

Valorisation et protection des savoir-faire traditionnels : les menaces pesant sur le patrimoine culturel

Alexandra Mendoza-Caminade

Maître de conférences – HDR Université Toulouse 1 Capitole

Faculté de droit – Centre Droit des Affaires – EPITOUL

Directrice Master 2 Propriété intellectuelle

Le savoir contient une composante collective qui caractérise l'identité de chaque communauté. Ce patrimoine immatériel partagé par les individus appartenant à une communauté est variable selon les communautés. Ces savoir-faire sont de nature très hétéroclite et portent par exemple sur l'artisanat traditionnel, sur l'utilisation médicinale d'espèces végétales locales ou de ressources biologiques et génétiques.

Des savoir-faire sont utilisés par les communautés qui les détiennent, et se transmettent parfois de manière orale.

Le sort de ces savoir-faire traditionnels, qui apparaissent comme une valeur immatérielle, est en question dans certaines communautés. Par leur richesse, les ressources et les savoirs sont à la base de l'innovation dans de nombreux domaines industriels. Au niveau international, 25% à 50% des médicaments seraient issus des ressources génétiques.

Ils constituent un enjeu particulièrement important pour des secteurs qui recherchent auprès de populations étrangères des sources d'innovation, notamment pour les industries pharmaceutique, cosmétique et agroalimentaire. Ainsi, les entreprises se livrent à de la prospection et utilisent souvent la biodiversité très riche présente dans les pays du Sud : elles y trouvent des plantes, des animaux, des micro-organismes dont le potentiel génétique se révèle parfois très attractif, au point d'aboutir à la fabrication

de semences, de produits cosmétiques ou encore de médicaments. Or, les composantes des végétaux, des animaux peuvent être brevetées, et la privatisation des ressources végétales et des savoir-faire qui y sont associés est l'une des caractéristiques de l'évolution de nos sociétés occidentales.

A la faveur d'une pression économique toujours plus importante, l'appropriation de cette valeur par une entreprise peut conduire à faire du savoir-faire traditionnel un bien économique : la propriété intellectuelle va permettre la constitution d'une exclusivité au profit d'une seule personne au détriment des communautés autochtones. Or cette prospection scientifico-commerciale a donné lieu à de nombreux abus dans les pays du Sud où le savoir que certaines communautés ont accumulé pendant des siècles a pu être exploité à des fins lucratives au détriment des populations locales. En effet, des entreprises ont pu piller des ressources biologiques et des connaissances traditionnelles qui y sont associées pour obtenir des brevets d'invention et ainsi s'approprier ces éléments jusqu'alors détenus par les populations locales. Or ces populations n'ont guère de solutions juridiques pour s'opposer à ces pillages : outre l'absence de consultation, elles ne bénéficiaient d'aucune compensation alors même qu'elles étaient à l'origine de ces connaissances.

Au-delà de la négation de leur apport en matière de biodiversité, ces populations pouvaient même être contraintes à renoncer à l'exploitation de leurs ressources et de leurs connaissances en raison de l'existence de droits de propriété intellectuelle.

Les communautés concernées ne peuvent plus utiliser ces savoirs alors qu'ils constituent l'expression de leur identité culturelle et de leur créativité. Or, en tant qu'expression du patrimoine culturel immatériel, les savoir-faire traditionnels constituent un enjeu fondamental. Face aux inclinaisons privatives de certaines entreprises, comment assurer la sauvegarde des savoir-faire au profit des communautés autochtones et locales ?

Longtemps, la question de la légitimité de ces pratiques d'entreprises ne s'est pas

posée et les populations ont été dépourvues de tout droit et de toute compensation. Afin de lutter contre de tels excès fut adoptée en 1992 la Convention sur la diversité biologique (CDB) dont l'objectif est de lutter contre l'extinction des espèces et de réguler la bioprospection.

Ensuite, c'est le protocole de Nagoya qui fut adopté dans le cadre de la 10^{ème} conférence des parties à la Convention de Rio sur la biodiversité le 29 octobre 2010. Ce protocole a créé un engagement en matière d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages découlant de leur utilisation et des connaissances qui y sont associées. Au-delà de la préservation de la biodiversité, il s'agit d'introduire plus d'équité dans les relations entre le Nord et le Sud.

Mais pour l'heure, ces normes internationales ne sont pas contraignantes et en l'absence de législation régionale ou nationale spéciale, aucune contrainte juridique n'existe : la menace de pillage pour les SFT existe donc encore dans de nombreux pays. En effet, l'absence de réglementation juridique a permis la marchandisation des connaissances traditionnelles au détriment des populations concernées (I), même si les contrats de bioprospection ont tenté de réguler l'utilisation de ces savoirs (II).

I. La marchandisation des savoir-faire traditionnels

Il est donc possible de s'appropriier ces ressources dans le cadre d'une activité de bioprospection ou de biopiraterie grâce notamment aux brevets d'invention.

Cette démarche de prospection biologique, appelée bioprospection, consiste pour des entreprises à mettre à profit les connaissances traditionnelles détenues par des communautés. La pratique consiste pour ces entreprises à revendiquer sur ces éléments des droits de propriété, notamment par le biais de dépôt de brevets d'invention.

En effet, la signature dans le cadre de l'OMC le 15 avril 1994 de l'Accord sur les

aspects des droits de propriété incorporelle qui touchent au commerce a conduit à l'harmonisation des droits de propriété intellectuelle par la reconnaissance d'un niveau minimal de protection des droits de propriété intellectuelle au niveau international pour les Etats membres de l'OMC : aussi, cet accord a conduit à la reconnaissance du modèle de la propriété intellectuelle pour tous les Etats, y compris ceux qui n'en étaient pas dotés ou faiblement.

A ce titre, les Etats doivent notamment proposer une protection par la voie du brevet d'invention, alors que le brevet d'invention apparaît comme l'instrument privilégié pour la réservation privative des savoir-faire traditionnels.

Il en résulte pour les titulaires de brevet une protection efficace des droits des titulaires de brevet par chaque Etat membre. Mais l'obtention de droits de propriété industrielle relatifs à des savoir-faire traditionnels dans des pays en voie de développement par des entreprises occidentales a généré des conséquences négatives pour les populations concernées. Un déséquilibre manifeste est apparu entre les pays du Nord et du Sud du fait de l'application de la propriété intellectuelle : les peuples du Sud ont souvent une relation à la nature et des conceptions totalement différentes de celles des pays du Nord qui consacrent un modèle de propriété individualiste.

Des entreprises étrangères déposent des brevets portant sur des ressources et des connaissances mises au point depuis de nombreuses générations sans l'accord ni la rémunération de leurs détenteurs. Le droit de propriété intellectuelle conduit en retour à interdire aux peuples autochtones l'utilisation de l'élément breveté en l'absence d'autorisation du titulaire du brevet.

Par l'instauration de cette enclosure se crée un effet d'exclusion induit par le monopole de propriété intellectuelle : le système du brevet conduit à nier tout bénéfice pour les peuples autochtones qui ne retirent aucun avantage du système alors qu'ils ont mis au point les connaissances traditionnelles.

Cette démarche qualifiée de biopiraterie illustre la fragilité de certains peuples qui

sont victimes d'une spoliation de leurs ressources et de leurs connaissances et a pu être comparée à une forme de colonialisme ou de féodalisation. La biopiraterie a été définie comme la « *pratique consistant à déposer des brevets sur les savoirs traditionnels et les ressources génétiques de peuples autochtones et à commercialiser leur utilisation sans autorisation des pays d'origine* ».

En matière de savoir-faire traditionnel, on aboutit à une manipulation du droit de la propriété intellectuelle qui ne protège sur le fondement du brevet d'invention que les inventions nouvelles ; or, la nouveauté qui est conçue de manière absolue dans le temps et dans l'espace, ne peut être reconnue à l'égard d'un élément existant déjà au sein d'un autre Etat. Les détenteurs de connaissances pourraient donc engager des actions en justice ou devant les Offices de délivrance des brevets afin de faire invalider les brevets obtenus en raison de leur défaut de validité.

Des communautés autochtones ont engagé des procédures afin de faire invalider des brevets demandés ou obtenus, notamment par des entreprises pharmaceutiques sur des savoirs leur appartenant. Mais il est très délicat de mettre en œuvre de telles procédures : outre la veille que cela requiert, de telles procédures sont lourdes d'un point de vue financier d'autant que le résultat n'est pas toujours positif.

Les populations concernées subissent le modèle occidental de la propriété intellectuelle, ce qui les place dans une situation très déséquilibrée. Aussi, afin d'instituer plus d'équité entre les protagonistes, la Convention sur la diversité biologique a incité les protagonistes à encadrer l'activité de bioprospection par la voie contractuelle.

II. La régulation actuelle par les contrats de bioprospection, ou l'instrumentalisation de l'outil contractuel au détriment des détenteurs de savoir-faire traditionnels

Les sociétés occidentales bénéficient d'une liberté de collecte et d'utilisation des

savoir-faire traditionnels en raison de l'absence d'effets coercitifs des conventions internationales en la matière. La Convention sur la diversité biologique est en effet dépourvue de mécanismes de sanctions, et chaque Etat a la responsabilité de protéger ses ressources et la diversité biologique sur son territoire. En application de la Convention sur la diversité biologique, certains pays dotés d'une riche biodiversité ont adopté des normes régionales ou nationales spécifiques en matière d'accès aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles.

Il en résulte un encadrement légal et/ou contractuel des activités de bioprospection, ces réglementations étant en général strictes à l'égard des prospecteurs. C'est le cas de certains pays d'Amérique latine, tel le Pérou, l'Argentine ou encore de la Communauté Andine des Nations (CAN). Ainsi, la crainte d'être dépossédés de leurs ressources et savoirs conduit ces Etats à restreindre de manière considérable à l'accès à leurs plantes et savoir-faire traditionnels : il en résulte un blocage de la recherche et une désertion des entreprises susceptibles de valoriser, d'investir ...

En l'absence de dispositif national de protection, la Convention sur la diversité biologique a fait du contrat un instrument fondamental d'organisation des relations portant sur les ressources et les connaissances. Selon l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique, le contrat doit respecter deux conditions essentielles concernant l'accès et la commercialisation des ressources.

Il s'agit du consentement préalable des fournisseurs des ressources et des savoirs, ainsi que du partage juste et équitable des bénéfices découlant de l'utilisation commerciale de ces ressources. Par conséquent, le contrat permet de réaliser le transfert des droits sur des ressources ou des savoirs et d'en prévoir les modalités en termes de contreparties et d'engagements de la part de l'utilisateur des savoir-faire traditionnels. Le contrat permet donc de procéder à la réservation privative de savoir-faire traditionnels et d'en régler la dévolution.

Cependant, les contrats de bioprospection ne constituent pas une garantie d'équité

entre les parties que ce soit en termes de coopération ou de partage des bénéfices. Les contrats que les utilisateurs concluent avec les fournisseurs ne sont pas régis par des exigences précises en termes de modalités d'accès et de partage des ressources et des connaissances traditionnelles.

Le rapport de force lors de la négociation du contrat est là encore à l'avantage des entreprises utilisatrices qui profitent bien souvent d'une rédaction contractuelle très avantageuse au détriment des détenteurs de ressources et de savoir-faire traditionnels. L'accès à ces contrats est très délicat en raison de l'obligation de confidentialité imposée par le contrat aux communautés, ce qui a engendré une importante opacité des pratiques contractuelles en la matière.

Dans les cas connus, il est toutefois possible de relever de manière quasi-systématique l'attribution à l'entreprise prospectrice de la propriété des éléments utiles à son activité, notamment par le biais de clauses relatives à la propriété industrielle. Par ailleurs, le partage des avantages est parfois différé dans le temps et ce partage n'est pas toujours réalisé. En conséquence, la pratique a démontré l'inefficacité de ces contrats de bioprospection en termes de partage des résultats de la recherche et des bénéfices.

Promu comme modèle de protection de la biodiversité et des savoir-faire traditionnels par la Convention sur la diversité biologique, le contrat n'apparaît donc pas comme un instrument de protection des droits des communautés autochtones : il se prête à une utilisation détournée par certaines entreprises qui endossent ainsi le masque de la légalité promue par la Convention sur la diversité biologique pour aboutir à une privatisation des savoir-faire traditionnels car au-delà du contrat, on revient au brevet d'invention que l'utilisateur obtiendra sur les éléments utiles pour son activité commerciale.

Parce que l'intérêt de l'instrument contractuel est loin d'être avéré, d'autres pistes doivent être explorées afin d'assurer une meilleure éthique en matière de savoir-faire traditionnels et d'assurer une meilleure régulation du marché international de la biodiversité.

伝統的ノウハウの活用と保護： 文化遺産に迫りつつある脅威*

アレクサンドラ・メンドーザ＝カミナード†

羽賀由利子（訳）

知識（savoir）には、各コミュニティのアイデンティティを特徴づける集団的な構成要素が含まれる。一つのコミュニティに属する人々に共有されるこの無形遺産は、コミュニティ毎に異なる多様性を持つ。これらのノウハウ（savoir-faire）の性質は極めて多岐にわたり、その対象は、例えば、伝統的手仕事、その土地に固有の植物種や生物学的・遺伝学的資源の医薬品としての使用、などがある。

いくつものノウハウが、それを伝承するコミュニティによって使用されており、それらはしばしば口承されている。

無形の価値であるとみなされるこれらの伝統的ノウハウの運命が、いくつかのコミュニティにおいて問題となっている。資源やノウハウは、その豊かさによって、多くの産業分野においてイノベーションの基盤となる。国際的レベルで言えば、医薬品の 25 パーセントから 50 パーセントは遺伝学的資源に由来する。

これらの資源やノウハウは、外国の人々の許でイノベーションの基盤を探求している産業分野、とりわけ製薬産業、化粧品産業及び農業食品産業にとっては、存亡を賭けたものである。それゆえ、すべての企業はその探求に専心し、

* 本稿は、2015 年 10 月 15 日、トゥールーズ第 1 キャピトル大学と金沢大学法学系・法学類との協定締結に際して行われた記念講演に多少の修正を加えたものである。

† トゥールーズ第 1 キャピトル大学法学部准教授（研究指導資格）、取引法センター・知的財産権法部門。Master 2 課程（知的財産権）専攻長。

南側諸国に存在する非常に豊富な生物多様性 (biodiversité) をしばしば利用している。企業は、これらの国々で、多くの植物、動物、微生物を発見する。その遺伝学的可能性はしばしば非常に魅力的で、これが種子、化粧品あるいは医薬品の製造という形で結実する。ところで、今日では、動植物の構成成分は特許対象物となっており、植物資源とそれに関わるノウハウを個人所有化が我々西洋社会の発展の特徴の一つなのである。

いっそう増大する経済的圧力を利用した私企業によるこの価値の占有は、伝統的ノウハウを経済財とする可能性がある。知的財産権は、全ての原住コミュニティを犠牲にして、ただ一人の個人の利益となるように独占権を形成することを可能にするであろう。ところで、この科学的・商業的探索は、南側諸国で多くの濫用を引き起こした。これらの国々では、いくつかのコミュニティが何世紀にもわたって蓄積してきた知識が、現地の人々を犠牲にして、営利目的で利用されることがあった。実際いくつもの企業が発明特許を取得するために生物資源とそれに関連する伝統的知識を略奪し、これによって、従来は地域住民が伝承していた要素を奪うことがあった。ところで、これらの地域住民はこのような略奪に対抗する法的解決策をまったく有していない。すなわち、彼らは相談する相手も助言者もない上に、その知識は本来彼らのものであるにもかかわらず、如何なる賠償も受けていないのである。

これらの住民は、生物多様性への彼らの貢献を否定されるのみならず、知的財産権の存在を理由として、彼ら自身の資源と知識の活用の放棄を強いられることすらあった。

当該コミュニティは、これらの知識が彼らの文化的アイデンティティと創造性の表徴であるにもかかわらず、もはやその知識を用いることはできない。ところで、無体文化遺産の発露としての伝統的ノウハウは根本的重要性をもっている。いくつかの企業による私有化の傾向に対抗して、原住地域コミュニティの利益のために、いかにしてノウハウの保護を保障すべきであろうか？

長い間、この種の企業活動の合法性について問題提起はなされず、現地の

人々は如何なる権利も賠償もない状態であった。このような行き過ぎた状況を是正するために、1992年に生物多様性条約（CDB）が締結された。この条約の目的は、種の絶滅に対抗し、バイオプロスペクティング（生物資源探査）を規制することにある。

さらに、2010年10月29日には、生物多様性に関するリオデジャネイロ条約の加盟国による第10回会合の枠内で、名古屋議定書が採択された。この議定書は、遺伝学的資源へのアクセスと、資源とその関連知識の利用から生じる利益の分配とについて、一つの義務を定めた。すなわち、生物多様性の保全に加えて、南北諸国間のいっそうの公平さを確保することである。

しかしながら、今のところこれらの国際規範は拘束力を有するものではなく、特定の地域または国家レベルの法制度もないことから、如何なる法的制約も存在しない。したがって、多くの国において、伝統的ノウハウが略奪される危険は今なお存在する。確かに、法的規制の不在は関係する人々を犠牲とした伝統的知識の商品化を可能にしている（I章）。バイオプロスペクティング（生物資源探査）契約はこれら知識の利用の規制を試みたにもかかわらず、である（II章）。

I. 伝統的ノウハウの商品化

さて、バイオプロスペクティング（生物資源探査）活動あるいはバイオパイラシー（生物資源の盗賊行為）の一環として、特に発明特許によるこれらの資源の奪取が可能である。

この生物学的な探索活動はバイオプロスペクティング（生物資源探査）と呼ばれ、企業にとっては、コミュニティに伝承された伝統的知識を利益化することを意味する。実務的には、企業はこれらの要素について所有権を要求する。特に、発明特許の登録という方策が用いられる。

確かに、WTOの枠内における1994年4月15日の無体財産権の商業に関係

する側面についての議定書の調印は、WTO加盟国に国際的レベルで知的財産権保護のミニマム・スタンダードを認めさせることによって、知的財産権制度の調和を達成した。また、この議定書は、この種の制度を欠く、あるいは不備である国も含め、全ての加盟国に知的財産権のモデルを承認させることとなった。

各加盟国は、この議定書により、発明特許という方途によって、知的財産権の保護を特に提案する義務を負った。しかるに、発明特許は伝統的ノウハウの私的独占の特権的手段とみなされている。

この結果、特許権者にしてみれば、自らの特許権が各加盟国によって効率的に保護されることになる。しかしながら、西洋企業による途上国における伝統的ノウハウに関係する産業財産権の取得は、関係する人々に負の結果を引き起こすこととなった。知的財産権の適用が原因で、南北間に明らかな不均衡が出現した。南側諸国の人々は、しばしば自然と関係を持ち、個人の所有権を神聖視する北側諸国とは明らかに異なる観念を有している。

ところが、何社もの外国企業が、資源や、何世代にもわたって培ってきた知識に対して、それを伝承する人々の合意も得なければ報酬を支払うこともなく、特許を取得する。そうなると、知的財産権は、逆に、現地の人々に特許権者の許可なく特許要素を使用することを禁じるのである。

このような囲い込みの設定は、知的財産権の独占による締め出しという結果を生む。現地の人々が伝統的知識を作り上げたにもかかわらず、特許制度は、現地の人々のあらゆる利益を否定する。彼らは、この制度からいかなる恩恵も引き出せない。

バイオパイラシー（生物資源の盗賊行為）と名付けられるこの活動は、資源あるいは知識の略奪被害者であるある種の人々の脆弱性を示している。これは、植民地化あるいは封建制の一形態に比較され得る。バイオパイラシーは、「原住の人々の伝統的知識及び遺伝的資源に特許を付し、また、原産国の許可なくその利用を商業化すること」と定義された。

伝統的ノウハウについては、発明特許の基礎としては新規発明しか保護しない知的財産権の規定を操作するに至る。ところで、新規性は時間的・場所的に絶対的とみなされ、他国に既に存在する要素には認められることはない。したがって、知識の保有者は裁判所もしくは特許を付与する官庁に対して、有効性の欠如を理由として特許無効を申し立てることができるかもしれない。

実際、いくつかの原住コミュニティが、とりわけ自分たちに帰属する知識に対して製薬会社によって申請あるいは取得された特許の、無効確認手続きを行った。しかしながら、このような手続きを実行するのは非常に困難である。というのは、それに要する労苦の他に、結果が必ずしも肯定的ではないだけに、この種の手続きは財政的にも重荷だからである。

これら原住の人々は知的財産権という西洋的制度に圧迫される。このことは彼らをきわめて不公平な状況に置く。そのため、両当事者間の公平性を高めるために、生物多様性条約は、契約手続きによってバイオプロスペクティング（生物資源探査活動）に枠組みを設けるよう当事者に促している。

II. バイオプロスペクティング（生物資源探査）契約による規制の現状、ないし伝統的ノウハウの保持者を犠牲とする契約手法の道具化

この分野では、国際条約が強制力を持たないがゆえに、西洋の企業は伝統的ノウハウの収集と利用を自由に行っている。たしかに、生物多様性条約は制裁の仕組みを欠いており、各加盟国が自国の領域における生物資源とその多様性を保護する責任を負う。豊かな生物多様性に恵まれたいくつかの国々は、生物多様性条約の適用に際して、遺伝的資源と伝統的知識へのアクセスについて、特別な地域的または国家的な基準を設定した。

その結果生まれたのがバイオプロスペクティング（生物資源探査）についての法的及び（または）契約上の枠組みであり、一般に、これらの規則は探査する側に厳しい。この例として、ペルーやアルゼンチンといったラテンアメリカ

諸国、あるいはアンデス共同体（CAN）の国々が挙げられる。かくして、これらの国は自国の資源と知識が奪われることを危惧し、自国の植物や伝統的ノウハウへのアクセスを非常に厳しく制限している。その結果、バイオプロスペクティングが中止され、これらの知識等を売り物にしたり、投資したりする可能性のある企業がこれらの国から撤退している。

生物多様性条約は、保護のための国内制度を欠くために、これらの資源及び知識についての関係を結ぶ基本的手段は契約であるとした。生物多様性条約15条によれば、この契約は、資源へのアクセスとその商業化について、二つの基本的な条件を尊重すべきものとされている。

すなわち、資源および知識の提供国の事前の同意と、その資源の商業的使用から生じる利益の公正かつ衡平な分配である。したがって、契約によって、資源ないし知識に関する権利の移転が可能となるし、伝統的ノウハウの利用者側の補償と義務の面で、当該契約の態様を予測することが可能となる。つまり、契約は、伝統的ノウハウの排他的占有を実行し、その帰属の決定を可能にする。

しかしながら、バイオプロスペクティング（生物資源探査）契約は、協力や利益の配分の面で如何なるものであっても、当事者間の衡平を保障するものではない。利用者が供給者との間で締結する契約は、伝統的資源及び知識へのアクセス及び配分の様式という観点の明確な要請によって規定されていない。

契約交渉の際の力関係は、やはり利用者たる企業の側に傾く。これらの企業はしばしば、伝統的ノウハウ及び資源の保有者に対して不利で、自身に非常に有利な契約を作成する。契約上、コミュニティには守秘義務が課されるために、契約へのアクセスは非常に難しいものとなる。このことにより、この分野における契約実務は著しく不透明である。

しかし、既知の事案においては、ほぼ一貫して、特に産業財産権関連条項という手段によって、探査企業に有用な要素に関わる所有権が当該企業に付与されていることを指摘できる。その反面、利益の分配はしばしば遅延し、必ずし

も実行されない。結果として、探査結果ならびに利益の配分の面では、これらバイオプロスペクティング契約は有効ではないことを、実務が示している。

契約という手段は、生物多様性条約によって伝統的ノウハウと生物多様性の保護のモデルとして奨励されたけれども、結局は原住コミュニティの権利保護の手段となっているとは思われない。契約は、生物多様性条約が推奨する合法性という仮面をかぶったいくつかの企業によって、伝統的ノウハウを私物化するために、容易に迂回的に利用されているからである。それというのも、契約とは別に、利用者は商業活動に有用な要素については発明特許を取得するであろうからである。

契約という手段の利益は確実というには程遠いから、伝統的ノウハウについてよりよい倫理を保障し、生物多様性の国際市場のよりよい規制を確実にするために、別の方途が探求されなければならない。