

**LE PROTOCOLE DE NAGOYA SUR
L'ACCÈS AUX RESSOURCES
GÉNÉTIQUES ET LE PARTAGE
JUSTE ET ÉQUITABLE DES
AVANTAGES DÉCOULANT DE
LEUR UTILISATION : ANALYSE ET
MISE EN ŒUVRE DES OPTIONS
S'OFFRANT AUX PAYS EN
DÉVELOPPEMENT**

Gurdial Singh Nijar



DOCUMENT DE RECHERCHE

36

LE PROTOCOLE DE NAGOYA SUR L'ACCÈS AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES ET LE PARTAGE JUSTE ET ÉQUITABLE DES AVANTAGES DÉCOULANT DE LEUR UTILISATION : ANALYSE ET MISE EN ŒUVRE DES OPTIONS S'OFFRANT AUX PAYS EN DÉVELOPPEMENT

Gurdial Singh Nijar*

CENTRE SUD

MARS 2011

* Gurdial Singh Nijar est directeur du Centre of Excellence for Biodiversity Law (CEBLAW) de la Faculté de droit de l'Université de Malaisie à Kuala Lumpur (nijar46@hotmail.com; director.ceblaw@um.edu.my).

Le présent document est publié par le Centre Sud et le CEBLAW.

Les opinions exprimées dans ce document n'engagent que l'auteur et ne reflètent pas nécessairement celles du Centre Sud ou de ses États membres. Toute erreur ou omission qui pourrait être rencontrée relève de la seule responsabilité de l'auteur.

LE CENTRE SUD

En août 1995, le Centre Sud est devenu une organisation intergouvernementale permanente de pays en développement. Le Centre jouit d'une pleine indépendance intellectuelle dans la poursuite de ses objectifs, qui sont de promouvoir la solidarité entre pays du Sud, la coopération Sud-Sud et la participation coordonnée des pays en développement aux forums internationaux. Il prépare, publie et distribue des documents d'information, des analyses stratégiques et des recommandations sur les questions économiques, sociales et politiques internationales concernant les pays du Sud.

Le Centre Sud bénéficie du soutien et de la coopération des gouvernements des pays du Sud et il collabore régulièrement avec le Mouvement des pays non alignés et le Groupe des 77 et de la Chine. Ses études et prises de position sont établies en faisant appel aux capacités techniques et intellectuelles des gouvernements et des institutions du Sud, ainsi que des citoyens de ces pays. Les sessions de travail en groupe et de larges consultations impliquant les spécialistes des diverses régions du Sud, et parfois également du Nord, permettent d'étudier les problèmes courants dans le Sud, ainsi que de partager les expériences et les connaissances.

TABLE DES MATIÈRES

1. INTRODUCTION	1
2. PRINCIPAUX ÉLÉMENTS CONSTITUTIF DU PROTOCOLE	1
2.1 Objectif	1
2.2 Accès aux ressources génétiques	2
2.3 Respect des obligations	6
2.3.1 Activités de surveillance et points de contrôle	9
2.3.2 Respect des conditions convenues d'un commun accord	14
2.4 Champ d'application	16
2.4.1 Dérivés	16
a. Dérivés et champ d'application	16
b. Dérivés et consentement préalable donné en connaissance de cause	17
c. Dérivés et partage des avantages	18
2.4.2 Pathogènes	18
2.4.3 Champ d'application temporel	23
2.4.4 Produits de base	26
2.5 Partage des avantages	27
2.6 Connaissances traditionnelles	29
2.6.1 Consentement préalable donné en connaissance de cause	29
2.6.2 Partage des avantages	31
2.6.3 Respect des obligations	32
2.6.4 Autres dispositions	33
2.6.5 Connaissances traditionnelles publiquement disponibles	34
2.7 Transfert de technologie	35
2.8 Recherche à des fins commerciales	37
2.9 Non-Parties	38
2.10 Mécanisme multilatéral mondial de partage des avantages	38
3. RÉSUMÉ	42
3.1 Champ d'application	42
3.2 Partage des avantages	43
3.3 Respect des obligations	43
3.4 Accès à la justice	44
3.5 Connaissances traditionnelles	44
3.6 Transfert de technologie	44
4. CONCLUSION	45
BIBLIOGRAPHIE	46

ANNEXE -LE PROTOCOLE DE NAGOYA SUR L'ACCÈS AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES ET LE PARTAGE JUSTE ET ÉQUITABLE DES AVANTAGES DÉCOULANT DE LEUR UTILISATION RELATIF À LA CONVENTION SUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE

ACRONYMES

ANASE	Association des nations de l'Asie du Sud-Est
APA	Accès aux ressources génétiques et partage des avantages découlant de leur utilisation
CDB	Convention sur la diversité biologique
CdP	Conférence des Parties
CdP/RdP	Conférence des Parties siégeant en tant que réunion des parties au Protocole
CIRA	Centres internationaux de recherche agronomique
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce
GCRAI	Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale
GRULAC	Groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
OMS	Organisation mondiale de la santé
OVM	Organisme vivant modifié
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
UE	Union européenne

1. INTRODUCTION

Le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation à la Convention sur la diversité biologique (CDB) (ci-après « le Protocole ») a été adopté au petit matin du 30 octobre 2010. Son adoption a marqué la fin d'un long et pénible processus de négociation basé sur un mandat établi à la septième réunion de la Conférence des Parties (CdP) à la CDB qui s'est tenue à Kuala Lumpur (Malaisie) en 2004. Cette réunion a elle-même été encouragée par l'appel à l'action lancé par le Sommet mondial sur le développement durable en 2002 à Johannesburg (Afrique du Sud) pour créer des règles internationales visant à ce que les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques reviennent principalement aux pays en développement qui ont fourni les ressources. Le partage des avantages était resté une promesse creuse depuis que le traité environnemental auquel de nombreux pays ont adhéré (la CDB) était entré en vigueur, dix ans plus tôt. Les négociations ont duré six ans et ont été conduites de plusieurs façons, toutes plus créatives les unes que les autres. Pour finir, ce n'est que dans les quelques heures précédant la date limite à laquelle le Protocole devait être adopté qu'un texte écrit par un petit groupe de personnes non élues a été présenté par la présidence japonaise pour adoption. Au mieux, il pourrait être décrit comme un texte partiellement négocié.

Le Protocole a été ouvert à la signature des parties à la CDB le 2 février 2011 et entrera en vigueur quand 50 États l'auront ratifié.

Le présent document analyse les principaux éléments constitutifs du Protocole et présente les options qui s'offrent aux pays en développement pour le mettre en œuvre. Leurs préoccupations pourraient être résolues dans des décisions de la Conférence des parties agissant comme réunion des parties (CdP/RdP). La CdP/RdP a reçu le mandat exprès de suivre régulièrement l'application du Protocole et de prendre les décisions nécessaires pour en favoriser l'application effective (article 26, paragraphe 4). En plus de cela, ou à défaut, les pays en développement pourraient préserver leurs intérêts dans leurs lois nationales relatives à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages découlant de leur utilisation (APA). En effet, pour appliquer les obligations substantielles liées au Protocole, il est nécessaire de prendre des mesures nationales.

2. PRINCIPAUX ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU PROTOCOLE

2.1 Objectif

L'article du Protocole énonçant son objectif fournit la raison pour laquelle le Protocole a été élaboré. Plus précisément, il donne le contexte dans lequel les autres clauses spécifiques doivent être interprétées. L'objectif aide donc à résoudre les divergences d'interprétation et les éventuels conflits de dispositions, et facilite le règlement des différends. En somme, l'énoncé de l'objectif apporte un cadre utile aux autorités internationales comme la CdP/RdP (article 26) et nationales chargées de la mise en œuvre du Protocole. Certaines dispositions du Protocole définissent la validité d'une action selon qu'elle est conforme ou non à l'objectif du Protocole. Par exemple, tout autre instrument ou accord international spécialisé en matière d'APA auquel les parties adhèrent doit soutenir les objectifs du Protocole et ne pas aller à leur encontre (article 4, paragraphes 2, 3 et 4). Pour finir, l'objectif fournit la base à partir de

laquelle l'évaluation obligatoire de l'efficacité du Protocole sera effectuée, tel que prévu à l'article 31.

Il n'y a qu'un seul objectif fixé, à savoir le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques (article premier). Toute obligation ou décision visant à mettre en œuvre le Protocole doit avoir pour but de réaliser cet objectif. Par exemple, le fait d'adopter des politiques d'accès aux ressources génétiques sans garantir le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation irait à l'encontre de cet objectif.

Ce dernier a également d'importantes conséquences juridiques pour les pays qui ont signé le traité mais qui ne l'ont pas ratifié, ainsi que pour les États qui l'ont ratifié mais pour lesquels il n'est pas encore entré en vigueur. L'article 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités demande à tout État qui a signé un traité ou a exprimé son consentement à être lié par un traité de s'abstenir d'actes qui priveraient un traité de son objet et de son but.

L'article premier du Protocole énonce également les principaux moyens à employer pour réaliser l'objectif, à savoir un accès satisfaisant aux ressources génétiques, un transfert approprié des technologies pertinentes et un financement adéquat. Il faut donc que le Protocole comporte des dispositions adéquates et spécifiques qui obligent les parties à concrétiser la réalisation de ces éléments importants.

2.2 Accès aux ressources génétiques

La CDB n'exige pas d'un pays qu'il promulgue une loi ou un règlement imposant l'obtention de son consentement préalable en connaissance de cause pour acquérir ses ressources. La Convention énonce très simplement que « l'accès aux ressources génétiques est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit lesdites ressources, sauf décision contraire de cette Partie » (article 15, paragraphe 5). Les pays souhaitant acquérir les ressources génétiques ont donc l'obligation absolue d'obtenir le consentement de la partie contractante, sauf si celle-ci renonce à exercer son droit. Or aux termes du Protocole, il semble que la promulgation d'une telle loi soit une condition préalable à l'obligation des parties d'obtenir un consentement préalable donné en connaissance de cause par le pays fournisseur de ressources génétiques. Certains pays en développement ont tenté d'exclure cette condition, car elle revient à dire que si un pays ne dispose d'aucune loi ou d'aucune exigence réglementaire en matière d'APA, l'accès aux ressources génétiques pourrait avoir lieu légitimement sans que le pays n'ait donné son accord préalable en connaissance de cause. En somme, cette condition pourrait servir la biopiraterie. Le Protocole ajoute donc une obligation qui n'est pas prévue à la CDB et qui ne sera peut-être pas sans conséquences. Les pays fournisseurs qui n'élaborent aucune loi ou réglementation spécifique pour régir l'accès aux ressources génétiques ne pourront pas exiger des pays utilisateurs qu'ils adoptent des mesures de mise en conformité. Qui plus est, il faudra beaucoup de temps à une partie pour promulguer une loi en matière d'APA, même une fois que le Protocole sera entré en vigueur. En effet, il est possible que les pays, plus particulièrement les pays en développement, n'aient ni la capacité de mettre au point une loi, ni la capacité de mettre en place l'infrastructure nécessaire à la mise en œuvre de cette loi. Les parties au Protocole reconnaissent le besoin de concourir au renforcement des capacités des pays en développement, notamment d'aider au développement juridique et institutionnel (article 22, paragraphe 5 a)). La mise en œuvre de la CDB est un exemple édifiant. Plus de dix ans après l'entrée en vigueur de la CDB, seuls 27 pays (dont 19 pays en développement) avaient

informé le Secrétariat de la CDB de la création d'une autorité nationale compétente (<http://www.cbd.int/doc/lists/nfp-abs-cna.pdf> ; dernière consultation le 27/02/2011). Bien que 54 parties aient adopté des mesures en matière d'APA, parmi lesquelles des stratégies et plans d'action (<http://www.cbd.int/abs/measures> ; dernière consultation le 27/02/2011), il semble qu'une minorité de pays en développement disposent de lois relatives à l'APA qui sont contraignantes et effectives. Si les parties au Protocole, en particulier les pays en développement qui fournissent des ressources génétiques, mettent longtemps à promulguer une loi, l'accès aux ressources pourrait soit ne pas s'améliorer, soit continuer sans que ces pays n'aient à donner leur consentement préalable en connaissance de cause. L'objectif du Protocole (garantir le partage des avantages) sera compromis, ce qui aura de lourdes répercussions sur les objectifs de conservation et d'utilisation durable des ressources énoncés dans le Protocole (article premier) et dans la CDB (article premier).

Il faut que la CdP/RdP remédie à cette situation une fois le Protocole ratifié.

Les pays en développement qui ne disposent pas, ou ne peuvent pas promulguer pour l'instant, de loi en matière d'APA devraient instaurer une mesure administrative ou de politique prévoyant l'obligation d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause et de conclure de conditions convenues d'un commun accord, conformément au Protocole de Nagoya et à la CDB, pour l'acquisition de leurs ressources génétiques, composants biochimiques dérivés des ressources génétiques et connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Le Centre d'échange sur l'APA devrait en être informé. Entre-temps, ces pays devraient se dépêcher d'élaborer une loi ou tout autre exigence réglementaire en matière d'APA ou d'adopter une mesure administrative ou de politique plus complète.

Le pouvoir d'un pays, tel qu'exprimé dans la CDB, de déterminer les conditions d'accès aux ressources (article 15, paragraphe 1) comme il le souhaite dans l'exercice de ses droits souverains semble avoir été réduit. Pourtant, le Protocole devait entériner et élargir les droits garantis dans la CDB. Cependant, il contient des exigences détaillées en matière de procédure pour faciliter l'accès aux ressources (article 6). Celles-ci doivent être comprises dans les mesures juridiques, administratives ou de politique des pays fournisseurs. Les obligations qui doivent trouver un écho dans ces lois ou autres mesures sont les suivantes :

a. Obligation d'assurer que la législation répond aux critères généraux de certitude juridique, de clarté et de transparence. Selon les pays développés, il s'agit d'une condition indispensable pour que les pays utilisateurs puissent veiller au respect des lois des pays fournisseurs. Le fait de publier la loi ou les autres exigences au Centre d'échange sur l'APA instauré par le Protocole pourrait être un moyen de satisfaire au critère de transparence. Il sera en revanche plus difficile d'évaluer objectivement si les autres critères généraux (certitude juridique et clarté) seront remplis. En effet, qui décide de savoir si la législation d'un pays respecte ces critères ? Non seulement le Protocole ne définit pas les critères, mais il ne prévoit pas non plus de mécanisme qui pourrait en donner une définition objective. Le Protocole institue donc l'incertitude juridique.

Il est important que les pays en développement s'assurent, par l'intermédiaire d'une décision de la CdP/RdP, que la détermination de ce qui constitue ces critères ne sera pas laissée au pays de l'utilisateur des ressources (« le pays utilisateur »).

b. Obligation de fournir des informations sur la manière de solliciter un consentement préalable donné en connaissance de cause.

c. Obligation de l'autorité nationale compétente du pays fournisseur de donner :

- i) Une « décision écrite claire et transparente »,
- ii) « de manière économique, et »
- iii) « dans un délai raisonnable ».

d. Obligation de fixer les critères et/ou procédés pour l'obtention du consentement préalable en connaissance de cause ou l'accord et la participation des communautés autochtones et locales à l'accès aux ressources génétiques, s'il y a lieu et conformément à la législation interne.

e. Obligation de prévoir des règles et procédures justes et non arbitraires sur l'accès aux ressources génétiques. A la base de cette disposition se trouve la proposition faite à la septième réunion du groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'APA (Paris, 2009), dans laquelle le Canada recommandait de traiter les demandeurs étrangers de la même manière que les demandeurs nationaux et d'accorder le même traitement préférentiel à tout ressortissant étranger. Dans le jargon de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), on parle des principes de « traitement national » et de « la nation la plus favorisée », lesquels sont à la base de ce traité commercial. Bien que formulée différemment, la proposition faite par l'Union européenne (UE) en 2007 pour la sixième réunion du groupe de travail spécial avait un effet similaire : « Un engagement international de la part des parties à garantir que leurs réglementations nationales en matière d'accès aux ressources génétiques s'appliquent de façon non discriminatoire. » Les pays en développement se sont toujours interrogés sur la pertinence de ces dispositions liées au commerce au sein d'un Protocole sur l'APA et se sont demandé si cela ne portait pas atteinte aux droits souverains des pays à déterminer les conditions d'accès aux ressources. A la neuvième réunion du groupe de travail spécial en mars 2010 à Cali (Colombie), les co-présidents du groupe ont proposé le texte de compromis suivant :

(obligation) « d'établir des règles et procédures claires et justes qui ne font pas de distinction arbitraire entre les utilisateurs nationaux et étrangers ».

Pour les mêmes raisons, les pays en développement ont rejeté cette proposition. A l'occasion de la réunion du groupe de négociation interrégional qui s'est tenue à Montréal en septembre 2010, les pays développés, notamment l'UE, ont modifié le texte pour le formuler ainsi :

(obligation) « de prévoir des règles et procédures justes et non arbitraires sur l'accès aux ressources génétiques. »

Derrière la terminologie utilisée se cachent les incessantes tentatives des pays développés pour atteindre leur objectif par divers moyens. Au cours de la phase finale de négociation, à Nagoya (Japon), en octobre 2010, l'UE a confirmé qu'il ne s'agissait que d'un renvoi à la justice procédurale.

Telle est la signification qui devrait être accordée à cette disposition. Un pays fournisseur a le droit de définir, dans sa législation nationale, différentes catégories de demandeur ; par exemple, les chercheurs nationaux, les chercheurs étrangers, les instituts de recherche publics ou les instituts de recherche étrangers. Les réglementations et modalités appliquées aux demandes d'accès aux ressources pourraient être différentes selon la catégorie de demandeur. Cependant, la décision

d'accorder l'accès aux ressources reste une prérogative de la partie qui fournit les ressources.

f. Obligation de délivrer un permis ou son équivalent au moment de l'accès. Un permis ou son équivalent est une preuve de la décision d'un pays d'accorder le consentement préalable donné en connaissance de cause et de conclure des conditions convenues d'un commun accord (article 6, paragraphe 3 e) et article 14, paragraphe 2 c)). Un permis ou son équivalent forme également la base d'un certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale. En effet, dès que le permis est mis à la disposition du Centre d'échange sur l'APA, il acquiert automatiquement le statut de certificat international (article 17, paragraphe 2). Étant donné qu'il est obligatoire d'informer le Centre d'échange de la délivrance du permis national (article 6, paragraphe 3 e)), tous les permis nationaux délivrés et notifiés acquerraient le statut de certificats reconnus à l'échelle internationale. Il est formulé une fois encore à l'article 17, paragraphe 3 que ce certificat sert de preuve que l'accès de la ressource génétique auquel il se rapporte a fait l'objet d'un consentement préalable donné en connaissance de cause et de la conclusion de conditions convenues d'un commun accord, ainsi qu'il est précisé dans les prescriptions juridiques du pays fournisseur.

g. Obligation d'établir des réglementations et des procédures précises sur la demande et l'établissement de conditions convenues d'un commun accord. Les conditions convenues d'un commun accord doivent toujours être inscrites dans un contrat. Une brève liste des conditions pouvant être incluses est fournie. Elle comprend une clause sur le règlement des différends, les conditions de partage des avantages, compte tenu également des droits de propriété intellectuelle, les conditions de l'utilisation ultérieure par des tiers et les conditions de changement d'intention. Ces deux dernières conditions sont de la plus grande importance pour les pays fournisseurs. Elles obligeront l'utilisateur à obtenir un nouveau consentement donné en connaissance de cause et/ou à conclure de nouvelles conditions convenues d'un commun accord s'il souhaite transférer les ressources à des tiers ou utiliser les ressources à d'autres fins que celles pour lesquelles l'accès a été accordé.

h. Obligation de communiquer au Secrétariat les coordonnées de leur correspondant national et de la ou les autorités nationales compétentes au plus tard à la date d'entrée en vigueur du Protocole (article 13). Le correspondant national est tenu de fournir les informations relatives aux procédures et conditions d'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause et de conclusion de conditions convenues d'un commun accord en ce qui concerne les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées à ces ressources. L'autorité compétente assure la même fonction ; autrement dit, elle fournit les informations relatives aux procédures et conditions d'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause et d'établissement des conditions convenues d'un commun accord. L'autorité compétente du pays utilisateur n'a aucune obligation ou responsabilité similaire. En outre, l'autorité compétente est chargée d'accorder l'accès ou de délivrer la preuve écrite de l'octroi de l'accès et de fournir des conseils sur les procédures et les conditions d'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause et de conclusion de conditions convenues d'un commun accord. Des informations détaillées concernant le correspondant national et l'autorité nationale compétente doivent être relayées par le Secrétariat qui doit les mettre à disposition par l'intermédiaire du Centre d'échange (article 13, paragraphe 5). Parmi ces informations, il y a la désignation d'une ou de plusieurs autorités nationales, les domaines de responsabilité de chacune des autorités, la précision de l'autorité responsable des ressources génétiques sollicitées et toute modification concernant un correspondant national ou une autorité nationale (article 13, paragraphe 4).

Il s'agit d'obligations précises et détaillées destinées à faciliter l'accès aux ressources. Au début des négociations, les pays en développement ont soutenu qu'ils ne compromettraient en aucun cas leur droit souverain à agir conformément à leur droit souverain de décider, le cas échéant, de l'instauration de conditions à l'accès aux ressources dans leur législation nationale. Étant donné que l'accès a été le premier élément à être négocié, les pays en développement ont pensé que les concessions qu'ils pouvaient faire en ce qui concerne certains aspects, essentiellement liés à la transparence et la certitude juridique (prendre et communiquer des décisions sur l'accès en temps et en heure, fournir des informations relatives à leurs réglementations en matière d'accès) seraient compensées par des concessions réciproques en matière de respect des obligations. Les pays en développement étaient prêts à admettre que pour réaliser l'objectif relatif au partage des avantages inscrit au Protocole, il était nécessaire de prendre des mesures destinées à l'octroi d'un accès approprié et d'instaurer des exigences explicites en matière de procédure. La contrepartie, telle qu'elle figure dans l'objectif du Protocole, résidait dans la prise de mesures adéquates et tout aussi précises par l'utilisateur des ressources pour garantir le respect des conditions de l'accord donné en connaissance de cause et des conditions convenues d'un commun accord du pays fournisseur, le transfert approprié des technologies et un financement adéquat. Il s'agissait de préserver un équilibre entre les pays fournisseurs et les pays utilisateurs.

Les pays en développement doivent donc s'assurer, dans une décision de la CdP/RdP, que les obligations spécifiques en matière d'accès seront compensées par des dispositions précises et comparables en matière de respect de la législation, de transfert de technologie et de financement approprié. (Ces dispositions sont examinées plus en détail dans les sections suivantes).

Entre-temps et conformément à l'analyse qui précède, les pays en développement devraient incorporer ces règles spécifiques prévues au Protocole dans une loi ou une mesure administrative ou de politique. Ils doivent également donner les coordonnées de leur correspondant national et/ou de leur autorité nationale compétente au Centre d'échange.

2.3 Respect des obligations

Pour les pays en développement, la question du « respect des obligations » était l'essence même du Protocole. Des notifications répétées de cas de biopiraterie ont attisé leur crainte que l'expropriation de leurs ressources sans aucun partage des avantages ne se poursuive. À tous les stades de négociation, les pays en développement ont maintenu que l'insuffisance des dispositions relatives au respect des obligations déboucherait sur un Protocole insignifiant et inacceptable. La déclaration faite par le Brésil à l'ouverture de la réunion de Nagoya au nom des pays hyperdivers animés du même esprit, des pays de l'Asie et du Pacifique animés du même esprit et du groupe des États d'Amérique latine et des Caraïbes (GRULAC) a montré un engagement envers un Protocole qui jouerait « [...] un rôle important dans la lutte contre la biopiraterie et [serait] efficace en matière de partage des avantages ; en d'autres termes, un Protocole qui couvre les dérivés et un Protocole qui prévoit des mesures fermes en matière de respect des obligations. »

Pendant les négociations, les pays en développement ont défendu les mesures de respect des obligations suivantes : stricte obligation des pays ayant sous leur juridiction des utilisateurs des ressources génétiques de prendre des mesures effectives contre l'appropriation illicite des ressources, de préciser quelles mesures ont été adoptées, d'instaurer des mesures de

contrôle et de suivi pour favoriser le respect des obligations, de désigner des points de contrôle pour surveiller l'utilisation des ressources génétiques, de leurs dérivés et des connaissances traditionnelles, les offices de brevets étant des points de contrôle, et, enfin, de prévoir des sanctions pour les cas de non-respect.

Les dispositions qui ont finalement été retenues dans le Protocole sont examinées ci-dessous.

Les parties sont tenues de prendre « des mesures législatives, administratives ou de politique appropriées, efficaces et proportionnées » afin de garantir que les ressources génétiques exploitées dans leur juridiction ont été soumises au consentement préalable donné en connaissance de cause et que des conditions convenues d'un commun accord ont été établies, conformément à la législation ou aux exigences internes relatives à l'APA de l'autre partie (article 15, paragraphe 1). Ces mesures sont appelées « mesures destinées aux pays utilisateurs » ou, plus simplement, « mesures destinées aux utilisateurs ». L'obligation se rapporte à l'« utilisation de ressources génétiques » à l'intérieur du pays utilisateur. Aux fins du Protocole, cette expression désigne les activités de recherche et de développement sur la composition génétique et/ou biochimique (c'est-à-dire les dérivés) des ressources génétiques. Étant donné que les avantages tirés de l'utilisation des ressources génétiques et des applications et de la commercialisation subséquentes (article 5, paragraphe 1) doivent être partagés, il est nécessaire que les mesures destinées aux pays utilisateurs couvrent les applications et la commercialisation.

Il s'agit donc d'une nouvelle obligation qui, pour la première fois, remplit les critères des pays fournisseurs (principalement des pays en développement) qui veulent que les pays utilisateurs (principalement des pays développés) instaurent ces mesures obligatoires en matière de respect des obligations. Elle est renforcée par l'obligation de prendre des mesures appropriées, efficaces et proportionnées visant à traiter les situations de non-respect des mesures destinées aux pays utilisateurs (article 15, paragraphe 2). En d'autres termes, les pays utilisateurs doivent s'assurer que les utilisateurs agissant sous leur juridiction pratiquent des activités de recherche et de développement sur les ressources génétiques et ses dérivés dans le respect de la législation et autres exigences du pays fournisseur. **Or l'expression « activités de recherche et de développement » n'est pas définie. Il revient à la législation nationale d'en donner une vaste définition de manière à couvrir tous les stades de la chaîne de valeur : recherche, développement, modification, innovation, pré-commercialisation et commercialisation en rapport avec la ressource acquise.** Les parties doivent mettre en place des mesures « efficaces, appropriées ou proportionnées » qui garantissent que l'accès à la ressource était licite et que celle-ci a été exploitée dans le respect de la législation et autres exigences juridiques du pays fournisseur et que des dispositions de partage des avantages ont été mises en œuvre. Les parties doivent également instaurer des sanctions « efficaces, appropriées ou proportionnées » pour les cas de non-respect des mesures mises en place.

Toutefois, le Protocole ne précise pas les critères qui permettent de déterminer ce que sont des mesures « efficaces, appropriées ou proportionnées ».

Les pays en développement doivent fixer des critères précis et objectifs, par l'intermédiaire d'une décision de la CdP/RdP.

La législation nationale pourrait également prévoir les mesures qui favorisent le respect de la législation interne ou des exigences réglementaires en matière d'APA des pays fournisseurs. À titre d'exemple, la législation norvégienne prévoit que

« l'importation en Norvège, à des fins d'utilisation, de matériel génétique issu d'un État qui exige l'obtention d'un consentement pour recueillir ou exporter ledit matériel n'a lieu que conformément au consentement accordé. L'individu qui détient le matériel est tenu de respecter les conditions énoncées pour l'obtention du consentement. L'État fait respecter les conditions en intentant une action en justice au nom de la personne qui a fixé les conditions. » (article 60 de la loi n° 100 de 2009 relative à la biodiversité).

Une disposition générique pourrait être rédigée en ces termes :

Toute ressource biologique qui relève de la juridiction d'une partie au Protocole dont la législation ou les autres exigences réglementaires exigent l'obtention d'un permis valable ou de son équivalent pour obtenir ladite ressource est assortie d'un permis valide ou de son équivalent.

b. L'autorité nationale compétente instaure les mesures de prévention relatives à l'utilisation des ressources biologiques au sein du pays qui ne détient pas de permis ou d'équivalent.

c. Le fait qu'une autorité compétente de la partie au Protocole notifie qu'elle n'a pas délivré de permis ni d'équivalent pour l'accès à ses ressources biologiques constitue à première vue un élément de preuve de cet état de fait.

D'autres dispositions juridiques ou de politique pourraient prévoir les mesures nécessaires pour les cas de refus d'accès aux utilisateurs des pays qui n'ont pas mis en place ces mesures efficaces.

En outre, la législation ou les exigences réglementaires qui doivent être respectées doivent être celles de « l'autre partie ». Ce qualificatif marque une rupture avec le langage utilisé dans le reste du Protocole (par exemple à l'article 5, paragraphe 1), dans lequel les ressources auxquelles il est donné accès sont définies, à l'instar de l'article 15, paragraphe 3 de la CDB, comme étant celles fournies par les pays d'origine de ces ressources ou par les parties qui les ont acquises conformément à la CDB. D'aucuns ont dit craindre que le fait de s'écarter du libellé de la CDB pouvait servir la biopiraterie, comme le montre l'exemple ci-dessous. Les ressources d'un pays d'origine X peuvent avoir été acquises de façon illicite par un autre pays Y. Si un utilisateur acquiert les ressources par l'intermédiaire du pays Y (« l'autre partie ») conformément à la législation relative à l'APA en vigueur dans le pays Y, le pays utilisateur pourrait affirmer qu'il n'est pas tenu d'assurer le respect des exigences en matière d'APA du pays d'origine. **Les pays en développement doivent s'assurer que la CdP/RdP rendra cette disposition conforme aux dispositions de la CDB et aux autres dispositions du Protocole concernant le pays dont la législation en matière d'APA doit être respectée.**

La législation d'un pays fournisseur pourra imposer que l'utilisation ultérieure par des tiers et/ou le changement d'intention de l'utilisation soient soumis à l'obtention d'un autre consentement donné en connaissance de cause et/ou à la conclusion d'autres conditions convenues d'un commun accord. Ce sera probablement davantage le cas des conditions convenues d'un commun accord. Le Protocole exige des parties qu'elles mettent en place des règles précises en la matière qui peuvent inclure les conditions précitées (article 6, paragraphe 3 iii) et iv)). Si la législation ou d'autres exigences réglementaires du pays fournisseur requièrent l'obtention d'un consentement préalable donné en connaissance de cause ou la conclusion de conditions convenues d'un commun accord dans ces cas de figure, la mesure

destinée aux utilisateurs doit s'adapter en conséquence tel que requis par l'article 15, paragraphe 1 (prendre des mesures afin de garantir que les ressources génétiques exploitées dans sa juridiction ont été soumises au consentement préalable donné en connaissance de cause et que des conditions convenues d'un commun accord ont été établies, conformément à la législation ou aux exigences internes relatives à l'accès et au partage des avantages de l'autre partie). Toutefois, cette disposition sera difficile à mettre effectivement en œuvre. Dans les faits, ce ne sera pas possible de demander au point de contrôle de passer en revue le contenu du contrat afin d'évaluer les conditions. Ce serait en effet une très lourde charge. Au titre du paragraphe 1 a) i) de l'article 17, le point de contrôle est uniquement chargé de recueillir ou recevoir les informations concernant l'établissement de conditions convenues d'un commun accord. La seule solution pratique est que le pays fournisseur fixe ces conditions dans le certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale, c'est-à-dire qu'il fixe les conditions d'utilisation qui ont été convenues et/ou les conséquences d'un transfert de la ressource concernée (par exemple l'autorisation ou l'interdiction du transfert), ainsi que les conditions de ce transfert (comme la nécessité d'obtenir un consentement préalable donné en connaissance de cause et/ou de la conclusion de conditions convenues d'un commun accord). Le Protocole autorise l'insertion de ces conditions supplémentaires (article 17, paragraphe 4).

Les pays en développement devraient préciser dans leur législation s'il est nécessaire d'obtenir un nouveau consentement préalable donné en connaissance de cause et/ou de conclure de nouvelles conditions convenues d'un commun accord pour l'utilisation ultérieure par des tiers et/ou le changement d'intention de l'utilisation.

Le cas échéant, cette obligation devrait figurer expressément au permis ou son équivalent, lequel, une fois notifié au Centre d'échange, devient le certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale. L'utilisation pour laquelle le permis a été délivré devrait également y figurer, tout comme le fait qu'aucune utilisation ultérieure par des tiers n'est permise et que le permis est uniquement délivré à la personne ou entité spécifiée.

Bien qu'une disposition finale exigeant des parties qu'elles coopèrent dans des cas de violation présumée de la législation interne en matière d'APA soit accompagnée de la mention « dans la mesure du possible et selon qu'il convient », elle n'en est pas moins utile. Cette disposition prévoit le cas où un contrevenant a été identifié et une solution ou sanction est recherchée. Un pays à qui il est demandé de coopérer dans une telle situation et qui refuse de le faire pourrait se voir obliger de justifier son refus. Tout refus déraisonnable pourra être perçu comme un non-respect des dispositions prévues au Protocole en vertu de procédures et de mécanismes devant être instaurés par la CdP/RdP à sa première réunion (article 30).

2.3.1 Activités de surveillance et points de contrôle

Le Protocole introduit l'obligation de désigner un ou plusieurs points de contrôle afin de favoriser le respect des obligations et de surveiller l'utilisation et augmenter la transparence concernant l'utilisation des ressources génétiques (article 17, paragraphe 1). Les points de contrôle collecteront ou recevront les informations pertinentes concernant l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause et l'établissement de conditions convenues d'un commun accord et/ou l'utilisation des ressources génétiques, y compris ses dérivés (article 17, paragraphe a) i)). Les parties doivent également prendre des mesures obligeant les utilisateurs à fournir des informations aux points de contrôle. Le non-respect de ces dispositions par les utilisateurs doit également être traité par des mesures appropriées,

efficaces et proportionnées (article 17, paragraphe 1 a) ii)). Ces informations devront par la suite être communiquées à la partie qui donne le consentement préalable en connaissance de cause et au centre d'échange sur l'APA. L'ajout de ces nombreuses mesures en matière de conformité et de surveillance est très utile pour lutter contre la biopiraterie.

Toutefois, certaines des préoccupations exprimées par les pays en développement pendant les négociations ont été mises de côté.

Un des principaux désaccords entre les pays développés et les pays en développement concernait l'obligation de désigner des points de contrôle. Pendant les négociations, les pays en développement ont constamment défendu que les pays utilisateurs doivent instaurer des points de contrôle efficaces. Un utilisateur devrait se rendre dans ces points de contrôle pour demander à pratiquer des activités de recherche et de développement sur la ressource ou demander le droit d'innover à partir des résultats de ces activités ou de commercialiser tout produit obtenu. L'utilisateur serait tenu de fournir les informations appropriées aux points de contrôle. Il devrait notamment indiquer le pays d'origine de la ressource ou de la connaissance traditionnelle associée à la ressource et indiquer qu'il a obtenu le consentement préalable donné en connaissance de cause, que les conditions convenues d'un commun accord ont été établies et qu'il a adhéré aux conditions essentielles, comme le fait de bénéficier ou non d'un certain droit sur la ressource particulière et d'être autorisé ou non à faire une utilisation particulière de la ressource. Les pays en développement ont soutenu que, sans point de contrôle, le contrôle du respect des obligations pourrait être inefficace et illusoire.

C'est pour ces raisons que les pays en développement ont proposé qu'il soit obligatoire de fournir les informations pertinentes aux offices chargés d'examiner les droits de propriété intellectuelle, aux offices chargés de réglementer les produits ou de délivrer un accord de commercialisation, aux instituts de recherche financés par des fonds publics et aux entités qui publient les résultats de recherches relatives à l'utilisation des ressources génétiques. La création de ces points de contrôle a été recommandée par un groupe d'experts techniques et juridiques institué par la CdP à sa huitième réunion, à Curitiba (Brésil) en 2006. Le fait de fournir un certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale pourrait être un moyen de remplir l'obligation de fournir des informations à ces points de contrôle.

Les pays développés sont restés opposés à l'introduction de cette obligation. Les pays en développement ont alors proposé l'ultime compromis suivant : obligation de fournir une liste indicative de points de contrôle, de définir des critères précis de ce qui constituent des points de contrôle efficaces, de communiquer au Secrétariat les coordonnées des points de contrôle désignés dans un délai requis et obligation des parties dont les offices de brevets sont considérés comme des points de contrôle en vertu de leur législation interne de désigner ces offices comme points de contrôle en vertu du Protocole.

Presque toutes les propositions des pays en développement ont été édulcorées dans le Protocole.

Premièrement, le Protocole prévoit la désignation « d'un ou plusieurs » points de contrôle (article 17, paragraphe 1 a)). Les pays ont donc la possibilité de ne désigner qu'un seul point de contrôle. Les pays en développement avaient proposé que, dans pareil cas, l'office de brevets soit le point de contrôle désigné d'office. Or cette proposition a été retirée du Protocole, tout comme la proposition de fournir une liste indicative de points de contrôle. Ce qui est préoccupant, c'est que des pays ont fait savoir pendant les négociations qu'ils souhaitaient que l'autorité nationale compétente fasse office de point de contrôle unique. Au

titre du Protocole, une autorité nationale compétente est chargée d'accorder l'accès ou de donner des conseils sur les procédures d'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause et de conclusion de conditions convenues d'un commun accord (article 13, paragraphe 2). Par ailleurs, le Protocole impose aux parties de transmettre les informations recueillies par un point de contrôle à l'autorité nationale compétente du pays utilisateur (ainsi qu'au centre d'échange sur l'APA et aux pays qui fournit la ressource). Or l'autorité nationale compétente étant le destinataire des informations, elle ne pourra pas également jouer le rôle de générateur des informations recueillies par un point de contrôle. Dans tous les cas, il est difficile d'imaginer comment un point de contrôle acquerra ces informations et/ou pourra recueillir les informations relatives à l'utilisation des ressources génétiques puisqu'il ne constituera pas l'organisme stratégique où tout produit, résultat de la recherche ou autre droit sera présenté ou revendiqué par un utilisateur.

Les pays en développement ont toutefois réussi à asseoir l'article 17, paragraphe 1 a) iv) suivant :

« Les points de contrôle doivent être efficaces et leurs fonctions se rapporter à l'application de cet alinéa [relatif à la désignation des points de contrôle]. Ils s'inscrivent dans le cadre des ressources génétiques ou de la collecte d'informations pertinentes à tout stade de la recherche, du développement, de l'innovation, de la précommercialisation ou de la commercialisation. »

Tel est ce qui établit les critères de désignation du point de contrôle. Les pays en développement ont accepté cette formulation dans une ultime tentative d'insérer, au moins, leur proposition concernant les critères essentiels qui constituent un point de contrôle efficace. Ils ont montré que ces critères couvriraient toutes les situations où une nouvelle ressource génétique ou produit basé sur les connaissances traditionnelles serait breveté, mis sur le marché ou utilisé à d'autres fins : offices traitant les demandes de brevet, autorités chargées d'enregistrer des produits, d'octroyer des licences ou de délivrer tout autre accord de commercialisation ne nécessitant pas de licence et organismes publics qui financent des activités de recherche et de développement ayant pour objet des ressources génétiques (*Business week* 2005 : de nombreux produits non brevetés sont mis sur le marché et seul 0,2 pour cent des brevets est commercialement viable). Ces points de contrôle sont chargés de recueillir les informations nécessaires au cours des différents stades de l'utilisation de la ressource génétique, tel qu'énoncé dans l'alinéa applicable. Pour dissiper les éventuels doutes qui subsisteraient quant à savoir si ces offices sont le ou les points de contrôle visés par cette disposition, il sera utile de revenir sur l'historique des négociations. Selon l'article 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ce moyen complémentaire d'interprétation est légitime pour clarifier le sens d'une disposition spécifique.

Les pays en développement devraient s'assurer que la CdP/RdP imposera aux parties de désigner des points de contrôle qui sont efficaces. La CdP/RdP devrait évaluer l'« efficacité » des points de contrôle. Plus précisément, les points de contrôle devraient être des bureaux ou autorités dont la fonction normale est de recueillir ou recevoir des informations concernant l'utilisation des ressources génétiques, de ses dérivés ou des connaissances traditionnelles associées.

Les pays en développement devraient également désigner des points de contrôle et, plus particulièrement, faire des offices de brevets des points de contrôle. Ce serait profitable aux utilisateurs qui souhaitent breveter une innovation découlant de leurs

activités de recherche et de développement sur la ressource utilisée, ses dérivés ou les connaissances traditionnelles associées ou aux utilisateurs qui souhaitent commercialiser le résultat de leurs recherches. Il ne fait aucun doute que les pays en développement représenteraient un vaste marché pour ces produits.

Enfin, les pays en développement devraient envisager de prévoir, dans leur législation nationale et mesures administratives ou de politique, qu'aucun accès ne sera accordé aux utilisateurs relevant de juridictions qui ne disposent pas de mesures de surveillance efficaces, notamment des points de contrôle efficaces.

Deuxièmement, il n'y a aucune obligation d'informer le Secrétariat ou le Centre d'échange de la désignation du point de contrôle proposé ; ce qui contraste fortement avec l'obligation de notifier immédiatement la désignation d'un correspondant national et d'une autorité nationale compétente pour faciliter l'accès aux ressources et avec les obligations spécifiques associées (article 13), tel que montré précédemment. Les pays en développement avaient proposé que les parties communiquent au Secrétariat les coordonnées de leurs points de contrôle dans un délai imparti.

Les pays en développement devraient s'assurer que la CdP/RdP fixera un délai raisonnable pour désigner les points de contrôle, en tenant compte des capacités des parties.

Troisièmement, l'obligation de l'utilisateur de fournir les informations pertinentes aux points de contrôle est exprimée dans un libellé qui contient un euphémisme très connu des traités internationaux, à savoir « s'il y a lieu » (article 17, paragraphe 1 a) ii)). Cette expression pourrait être interprétée comme une possibilité donnée à une partie de décider si elle doit mettre en œuvre ou non une disposition spécifique. Or une lecture plus approfondie de l'article suggère que la communication des informations est obligatoire. L'alinéa dit :

« Chaque Partie, s'il y a lieu et selon les caractéristiques particulières du point de contrôle désigné, exige que les utilisateurs de ressources génétiques fournissent à un point de contrôle désigné les renseignements précisés [...] »

L'expression « s'il y a lieu » ne qualifie pas l'obligation de communiquer les informations. Après tout, la fonction du point de contrôle est de recueillir ou recevoir les informations pour assurer un suivi visant à favoriser le respect des obligations. S'il n'était pas obligatoire de communiquer les informations, ce serait tout simplement inutile de désigner un point de contrôle.

Cette idée devrait être éclaircie dans une décision de la CdP/RdP. Par ailleurs, les pays en développement devraient insérer l'obligation en matière de communication des informations dans leur législation nationale ou mesure administrative ou de politique.

Quatrièmement, le point de contrôle est habilité à refuser de fournir les informations « confidentielles » qu'il reçoit à l'autorité nationale compétente, au centre d'échange ou au pays exigeant l'obtention d'un consentement préalable donné en connaissance de cause et la conclusion de conditions convenues d'un commun accord. Les parties sont libres de choisir qui décide des informations qui n'ont pas lieu d'être communiquées. **Les pays en développement doivent s'assurer que la CdP/RdP, dans une décision appropriée, restreindra le type d'informations dont la confidentialité peut être revendiquée. Le**

Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques est, à ce sujet, instructif. Ce Protocole comporte des dispositions détaillées en matière d'informations confidentielles (article 21) spécifiant quelles sont les informations qui peuvent être considérées comme confidentielles et comment faire une demande pour que des informations restent confidentielles. La partie qui importe l'organisme vivant modifié (OVM) peut permettre à l'exportateur d'identifier les informations qui doivent être considérées comme confidentielles. L'exportateur doit justifier sa demande. Celle-ci peut être refusée et les informations peuvent être divulguées, conformément aux procédures prévues. Enfin, certaines informations ne peuvent pas être considérées comme confidentielles. Au contraire, le Protocole de Nagoya fait une brève référence à la protection des informations confidentielles dans une simple disposition prévoyant qu'un point de contrôle fournira les informations pertinentes aux autorités nationales compétentes, au Centre d'échange et à la partie qui donne le consentement préalable en connaissance de cause (article 17, paragraphe a) iii)). Par ailleurs, le certificat de conformité reconnu à l'échelle internationale doit contenir au minimum les renseignements spécifiés « lorsqu'ils ne sont pas confidentiels » (article 17, paragraphe 4). Le manque de précision concernant quand et comment une demande doit être faite pour être valide crée une incertitude juridique et pourrait devenir un sujet de désaccord fertile.

Les pays en développement devraient inclure dans leur législation nationale ou mesures administratives ou de politique des dispositions conformes à celles prévues au Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques concernant les modalités à suivre pour demander à ce que des informations soient considérées comme confidentielles.

Cinquièmement, la mention du suivi de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques a été retirée de toutes les mesures de suivi, y compris les exigences en matière de communication des informations. Il s'agit d'une grave faille, car la plupart des affaires de biopiraterie sont liées à l'utilisation illicite des connaissances traditionnelles. Cependant, dans le préambule du Protocole, les parties reconnaissent :

« [le] lien d'interdépendance entre les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles et le caractère inséparable de ces ressources pour les communautés autochtones et locales, [l'] importance des connaissances traditionnelles pour la conservation de la diversité biologique et de l'utilisation durable de ses éléments constitutifs, et pour la pérennité des moyens de subsistance de ces communautés ».

En outre, les parties fournissant les ressources sont tenues de prendre des mesures pour garantir que l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation des communautés autochtones et locales et que les conditions convenues d'un commun accord ont été établies (article 7). Pour finir, les parties doivent prendre des mesures pour garantir que les connaissances traditionnelles exploitées dans leur juridiction ont été utilisées conformément au consentement préalable donné en connaissance de cause ou à l'accord et à la participation des communautés autochtones et locales et que les conditions convenues d'un commun accord ont été établies, tel que requis dans leur législation ou aux autres exigences réglementaires internes (article 16, paragraphe 1). Au titre de l'article 17, paragraphe 1 a) i), les points de contrôle doivent recueillir ou recevoir les informations pertinentes concernant l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause ou l'établissement de conditions

convenues d'un commun accord et au titre du point ii), les utilisateurs doivent communiquer ces informations aux points de contrôle. En somme, la mise en parallèle de ces deux dispositions mène à la conclusion que si un pays exige l'obtention d'un consentement préalable donné en connaissance de cause ou l'établissement de conditions convenues d'un commun accord avec les communautés autochtones et locales, l'utilisateur doit fournir ces informations aux points de contrôle pour favoriser les mesures de respect des obligations.

Les pays en développement devraient s'assurer que la CdP/RdP précisera cette obligation indispensable de mise en conformité. Ils devraient également rendre obligatoire, dans leur législation nationale ou mesure administrative ou de politique en matière d'APA, de communiquer des informations aux points de contrôle chargés de surveiller l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

Enfin, aucune sanction particulière n'est prescrite en cas de non-divulgence des informations aux points de contrôle désignés. En contrepartie, les pays en développement avaient proposé que les demandes déposées par les utilisateurs ne soient pas traitées si les demandeurs négligeaient ou refusaient de communiquer les informations *après* s'être vu demander de remédier à la situation. Même ce compromis précaire n'a pas été inclus dans le Protocole. Au lieu de cela, le Protocole dispose que les parties prendront des mesures appropriées, efficaces et proportionnées pour traiter des situations de non-respect (paragraphe 2 des articles 15 et 16). La CdP/RdP est enjointe d'approuver, à sa première réunion, des procédures visant, entre autres, à traiter les situations de non-respect (article 30).

Les pays en développement devraient s'assurer que la CdP/RdP élargira ces mesures pour dissuader, voire punir, le cas échéant, le refus de fournir les informations pertinentes, complètes et fiables aux points de contrôle.

Par ailleurs, les pays en développement devraient au moins inclure dans leur loi ou mesure administrative ou de politique en matière d'APA que la demande d'un utilisateur qui n'a pas communiqué les informations aux points de contrôle ne sera pas examinée.

2.3.2 Respect des conditions convenues d'un commun accord

L'établissement de conditions convenues d'un commun accord revient à dire que le fournisseur et l'utilisateur doivent conclure un accord contractuel. Les parties pourraient souhaiter y inclure la possibilité d'intenter une action pour violation du contrat dans la juridiction de l'utilisateur. Ce serait un moyen d'éviter tout problème lié à la reconnaissance et l'application de jugements si l'action en justice était intentée dans une juridiction autre que celle dont relève l'utilisateur. C'est pourquoi les pays en développement ont proposé que les parties ayant sous leur juridiction des utilisateurs de ressources génétiques donnent un accès à la justice. L'accès comprendrait l'accès aux tribunaux ou autres organismes neutres d'arbitrage sous leur juridiction, sur la base de procédures qui sont justes et qui prévoient des solutions efficaces et, le cas échéant, des mécanismes d'assistance appropriés visant à résoudre ou réduire les problèmes financiers ou autres à l'accès. Les pays en développement ont tenté de traduire cette idée en employant l'expression « accès facilité à la justice ». Les pays développés s'y sont opposés. Ils ont d'abord invoqué qu'ils ne comprenaient pas l'expression « accès à la justice », puis après qu'il a été expliqué que ce concept provenait de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus

décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement négociée au sein de la Commission économique des Nations Unies pour l'Europe, et de plusieurs autres traités internationaux auxquels l'UE et d'autres pays développés sont parties, l'UE a affirmé que l'expression avaient des implications qu'elle ne pouvait pas accepter. D'autres pays développés ont soutenu que le fait d'employer cette expression reviendrait à accorder un traitement préférentiel aux contrevenants des pays fournisseurs par rapport à leurs propres citoyens (qui utilisent des ressources). L'adjectif « facilité » n'a pas été retenu dans la version finale. La version actuelle du Protocole dispose que chaque partie doit garantir la possibilité de recours auprès de ses tribunaux et cours (article 18, paragraphe 2). Cependant, les autres mesures visant à faciliter l'accès à la justice ne sont pas expressément énoncées et il n'est question que d'un « accès à la justice » et non d'un « accès facilité à la justice ».

Néanmoins, l'expression « accès à la justice » englobe ces différents aspects. À ce sujet, la Convention d'Aarhus est instructive. Largement reconnue comme étant le premier instrument international mondial à promouvoir, entre autres, l'accès à la justice en matière d'environnement (PNUE, *Votre droit à un environnement sain*, 2006), elle décrit les composants à part entière de cet accès. Parmi ceux-ci, il y a une obligation de fournir un accès aux procédures administratives et judiciaires pour engager une action en cas de violation de la législation nationale et de donner le droit à un grand nombre de personnes de former un recours contre toute violation de la législation nationale devant un organe judiciaire ou tout autre organisme neutre et indépendant, comme un médiateur, y compris une organisation non gouvernementale et les communautés autochtones et locales. Il est important de noter que « l'accès à la justice » oblige également un État à garantir que les coûts afférents aux recours ne sont pas prohibitifs. Autrement dit, les États doivent fournir un dispositif financièrement abordable et accessible. Tous ces éléments font partie intégrante de l'« accès à la justice ». Au titre du Protocole, les parties doivent prendre des mesures efficaces pour fournir un accès à la justice (article 18, paragraphe 3 a)) et garantir la possibilité de recours dans leurs systèmes juridiques (article 18, paragraphe 2). Toutefois, vu les intenses objections formulées par les pays développés dans les négociations à ces composantes de facilitation de l'accès à la justice, **il serait prudent que les pays en développement s'assurent que la CdP/RdP décrive les composantes universellement reconnues.**

Enfin, conformément à l'article 31 du Protocole, la CdP/RdP doit évaluer l'efficacité de cet article (article 18, paragraphe 4). La CdP/RdP est déjà tenue, au titre de l'article 31, d'évaluer l'efficacité du Protocole quatre ans après l'entrée en vigueur de celui-ci. Ce qui pourrait ressembler à une répétition superflue est, en réalité, justifié. La question de la création d'un bureau du médiateur a été soulevée par plusieurs pays en développement, d'abord par le groupe africain à la septième réunion du groupe de travail sur l'APA en 2009, puis par le Pérou. La proposition de texte a pourtant été retirée du Protocole. **Les pays en développement peuvent faire en sorte, par l'intermédiaire de la CdP/RdP, que cette proposition (la création d'un bureau de médiateur) devienne une priorité du processus de révision.**

Pour une meilleure lecture, voici la proposition de texte en faveur de la création d'un bureau de médiateur faite par le groupe africain :

« Le Régime international d'accès et de partage des avantages établit un bureau du médiateur international pour l'accès et le partage des avantages. Le bureau du médiateur est chargé d'aider les pays fournisseurs, les pays d'origine et les communautés autochtones et locales à identifier les violations de leurs droits et à contribuer au

règlement juste et équitable des différends. Le bureau du médiateur est habilité à intervenir au nom des pays des communautés autochtones et locales par le biais du mécanisme de règlement des différends juridiquement contraignant. Il représente également, selon que de besoin et sur leurs instances, les communautés autochtones et locales dans les poursuites sur territoire étranger, prend les dépositions des communautés autochtones et locales et, s'il y a lieu, fournit des preuves du droit et des pratiques coutumiers. » (UNEP/CBD/WG-ABS/7/5, page 57)

2.4 Champ d'application

2.4.1 Dérivés

a. Dérivés et champ d'application

Le dernier jour, lorsqu'un texte « à prendre ou à laisser » a été présenté aux parties par la présidence japonaise de la CdP à Nijar (Espagne, 2011), les pays en développement ont insisté pour que soit modifiée la définition inscrite dans le texte de l'expression « utilisation de ressources génétiques » de façon qu'on ne lise plus « les activités de recherche et de développement sur la composition génétique et/ou biochimique du matériel génétique » mais « les activités de recherche et de développement sur la composition génétique et/ou biochimique des ressources génétiques ». Cette proposition a été acceptée. Pour rappel, le matériel génétique, tel que défini dans l'article 2 de la CDB, se limite au matériel contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité, ce qui exclut les dérivés. Or l'expression « composition biochimique de ressources génétiques » est assez large pour inclure tout matériel, qu'il contienne ou non des unités fonctionnelles de l'hérédité.

Reste à savoir si l'extension du champ d'application du Protocole aux dérivés est compatible avec la CDB. Pendant les négociations de la CDB, la question des dérivés ne constituait pas une question brûlante et n'a pas été examinée par les négociateurs ; ce qui explique la formule restrictive de la définition de l'expression « ressources génétiques » dans la CDB. Depuis lors, et essentiellement pendant les négociations, il est devenu évident qu'un protocole sur l'APA serait vide de sens s'il ne couvrirait pas les dérivés. Pour rappel, le secteur industriel acquiert et utilise des dérivés, car c'est essentiellement leur utilisation qui rapporte des bénéfices. Un protocole qui ne couvrirait pas l'utilisation des dérivés compromettrait donc les objectifs de conservation et d'utilisation durable inscrits à la CDB. En d'autres termes, pendant l'élaboration du Protocole de Nagoya, les expressions telles que « ressources génétiques » doivent être interprétées de façon évolutive et non pas statique ; ce que tolère la législation et la jurisprudence internationales.

Dans l'affaire « crevettes/tortues », l'Organe d'appel de l'OMC a dû interpréter l'article XX g) de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) qui autorise les parties contractantes à prendre des mesures se rapportant à la conservation des ressources naturelles épuisables. Si l'expression « ressources naturelles épuisables » était interprétée conformément à la signification visée par les négociateurs du GATT en 1947, elle ne couvrirait pas les ressources minérales non biologiques, telles que les réserves de pétrole et de charbon. Les espèces de tortue de mer n'en feraient pas partie. Toutefois, l'Organe d'appel a jugé que l'expression devait être interprétée à la lumière des politiques et instruments juridiques internationaux en évolution, afin d'appuyer le développement durable. L'Organe a

déclaré que l'interprétation de l'article XX g) et de l'expression qui y est utilisée ne devait pas s'arrêter à l'interprétation qui en était donné en 1947. Un nouveau contexte interprétatif a été créé lorsque le GATT a été incorporé au cadre de l'OMC en 1998. En effet, le préambule de l'Accord instituant l'OMC cite le développement durable comme un objectif du système de l'OMC.

C'est également le cas du Protocole de Nagoya. Celui-ci est censé élargir les dispositions relatives à l'APA contenues dans la CDB, conformément à son but premier qui est de veiller à ce que le partage des avantages soit un élément essentiel qui mène à la conservation et au développement durable qui aboutira, à son tour, à un plus grand partage encore. Si le Protocole ne couvrait pas les dérivés, il serait inutile et ne mènerait nulle part ; il n'y aurait pas de partage des avantages et les objectifs de la CDB seraient compromis. C'est pour éviter cela que le Protocole comprend l'expression « utilisation des ressources génétiques » et la définit de façon à inclure la composition biochimique des ressources génétiques. Il s'agit d'une extension de la définition (restrictive) figurant à la CDB.

Un traité peut être assimilé à la constitution d'un pays. Un traité est considéré comme un document vivant et dynamique dont la compréhension peut évoluer avec le temps. S'il n'évolue pas avec son époque, il sera sans intérêt et inutile pour les générations suivantes.

b. Dérivés et consentement préalable donné en connaissance de cause

Selon l'article 5, paragraphe 1 :

« ... l'accès aux ressources génétiques pour leur utilisation est subordonné au consentement préalable donné en connaissance de cause par la Partie... »

Une fois encore, en application de la définition de l'expression « utilisation des ressources génétiques » qui se rapporte à « la composition génétique et/ou biochimique de ressources génétiques », cet article couvre également les dérivés qui ne contiennent pas d'unités fonctionnelles d'hérédité. Autrement dit, il est nécessaire d'obtenir un consentement préalable donné en connaissance de cause pour acquérir les dérivés. L'UE ne peut pas maintenir l'argument qu'elle oppose (Conseil de l'Union européenne, DS 1803/10, Bruxelles, 12 novembre 2010 : « le Protocole ne soumet pas l'accès aux composantes biochimiques extraites de matériel génétique à l'obtention d'un consentement préalable donné en connaissance de cause »).

Pour rappel, au titre du Protocole, le terme « utilisation » prend, lorsqu'il est associé directement ou indirectement aux ressources génétiques, un sens particulier. Telle était l'intention des parties. Ce terme doit donc être entendu dans ce sens particulier, conformément aux règles d'interprétation des traités (Convention de Vienne sur le droit des traités, article 31, paragraphe 4). Si le terme est interprété selon son usage commun, on pourrait penser que le but recherché en accédant aux ressources est uniquement d'utiliser ces ressources. Or le terme employé est bien « utilisation » et non pas « emploi ». Un sens particulier a été donné à ce terme. Il n'a pas le même sens que celui donné à l'« utilisation » des ressources génétiques dans la CDB. Le fait que l'article ne reproduise pas l'expression exactement telle qu'elle apparaît dans la définition (« utilisation des ressources génétiques ») ne constitue pas un problème. Pendant sa neuvième réunion *bis*, le groupe de travail spécial s'est accordé pour dire que l'expression pourrait être employée sous différentes formes grammaticales selon le contexte dans laquelle elle apparaissait. Il ne fait aucun doute que la

première personne qui extrait les composés biochimique de la ressource génétique devrait avoir obtenu le consentement préalable donné en connaissance de cause par la partie qui fournit la ressource, c'est-à-dire le pays d'origine. De même, toute personne qui acquerrait, où que ce soit, les composés biochimiques extraits (les composés biochimiques qui existent à l'état naturel et non pas la ressource génétique) dans l'intention de réaliser des activités de recherche et de développement devrait demander le consentement préalable donné en connaissance de cause auprès du pays d'origine. Il est à noter que les dérivés « qui existent à l'état naturel » ne comprennent pas les produits.

c. Dérivés et partage des avantages

Selon l'article 5, paragraphe 1 :

« les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des applications et de la commercialisations subséquentes sont partagés de manière juste et équitable avec la Partie qui fournit lesdites ressources [...] »

Une fois encore, il ne fait aucun doute que le partage des avantages découlant de l'utilisation des dérivés est inclus dans la définition de l'expression « utilisation des ressources génétiques », tel que démontré précédemment. Il ne faut pas interpréter l'emploi de la conjonction « et » comme la marque d'une différenciation entre les activités de recherche et de développement, d'une part, et les applications et la commercialisation ultérieures, d'autre part. Comme évoqué ci-avant, l'« utilisation des ressources génétiques » se rapporte aux activités de recherche et de développement. Cette expression pourrait être interprétée de manière à inclure tous les stades de recherche et de développement pratiqués sur la ressource génétique et ses dérivés jusqu'au stade de commercialisation de tout produit développé, même s'il est vrai que cette interprétation va au-delà du sens commun du terme. Il est noté que les activités de recherche et de développement couvertes par le terme « utilisation » comprennent notamment l'application des biotechnologies ; sachant que « biotechnologie » veut dire « toute application technologique ». Il faudrait donc en déduire que le terme « utilisation » englobe l'utilisation des dérivés à des fins commerciales. Le chapeau de l'article 17, paragraphe 1, est sans équivoque à ce sujet puisqu'il précise que les mesures sont prises pour surveiller l'« utilisation des ressources génétiques ». L'alinéa a), point iv) du même article ajoute que les points de contrôle doivent être efficaces et que leurs fonctions doivent se rapporter à la mise en œuvre de l'article 17, paragraphe 1. Les fonctions identifiées comprennent expressément « tout stade de la recherche, du développement, de l'innovation, de la précommercialisation ou de la commercialisation ». Ainsi, il y a une extension de ce qu'englobe le terme « utilisation » et, par analogie, l'expression « activités de recherche et de développement ».

2.4.2. Pathogènes

Bien plus tôt dans les négociations, à l'occasion de la reprise de la neuvième réunion du groupe de travail à Montréal en juillet 2010, l'UE a soudainement présenté une disposition spécifique sur l'accès aux ressources génétiques qui sont des pathogènes. La proposition obligeait les parties, au moment de l'élaboration de leur législation en matière d'APA, à :

- i) Donner immédiatement accès aux pathogènes qui

- relèvent également de la compétence d'autres organisations internationales (comme l'Organisation mondiale de la santé, la Convention internationale pour la protection des végétaux, l'Organisation mondiale de la santé animale) ; et

- présentent un risque pour la santé humaine, animale et végétale

ii) d'une manière et pour les utilisations prévues dans les règles, procédures ou pratiques actuelles ou futures

iii) concernant le partage des pathogènes et des avantages connexes établies dans le cadre de ces organisations et conventions internationales.

En d'autres termes, les parties devaient accepter, dans leur propre législation, de renoncer à leurs droits et de garantir un accès immédiat aux pathogènes sur la base de règles *et pratiques* existantes et *futures* telles qu'elles sont et peuvent être définies aujourd'hui et *dans le futur* par ces autres *organisations* et conventions internationales (l'emphase a été ajoutée).

Les pays en développement se sont opposés à l'exclusion de cette ressource précieuse du champ d'application du Protocole. Certains pays développés aussi ont rejeté la disposition aux si vastes implications.

Le contexte était le suivant.

Les pays en développement ont fourni des pathogènes aux cinq centres de collecte de l'OMS, tous situés dans des pays développés. L'OMS donne accès à ces pathogènes à des tiers, notamment des industries qui brevètent la souche de virus, ses composants ou les vaccins développés à partir de l'utilisation du virus, et assurent l'approvisionnement en vaccins de ceux qui ont les moyens de payer les prix élevés, essentiellement des pays développés. Le fait de déposer ses pathogènes dans les centres de collecte revient à donner son consentement préalable en connaissance de cause. En effet, les règles et pratiques de l'OMS prévoient qu'en déposant le matériel dans les centres compétents le pays fournisseur donne son consentement préalable en connaissance de cause à quiconque souhaite accéder ultérieurement à ce matériel.

Les problèmes ont éclaté en 2008 lorsque l'Indonésie s'est plainte de n'avoir bénéficié d'aucun partage des avantages après avoir fourni le virus de la grippe aviaire, ni d'un accès aux vaccins, ni même d'un transfert de technologie pour développer les vaccins à l'avenir. Un débat houleux a suivi à l'OMS. Les pays en développement sont actuellement très actifs dans les négociations au sein de cette organisation pour redresser cette situation injuste. Ils ont proposé de conclure un accord type de transfert de matériel pour inclure l'accès aux ressources selon un partage juste et équitable des avantages, l'accès aux vaccins et le transfert de technologie. Les pays développés s'y sont opposés.

Les propositions des pays développés ont donc été perçues comme une tentative d'anticiper l'issue des négociations de l'OMS et d'enfermer les pays en développement dans une position qui perpétuerait une situation inéquitable. La disposition a également violé le principe fondamental selon lequel il est dans l'intérêt national des pays de déterminer quand une situation d'urgence existe ou quand elle doit être déclarée. D'après la proposition de l'UE, la législation nationale doit imposer l'adoption de mesures dans les situations « d'urgence actuelles ou imminentes qui menacent ou nuisent à la santé humaine, animale ou végétale, telles que définies au niveau national ou international ».

Les pays en développement ont défendu que cela devait être résolu en vertu d'une disposition qui n'est pas désobligeante et qui avait déjà été provisoirement acceptée. Elle permettait aux parties d'élaborer et de mettre en œuvre d'autres accords spécialisés sur l'APA, à condition qu'ils n'aillent pas à l'encontre des objectifs du Protocole et de la CDB.

Finalement, le Protocole contient la disposition suivante (article 8 b)) :

En élaborant et en mettant en œuvre sa législation ou ses exigences réglementaires en matière d'accès et de partage des avantages, chaque Partie :

b) Prend dûment en considération les situations d'urgence actuelles ou imminentes qui menacent ou nuisent à la santé humaine, animale ou végétale, telles que définies au niveau national ou international.

Les Parties peuvent prendre en considération la nécessité de mesures expéditives d'accès rapide aux ressources génétiques et de partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, y compris l'accès de ceux qui sont dans le besoin, en particulier les pays en développement, à des traitements abordables ».

Dans l'ensemble, les pays en développement ont réussi à atténuer la proposition initiale qui prescrivait de donner immédiatement accès aux pathogènes dans un libellé qui leur imposait littéralement de renoncer à leurs droits souverains sans pour autant leur garantir de bénéficier du partage des avantages en découlant. La disposition relative au partage immédiat, juste et équitable des avantages et à un accès aux médicaments à un prix abordable a été proposée pour compenser les dispositions relatives à l'accès immédiat. Cependant, les éventuels brevets protégeant les vaccins peuvent être un frein à l'accès immédiat aux ressources. Ils peuvent également être une barrière au partage juste et équitable des avantages. Qui plus est, la question de l'accès à la technologie, y compris la technologie brevetée, et de son transfert n'a pas été examinée.

Un autre article (article 4, paragraphe 3) relatif à la relation avec les accords et les instruments internationaux rend la question plus compliquée encore. Selon l'article, « les travaux ou pratiques utiles et pertinents en cours dans le cadre de ces instruments internationaux et organisations internationales compétentes [devraient être] dûment pris en compte, à condition qu'ils soutiennent et n'aillent pas à l'encontre de objectifs de la Convention et du présent Protocole. »

Les pays en développement s'étaient vigoureusement opposés à l'inclusion des mots soulignés. Premièrement, il est question, dans cet article, de la relation avec d'autres instruments internationaux ; c'est pourquoi la référence aux organisations internationales semblait inappropriée, car elles n'ont pas le même statut que les instruments internationaux. Deuxièmement, il n'est pas non plus adéquat de faire référence aux travaux ou pratiques en cours dans le cadre de ces organisations. Cela ne fait qu'alimenter l'incertitude juridique. « Les travaux en cours » sont en constante évolution et se rapportent aux travaux qui ne sont pas terminés. En outre, les « pratiques » n'ont aucun statut dans la législation internationale en tant que source de droit. Les pratiques des organisations internationales peuvent « naître » de différentes manières : de l'utilisation, des habitudes, de décisions, etc.

Mis à part la réserve et la nature permissive de l'obligation (l'utilisation du conditionnel *devrait*)¹, les pays développés se sont attachés à réaffirmer, par cette disposition, ce qu'ils perdaient dans la première version de l'article 8 b) traitant expressément des pathogènes.

Par exemple, pour le Conseil de l'UE (DS 1803/10, Bruxelles, 12 novembre 2010), il ne fait pas de doute que la première phrase de l'article 8 b), (« en élaborant et en mettant en œuvre sa législation nationale en matière d'APA, chaque partie prend dûment en considération les situations d'urgence actuelles ou imminentes qui menacent ou nuisent à la santé humaine, animale ou végétale, telles que définies au niveau national ou international ») appelle les parties à tenir compte des décisions de l'OMS qui fixent les différentes phases d'alerte pandémique et les réponses nationales et internationales à apporter. Et l'UE d'ajouter que d'après la clause d'habilitation de la deuxième phrase, le principe de partage des avantages découlant de l'utilisation des pathogènes est différent du principe général du partage des avantages énoncé à l'article 5, paragraphe 1.

La position de l'UE est, sans offense aucune, intenable pour les raisons suivantes (Nijar, mars 2011). Premièrement, la première phrase de l'article 8 b) dit uniquement qu'il faut prendre dûment en considération les situations d'urgence actuelles ou imminentes, telles que définies au niveau national ou international. La décision relève, comme presque toujours, de la compétence des gouvernements nationaux. En outre, l'article 4, paragraphe 3, précise que les travaux et pratiques utiles ou pertinents en cours dans le cadre des organisations internationales compétentes « devraient »² et non pas « doivent » être dûment pris en compte. Toutefois, cette clause s'accompagne d'une clause conditionnelle primordiale : les travaux doivent soutenir les objectifs de la CDB et du Protocole et ne doivent pas aller à leur rencontre. Deuxièmement, la seconde phrase de l'article n'invite pas à aborder le partage des avantages découlant de l'utilisation des pathogènes autrement que celui découlant de l'utilisation des ressources génétiques. Conformément à l'article 8 b), les parties *peuvent*, en élaborant et mettant en œuvre leur législation nationale sur l'APA, prendre en considération la nécessité de prévoir un accès rapide et partage rapide juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces ressources. Les parties sont donc libres d'élaborer ou non des procédures d'accès distinctes. À cet égard, les parties ont bien entendu la possibilité de recourir aux décisions de l'OMS concernant l'accès aux pathogènes et le partage des avantages découlant de leur utilisation. Cependant, les procédures doivent être conformes aux objectifs du Protocole et ne pas aller à l'encontre de ceux-ci, en particulier ceux liés au partage juste et équitable des avantages, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources, à un transfert approprié des technologies pertinentes et à un accès aux vaccins à un prix abordable.

La position défendue par les États-Unis à l'OMS est, sans offense aucune, encore moins soutenable (Nijar, mars 2011). Dans un document officiel rédigé en vue des négociations actuellement menées à l'OMS sur les pathogènes, les États-Unis affirment que le Protocole ne couvre pas les pathogènes. Selon eux, les pathogènes qui présentent un risque de pandémie n'entrent pas dans le champ d'application du Protocole, car leur utilisation n'est pas directement liée à l'objectif général de conservation de la diversité biologique et de son utilisation durable puisque les virus sont acquis pour développer un vaccin visant à éradiquer ce même virus. Toutefois, rien dans la CDB ni le Protocole n'exclut cette catégorie particulière de ressources génétiques, notamment sur ce fondement. Si la ressource fait l'objet d'une utilisation au sens où ce terme est défini, le Protocole s'applique. Sans compter que

¹ NDT : La traduction officielle en français de l'article 4, paragraphe 3 (« les travaux et pratiques [...] **sont** dûment pris en compte ») ne reprend pas l'utilisation du conditionnel comme dans le texte original.

² NDT: La traduction officielle en français de l'article 4, paragraphe 3 (« les travaux et pratiques [...] **sont** dûment pris en compte ») ne reflète pas la nuance entre le conditionnel et l'impératif à laquelle se réfère l'auteur.

cette allégation fait abstraction de l'historique des négociations de l'article 8 b). Les différentes propositions faites au début des négociations se rapportaient explicitement aux pathogènes. Un alinéa du préambule mentionne également l'importance de garantir l'accès aux pathogènes. Or cette référence n'aurait aucun sens si les pathogènes n'entraient pas dans le champ d'application du Protocole. Enfin, l'UE, qui est à l'origine de cette proposition, reconnaît que les pathogènes sont couverts par le Protocole.

Dans leur document, les États-Unis soutiennent que même si les pathogènes sont couverts par le Protocole, l'Assemblée mondiale de la santé et le cadre de préparation en cas de grippe pandémique sont des instruments spécialisés en matière d'accès et de partage des avantages qui, au sens de l'article 4, paragraphe 4, substitueraient au Protocole. Or cet argument n'est pas recevable pour les raisons suivantes. Premièrement, les résolutions de l'Assemblée et le cadre de préparation en cas de grippe pandémique n'ont pas le même statut qu'un traité ; d'autant plus que l'article 4, paragraphe 4, se réfère à un traité international spécialisé en matière d'APA tel que le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), adopté en application d'une résolution de la CDB. Dans tous les cas, tout instrument spécialisé de l'OMS doit garantir le partage juste et équitable des avantages (l'argument des États-Unis selon lequel l'alinéa du préambule qui fait référence aux pathogènes ne traite que de la garantie de l'accès et non pas du partage des avantages fait totalement abstraction des dispositions sans équivoque du Protocole prévoyant de garantir l'accès et le partage des avantages). Le partage des avantages doit notamment se traduire par le fait de permettre aux pays en développement d'acquérir à un prix abordable les vaccins obtenus à partir des virus qu'ils ont fournis, tel qu'expressément requis par l'article 8 b). À défaut, l'instrument violera la disposition du Protocole requérant que tout instrument spécialisé soit conforme à l'objectif du Protocole, à savoir le partage juste et équitable des avantages, et n'aille pas l'encontre de celui-ci. Même les travaux et pratiques des organisations internationales compétentes (ce qui peut inclure les résolutions et le cadre de préparation en cas de grippe pandémique de l'OMS) qui « devraient » (et non pas « doivent ») être dûment pris en compte sont soumis à la même exigence de conformité.

En mettant en parallèle l'article 8 b) et les paragraphes 3 et 4 de l'article 4 du Protocole, les conclusions suivantes peuvent être tirées :

a. Un pays peut élaborer une loi nationale qui traite les pathogènes comme une ressource génétique et les soumet aux exigences en matière d'APA.

b. Les pays peuvent également prendre d'autres engagements collectifs (notamment dans un accord type de transfert de matériel dans le cadre d'une instance internationale comme l'OMS) qui s'accorde avec l'objectif en matière d'APA inscrit au Protocole. L'accord doit donc inclure le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des virus (un partage qui devrait être rapide si l'accès aux virus est rapide), l'accès aux ressources et le transfert des technologies pertinentes en rapport avec la mise au point de vaccins contre les pathogènes. Les pays en développement devraient pouvoir acquérir les vaccins à des prix abordables.

c. En élaborant leur législation nationale ou mesures administratives ou de politique, les parties au Protocole n'ont pas l'obligation de prendre en compte les travaux ou pratiques en cours à l'OMS en ce qui concerne les pathogènes. Elles sont uniquement tenues d'étudier la possibilité de prendre en compte ces travaux ou pratiques.

2.4.3. Champ d'application temporel

Le Protocole s'applique-t-il aux ressources génétiques (et à leurs dérivés et aux connaissances traditionnelles associées) acquises avant l'entrée en vigueur du Protocole ? Deux points de vue se sont diamétralement opposés au cours des négociations. Certains pays (essentiellement des pays en développement) y étaient favorables, tandis que d'autres ont proposé que le Protocole ne s'applique qu'aux ressources génétiques acquises après l'entrée en vigueur du Protocole. Cependant, aucune des deux options n'a été retenue dans le Protocole. Quelle a alors été la position retenue ?

Au titre de la CDB, l'accès doit obligatoirement faire l'objet d'un accord préalable donné en connaissance de cause, sauf si la partie concernée en décide autrement (article 15, paragraphe 5 de la CDB). Les parties doivent également prendre des mesures pour garantir le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques (article 15, paragraphe 7 de la CDB). Le fait que le Protocole ne s'applique qu'aux ressources acquises après son entrée en vigueur pourrait revenir à cautionner l'accès aux ressources en violation de ces deux articles de la CDB. Cela reviendrait à tolérer une illégalité, ce qui serait inacceptable. Cette interprétation ne ferait qu'encourager les parties à retarder leur ratification pour pouvoir acquérir les ressources génétiques sans impunité entre-temps.

Cependant, le fait de suggérer que le Protocole s'applique à certains cas antérieurs à son entrée en vigueur serait contraire au principe de non-rétroactivité. Ce principe signifie tout simplement que tout nouvel instrument ne peut comporter des effets juridiques sur des actions ou des cas antérieurs à la date d'entrée en vigueur dudit instrument, sauf décision contraire.

Ce principe ne s'applique pas de la même manière dans le cas d'une législation nationale et dans le cas d'un instrument juridique international.

Les obligations découlant de la législation nationale dépendront de ce qui est prévu par la législation. En règle générale, une législation nationale n'adoptera pas une loi aux effets rétroactifs. Dans le cadre de l'APA, le fait de demander d'obtenir l'accès en bonne et due forme (consentement préalable donné en connaissance de cause) et de partager les avantages (conditions convenues d'un commun accord) tirés des ressources génétiques acquises avant l'entrée en vigueur de la loi ne serait rien d'autre qu'adopter une loi rétroactive. Une législation nationale peut toutefois exiger que de nouvelles règles s'appliquent à de nouvelles situations. Il est donc possible qu'une loi impose que des règles d'accès et de partage des avantages s'appliquent à de nouvelles utilisations de ressources acquises avant l'entrée en vigueur de la loi. Prenons l'exemple d'un laboratoire pharmaceutique qui acquiert une ressource génétique ou un dérivé pour l'utiliser sous la forme d'un médicament particulier avant l'entrée en vigueur d'une loi. Si, après l'entrée en vigueur de la loi, le laboratoire utilise la ressource sous une autre forme de médicament, la loi n'est pas pour autant rétroactive. La date à laquelle la ressource a été acquise importe peu.

Toute partie peut donc adopter une loi contenant une disposition de ce type. De même, une loi peut être conçue de manière à ce que les règles en matière d'APA s'appliquent à l'utilisation continue après l'entrée en vigueur du Protocole. Ainsi, la loi aura de nouveaux effets juridiques sur l'utilisation en cours de ressources acquises avant l'entrée en vigueur du Protocole. En outre, cela ne contrevient pas au principe de non-rétroactivité.

Reste à savoir si le Protocole, qui autorise les parties à mettre en place une loi de ce type, est légitime au vu du droit international. Aux fins de l'article 28 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) qui traite de la non-rétroactivité des traités :

« À moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs établie, les dispositions d'un traité ne lient pas une partie en ce qui concerne un acte ou fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou une situation qui avait cessé d'exister à cette date. »

En vertu de cette règle, le Protocole ne s'appliquera pas aux situations qui avaient cessé d'exister avant sa date d'entrée en vigueur. Par déduction, il s'appliquera aux situations qui n'ont pas cessé d'exister. Ainsi, si une situation a existé (ressource acquise avant l'entrée en vigueur du Protocole) et continue d'exister une fois le Protocole en vigueur (utilisation nouvelle ou continue de la ressource), les dispositions du Protocole peuvent s'appliquer en droit international sans violation de la règle de non-rétroactivité.

Cependant, cette règle sera subordonnée à deux conditions. Premièrement, si les ressources ont été acquises avec le consentement préalable donné en connaissance de cause par le pays fournisseur, les conditions qui y figurent régiront l'utilisation nouvelle ou continue de la ressource. Deuxièmement, il est indirectement reconnu que le Protocole ne couvre pas les ressources acquises dans le passé par des utilisateurs qui n'ont pas obtenu ou pas pu obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause et met en place une procédure pour résoudre ce problème.

L'article 10 oblige les parties à considérer la nécessité et les modalités d'un mécanisme multilatéral mondial de partage des avantages pour traiter le partage des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques « pour lesquelles il n'est pas possible d'accorder ou d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause ». La CdP/RdP est tenue d'examiner s'il convient d'instaurer un mécanisme avant d'en définir les modalités. En examinant cette question, les pays en développement ne devraient pas oublier la prolifération des échanges qui a eu lieu dans le passé (certains échanges ayant été initiés par leurs colonisateurs) et la difficulté de déterminer le pays d'origine d'une ressource qui a traversé plusieurs frontières et territoires. Cela ne devrait cependant pas empêcher de reconnaître un pays comme un « pays d'origine » où les ressources génétiques cultivées ont acquis des caractères distinctifs, tel que prévu à la CDB (article 2).

Collections *ex situ*

Il convient de préciser qu'il faut également se pencher sur le cas des ressources *ex situ* collectées auprès de pays en développement avant l'adoption de la CDB. Beaucoup de ces ressources sont de nos jours conservées dans des centres de collecte de pays développés ; parmi eux, les jardins botaniques royaux de Kew à Londres (Royaume-Uni), le Leibniz Institute of Plant Genetics and Crop Plant Research (IPK) de Berlin (Allemagne), l'institut Smithsonian du Colorado (États-Unis) et la banque de gènes de Saint Pétersbourg (Russie). Les ressources concernées sont acquises sans que le pays d'origine ne donne son consentement préalable en connaissance de cause ni n'établisse de conditions convenues d'un commun accord. Ce qui a pour conséquence de priver les pays des avantages tirés de l'utilisation des ressources et peut, pour finir, saper les obligations en matière d'APA inscrites dans le Protocole.

Les pays en développement devraient donc mettre en place, par l'intermédiaire d'une décision de la CdP/RdP, un processus visant à réglementer l'utilisation de ces ressources *ex situ*.

Le Protocole pose les bases d'une réglementation. D'après l'article 6, paragraphe 1, « l'accès aux ressources génétiques pour leur utilisation est subordonné au consentement préalable donné en connaissance de cause par la Partie qui fournit lesdites ressources, qui est le pays d'origine desdites ressources ou une Partie qui a acquis les ressources génétiques conformément à la Convention, sauf mention contraire par la Partie en question. » Au titre de l'article 15, paragraphe 1, les pays utilisateurs doivent prendre des mesures garantissant que les ressources génétiques exploitées dans leur juridiction ont été soumises au consentement préalable donné en connaissance de cause et que des conditions convenues d'un commun accord ont été établies, conformément à la législation ou autres réglementations internes en matière d'APA de l'autre partie.

Ainsi, si un chercheur souhaite acquérir une ressource génétique (ou un dérivé ou une connaissance traditionnelle associée), il doit obtenir un consentement préalable donné en connaissance de cause et établir des conditions convenues d'un commun accord. L'accord du consentement comme l'établissement des conditions relèvent de la partie qui fournit la ressource, qui est le pays d'origine ou le pays qui a acquis la ressource conformément à la Convention (appelé « pays d'origine »), tel que prévu à l'article 6, paragraphe 1, du Protocole. Si le chercheur acquiert la ressource auprès d'une collection *ex situ*, cette source, que ce soit une personne ou une entité, ne peut pas être le « fournisseur » car elle n'entre dans aucune des catégories de fournisseurs prévues au Protocole (pays d'origine, etc.) Toute acquisition qui n'a pas été soumise au consentement préalable donné en connaissance de cause par le pays fournisseur ni à l'établissement de conditions convenues d'un commun accord, tel que prescrit par le Protocole, serait illicite si l'utilisation viole la loi ou la réglementation du pays fournisseur. Il est donc indispensable que les centres de collecte *ex situ*, comme les jardins botaniques royaux de Kew, maintiennent une base de données sur le pays d'où proviennent les ressources génétiques. Les jardins botaniques devront diriger le chercheur vers le pays concerné pour qu'il se soumette à ses lois ou mesures administratives ou de politique en matière d'APA. Peu importe où une ressource a été acquise, même un supermarché, en vue d'être utilisée, au sens où le terme « utilisation » est défini dans le Protocole (pour réaliser des activités de recherche et développement), les mêmes règles s'imposent. Le chercheur devra s'informer du pays qui fournit la ressource. La CDB fait mention des sources *ex situ*. Aux fins de la CDB, on entend par « pays fournisseur de ressources génétiques » tout « pays qui fournit des ressources génétiques [...] prélevées auprès de sources *ex situ*, qu'elles soient ou non originaires de ce pays » (article 2). Toutefois, cette expression n'est pas reprise dans le corps de la CDB. L'omission est significative, car elle revient à dire que les ressources prélevées auprès de ces sources doivent être traitées en vertu des dispositions en matière d'APA prévues à la CDB, qui sont désormais traitées en vertu du Protocole.

Une solution pragmatique pourrait être que le centre de collecte *ex situ* fournissant la ressource convienne d'informer le pays d'origine, qui dispense les utilisateurs d'obtenir son consentement préalable en connaissance de cause, et que le centre demande à l'utilisateur de partager les avantages découlant de l'utilisation de la ressource avec le pays d'origine. À cet égard, il sera nécessaire de mettre en place un dispositif de partage ou de fourniture des avantages bilatéralement ou par l'intermédiaire de la CdP/RdP. Si le pays d'origine ne peut pas être identifié ou s'il n'est pas partie à la CDB ou au Protocole, les avantages pourraient être partagés par l'intermédiaire de l'éventuel mécanisme mondial (article 10) à des fins de conservation de la diversité biologique, tel que prévu au Protocole (article 9). Ce serait, par la

même occasion, une manière d'encourager les pays à s'associer au Protocole. Un exemple de dispositif figure au Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de la FAO (Nijar et al, 2009). Il est également intéressant de savoir que les douze centres internationaux de recherche agronomique (CIRA) du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (GCRAI) ont volontairement signé des accords intégrant leur collection de germoplasmes dans le cadre du système multilatéral d'APA prévu au Traité international, en application de l'article 15 du Traité qui exhorte les CIRA du GCRAI à signer des accords avec l'Organe directeur pour conformer leur collection aux conditions du Traité. Ces accords sont nécessaires, car les CIRA ont leur propre personnalité juridique et système de gouvernance et ne peuvent pas être liés par les conditions du Traité sans leur consentement (Moore et Tymowski, 2005).

Les pays en développement devraient inclure dans le champ d'application de leur législation ou mesure administrative ou de politique en matière d'APA, les ressources génétiques (y compris les composés biochimiques et les connaissances traditionnelles associées) qui proviennent de sources *ex situ* qui sont les pays d'origine des ressources ou des pays qui ont acquis les ressources conformément à la CDB.

Les pays en développement devraient insister pour que la CdP/RdP examine le problème des collections *ex situ* afin de garantir un partage juste et équitable des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques (dérivés et connaissances traditionnelles associées) avec les pays fournisseurs, tel que prescrit dans l'article 15, paragraphe 3 de la CDB.

2.4.4. Produits de base

Les produits de base entrent-ils dans le champ d'application du Protocole ? Il est essentiel d'examiner et d'éclaircir cette question, car un volume très important de produits de base (comme le maïs et le soja) font l'objet d'échanges mondiaux quotidiens. Le cours des produits de base est presque toujours déterminé par les marchés ou convenu d'un commun accord entre le fournisseur et l'acheteur ou, parfois, par l'intermédiaire de bourses de produits de base particuliers. La réponse dépend de la finalité de l'acquisition. Le Protocole ne traite que de l'acquisition pour son « utilisation », un terme qui revêt un sens particulier aux fins du Protocole, c'est-à-dire les activités de recherche et de développement sur la composition génétique et/ou biochimique des ressources génétiques. L'acquisition pour tout autre fin sort du champ d'application du Protocole. Les produits de base destinés à être directement utilisés, notamment à des fins de consommation ou à des fins autres que la reproduction (ce qui exclut les activités de recherche et de développement) ne sont pas acquis pour pratiquer des activités de recherche et de développement. Ils ne sont donc pas couverts par le Protocole. Il va de soi que si la ressource est acquise, d'où que ce soit (par exemple, un supermarché), à des fins de recherche et de développement, le Protocole exige l'obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause et l'établissement de conditions convenues d'un commun accord par le fournisseur, tel qu'évoqué précédemment.

Des pays en développement excluent expressément les produits de base de leur législation en matière d'APA. D'autres, comme l'Inde, dans l'article 40 de la loi intitulée *Biological Diversity Act* de 2002 (loi relative à la diversité biologique), se réservent le droit d'exclure les ressources biologiques « habituellement échangées comme des produits de base ».

Les pays en développement peuvent examiner s'il convient d'exclure expressément les produits de base faisant l'objet d'échanges de leur législation nationale ou mesure administrative ou de politique en matière d'APA.

2.5 Partage des avantages

Aux termes du Protocole, toute partie est tenue de prendre des mesures législatives, administratives ou de politique garantissant le partage juste et équitable des avantages avec la partie qui fournit la ressource, qui n'est autre que le pays d'origine ou une partie qui a acquis la ressource génétique conformément à la Convention. Le partage doit se faire selon des conditions convenues d'un commun accord. Ces dispositions sont une fidèle reproduction des dispositions prévues aux paragraphes 3 et 7 de l'article 15 de la CDB. Les avantages pouvant être visés figurent au Protocole et sont une reproduction de ceux figurant à l'Appendice des lignes directrices volontaires de Bonn. Ce sont les avantages résultant de l'« utilisation des ressources génétiques » qui doivent être partagés. Cette expression apparaît à l'article 15, paragraphe 7 de la CDB, sans pour autant être définie. Cependant, comme montré précédemment, le Protocole en donne une définition qui inclut l'utilisation des dérivés, ce qui ancre le différend qui oppose les pays développés et les pays en développement à ce sujet. Dans la définition du Protocole sont également compris les avantages découlant des applications et de la commercialisation ultérieures. C'est en tout cas implicite dans l'article 15, paragraphe 7 de la CDB et dans la définition du terme « utilisation » aux fins du Protocole.

Dans la CDB, l'accès est expressément subordonné aux dispositions de l'article 15, qui prévoit le partage des avantages, alors que, dans le Protocole, le lien entre l'accès et le partage des avantages n'est pas explicite. Or si le partage des avantages est désolidarisé d'avec l'accès, tant que les avantages seront partagés, on considérera que le Protocole aura été respecté, même si l'accès n'est pas autorisé ou si le consentement ne peut pas être obtenu pour quelque raison que ce soit (Union pour le biocommerce éthique, 2010). Cela servirait la biopiraterie et pourrait mettre les pays fournisseurs dans une position délicate où ils devraient négocier des conditions sur la base d'une violation de leur droit souverain d'accorder ou de refuser l'accès. C'est pour cette raison que cette interprétation n'est pas valable. Il conviendra de rappeler que l'objectif du Protocole établit un lien direct entre le partage des avantages et l'accès satisfaisant.

Toutefois, on pourrait objecter qu'il n'est pas question de l'accès aux ressources génétiques, mais de l'utilisation de ces dernières ou de leurs dérivés. En d'autres termes, les activités de recherche et de développement sur une ressource génétique ou une composition biochimique ne seront pas non-conformes au Protocole si les avantages tirés de l'utilisation de tout produit développé sont partagés conformément à des conditions convenues d'un commun accord, indépendamment du fait que les dispositions en matière d'accès aient été respectées (Union pour le commerce bioéthique, 2010). Cet argument peut venir renforcer le point de vue de certains pays développés qui pensent qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause pour acquérir les dérivés et que seul le partage des avantages est obligatoire. Pourtant, cet argument violerait la teneur générale de la CDB et du Protocole. L'esprit et la finalité de ces deux instruments est de prévoir les mesures nécessaires au partage des avantages qui découlent de l'octroi de l'accès. L'objectif est clair : le « partage juste et équitable des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant [...] » L'expression « accès satisfaisant » désigne l'accès tel qu'il est défini dans le Protocole. Ainsi, au titre de ces deux instruments

l'accès est licite s'il y a obtention du consentement préalable donné en connaissance de cause et s'il y a partage des avantages selon les conditions convenues d'un commun accord. Si l'accès n'est pas octroyé, toute activité ultérieure relative à la ressource génétique, à ses dérivés ou aux connaissances traditionnelles associées serait une atteinte au Protocole.

Cette désolidarisation ne servirait qu'à résoudre les problèmes du champ d'application temporel du Protocole. Lorsqu'une ressource a été obtenue il y a longtemps, tout du moins avant l'entrée en vigueur du Protocole, et qu'il n'est donc plus possible d'octroyer l'accès, les avantages, au moins ceux découlant des utilisations nouvelles et continues (voir l'examen précédent), doivent être partagés. C'est la seule raison pour laquelle la disposition du Protocole relative au partage des avantages a été rédigée de manière à traiter l'utilisation et non l'accès. De même, la mise en place d'un éventuel mécanisme multilatéral mondial, en vertu de l'article 10, a pour but de traiter en particulier les situations exceptionnelles où il n'est pas possible d'accorder l'accès.

Comme montré précédemment, les avantages découlant des activités de recherche et de développement s'appliquent à toutes les étapes qui vont de la recherche à la commercialisation, ce qui comprend les avantages tirés des informations et des nouvelles connaissances issues des activités de recherche et de développement. Le fait que toutes les étapes sont concernées est déjà sous-entendu dans le terme « développement », mais est explicite dans l'expression « applications et commercialisations ultérieures » qui complètent la chaîne de développement. Un problème bien spécifique peut alors se poser. Un produit peut être mis au point par des tiers qui ne sont pas à l'origine de la demande d'accès et qui agissent dans une autre juridiction ; par exemple, un chercheur national qui mettrait à la disposition d'une société étrangère un extrait de ressource génétique à partir duquel la société élaborerait et fabriquerait un produit. Le chercheur doit, pour accéder à la ressource génétique, obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause et convenir de conditions d'un commun accord. La société étrangère ne sera pas déchargée de l'obligation de partager les avantages découlant des applications et de la commercialisation ultérieures. La difficulté réside dans le fait de s'assurer que le pays d'origine qui fournit les ressources en retire les avantages. **Les conditions garantissant ce partage devraient être inscrites dans les conditions convenues d'un commun accord avec le premier chercheur. Plus précisément, les conditions convenues d'un commun accord devraient prévoir que le chercheur qui a requis l'accès mais aussi tous les autres chercheurs qui auront accès à l'extrait de ressource génétique sont tenus de partager les avantages. Elles pourraient même imposer à la société étrangère d'obtenir un consentement préalable donné en connaissance de cause pour que le chercheur mette l'extrait (composition biochimique ou dérivé) à sa disposition.**

Avant même l'adoption du Protocole, les législations en matière d'APA de certains pays prévoyaient déjà la nécessité d'obtenir un consentement préalable donné en connaissance de cause et d'établir des conditions convenues d'un commun accord pour transférer la ressource à un tiers. C'est ce que suggère le Protocole qui exige des parties qu'elles définissent des règles précises sur la conclusion des conditions convenues d'un commun accord qui peuvent inclure, entre autres, les conditions de l'utilisation ultérieure par des tiers et les conditions de changement d'intention (article 6, paragraphe 3 g) iii) et iv)). Ces conditions doivent être appuyées par des mesures législatives, administratives ou de politique en matière d'APA. Dans ce cas, il faut que les mesures destinées aux pays utilisateurs pour assurer le respect des obligations garantissent que les cessionnaires ultérieurs d'une ressource génétique ou de ses dérivés et les cessionnaires qui modifient l'intention initiale satisfont aux clauses du consentement préalable donné en connaissance de cause et aux conditions convenues d'un

commun accord avec le pays fournisseur. Le problème de la capacité des points de contrôle à collecter ces informations a été abordé dans la section intitulée « Respect des obligations ». **Dans tous les cas, les pays en développement devraient prévoir dans leur législation nationale que les cessionnaires de toute ressource génétique ou tout dérivé et/ou toute personne souhaitant modifier l'intention première de l'utilisation doit obtenir un consentement préalable donné en connaissance de cause et conclure des conditions convenues d'un commun accord.**

Par ailleurs, les pays en développement devraient envisager de définir des clauses type à inclure dans les conditions convenues d'un commun accord qui assureront le partage juste et équitable des avantages. Ce serait notamment utile dans les cas de ressources propres à une région. Cependant, les pays en développement doivent être prudents en acceptant que la CdP/RdP « examine l'utilisation » de leurs clauses contractuelles, sous peine de perdre leur pouvoir de déterminer les conditions sous lesquelles octroyer l'accès à leurs ressources.

2.6 Connaissances traditionnelles

Selon l'article 3 relatif au champ d'application, le Protocole s'applique également aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques relevant de la compétence de la CDB et aux avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances. Bien que les connaissances traditionnelles constituent un élément transversal, elles ont été traitées dans des dispositions indépendantes. Celles-ci sont examinées plus en détail dans les sections suivantes.

2.6.1 Consentement préalable donné en connaissance de cause

Le Protocole ne prévoit que deux situations dans lesquelles les parties doivent prendre des mesures relatives aux communautés autochtones et locales. La première concerne l'accès aux ressources génétiques (article 6, paragraphe 2) et la seconde, l'accès aux connaissances traditionnelles des communautés autochtones et locales associées aux ressources génétiques (article 7).

Premièrement, il est noté que le Protocole traite le droit des communautés autochtones et locales concernant les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées à ces ressources ; ce qui constitue un renforcement de leurs droits puisque la CDB ne traite que les connaissances traditionnelles des communautés autochtones et locales (article 8 j)). Deuxièmement, l'accès est subordonné *soit* à l'obtention d'un consentement préalable donné en connaissance de cause, *soit* à l'accord et la participation des communautés autochtones et locales. Quelle différence y-a-t-il entre ces deux options ? La première option concerne le consentement préalable donné en connaissance de cause, tandis que la seconde semble se référer à un droit moins important et pourrait signifier qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir ledit consentement « au préalable », et que celui-ci ne doit pas nécessairement être donné « en connaissance de cause ».

Toutefois, dans le cas de l'accès aux ressources génétiques des communautés autochtones et locales, ce n'est que lorsque ces dernières ont le droit établi d'accorder l'accès aux ressources que les parties doivent prendre les mesures nécessaires pour obtenir leur consentement préalable donné en connaissance de cause ou leur accord et leur participation.

Or on ne peut présumer que le droit doit être établi par la partie concernée ou par la loi. Aussi banal que cela puisse paraître, il convient de dire qu'il existe bien des manières d'établir les droits des communautés autochtones et locales. Aucune législation ne consacre les droits coutumiers ou autochtones des peuples autochtones ; en général, ces droits sont antérieurs à la loi. Pourtant, il est intéressant de constater que l'article 5, paragraphe 2, utilise l'expression « conformément au droit interne relatif aux droits établis de ces communautés autochtones et locales sur ces ressources génétiques ». Des décisions judiciaires prises dans les pays de *common law* ont régulièrement déclaré l'existence de ces droits, souvent malgré l'opposition gouvernementale (voir par exemple la décision de la Haute Cour australienne dans l'affaire *Mabo* et la décision de la Cour fédérale de Malaisie dans l'affaire *Kerajaan Negeri Johor contre Adong Kuwau*). Le droit peut également être consacré par le droit international coutumier. Le groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles, instauré par le groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'APA pour qu'il apporte sa contribution aux travaux, a conclu que le droit des communautés autochtones et locales avait été établi par le droit coutumier international ou qu'il en devenait une composante de plus en plus grande (UNEP/CBD/WG-ABS/8/2). Le groupe d'experts a fondé sa conclusion sur une pléthore d'instruments internationaux, dont la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones, de nombreuses législations nationales et des décisions de la CDB. Dans un alinéa du préambule, les parties au Protocole prennent note de l'existence de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones.

Qui plus est, elles reconnaissent le caractère inséparable des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles. Le Groupe d'experts techniques et juridiques est arrivé à une conclusion similaire. Ce lien indissociable entre les connaissances traditionnelles et les ressources génétiques suppose que toute demande d'accès aux ressources génétiques déclencherait aussi les dispositions du Protocole relatives à l'accès aux connaissances traditionnelles (UNEP/CBD/WG-ABS/8/2). D'aucuns ont également expliqué que les ressources ne peuvent pas être obtenues sans que les connaissances ne soient obtenues (Coombe, 1998).

En ce qui concerne la différence entre le « consentement préalable donné en connaissance de cause » et « l'accord et la participation », les parties à la CDB ont toujours interprété la seconde expression comme signifiant « consentement préalable donné en connaissance de cause ». Par exemple, la cinquième réunion de la CdP a adopté des principes généraux (Décision V/16) qui précisent que « l'accès au savoir, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales doit être soumis au consentement ou à l'approbation préalables en connaissance de cause des dépositaires de ce savoir, de ces innovations et de ces pratiques » (CDB, 2003). Les Lignes directrices de Bonn, élaborées par les parties en 2002 pour aider les parties et les gouvernements à définir des mesures législatives, administratives et de politique en matière d'APA, indiquent des principes fondamentaux que doivent respecter les parties qui mettent en place un système de consentement préalable donné en connaissance de cause, conformément à l'article 15, paragraphe 5 de la CDB. L'un de ces principes est que le « consentement des parties prenantes concernées, telles que les communautés autochtones et locales [...] devrait également être obtenu » (CDB, 2002). En conclusion, il n'y a pas de différence notable entre les deux expressions. Par ailleurs, pour ce qui est de l'accès aux ressources traditionnelles, les parties devraient prendre en compte le consentement préalable donné en connaissance de cause, si c'est ce que requièrent les protocoles communautaires (article 12, paragraphe 1). En effet, les parties doivent « s'efforcer d'appuyer » l'élaboration des protocoles communautaires relatifs à l'accès aux connaissances traditionnelles (article 12, paragraphe 3 a)).

Dans les deux cas, les parties sont tenues de prendre des mesures « afin de s'assurer que » les ressources génétiques et/ou les connaissances traditionnelles des communautés autochtones et locales sont obtenues avec le consentement préalable donné en connaissance de cause ou avec l'accord et la participation desdites communautés. Il s'agit d'un renforcement des dispositions de la CDB prévues à l'article 8 j) qui ne fait que prescrire l'application sur une plus grande échelle des connaissances traditionnelles, avec l'accord et la participation des communautés.

Cependant, dans les deux cas, cette obligation doit se faire « conformément au droit interne » et les parties ne doivent prendre des mesures que « s'il y a lieu ». Ces deux clauses pourraient donc être lues comme une atténuation de l'obligation d'adopter des mesures si le droit des communautés autochtones et locales relatif aux ressources génétiques est établi. Il reviendrait par conséquent à une partie de décider s'il convient d'adopter des mesures. Une autre interprétation pourrait être qu'une obligation est établie et qu'elle doit être mise en œuvre conformément au droit interne, à l'aide de mesures appropriées. En effet, des pays ont déclaré pendant les négociations que le fait d'assujettir la réglementation de l'accès aux connaissances traditionnelles au droit interne était destiné à donner de la latitude aux pays pour traiter les questions relatives aux connaissances traditionnelles, compte tenu notamment des diverses manières dont les connaissances traditionnelles sont abordées selon les pays.

Se pose alors la question suivante : le droit des communautés autochtones et locales doit-il être « établi » par le droit interne ? Telle est la terminologie utilisée dans l'article 5, paragraphe 2 où est abordé le même thème concernant le partage des avantages. Cependant, cette terminologie n'est pas utilisée dans l'article relatif à l'accès. Par conséquent, il n'y a aucune condition préalable à l'établissement du droit par une législation spécifique. Le droit peut être consacré d'autres façons (par exemple, par des tribunaux), comme montré précédemment. Ce sera particulièrement vrai pour les pays de *common law*. En effet, dans ces pays le terme « droit » inclut le droit écrit, la *common law* et les coutumes et usages (voir, par exemple l'article 160 de la Constitution fédérale de la Malaisie). Il n'en va pas de même pour les pays de droit civil qui ne reconnaissent que la législation spécifiquement adoptée.

Les parties peuvent ou doivent* inclure l'obligation d'obtenir un consentement préalable donné en connaissance de cause pour accéder aux ressources génétiques et/ou aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans leur législation interne ou mesures administratives ou de politique.

*selon l'interprétation qui est faite de l'expression « conformément au droit interne ».

2.6.2 Partage des avantages

Les parties sont tenues de prendre des mesures législatives, administratives et de politique afin de s'assurer que les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques qui sont détenues par les communautés autochtones et locales sont partagées de manière juste et équitable avec les communautés concernées conformément à des conditions convenues d'un commun accord. Toutefois, ces mesures doivent être prises « conformément au droit interne relatif aux droits établis de ces communautés autochtones et locales sur ces ressources génétiques ». Nous avons montré précédemment que ce droit doit être établi par l'État dans la législation. Il ne peut pas être consacré d'une autre manière. Si le droit est établi, les parties ont l'obligation absolue de partager les avantages. Cependant, l'obligation relative aux connaissances traditionnelles est sans réserve et contraignante. Les parties sont tenues de

prendre les mesures appropriées pour que le partage des avantages soit soumis à des conditions convenues d'un commun accord. Il s'agit d'une amélioration des dispositions prévues à la CDB qui ne font qu'*encourager* le partage équitable des avantages (article 8 j)).

Dans leur législation nationale ou leurs mesures administratives ou de politique, les parties doivent s'assurer que le partage des avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques est soumis à des conditions convenues d'un commun accord.

Dans leur législation nationale ou leurs mesures administratives ou de politique, les parties doivent s'assurer que les avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales sont partagés, lorsque ce droit est établi par la législation.

Dans leur législation nationale ou leurs mesures administratives ou de politique, les parties doivent s'assurer que le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales est soumis à l'établissement de conditions convenues d'un commun accord.

2.6.3 Respect des obligations

Les mesures de respect des obligations, que nous avons nommées « mesures destinées au pays utilisateur », concernent également le respect des obligations issues de la législation ou autres exigences réglementaires internes de la partie où les communautés autochtones et locales sont situées, en ce qui concerne l'accès aux connaissances traditionnelles et le partage des avantages découlant de leur utilisation (article 16, paragraphe 1). En réalité, elles sont le reflet de ces dispositions. Les pays utilisateurs doivent également traiter les situations de non-respect des mesures (article 16, paragraphe 2). Cette disposition est elle-aussi identique à celle relative aux mesures destinées aux pays utilisateurs. Les mêmes observations faites précédemment s'appliquent à ces dispositions. Cependant, une omission significative est faite : les dispositions relatives à la surveillance ne font aucune référence aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Bien que les points de contrôle puissent collecter les informations concernant l'utilisation de connaissances traditionnelles qui ont été obtenues sans consentement préalable donné en connaissance de cause ni établissement de conditions convenues d'un commun accord par le fournisseur, ils ne sont pas obligés de le faire. Ils ne sont donc pas non plus obligés d'en rendre compte à l'autorité nationale compétente, au Centre d'échange sur l'APA ou au pays fournisseur. Le certificat reconnu à l'échelle internationale qui doit être fourni au point de contrôle pour prouver que l'accès est licite ne vise que la ressource génétique et ne vise pas la connaissance traditionnelle associée à la ressource. Par ailleurs, parmi les informations que le certificat doit contenir au minimum se trouve la ressource génétique, bien que l'objet du certificat doive être mentionné, mais pas la connaissance traditionnelle associée.

Étant donné que les mesures de surveillance sont destinées à favoriser le respect des obligations et que l'article 16 oblige de prévoir des mesures efficaces destinées aux pays utilisateurs pour qu'ils respectent la législation interne sur le partage des avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, il serait absurde que les mesures de surveillance ne couvrent pas l'utilisation des connaissances traditionnelles, au risque d'envoyer un mauvais message et d'encourager l'appropriation

illicite des connaissances traditionnelles, sans que ce soit le but recherché. La surveillance concerne uniquement la façon de mettre les mesures de respect effectivement en œuvre.

A l'occasion d'une réunion de la CdP/RdP, les pays en développement devraient élaborer les mesures de surveillance et de mise en œuvre concernant les connaissances traditionnelles. C'est en effet capital, car la plupart des affaires de biopiraterie concernent l'utilisation de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

2.6.4 Autres dispositions

i. En s'acquittant de leurs obligations aux termes du Protocole, les parties sont également tenues de prendre en compte, s'il y a lieu, des lois, des protocoles et procédures communautaires, des communautés autochtones et locales relatives aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, et ce « conformément au droit interne » (article 12, paragraphe 1).

ii. Les parties doivent mettre sur pied des mécanismes pour informer les utilisateurs potentiels de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques de leurs obligations en matière d'accès à ces connaissances et de partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation. Ces mécanismes doivent être mis sur pied avec la participation active des communautés autochtones et locales concernées et les mesures doivent être diffusées par le biais du Centre d'échange sur l'APA (article 12, paragraphe 2).

iii. Les Parties doivent s'efforcer d'appuyer l'élaboration par les communautés autochtones et locales de :

- protocoles communautaires relatifs à l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques et au partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation ;
- conditions minimales pour la négociation de conditions convenues d'un commun accord afin d'assurer le partage juste et équitable des avantages ; et
- clauses contractuelles modèles pour le partage des avantages (article 12, paragraphe 3)).

iv. Les parties sont tenues de ne pas limiter l'utilisation coutumière ou l'échange de ressources génétiques et de connaissances traditionnelles associées au sein des communautés autochtones et locales et entre elles (Article 12, paragraphe 4), et ce « dans la mesure du possible » et conformément aux objectifs de la CDB. En somme, l'application de cette disposition relève du pouvoir discrétionnaire de la partie qui ne dispose d'aucun critère objectif établi pour évaluer si le pouvoir discrétionnaire a été exercé adéquatement.

v. Les parties doivent « s'efforcer de coopérer » avec la participation des communautés autochtones et locales concernées, s'il y a lieu, lorsque les mêmes ressources génétiques sont situées sur le territoire de plus d'une partie (Article 11, paragraphe 1). Il est à noter que la « participation effective » des communautés autochtones et locales dans l'élaboration de mécanismes pour informer les éventuels utilisateurs de leurs obligations est devenue, dans l'article 11, paragraphe 1, une simple « participation ».

vi. La même disposition s'applique lorsque les mêmes connaissances traditionnelles associées à des ressources génétiques sont partagées par des communautés autochtones et locales différentes dans plusieurs parties (Article 11, paragraphe 2).

Il faut renforcer ces dispositions dans une décision de la CdP/RdP.

2.6.5 Connaissances traditionnelles publiquement disponibles

Les connaissances traditionnelles publiquement disponibles ont fait l'objet d'intenses et longues négociations. Les pays en développement, emmenés par la Chine, l'Inde et le Népal, ont défendu que ces connaissances n'étaient pas accessibles sans contrainte et que l'obligation d'obtenir un consentement préalable donné en connaissance de cause et d'établir des conditions convenues d'un commun accord pour y accéder s'appliquait. Ils étaient également d'avis que lorsque les connaissances étaient divulguées et/ou que le détenteur des connaissances n'était pas identifiable, il fallait obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause de la partie concernée et établir des conditions convenues d'un commun accord avec elle. Les pays développés y étaient opposés. Certains jugeaient que l'État ne devait pas intervenir ; d'autres estimaient que cela ne relevait pas de la compétence de la CDB au motif que celle-ci ne vise que les détenteurs de connaissances traditionnelles, à savoir les communautés autochtones et locales. Les pays en développement ont réfuté l'argument reposant sur le concept de « domaine public », invoqué par les pays développés pour contester le droit d'obtenir un consentement préalable donné en connaissance de cause et d'établir des conditions convenues d'un commun accord. Premièrement, le concept de « domaine public » servait à montrer l'état antérieur de la technique pour débouter les revendications d'innovation dans les demandes de brevet. Deuxièmement, les obligations découlant de la CDB visaient le partage des avantages lorsque les connaissances traditionnelles étaient acquises et utilisées. Cela n'a rien à voir avec les droits de propriété intellectuelle ou le domaine public.

Les pays en développement ont fait des propositions relatives à deux scénarios précis. La première proposition concernait les cas où les connaissances ont été directement obtenues auprès des communautés autochtones et locales. La seconde se rapportait aux cas où le détenteur des ressources n'était pas identifiable du fait que les connaissances traditionnelles sont transmises depuis de nombreuses générations. Les propositions sont les suivantes :

Article 9, paragraphe 5 :

Les Parties prennent les mesures législatives, administratives et de politique appropriées, afin d'encourager les utilisateurs de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, orales ou documentées ou sous d'autres formes, obtenues auprès d'une source autre qu'une communauté autochtone et locale, à conclure des arrangements de partage juste et équitable avec les détenteurs légitimes de telles connaissances, tel que prévu par la partie qui fournit les ressources.

Article 9, paragraphe 5 bis

Lorsqu'une Partie détient les connaissances traditionnelles au nom des communautés autochtones et locales et que des détenteurs originaux au

sein de ces communautés ne peuvent pas être identifiés, ces Parties peuvent prendre des mesures législatives, administratives ou de politique, selon qu'il convient, afin d'encourager les utilisateurs de ces connaissances à conclure des arrangements de partage juste et équitable avec la Partie concernée au bénéfice des communautés autochtones et locales.

Les parties ont reconnu la diversité des circonstances dans lesquelles les connaissances traditionnelles sont détenues ou possédées par les communautés autochtones et locales, ainsi que les circonstances uniques dans lesquelles certains pays possèdent des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. La Chine, l'Inde et le Népal ont minutieusement expliqué que, dans leur pays, les connaissances traditionnelles étaient détenues à trois niveaux : au niveau des communautés autochtones et locales, au niveau des individus (par exemple, les guérisseurs traditionnels) et au niveau national (c'est-à-dire que les connaissances sont détenues à l'un des deux niveaux précédents ou par un grand nombre de communautés).

Au final, toutes les références à ces dispositions ont été supprimées. Dans le Protocole, il ne reste désormais que les références figurant dans le préambule reconnaissant les circonstances uniques et diverses dans lesquelles les connaissances traditionnelles sont détenues.

Cependant, les pays en développement ont la possibilité de prévoir des mesures couvrant ces circonstances dans leur législation interne sur l'APA. En effet, le libellé mentionné précédemment « Conformément à la législation interne, chaque Partie prend les mesures, selon qu'il convient... » offre la flexibilité nécessaire à cet égard.

2.7 Transfert de technologie

Il faut rappeler que la CDB est fondée sur le principe fondamental selon lequel les ressources sont fournies (essentiellement par les pays en développement) dans le but d'obtenir, en échange, un accès aux technologies et de bénéficier du transfert de technologie par ceux qui ont exploité ces ressources (essentiellement des pays en développement) (Lyle Glowka, 1994). Les pays en développement attendaient du Protocole de Nagoya qu'il donne effet aux dispositions de la CDB relatives au transfert de technologie en incluant des dispositions spécifiques en la matière, à l'instar de l'article 5 du Protocole qui donne effet aux dispositions de l'article 15 de la CDB relatives à l'accès. D'autant plus que l'article premier du Protocole identifie le transfert approprié de technologie comme un élément essentiel à la réalisation de l'objectif de partage juste et équitable des avantages.

L'article 16 de la CDB contient des dispositions approfondies et précises concernant l'accès aux technologies utilisant les ressources génétiques exploitées et le transfert de ces technologies. Les parties sont tenues d'assurer ou de faciliter aux pays fournisseurs l'accès des technologies pertinentes, y compris les biotechnologies, et le transfert de celles-ci, à des conditions justes et les plus favorables, y compris à des conditions de faveur et préférentielles. Si nécessaire, le mécanisme financier de la CDB doit aider à financer ces technologies. Les parties contractantes doivent prendre les mesures législatives, administratives ou de politique générale nécessaires pour assurer aux pays en développement qui fournissent les ressources l'accès à la technologie utilisant ces ressources et le transfert de ladite technologie et pour que le secteur privé facilite l'accès à la technologie, sa mise au point conjointe et son transfert au

bénéfice tant des institutions gouvernementales que du secteur privé des pays en développement. De même, les parties doivent prendre les mesures législatives, administratives ou de politique nécessaires pour assurer la participation effective aux activités de recherche biotechnologique des parties contractantes qui fournissent les ressources génétiques pour ces activités de recherche et prendre des mesures pour encourager et favoriser l'accès prioritaire, sur une base juste et équitable, des pays en développement, aux résultats et avantages découlant des biotechnologies fondées sur les ressources génétiques fournies (article 19 de la CDB).

Toutefois, aux termes du Protocole, les parties sont uniquement tenues d'« appuyer » et d'« encourager » l'accès des pays en développement et des pays les moins avancés aux technologies et le transfert de technologie à ces pays (article 23). Partant du principe que le détenteur de technologie serait constitué du secteur privé plutôt que du pays partie, les pays en développement ont proposé plus tôt dans les négociations d'ajouter aux dispositions de la CDB que les parties collaborent et coopèrent aux programmes de recherche et de développement techniques et scientifiques, y compris les activités de recherche biotechnologique. À cet égard, les pays développés parties doivent prendre des mesures pour inciter le secteur privé agissant sous leur juridiction à appuyer et encourager l'accès des pays en développement aux technologies et le transfert de technologie à ces pays, afin de les aider à asseoir une base technologique et scientifique solide et viable.

Les éléments soulignés n'ont pas été retenus dans le Protocole. Il ne fait aucun doute que les dispositions de la CDB sont diminuées. Le principe fondamental sur lequel la CDB a été négociée en ressort altéré. De même, le Protocole en ressort fondamentalement déséquilibré, car les dispositions en matière d'accès vont dans le prolongement des dispositions de la CDB et vont même plus loin, mais, à l'inverse, les dispositions relatives au transfert de technologie amoindrissent les provisions de la CDB.

Pourtant, l'article 23 débute ainsi :

« Conformément aux articles 15, 16, 18 et 19 de la Convention, les Parties collaborent et coopèrent aux programmes de recherche et de développement techniques et scientifiques, y compris les activités de recherche biotechnologique, afin de réaliser l'objectif du présent Protocole. »

L'article 23 devant être lu à la lumière des articles 16 à 19 de la CDB, il ne fait pas de doute qu'il doit étayer la Convention en promouvant la collaboration et la coopération dans les activités de recherche et de développement pertinentes. Ainsi, parmi les articles de la CDB auxquels l'article 23 du Protocole doit être conforme, figurent l'article 16, paragraphe 4, et l'article 19, paragraphe 1, obligeant les parties à prendre des mesures législatives, administratives et de politique générale pour que le secteur privé facilite l'accès des pays en développement à la technologie et son transfert à ces pays et pour assurer la participation effective des pays fournisseurs aux activités de recherche biotechnologique. Qui plus est, le partage des avantages devra contribuer à la réalisation de l'objectif du Protocole (article 1 et article 5, paragraphe 1). Parmi les avantages non-matérielles prévus par le Protocole, il y a le partage des résultats des activités de recherche et de développement, le transfert des technologies à des conditions justes et les plus favorables et le renforcement des capacités en matière de transfert de technologie (Annexe 1).

Les pays en développement devraient inscrire ces obligations de partage des avantages par l'intermédiaire d'une décision de la CdP/RdP, ainsi qu'insérer ces mesures dans leur législation ou mesures administratives ou de politiques nationales. Ils devraient également inclure ces obligations dans les conditions convenues d'un commun accord.

2.8 Recherche à des fins non commerciales

Aux termes du Protocole, les parties doivent prévoir, dans leur législation nationale, des mesures simplifiées d'accès pour la recherche à des fins non commerciales (article 8 a)), notamment pour créer des conditions propres à promouvoir et encourager la recherche. La recherche doit contribuer à la conservation de la diversité biologique et à en assurer l'utilisation durable, en particulier dans les pays en développement. Il convient de noter que les procédures simplifiées n'exemptent pas un utilisateur d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause et de partager de façon juste et équitable les avantages. Cet article abolit tout simplement l'exigence plus détaillée en matière d'accès destiné à la recherche à des fins commerciales.

Le Protocole impose également aux parties de prendre en compte « la nécessité d'aborder le changement d'intention de cette recherche », c'est-à-dire le fait que la recherche réalisée, au départ, à des fins non commerciales servent finalement des fins commerciales. Il a déjà été dit à de nombreuses reprises que la frontière entre la recherche à des fins non commerciale et la recherche à des fins commerciales est inexorablement floue. Beaucoup des résultats de recherche menée au départ à des fins non commerciales finissent par être acquis ou utilisés par des industries à des fins commerciales. En pratique, c'est un élément difficile à surveiller s'il y a un changement d'intention de la recherche. Certains pays exigent la rédaction régulière d'un rapport de recherche. D'autres demandent également aux chercheurs de faire une déclaration solennelle sur l'intention de leurs activités et de s'engager à notifier tout changement d'intention. Les fausses déclarations sont passibles d'une peine d'emprisonnement.

Les pays en développement peuvent, dans leur législation nationale, prendre les mesures nécessaires pour simplifier les procédures en ce qui concerne la recherche pure à des fins non commerciales qui contribue à la conservation de la diversité biologique et à son utilisation durable.

La législation doit rendre obligatoire d'informer les autorités d'un changement d'intention à des fins commerciales, dans quel cas le partage juste et équitable des avantages doit être soumis à des conditions convenues d'un commun accord. À cet égard, les pays pourraient demander aux chercheurs de faire une déclaration solennelle sur l'intention de leurs activités et de s'engager à notifier tout changement d'intention. Cette déclaration pourrait notamment inclure l'obligation de régulièrement produire un rapport de recherche. Les fausses déclarations devraient être passibles d'une peine d'emprisonnement.

2.9 Non-Parties

L'article 24 du Protocole se réfère brièvement aux non-parties :

« Les Parties encouragent les non-Parties à respecter le Protocole et à communiquer au Centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages des renseignements appropriés. »

Il s'agit d'une adaptation de l'article 24, paragraphe 2 du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques. Aux fins de cet article, les parties sont tenues d'encourager les non-parties à appliquer les principes et même l'objectif du Protocole, à savoir le partage juste et équitable des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques, dérivés et connaissances traditionnelles associées aux ressources. Rien n'est dit sur la façon dont les parties doivent mettre ces dispositions en place. Les non-parties sont également encouragées à communiquer au Centre d'échange toute information relative à l'accès les concernant. La finalité est de recueillir le plus d'informations possibles et de les mettre à la disposition de toutes les parties.

Cependant, une précédente proposition, qui paraphrase l'article 24, paragraphe 1 du Protocole de Cartagena, a été supprimée du Protocole :

« Les activités et mouvements transfrontières concernant l'accès et le partage des avantages relatifs aux ressources génétiques et à leurs dérivés entre les Parties et les non-Parties sont compatibles avec le Protocole et la Convention ».

La suppression de cette disposition est regrettable, car elle aurait garanti que les parties adhèrent aux objectifs du Protocole et contribuent à leur réalisation lorsqu'elles traitent avec des non-parties. Étant donné que le Protocole ne peut créer des obligations pour les non-parties, il aurait été de la responsabilité de toute partie traitant avec une non-partie d'assurer la conformité avec l'objectif du Protocole, c'est-à-dire le partage juste et équitable des avantages, en donnant un accès satisfaisant aux ressources et en transférant la technologie pertinente. Tout arrangement conclu avec une non-partie serait fondé sur le principe d'équivalence pour réaliser cet objectif. Ainsi, ce type d'arrangements ne sape pas le Protocole, ne met pas en place une double norme pour les transactions relatives aux ressources génétiques, connaissances traditionnelles et dérivés et garantit que les non-parties ne bénéficient pas d'un avantage compétitif en ne se joignant pas au Protocole. C'est pour éviter que des situations comme celles-ci ne se produisent que les traités permettent en général aux parties de prendre des engagements avec des non-parties, tant que la transaction est compatible avec les objectifs du traité en question.

2.10 Mécanisme multilatéral mondial de partage des avantages

Aux fins du Protocole, les parties doivent considérer la nécessité et les modalités d'un mécanisme multilatéral mondial de partage des avantages pour traiter le partage juste et équitable des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui se trouvent dans des situations transfrontières ou pour lesquelles il n'est pas possible d'accorder ou d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause (article 10).

Deux situations transfrontières sont décrites dans le Protocole :

- a) Lorsque les mêmes ressources génétiques sont situées *in situ* sur le territoire de plus d'une Partie
- b) Lorsque les mêmes connaissances traditionnelles associées à des ressources génétiques sont partagées par des communautés autochtones et locales différentes dans plusieurs Parties.

Le Groupe africain n'a eu cesse de plaider pour la création de ce mécanisme depuis la cinquième réunion du groupe de travail à Montréal en 2007.

Aussi étrange que cela puisse paraître, l'article 10 devance les discussions de la CdP/RdP sur la question de savoir s'il convient d'instaurer un mécanisme mondial et dispose de la finalité et des bénéficiaires du partage des avantages, c'est-à-dire que le partage se fera par l'intermédiaire de ce mécanisme et dans le but de soutenir la conservation des composants et leur utilisation durable à l'échelle mondiale. Ainsi, le partage doit être fait entre les pays où la ressource « transfrontière » se trouve dans les situations mentionnées à l'article 11. Au titre de cet article, lorsque les mêmes ressources génétiques sont situées *in situ* sur le territoire de plus d'une partie, les parties concernées doivent s'efforcer d'appliquer le Protocole, autrement dit de partager les avantages. Cela veut dire que les parties concernées sont tenues de coopérer pour partager les avantages et qu'elles seront les seules à en tirer parti. Les mêmes dispositions s'appliquent aux connaissances traditionnelles qui sont partagées par des communautés autochtones et locales différentes dans plusieurs Parties. Des législations régionales sur l'APA ont pour but de prévoir les mesures nécessaires à la création d'un mécanisme collectif pour résoudre le partage des avantages dans les cas où la ressource est propre à la région (voir, par exemple, le projet d'accord-cadre sur l'accès aux ressources biologiques et génétiques de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, 2004, article 7, paragraphe 4 : « lorsque les ressources biologiques ou génétiques sont originaires de plusieurs parties »). En outre, les parties sont libres de tirer profit des avantages comme ils le souhaitent. L'article 9 encourage les utilisateurs et les fournisseurs à orienter les avantages découlant de l'utilisation des ressources vers la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique. Cependant, aux termes de l'article 10 les avantages doivent être utilisés pour soutenir la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique.

L'autre situation pour laquelle les parties doivent examiner s'il convient de créer un mécanisme mondial est celle où il n'est pas possible d'accorder ou d'obtenir le consentement préalable donné en connaissance de cause. Quels sont les scénarios envisagés par cette disposition ?

Premièrement, pour ce qui est des parties à la CDB, cette disposition ne peut pas couvrir les collections recueillies avant l'entrée en vigueur de la CDB. En effet, le Protocole est adopté en vertu de la CDB, laquelle ne s'applique pas aux collections recueillies avant son entrée en vigueur. Le Protocole déclare également qu'il couvre les ressources génétiques entrant dans le champ d'application de l'article 15 de la CDB. Au sens de l'article 15, paragraphe 3 de la CDB, les ressources génétiques sont uniquement :

- a) Les ressources fournies par des parties qui sont des pays d'origine de ces ressources, tel que défini à l'article 2
- b) Les ressources fournies par des parties qui les ont acquises conformément à la CDB.

Au titre de la Convention, les fournisseurs peuvent prétendre bénéficier des avantages découlant de l'utilisation de ces deux catégories de ressources génétiques uniquement.

Concernant la dernière catégorie, deux cas distincts sont exclus :

- a) Les ressources acquises avant l'entrée en vigueur de la CDB, et
- b) Les ressources acquises illégalement par l'intermédiaire du pays d'origine après l'entrée en vigueur de la CDB (Lyle Glowka, 1994).

Deuxièmement, cette disposition suppose que les collections *ex situ* n'entrent pas dans le champ d'application de la CDB (Lyle Glowka, 1994, p. 79 ; Moore & Tymowski, 2005, p. 9). Les centres d'échange désignés antérieurement et situés essentiellement dans les pays en développement, ou sous le contrôle de ces pays, ont obtenu ces ressources auprès d'agriculteurs et de pays en développement avant l'entrée en vigueur de la CDB. Ces collections sont constituées de germoplasmes uniques qui peuvent en général être simultanément obtenus auprès des pays fournisseurs. Il est donc nécessaire de se pencher sur l'accès et le partage des avantages découlant de l'utilisation de ces ressources. L'article 10 permet d'en étudier la nécessité pour trouver une solution à ce problème en suspens et, le cas échéant, la façon de procéder.

Au moment de la finalisation de la CDB, il existait une situation semblable. À l'époque, il y avait de grandes collections *ex situ* de ressources génétiques qui avaient été constituées avant l'entrée en vigueur de la CDB et qui étaient conservées dans les banques de gènes des CIRA du GCRAI, ainsi que dans de nombreuses autres collections nationales. En adoptant le texte convenu de la CDB à Nairobi en mai 1992, les parties ont demandé à ce qu'une solution soit trouvée en ce qui concerne l'accès aux collections *ex situ* qui n'avaient pas été constituées conformément à la Convention et dans le respect des droits des agriculteurs. Les négociations ont commencé sous l'égide de la FAO et se sont terminées par l'adoption du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, en 2001, qui est entré en vigueur en 2004. Il aura fallu dix ans pour que le traité se concrétise.

Un article similaire de la CDB (article 19, paragraphe 3), invitant les parties à examiner s'il convient d'instaurer un protocole et d'en fixer les modalités, a débouché sur la création du Protocole de Cartagena. Il aura fallu six longues années, six réunions du groupe de travail, une réunion extraordinaire de la CdP qui n'a pas abouti, trois consultations informelles et une session de reprise de la CdP pour conclure le Protocole de Cartagena.

En examinant l'article 10, les parties pourraient tenter de résoudre la question des avantages découlant de l'utilisation après l'entrée en vigueur du Protocole de ressources génétiques acquises avant son entrée en vigueur.

Entre-temps, pour ce qui est des collections *ex situ*, une solution pourrait être trouvée dans le cadre de la CdP/RdP, à partir de l'examen présenté précédemment (dans la section « champ d'application temporel »), pour que ces centres acceptent d'informer le pays d'origine, lorsqu'il est connu, de toute demande d'accès à ses ressources génétiques afin qu'il donne son consentement préalable en connaissance de cause et qu'il établisse des conditions convenues d'un commun accord. L'intégrité du Protocole sera ainsi préservée.

Les pays en développement devraient tirer un enseignement du long processus de résolution du problème des collections *ex situ* pour examiner s'il convient de mettre en

place un mécanisme mondial et, le cas échéant, réfléchir rapidement sur les modalités de ce mécanisme. Cela vaut également pour l'examen de la question de l'utilisation continue des ressources acquises avant l'entrée en vigueur du Protocole.

Entre-temps, ils devraient s'efforcer de trouver une solution temporaire, dans une décision de la CdP/RdP, au problème d'accès aux collections *ex situ* lorsque le pays d'origine est connu.

3. RÉSUMÉ

Un résumé des sujets-clés abordés dans le présent document est présenté ci-dessous.

3.1 Champ d'application

- **Dérivés :** L'expression « utilisation des ressources génétiques » fournit une base solide à partir de laquelle étendre le champ d'application du Protocole aux composants biochimiques dérivés des ressources génétiques. Parmi ces derniers figurent les dérivés qui ne font plus partie de la ressource génétique et qui, par conséquent, ne contiennent plus d'unités fonctionnelles d'hérédité. Cette expression est également employée dans les dispositions relatives à l'accès, au partage des avantages et à la conformité. C'est pourquoi ces dispositions s'appliquent également aux dérivés. Il convient de noter que les dispositions relatives à l'accès couvrent les composants biochimiques à part entière de ressources génétiques. Enfin, les activités de recherche et de développement englobées dans la définition de l'expression « utilisation des ressources génétiques » couvrent la chaîne intégrale allant de la recherche sur la ressource génétique et/ou le composant biochimique jusqu'à la commercialisation, en passant par la modification de la ressource génétique et les résultats des activités de recherche et de développement, y compris toute information et tout savoir-faire.
- **Champ d'application temporel :** Le fait que le Protocole couvre les utilisations nouvelles et continues des ressources génétiques et de leurs dérivés obtenus avant l'entrée en vigueur du Protocole ne porte pas atteinte au principe de non-rétroactivité. Pareille interprétation est conforme au droit international. Les pays ont donc la possibilité de légiférer en la matière.
- **Pathogènes :** Il ne fait aucun doute que les pathogènes (qui sont un sous-ensemble des ressources génétiques) entrent dans le champ d'application du Protocole, tel que le montre une référence spécifique au seizième alinéa du préambule, et que les dispositions relatives au partage des avantages s'appliquent à l'accès. En mettant l'article 4, paragraphes 3 et 4, et l'article 8 b) en parallèle, les conclusions suivantes peuvent être tirées :
 - a. Un pays peut élaborer une loi nationale qui traite les pathogènes comme une ressource génétique et les soumet aux exigences en matière d'APA.
 - b. Les pays peuvent également prendre d'autres engagements collectifs (notamment dans un accord type de transfert de matériel dans le cadre d'une instance internationale comme l'OMS) qui s'accorde avec l'objectif en matière d'APA inscrit au Protocole. L'accord doit donc inclure le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des virus (un partage qui devrait être rapide si l'accès aux virus est rapide), l'accès aux ressources et le transfert des technologies pertinentes en rapport avec la mise au point de vaccins contre les pathogènes. Les pays en développement doivent pouvoir obtenir les vaccins à des prix abordables.
 - c. En élaborant leur législation nationale ou mesures administratives ou de politique, les parties au Protocole n'ont pas l'obligation de prendre en compte les travaux ou pratiques en cours à l'OMS en ce qui concerne les pathogènes. Elles ont uniquement l'obligation d'étudier la possibilité de prendre en compte ces travaux ou pratiques.

3.2 Partage des avantages

L'article 5 du Protocole concerne le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des applications et de la commercialisation ultérieures. Il ne s'agit que d'une extension de la définition du terme « utilisation ». Le partage des avantages doit être juste et équitable. Les parties sont libres de déterminer ce que représente un tel partage selon leurs besoins dans des conditions convenues d'un commun accord. Les pays peuvent adopter les conditions minimales qui sont conseillées d'être incluses pour remplir le critère de partage juste et équitable dans leur législation nationale en matière d'APA. Certaines de ces conditions sont indiquées à l'article 6, paragraphe 3 g) du Protocole. Les pays en développement pourraient envisager d'élaborer des clauses contractuelles modèles pour plus de commodité, ce qui serait particulièrement utile lorsque les ressources génétiques sont propres à une région afin d'éviter tout assouplissement des conditions.

3.3 Respect des obligations

Les pays ayant sous leur juridiction des utilisateurs de ressources génétiques doivent prendre des mesures « efficaces, appropriées et proportionnées » en matière de conformité. Les pays en développement peuvent, dans leur législation nationale et dans une décision de la CdP/RdP, fixer des critères précis et objectifs de ce qui constituent des mesures « efficaces, appropriées et proportionnées ». Les pays auraient également la possibilité de légiférer sur le refus de donner l'accès aux ressources génétiques aux utilisateurs dont le pays n'a pas adopté de mesures qui remplissent ce critère.

Aux termes du Protocole, les parties sont tenues de définir un ou plusieurs points de contrôle chargés de surveiller le respect des obligations. Les parties sont libres de désigner leur point de contrôle. Les pays en développement pourraient faire en sorte que la CdP/RdP décide :

- a. que les points de contrôle désignés seront les points efficaces en termes de surveillance du respect des obligations ;
- b. que les parties auront un délai pour communiquer au Secrétariat les points de contrôle qu'ils ont désignés ;
- c. d'évaluer si les points de contrôle sont efficaces en termes de surveillance du respect des obligations et de la transparence concernant l'utilisation des ressources génétiques, dont les dérivés, tout en gardant à l'esprit le critère visé à l'article 17, paragraphe 1 a) iv) ;
- d. que s'il s'avère que les points de contrôle ne remplissent pas les critères énoncés, la partie sera tenue de désigner un autre point de contrôle approprié ;
- e. qu'il sera considéré qu'une partie ne respecte pas ses obligations si elle ne désigne pas un point de contrôle approprié ;
- f. que les pays où les utilisateurs doivent déjà répondre à des obligations en matière de communication des informations aux offices de brevets seront obligés de désigner ces offices en tant que points de contrôle ;
- g. que d'autres pays seront tenus de s'efforcer de désigner ces offices comme points de contrôle ;
- h. que la fourniture d'un certificat reconnu à l'échelle internationale sera un moyen de remplir l'obligation de communiquer les informations aux points de contrôle.

Les parties pourraient également disposer dans leur législation nationale que l'accès sera refusé aux utilisateurs tant que leurs pays n'auront pas désigné des points de contrôle que la CdP/RdP estime appropriés. Tant que la CdP/RdP estime que les points de contrôle ne sont pas appropriés, les parties peuvent refuser l'accès à leurs ressources génétiques aux utilisateurs des pays qui n'ont pas désignés de points de contrôle efficaces.

3.4 Accès à la justice

Les pays en développement devraient, dans des décisions de la CdP/RdP et dans leur législation nationale, préciser ce que signifie l'expression « accès à la justice » figurant à l'article 18 du Protocole. Aux fins de cet article, les pays utilisateurs doivent prendre des mesures efficaces pour garantir aux pays fournisseurs de pouvoir obtenir réparation, dans leur système juridique, si les conditions convenues d'un commun accord n'ont pas été respectées. Le concept d'« accès à la justice » englobe plusieurs aspects figurant à la Convention d'Aarhus. Il comprend l'obligation de fournir un accès aux procédures administratives ou judiciaires pour engager une action en cas de violations de la législation nationale tel que prévu à l'article 18, paragraphe 2 du Protocole. Il englobe également l'obligation de donner le droit à un grand nombre de personnes de former un recours contre toute violation de la législation nationale devant un organe judiciaire ou tout autre organisme neutre et indépendant, comme un médiateur. Parmi ces organismes, il y a les organisations non gouvernementales et les communautés autochtones et locales. Il est important de noter que « l'accès à la justice » oblige également un État à garantir que les coûts afférents aux recours ne sont pas prohibitifs. Les États doivent donc offrir un cadre accessible et financièrement abordable.

3.5 Connaissances traditionnelles

Le Protocole étaye les dispositions de la CDB en matière de connaissances traditionnelles. Cependant, ces dispositions sont soumises à la législation nationale. Il devrait être précisé que cela a pour but de permettre aux pays de refléter les diverses manières dont les connaissances traditionnelles sont abordées selon les pays. Dans le Préambule, les parties reconnaissent « les circonstances uniques dans lesquelles certains pays possèdent des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques ». Le qualificatif ne devrait pas être interprété de manière à limiter les droits des communautés autochtones et locales. Qui plus est, il est nécessaire de préciser, dans une décision de la CdP/RdP et dans les législations nationales, que rien dans le Protocole n'autorise d'exploiter les connaissances traditionnelles publiquement disponibles ou divulguées et dont le détenteur n'est pas identifiable (et qui sont donc détenues par l'État) sans avoir obtenu un consentement préalable donné en connaissance de cause et avoir établi des conditions convenues d'un commun accord. Les travaux effectués sous l'égide d'autres instances (comme l'OMPI) ne devraient pas pouvoir affaiblir cette exigence, car cela serait contraire aux objectifs de la CDB et du Protocole.

3.6 Transfert de technologie

Le Protocole restreint les dispositions de la CDB relatives au transfert de technologie. Il est primordial que la CdP/RdP réaffirme que les dispositions du Protocole consolident les obligations découlant de l'article 16 de la CDB. À cet égard, les parties devraient être tenues, entre autres, d'inciter le secteur privé agissant sous leur juridiction à appuyer et encourager

l'accès des pays en développement aux technologies et le transfert de technologie à ces pays afin de les aider à asseoir une base technologique et scientifique solide et viable. Ainsi, l'article 16, paragraphe 4 de la CDB deviendrait effectif.

4. CONCLUSION

C'est un fait notoire que le Protocole de Nagoya a été finalisé dans les toutes dernières heures de la dixième réunion de la CdP dans l'espoir de sceller un instrument contraignant en matière d'APA. C'est pourquoi, le Protocole représente, au mieux, un texte partiellement négocié. Pendant les négociations, la transparence, la certitude juridique et l'équilibre semblent avoir été sacrifiés. Toutefois, l'aspect positif est que les dispositions générales, rédigées dans le but de concilier des positions apparemment opposées, offrent une flexibilité considérable. Ainsi, les pays en développement sont libres de choisir les options qui s'offrent à eux dans leur législation nationale, et par l'intermédiaire de la CdP/RdP, au moment crucial de la mise en œuvre du Protocole, dès qu'il sera ratifié. Il faut espérer que le Protocole sera l'instrument qui soutiendra véritablement les législations et politiques nationales en matière d'APA dans la lutte contre la biopiraterie et dans la restauration de l'équité dans l'échange des ressources génétiques à travers le monde. Enfin, ce n'est que sur la base du partage juste et équitable des avantages que les objectifs de conservation et d'utilisation durable de la diversité biologique prévus à la CDB peuvent être réalisés.

BIBLIOGRAPHIE

-  Assemblage de dispositifs soumis par les Parties, gouvernements, organisations internationales, communautés autochtones et locales et parties prenantes concernées en rapport avec les principaux éléments du régime international d'accès et de partage des avantages énumérés dans l'annexe I de la décision IX/12, Addendum I (2009): UNEP/CBD/WG-ABS/7/5. Disponible à l'adresse : <http://www.cbd.int/wgabs7/doc>
-  *Business Week*, 'Avoiding the Inventors Lament', 10 novembre 2005.
-  Coombe, R.J. (1998). Intellectual property, human rights & sovereignty: new dilemmas in international law posed by the recognition of indigenous knowledge and the conservation of biodiversity, 6 *Indiana Journal Global Legal Studies*. 59, 102.
-  Glowka, L, et al. (1994). *Guide de la Convention sur la diversité biologique*. UICN, Gland et Cambridge, p. 6.
-  *Kerajaan Negeri Johor v Adong Kuwau* [1998] 2 CLJ 665.
-  *Mabo and Another v State of Queensland and Another* [1988] 83 A.L.R. 14
-  Moore G. et Tymowski W. (2005). *Guide explicatif du traité international sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture*, UICN, Gland (Suisse) et Cambridge (Royaume-Uni).
-  Nijar, G. S. (2011). *CEBLAW Brief - The Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing of Genetic Resources: An Analysis*. Kuala Lumpur : CEBLAW.
-  Nijar, G. S. (Mars 2011). *Le Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages (APA) et les pathogènes*. Rapport sur les politiques N° 4, 11 mars 2011. Genève : Centre Sud.
-  Rapport de la réunion du groupe d'experts techniques et juridiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte du régime international d'accès et de partage des avantages, Hyderabad, 16-19 juin 2009 : UNEP/CBD/WG-ABS/8/2. Disponible à l'adresse <http://www.cbd.int/doc/?meeting=ABSGTLE-03>
-  Secrétariat de la CDB. (2002). *Lignes directrices de Bonn sur l'accès sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation*. Montréal, Canada.
-  Secrétariat de la CDB. (2003). *Handbook of the Convention on Biological Diversity*. 2^e édition, Montréal, Canada.
-  Union for Ethical Biotrade. (2010). *Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing - Technical Brief*. Genève, Suisse.

ANNEXE

PROTOCOLE DE NAGOYA SUR L'ACCÈS AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES ET LE PARTAGE JUSTE ET ÉQUITABLE DES AVANTAGES DÉCOULANT DE LEUR UTILISATION RELATIF À LA CONVENTION SUR LA DIVERSITÉ BIOLOGIQUE

Préambule	
Article 1.	Objectif
Article 2.	Emploi des termes
Article 3.	Champ d'application
Article 4.	Relation avec les autres accords et instruments internationaux
Article 5.	Partage juste et équitable des avantages
Article 6.	Accès aux ressources génétiques
Article 7.	Accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques
Article 8.	Considérations spéciales
Article 9.	Contribution à la conservation et à l'utilisation durable
Article 10.	Mécanisme multilatéral mondial de partage des avantages
Article 11.	Coopération transfrontière
Article 12.	Connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques
Article 13.	Correspondants nationaux et autorités nationales compétentes
Article 14.	Centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages et échange d'information
Article 15.	Respect de la législation ou des exigences internes relatives à l'accès et au partage des avantages
Article 16.	Respect de la législation ou des exigences internes en matière d'accès et de partage des avantages relatifs aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques
Article 17.	Surveillance de l'utilisation des ressources génétiques
Article 18.	Conformité aux conditions convenues d'un commun accord
Article 19.	Clauses contractuelles modèles
Article 20.	Codes de conduite, lignes directrices et/ou normes de meilleures pratiques
Article 21.	Sensibilisation
Article 22.	Capacités
Article 23.	Transfert de technologie, collaboration et coopération
Article 24.	Non-Parties
Article 25.	Mécanisme de financement et ressources financières
Article 26.	Conférence des Parties siégeant en tant que réunion des Parties au Protocole
Article 27.	Organes subsidiaires
Article 28.	Secrétariat
Article 29.	Suivi et établissement des rapports
Article 30.	Procédures et mécanismes propres à encourager le respect des dispositions du présent Protocole
Article 31.	Évaluation et examen
Article 32.	Signature
Article 33.	Entrée en vigueur
Article 34.	Réserves
Article 35.	Dénonciation
Article 36.	Textes faisant foi
Annexe	Avantages monétaires et non monétaires



**Chemin du Champ d'Anier 17
PO Box 228, 1211 Genève 19
Suisse**

Tél. : (41 22) 791 8050

Fax : (41 22) 798 8531

Email : south@southcentre.org

Site Internet :

<http://www.southcentre.org>

ISSN 1819-6926