean Theory of Intellectual Property », in *ibid.*, pp. 81-103 ; Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, *op. cit.*, pp. 48-54 ; John M. Meyer, « Rights to Life ? On Nature, Property and Biotechnology », *art. cit.*, pp. 162-167 ; Robert L. Ostergard, « Intellectual Property : A Universal Human Right ? », *Human Rights Quarterly*, Vol. 21, N° 1, 1999,

pp. 159-162. Il est à noter qu'en dehors des arguments de Locke, la théorie hégélienne de la propriété est également utilisée dans la justification philosophique des droits de propriété intellectuelle. Voir Peter Drahos, *Philosophy of Intellectual Property*, *op. cit.*, pp. 73-81 ; Christopher May, *A Global Political Economy of Intellectual Property Rights*, London : Routledge, 2000, pp. 21-28.

<sup>14</sup> John Locke, *Two Treatises of Government* (ed. by Peter Laslett), Cambridge : Cambridge University Press, 1988 [1689], pp. 285-302.

des gènes étaient censés justifier la prétention au brevet de Chakrabarty pour certaines bactéries. Ainsi, dans la théorie de Locke, le droit de propriété est présenté comme la récompense d'efforts fournis pour mêler son travail à la nature<sup>15</sup>. Pour Locke, lors du passage de la propriété collective à la propriété privée, le travail est important en ce que, sans celui-ci, il n'y a pas de propriété privée, « sans laquelle la propriété collective n'est d'aucune utilité »<sup>16</sup>. À cet égard, les produits spontanés de la nature n'ont aucune utilité jusqu'à ce que leur valeur intrinsèque soit rendue utile à l'humanité en établissant la possession desdits produits par le biais des droits de propriété. Mais ne compte pas n'importe quel type d'utilité, dès lors que Locke établit une distinction entre les Indiens « sauvages » d'Amérique vivant à l'état de nature et les Européens « civilisés ». Cette distinction est complétée par la prééminence de la valeur d'échange sur la valeur d'usage. Bien que Locke<sup>17</sup> reconnaisse la valeur d'usage des choses naturelles qui satisfont les besoins humains, il estime qu'elle est trop éloignée de la valeur générée par l'agriculture marchande, les activités industrielles et l'utilisation de l'argent. En ce sens, la comparaison est faite entre les Européens qui produisent de la valeur d'échange et les Indiens qui n'ont aucune envie de produire de la valeur d'échange, abandonnant ainsi la nature à elle-même, dans un état que Locke qualifie de « gâchis ». Locke approuve l'appropriation des terres des Indiens par les Européens, étant donné que les premiers les gaspillent au lieu d'en tirer profit et de les améliorer.

L'une des objections au brevetage du vivant se fonde sur la similitude entre la vision possessive de Locke et la logique du brevetage relative à l'appropriation du travail des indigènes<sup>18</sup>. De nombreuses demandes de brevet ne reconnaissent pas le rôle historique des pratiques et des connaissances indigènes en matière de culture, de reproduction, de modification et d'innovation<sup>19</sup>, même si l'objet du produit en question provient de ces pratiques et connaissances, comme dans l'affaire du margousier mentionnée plus haut. C'est à ce titre que David Harvey considère les droits de propriété intellectuelle comme de nouveaux mécanismes d'accumulation par expropriation : « le brevetage et l'autorisation d'exploitation du matériel génétique, le plasma germinatif et de toutes les autres formes de produits, peuvent désormais être utilisés contre des populations entières dont les pratiques ont joué un rôle crucial dans le développement de tels matériels »<sup>20</sup>. Les droits de propriété intellectuelle peuvent ainsi non seulement servir à

<sup>15</sup> Alan Ryan, *Property and Political Theory*, Oxford : Basil Blackwell, 1984, p. 28.

<sup>16</sup> John Locke, *Two Treatises of Government*, *op. cit.*, p. 289.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 298.

<sup>18</sup> Par exemple Vandana Shiva, *Protect or Plunder ? Understanding Intellectual Property Rights*, *op. cit.*, pp. 43-44.

<sup>19</sup> John M. Meyer, « Rights to Life ?... », *art. cit.*, pp. 169-172.

<sup>20</sup> David Harvey, *The New Imperialism*, Oxford : Oxford University Press, 2003, pp. 148-149.

exproprier des fermiers, mais aussi aménager un nouveau domaine d'accumulation du capital, en faisant du matériel génétique un produit rentable. L'on peut également considérer les arguments avancés par l'industrie des semences. Le matériel génétique exotique qui s'obtient gratuitement dans la nature est distingué du matériel génétique commercial en tant que propriété privée rentable et vendue sur le marché au motif que l'application du travail et des connaissances d'experts en laboratoire ajoute de la valeur aux propriétés naturelles de matériel génétique. Mais le fait est que « la plupart des ressources phylogénétiques ne sont pas simplement un don de la nature. Les variétés traditionnelles et les cultivars (variétés sélectionnées) ont été mis au point par des paysans ; ils sont le produit du travail humain »<sup>21</sup>. Alors que le travail des paysans, leurs connaissances et le prétendu don de la nature sont dévalués, ils sont en même temps appropriés dans le processus d'invention et de brevetage des produits issus du vivant. Les conséquences de l'introduction des mécanismes du marché et des brevets dans les processus du travail et l'application des connaissances des communautés indigènes dans la région amazonienne attestent de cette dévaluation et de cette appropriation<sup>22</sup>. D'une façon générale, non seulement les ressources biologiques sont marchandisées à travers les mécanismes du marché, mais les interactions

<sup>21</sup> Jack R. Kloppenburg et Daniel L. Kleinman, « Seeds of Controversy: National Property Versus Common Heritage », in J. R. Kloppenburg (ed.), *Seeds and Sovereignty: The Use and Control of Plant Genetic Resources*, Durham : Duke University Press, 1988, p. 190.

<sup>22</sup> Alvaro Zerda-Sarmiento et Clemente Forero-Pineda, « Intellectual Property Rights Over Ethnic Communities Knowledge », *International Social Science Journal*, Vol. 54, N° 171, 2002, pp. 99-114.

<sup>23</sup> Heffa Schücking et Patrick Anderson, « Voices Unheard and Unheeded », in V. Shiva et al. (eds), *Biodiversity: Social and Ecological Perspectives*, London : Zed Books, 1991, p. 27.

<sup>24</sup> Peter Dickens, « A Green Marxism ? Labour Processes, Alienation, and the Division of Labour », in R. E. Dunlop et al. (eds), *Sociological Theory and the Environment: Classical Foundations, Contemporary Insights*, Lanham : Rowman & Littlefield, 2002, p. 65.

entre la satisfaction initialement non commerciale des besoins humains et ces ressources sont également entraînées dans la même logique. Le seul instrument de mesure de valeur devient la valeur du marché, malgré le fait que les ressources biologiques aient aussi une valeur d'usage. Mais même la valeur commerciale des ressources biologiques est ramenée au simple rang de valeur de produits de base<sup>23</sup>, de valeur marchande, c'est-à-dire au même titre que la valeur de marché d'un matériel génétique commercial d'élite, et non d'un matériel génétique primitif ; les graines de margousier produites en laboratoire et non ses graines produites de façon naturelle ou l'arbre lui-même. En termes marxistes, tout ce qui a été dit semble nous ramener au fétichisme des marchandises qui présente les choses produites par l'homme comme étant indépendantes des matériaux/processus naturels et de siècles de pratiques, du travail et des connaissances des paysans. Par conséquent, le fétichisme des marchandises « rend obscure la manière dont la société moderne exploite les matières premières et le pouvoir de la nature à produire les choses dont elle a besoin »<sup>24</sup>, ainsi que la manière dont

les communautés indigènes investissent leur travail traditionnel et leurs connaissances dans les ressources biologiques.

Dans les demandes de brevets, l'externalisation des ressources et procédés biologiques issus du travail humain va de pair avec l'externalisation du travail du chercheur par rapport aux produits brevetés. L'appropriation du vivant et du produit du travail traditionnel et de l'application des connaissances est complétée par l'appropriation du produit du travail et des connaissances du chercheur. Il en ressort une distinction entre l'inventeur et le détenteur du brevet. Juridiquement parlant, les individus sont autorisés à détenir les droits d'un brevet, mais dans la pratique, la plupart des brevets appartiennent à des entreprises. D'une manière générale, les chercheurs ne travaillent pas pour leur propre compte à l'invention de choses nouvelles, mais plutôt pour le compte d'employeurs qui disposent des outils et de la technologie qui facilitent le travail dans la production des connaissances. La force de travail des chercheurs est achetée par l'employeur qui possède les moyens de production. Lorsque les chercheurs, en tant qu'employés, font des inventions brevetables, ce ne sont pas eux qui deviennent détenteurs des brevets, mais plutôt le propriétaire des moyens de production. Dans la législation relative aux droits de propriété intellectuelle, le mécanisme contractuel autorise l'employeur à s'approprier le produit intellectuel de la main-d'œuvre<sup>25</sup>. Il est vrai que, juridiquement, la relation contractuelle entre l'employé et l'employeur légitime les droits de l'employeur sur l'invention. Étant donné que l'employeur fournit les outils, les ressources et l'organisation nécessaires à la production des connaissances d'une part, et que les contrats de travail « contiennent des clauses attribuant à l'employeur la propriété de tout produit de la connaissance » d'autre part, légitime du point de vue de la loi l'appropriation par l'employeur de toute idée créée par l'employé<sup>26</sup>. Toutefois, d'un point de vue sociologique, il existe une similitude évidente entre la relation inventeur-détenteur du brevet et la relation travail-capital<sup>27</sup>. Bien que l'employé soit l'auteur de l'invention qui fait l'objet du brevet, celui-ci perd ses droits sur le produit ; ce qui va à l'encontre de la logique apparente du brevetage qui veut que les droits de propriété intellectuelle servent à protéger le travail intellectuel à la base de la valeur ajoutée. Si les droits que confère le brevet visent à protéger le travail ou la valeur ajoutée, il serait normal que l'inventeur soit détenteur du brevet et non l'employeur qui n'a pas grand-chose à voir avec le travail intellectuel effectué. Une fois de plus, la théorie de Locke sur la propriété intellectuelle semble

<sup>25</sup> William R. Cornish, *Intellectual Property*, op. cit., pp. 266-272.

<sup>26</sup> Christopher May, « Trouble in E-topia : Knowledge as Intellectual Property », *Urban Studies*, Vol. 39, N° 5-6, 2002, p. 1044.

<sup>27</sup> Christopher May, « The Political Economy of Proximity : Intellectual Property and the Global Division of Information Labour », *New Political Economy*, Vol. 7, N° 3, 2002, p. 324.

pertinente quant à la distinction à faire entre l'inventeur et le titulaire du brevet. D'après Locke<sup>28</sup>, le travailleur et le propriétaire sont une seule et même personne au départ, à l'instar du ramasseur de pommes qui détient des droits de propriété sur celles-ci grâce à son travail. Cependant, dans sa théorie, l'invention de la monnaie et le développement du commerce établissent la distinction entre le travailleur et le propriétaire, car il est possible que le travailleur produise plus que nécessaire et soit amené à vendre le produit de son labeur. Dans ce cas, l'acheteur devient propriétaire, ce qui lui donne le droit de propriété, différent du droit du travailleur sur le produit de son labeur. Citant Locke, Pierre Manent écrit : « Le droit de propriété est naturellement détaché du travail qui en est à la base... Une fois que la propriété, qui apparaît grâce au travail, devient une valeur représentée par l'argent, le droit du propriétaire se distingue définitivement du droit du travailleur. »<sup>29</sup> À l'ère moderne des droits de propriété intellectuelle, la même distinction entre l'inventeur et le titulaire du brevet est présentée comme justifiant les droits de propriété de l'employeur/propriétaire du brevet. L'employeur devient ainsi propriétaire du brevet comme si l'achat de la capacité de travail intellectuel lui donnait des droits de propriété sur les produits du travailleur intellectuel.

En somme, tout comme la marchandisation du vivant transforme les ressources biologiques, naguère d'usage collectif, en matières premières commerciales sujettes à être appropriées de façon privée, la marchandisation du travail et du savoir intellectuels génère les mêmes résultats pour les ressources intellectuelles supposant un partage de la connaissance. Cependant, la marchandisation en elle-même n'est pas à l'origine des droits de propriété. Pour créer les droits de propriété intellectuelle, il est nécessaire de supposer une relation externe entre les produits de la nature et les produits brevetés d'une part, et entre le travail intellectuel et son résultat d'autre part<sup>30</sup>. C'est en postulant une telle externalisation que l'on peut affirmer que le produit breveté (le vivant) n'a rien (peut-être très peu à l'occasion) à voir avec la nature

<sup>28</sup> John Locke, *Two Treatises of Government*, op. cit., pp. 300-301.

<sup>29</sup> Pierre Manent, *An Intellectual History of Liberalism*, Princeton : Princeton University Press, 1994, p. 44.

<sup>30</sup> Les questions d'appropriation liées au travail sont présentées dans la théorie marxiste de l'aliénation au travail. Chris Arthur (« Personality and the Dialectic of Labour and Property – Locke,

Hegel and Marx », in R. Edgley et R. Osborne (eds), *Radical Philosophy Reader*, London : Verso, 1985, pp. 43-68) cite le passage suivant de Marx : « L'externalisation (*Entäußerung*) du travailleur à travers son produit ne signifie pas seulement que son travail devient un objet, une existence externe, mais qu'il existe en dehors de lui, indépendamment de lui, qu'il est un étranger (*fremd*), qui commence à s'opposer à lui comme un pouvoir auto-

nome ; que la vie qu'il a donnée à cet objet s'oppose à lui comme un étranger hostile ». À mon sens, les aspects de l'appropriation liés à la nature, dans le cas des droits de propriété intellectuelle, sont semblables aux aspects de l'appropriation liés au travail en raison d'une prétendue relation externe entre les choses naturelles et les choses transformées par l'homme (en fait, les premières faisant partie intégrante des secondes).

et n'appartient pas non plus au travailleur, mais est plutôt la propriété privée de son employeur, titulaire du brevet. La propriété intellectuelle privée se fonde ainsi sur l'externalisation, à la fois du travail dans les marchandises et de la nature dans l'activité humaine. Les régimes de droits de propriété intellectuelle, à l'image de l'Accord sur les ADPIC, sont bâtis sur l'hypothèse de l'externalisation. Or, comme nous l'avons vu plus haut, il n'existe pas de relation externe, mais plutôt interne entre le vivant breveté et les produits de la nature. Ainsi, une réglementation du type de celle contenue dans la Convention sur la diversité biologique (CDB) semble nécessaire si l'on veut éviter la surexploitation des produits de la nature, considérés comme «matières premières» du brevetage de la vie. La CDB cherche en ce sens à protéger les produits naturels (la biodiversité) contre la surexploitation afin d'assurer l'accroissement à long terme des capitaux de l'industrie biotechnologique (j'y reviendrai plus loin). Mais jusqu'où la CDB se distingue-t-elle de l'Accord sur les ADPIC dans la reconnaissance du brevetage du vivant ? C'est sur cette question que je vais me concentrer à présent.

147

### **Écologie des droits de propriété privée contre écologie des droits de souveraineté de l'État ?**

Il est clair que la perte de la biodiversité s'accélère<sup>31</sup>. Cependant, ce sont les moyens institutionnels à travers lesquels la biodiversité peut être protégée qui posent problème. Deux visions opposées peuvent être prises en considération. La première est une écologie des droits privés, pour emprunter le terme de Kuehls<sup>32</sup>. Cette perspective est en parfaite harmonie avec la théorie de la «tragédie des *commons*», de Garrett Harding, considérant que lorsque la propriété privée n'existe pas, les individus ont tendance à surexploiter, voire détruire les ressources biologiques<sup>33</sup>. C'est également le point de vue de Roger Sedjo<sup>34</sup>. Selon lui, la propriété privée favorise la protection et la préservation des espèces et des habitats. Ainsi, plutôt que d'être limités, les droits de propriété devraient être élargis de manière à couvrir non seulement les espèces et les habitats naturels, mais également le patrimoine génétique, les lignées et les organismes génétiquement modifiés. La seconde vision

<sup>31</sup> Timothy Swanson, «Global Development and Global Externalities: A Case Study of the Need to Regulate Biodiversity's Decline», in T. Swanson et S. Johnston, *Global Environmental Problems and International Environmental Agreements*, Cheltenham: Edward Elgar, 1999, pp. 52-68; Vandana Shiva, *Tomorrow's Biodiversity*, London: Thames & Hudson, 2000; Heffa

Schücking et Patrick Anderson, «Voices Unheard and Unheeded», in V. Shiva et al., *Biodiversity...*, op. cit., pp. 13-42; World Resources Institute, *World Resources 2000-2001. People and Ecosystems: The Fraying Web of Life*, Washington, 2000.

<sup>32</sup> Thom Kuehls, *Beyond Sovereign Territory: The Space of Ecopolitics*, Minneapolis: University

of Minnesota Press, 1996, p. 97.

<sup>33</sup> Garrett Hardin, «The Tragedy of the Commons», *Science*, Vol. 162, N° 3859, 1968, pp. 1243-1248.

<sup>34</sup> Roger A. Sedjo, «Property Rights and the Protection of Plant Genetic Resources» in J. R. Kloppenburg (ed.), *Seeds and Sovereignty...*, op. cit., p. 294.

est une écologie des droits de souveraineté étatique. L'argumentation consiste ici à considérer que le cadre institutionnel de la souveraineté offre les garanties suffisantes pour la conservation de la biodiversité. Les droits souverains sur la biodiversité étant conçus pour contrôler son accès, l'État a le pouvoir de ne permettre qu'une utilisation durable des ressources biologiques. En réfléchissant aux éventuels problèmes découlant d'un statut de patrimoine commun pour les ressources phyto-génétiques, Kloppenburg et Kleinman trouvent une solution viable dans le principe de souveraineté<sup>35</sup>. Vu sous cet angle, le contrôle souverain des ressources biologiques est particulièrement important pour les pays en développement car, en contrôlant l'accès à ces ressources, ils peuvent tirer profit de l'appropriation et de l'utilisation de leurs propres ressources par les pays développés et les entreprises.

148

Sur le plan international, la partie V de l'Accord sur les ADPIC s'apparente à une écologie des droits de propriété privée, tandis que la CDB relève d'une écologie des droits de souveraineté de l'État. L'Accord sur les ADPIC établit les normes et les principes régissant la protection des droits de propriété intellectuelle dans le domaine de la biotechnologie en se fondant sur l'utilisation des ressources biologiques, alors que la CDB fixe un régime international de conservation et d'utilisation de la biodiversité sur la base de droits de souveraineté. Sur la base de chaque perspective, on pourrait aisément en conclure que l'Accord sur les ADPIC et la CDB sont strictement contradictoires. La position des États-Unis est à cet égard exemplaire. En effet, bien qu'ils

<sup>35</sup> Jack R. Kloppenburg et Daniel L. Kleinman, « Seeds of Controversy... », *art. cit.*, pp. 188-199.

<sup>36</sup> Les États-Unis ont signé la CDB sous l'administration Clinton, mais ne l'ont pas ratifiée.

<sup>37</sup> Ian Walden, « Intellectual Property Rights and Biodiversity », in M. Bowman et C. Redgwell (eds), *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, London : Kluwer, 1996, p. 172.

<sup>38</sup> Alan E. Boyle, « The Rio Convention on Biological Diversity », in M. Bowman et C. Redgwell (eds), *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, *op. cit.*, p. 36 ; Fiona McConnell, « The Convention on Biological Diversity », in F. Dodds (ed.), *The Way Forward : Beyond Agenda 21*, London : Earthscan, 1997, p. 51.

aient proposé une convention parapluie sur la biodiversité, alors que les négociations sur les ADPIC étaient en bonne voie, les États-Unis refusèrent de signer la CDB<sup>36</sup> sous prétexte que « les dispositions de la Convention ne reconnaissent pas le rôle positif que pourraient jouer les droits de propriété intellectuelle dans la conservation de la biodiversité »<sup>37</sup>. Le président Bush (père) déclara ainsi que la CDB « risque de retarder le développement de la biotechnologie et de porter atteinte à la protection des idées »<sup>38</sup>. Cette affirmation était basée sur des préoccupations économiques telles que la responsabilité que pourraient devoir assumer les compagnies américaines de biotechnologies qui exploitent les ressources de la biodiversité. Si la première approche, illustrée par la position américaine, surestime le rôle de la protection des droits de propriété intellectuelle en matière de conservation de la biodiversité et dès lors suppose que

l'Accord sur les ADPIC et la CDB sont contradictoires, la deuxième surévalue le rôle du régime des droits de souveraineté et part donc elle aussi du principe que les deux accords sont contradictoires. Cette seconde perspective est par exemple soutenue par Vandana Shiva. Selon elle, l'Accord sur les ADPIC entre en conflit direct avec la CDB car le premier est un traité commercial qui impose des droits de brevetage sur la vie et ne prévoit aucune obligation en matière de conservation, tandis que la seconde est un traité d'environnement, basé sur le principe de souveraineté, et visant à protéger la biodiversité, la connaissance et les pratiques indigènes. Dans le cadre du principe de souveraineté de la CDB, l'État réglemente l'accès à la biodiversité et l'interdit lorsqu'il « paraît nuire aux intérêts nationaux ». Le régime de droits de propriété intellectuelle dans l'Accord sur les ADPIC porte atteinte aux droits de souveraineté et par conséquent menace l'objectif de conservation de la biodiversité prévu par la CDB<sup>39</sup>.

149

À première vue, il apparaît que les deux accords se contredisent au sujet de la biodiversité car ils se fondent sur des objectifs, des normes, des principes et des mécanismes de mise en œuvre différents<sup>40</sup>. L'objectif majeur de l'Accord sur les ADPIC est de fournir et de faire respecter des règles de protection des droits de propriété intellectuelle de manière à ce que ces droits ne deviennent pas eux-mêmes des obstacles au commerce international. Les objectifs de la CDB (article 1) restent de leur côté « la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques ». Les droits de propriété intellectuelle étant des droits individuels, le brevetage est susceptible d'entraver la réalisation de l'objectif dit de partage des avantages avec les pays fournisseurs des ressources génétiques. L'accent mis par la CDB (article 15) sur le partage des avantages découlant de l'accès aux ressources pourrait se révéler incompatible avec les droits exclusifs enchâssés dans l'externalisation de la nature et des connaissances locales à laquelle procède le titulaire du brevet, tel que nous l'avons vu plus haut. De même, il serait difficile de concilier les droits des titulaires de brevets sur les procédés biotechnologiques avec les normes de la CDB (article 16.9) sur l'accès et le transfert des technologies aux pays en développement.

En effet, la difficulté à rapprocher les objectifs de partage des avantages et d'accès à la technologie est liée à deux assertions conflictuelles. La première souligne que la protection des droits de propriété intellectuelle contribue à la « promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie » (article 7 de l'Accord sur les ADPIC). Et comme les innovations et les avancées biotechnologiques nécessitent du temps et de l'argent, un

<sup>39</sup> Vandana Shiva, *Tomorrow's Biodiversity*, op. cit., pp. 45-46 ; Vandana Shiva, *Protect or Plunder ?...*, op. cit., pp. 102-104.

<sup>40</sup> Voir G. Kristin Rosendal, « Biodiversity : Between Diverse International Arenas », in H. O. Bergesen et al. (eds), *Yearbook of International Co-operation on Environment and Development 1999/2000*, London : Earthscan, 1999, pp. 39-47.

libre accès à ces découvertes découragera les investisseurs, érodant ainsi le potentiel des avancées technologiques nécessaires au développement durable<sup>41</sup>. La deuxième assertion stipule qu'« en entravant la libre circulation des nouvelles connaissances, l'application généralisée des brevets gêne plus qu'elle n'encourage la recherche »<sup>42</sup> ; ce qui constitue un obstacle au développement et à la diffusion des technologies durables. Si la première assertion est vraie, la protection des droits de propriété intellectuelle favorise l'utilisation durable de la biodiversité. Mais si c'est la seconde, la protection des droits de propriété intellectuelle produit l'effet contraire, dès lors que le monopole des droits conférés aux détenteurs de brevets limite l'accès à la technologie. L'importance de l'accès aux technologies ainsi qu'à leur transfert en vue de la conservation et de l'utilisation durable de la biodiversité est soulignée dans la CDB. Mais la protection des brevets et des droits de propriété intellectuelle est aussi prévue par l'article 16.2 de la CDB. En clair, des termes tels que « utilisation durable de la diversité biologique », « accès à la technologie et le transfert de celle-ci » et « protection adéquate et

<sup>41</sup> Thomas Cottier, « The WTO and Environmental Law: Three Points for Discussion », in A. Fijalkowski et J. Cameron (eds), *Trade and the Environment: Bridging the Gap*, The Hague: Cameron May Ltd., 1998, p. 56.

<sup>42</sup> Robert A. B. de la Perrière et Franck Seuret, *Brave New Seeds: The Threat of GM Crops to Farmers*, London: Zed Books, 2000.

<sup>43</sup> Alan Russell, « Biotechnology and International Political Economy: Actor-Networks in the Knowledge Structure », in A. Russell et J. Vogler (eds), *The International Politics of Biotechnology: Investigating Global Futures*, Manchester: Manchester University Press, 2000, p. 89; Owain Williams, « Life Patents, TRIPs and the International Political Economy of Biotechnology », in *ibid.*, p. 76; Susan K. Sell, « Multinational Corporations as Agents of Change: The Globalization of Intellectual Property Rights », in A. Claire Cutler et al. (eds), *Private Authority and International Affairs*, Albany: State University of New York Press, 1999, p. 186; Vandana Shiva, *Tomorrow's Biodiversity*, op. cit., pp. 47-50.

effective des droits de propriété intellectuelle » contenus dans la CDB sont mutuellement contradictoires. Soit les deux assertions sont vraies, soit la CDB essaie de résoudre son conflit apparent avec l'Accord sur les ADPIC au risque d'éroder ses propres objectifs.

Il existe également des différences entre les deux accords au sujet des mécanismes d'application. L'Accord sur les ADPIC contient des formulations fortes, appuyées par des principes reconnus du droit commercial international, tels que la « clause de la nation la plus favorisée » (la disposition la plus avantageuse s'étend à l'ensemble des partenaires commerciaux), le « traitement national » (l'accès au marché doit être équivalent à celui des produits nationaux), le possible recours à des « sanctions commerciales » et, plus important encore, la référence au dispositif de règlement des différends de l'OMC. En tant qu'accord international, la promulgation de ses dispositions repose sur les législations nationales. L'un des mécanismes clés visant à intégrer les droits de propriété intellectuelle dans les législations nationales a été la pression des États-Unis, à travers la menace de sanctions commerciales unilatérales en guise de représailles contre des pays en développement comme l'Inde, le Brésil et la Thaïlande<sup>43</sup> où une légis-

lation forte sur les droits de propriété intellectuelle a finalement été adoptée (il faut ajouter que le simple respect de l'Accord sur les ADPIC ne satisfait pas le Représentant au commerce américain; il exige des « ADPIC Plus » pour accroître les sanctions possibles à l'encontre des pays réfractaires). Cependant, la CDB utilise la formule « dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra » si souvent que cela confirme le manque d'engagement vis-à-vis de ses objectifs. Et en tant que convention-cadre avec un seul protocole adopté (sur la biosécurité), elle n'est pas réellement fonctionnelle. Par ailleurs, il n'existe pas de mécanisme contraignant de règlement des différends, applicable aux tiers, dans le régime de la CDB. La principale méthode utilisée pour le règlement des différends est la négociation. Ce qui signifie que les questions relatives au partage des avantages et au transfert des technologies entre les parties contractantes sont laissées au bon vouloir des uns et des autres au cours des négociations<sup>44</sup>. Sa mise en œuvre exige une législation nationale et l'adoption de mesures administratives ou politiques. Or, le manque d'engagement de la CDB par rapport à ses propres visées est susceptible de s'aggraver encore sous le contrôle des gouvernements nationaux, plus intéressés par la croissance économique que par la protection de l'environnement. Sa faiblesse est également visible dans ses dispositions concernant la protection des connaissances locales. Contrairement à l'Accord sur les ADPIC, la CDB reconnaît l'importance des connaissances et des pratiques autochtones dans la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité. En raison de son importance, les parties contractantes doivent « encourager le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques » (article 8 J). Mais une fois encore, ce n'est que « dans la mesure du possible et autant qu'il conviendra » que les autorités nationales sont en charge de protéger les détenteurs des connaissances autochtones. De plus, comme le souligne Woodliffe<sup>45</sup>, les bénéficiaires « ne sont pas spécifiés, de même que les méthodes de quantification pour un partage équitable ». Pour ces raisons, les prétendues divergences entre la CDB et l'Accord sur les ADPIC sont insuffisantes pour que l'on puisse parler d'une réelle différence.

151

L'une des conséquences de l'application rigoureuse de l'Accord sur les ADPIC, contrairement à celle de la CDB, est qu'elle laisse une faible marge de manœuvre aux parties contractantes. L'Accord sur les ADPIC oblige les différentes parties à instaurer un droit de la propriété intellectuelle sur le vivant par le biais de brevets. Son article 27 donne cependant aux parties contractantes aussi la possibilité d'exclure certaines inventions de la brevetabilité pour « protéger l'ordre public ou la moralité,

<sup>44</sup> Alan E. Boyle, « The Rio Convention on Biological Diversity », *art. cit.*, 1996 ; Sam Johnston, « Sustainability, Biodiversity and International Law », in M. Bowman et C. Redgwell (eds), *International Law and the Conservation of Biological Diversity*, *op. cit.*, pp. 51-69.

<sup>45</sup> John Woodliffe, « Biodiversity and Indigenous Peoples », in *ibid.*, pp. 255-269.

y compris pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou pour préserver les végétaux, ou pour éviter de graves atteintes à l'environnement». Les États signataires « pourront aussi exclure de la brevetabilité [...] les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques ». L'exclusion de la brevetabilité reste une option et non une obligation. Ensuite, les expressions « ordre public » et « moralité » sont controversées et peuvent donner lieu à des interprétations différentes et des litiges, mais qui restent du ressort contraignant du dispositif de règlement des différends<sup>46</sup>. Enfin, bien qu'il soit stipulé que les plantes et les animaux, ainsi que les procédés essentiellement biologiques, puissent en être exclus, le traité n'assortit pas la brevetabilité de restrictions étendues. Au contraire, la brevetabilité des micro-organismes et des procédés microbiologiques, qui constituent la pierre angulaire de l'industrie biotechnologique, ouvre tout un nouveau domaine au brevetage dans ce secteur. Plus important encore, lorsque les procédés non biologiques (ingénierie génétique) et microbiologiques ont été utilisés dans la production des plantes et des animaux, ces « produits » vivants sont également brevetables<sup>47</sup>. En d'autres termes, les dispositions de l'accord sur les ADPIC relatives au brevetage n'entrent pas en contradiction avec la vision de l'industrie biotechnologique selon laquelle la vie peut faire l'objet d'un brevet.

Un point crucial à cet égard est de savoir si oui ou non la CDB interdit le brevetage du vivant comme moyen de conservation de la biodiversité. Cette question est particulièrement significative du point de vue des implications du brevetage de la vie, aussi bien pour la compréhension des relations qu'entretiennent les êtres humains avec la nature que pour la reconnaissance des droits des communautés autochtones et de leurs connaissances. Le régime de la CDB ne comporte pas une telle interdiction. Au contraire, il reconnaît les droits de propriété intellectuelle dans le domaine de la biotechnologie (article 16.2/3/4). Cela signifie que la CDB accepte le brevetage

<sup>46</sup> Voir Carlos M. Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO and Developing Countries*, op. cit., pp. 62-67.

<sup>47</sup> Owain Williams, « Life Patents, TRIPs and the International Political Economy of Biotechnology », art. cit., p. 73.

<sup>48</sup> Robin Attfield, *The Ethics of the Global Environment*, Edinburgh : Edinburgh University Press, 1999, p. 139.

de la vie conduisant à une marchandisation des formes de vie faisant partie de la biodiversité. En fin de compte, la CDB présente une double vision des relations entre les êtres humains et la nature, qui intègre également la justification du brevetage de la vie<sup>48</sup>. Dans le Préambule, « la valeur intrinsèque de la diversité biologique » est proclamée mais pas clairement expliquée dans la partie réservée aux institutions et mécanismes de régulation consacrés à la conservation de la biodiversité. Au contraire, on y traite, de façon exhaustive, de l'exploita-

tion et de l'utilisation des ressources biologiques (notamment l'article 3). L'accent mis sur l'utilisation des ressources biologiques et le partage équitable des avantages rend légitime « un marché pour les espèces et les gènes brevetés (par exemple, les ressources vivantes et leurs composantes) et réduit en réalité la plus grande partie de la biodiversité au statut de propriété de l'espèce maîtresse »<sup>49</sup>.

Une autre compréhension des relations entre les êtres humains et la nature pourrait conduire à un régime de droit de propriété sensiblement différent de celui reconnu par la CDB. Alors que les analystes « considèrent souvent les droits de propriété comme plus importants que la propriété elle-même », une théorie écologique de la propriété suggère que « les écosystèmes, dont la propriété est issue, sont plus importants que la propriété elle-même ou les droits de propriété »<sup>50</sup>. Cette approche repose sur des arguments éthiques et philosophiques selon lesquels la nature existe pour elle-même plutôt que pour le bien de l'homme, et que les entités naturelles ont une valeur intrinsèque<sup>51</sup>. Dans le cas du régime de la biodiversité, cette seconde approche implique que la protection du vivant et des écosystèmes revêt plus d'importance que la protection des droits de propriété du détenteur d'un brevet. La CDB, qui est censée être conçue pour la conservation de la biodiversité, adhère aux régimes de propriété en vigueur en mettant l'accent sur la « protection adéquate et effective des droits de propriété intellectuelle ». Plutôt que de considérer l'effet défavorable du brevetage de la vie sur la conservation de la biodiversité, le principal enjeu pour la CDB réside dans l'accès à la technologie et à son transfert pour tout produit susceptible d'être breveté. La CDB n'envisage pour les droits de propriété intellectuelle que « d'avoir une influence sur la mise en œuvre de cette convention ». Encore une fois, même la possibilité d'une telle influence ne concerne pas la conservation de la biodiversité. D'après un document soumis par le Secrétariat de la CDB à la 3<sup>e</sup> Conférence des parties, « les effets négatifs éventuels des droits de propriété intellectuelle sur la réalisation des objectifs de la Convention se produiront sans doute dans le contexte du transfert de technologie, plutôt que dans le contexte de la conservation et de l'utilisation durable » (paragraphe 5)<sup>52</sup>. De plus, en reconnaissant cette possibilité, les parties contractantes

<sup>49</sup> Beth Burrows, « Safety First », in B. Tokar (ed.), *Redesigning Life? The Worldwide Challenge to Genetic Engineering*, London: Zed Books, 2001, p. 242.

<sup>50</sup> Sheryl D. Breen, « Ecocentrism, Weighted Interests and Property Theory », *Environmental Politics*, 2001, Vol. 10, N° 1, 2001, p. 46.

<sup>51</sup> Robyn Eckersley, *Environmentalism and Political Theory: Toward an Ecocentric Approach*, Albany: State University of New York Press, 1992; Arne Naess, *Ecology, Community and Life Style*, Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

<sup>52</sup> Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, « L'impact des régimes de droits de propriété intellectuelle sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et sur le partage équitable des avantages qui en découlent », Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, troisième réunion, UNEP/CBD/COP/3/22, 22 septembre 1996 ; en ligne : <http://www.biodiv.org/doc/meetings/cop/cop-03/official/cop-03-22-fr.pdf>

devront coopérer dans cette optique, « sans préjudice des législations nationales et du droit international pour assurer que ces droits s'exercent à l'appui et non à l'encontre de ses objectifs » (article 16.5). Il est ainsi clair qu'en ce qui concerne la CDB, il n'existe pas de rapports contradictoires entre la protection des droits de propriété intellectuelle et le régime de la CDB ; et réciproquement, les droits de brevetage sont considérés comme des éléments de soutien qui aident la CDB à atteindre ses objectifs<sup>53</sup>. Cela dit, ces deux accords semblent entrer en conflit au sujet de l'évaluation des risques des OGM. Comme on l'a vu plus haut, l'Accord sur les ADPIC permet aux pays d'exclure des inventions de la brevetabilité afin de protéger la santé et d'éviter de sérieux dommages à l'environnement. On suppose que certaines inventions basées sur les modifications génétiques pourraient se voir exclure de la brevetabilité pour cette raison. L'éventualité d'un préjudice sérieux ou d'une menace importante doit, dans un tel cas, être prouvée avec des arguments scientifiques. Or, les débats scientifiques portant sur les risques encourus génèrent pour l'instant plus d'ambiguïté que de certitude<sup>54</sup>. En outre, il n'est pas du ressort des offices de brevetage de chercher à savoir s'il existe des risques sérieux pour la santé ou l'environnement<sup>55</sup>. Selon les termes de la CDB (article 8 g et h), chaque pays devra instituer des « moyens pour réglementer, gérer ou maîtriser les risques associés à l'utilisation et à la libération d'organismes vivants et modifiés résultant de la biotechnologie qui risquent d'avoir sur l'environnement des impacts défavorables » et « empêche d'introduire, contrôle ou éradique les espèces exotiques qui menacent des écosystèmes, des habitats ou des espèces ». De toute évidence, cette terminologie est plus forte que celle de l'Accord sur les ADPIC. Mais elle mérite d'être développée. En premier lieu, la CDB elle-même n'établit pas à cet égard un mécanisme international de régulation et les pays doivent le faire « dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra ». Les organismes réglementaires nationaux évaluent les risques liés aux OGM en comptant généralement sur les rapports présentés par chaque compagnie ayant développé un produit<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Certains documents de la troisième réunion de Conférence des Parties présentent aussi le rapport entre les droits de propriété intellectuelle et la mise en œuvre des objectifs de la CDB comme étant « solidaires ». Voir la Décision III/17 sur les droits de propriété intellectuelle ; en ligne : [www.biodiv.org/decisions](http://www.biodiv.org/decisions) ; ainsi que : Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, « La Convention sur la diversité biologique et l'Accord sur les droits de propriété intellectuelle liés au

commerce (TRIPS) : relations et synergies », UNEP/CBD/COP/3/23, 5 octobre 1996 ; en ligne : <http://www.biodiv.org/doc/meetings/cop/cop-03/official/cop-03-23-fr.pdf>

<sup>54</sup> Louis Guay, « The Science and Policy of Global Biodiversity Protection », in P. G. Le Prestre (ed.), *Governing Global Biodiversity: The Evolution and Implementation of the Convention on Biological Diversity*, Aldershot : Ashgate, 2002, pp. 218-227 ; Francis C. R. Man-

ning, « Biotechnology : a Scientific Perspective », in A. Russell et J. Vogler (eds), *The International Politics of Biotechnology*, op. cit., pp. 27-28 ; Beth Burrows, « Safety First », art. cit.

<sup>55</sup> Graham Dutfield, *Intellectual Property Rights, Trade and Biodiversity*, op. cit., p. 49.

<sup>56</sup> Stephen Nottingham, *Eat Your Genes : How Genetically Modified Food is Entering Our Diet*, London : Zed Books, 1998, pp. 123-127.

Et, comme nous l'avons vu dans le cas des USA, certains pays pourraient changer la définition du risque en passant du « risque zéro » au « risque gérable », au lieu d'étendre l'application du principe de précaution qui exige que le manque de certitude scientifique au sujet des risques ne puisse donner lieu au refus de prendre des mesures de réglementation. En second lieu, et en rapport avec ce qui précède, la CDB ne mentionne pas le principe de précaution comme étant un outil de réglementation des risques<sup>57</sup>. Le principe a été supprimé de la cinquième proposition et n'est inscrit qu'au Préambule, ce qui rend son statut moins clair et le laisse sujet à l'interprétation des organismes réglementaires nationaux<sup>58</sup>. Pour ces deux raisons, la différence entre la CDB et l'Accord sur les ADPIC au sujet de la gestion des risques devient vague sur le plan juridique.

155

### L'association des deux régimes

Jusqu'ici, j'ai essayé de montrer que les différences juridiques entre les deux accords ne sont pas aussi considérables qu'on le prétend. Même sur le plan de leurs dispositions potentiellement les plus conflictuelles, leurs rapports ne peuvent pas être considérés comme contradictoires, mais plutôt complémentaires en raison du fait que, lorsque l'engagement de la CDB vis-à-vis de ses propres objectifs est vague, elle reste néanmoins en accord avec les objectifs de l'Accord sur les ADPIC en matière de protection des brevets sur la vie et des droits de propriété intellectuelle. Ce n'est ainsi pas l'Accord sur les ADPIC (droits de propriété) qui porte atteinte à la CDB (droits de souveraineté) comme on l'entend généralement, mais cette dernière qui se sape elle-même. Pour cela, la seule et unique raison pour laquelle les deux accords peuvent encore apparaître comme contradictoires réside dans la reconnaissance des droits de souveraineté étatique par la CDB. Plusieurs négociateurs de la CDB, originaires de pays en développement, ont mis l'accent sur l'importance des droits de souveraineté sur les ressources biologiques, alors que les États-Unis et les industries biotechnologiques les considéraient comme une menace pour les droits de propriété intellectuelle. Cela suppose que les droits de souveraineté s'opposent aux droits de propriété. Dans cette partie, j'analyse en détail les caractéristiques des rapports entre les droits de souveraineté et les droits de propriété.

<sup>57</sup> Il est à noter que dans le Protocole de Carthagène sur la biosécurité, joint à la CDB, il est ouvertement fait référence à l'« approche préventive ». Le protocole établit également les règles spécifiques à mettre en œuvre. Cependant, il est critiqué pour son incapacité à contrôler les risques du fait de ses nombreuses ambiguïtés. Voir Peter-Tobias Stoll, « Controlling the Risks of Genetically Modified Organisms: The Cartagena Protocol on Biosafety and the SPS Agreement », in J. Brunnée et E. Hey (eds), *Yearbook of International Environmental Law 1999 (Vol. 10)*, Oxford: Oxford University Press, 2000, pp. 82-119; John Vogler et Désirée McGraw, « An International Environmental Regime for Biotechnology », in A. Russell et J. Vogler (eds), *The International Politics of Biotechnology*, op. cit.

<sup>58</sup> Alan E. Boyle, « The Rio Convention on Biological Diversity », art. cit., p. 37; Sam Johnston, « Sustainability, Biodiversity and International Law », art. cit., p. 55.

Comme nous l'avons vu, la nécessité d'instaurer soit la souveraineté de l'État, soit le régime de propriété privée, commence par l'hypothèse courante selon laquelle s'il n'y a pas de droit exclusif sur les ressources biologiques et si l'accès n'est pas restrictif, la conservation ne peut être assurée. Ainsi, plutôt que de se contredire l'un l'autre, ces deux régimes partagent en fait l'objectif qui est d'instaurer des droits exclusifs sur la biodiversité, que ce soit sous la forme des droits de souveraineté ou sous celle des droits de propriété intellectuelle. Cet objectif commun pose deux problèmes. Premièrement, la base de la réglementation n'intègre pas forcément les droits exclusifs de l'État ou de la propriété privée. L'absence d'un régime de propriété exclusif ou la présence d'un régime d'accès ouvert n'entraînent pas nécessairement l'absence de protection ou de réglementation. Sur le plan historique, les pâturages communaux en Angleterre n'étaient pas un espace sans gouvernement ; ils étaient soumis à la régulation sociale des communautés villageoises<sup>59</sup>. Deuxièmement, le principe de droits exclusifs réduit à néant les principes concurrents de droits collectifs de la communauté et d'héritage commun de l'humanité. Par exemple, les droits des agriculteurs sont reconnus par l'Engagement international non contraignant sur les ressources phylogénétiques de la FAO de 1989. Le concept fait référence aux droits « issus des contributions passées, présentes et à venir des agriculteurs en matière de conservation, d'amélioration et de mise à disposition des ressources phylogénétiques » et à la pleine jouissance par les paysans « de la meilleure utilisation des ressources phylogénétiques à travers l'amélioration des plantes et d'autres méthodes spécifiques ». L'Engagement considère également les ressources phylogénétiques comme un héritage commun de l'humanité qui peut donc être utilisé librement par tout un chacun. Il est à noter toutefois que l'Engagement reste vague sur la définition et les mécanismes de mise en œuvre des droits des agriculteurs et que, par ailleurs, au début des années 1990, la tendance était déjà à privilégier les droits de souveraineté et de propriété plutôt que le statut d'héritage commun. En effet, pendant les négociations de la CDB, les mêmes États parties à l'Engagement de la FAO avaient rejeté le statut d'héritage commun afin de contrôler l'accès aux ressources génétiques. Si ce statut n'avait pas été rejeté, les ressources génétiques seraient accessibles, sans restriction<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> John Frow, « Information as a Gift and Commodity », *New Left Review*, N° 219, 1996, p. 100 ; John Vogler, *The Global Commons: A Regime Analysis*, Chichester : John Wiley and Sons, 1995, p. 13.

<sup>60</sup> David Cooper, « Genes for Sustainable Development », in V. Shiva et al. (eds), *Biodiversity...*, *op. cit.*, p. 112.

À première vue, il paraît que cela pourrait jouer contre les pays en développement qui fournissent les ressources phylogénétiques. Cependant, le statut d'héritage commun contenu dans l'Engagement de la FAO comprend non seulement le matériel génétique « primitif », mais également l'« élite » des lignes de reproduction des entreprises. Cela permet de comprendre pourquoi les sociétés

productrices de semences et les États s'opposent au statut d'héritage commun<sup>61</sup>. En rejetant le statut d'héritage commun, les États et les sociétés profitent, bien qu'inégalement, de l'accès exclusif aux ressources phylogénétiques. Dans ce sens, les droits des États et les droits privés/des sociétés sur les ressources phylogénétiques ne s'opposent pas, alors que les agriculteurs doivent payer pour leur accès restrictif à l'élite des lignes de reproduction. La CDB n'emploie le terme « préoccupation commune de l'humanité » que dans le Préambule, et le contexte dans lequel il est utilisé ne concerne pas l'accès mais la conservation de la diversité biologique. La CDB n'accepte pas et ne s'étend pas non plus sur le terme de « droits des agriculteurs »<sup>62</sup> utilisé dans l'Engagement. L'article 15 de la CDB reconnaît les droits de souveraineté sur les ressources génétiques mais exige que chaque État « s'efforce de créer les conditions propres à faciliter l'accès aux ressources génétiques ». L'accès aux ressources est contrebalancé par l'accès à la biotechnologie. Les États doivent prendre des mesures législatives qui offrent l'accès à la technologie et le partage des avantages tirés de l'exploitation de ces ressources (article 16). Comme l'écrit Flitner<sup>63</sup>, « le fonctionnement même de la CDB dépend des restrictions d'accès à la fois à la « matière première » et aux technologies et organismes qui en sont issus ». Autrement dit, au lieu d'opposer le régime de souveraineté au régime de propriété, la CDB contrebalance les droits de souveraineté avec les droits de propriété intellectuelle.

157

En poussant l'analyse plus loin, on peut dire qu'il est difficile de résoudre le conflit conceptuel qui oppose les droits de propriété sur les ressources génétiques et leur statut d'héritage commun. Si des individus ou des sociétés détiennent des droits sur les ressources phylogénétiques, comment celles-ci peuvent-elles en même temps être considérées comme librement disponibles pour être utilisées, replantées ou échangées par d'autres ? En d'autres termes, l'opposition significative ne se situe pas entre régimes de propriété, qu'il soit question de droits collectifs (agriculteurs),

<sup>61</sup> John Vogler et Désirée McGraw, « An International Environmental Regime for Biotechnology », *art. cit.*, p. 128.

<sup>62</sup> Mon intention n'est pas ici de présenter l'Engagement comme un instrument à préférer à la CDB dans le domaine des ressources phylogénétiques, mais bien d'attirer l'attention sur certains concepts des institutions internationales, autres que ceux portant sur la souveraineté et la propriété privée. Il convient de relever que

les droits des agriculteurs sont contrebalancés par les droits des sélectionneurs et que la Résolution 3/91 de la 25<sup>e</sup> session de la Conférence de la FAO tenue en 1991 a circonscrit le concept d'héritage de l'humanité en entérinant le principe selon lequel « les nations détiennent des droits de souveraineté sur leurs ressources phylogénétiques ». Pour un débat sur les rapports entre l'Engagement, la CDB et l'Accord sur les ADPIC, voir Michael Blakeney, « Protection of Plant Varieties and

Farmers Rights », *European Intellectual Property Review*, Vol. 24, N° 1, 2002, pp. 9-19 ; Dan Leskien et Michael Flitner, *Intellectual Property Rights and Plant Genetic Resources : Option for a Sui Generis System*, Rome : International Plant Genetic Resources Institute, 1997.

<sup>63</sup> Michael Flitner, « Biodiversity: Of Local Commons and Global Commodities », in M. Goldman (ed.), *Privatizing Nature : Political Struggles for the Global Commons*, London : Pluto, 1998, p. 156.

privés (individu/société) ou publics (État) sur les ressources naturelles, mais plutôt entre le régime de propriété et le statut d'héritage commun. Les régimes de propriété établissent des droits exclusifs et donnent au propriétaire (individu, groupe d'individus ou État) le droit ou le pouvoir de contrôler l'accès aux ressources. En tenant compte de l'exclusivité, « la propriété collective et en particulier la propriété de l'État n'est, comme l'écrit Balibar, en soi rien d'autre qu'une propriété *privée* »<sup>64</sup>. Ce dernier poursuit son raisonnement en affirmant que « le conflit qui peut l'opposer aux propriétés des « personnes privées » n'est qu'un conflit entre des exclusivités concurrentes ». Ces régimes se basent sur le même principe, celui qu'il appelle « le principe de la possession totale des objets » : « chaque objet, chaque matière première ou raffinée, chaque « chose » naturelle ou artificielle (même immatérielle) est effectivement appropriable (par un individu ou une institution) sous la forme d'une propriété exclusive »<sup>65</sup>. En revanche, le statut d'héritage commun ne fait référence « ni à la propriété privée, ni à la propriété publique ou collective, mais à la *propriété universelle*, « sans un objet » ou sans quelque objet que ce soit, mais avec la *fiction* d'une humanité unifiée »<sup>66</sup>. Cela ne marque pas la fin de l'appropriation des choses ou l'élimination des formes de propriété existantes, mais à tout le moins une condition restrictive des droits exclusifs en montrant les « limites intrinsèques de la possession totale » des choses, puisque son existence même est basée sur la participation de tous les « propriétaires » et sur le contrôle réciproque de l'activité collective de l'humanité sur la nature.

Puisque les régimes de propriété/souveraineté traitent de l'exclusivité, le débat sur les deux régimes finit par devenir une question politique, non seulement en termes de rapports de force entre les différents intérêts, mais également en ce sens

que le privilège de possession et de contrôle de l'accès est protégé par l'implication de la politique dans les formes à donner aux droits de propriété/souveraineté. Cela nous amène à discuter de ces régimes en termes de rapports de force et de rôle du droit. On admet généralement que la souveraineté comporte deux aspects : l'aspect extérieur (non-intervention et intégrité territoriale) et l'aspect intérieur (juridiction, législation et rapports État-société)<sup>67</sup>. Je n'aborderai ici que le second aspect. La souveraineté interne fait traditionnellement référence à la concentration et à la répartition du pouvoir au sein l'État<sup>68</sup>. Tout comme les droits de souveraineté, l'institution des droits de propriété par l'État confère aux uns

<sup>64</sup> Etienne Balibar, *Masses, Classes, Ideas: Studies on Politics and Philosophy Before and After Marx*, London : Routledge, 1994, p. 218.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>66</sup> *Ibid.*, pp. 220-221.

<sup>67</sup> Ken Conca, « Rethinking the Ecology-Sovereignty Debate », *Millennium: Journal of International Studies*, Vol. 23, N° 3, 1994, p. 707.

<sup>68</sup> Andrew Heywood, *Political Theory: An Introduction*, Basingstoke : Macmillan, 1999, p. 90.

le droit d'exclure les autres de l'appropriation et de l'utilisation des choses, et aussi de l'accès à celles-ci. Le droit de propriété devient instrument de pouvoir. Vu sous cet angle, les droits de propriété se réfèrent aux rapports de force dans lesquels le pouvoir se concentre entre les mains de certaines personnes et se répartit entre les détenteurs de la propriété ainsi qu'entre ceux-ci et ceux qui en sont exclus. C'est ce que Drahos<sup>69</sup> appelle un « effet de souveraineté » des mécanismes de la propriété, qui « concentre le pouvoir afin de produire des déséquilibres dans les rapports de force entre les différents acteurs ». Drahos soutient, et c'est fort probable, que cela est particulièrement vrai dans le cas de la propriété intellectuelle.

Imaginons qu'une entreprise pharmaceutique détienne le droit de propriété sur un médicament qui peut guérir des maladies telles que le paludisme, la tuberculose, le sida et le cancer. Ce droit crée un effet de souveraineté dans lequel le droit de la propriété intellectuelle de cette entreprise prend la forme d'un monopole assorti d'un immense pouvoir, alors que les malades se trouvent littéralement dans une situation où leur pouvoir d'achat déterminera s'ils pourront vivre ou pas. Même si, techniquement, la souveraineté fait référence aux États seulement, l'effet de souveraineté est exemplaire de la non-contradiction entre les détenteurs du droit de souveraineté (les États) et le monopole des titulaires des droits de propriété intellectuelle.

De plus, dans le cas de la propriété intellectuelle, les droits de souveraineté sur les ressources biologiques vont de pair avec les droits de propriété puisque la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle nécessite la protection juridique assurée par la loi, chasse gardée de l'État souverain. Comme le soulignent Picciotto et Campbell<sup>70</sup>, « les droits de propriété de tous ordres constituent des relations sociales garanties par l'État plutôt que des « relations » entre les personnes et les choses ». Nous avons déjà vu plus haut comment l'externalisation agit dans le processus de marchandisation du vivant. Mais c'est à travers la protection des droits de propriété intellectuelle que cette externalisation devient une partie du processus d'accumulation du capital. En l'absence d'un statut de la propriété intellectuelle fortement protégé, les idées, les inventions et les découvertes ou les choses abstraites en général, pourraient être accessibles sans royalties. Par exemple, les entreprises américaines et européennes qui exportent de la propriété intellectuelle se sont plaintes du fait qu'« elles perdaient jusqu'à 61 milliards de dollars par an à cause du « piratage de leurs produits »<sup>71</sup>. Un régime de

<sup>69</sup> Peter Drahos, *A Philosophy of Intellectual Property*, op. cit., p. 150.

<sup>70</sup> Sol Picciotto et David Campbell, « Whose Molecule Is It Anyway? Private and Social Perspectives on Intellectual Property », in A. Hudson (ed.), *New Perspectives on Property Law, Obligations and Restitution*, London : Cavendish, 2003, p. 279.

<sup>71</sup> Graham Dunkley, *The Free Trade Adventure: The WTO, the Uruguay Round and Globalism - A Critique*, London : Zed Books, 2000, p. 187.

droits de propriété intellectuelle prévoit des mesures réglementaires visant à protéger les droits des détenteurs de propriété intellectuelle contre l'utilisation abusive des produits brevetés. Ceci revient à dire que le droit de propriété intellectuelle tend à garantir les revenus exclusifs au détenteur du droit de propriété en accordant la priorité aux droits de propriété au détriment du droit de l'utilisateur<sup>72</sup>. En l'absence d'une protection juridique du monopole de la propriété intellectuelle, la production concurrentielle par d'autres d'un produit imité pourrait réduire les revenus de l'inventeur, basés sur l'exploitation commerciale de son innovation. En l'absence d'une revendication de propriété sur une formule de médicament par exemple, sans protection juridique de ses droits, l'inventeur ne peut affirmer qu'il détient le monopole des droits sur le produit, car il est difficile de rendre la connaissance médicale strictement exclusive.

Dans la mesure où la connaissance « est en principe infiniment transférable sans que cela n'amenuise la ressource »<sup>73</sup>, la connaissance médicale n'est, au départ, pas une denrée rare. Son utilisation ou son application non exclusive ne réduisent pas le savoir en général. Cependant, « le rôle de la propriété intellectuelle est de créer cette rareté dans le domaine de la connaissance et de la rendre légitime »<sup>74</sup>. Sans cela, les avantages seraient négligeables. L'introduction d'un contrôle exclusif sur la diffusion, la distribution ou l'utilisation à travers les droits de propriété intellec-

<sup>72</sup> Sol Picciotto et David Campbell, « Whose Molecule Is It Anyway ?... », *art. cit.*, p. 7.

<sup>73</sup> John Frow, « Information as a Gift and Commodity », *art. cit.*, pp. 98-99.

<sup>74</sup> Susan Sell et Christopher May, « Moments in Law: Contestation and Settlement in the History of Intellectual Property », *Review of International Political Economy*, Vol. 8, N° 3, 2001, p. 472.

<sup>75</sup> Robert Ostergard, « Intellectual Property: A Universal Human Right ? », *art. cit.*, p. 167.

<sup>76</sup> John M. Meyer, « Rights to Life ? On Nature, Property and Biotechnology », *art. cit.*, p. 164.

<sup>77</sup> Michael Flitner, « Biodiversity: Of Local Commons and Global Commodities », *art. cit.*, p. 151.

tuelle limite de façon artificielle la production de choses abstraites<sup>75</sup>. Les droits de propriété intellectuelle sur le vivant fonctionnent de la même manière. Si « le propriétaire d'un droit de propriété intellectuelle ne détient pas clairement les manifestations particulières de ses idées, mais posséderait plutôt les idées elles-mêmes »<sup>76</sup>, alors, une fois de plus, les idées en tant qu'objets du brevet sur le vivant ne sont pas rares par définition. Cependant, comme nous l'avons vu dans la partie introductive, le vivant qui fait l'objet d'un brevet est créé à partir de choses naturelles. Dans ce cas, bien que les caractéristiques physiques (le sol) et les quantités de certaines ressources naturelles (le pétrole) démontrent une rareté imposée par la nature, les organismes vivants qui font l'objet de brevets se reproduisent et se multiplient. La rareté imposée entre en jeu dans la marchandisation du vivant à travers deux mécanismes différents : « un mécanisme biologique et technique, et un mécanisme juridique »<sup>77</sup>.

Par exemple, les semences ne sont pas rares, car elles s'auto-reproduisent lors de la moisson. Mais la « technologie Terminator » met un terme à la reproduction des semences ; ainsi, la ressource abondante devient une denrée rare. Tant que cette technologie ne peut pas être appliquée à toutes les espèces, le mécanisme juridique des droits de propriété intellectuelle oblige les agriculteurs à arrêter d'utiliser des « générations successives de formes de vie nouvellement inventées telles que les variétés de plantes modifiées » afin que les revenus des entreprises de production de semences puissent continuer à affluer<sup>78</sup>. Comme l'écrit Shiva<sup>79</sup>, « la conversion de la biodiversité d'une ressource renouvelable librement accessible aux agriculteurs et aux communautés locales en denrées non renouvelables mises en vente chaque année est réalisée sur le plan technologique et juridique à travers les droits de brevetage et de propriété intellectuelle ». Tout ce qui a été dit montre que la marchandisation nécessite des droits de propriété introduits par voie légale et exercés au niveau politique<sup>80</sup>. C'est ainsi que le domaine des droits de propriété intellectuelle croise celui de l'État souverain.

161

Le rôle de l'État dans le domaine de la biodiversité ne se limite pas à créer et gérer les droits de propriété intellectuelle. L'appropriation des propriétés collectives est facilitée par l'État. Comme le note Vogler, « dans le cas des propriétés communes pastorales anglaises, c'est la législation de l'État qui a transféré la propriété communale vers des entités privées et c'est également le pouvoir de l'État qui a fait respecter l'appropriation »<sup>81</sup>. De la même manière, la reconnaissance par la CDB des droits de souveraineté de l'État sur les ressources biologiques est perçue comme un « préalable à l'appropriation des propriétés collectives mondiales [*global commons*] »<sup>82</sup>. S'étant vu conférer ces droits, les autorités étatiques déterminent l'accès aux ressources biologiques à travers la législation nationale. De concert avec les acteurs privés, elles œuvrent ainsi au processus de marchandisation du vivant. Un cas d'école pour illustrer cela est le projet de « bio-prospection » fixé par l'accord conclu entre la compagnie pharmaceutique Merck, Sharp & Dohme, basée aux États-Unis, et l'*Instituto Nacional de Biodiversidad* (INBio) du Costa Rica. En contrepartie des échantillons de plantes, d'animaux et d'extraits microbiens recueillis et préparés par INBio qui a obtenu l'accès aux espèces sauvages indigènes des zones protégées du pays, la compagnie a accepté de verser au gouvernement du Costa Rica un million de dollars et une

<sup>78</sup> Geoff Tansley, *Trade, Intellectual Property, Food and Biodiversity*, London : Quaker Peace and Service, 1999, en ligne : [www.quaker.org/quno](http://www.quaker.org/quno)

<sup>79</sup> Vandana Shiva, *Tomorrow's Biodiversity*, *op. cit.*, p. 30.

<sup>80</sup> Christoph Görg et Ulrich Brand, « Global Environmental Politics and Competition Between Nation-States: On the Regulation of Biological Diversity », *Review of International Political Economy*, Vol. 7, N° 3, 2000, p. 375.

<sup>81</sup> John Vogler, *The Global Commons: A Regime Analysis*, *op. cit.*, p. 17.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 385.

fraction des redevances provenant des produits brevetés fabriqués à partir des matériaux ainsi cédés<sup>83</sup>.

162

Non seulement l'État souverain permet d'étendre les mécanismes d'exploitation de la nature, mais on attend de lui qu'il s'occupe des effets négatifs du capitalisme sur le plan environnemental, à l'aide de mesures réglementaires et politiques. On dit ainsi que le marché n'a pas réussi à intégrer la valeur de la biodiversité et d'autres services de l'écosystème dans son système de fixation des prix – un « échec du marché ». Premièrement, une bonne fixation des prix et la création de marchés consacrés aux services de l'écosystème sont présentées comme des moyens efficaces pour contrecarrer un « échec de marché » qui conduit à l'absence d'incitations en faveur de la conservation<sup>84</sup>. Ainsi analysés, « les dommages faits à l'environnement deviennent eux-mêmes des valeurs marchandes sujettes à la logique du marché »<sup>85</sup>. La seconde façon de créer des incitations consiste à instaurer des droits de propriété fondés sur l'hypothèse de la « tragédie des *commons* » comme nous l'avons vu plus haut. Une fois encore, l'extension des droits de propriété devient une solution plutôt qu'une partie du problème né de la logique de marché elle-même<sup>86</sup>. La troisième façon de corriger l'« échec du marché » consiste à prendre des mesures réglementaires aux plans national et international<sup>87</sup>. Les mécanismes de régulation (taxes, normes environnementales, mesures de conservation de la biodiversité, lutte contre la pollution, etc.) basés sur l'exercice de la souveraineté de l'État sont conçus pour internaliser les externalités environnementales et pour socialiser les coûts environnementaux dans une économie de marché. Cependant, la dégradation de l'environnement (perte de la biodiversité) qui est présentée comme un « échec du marché » est considérée comme une caractéristique endémique du capitalisme dans les réflexions marxistes. Par exemple, James O'Connor affirme que l'accumulation capitaliste tend, de façon endogène, à affaiblir ses propres conditions d'existence de trois manières : elle détruit les conditions naturelles – physiques (infrastructures) et sociales (main-d'œuvre) – de production et menace ainsi la viabilité du capitalisme à l'instar des pluies acides qui

<sup>83</sup> Joan Martinez-Alier, « The Merchandising of Biodiversity », in T. Hayward et J. O'Neill (eds), *Justice, Property and the Environment: Social and Legal Perspectives*, Aldershot: Ashgate, 1997, p. 202; François Blais, « The Fair and Equitable Sharing of Benefits from the Exploitation of Genetic Resources: A Difficult Transition from Principles to Reality », in P. G. Le Prestre (ed.), *Governing Global Biodiversity*, op. cit.,

p. 148; Michael Flitner, « Biodiversity: Of Local Commons and Global Commodities », art. cit., p. 157.

<sup>84</sup> World Resources Institute, op. cit., pp. 30-32.

<sup>85</sup> Julian Saurin, « Global Environmental Crisis at the «Disaster Triumphant»: The Private Capture of Public Goods », *Environmental Politics*, Vol. 10, N° 4, 2001, p. 77.

<sup>86</sup> John O'Neill, « King Darius and the Environmental Economist », in T. Hayward et J. O'Neill (eds), *Justice, Property and the Environment...*, op. cit., pp. 114-130.

<sup>87</sup> Andrew Dawson, « The Intellectual Commons: A Rationale for Regulation », *Prometheus*, Vol. 16, N° 3, 1998, pp. 275-289; Timothy Swanson, « Global Development and Global Externalities... », art. cit.

détruisent les forêts, les immeubles, la santé et les biens des personnes. Plus important encore pour notre analyse, elle détruit les conditions environnementales de production. L'intervention de l'État « en tant qu'interface entre le capital et la nature » est une tentative de restauration des conditions environnementales dégradées dans le but d'assurer, à long terme, l'accumulation du capital<sup>88</sup>.

Cela dit, la détermination du rôle de l'État à la fois dans la marchandisation de la nature et la restauration des conditions environnementales de la production, ne conduit pas nécessairement à la sous-estimation du rôle du capital sur le plan politique. Le rapport entre le capital et l'État en termes d'accessibilité au capital des conditions environnementales de la production (la garantie des monopoles sur les matières premières, l'octroi des droits de propriété sur les ressources environnementales, la lutte contre la pollution, les mesures sanitaires et sécuritaires, etc.), au bon moment et au bon endroit, structure les institutions étatiques d'une façon ou d'une autre. L'influence de l'industrie sur les États au cours des négociations est si évidente que les intérêts changeants de l'industrie sont susceptibles de pousser les gouvernements à faire œuvre de leadership, à l'instar du rôle joué par les États-Unis dans les négociations sur la protection de la couche d'ozone<sup>89</sup>. Robert Falkner affirme que « l'industrie a toujours été une force déterminante dans l'élaboration d'une politique américaine de biodiversité/biosécurité.

Elle limite ainsi la capacité des États-Unis à jouer un rôle dans la politique internationale. »<sup>90</sup> Dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, les entreprises se sont alliées aux autorités gouvernementales qui ont fait valoir leur pouvoir de souveraineté dans le but d'influencer l'issue des négociations. Pour Sell, « les entreprises américaines ont joué un rôle prépondérant dans la mobilisation du soutien interne apporté aux ADPIC, tout comme dans l'élaboration du contenu des propositions de négociation des États-Unis »<sup>91</sup>. Par conséquent, la collaboration entre les entreprises biotechnologiques et leurs gouvernements respectifs a réussi à mondialiser une réglementation des droits de propriété intellectuelle qui leur est favorable. Le cas Merck-INBio illustre la manière dont les intérêts de l'État et ceux des entreprises (en d'autres termes les droits de souveraineté et de propriété) tendent vers un seul et même processus d'accumulation de capitaux supposant faire entrer le vivant dans le marché.

<sup>88</sup> James O'Connor, *Natural Causes: Essays in Ecological Marxism*, London: Guilford, 1998, pp. 144-171.

<sup>89</sup> Voir Edward A. Parson, « Protecting the Ozone Layer », in P. M. Hass et al. (eds), *Institutions for the Earth: Sources of Effective International Environmental Protection*, Cambridge, Mass.: MIT Press, 1993. P. 41.

<sup>90</sup> Robert Falkner, « Business Conflict and US International Environmental Policy: Ozone, Climate, and Biodiversity », in P. G. Harris (ed.), *The Environment, International Relations and US Foreign Policy*, Washington, DC: Georgetown University Press, 2001, p. 169.

<sup>91</sup> Susan K. Sell, « Multinational Corporations as Agents of Change: The Globalization of Intellectual Property Rights », in A. Claire Cutler et al. (eds), *Private Authority and International Affairs*, op. cit., p. 170.

Ainsi, le politique (« le domaine public », la réglementation visant à améliorer les conditions environnementales d'accumulation de capitaux ou les droits de souveraineté, dans un sens restreint) et l'économique (« le domaine privé », le marché ou les droits de propriété dans un sens restreint) apparaissent comme deux aspects conjoints des rapports capitalistes. La séparation formelle entre le politique et l'économique est une « caractéristique particulière du capitalisme »<sup>92</sup>. Cette « distinction [formelle] contribue simplement à renier le caractère réciproquement constitutif des domaines économique et politique »<sup>93</sup>. Mais, au-delà de leurs différences, le politique et l'économique sont, dans leur intégrité, leur spécificité, leur rapport et leur corrélation, des domaines complémentaires dans les rapports capitalistes de production. Ils entretiennent des rapports pour ainsi dire de « séparation dans l'unité »<sup>94</sup>.

### Conclusion

Cet article a examiné la corrélation entre les droits de propriété intellectuelle et les droits de souveraineté sur les ressources biologiques avec une attention particulière sur la CDB et l'Accord sur les ADPIC. Son objectif n'était ni de sous-estimer, ni de surestimer le régime des droits de souveraineté sur les ressources biologiques, par rapport au régime des droits de propriété intellectuelle ou réciproquement. Tout au contraire, il a essayé de montrer la nature problématique d'une perspective de sous-évaluation ou de surévaluation. Par ailleurs, l'étude comparée des termes juridiques communs aux deux accords internationaux a démontré que, malgré les divergences dans les objectifs et les mécanismes d'application et d'exercice, leurs similitudes au niveau des normes, des principes et des outils institutionnels sont basés sur l'exploitation et la marchandisation des ressources biologiques, le brevetage du vivant et l'interprétation dualiste des rapports entre la nature et la société. Nous avons également vu que les régimes de propriété et de souveraineté sont tous deux l'expression d'un principe d'exclusi-

<sup>92</sup> Nicos Poulantzas, *State, Power, Socialism*, London : New Left Books, 1978, p. 18.

<sup>93</sup> A. Claire Cutler, « Artifice, Ideology and Paradox: The Public/Private Distinction in International Law », *Review of International Political Economy*, Vol. 4, N° 2, 1997, p. 277.

<sup>94</sup> John Holloway et Sol Picciotto, « Capital, Crisis and the State », *Capital & Class*, N° 2, 1977, pp. 77-84.

vité et de rapports de force ; que tous les deux œuvrent à la marchandisation du vivant ; que la création et l'exercice des droits de propriété intellectuelle impliquent l'usage de droits de souveraineté étatiques ; et que la relation structurelle entre les droits de propriété des acteurs économiques/privés et les droits de souveraineté des autorités politiques/étatiques montre une « séparation dans l'unité ». À l'inverse d'une perspective qui voit une contradiction entre les régimes des droits de propriété et des droits de souveraineté, cet article a

plutôt montré leur complémentarité dans le processus d'accumulation du capital. Ainsi, tout comme les distinctions rhétoriques utilisées pour justifier la marchandisation du vivant, la séparation qui empêche de considérer la corrélation entre les régimes de souveraineté et de propriété privée cache plus qu'elle ne révèle le rôle de l'État souverain dans le domaine des ressources biologiques. La reconnaissance des droits souverains n'est pas liée à la préservation et à l'utilisation adéquate de ces ressources, mais plutôt au rôle coopératif de l'État dans le processus d'accumulation du capital.

Les implications politiques et théoriques de cette analyse sont les suivantes. Une stratégie politique proposant une « bio-amitié » entre les entreprises biotechnologiques et les communautés locales en vue de la conservation de la biodiversité sur la base des régimes de droits de propriété intellectuelle existants n'est pas du tout adaptée, car elle conduit à un renforcement de la marchandisation du vivant, comme l'attestent les projets de bio-prospection<sup>95</sup>. De même, une stratégie différente qui défend les droits de souveraineté de l'État est largement inadaptée, car elle ne peut prendre en compte la manière dont les droits de propriété intellectuelle et les régimes de souveraineté contribuent, ensemble, à l'exploitation des ressources biologiques. Le point de vue de Vandana Shiva<sup>96</sup>, qui défend les droits de souveraineté au détriment du brevetage, montre en fait la perméabilité des régimes de propriété. Shiva affirme en effet qu'« il ne peut y avoir de souveraineté pour un pays » en l'absence des droits des agriculteurs. Elle met ainsi l'accent sur la nécessité d'avoir des droits de propriété bien établis pour les communautés paysannes, sous la forme de « droits intellectuels communautaires ». Comme, dans cette hypothèse, la revendication de la souveraineté étatique se voit ainsi renforcée à travers une nouvelle forme de droits de propriété intellectuelle, les deux stratégies se rejoignent, sans le vouloir, sur le terrain de la protection des droits de propriété intellectuelle. Une véritable stratégie de substitution ne pourrait émerger que si l'on pouvait théoriquement prendre en compte les caractéristiques des imbrications entre les domaines public (la souveraineté) et privé (les droits de propriété intellectuelle) du capitalisme. Dans ce sens, l'implication politique de cet article est en corrélation avec son implication théorique. L'analyse a montré que les droits de souveraineté et de propriété font partie du même ensemble de relations politico-économiques du capitalisme. Dans la tradition de l'économie politique internationale, cet argument est en phase avec l'analyse des corrélations entre le politique et l'économique, le public et le privé, l'État et le marché, les acteurs et la structure, l'international et

<sup>95</sup> Paul J. Heald, « The Rhetoric of Biopiracy », *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 11, N° 2, 2003, pp. 532-534.

<sup>96</sup> Vandana Shiva, *Protect or Plunder ?...*, op. cit., pp. 84-85, 124-128.

le national<sup>97</sup>. La sphère politique définit en effet les formes juridiques de rapports économiques tels la propriété privée, l'échange de marchandises et les relations contractuelles entre les producteurs et ceux qui ont acquis la propriété du produit. Par conséquent, elle joue un rôle essentiel dans le processus de reproduction des relations de production en décrivant ses conditions comme étant les composantes des relations de production<sup>98</sup>. Les formes données aux institutions juridiques et politiques concernées (notamment les mécanismes nationaux d'application de la protection des droits de propriété intellectuelle, le contrôle étatique de l'accès aux ressources biologiques, l'appropriation des propriétés collectives) font partie intégrante des relations de production au même titre que l'économie. Ainsi les droits de souveraineté relatifs au « domaine politique/public » et les droits de propriété intellectuelle relatifs au « domaine économique/privé » sont les deux faces de la même médaille. ■

*Texte traduit de l'anglais par Héloïse E. Gori Cabakovic*

<sup>97</sup> Par exemple : A. Claire Cutler, « Artifice, Ideology and Paradox: The Public/Private Distinction in International Law », *art. cit.* ; Stephen Gill et David Law, « Global Hegemony and the Structural Power of Capital », in S. Gill (ed.), *Gramsci, Historical Materialism and International Relations*, Cambridge : Cambridge University

Press, 1993, pp. 93-124 ; Julian Saurin, « Global Environmental Crisis at the «Disaster Triumphant... » », *art. cit.* ; Susan Sell, « Multinational Corporations as Agents of Change: The Globalization of Intellectual Property Rights », *art. cit.* ; Susan Strange, *States and Markets*, London : Pinter, 1988 ; Ronen Palan,

« New Trends in Global Political Economy », in *ibid.* (ed.), *Global Political Economy : Contemporary Theories*, London : Routledge, 2000, pp. 1-18.

<sup>98</sup> Ellen M. Wood, « The Separation of the Economic and the Political in Capitalism », *New Left Review*, N° 127, 1981, p. 79.