

Une occasion manquée pour les droits des autochtones (et au-delà)...

Philippe Karpe, Catherine Aubertin

DANS **REVUE JURIDIQUE DE L'ENVIRONNEMENT 2019/2 Volume 44**, PAGES 313 À 319
ÉDITIONS **JLE**

ISSN 0397-0299

ISBN 9782756205977

Date de mise en ligne : 17/06/2019

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-juridique-de-l-environnement-2019-2-page-313?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour JLE.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.



UNE OCCASION MANQUÉE POUR LES DROITS DES AUTOCHTONES (ET AU-DELÀ)...

Philippe KARPE

Dr-Hdr, Juriste, Directeur de recherche, Cirad, France

Catherine AUBERTIN

Dr, Économiste de l'environnement, Directrice de recherche, IRD, France

Résumé Le juriste impliqué dans la question autochtone étudie chacun des nouveaux textes, de toute nature, pour vérifier les avancées de la protection de ces populations, d'en comprendre les raisons et d'en identifier les possibles développements (personnels et/ou géographiques). C'est dans cet esprit qu'a été accueilli le recours formé par France Libertés contre l'Institut de recherche pour le développement au sujet d'un brevet sur une plante aux vertus antipaludiques de Guyane française : le *Quassia amara*.

Finalement, la déception s'impose. Moins à cause de l'échec du recours que par la sensation forte qu'une erreur a été commise dans l'objectif et la stratégie des requérants, et ce, malgré les ouvertures faites par l'Office européen des brevets et son expérience reconnue sur les savoirs traditionnels.

Mots clés : Peuples autochtones, Propriété intellectuelle, Biopiraterie, Office européen des brevets (OEB), Guyane Française, *Quassia amara*.

Summary *A missed opportunity for the indigenous peoples' rights (and beyond) ... The lawyer specialized in indigenous and local people's rights cannot miss any kind of new legal and political text taken in this field to apprehend progresses and regressions and to offer leads of improvements. In this context, this article discusses the recent legal remedies introduced by France Libertés against the Institut de recherche pour le développement regarding the patent registered by the Institute on the Quassia amara, a plant known for its antimalarial properties in French Guiana.*

Keywords: *Indigenous Peoples, Intellectual property rights, Biopiracy, European patent office (EPO), French Guyana, Quassia amara.*

Le 30 juillet 2018, l'Office européen des brevets (OEB) a publié les motifs de sa décision de rejet de l'opposition au brevet SKE présentée par France Libertés (FL)¹ ². Cette dernière demandait l'annulation du brevet déposé par l'Institut de recherche pour le développement (IRD) en invoquant un acte de biopiraterie sur une plante aux vertus antipaludiques de Guyane française : le *Quassia amara*.

Nous nous interrogeons sur la stratégie³ adoptée par FL qui, dans le contexte international comme guyanais, ne semblerait pas apte à faire avancer la reconnaissance des droits des peuples autochtones.

Nous partons du principe que le rôle fondamental du juriste investi dans les questions autochtones est de faire avancer le droit vers plus de justice sociale, vers une meilleure protection des populations en accompagnant les évolutions législatives en cours. Le but n'est pas d'attiser les conflits, opposant Autochtones et non-Autochtones, Autochtones et chercheurs, mais de préserver, construire, restaurer ou approfondir une paix sociale. Il ne s'agit pas tant d'aboutir à l'énoncé de droits propres aux Autochtones (ou d'autres populations ou communautés), mais bien mieux à l'émergence, à la protection et à la promotion de droits d'une véritable et nouvelle « communauté de vie » incluant les non-Autochtones pour que chacun puisse « vivre bien » (les Communs ?)⁴.

¹ *Grounds for the decision (Annex) – opposition*, <https://register.epo.org/application?documentId=E152F9YS3916DSU&number=EP10734771&lng=en&npl=false>

² Le 5 octobre 2018, FL a demandé l'annulation de cette décision de l'OEB – la demande d'annulation date du 5 octobre 2018, le mémoire a quant à lui été mis en ligne le 7 décembre –, À la lecture de leurs motifs, il est clairement visible que FL n'utilise pas à son profit la décision de l'OEB et ses ouvertures. Finalement, en se contentant de contester, FL ne démontre toujours pas le caractère contraire à l'ordre public, etc. du brevet déposé par l'IRD. Il se pourrait que l'opposition de FL soit retenue, mais sa « victoire » ne confirmerait rien faute d'arguments véritablement convaincants. Cette victoire ne permettrait pas l'établissement de la justice. Il ne s'agit pas ici d'une opposition/discussion normale entre des analyses personnelles et donc de force égale, mais bien d'une insuffisance dans les arguments. C'est, une fois de plus, bien dommage.

³ Il ne s'agit pas de discuter, voire de contester l'existence d'un éventuel acte de biopiraterie, mais de nous interroger honnêtement, objectivement, sur la nature de la stratégie à mener, pour atteindre quel but, en fonction de quel contexte y compris social et politique. Dans ce cadre, on demeure clairement convaincu du besoin politique, juridique ou simplement social et culturel d'améliorer les conditions de vie des communautés autochtones. On s'inquiète simplement de la voie suivie qui, malgré la certaine bonne foi de ses promoteurs, peut conduire à la dévalorisation, voire à la négation des droits de ces populations. Au reste, cette inquiétude ouvre la voie à la discussion entre tous les points de vue, fondement de l'amélioration certaine de ces droits et, ce faisant, des « Communs », seuls garants de ces droits.

⁴ Au reste, il n'a jamais été considéré que le sort des Autochtones dépendait seulement de l'affirmation isolée de droits spécifiques. C'est l'esprit même de la Déclaration des Nations unies sur les Droits des Peuples Autochtones, texte fondamental en la matière.



La lecture du contexte y compris historique nous conduirait à penser que le recours devait tendre non pas à l'annulation du brevet (ce qui permettrait à n'importe quel industriel d'utiliser l'invention rendue au domaine public), mais aurait dû simplement être politique, visant à prolonger, à amplifier et à approfondir – notamment sur la base des activités récentes de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) et de groupes autochtones ailleurs dans le monde à l'exemple du *San Code of Research Ethics* – la pratique ancienne et pertinente de l'OEB, et conséquemment de l'Union européenne (UE) et des États membres, concernant les termes présents du statut des savoirs locaux et autochtones – et incidemment celle naissante de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) –.

Nous considérons que les arguments présentés par FL n'étaient pas appropriés alors que la réponse de l'OEB ouvrait la porte à la reconnaissance des savoirs autochtones.

I. L'OEB RELÈVE QUE L'ARGUMENTATION N'ENTRE PAS DANS SON CHAMP D'ANALYSE

Certainement pleinement consciente de l'importance humaine du sujet à traiter, et non pas dans une « vulgaire » et étroite soumission aux textes juridiques pertinents, l'OEB évite de trahir ses propres règles⁵ et, ainsi, n'hésite pas à conseiller FL.

FL fonde sa requête sur les motifs énoncés à l'article 100 de la Convention sur la délivrance de brevets européens, également appelée Convention sur le brevet européen (CBE) : l'exploitation de l'invention est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Selon FL, le recueil de consentement préalable éclairé et le partage équitable des avantages (« normes de conduite conventionnelles adoptées dans la culture européenne en matière de recherche impliquant les communautés autochtones ») ne sont pas respectés.

L'OEB relève que l'argumentation de FL est fondée sur des questions de droit sur l'invention au sens large (consentement, partage, reconnaissance de l'apport des participants à la recherche) qui : 1/ n'entrent pas dans l'examen de la brevetabilité et 2/ sont traitées par les autorités nationales dans le cadre du droit interne.

La juridiction rappelle que le champ d'application de la CBE porte sur l'invention et non sur l'exploitation de l'invention. L'argumentation doit donc porter sur l'invention puisque l'examen ne sera opéré que sur ce point. L'OEB peut seulement examiner si les conditions dans lesquelles une invention a été faite (mise en œuvre des objets

⁵ L'OEB estime ainsi qu'en l'espèce, le Droit est une garantie pour les Autochtones. Elle n'en préjuge ni la forme (qui pourrait exprimer la « juridicité »), ni le contenu (qui pourrait/devoir aboutir aux « Communs »). Au contraire, elle ouvre pleinement et joyeusement les portes vers leur discussion et leur renouvellement.

revendiqués dans le brevet – utilisation des feuilles de *quassia*) peuvent produire une exploitation de l'invention contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs (et non pas si l'exploitation du droit exclusif conféré par le brevet serait contraire à ceux-ci).

II. L'OEB RELÈVE QUE L'INTERPRÉTATION DONNÉE DES MOTIFS DIFFÈRE DE SA PRATIQUE

FL semble⁶ utiliser l'opposition au brevet pour poser les modalités de ce qu'ils appellent la biopiraterie.

L'interprétation donnée aux motifs soulevés (ordre public) par FL est différente de l'interprétation classique (jurisprudence et pratique constantes) qu'en fait la juridiction de l'OEB. Et, si cela était bien son but, elle n'a pas réussi à l'infléchir.

La juridiction de l'OEB est un organe européen dont le champ d'application est la CBE. En tant que telle, elle ne peut pas intervenir sur ce qui est du domaine des États parties. La reconnaissance des populations locales et autochtones ainsi que leurs droits incombent à l'État français. La juridiction n'est pas compétente pour discuter leurs droits si ceux-ci ne sont pas reconnus par la France. Au reste, la France reconnaît les Amérindiens en tant qu'Autochtones de Guyane avec des droits en tant qu'Autochtones.

L'OEB défend un ordre public européen. Il y a plusieurs manières d'envisager l'ordre public et FL utilise la notion d'ordre public pour défendre une vision non occidentale du savoir – tout en s'appuyant sur des modalités de recueil du consentement qui relèvent du droit international du contrat (commercial).

FL aurait pu inviter l'OEB à travailler sur cette contradiction et faire référence à des conventions de collaborations ou autres types d'instruments qui n'appartiennent pas au système commercial. C'est peut-être là d'ailleurs une faute du régime juridique lié aux Autochtones. On utilise en effet des concepts « occidentaux » pour préserver des « savoirs » qui ont une description très différente de celle valable en Occident (conflit culturel). Dans ses rapports sur la protection du patrimoine des populations autochtones, Erica-Irene Daes, Rapporteuse spéciale des Nations unies, avait déjà évoqué ce problème et tenté de le résoudre, y compris par la promotion du concept de « patrimoine » au lieu de celui de « propriété ». La Déclaration des Nations unies sur les Droits des Peuples Autochtones a aussi tenté de le faire. Et même l'OEB dans le cadre spécialement de ses relations ou conflits avec l'Inde. Le problème est que justement France Libertés ne s'est pas insérée dans cette histoire et donc n'a pas tenté de la prolonger et de l'approfondir. Et, à la lecture de la décision de l'OEB, on acquiert même la conviction que l'OEB lui reproche cette attitude.

⁶ La stratégie réelle de FL est très difficile à lire et à comprendre pour l'observateur extérieur.



En discutant les fondements même des motifs d'opposition, FL discute⁷ la légitimité du brevet – c'est-à-dire moins sa légalité du point de vue du droit européen que du point de vue des valeurs sociales des populations différentes de celles des populations européennes.

Il aurait pu être proposé une interprétation renouvelée de la CBE adaptée à la question de la brevetabilité du vivant à partir des connaissances locales et autochtones. FL aurait pu inviter l'OEB à poursuivre la prise en compte des savoirs traditionnels dans son droit et peut-être, si on estimait que c'était nécessaire, le conduire à modifier son droit y compris son texte de base. Bien sûr ce n'est pas aux juges de tout faire, mais ils peuvent « inviter » les États à prendre conscience de la limite actuelle des textes et donc de les réviser et en l'espèce de les actualiser y compris en les coordonnant avec les textes de l'UE pertinents. Pour cela, France Libertés aurait dû employer le langage de la juridiction.

III. L'OEB INTÈGRE LES POPULATIONS AUTOCHTONES ET LOCALES DANS SON RAISONNEMENT

La juridiction de l'OEB reconnaît implicitement des « droits » aux populations avec la notion « d'état de la technique » – tout en précisant que l'IRD a inventé un procédé d'extraction de la molécule que ne connaissent/n'utilisent pas ces populations.

L'état de la technique est ce qui est « rendu accessible au public » – y compris par transmission. Avant la demande de dépôt de brevet, tout ce qui relève de cet état est exclu du domaine de la brevetabilité.

La décision reconnaît que des savoirs locaux et autochtones ont été transmis. Elle reconnaît aussi que les populations peuvent continuer à exploiter les remèdes traditionnels issus de ces savoirs après dépôt du brevet, si le contenu de ces savoirs peut être prouvé. *A priori*, c'est le cas puisque le brevet reconnu à l'IRD ne porte que sur la molécule SKE et son procédé d'extraction qui ne sont pas connus/utilisés par les populations.

Contrairement à ce que laissait entendre FL, l'OEB explique clairement que le brevet SKE ne peut empêcher les populations d'avoir recours à leurs remèdes traditionnels.

⁷ L'OEB est nettement convaincue que la question de la protection des droits des Autochtones sur leurs savoirs et les ressources qui leur sont liées est fondamentalement éthique et politique. Par contre, à la lecture de sa décision, il semble que l'OEB n'est pas assurée que FL défende cela dans son opposition et le lui reproche.

IV. LE « DROIT À LA PAROLE »

FL a demandé que Tapo Aloïké puisse s'exprimer lors de l'audience au nom du droit des peuples autochtones de participer à la prise de décision sur des questions qui peuvent concerner leurs droits, prévu à l'article 18 de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones.

La juridiction de l'OEB applique la procédure telle qu'elle est prévue dans la CBE, qui prévoit un délai pour la soumission de la demande d'intervention. Le nom de Tapo Aloïké n'avait pas été communiqué avant la procédure. La demande relative à l'intervention n'ayant pas été faite en temps et en heure, elle n'était pas recevable. FL en avait été avertie par courrier.

Cependant, à défaut de disposition pertinente dans la procédure de la CBE pour traiter le cas soumis, l'OEB peut utiliser le droit interne de l'État de l'opposition, ici le droit français. Dans ce cadre, quelle pouvait être la valeur de la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, y compris en droit français ? Ce texte est une résolution et non pas un traité international. En revanche, certaines de ses dispositions sont de la coutume internationale qui s'impose aux États qui ne les ont pas contestées. La France par exemple ne s'est pas opposée à la protection spéciale des savoirs autochtones. À la lecture des différents écrits et discussions aux Nations unies sur la Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, on peut même estimer que celle-ci constitue une source nouvelle totalement inédite et spécifique du droit. Bien qu'il ne s'agisse que d'une résolution des Nations unies formellement sans portée obligatoire, et indépendamment de sa valeur coutumière, il est considéré que, matériellement, elle s'impose aux États et aux organisations ou institutions intervenant en la matière. Du reste, il s'agit d'une valeur morale impérative absolue (*jus cogens* « soft » ?) plus que réellement juridique – il est dorénavant admis qu'elle peut déterminer le droit dur. FL aurait pu faire de longs et pressants développements sur ce point pour « éclairer et éduquer » l'OEB, et, éventuellement, le conduire à imposer le respect de la Déclaration à la France.

La juridiction de l'OEB va cependant intégrer les populations locales et autochtones dans son raisonnement, même si le refus de laisser intervenir T. Aloïké en laisse supposer une négation. Si T. Aloïké n'a pas pu faire d'exposé oral au cours de la procédure, son mandataire agréé a pu lire le manifeste durant l'audience. Il en a été tenu compte pour rendre la décision finale. Il est alors difficile de parler de « parole confisquée ».

QUELLE AVANCÉE POUR LE DROIT DES POPULATIONS AUTOCHTONES (ET AU-DELÀ) ?

Les arguments avancés par FL auraient pu permettre à l'OEB de faire avancer le droit en faveur de la prise en compte des populations autochtones si ces arguments



avaient été intégrés dans la procédure de l'OEB, ce qui aurait permis à l'OEB de s'en saisir.

C'est le rôle du juriste de connaître et respecter la procédure pour être entendu.

FL brouille le message en recourant à une juridiction qui n'a pas une connaissance spéciale sur la matière autochtone. Le rôle de FL devait justement consister à apporter une connaissance pour faire bouger les lignes. Il n'apparaît pas que FL ait rempli (volontairement ?) son rôle. C'est une occasion perdue de faire avancer le droit européen des autochtones. Et l'OEB semble regretter cela.

On peut s'interroger sur l'adéquation entre la cause défendue et la démarche devant l'OEB, voire sur la posture et les motivations de FL.