UICN
Union mondiale pour la nature

Au-delà de l'accès : l'application du partage juste et équitable des avantages en vertu de la CDB

Série APA N° 2

Morten Walløe Tvedt et Tomme Young

UICN, Droit et politique de l'environnement, n° 67/2

FRIDTJOF NANSENS INSTITUTT
INSTITUT FRIDTJOF NANSEN

Au-delà de l’accès :

l’application du partage juste et équitable des avantages en vertu de la CDB

Au-delà de l'accès :

l'application du partage juste et équitable des avantages en vertu de la CDB

Morten Walløe Tvedt et Tomme Young

UICN, Droit et politique de l'environnement, n° 67/2

UICN
Union mondiale pour la nature

La terminologie géographique employée dans cet ouvrage, de même que sa présentation, ne sont en aucune manière l'expression d'une opinion quelconque de la part de l'UICN ou du Ministère fédéral allemand de la coopération économique et du développement (BMZ) sur le statut juridique ou l'autorité de quelque pays, territoire ou région que ce soit, ou sur la délimitation de ses frontières.

Les opinions exprimées dans cette publication ne reflètent pas nécessairement celles de l'UICN ou du BMZ.

L'UICN et BMZ déclinent toute responsabilité en cas d'erreurs ou d'omissions intervenues lors de la traduction en français de ce document dont la version originale est en anglais.

Le présent ouvrage a été publié en partie grâce au soutien financier du BMZ.

Publié par : UICN, Gland (Suisse), en collaboration avec le Centre du droit de l'environnement de l'UICN, Bonn (Allemagne)

Droits d'auteur : © 2009 Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources

La reproduction de la présente publication à des fins non commerciales, notamment éducatives, est permise sans autorisation écrite préalable du détenteur des droits d'auteur à condition que la source soit dûment citée.

La reproduction de cette publication à des fins commerciales, notamment en vue de sa vente, est interdite sans autorisation écrite préalable du détenteur des droits d'auteur.

Citation : Tvedt, Morten Walløe et Young, Tomme (2009). *Au-delà de l'accès : l'application du partage juste et équitable des avantages en vertu de la CDB*. UICN, Gland (Suisse) xxii + 151 pp.

Traduit par : Claire Guérin & Rachid Titouah, International Translation Agency Ltd (Malte)

ISBN : 978-2-8317-1065-5

Couverture conçue par : Centre du droit de l'environnement de l'UICN

Image de couverture : Beverly Lorenc

Mise en page : ceterum printdesign – Dieter Müller, 53340 Meckenheim (Allemagne)

Produit par : Centre du droit de l'environnement de l'UICN

Imprimé par : medienHaus Plump, 53619 Rheinbreitbach (Allemagne)

Disponible auprès de : Service des publications de l'UICN
Rue Mauverney 28
1196 Gland
Suisse
Tel: +41 22 999 0000
Fax: +41 22 999 0010
books@iucn.org
www.iucn.org/publications

Il existe aussi un catalogue des publications de l'UICN

Cet ouvrage est imprimé sur du papier Novatech 90g produit à partir du bois de forêts gérées de façon responsable.

Sommaire

Avant-propos xi
Préface de l'éditrice de la *Série* xiii
Un mot sur la *Série* xv
Préface xvii
Remerciements xix
Sigles et acronymes xxi

Chapitre 1 Introduction : *au-delà de l'accès* 1
1.1 Questions à débattre *au-delà l'accès* 2
1.2 Objectif et approche 3

Chapitre 2 Le régime APA et l'utilisateur 5
2.1 Généralités sur le concept APA : Article 15 de la CDB et décisions s'y rapportant 6
2.2 Les exigences de la CDB au-delà de l'accès 8
2.3 Les deux aspects des mesures APA : qu'entend-on par « mesures visant les utilisateurs » ? 10
2.4 Terminologie : les concepts d'utilisateur et fournisseur 11
2.4.1 Les parties au contrat : « utilisateur », « fournisseur » et « intermédiaire » 12
2.4.2 « Pays utilisateur », « pays fournisseur », « pays source » et « pays d'origine » 12
2.5 Corrélation entre les obligations « d'accès » et de « partage des avantages » 14
2.6 Déficit conceptuel de l'APA 14
2.7 Obstacles propres à la mise en œuvre de l'APA 17
2.7.1 Insécurité juridique 17
2.7.2 Dispositions internationales axées sur les actions APA privées 17
2.7.3 Application du droit des contrats à un nouveau concept de biens ou droits fondés sur des ressources 18
2.7.4 Absence de mesures incitant à la fondation du système 18
2.8 Importance juridique et politique de la problématique APA 19

Chapitre 3 Conformité du pays utilisateur aux Lignes directrices de Bonn 21
3.1 Une approche fonctionnelle 21
3.2 « Mesures nationales applicables à l'utilisateur » examinées dans ce chapitre 23
3.2.1 Lois étudiées dans le détail 24
3.2.1.1 La Norvège 24
3.2.1.2 Les États-Unis 25
3.2.1.3 Le Costa Rica 26
3.2.1.4 Le Brésil 26
3.2.2 Autres pays dotés de mesures et de processus importants 26
3.2.3. Autres études et analyses 28
3.3 Obligations juridiques des utilisateurs 28
3.3.1 Conformité du pays source aux lois APA 29
3.3.1.1 Conformité des utilisateurs à l'APA 29
3.3.1.2 Utilisateurs et non respect des obligations APA imposées par le pays source 31
3.3.1.3 Rôle du gouvernement en tant qu'utilisateur et conseiller de l'utilisateur 34
3.3.1.4 Demandes de brevet et divulgation 35

3.3.2 Critères de performance 36
3.3.2.1 Identification et application de la loi du pays source 37
3.3.2.2 Mesures visant les utilisateurs en cas de non divulgation du pays source 37
3.3.2.3 Problèmes pratiques : l'application des lois du pays source 38
3.3.2.4 « Le partage équitable » 39
3.3.2.5 L'application régulière de la loi 39
3.3.3 Application des droits des fournisseurs étrangers en vertu des lois du pays utilisateur 40
3.3.3.1 Accès du pays source aux informations relatives à l'utilisation des ressources génétiques dans le pays utilisateur 40
3.3.3.2 Rôle de la divulgation dans l'application de l'APA 40
3.3.3.3 Réparation et sanctions dans les pays utilisateurs 41
3.3.3.4 Difficultés supplémentaires : la non divulgation de l'origine 44
3.4 Responsabilités administratives relatives à l'utilisateur 44
3.5 Moyens pratiques d'encourager l'adoption des mesures visant les utilisateurs 46
3.5.1 Dispositions contraignantes 46
3.5.2 Dispositions non contraignantes (mesures volontaires et recommandations) 46
3.5.3 Mesures incitatives 47
3.6 Synthèse : adoption de mesures nationales visant les utilisateurs dans le cadre des Lignes directrices de Bonn 50

Chapitre 4 Analyse des piliers du concept APA en matière d'utilisateur 51
4.1 Politiques de base relatives aux avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques 53
4.1.1 Nature des « ressources génétiques » 53
4.1.1.1 Concept d' « unités fonctionnelles de l'hérédité » 54
4.1.1.2 Concept de « valeur réelle ou potentielle » 55
4.1.1.3 Les « ressources génétiques » dans les instruments nationaux et internationaux 55
4.1.1.4 Synthèse : ressources biologiques contre ressources génétiques 57
4.1.2 Nature des activités qui constituent une « utilisation des ressources génétiques » 58
4.1.2.1 Élément sous-jacent 58
4.1.2.2 Définition d'« utilisation des ressources génétiques » 58
4.1.2.3 Valeur du concept 59
4.1.3 Nature du « partage des avantages » découlant de l'utilisation des ressources génétiques 60
4.1.3.1 Qu'entend-on par « avantages » aux fins de l'Article 15.7 ? 60
4.1.3.2 À qui appartiennent les avantages ? 61
4.1.3.3 Quels avantages « découlent » de l'utilisation des ressources génétiques ? 61
4.2 Fonctionnalité des trois mécanismes de déclenchement du partage des avantages 62
4.2.1 Le premier déclencheur : les « ressources génétiques » en tant qu'élément fonctionnel 63
4.2.1.1. Option 1 : les « ressources génétiques » synonymes de « ressources biologiques » 63
4.2.1.2 Option 2 : les « ressources génétiques » en tant que « matériel génétique » 64
4.2.1.3 Option 3 : les « ressources génétiques » se réfèrent aux « informations génétiques » immatérielles 64

4.2.1.4 Option 4 : les « ressources génétiques » combinent éléments physiques et informations 65
4.2.1.5 Synthèse : les ressources génétiques en tant que déclencheur 65
4.2.2 Le second déclencheur : l' « utilisation des ressources génétiques » 65
4.2.2.1 Listes ou catégories d'utilisation des res sources génétiques 66
4.2.2.2 Les ressources génétiques végétales, une catégorie à part 67
4.2.2.3 Autres faits marquants au niveau inter national 68
4.2.2.4 Critères descriptifs d'identification de l'utilisation des ressources génétiques 69
4.2.3 Le troisième déclencheur : « avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques » 69
4.2.3.1. Échéance des « avantages qui en découlent » 70
4.2.3.2 Fonctionnement du déclenchement du partage des avantages 70
4.3 Application des facteurs de déclenchement : les obligations prévues dans la CDB en ce qui concerne le partage des avantages et des résultats de la recherche 71
4.3.1 Accord du pays source concernant les conditions de partage des avantages 71
4.3.2 Partage des résultats de la recherche 72
4.4 Echéance de l'obligation de partage des avantages 73
4.4.1 Exécution du contrat APA 73
4.4.2 Transfert des ressources génétiques à des tiers 73
4.4.3 Application des obligations APA aux « dérivés » des ressources génétiques 74

Chapitre 5 Application des concepts d'évaluation et d'équité aux ressources génétiques 77
5.1 Évaluation des « avantages » obtenus 77
5.2 Exclusivité et valeur des ressources génétiques 78
5.2.1 Les ressources génétiques : des biens exclusifs ? 79
5.2.2 Exclusivité de l'élément microphysique 80
5.2.3 Accès aux informations ou aux éléments immatériels 81
5.2.4 Les brevets : des mesures pour transformer des ressources non exclusives en ressources exclusives 82
5.3 Évaluations de la contribution des ressources génétiques 82
5.3.1 Utilisation de données précontractuelles pour l'évaluation des ressources génétiques et la négociation du partage des avantages 83
5.3.2 Évaluation au moyen de la « méthode de la valeur alternative » 84
5.4 Equité et partage équitable 85
5.4.1 Questions pratiques : la législation assurant un « partage équitable » 86
5.4.1.1 Détermination de la part équitable 86
5.4.1.2. « Partage » des avantages immatériels 86
5.4.1.3 Types de paiements 87
5.4.2 Principes et objectifs d'équité 89
5.4.2.1 Références à l'équité dans la CDB et les Lignes directrices de Bonn 90
5.4.2.2 Principes d'équité reconnus au niveau inter national 91
5.4.3 Implications pratiques de l'équité dans l'APA 92
5.5 Un concept d'équité plus large : la réalisation du troisième objectif 93
5.5.1 Préservation de la diversité : vers une reconnaissance du lien entre le caractère unique d'une ressource génétique, son écosystème, et sa valeur 94
5.5.2 La CDB – l' obligation de rendre les ressources génétiques profitables 95

5.6 Corrélation entre les principes économiques, d'équité et d'intérêt public dans la législation APA 96
5.6.1 Réconcilier la valeur, l'équité et l'intérêt public dans l'APA commercial 96
5.6.2 Application pratique de la valeur, l'équité et l'intérêt public 98

Chapitre 6 Satisfaire à l'engagement pris par les parties à la CDB sur les mesures d'utilisation 101

6.1 Obligation de l'utilisateur : l'adoption de mesures pour atteindre l'objectif le partage des avantages 101
6.1.1 Objectif de partage des avantages 101
6.1.2 Les concepts « contraignants/non contraignants » et « volontaires/obligatoires » 102
6.1.2.1 La qualification de « juridiquement contraignant » 102
6.1.2.2. Des mesures « volontaires » ou non contraignantes 103
6.2 Mesures incitatives et autres mesures 104
6.2.1 Élimination des mesures incitatives à effet pervers 105
6.2.2 Prévention de la non-conformité par des mesures de dissuasion 105
6.2.3 Réduction des mesures incitatives 105
6.2.4 Mesures positives et mesures d'incitation à la conformité 106
6.3 Création d'un système international pour l'APA 107
6.3.1 Pourquoi les seules mesures nationales sont insuffisantes ? 108
6.3.2 Unification du « régime international » 108
6.3.2.1 Nécessité d'accords internationaux supplé mentaires 108
6.3.2.2 Questions à débattre dans le cadre des négociations sur le régime international 109
6.4 Application de l'APA au-delà de l'accès, par l'adoption de mesures visant les utilisateurs 110
6.4.1 Argument juridique 110
6.4.2 Objectifs juridiques 111
6.4.3 Un défi juridique pour l'utilisateur : la conformité aux lois du pays fournisseur 112
6.4.3.1 … en cas de contrat APA 112
6.4.3.2 … en l'absence de contrat APA 112
6.4.4 Cadre fonctionnel : législation sur l'utilisation et le partage des avantages 114
6.4.4.1 Portée : conditions et facteurs de déclenchement 114
6.4.4.2 Dispositions relatives à l'obligation de partage des avantages 116
6.4.4.3. Mesures de surveillance dans les pays utilisateurs 116
6.5 Propositions de mesures et d'outils APA acceptés au niveau international 122
6.5.1 Validation par le pays source : les certificats 123
6.5.2 Communication au pays source d'informations sur l'utilisation : la divulgation 124
6.5.3 Mécanismes « internationalisés » pour le partage des avantages 125
6.5.3.1 Fonds international et paiements fixes ou système fiscal 125
6.5.3.2 Fonds du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture 126
6.5.3.3 Collections spéciales pour l'accès et l'utilisation des ressources génétiques 127
6.5.4 Avantages et inconvénients des contrats type 127
6.5.5 Normes ou législations par défaut 128

Chapitre 7 Conclusion : les mesures visant les utilisateurs, un élément nécessaire pour le régime international de l'APA 131

CODA Encore plus *au-delà de l'accès* : autres obligations APA de l'utilisateur en vertu de la CDB 135

CODA 1 Promouvoir la « participation totale du pays source » dans la recherche scientifique. 135

CODA 1.1 Devoir de recherche 135

CODA 1.2 Installations et activités de recherche dans le pays source 135

CODA 1.3 Création d'opportunités 136

CODA 2 Obligations de transfert des technologies à l'appui du troisième objectif 137

CODA 2.1 Transfert de technologies et le partage d'avantages moins directs 137

CODA 2.2 Le transfert des technologies en tant qu'élément du partage des avantages 138

CODA 2.3 Comparaison des obligations de « transfert des technologies » 138

CODA 3 Autres responsabilités pour les pays utilisateurs en matière de ressources génétiques 139

Références bibliographiques 141

Les auteurs 147

Avant-propos

C'est un grand plaisir pour nous de présenter cette publication intitulée « *Au-delà de l'accès : l'application du partage juste et équitable des avantages en vertu de la CDB* » écrite par Morten Walløe Tvedt et Tomme Rosanne Young, publiée dans le cadre de la collection « Droit et politique de l'environnement » (EPLP) de l'UICN, sous le n° 67/2. Cet ouvrage apporte une contribution importante à la réflexion universitaire et doctrinale actuelle en matière d'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui découlent de leur utilisation (APA). C'est aussi un ouvrage qui arrive à un moment fort opportun dans l'évolution du concept d'APA vers plus de fonctionnalité et un régime international. La Collection EPLP de l'UICN remonte à 1972, et s'est attachée, pendant 35 ans, à produire des ouvrages de qualité s'appuyant sur un niveau élevé de réflexion universitaire.

L'Institut Fridtjof Nansen (FNI) a forgé sa renommée sur ses travaux relatifs à la politique et au droit de l'environnement. Il a également publié un certain nombre d'ouvrages sur les thèmes de la propriété et du partage des avantages dans les domaines de la biodiversité et des ressources génétiques. Le présent livre est en parfaite adéquation avec les contributions passées et futures du FNI à la littérature touchant à ce domaine.

La *Série APA*, dont fait partie cet ouvrage, est la première de la collection EPLP ainsi conçue pour optimiser l'accessibilité et l'utilité de ces textes au plus grand nombre de professionnels intéressés par la problématique APA à l'échelle nationale et internationale. Nous sommes convaincus que cette *Série* apporte une réelle contribution à la résolution d'une problématique qui, à ce jour, est surtout réputée pour sa complexité et sa nature controversée. Ce n'est que par la pleine compréhension de ces difficultés conceptuelles de la problématique APA que l'on parviendra à un consensus et compromis réel, permettant de résoudre les désaccords et dégager un système fonctionnel à même de réaliser les objectifs d'équité énoncés dans la Convention sur la diversité biologique.

Nous espérons et croyons sincèrement que ce livre constitue également un jalon supplémentaire dans le renforcement de la coopération entre l'UICN et l'Institut Fridtjof Nansen.

Alejandro Iza
Directeur
Centre du droit de l'environnement de l'UICN

Peter Johan Schei
Directeur
Institut Fridtjof Nansen

Septembre 2007

Préface de l'éditrice de la *Série*

Dans le cadre du *Projet APA*, le Centre du droit de l'environnement de l'UICN a joué un rôle central dans la promotion de l'analyse bien documentée et équilibrée des éléments saillants du débat actuel sur un régime international d'accès et de partage des avantages, dans le contexte de la Convention sur la diversité biologique (CDB). *La Série APA* représente un point culminant de ces efforts, permettant à des experts reconnus d'entreprendre des activités de recherche intenses afin d'aboutir à une analyse détaillée, équilibrée et raisonnée. La Série agit en contrepoint au nombre, sans cesse plus grand, d'auteurs dont les travaux sur les questions d'APA sont, parfois, plus axés sur le plaidoyer que sur la recherche proprement dite. Avec cette *Série*, il s'agit pour nous d'aborder la problématique sous une approche très différente qui nous conduirait vers un objectif tout aussi différent. En résumé, nous espérons réussir à dégager une compréhension plus précise des soubassements juridiques, économiques, pratiques et factuels qui conditionnent le débat et, partant, construire nos analyses et recommandations sur une entreprise de recherche juridique systématique.

En tant que co-auteur de « *Au-delà de l'accès : l'application du partage juste et équitable des avantages en vertu de la CDB* », je ne peux – dans cette préface – qu'exprimer ma reconnaissance pour l'opportunité qui m'a été offerte de travailler avec un expert juridique émérite et l'un des meilleurs collaborateurs que j'ai connus en plus de 20 ans de recherche, d'analyse et d'écriture en matière juridique. Le concours d'un juriste de grande compétence, à la fois désireux et capable de s'attaquer à une question aussi complexe, affichant en permanence la volonté de trouver les moyens de sensibiliser les esprits à ce domaine, a été un atout précieux pour le *Projet APA*. J'espère que ses contributions et analyses consciencieuses et bien articulées sur d'importantes questions telles que celles qui nous occupent ici continueront de s'attirer les honneurs qu'elles méritent. Je tiens à remercier Johan Schei, Directeur de l'Institut Fridtjof Nansen, pour ses connaissances, son expérience et ses réflexions qui ont enrichi notre propos et pour avoir donné à Morten l'occasion de contribuer à l'avancement d'un thème ô combien important, au niveau international.

Cet ouvrage, et l'ensemble du Projet APA, doivent leur existence à notre premier soutien financier, en l'occurrence le Ministère fédéral allemand de la coopération économique et du développement *(Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung [BMZ]*), notamment à Julia Kaiser, Andrea Laux et Frank Schmiedchen, sans l'aide desquels ce livre n'aurait pas vu le jour. Nos plus vifs remerciements vont également à tous les autres partenaires et collaborateurs qui se sont investis sans réserve dans la concrétisation de ce projet.

In fine, je voudrais dire toute notre gratitude à Alejandro Iza et au Centre du droit de l'environnement de l'UICN. Si le *Projet APA* existe aujourd'hui, c'est grâce à lui. Son appréciation des difficultés de réalisation et son soutien indéfectible, l'assistance du personnel du Centre de droit de l'environnement, notamment Daniel Klein, Responsable des affaires juridiques, Ann DeVoy, Assistante de projet, Anni Lukács, Responsable de l'information et de la documentation, Andrea Lesemann, Documentaliste et Monica Pachebo-Fabig, Assistante à la documentation. C'est grâce à l'engagement collectif des personnes citées que le Projet a pu achever son travail et que les contributions, pendant toute la durée de réalisation, ont pu atteindre le niveau d'excellence juridique qui caractérise la collection « Droit et politique de l'environnement » de l'UICN, dont la *Série APA* fait désormais partie.

Tomme Rosanne Young
Editrice de la *Série* et Chef de *Projet APA*

Septembre 2007

Un mot sur la *Série*

La *Série APA* vise à répondre à deux réalités : d'abord, la problématique de l'accès et du partage des avantages est à la fois controversée et techniquement et juridiquement complexe. En raison de la préoccupation internationale constante sur les stratégies controversées et les questions politiques, tous les travaux sur l'APA sont systématiquement axés sur les positionnements politiques et le plaidoyer, même lorsque le but déclaré d'un document est la fourniture d'un « avis juridique pratique ». De même, l'absence de corpus sérieux d'analyse de l'APA ne fait qu'exacerber les difficultés d'application. Bon nombre de contributions d'experts ne sont, en réalité, que de simples opinions avancées sans preuves ou reposant uniquement sur des citations d'autres opinions d'experts ou, pis encore, invoquant des références ou des extraits de lois et d'instruments de stratégie utilisés hors de leur contexte.

Il est désormais clair pour le Centre du droit de l'environnement de l'UICN que la complexité et le caractère controversé de la matière d'APA sont deux problèmes intimement liés. Les réponses aux controverses internationales en matière d'APA sont aujourd'hui difficiles à formuler car on ne dispose pas d'analyses techniques crédibles et objectives des problèmes de mise en œuvre à l'échelle nationale. Or on a besoin d'analyses approfondies et sérieuses, non seulement sur quelques exemples d'APA, mais également sur les options juridiques existantes et la manière dont elles fonctionnent. Autrement dit, on ne peut construire une structure solide sans les outils idoines. Il ne sert à rien de disposer d'outils si on ne sait pas comment s'en servir.

La seconde « réalité » réside dans le fait que, en dépit des longues négociations internationales, des ressources génétiques sont prélevées, étudiées, développées et utilisées tous les jours. Les pays ne peuvent se permettre le luxe d'attendre l'aboutissement de négociations internationales pour trouver des réponses à leurs interrogations, avant d'agir. Il est donc urgent que toutes les parties (utilisateurs, pays sources, communautés sources, chercheurs, intermédiaires et autres) disposent d'une base pour leur prise de décision. Elles ont besoin d'être assurées que cette base est suffisamment solide pour protéger leurs intérêts, même après que les négociations internationales auront fourni orientations ou assistance à la problématique APA, en tout ou en partie. Même lorsque des lois et des pratiques nationales existent, elles ne semblent pas adéquates pour atteindre cet objectif en raison, dans une certaine mesure, de l'absence de moyens techniques comme évoqué plus haut.

Ainsi, la *Série APA* s'intéresse particulièrement à l'application nationale des lois pertinentes et aux problèmes juridiques et législatifs qui en découlent et qui doivent être traités. Elle ne vise pas à plaider ou à traiter un aspect ou une position spécifique des négociations internationales. En procédant ainsi, la *Série APA* cherche à asseoir la meilleure base possible d'information documentée sur les questions pratiques d'application. Il s'agit d'un outil de travail destiné aux décideurs nationaux et aux parties intervenant dans la mise en œuvre. Conscients qu'on ne peut jamais être parfaitement sûr de son objectivité, nous avons fait l'effort de reconnaître l'existence d'autres positions crédibles sur les questions qui nous intéressent et d'expliquer pourquoi ces positions n'ont pas été largement exposées.

À la date de la rédaction de cet ouvrage, le processus international d'élaboration d'un régime APA suit son cours. La *Série APA*, qui n'a pas la prétention d'influencer ce processus, a été conçue et rédigée dans l'espoir qu'une connaissance meilleure des réalités de l'APA permettra aux négociateurs d'élaborer un régime qui servirait d'outil fonctionnel et efficace pour la conservation, l'équité et le développement international. Nous formons l'ambition que les ouvrages publiés dans cette *Série* continueront à servir de source de choix pour l'analyse scientifique rigoureuse sur laquelle s'appuieraient les architectes et maîtres d'œuvre du régime APA longtemps après la conclusion des négociations. En outre, il est à espérer que les auteurs de la Série (ou une équipe d'experts à qualifications similaires) prendront l'initiative de mettre à jour les titres publiés, en temps opportun.

Lecteurs cibles: il est parfois difficile et hasardeux pour des juristes d'écrire pour un large public. Or, dans le cas de la *Série APA*, le lectorat ciblé est en priorité les décideurs nationaux, les ONG et autres professionnels tels que les économistes et les praticiens du droit. Nous nous sommes appliqués à présenter le produit de notre recherche dans un langage accessible pour tous sans pour autant diluer la précision juridique qu'une telle entreprise exige. Certains lecteurs auraient préféré une

analyse simplifiée de la question de l'APA qui répondrait, en quelques pages, à toutes leurs questions. Cela n'est pas possible au regard de la complexité de la problématique traitée. La *Série APA* présente de manière succincte les aspects les plus complexes du problème à l'intention des juristes tout en veillant à ne pas tomber dans l'hermétisme juridique et son pendant économique. Ainsi, nous estimons que la Série offre clarté et lisibilité au lecteur sans profil juridique et lui permet de saisir les enjeux de la problématique APA. Pour le juriste et l'économiste, ces ouvrages sont des mines d'information qui leur serviront à approfondir et affiner leur compréhension des questions d'accès et de partage des avantages issus des ressources génétiques.

Perspectives d'avenir : la *Série APA* s'inscrit dans la durée. Après le lancement du *Projet APA*, la Convention sur la diversité biologique (CDB) s'était engagée dans un processus déterminant de réévaluation de l'APA en tentant de construire des outils, le consensus et la compréhension (ex. : « un régime international d'APA » plus clair et plus fonctionnel) susceptibles d'aider à la réalisation des objectifs de la Convention. Le *Projet APA* a ainsi évolué. Il était conçu, au départ, pour fournir aux gouvernements les premiers éléments susceptibles de les aider à mieux saisir l'énoncé de l'Article 15 de la CDB. En 2004, il a vu son champ s'élargir pour y intégrer une autre mission : informer tous les participants et toutes les parties intéressées (aux échelons national, régional et international) sur les options, les instruments, les pratiques et les procédés susceptibles de faire du régime APA un mécanisme fonctionnel consacré à la réalisation du troisième objectif de la Convention. Seul le temps nous dira dans quelle mesure les négociations internationales auront aidé et accompagné la mise en œuvre de l'APA. L'équipe de professionnels qui s'est investie dans la *Série APA* appelle de ses vœux l'avènement d'un résultat rapide, utile et novateur à ces négociations. Nous espérons avoir l'occasion d'aller plus en avant dans cette Série pour guider, analyser et promouvoir les composantes du nouveau régime.

Préface

La question de « l'accès et du partage des avantages » telle qu'énoncée à l'Article 15 de la Convention sur la diversité biologique constitue, depuis 16 ans, à la fois un atout et un défi. L'essentiel est peut-être l'atout, puisqu'il s'agit de promouvoir les objectifs à long terme de conservation, d'utilisation durable et de bien-être socio-économique grâce à des mesures d'incitation relatives au commerce, aux marchés et à l'utilisation des technologies modernes. Le défi, quant à lui, est de taille. Il consiste à élaborer et à s'entendre sur des mécanismes juridiques, méthodes et politiques générales visant à donner forme au concept APA et à lui conférer une réalité juridique et pratique. Plus important encore, il s'agit de lui donner les moyens d'atteindre ces objectifs.

L'un des principaux écueils de ce processus réside dans la fonction des « pays utilisateurs », soit le pays ayant sous sa juridiction des entreprises et autres entités qui utilisent les ressources génétiques provenant *d'un autre pays*. Dans chaque transaction, le pays utilisateur joue un rôle prépondérant dans l'élaboration de mesures publiques (juridiques, administratives ou de politique générale) coordonnées pour venir compléter les lois et pratiques du « pays source », afin de garantir d'une part que le partage des avantages est effectif et, d'autre part, qu'il est conforme à la lettre et à l'esprit de l'Article 15. La portée limitée des « mesures visant les utilisateurs » a suscité un débat entre des pays de l'OCDE, qui considéraient qu'aucune législation supplémentaire n'était nécessaire, et de nombreux pays sources et ONG qui affirmaient que sans mesures complémentaires le système APA ne pouvait fonctionner en tant que mécanisme commercial.

Le présent ouvrage a pour vocation d'asseoir une base pour évaluer et approfondir les différentes vues, en analysant :

- le rôle des pays utilisateurs dans les processus APA ;
- la législation en vigueur axée sur les utilisateurs ;
- la manière d'interpréter et d'appliquer les principes APA à l'élaboration de mesures visant l'utilisateur en la matière ; et, surtout,
- une série de recommandations et d'ébauches de solutions qui permettent aux mesures axées sur l'utilisateur de promouvoir les objectifs APA, notamment la création de mesures incitatives qui rendent le système attrayant pour les utilisateurs.

En vertu de l'Article 15.7, toutes les Parties à la CDB sont tenues d'adopter des mesures visant les utilisateurs, principe fondamental sous-tendant les travaux du présent ouvrage. De telles mesures pourraient, au final, présenter une valeur considérable pour l'utilisateur ainsi que pour le pays sur le territoire duquel l'utilisateur entreprend ses activités. Les négociations sur les Lignes directrices de Bonn ont été fréquemment émaillées de commentaires précis sur les besoins des utilisateurs et les raisons pour lesquelles ils transgressent les prescriptions APA. Or, ces Lignes directrices ne s'intéressent pratiquement qu'à « l'accès » et aux attentes réelles et potentielles des pays et communautés d'origine à l'égard de l'APA. Par conséquent, en stipulant que la loi doit imposer des obligations supplémentaires aux utilisateurs, elles négligent un aspect essentiel : toutes ces mesures doivent être intégrées aux lois commerciales et industrielles et aux systèmes institutionnels existants. Au niveau transactionnel notamment, la question de la contrepartie n'a pas été examinée.

Lors des négociations de la CDB, la contrepartie fixée par les pays participants était claire. En effet, au niveau national, les pays en développement s'engageaient à autoriser l'accès à leurs ressources génétiques (répondant ainsi aux attentes des secteurs de l'industrie et de la recherche des pays développés), et en contrepartie, les pays développés s'engageaient à mettre en place avec eux un mécanisme de partage des avantages issus de l'utilisation de ces ressources. Ainsi, les deux groupes de pays se rapprochaient de leurs objectifs principaux respectifs en cédant l' accès à celui (l'objectif) auquel ils tenaient le moins.

S'agissant de la mise en œuvre au niveau national, le fait que l'adhésion à l'APA puisse générer des avantages a été perdu de vue. À ce jour, l'octroi de « l'accès » n'a pas entraîné d'avantages significatifs pour le fournisseur de l'accès au niveau de la mise en œuvre nationale. En outre, les utilisateurs procèdent rarement au partage des avantages, notamment parce qu'ils considèrent qu'ils ne reçoivent rien en contrepartie. Pendant que les pays fournisseurs, parties prenantes et ONG

s'efforcent de renforcer les obligations, sanctions et autres mesures relatives à l'accès aux ressources génétiques, la partie la plus exposée en cas d'échec reste l'utilisateur (en particulier les chercheurs et autres acteurs qui prélèvent directement les ressources dans les pays en développement). Les dangers encourus sont plus ou moins répandus, à l'instar de la « biopiraterie », qui fait l'objet de nombreuses plaintes à l'heure actuelle. À titre d'exemple, le pays fournisseur peut choisir de limiter le matériel que l'utilisateur peut exploiter en toute confiance. Par conséquent, les utilisateurs sont de plus en plus susceptibles de remettre en question l'origine du matériel génétique lors du transfert du matériel et des recherches.

L'espoir que la législation du pays source puisse répondre aux besoins de l'utilisateur (ou protéger les droits du pays source) semble vain, étant donné que les accords APA actuels (tels que les contrats et/ou permis APA), le partage des avantages et autres concepts d'application de l'APA sont fondés sur des bases juridiques et des actions contractuelles, commerciales et relatives à la propriété. Prier le pays source d'élaborer des mesures pour améliorer la situation de l'utilisateur revient à demander au vendeur de céder sur de nombreux points de négociation avant même de connaître l'identité de son acheteur, la nature du bien, le type de vente, les modalités de paiement, etc.

Les mesures visant les utilisateurs, notamment celles qui renseignent sur la relation entre la source/pays d'origine et l'utilisateur/pays utilisateur peuvent permettre à ce dernier de se pencher sur certains problèmes que rencontre l'utilisateur. Elles doivent notamment faire en sorte que la conformité APA puisse engendrer des résultats positifs pour les utilisateurs et compenser ainsi les coûts de la conformité (qui s'expriment sous forme d'argent, biens, services et opportunités fournis au titre du partage des avantages, mais aussi sous forme de temps supplémentaire, ressources humaines et de fonds investis pour se conformer aux réglementations et prescriptions APA).

Le présent ouvrage traite la problématique de l'équilibre de la contrepartie entre utilisateurs et fournisseurs de ressources génétiques.

Morten Walløe Tvedt
et
Tomme Rosanne Young

Août 2007

Remerciements

Pendant les travaux d'élaboration au long cours du présent ouvrage, nous avons reçu le concours, en substance et en pratique, d'un certain nombre de sources bien informées et utiles. S'il est impossible de rendre intégralement compte de l'aide reçue, il est essentiel de rendre hommage aux principaux contributeurs pour le temps investi et les efforts consentis. Ainsi, nous souhaitons remercier les personnes suivantes pour leur participation active : Ann DeVoy, Assistante de projet du Centre de droit de l'environnement de l'UICN, pour son soutien indéfectible depuis le début des travaux, ainsi que ses collègues Anni Lukács, Monica Pacheco-Fabig et Jil Self pour leur disponibilité et leur bienveillance ; Tiina Rajamets pour ses nombreux conseils, notamment de révision ; et Daniel Klein, qui a servi de point de convergence du projet depuis qu'il a rejoint le Centre de droit de l'environnement de l'UICN en août 2006.

La teneur politique et juridique du présent livre est le fruit d'informations, conseils et suggestions de sources diverses. Nous tenons à remercier Manuel Ruiz et Fernando Casas pour l'évaluation qu'ils ont effectuée ; et enfin, pour leur apport et commentaires : Françoise Burhenne-Guilmin, Jorge Caillaux, Grethe H. Evjen, Ute Feit, John Herity, Sarah Hernandez, Timothy Hodges, Birthe Ivars, Olivier Jalvert, Veit Koester, Horst Korn, Ikechi Mgbeoji, Valerie Normand, Dan Ogolla, Maria Julia Oliva, François Pithoud, Peter Johan Schei, Sezanneh M. Seymour, Caroline Strulik et Seizo Sumida.

Sigles et acronymes

ADPIC	Accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce
ADN	acide désoxyribonucléique
APA	« accès aux ressources génétiques et partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation », tel qu'énoncé aux Articles 1 et 15 de la CDB, également dénommé « accès et partage des avantages »
CCCA	Conditions convenues d'un commun accord
CDB	Convention sur la diversité biologique (Rio, 1992)
COP	Conférence des Parties (sauf indication contraire, « COP » utilisé seul signifie Conférence des Parties à la CDB)
CPCC	Consentement préalable donné en connaissance de cause
FEM	Fonds pour l'environnement mondial
Lignes directrices de Bonn	Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources et le partage juste et équitable des avantages résultants de leur utilisation (2002)
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
Protocole de Carthagène	Protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques, Convention sur la diversité biologique (Nairobi, 2000)
TIRPAA	Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture
UPOV	Union internationale pour la protection des obtentions végétales

1 Introduction : *au delà de l'accès*

Depuis plus de 16 ans, la communauté internationale s'efforce de créer et de mettre en œuvre un mécanisme d'« accès et de partage des avantages », ou APA, qui vise à établir le rôle des utilisateurs de ressources génétiques (tels que les entités commerciales) d'une part et celui des pays et des communautés d'origine des ressources génétiques d'autre part, dans la promotion d'objectifs essentiels en matière d'environnement et de bien-être socio-économique. Ces travaux ont fait suite à plusieurs antécédents récents. À la fin des années 1980 notamment, le concept de « patrimoine commun de l'humanité » est devenu peu à peu un modèle complexe, reconnaissant les droits souverains des pays sur leurs ressources naturelles vivantes et inertes. Or, on s'est rendu compte par la suite que les utilisateurs de ces ressources pouvaient obtenir d'importants avantages sans que le pays source n'en tire profit. Les activités pharmaceutiques, biochimiques et de modification génétique étaient perçues comme très lucratives, mais leur mise au point commerciale et leur promotion n'étant basées que sur quelques spécimens, les pays source ont été incapables de tirer des revenus correspondant à de grandes quantités de récoltes et de ventes.

Dans le cadre des négociations de la Convention sur la diversité biologique (CDB),[1] l'APA est apparu comme le système capable de fournir une contrepartie équitable aux pays en développement dans ce type de situations, et de répondre à deux objectifs de la CDB : (i) servir de source potentielle de fonds supplémentaires toujours essentiels à la conservation et (ii) de *contrepartie* pour que les pays en développement acceptent la Convention. Étant donné qu'en vertu des conventions relatives à la conservation, la responsabilité en la matière incombe principalement aux pays en développement, le concept d'équité qui est du ressort des pays développés a été intégré à la CDB en vue de rétablir l'équilibre. Depuis 1992, toutes les Parties se sont engagées officiellement sur les deux volets de l'APA, en l'occurrence « l'accès » et le « partage des avantages ». Durant la décennie qui a suivi, beaucoup ont considéré que la législation du pays source et les « contrats APA » allaient suffire pour honorer ces engagements.[2] Dix ans plus tard, on a constaté avec inquiétude que moins de 10 % des Parties à la CDB ont adopté une législation APA[3], parmi lesquelles presque aucune ne pouvait se prévaloir de dispositions APA effectives.[4]

---

1 Les rapports de la commission préparatoire ne sont plus disponibles sur les portails Web de la CDB. Pour consulter les débats sur le rôle des ressources génétiques à l'époque, *voir* les rapports des deux réunions du Comité intergouvernemental pour la CDB, avant son entrée en vigueur ; *voir* le « rapport de la première réunion du Comité intergouvernemental pour la CDB » (publié sous la cote UNEP/CBD/COP/1/3), disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.biodiv.org/doc/meetings/cop/cop-01/official/cop-01-03-en.pdf), paragraphes 5, 6 et 31 et *passim*, et le « rapport de la deuxième réunion du Comité intergouvernemental pour la CDB » (publié sous la cote UNEP/CBD/COP/1/4, disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.biodiv.org/doc/meetings/cop/cop-01/official/cop-01-04-en.pdf), notamment les pages 49-58. Il convient de noter que ces rapports accordent aussi une grande priorité aux problèmes et besoins APA, selon une formulation assez identique à celle utilisée aujourd'hui dans les déclarations relatives à ces besoins.

2 Cf. exemple, Reid *et al.*, 1993; Glowka *et al.*, 1994; Glowka, 1998. Tous ces auteurs ont noté des obstacles dans l'APA mais les qualifient de surmontables.

3 Cette statistique est issue de la base de données de la CDB sur les mesures APA, cf. http://www.biodiv.org/programmes/socio-eco/benefit/measures.aspx. Au total, 29 pays et trois organes régionaux ont ajouté 95 mesures à la base de données, dont 27 sont des « stratégies » ou autres instruments non contraignants. Sur les 68 restantes, deux sont à l'état de projet et 28 autorisent des réglementations, sans pour autant préciser la teneur de celles autorisant l'accès aux ressources génétiques. Les 38 instruments restants concernent une région et 19 pays. Ils contiennent des mesures adoptées et applicables, juridiques et règlementaires, entre autres, qui fonctionnent, dans ces pays, comme des lois à l'égard des questions APA. Certaines mesures régissent les contrôles sur l'accès aux « ressources biologiques », concept beaucoup plus vaste que celui des « ressources génétiques », comme évoqué à la section 4.1.1. *Aucune* mesure prise dans le pays d'un utilisateur n'exige que celui-ci partage les avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques provenant d'un autre pays.

4 L'exception à laquelle il est fait allusion est le Queensland (Australie). La « *Biodiscovery Act* » (loi sur la biodiversité) de 2004 est largement considérée par le gouvernement comme un mécanisme efficace. (Geoff Burton, exposé de la « *réunion d'experts de haut niveau : Addressing the Access and Benefit-Sharing Challenges in the Context of the Convention on Biological Diversity* », Tokyo, 8-9 février 2007, et autres remarques durant la réunion.) Cependant, à l'instar de toute législation APA existante, cette loi ne prévoit pas de « mesures applicables à l'utilisateurapplicables à l'utilisateur » telles qu'évoquées dans le présent ouvrage. L'incapacité des pays à se doter d'un système juridiquement fonctionnel a été longuement évoquée lors du Forum mondial sur la biodiversité, qui s'est tenu à Nairobi en 2000 en prélude à la COP-5 de la CDB. Des représentants des pays et régions dont les législations sont les plus anciennes, comme le Costa Rica (dont la législation APA avait été adoptée avant l'avènement de la Convention), les Philippines (1995) et le Pacte andin (1996) ont largement reconnu que leur législation ne parvenait pas à rendre les contrôles obligatoires ou à permettre la surveillance ou la vérification de tout aspect des autorisations APA qu'ils ont octroyées. En outre, l'absence de fonctionnalité de la législation en vigueur a motivé la « négociation d'un régime international APA » dans le cadre du Plan d'application du Sommet mondial pour le développement durable (2002).

En 2003, le paysage de l'APA a de nouveau évolué avec le Plan d'application du Sommet mondial de Johannesburg pour le développement durable (SMDD), duquel il ressort que la CDB est « l'instrument clef de la conservation et de l'exploitation rationnelle de la diversité biologique et du partage juste et équitable des avantages résultant de l'exploitation des ressources génétiques ».[5] Le Plan stipule précisément que l'APA a un rôle à jouer dans « la réduction importante du rythme actuel d'appauvrissement de la diversité biologique », invitant les pays à :

> *(o) Négocier dans le contexte de la Convention sur la diversité biologique, compte tenu des Lignes directrices de Bonn, un régime international propre à promouvoir et à assurer un partage juste et équitable des bénéfices découlant de l'utilisation des ressources génétiques;*[6]

Ce mandat politique s'est concrétisé lorsque la septième Conférence des Parties à la CDB a chargé le Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages

> *… d'élaborer et de négocier un régime international sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages, en vue d'adopter un ou plusieurs instruments qui puissent mettre en œuvre de façon efficace les dispositions des Articles 15 et 8j de la Convention et les trois objectifs de la Convention.*[7]

Le coup d'envoi des négociations a ouvert une nouvelle phase de l'APA, les Parties étant chargées d'identifier les domaines dans lesquels les prises de décisions au niveau international peuvent permettre d'instaurer un système d'APA fonctionnel. Par conséquent, l'objectif n'est plus de « tirer au maximum profit de l'Article 15 », mais de déterminer comment concevoir un système APA fonctionnel.

1.1 Questions à débattre *au-delà l'accès*

« L'accès et le partage des avantages » ou « APA » est, par définition, la fusion de deux concepts qui sont politiquement et (à moindre échelle) juridiquement ou contractuellement liés. En général, on considère que « l'accès » incombe principalement au pays, communauté ou individu d'origine, alors que « le partage des avantages » relève de l'utilisateur (entreprise ou entité privée) et doit être rendu effectif juridiquement par le pays ayant sous sa juridiction cet utilisateur.

L'APA se distingue principalement par son caractère transnational. Chaque transaction APA implique au moins deux pays, un « pays source » (qui fournit les ressources génétiques) et un « pays utilisateur » (qui a autorité sur l'utilisateur).[8] Cette explication est extrêmement simpliste, car les ressources génétiques servent à de multiples usages, échanges et activités, et une même utilisation peut impliquer de nombreux pays sources et pays utilisateurs. L'Article 15 ne prévoit ni ne mentionne l'accès interne aux ressources génétiques ou leur utilisation ; même si, d'un point de vue pratique, il peut être nécessaire que les pays réglementent l'utilisation interne (au moins sur certains aspects) afin d'éviter toute lacune ou faille dans la réglementation des utilisateurs externes. Cela implique la concomitance[9] d'au moins deux systèmes législatifs distincts dans chaque cas d' APA :

---

5 Article 42 du Plan d'application de Johannesbourg.

6 Alinéa (o) de l'article 42 du Plan d'application de Johannesbourg.

7 Décision de la COP-7, UNEP/CBD/COP/7/21, VII/19 D p. 299.

8 Le concept du « pays utilisateur » n'a pas été suffisamment approfondi lors des négociations de la CDB. Par conséquent, les Lignes directrices de Bonn ne s'intéressaient initialement pas aux pays utilisateurs mais uniquement aux « utilisateurs » (entreprise ou particulier). Cependant, dans leur version finale, elles intègrent certaines références et emploient une terminologie moins flou : « Parties contractantes ayant sous leur juridiction des utilisateurs de ressources génétiques », paragraphe 16(d).

9 Dispositions de la CDB devant être mises en œuvre par la législation nationale. Aucune des dispositions n'est formulée en vue d'être « d'application directe » pour les contrats individuels ou d'être transposée dans le droit interne par référence. En effet, étant donné que les accords internationaux conclus entre les pays indiquent ce que les pays doivent faire, ils ne contiennent habituellement pas de dispositions sur lesquelles un invididu ou contrat pourrait s'appuyer comme s'il s'agissait d'une loi. Ces accords ne peuvent s'appliquer qu'en vertu de la loi d'un pays (cela est si évident en droit que la plupart des traités n'en font pas mention, cf. Shany, 2003, 29-74.) Il est possible de créer des « conventions d'application directe », c'est-à-dire des conventions qui ne nécessitent pas d'être transposées dans le droit national une fois que le pays y a adhéré. Elles sont de nature très différentes car elles comportent un corpus de règles juridiques automatiquement adopté par le pays qui devient Partie à ladite convention (cf. exemple, la Convention de la CNUDCI sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 1980), qui contient ces règles juridiques. L'application des contrats internationaux de la CNUDCI est examinée *in* Bhatti *et al.*, 2007, quatrième ouvrage de la Série.) En règle générale, l'adhésion des pays à des conventions d'application directe n'est pas sans entraîner de difficultés, en raison des problèmes de souveraineté sous-jacents. La plupart des gouvernements et parlementaires sont réticents à l'idée d'être liés par des lois imposées par des pays étrangers (à titre individuel ou collectif). Dans le cas des ressources naturelles, la communauté internationale n'a pas encore adopté de mesures « d'application directe » du principe de souveraineté nationale.

i. ***Les mesures adoptées dans les pays sources***,[10] notamment les dispositions affirmant les droits souverains de chaque pays sur ses ressources génétiques, et l'identification des procédures et conditions d'accès ; et

ii. ***Les mesures adoptées dans les pays utilisateurs***, qui permettent à chaque pays de s'interroger sur la responsabilité des utilisateurs relevant de leur juridiction et qui utilisent des ressources génétiques provenant d'autres pays.

Jusqu'à présent, même les pays ayant de nombreux utilisateurs se sont dotés de législations APA axées sur le fournisseur, étant donné que « tous les pays peuvent être à la fois utilisateurs et fournisseurs ». Cependant, peu de pays (développés ou en développement) ont envisagé d'adopter des mesures visant les utilisateurs. Les négociations en cours sur le « régime international » ont pour toile de fond le fait que les utilisateurs ne sont pas liés par l'APA lorsqu'ils ne relèvent pas de la juridiction du pays source.[11]

Les lignes directrices internationales sur les mesures à prendre par les pays utilisateurs sont pour le moment limitées. À ce jour, à l'exception d'une clause à l'alinéa (d) du paragraphe 16 sur les 152 que comptent les Lignes directrices de Bonn, les efforts consentis au niveau international en matière d'APA ont été axés essentiellement sur les mesures à l'intention du fournisseur. La mise en œuvre des objectifs APA implique que l'on s'interroge désormais sur les mesures visant les utilisateurs.

1.2 Objectif et approche

Le présent ouvrage, *Examen de l'application des dispositions de la CDB relatives au partage juste et équitable des ressources génétiques*, analyse l'application de l'APA aux ressources génétiques dont disposent des utilisateurs et des chercheurs en dehors du pays fournisseur, ou pays source. Il examine différentes mesures et approches, tout en gardant à l'esprit les objectifs de la CDB (conservation et utilisation durable), substrat du développement de ce concept complexe.[12] Il envisage que toutes les Parties contractantes continuent d'appuyer les objectifs et obligations auxquels elles ont souscrit en adoptant et en ratifiant la CDB, notamment l'objectif de partage des avantages par le biais de l'adoption de mesures :

> *pour assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie contractante qui fournit ces ressources.*[13]

Sur la base de ce postulat, nous présentons ici une analyse juridique et technique qui examine et évalue les politiques et principes sous-jacents, ainsi que les obstacles, possibilités et alternatives concernant les obligations des utilisateurs et des pays utilisateurs, en vue de créer un système APA équilibré et fonctionnel.

Le chapitre 2 est consacré aux engagements APA, l'accent étant mis sur les questions relatives à l'utilisateur, c'est-à-dire qui relèvent de la phase consécutive à l'accès. Le chapitre 3 s'appuie sur les Lignes directrices de Bonn pour examiner les quelques mesures visant les utilisateurs existantes. Le chapitre 4 analyse les concepts juridiques appliqués aux mesures visant les utilisateurs et met en lumière le cadre juridique de ces mesures, nécessaire à la création d'un système APA obligatoire. Le chapitre 5 examine les répercussions économiques et sociales. Sur la base des résultats de ces analyses, le chapitre 6 propose des possibilités, approches et recommandations et le chapitre 7 conclut par des remarques finales.

---

[10] Les mesures des pays source sont décrites dans un autre ouvrage de la même Série : Cabrera et López, 2007.

[11] Ces questions ont été évoquées en détail à Johannesbourg. Le débat à porté sur la question de savoir si le Plan d'application devait encourager la négociation d'un « régime contraignant »ou, tel que cela a finalement été décidé, d'un simple « régime », reportant ainsi le débat sur la nature contraignante à plus tard.

[12] Les écueils rencontrés au cours des 16 premières années d'existence de la CDB montrent clairement que l'APA ne serait pas naturellement devenu une mesure commerciale. L'APA doit donc être appliqué *en tant qu'élément de la CDB*, pour contribuer à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique, tout en favorisant l'équité.

[13] Article 15.7 de la CDB.

2 Le régime APA et l'utilisateur

Toute analyse APA a obligatoirement pour point de départ la CDB car les concepts qui sous-tendent ce mécanisme (droit ou intérêt juridique d'appropriation ou de partage sur les ressources génétiques) sont apparus pour la première fois lors des négociations de la CDB.[14] À cet égard, l'APA est l'un des concepts juridiques les plus novateurs qui aient été introduits dans le droit international au siècle dernier. L'examen approfondi effectué dans le présent chapitre révèle toutefois que la CDB n'offre qu'une orientation générale, une ébauche de cette idée novatrice. Elle ne propose pas de conditions ou d'interprétations particulières nécessaires à l'application de l'APA et ne se prononce pas sur les mécanismes juridiques conventionnels existants à utiliser pour y parvenir. Sur la base des enseignements tirés d'autres conventions (ex : CITES) et de l'expérience acquise dans d'autres secteurs, il est largement admis que l'élaboration d'une législation nationale visant à créer un système international peut durer de nombreuses années, même si les concepts sont déjà promulgués, clairement définis ou décrits dans les instruments internationaux pertinents. On notera donc sans surprise que, selon les experts juridiques, l'élaboration d'une législation nationale de mise en œuvre permettant de concrétiser ce concept entièrement nouveau est un processus lent.

Il existe également des difficultés inhérentes à la nature internationale du système APA. Il semble nécessaire d'aider (par le biais de documents à caractère officiel consacrant les « interprétations convenues ») les pays à prendre les mesures prévues à l'Article 15, de façon plus harmonisée. Toute interprétation doit prendre en compte les besoins spécifiques des pays fournisseurs et des pays utilisateurs ainsi que les besoins et exigences de l'utilisateur, des différents fournisseurs (si la législation interne l'autorise) et autres parties concernées. À cet égard, il faut noter que « l'utilisateur » peut être une personne physique ou morale, alors que le « pays utilisateur » est le(s) pays ayant l'utilisateur sous sa/leur juridiction. S'agissant de l'emploi de ces termes, il convient de ne pas céder aux stéréotypes. On assimile souvent le « pays utilisateur » à un « pays développé » et le « pays fournisseur » (désigné dans le présent ouvrage par « pays source ») à un « pays en développement ». Or, de plus en plus de pays en développement disposent d'une capacité technologique en matière de manipulation génétique et de synthèse des composés biologiques, ce qui leur permet d'être considérés comme des « utilisateurs », y compris au sens de la définition la plus technique. Par voie de conséquence, de nombreux cas récents rendent compte de l'acquisition et de l'utilisation de ressources génétiques provenant de pays source développés.[15] Tant les responsabilités du fournisseur que l'obligation d'élaborer et d'appliquer des mesures d'utilisation incombent à tous les pays. Si les pays développés doivent adopter des mesures visant les utilisateurs, cela est également valable pour les pays en développement. De même, les exigences que doivent respecter les pays fournisseurs de ressources génétiques (il existe de plus en plus de législations à l'intention des fournisseurs) s'appliquent aussi bien aux pays développés qu'à ceux en développement.

---

[14] Les négociations de 1991 sur l'accord « INBio-Merck » sont largement considérées comme le précurseur juridique de l'APA mais elles ont été entamées bien après que les négociations de la CDB ont servi de catalyseur aux débats sur l'APA et sur la nécessité de développer un moyen équitable pour répondre aux intérêts des pays source en développement dans l'utilisation de leur ressources génétiques. Cf. Reid *et al.*, 1993.

[15] En 1985, une entreprise suisse a breveté le Taq Polymerase, une découverte très précieuse basée sur des ressources génétiques du parc national de Yellowstone aux États-Unis (cependant, cette ressource génétique a été acquise et utilisée bien avant l'entrée en vigueur de la CDB). À ce jour, selon le gouvernement des États-Unis, le Taq a en partie motivé l'élaboration d'une législation APA dans un pays qui n'est pas encore Partie à la CDB. Cf. : Etats-Unis : National Park Service, septembre 2006, *Servicewide Benefits-Sharing – Draft Environmental Impact Statement*, Ministère de l'intérieur, http://parkplanning.nps.gov/document.cfm? parkId=442&projectId=12515&documentID=16763 De même, en 1969, la ciclosporine A a été découverte dans le parc national de Hardangervidda (Norvège) par un touriste suisse qui travaillait pour Novartis. La ciclosporine possède un composé actif qui aide à prévenir le rejet de greffes par le corps humain. Cf. exemple, Svarstad *et al.* 2000. Dans les deux cas, l'entreprise a par la suite mis au point un produit pharmaceutique, aujourd'hui commercialisé, sans procéder au partage des avantages.

2.1 Généralités sur le concept APA : Article 15 de la CDB et décisions s'y rapportant

« L'accès et le partage des avantages (APA) » est un moyen concis de se référer à un concept très spécifique : « le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques […] ».[16] L'APA étant l'un des trois objectifs principaux[17] de la CDB, il est plus qu'un simple objectif général. En effet, au moins 10 engagements pris par les Parties à la CDB reposent sur l'APA, notamment l'obligation de :

> *créer des conditions propres à faciliter l'accès aux ressources génétiques aux fins d'utilisation écologiquement rationnelle [et de] prendre les mesures législatives, administratives ou de politique générale […] pour assurer le partage juste et équitable […] des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie contractante qui fournit ces ressources.*[18]

L'APA s'intéresse essentiellement aux « ressources génétiques » (qu'elles proviennent de sources à l'état sauvage, naturel ou anthropique) pouvant générer notamment un avantage financier. L'objectif principal est de rendre obligatoire le partage de ces avantages avec les pays ayant fourni les ressources génétiques utilisées. D'emblée, plusieurs aspects se dégagent de l'Article 15 :

- Chaque pays (ou son mandataire) désigne le bénéficiaire du droit « d'accès » aux ressources génétiques disponibles et peut fixer les conditions relatives à cet accès.

- Chaque ressource génétique a un « pays source », à savoir le pays ayant fourni en premier lieu lesdites ressources (ou le matériel à partir duquel elles ont été propagées).

- En vertu de la CDB, l'APA est par essence strictement international, et ne s'applique que lorsque le pays source de la ressource génétique est différent du pays ayant sous sa juridiction l'utilisateur et/ou ses activités intégrant des ressources génétiques.[19]

- L'APA est parfois décrit comme un système de transactions individuelles, au titre duquel « l'accès » est accordé en échange du « partage des avantages ».[20] Cette contrepartie n'apparaît pas dans le texte de la Convention. La seule contre-partie était un niveau international lors des négo-ciations, comme évoqué au chapitre 1. Les pays sont convenus d'adopter des mesures pour « faciliter l'accès » (répondant aux exigences des pays développés), contre l'engagement de récipro-cité, à savoir l'adoption de mesures relatives au partage des avantages (répondant aux exigences des pays en développement).

- Dans le cadre du système APA, les « avantages » devant être partagés comprennent des utilisations non-commerciales,[21] (notamment dans le domaine financier, la recherche et l'information, la technologie, l'emploi, le renforcement des capacités, les progrès au sein des communautés, etc.).

Par plusieurs aspects, l'APA est un concept unique en droit. D'abord, il envisage/impose la création d'un nouveau droit sur les propriétés génétiques des espèces existant à l'état naturel. Un tel droit de transfert des

---

[16] Article premier de la CDB. L'acronyme APA remplace souvent l'expression « accès et partage des avantages » et prête parfois souvent à confusion lorsque le contexte des termes est méconnu, donnant lieu à un emploi inapproprié. Le volet de l'APA relatif au « partage des avantages » fait uniquement référence au « *[…] partage juste et équitable des avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques* ».

[17] Les deux autres objectifs sont « la conservation de la diversité biologique » (appliquée en vertu des dispositions des Articles 8 et 9) et « l'utilisation durable de ses éléments » (appliquée en vertu des Articles 6, 7, et 10). *Id.*

[18] Articles 15.2 et 15.7 de la CDB. D'autres prescriptions APA figurent aux Articles 15, 16, 17, 19 et 20.

[19] L'Article 15 est un concept international, qui ne ressemble en rien aux deux autres objectifs principaux qui portent essentiellement sur les activités internes des Parties contractantes. Aucune disposition de l'Article 15 n'impose de responsabilités ou ne recommande de mesure gouvernementale concernant l'utilisation par les pays de leurs propres ressources génétiques. S'il est improbable que le système APA fonctionne sans permettre l'utilisation interne, il incombe au pays de décider si et comment réglementer cette utilisation.

[20] Ten Kate et Laird, 1999.

[21] L'Article 15.2 observe que l'accès n'est autorisé qu'à des fins « d'utilisation écologiquement rationnelle » sans plus de précision sur la nature de l'utilisation. Plus important encore, l'Article 15.7 indique précisément que les utilisateurs doivent partager « les avantages résultant de l'utilisation commerciale *et autre* utilisation des ressources génétiques » (emphase ajoutée par l'auteur).

intérêts, qui soit juridiquement protégé, n'a jamais existé auparavant dans aucun pays. Bien qu'il soit indirectement évoqué, ce droit/intérêt apparaît dans le texte de la Convention, notamment à l'Article 15, qui réaffirme les droits souverains de chaque pays sur ces ressources et indique en quelque sorte comment ces droits devraient être régis et leur utilisation contrôlée. Cet article invite les pays et parties à la transaction à appliquer des dispositions contractuelles et prévues par la loi dans l'exécution de concepts tels que « l'accès aux ressources génétiques » et « l'utilisation des ressources génétiques ». Ainsi, l'Article 15 indique surtout qu'il existe des types de biens matériels ou immatériels de valeur (appelés « *choses* » dans le jargon du droit) pouvant être possédés, transférés, restreints ou accordés, et qui peuvent être juridiquement liés à d'autres responsabilités (ex : le partage des avantages).

La nature de ces *choses* n'a pas encore été fixée dans les détails. Un droit relatif aux ressources génétiques ne peut pas être affirmé ou démontré de la même manière que les droits de propriété et autres intérêts juridiques en matière de propriété dans d'autres domaines. Par exemple, la possession est le moyen habituel d'établir et faire appliquer un droit sur un bien matériel meuble. Or, dans le contexte APA, si de nombreuses personnes, communautés, pays ou entités peuvent posséder des spécimens d'une espèce donnée (contenant de l'ADN ou quelque autre matériel génétique), on ne peut pour autant considérer que toute personne détenant un spécimen est le *propriétaire* (c'est-à-dire le détenteur du droit de décider qui peut l'utiliser ou le breveter) de ses ressources génétiques. La propriété d'un bien matériel immeuble (ex : terres et bâtiments) est juridiquement établie par un titre de propriété et/ou registre. Le bien est ainsi identifié par un système reconnu, reposant sur le postulat qu'il n'existe qu'une seule chaîne de titres[22] par droit de propriété. En revanche, il est difficile d'identifier des ressources génétiques par une description écrite, tout comme le propriétaire, selon ses titres. Quant aux droits immatériels, en matière de « propriété intellectuelle », ils se fondent sur l'identité d'un inventeur et une description spécifique de la nature du droit de propriété intellectuelle. Dans le cas du brevet (cas le plus pratique dans ce type de droit), la description permet de caractériser et d'identifier l'invention. Mais dans le cas des ressources génétiques à l'état naturel, il n'existe pas d'innovateur unique et il est donc impossible d'identifier un seul propriétaire ou un seul sujet. Cela signifie que les droits de la source sur ses ressources génétiques sont une *chose*, au sens juridique, mais la nature et la forme de ce droit sont souvent floues dès lors que cette ressource génétique est possédée/régie par d'autres.

À la date de rédaction de cet ouvrage, la polémique en matière d'APA porte essentiellement sur l'identification de la nature de cette *chose* (appelée soit « ressources génétiques », « accès aux ressources génétiques », ou « utilisation des ressources génétiques »). Tant que ces questions resteront en suspens, elles constitueront autant d'obstacles importants à l'élaboration et à l'application de mesures axées sur l'utilisateur, et à la sécurité juridique et fonctionnalité des mesures dans les pays source.[23] Jusqu'à présent, les analyses les plus simples sur la question considèrent la *chose* faisant l'objet de la transaction APA comme un bien matériel physique (spécimens obtenus directement auprès du pays source ou par tout autre moyen). Des analyses plus détaillées montrent qu'elle peut dans certains cas être assimilée à un « droit de propriété intellectuelle » (notamment celui de contrôler l'information génétique contenue dans les espèces) ; ou qu'elle peut constituer un permis ou droit contractuel acquis, ou encore une combinaison des trois. Cette question est au cœur de la problématique APA. Elle est examinée en détail dans le chapitre 4 dans le cadre des pays utilisateurs et de l'élaboration de mesures applicables à l'utilisateur.

Les ressources génétiques, en tant que *choses,* se distinguent des autres catégories de ressources naturelles, ce qui oblige à aborder la question de la propriété différemment. Les questions relatives aux titulaires et propriétaires ne sont pas sans ambiguïtés. D'ailleurs, l'Article 15 ne se prononce pas sur cette question, pas plus que la majorité des quelques lois nationales qui ont été adoptées à cette fin. La CDB se borne à constater que « la fourniture de l'accès aux ressources

---

22 Il s'agit du registre de propriété officiel tenu dans la plupart des pays. Cf. Pau Pedrón, 2002.

23 La législation du pays source est évoquée dans de nombreux ouvrages et articles, et analysée en profondeur *in* Cabrera et López, 2007, premier volume de la Série. D'autres livres de la Série abordent d'autres aspects de cette problématique. Les aspects contractuels des accords APA entre pays source (individus ou communautés source, le cas échéant) et utilisateurs sont abordés *in* Bhatti *et al.*, 2007 ; et des travaux supplémentaires sur la sécurité juridique figurent *in* Young *et al.*, 2007, deux ouvrage de la présente Série.

génétiques est du ressort des gouvernements, en conformité avec la législation nationale ».[24] Ainsi, il se dégage clairement que chaque pays a compétence pour légiférer en matière de propriété, mais il dispose de peu d'indications pour résoudre la « question de la propriété » quand il s'agit de l'appliquer aux ressources génétiques. Par conséquent, ces questions n'ont guère été traitées d'un point de vue juridique.

Depuis l'adoption de la Convention, hormis la décision de « négocier un régime international APA » (décrit à la section 1.1), les principaux travaux APA au niveau international se sont matérialisés par l'élaboration des « Lignes directrices de Bonn[25] », adoptées en 2002 au terme de deux cycles de négociation. Aux derniers stades des négociations, beaucoup ont fait part de leur inquiétude quant au caractère unipolaire des futures Lignes directrices. Dans le projet final, présenté lors du dernier cycle de négociation (COP-6), les lignes directrices ne s'intéressaient qu'aux « pays fournisseurs » (gouvernements) et aux « utilisateurs » (entreprises, instituts et organismes de recherche)[26], faisant ainsi l'impasse sur les responsabilités des « pays utilisateurs. » Elles ne se prononcent pas non plus sur les processus et les conditions à réunir en faveur des mesures au-delà du pays source. À la suite d'intenses négociations, la version finale a été modifiée en vue de mentionner brièvement les « mesures visant les utilisateurs» (soit des dispositions imposées aux « Parties contractantes ayant sous leur juridiction des utilisateurs de ressources génétiques ». Elle indique que les pays utilisateurs « devraient examiner ces mesures ».[27]

Sur la base de l'expérience acquise lors des négociations et de l'examen du rôle juridique et législatif de l'APA, à la date de la rédaction de cet ouvrage, les pays divergent sur une question précise : l'APA peut-il fonctionner en tant que mécanisme contractuel régi par le droit commercial national et international, ou bien est-il nécessaire de renforcer davantage le cadre institutionnel et juridique à d'autres niveaux (notamment international) ? Aujourd'hui, la réponse à cette question est entre les mains des pays utilisateurs, sans le soutien desquels l'APA ne peut fonctionner efficacement en tant que système intégré fondé sur une base juridique solide.

2.2 Les exigences de la CDB au-delà de l'accès

L'Article 15.7 engage tous les pays ayant, ou étant susceptibles d'avoir, des utilisateurs sous leur juridiction, à adopter

> *« [d]es mesures législatives, administratives ou de politique générale […] pour assurer le partage juste et équitable […] des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie contractante qui fournit ces ressources ».*[28]

Contrairement aux dispositions relatives aux procédures juridiques spécifiques à l'accès (CPCC et CCCA), l'Article 15.7 est exprimé en termes de *résultats*. Il indique ce vers quoi les mesures visant les utilisateurs devraient tendre, au lieu de fournir la liste des mesures spécifiques qui permettront de répondre aux exigences. La Convention offre quelques indications supplémentaires concernant les obligations de l'utilisateur. Elle comprend davantage de dispositions sur les obligations des utilisateurs que sur l'accès. Concrètement, en ratifiant la CDB, les Parties contractantes se sont engagées à satisfaire les obligations suivantes en matière d'utilisation des ressources génétiques :[29]

---

[24] Article 15.2. Il convient de noter que cette disposition s'applique uniquement à « l'accès », soit l'octroi d'un droit d'entrée et de collecte des échantillons et autres informations. Le partage des avantages est soumis à un concept « d'équité » plus large (évoqué plus bas) et ne peut pas, semble-t-il, être limité par la législation nationale.

[25] Les négociations des Lignes directrices de Bonn ont été initiées par le premier Groupe de travail spécial APA-1, Bonn, 22-26 octobre 2001. Elles ont été officiellement adoptées par la COP-6 de la CDB à La Haye, 7-19 avril 2002. Les documents de la réunion peuvent être consultés à l'adresse suivante : http://www.biodiv.org.

[26] S'agissant de ces entités, les Lignes directrices invitent les utilisateurs à veiller à la conformité des bénéficiaires auxquels ils ont transféré toute partie des ressources génétiques, et à partager les avantages, notamment sous la forme du transfert de technologie, en vertu de l'Article 16 de la CDB. Paragraphe 16.b.ix des Lignes directrices de Bonn.

[27] Paragraphe 16.d des Lignes directrices de Bonn, évoquées au chapitre 3.

[28] Article 15.7 de la CDB.

[29] La CDB est de toute évidence un accord entre des États souverains. À ce titre et tel qu'évoqué à la section 1.1, ses dispositions ne sont pas directement contraignantes pour les entreprises, organismes, institutions et autres utilisateurs de ressources génétiques.

- Effectuer des travaux de recherche scientifique qui s'appuient sur les ressources génétiques dans le pays source ;[30]

- Prendre des mesures visant à assurer le partage avec le pays source des résultats de la recherche et de la mise en valeur des ressources génétiques ;[31]

- Prendre des mesures pour assurer le partage avec le pays source des avantages résultant de l'utilisation des ressources génétiques ;[32]

- Fournir au pays source un accès aux technologies utilisant ces ressources, et procéder au transfert de ces technologies (y compris les technologies protégées par des droits de propriété intellectuelle) ;[33]

- Favoriser une « participation effective » des pays en développement, notamment du pays source des ressources génétiques, aux travaux de recherche en biotechnologie et, le cas échéant, la réalisation de ces travaux dans le pays même ;[34]

- « Encourager et favoriser l'accès prioritaire, sur une base juste et équitable » des pays sources, en particulier des pays en développement, aux résultats et aux avantages découlant des biotechnologies fondées sur leurs ressources génétiques ;[35]

- Fournir « un appui et des avantages financiers en ce qui concerne les activités nationales destinées à réaliser les objectifs de la présente Convention » ;[36] et

- Répondre aux besoins des pays en développement par le biais de l'échange d'information, « qui comprend, lorsque c'est possible, le rapatriement des informations ».[37]

Aux termes de ces dispositions, chaque Partie contractante « s'efforce » de prendre les mesures énoncées.[38] Le terme « s'efforce » ne rend pas l'application des dispositions de la Convention (dans la pratique) volontaire. En droit, cela fait plutôt appel au principe de « bonne foi », selon lequel chaque Partie contractante doit consentir tous les efforts raisonnables pour s'acquitter de ses obligations.[39] Si un pays a déployé de tels efforts mais que ceux-ci n'ont pas été couronnés de succès, il ne sera pas considéré comme ayant failli à ses obligations ; toutefois, lorsqu'un pays n'entreprend pas de tels efforts, il contrevient à ses obligations internationales. Le critère de la bonne foi implique que si la première tentative échoue, des efforts raisonnables doivent se poursuivre, ou la question doit être réexaminée, jusqu'à trouver le moyen de satisfaire aux exigences énoncées.

Les points ci-dessus mettent en lumière la portée et l'importance des engagements des pays utilisateurs,

---

30 Article 15.6 de la CDB. Toutes les dispositions qui figurent dans la présente liste reposent sur l'hypothèse que toute activité de recherche ou de développement se base sur des ressources particulières et dont on connaît le pays source. Par conséquent, l'expression « pays qui fournit les ressources » semble désigner le pays source à partir duquel les ressources utilisées ou leur progéniture ont été prélevées.

31 Article 15.7 de la CDB.

32 Article 15.7 de la CDB.

33 Article 16.3 de la CDB.

34 Article 19.2 de la CDB.

35 Article 19.2 de la CDB.

36 Article 20.1 de la CDB.

37 Article 17.1 et 17.2 de la CDB.

38 L'Article 15.7 (obligation de partage des avantages) ne contient pas de formules restrictives, comme c'est le cas dans d'autres parties de la CDB, notamment « dans la mesure du possible » (qui figure aux Articles 5, 6(b), 7(chapeau) ; 8(chapeau) ; 9(chapeau) ; 10(chapeau) ; 11 et 14.1(chapeau) de la CDB), « en fonction des conditions et moyens qui lui sont propres », (Articles 6(chapeau) et 20.1), « tenant compte des besoins particuliers des pays en développement », (Articles 12 (chapeau) et 17.1 de la CDB), « sauf si cette responsabilité est d'ordre strictement interne », (Article 14.2 de la CDB) ou « si nécessaire » (Article 8(b) de la CDB). Ces libellés laissent entendre que, dans certains cas, les Parties ne soient pas capables de prendre les mesures nécessaires, que la disposition concernée ne s'applique pas ou qu'elle ne soit pas nécessaire selon les circonstances ou la Partie concernée. Malgré ces formulations, le doit international exige des Parties qu'elles agissent de « bonne foi » et s'efforcent d'appliquer les mesures, avant d'en conclure que cela leur est impossible. Cf. note de bas de page n°39.

39 Les articles 26 et 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités appliquent le principe juridique formel « pacta sunt servanda » (« les pactes (ou accords) doivent être respectés ») à tous les traités auxquels les Parties sont liées. Ce principe est explicité à l'article 26 : « tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi ». L'article 27 précise le sens : « une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité ». En général, « agir de bonne foi » implique un réel effort. Donc, si une Partie déploie durablement des efforts raisonnables sans parvenir au résultat visé, elle ne sera pas réputée comme ayant enfreint le droit international.

dans le cadre de la Convention, et leur rapport au « grand compromis » qui a permis l'avènement de la CDB. En outre, la terminologie utilisée dans ces dispositions montre bien qu'il s'agit de dispositions distinctes et non de reformulations diverses des dispositions de base sur le partage des avantages. Cela signifie que l'utilisateur devra adopter toutes les mesures énoncées pertinentes : le partage des avantages qui découlent de « l'utilisation des ressources génétiques », les résultats de la recherche, les informations obtenues et les nouvelles technologies mises au point. Par ailleurs, la Convention engage le pays utilisateur à favoriser la participation du pays source aux travaux de recherche et de mise en valeur, dans la mesure du possible. Enfin, les pays développés sont appelés à fournir un appui et des avantages financiers pour promouvoir l'un des objectifs de la Convention : le partage des avantages.

Le caractère obligatoire de ces dispositions a été en quelque sorte terni par les (quelques) dispositions des Lignes directrices de Bonn axées sur l'utilisateur. Plus précisément, s'agissant des obligations des pays utilisateurs, ces Lignes directrices prévoient seulement que « les Parties contractantes, ayant sous leur juridiction des utilisateurs de ressources génétiques, devraient prendre les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées, selon qu'il conviendra, afin de favoriser le respect du consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie contractante fournissant ces ressources ainsi que des conditions convenues d'un commun accord aux termes desquelles l'accès a été accordé ».[40] De toute évidence, en comparaison avec les dispositions de la CDB, le message de ce paragraphe et son caractère obligatoire sont considérablement atténués. En outre, les Lignes directrices précisent que les Parties devraient « envisager » différentes possibilités. Selon leurs propres termes, elles ne sont pas contraignantes. Elles ne constituent que des « recommandations ». Elles n'ont pas été envisagées ou adoptées en vue de modifier les dispositions de la CDB. La quasi-totalité des pays ont insisté sur ce point lors de leurs interventions durant cette réunion, et ont continué de le faire dans tous les forums consacrés depuis à la CDB.[41]

2.3 Les deux aspects des mesures APA : qu'entend-on par « mesures visant les utilisateurs » ?

Lors de débats internationaux sur l'APA, il est souvent reconnu que « tous les pays sont à la fois utilisateurs et fournisseurs ».[42] Il n'en demeure pas moins nécessaire d'adopter des mesures visant les utilisateurs. Cela prouve même que toutes les Parties devraient adopter de telles mesures, et pas uniquement les pays très développés. Toutefois, les ressources génétiques sont généralement utilisées de manière plus complexe et potentiellement profitable/avantageuse dans les pays développés, alors que la plupart des pays en développement les utilisent principalement ou exclusivement dans le développement de variétés agricoles.[43]

La CDB reconnaît deux types de mesures, appelées par le passé, mesures « d'accès » et mesures de « partage des avantages. » Cette terminologie ne présente pas une grande utilité. On devrait plutôt parler de mesures du « pays fournisseur » et du « pays utilisateur ». (Tableau 1).

---

40 Article 16(d) des Lignes directrices de Bonn.

41 Les Lignes directrices de Bonn ont été adoptées par une résolution de la COP et non par un organe ou processus impliquant des plénipotentiaires. Ils affirment souvent qu'elles sont non contraignantes, volontaires et sans interprétation, mises à la disposition des Parties dans le seul but de les aider à honorer leurs responsabilités en vertu de l'Article 15. Le nombre d'occurrences du terme « volontaire » prouve que le document n'aurait pas été adopté s'il modifiait les responsabilités et obligations des Parties au titre de la Convention.

42 Discussions de la COP-5 de la CDB (Nairobi, 2000), COP-6 (La Haye, 2002), COP-7 (Kuala Lumpur, 2004) et COP-8 (Curitiba, 2006), le Groupe de travail spécial APA-1 de la CDB (Bonn, 2002) et le groupe 2 (Montréal, 2003), et le deuxième Groupe d'experts sur l'APA (Montréal, 2001). Sur la base des données et documents du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale, tous les pays ont eu recours aux germplasmes issus d'un ou plusieurs centres internationaux de recherche agronomique, qui constituent d'importantes bases de ressources capables de fournir des germplasmes provenant de tous pays pour le développement de nouvelles variétés de plantes dans d'autres pays. Fowler *et al.*, 2001.

43 Quasiment tous les pays ont mis en oeuvre des activités pour le compte de l'État et/ou du secteur privé pour le développement de variétés agricoles par des moyens conventionnels, et un nombre croissant de pays en développement ont, au minimum, la capacité d'appliquer des techniques génétiques élaborées en laboratoire pour modifier des variétés de cultures et résoudre ainsi les problèmes ou conditions particulières au niveau local. D'une manière générale, consulter les rapports et analyses dans le cadre des projets de biosécurité du FEM-PNUE à l'adresse

Tableau 1

Mesures à l'intention du fournisseur	Mesures visant les utilisateurs
Il s'agit généralement des mesures prises par le pays fournisseur qui s'appliquent aux transactions APA impliquant ses propres ressources génétiques, ou au pays ayant acquis le droit d'utiliser ces ressources génétiques conformément à la CDB.	Il s'agit généralement de mesures législatives, administratives ou de politique générale qui s'appliquent aux individus ou entités qui sont sous la juridiction du pays utilisateur et qui utilisent des ressources génétiques provenant d'un autre pays.
Contrôle et surveillance de l'accès légal aux ressources du pays fournisseur et coordination par rapport aux exigences en matière de gestion et de protection des écosystèmes.	Prescriptions et mesures incitatives visant à garantir que les utilisateurs nationaux de ressources génétiques étrangères respectent les dispositions du pays fournisseur en matière d'APA.
Procédures relatives au Consentement préalable donné en connaissance de cause (CPCC), notamment le fait de déterminer le responsable, organisme ou groupe qui accorde ce consentement.	Mécanismes pour s'assurer que les fournisseurs de ressources génétiques sont au fait des utilisations et capables de vérifier le respect des CPCC/CCCA.
Procédures visant à fixer les Conditions convenues d'un commun accord (CCCA), notamment celles relatives à l'accès et au partage des avantages.	Recours et autres procédures permettant aux fournisseurs (individus, communautés et pays) de protéger leurs droits APA et faire appliquer leurs lois en la matière vis-à-vis des utilisateurs nationaux qui transgressent ces lois.
Etc	Etc.

Toute Partie à la CDB, susceptible d'être à la fois un pays fournisseur et un « pays ayant sous sa juridiction des utilisateurs », sera obligé de traiter à un moment ou à un autre les deux aspects de la question, bien qu'à l'heure actuelle, l'urgence concerne les pays ayant un grand nombre d'utilisateurs sous leur juridiction. Comme indiqué au chapitre 3, la quasi-totalité des législations APA existantes prévoient uniquement des « mesures à l'intention du fournisseur », et la plupart (mais non la totalité) de ces législations ont été promulguées par des pays en développement. Y compris dans les cas où des pays développés ont adopté des lois APA, celles-ci sont majoritairement axées sur les mesures à l'intention du fournisseur (l'accès et l'utilisation d'un pays de ses propres ressources génétiques). Dans cet ouvrage on entend par « mesures visant les utilisateurs» les mesures qui figurent à la colonne droite du tableau 1 ci-dessus. Les obligations qui découlent de ces mesures incombent à tous les pays (et pas uniquement aux pays développés).

2.4 Terminologie : les concepts d'utilisateur et fournisseur

Comme pour la quasi-totalité des aspects APA, les problèmes de terminologie accentuent la polémique lorsqu'ils touchent aux obligations des utilisateurs. La terminologie APA n'est pas sans ambiguïté, même pour ce qui est des termes « utilisateurs », « fournisseurs », « source » et « origine ». C'est pourquoi il est nécessaire, dans le présent ouvrage, d'utiliser ces termes avec précision. Même si de nombreux problèmes de terminologie seront finalement résolus dans le cadre des négociations internationales actuelles, les délais de publication ne nous permettent pas d'attendre ces résultats. Ainsi, l'interprétation générale des termes relatifs à l'utilisation et à la fourniture de ressources génétiques, qui seront ici employés, est fournie au tableau ci-dessous.

suivante : http://www.unep.ch/biosafety/resources.htm. Les informations relatives à la capacité nationale de développement des OGM n'ont pas été vérifiées dans le cadre du projet. Toutefois, une autre analyse (Hårstad *et al.*, 2005) basée sur 18 évaluations approfondies dans les pays les moins avancés a permis de relever l'existence de laboratoires génétiques fonctionnels mettant au point des variétés agricoles à Cuba, au Mexique, au Guatemala, en Chine, en Inde, en Indonésie et dans plusieurs pays européens qui ont depuis rejoint l'UE.

2.4.1 Les parties au contrat : « utilisateur », « fournisseur » et « intermédiaire »

Ici, les termes « utilisateur » et « fournisseur » reposent sur une base individuelle et font référence à des individus et à des situations particulières. L'examen de ces termes fait rapidement apparaître que d'autres participants peuvent intervenir au cours de ces processus, entre la collecte des ressources génétiques et le moment de leur utilisation et d'obtention des avantages. Ces intervenants sont des « intermédiaires ». Le tableau 2 renseigne sur l'emploi de ces termes dans le présent ouvrage :

Tableau 2 : catégories/terminologie relatives aux parties aux transactions APA, au sens du présent ouvrage

Terme/catégorie	Description/définition
Utilisateur	On entend par « *utilisateur* » tout personne physique, entreprise, université, organisme, gouvernement ou autre entité qui « utilise »[44] ou acquiert des ressources génétiques en vue de les utiliser, ou qui tire des avantages de leur utilisation.
Fournisseur	On entend par « *fournisseur* » celui qui fournit ces ressources à l'utilisateur *en lui conférant le droit d'en faire usage*. La nature exacte du fournisseur est fixée par le droit interne. Dans certains pays, le fournisseur est désigné comme l'individu autorisé légalement à prélever du matériel biologique et le vendre/donner à toute autre personne, y compris les ressources génétiques in-hérentes.[45] Dans d'autres pays, les droits sur le matériel biologique sont distincts des droits sur les ressources génétiques que ce matériel biologique contient, tendant ainsi à démontrer que le gouvernement est le fournisseur des ressources génétiques, même si le propriétaire du matériel biologique qui le fournit est une personne physique.
Intermédiaire	On entend par « *intermédiaire* » toute personne qui n'est pas un fournisseur, mais qui transmet les ressources génétiques à un utilisateur ou à un autre intermédiaire. Un utilisateur qui vend ou transmet d'une quelconque autre manière son matériel et/ou résultats à un autre utilisateur peut également être considéré comme un intermédiaire. La question de savoir si un intermédiaire devrait être considéré comme un « fournisseur » ou un « utilisateur » n'a pas encore été tranchée. Certains intermédiaires tirent des avantages (financiers ou autres), qui ne sont actuellement pas régis par le système APA.

2.4.2 « Pays utilisateur », « pays fournisseur », « pays source » et « pays d'origine »

La terminologie employée en référence aux rôles juridictionnels nationaux est également très floue dans les débats actuels. De nombreuses délégations et législations nationales utilisent des termes tels que « pays fournisseur », « pays utilisateur », etc. de façon tout à fait distincte. Dans la CDB, deux termes désignent des catégories de pays : « pays source » et « pays fournisseur des ressources ». Cependant, il apparaît qu'un pays pourrait jouer environ cinq *rôles* distincts dans le cadre de l'APA (étant donné que le terme « pays fournisseur » est utilisé par différents auteurs et lois avec des sens (litigieux) différents, nous nous abstiendrons de l'utiliser dans cet ouvrage). Au cours de notre analyse, nous utiliserons les termes suivants :

---

[44] Le sens et la pertinence du concept « d'utilisation des ressources génétiques » sont analysés au chapitre 4.

[45] Cf. exemple, AUSTRALIE : les réglementations sur la protection de l'environnement et la conservation de la biodiversité de 2000, § 8A.04. Elles s'inscrivent dans le cadre de l'approche générale adoptée par l'Australie pour toutes les lois APA du Commonwealth. Cette approche ne fait pas de distinction entre l'accès aux ressources biologiques (un concept que n'aborde pas la CDB) et l'accès aux ressources génétiques en vertu de l'Article 15 de la CDB. Par conséquent, le propriétaire de l'exploitation de laquelle le spécimen d'un arbre ou d'un animal a été prélevé a le droit de contrôler l'accès physique à ce spécimen. Donc, conformément au droit australien, il a également le droit d'accorder l'accès aux ressources génétiques de toute l'espèce (et d'obtenir le partage des avantages s'y rapportant), même lorsque l'utilisateur brevète les gènes isolés de cette espèce, privant ainsi toute personne de l'utilisation ou de l'obtention d'un accès/avantage concernant les spécimens de cette espèce.

Tableau 3 : catégories/terminologie relatives aux pays participant à une transaction APA, au sens du présent ouvrage

Terme/catégorie	Description/définition
Pays utilisateur[46]	Il s'agit du pays ayant sous sa juridiction un utilisateur qui participe à une transaction APA, en raison de sa nationalité ou du fait que ses activités (utilisation des ressources génétiques) sont effectuées sur le territoire de ce pays. Une transaction APA peut impliquer plusieurs pays utilisateurs.
Pays source[47] (ou « pays fournisseur » selon certaines législations et débats)	Ce terme désigne le pays où les ressources génétiques ont été prélevées dans des conditions *in-situ* (ou, s'agissant de variétés agricoles, le pays où leurs propriétés uniques ont été développées). Il s'agit, au moins en théorie, d'un simple état de fait. Même lorsque les spécimens originaux se sont depuis éteints ou ont disparu, leur progéniture peut généralement permettre de remonter jusqu'à la source.
Pays d'origine[48]	Il s'agit des pays sur le territoire desquels des ressources génétiques sont présentes *in-situ*. Il est souvent rappelé qu'une même espèce peut être présente *in-situ* dans plusieurs pays, ce qui signifie qu'il peut y avoir *plusieurs pays d'origine* pour une même espèce. En revanche, il n'y a qu'un seul *pays source,* dans le cas où celui-ci peut être déterminé. Ce concept se révèle également important dans le cas où un utilisateur ignore ou refuse de divulguer le pays lui ayant fourni le matériel génétique qu'il utilise.
Source secondaire[49]	Ce terme désigne le pays qui s'est procuré des ressources génétiques auprès d'un pays d'origine « conformément à la Convention », comme évoqué plus loin.
Pays intermédiaire (ou « pays fournisseur » selon certaines législations)[50]	Il s'agit d'un pays ayant sous sa juridiction un utilisateur ou un intermédiaire qui transfère des ressources génétiques prélevées au préalable dans un autre pays, c'est-à-dire dans le « pays source » tel que défini ci-dessus. Il convient de noter que l'APA prévoit le partage des avantages avec un fournisseur uniquement lorsque ce dernier est (i) un pays d'origine, ou (ii) une source secondaire. Il ressort de cette définition que le rôle du pays intermédiaire serait de garantir que le transfert du matériel entraîne aussi le transfert des responsabilités de partage des avantages qui s'y rapportent.

Conformément à l'Article 15.3, les droits des « pays qui fournissent les ressources » ne s'appliquent qu'à un seul pays lors de chaque transaction APA. Il peut s'agir (i) du « pays d'origine » (lieu de collecte des espèces, ou de la variété agricole traditionnelle ayant développé ses propriétés uniques[51]) ou (ii) des pays « qui ont acquis les ressources génétiques conformément à la présente Convention ». Ainsi, un pays, autre que celui d'origine, ayant officiellement obtenu des ressources génétiques conformément à la CDB, serait (i) tenu de fournir l'accès à ces ressources ; et (2) autorisé à recevoir une part des avantages découlant de leur utilisation.

---

46 Le terme « pays utilisateur » n'est pas employé dans la CDB. Les Lignes directrices de Bonn parlent de « pays ayant des utilisateurs sour leur juridiction », formulation qui ne tient pas compte du fait que « tous les pays sont à la fois utilisateurs et fournisseurs », tel que signalé plus haut.

47 Le terme « pays source » n'est pas employé dans la DB ou les Lignes directrices de Bonn. Cependant, dans la CDB, l'expression « pays qui fournit des ressources génétiques » semble s'appliquer à cette catégorie de pays. Article 2 de la CDB.

48 Article 2 de la CDB.

49 Ces deux catégories supplémentaires (« source secondaire » et « pays intermédiaire ») sont utiles dès lors que les pays visés ne sont pas des pays d'origine mais qu'ils disposent de droits en tant que partie du fournisseur à la transaction.

50 Cf. NORVÈGE : « Draft Nature Diversity Act » (loi sur la diversité de la nature), § 60.

51 Articles 2 (définitions de « pays d'origine des ressources génétiques », « pays qui fournit les ressources génétiques » et « dans des conditions in-situ ») et 15.3 de la CDB, qui note que pour l'APA, un pays qui fournit des ressources génétiques doit être le pays d'origine ou un pays ayant acquis les ressources génétiques conformément à la CDB (qui a été adoptée en 1992 et est entrée en vigueur en 1993).

Le « pays source » (tel que défini ci-dessus) peut être identifié, du moins en théorie, en répondant à la question suivante : « dans quel pays les ressources (ou leur progéniture) ont-elles été prélevées dans des conditions *in-situ*? » En revanche, la « source secondaire » (telle que définie ci-dessus) est un concept juridique. Il faut donc répondre à la question suivante : « les ressources ont-elles été acquises par le pays conformément aux dispositions de la CDB? » La CDB ne se prononce pas sur le sens à donner à la phrase en italiques (qui, pour certains, exclut entièrement tout spécimen biologique prélevé avant 1992). Ainsi, il est difficile de savoir si un pays ou une institution a pu acquérir des « ressources génétiques conformément aux dispositions de la CDB » avant 1993.

2.5 Corrélation entre les obligations « d'accès » et de « partage des avantages »

D'importants problèmes conceptuels inhérents aux ambiguïtés du système APA se posent dès que l'on s'interroge sur l'*existence* d'une éventuelle corrélation entre « l'accès » et le « partage des avantages » et, le cas échéant, sur la *nature* de cette corrélation. Comme pour la quasi-totalité des aspects APA, il ne sera pas aisé d'apporter de réponses simples tant que des concepts fondamentaux comme « l'accès » et le « partage des avantages » ne sont pas précisément définis.

Le premier problème concerne « l'accès » (un terme que la CDB n'a pas défini) car il est employé (y compris par les auteurs de ce livre) comme si son sens allait de soi ou avait été convenu. Cependant, le sens qui lui est conféré varie d'une personne à une autre. Pour certains, « l'accès » se limite au droit d'obtenir des échantillons. En effet, lors des négociations de la Convention, les pays en développement ont accédé au désir des chercheurs en leur accordant la possibilité d'obtenir des échantillons (l'accès aux sites et le droit de prélever des échantillons légalement), en échange de quoi les pays développés ont accepté d'inclure le concept de « partage équitable des avantages ». En vertu de cette définition de « l'accès », la corrélation entre « l'accès » et le « partage des avantages » ne revêt aucun caractère obligatoire, car des milliers de personnes peuvent obtenir un « accès » (être autorisées à collecter des échantillons) mais seuls ceux qui « utilisent des ressources génétiques » sont tenus de procéder au partage des avantages. La concomitance de ces concepts est évoquée dans la CDB : les Articles 15.2 et 15.5 portent sur l'accès et les Articles 15.6 et 15.7 sur le partage des avantages.

Les partisans de l'établissement d'une corrélation entre « l'accès » et le « partage des avantages » ont un autre point de vue. Ils estiment que l'APA ne s'applique qu'aux spécimens que l'utilisateur prélève dans le pays source et dont il utilise les ressources génétiques, et que les autres situations se situent hors du champ d'application de l'APA. Par exemple, dans le cas de matériel acquis indirectement (par des collecteurs, chercheurs ou autres utilisateurs) et ayant quitté le pays source, selon cette logique il n'y a pas eu « d'accès », donc le principe de partage des avantages ne peut être invoqué. Tel qu'on le verra au chapitre 4, cette approche est à l'origine de la plupart des problèmes conceptuels relatifs à l'APA, car elle crée d'importantes failles, pouvant entraîner l'effondrement du processus APA.

2.6 Déficit conceptuel de l'APA

Comme on le verra plus en détail aux chapitres 3 et 4, le concept APA en l'état soulève de nombreux problèmes fondamentaux. Il s'agit d'un concept nouveau en droit international et dans les législations nationales. Le caractère unique de l'APA et le manque d'expérience général du fait qu'un système similaire n'ait jamais été mis en place auparavant, ont nui à l'instauration d'un « régime » APA cohérent au niveau mondial. Par conséquent, il faut d'urgence identifier et clarifier les aspects fondamentaux de ce régime. L'un de ces aspects fondamentaux, la *chose*, est déterminant pour les contrats ou permis APA, tout comme la définition d'activités qui déclencheraient les mécanismes de partage des avantages du système.

Cette question est au cœur du fossé conceptuel de l'APA, car elle n'est expliquée en détail dans *aucun* document officiel, interprétation acceptée ou texte

convenu. Faute de temps,[52] les Parties ont du écarter l'examen de cette question, entre autres, lors des négociations de la CDB. Les négociateurs ont estimé que la plupart des questions APA seraient traitées par les législations nationales, chaque pays établissant ainsi son propre système, lesquels seront reliés horizontalement afin de couvrir le monde entier. Si cela avait été possible, l'Article 15 aurait pu se limiter à déterminer les contours d'un mandat de politique générale.

Sur la base de cette hypothèse, on peut conclure que les indications fournies par la Convention sont très limitées.[53] L'Article 15 comprend sept phrases et un total de 275 mots (à titre de comparaison, le présent paragraphe en contient 154). Si l'on ajoute toutes les dispositions de la CDB portant directement sur le partage des avantages ou ses éléments (qui figurent dans les objectifs du partage des avantages[54]) seul 18 phrases de la CDB concernent l'APA. Comme évoqué plus haut, seuls quelques pays ont adopté une législation APA, la majorité se limitant à un paragraphe ou à une phrase (ce qui exige davantage de réglementations). En comparaison avec les indications et interprétations mises à disposition sur les réglementations gouvernementales relatives à d'autres intérêts commerciaux lucratifs (bien immobilier, bien meuble, droits de propriété immatérielle, droits de propriété intellectuelle, droits acquis, etc.), ces maigres orientations expliquent peut-être pourquoi l'APA n'est pas encore juridiquement opérationnel.

Nombreux sont les commentateurs et négociateurs qui considèrent que le concept APA est « déficient » ou « irréalisable ». Il est peut-être plus approprié de penser que l'APA n'est pas suffisamment connu ou développé pour être appliqué.

Toutes les négociations et réflexions sur l'APA et les efforts de mise en œuvre d'une législation en la matière butent sur des problèmes récurrents. Afin de trouver des solutions appropriées, il faut comprendre et traiter directement la cause des difficultés rencontrées. Pour beaucoup, le problème systémique s'explique simplement par le fait que moins de 10 % des Parties à la CDB ont adopté des mesures APA législatives, administratives ou autres.[55] Plusieurs commentateurs ont évoqué de nombreuses raisons à ces déficiences, notamment les quatre suivantes :

- *La théorie de la « complexité »* : les difficultés juridiques et pratiques qui se posent lors de l'adoption de toute législation APA s'avèrent insurmontables pour les experts nationaux des domaines législatif/administratif ;[56] et

- *La théorie du « manquement de l'utilisateur à ses obligations »* : une mise en œuvre ne reposant que sur l'une des parties ne peut être efficace (le droit du pays source n'est plus applicable une fois que les ressources génétiques ou les utilisateurs ont quitté le pays). Le pays source ne peut intervenir dans la réglementation du pays utilisateur, y compris à l'égard de l'utilisation de ses propres ressources génétiques.[57]

---

52 La CDB devait être adoptée à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (UNCED) à Rio en 1992. On considère que l'imminence de cette date butoir explique la « solution rapide » trouvée à l'APA par les négociateurs pour permettre aux pays d'adopter la CDB en respectant les délais. Par conséquent, beaucoup de sujets n'ont pas été tranchés, notamment les controverses sur la biosécurité (Article 19), l'APA (Article 15) et le mécanisme financier (Article 21). La question de la biosécurité est restée en suspens et fera l'objet de négociations de plénipotentiaires plus avant, étant donné que la Convention indique expressément que « les Parties examinent s'il convient de prendre des mesures et d'en fixer les modalités […] définissant les procédures appropriées dans le domaine du transfert, de la manutention et de l'utilisation en toute sécurité de tout organisme vivant modifié résultant de la biotechnologie qui risquerait d'avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ». Article 19.3. S'agissant de la question du mécanisme financier, l'adjonction de l'article 39, qui stipule que le FEM remplirait ce rôle, a permis de répondre aux principales préoccupations politiques, mais elle n'est pas encore définitivement tranchée et devra être à nouveau examinée et adaptée. Cette décision perturbe les opérations de la Convention, comme en témoignent les controverses et négociations politiques qui ont accompagné l'adoption du dispositif d'allocation des ressources du FEM en 2005, et la corrélation avec la quatrième reconstitution des fonds. Dans le contexte de l'APA, les négociateurs ont estimé que le droit interne de la propriété et des contrats se prononcerait sur les mesures APA, afin que la convention soit achevée à temps pour l'UNCED. Malheureusement, ils n'ont pas voulu prendre en compte qu'à l'époque les législations nationales n'imposaient pas de contrôles sur l'utilisation de ressources génétiques, qu'elles ne considéraient pas ces ressources comme un droit ou un type de propriété, ou qu'elles ne les régissaient pas.

53 Cela explique également que les négociations directes sur les accords APA (contrats APA avec des fournisseurs et pays source ainsi que permis APA) n'aient pas été achevées. L'accord Costa Rica/Merck a été reconnu, y compris par les participants comme un cas à part, ne constituant nullement un modèle ou une pratique de référence. Cf. exemple, Reid, 1993. En outre, il a été décidé que la question du partage des avantages serait tranchée, une fois les avantages obtenus.

54 Comme signalé à l'Article premier, l'objectif de « partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques » comprend « l'accès des ressources génétiques […] le transfert des techniques pertinentes […] et un financement approprié ».

55 Cf. note de bas de page n°3 (chapitre 1) ci-dessus. La quasi-totalité de ces mesures se penchent exclusivement sur les questions qui concernent le fournisseur.

56 Young, 2004, « Options and Processes… » ; Cabrera et López, 2007; Lettington et Didery, 2007; Wynberg, 2004.

57 Tvedt, 2006 ; Cabrera et López, 2007.

- *La théorie du « manque d'intérêt »* : « les pays source considèrent que les avantages qui découlent de l'APA ne compensent pas les efforts qu'exigent l'adoption et l'application des lois APA ».[58]

- *La théorie du « coût »* : les systèmes de mise en œuvre de l'APA engendreront des coûts très élevés et une insécurité juridique en particulier pour les utilisateurs et l'industrie.[59]

Chacune de ces théories suscite un vif soutien ou une opposition véhémente. En soutien aux trois premiers points énoncés ci-dessus, il convient de rappeler que de nombreux pays (entre 50 et 90)[60] se sont efforcés d'élaborer une législation APA mais peu ont adopté des mesures significatives à l'intention du fournisseur ou de l'utilisateur. Toutefois, aucun pays n'a décidé officiellement de renoncer aux questions APA ou droits s'y rapportant, ou n'a déclaré que l'APA n'en valait pas la peine. Certains pays ont indiqué que des incohérences juridiques au niveau international avaient nui à l'élaboration d'une législation APA fonctionnelle.[61] De nombreux pays semblent compter sur les négociations internationales pour définir le champ d'application et les pratiques APA. Comme indiqué à plusieurs reprises dans cet ouvrage, les auteurs sont convaincus qu'il sera juridiquement impossible ou financièrement prohibitif d'imposer des contrôles APA au seul moyen de *lois régissant le fournisseur*.

S'agissant du quatrième point énoncé ci-dessus, nombreux sont ceux qui considèrent que les coûts de la documentation APA seront prohibitifs,[62] ou qu'en vertu des nouvelles lois nationales sur « l'accès », les procédures administratives d'approbation et de partage des avantages ont accru le temps et le coût de la collecte des espèces et autres activités de bioprospection.[63] À ce jour, cependant, les analyses des « coûts de transaction » ne sont pas suffisamment fondées. Elles se basent souvent sur des hypothèses, des raisonnements par analogie (ex : si on multiplie le montant négocié par une entreprise dans le cadre d'un contrat ponctuel par le nombre d'entreprises et de produits qui contiennent des ingrédients naturels, on obtient le coût total de l'APA pour les entreprises). Ces approches simplistes ne tiennent pas compte du fait que d'autres entreprises ont pu consacrer des montants très modestes, ou que lorsque le système sera implanté et harmonisé, la collaboration avec les autorités nationales APA facilitera l'acquisition et l'exportation d'échantillons. Certaines estimations de coûts se basent sur l'hypothèse qu'il existera de nouveaux protocoles et critères ou que des droits de propriété intellectuelle seront sollicités pour chaque espèce étudiée.[64] Assurément, de nombreux demandeurs ont été confrontés à des coûts élevés, notamment en raison des frais encourus en cas de poursuites judiciaires engagées par des communautés ou autres opposants à l'accès.[65] Il faut aussi reconnaître que les incertitudes actuelles sur le plan juridique et l'atmosphère de méfiance qui en résulte sont autant de facteurs importants, qui, s'ils étaient améliorés, permettraient sans aucun doute de réduire les coûts et d'atténuer les problèmes.

---

[58] Scott, P., exposé présenté à l'atelier international d'expert sur l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages, Cuernavaca (24-27 octobre 2005.)

[59] Cf. exemple, Finston, 2005, p. 141–155 ; Wolfe et Zycher, 2005. Pour certains, ce motif rend mieux compte de l'opinion de l'industrie (opposée à toute forme d'APA) que les déclarations générales prononcées par les représentants de l'industrie prétendant soutenir l'APA, à condition qu'il soit appliqué rationnellement. Il n'existe certainement pas une « position de l'industrie » unique, mais la plupart des groupes industriels se méfient de toute proposition tendant à renforcer les exigences administratives ou la bureaucratie (ou rendant le « partage des avantages » obligatoire) qui entraînerait des coûts supplémentaires.

[60] On a observé depuis 1999 qu'à l'époque plus de 50 pays avaient élaboré des législations nationales APA. Tous les auteurs ou presque se sont fait l'écho de cette donnée, qui figure in Glowka, 1998. Depuis, certains ont relevé le défi et d'autres ont abandonné. Comme indiqué en note de bas de page n°3, 32 pays n'ont adopté qu'une seule phrase sur l'APA.

[61] Communications personnelles de Ridwana Jooma (Afrique du Sud), Nancy Kgengenyane (Botswana) et Leonard Hirsch (États-Unis), entre autres.

[62] Cf. exemple, Wolfe et Zycher, 2005.

[63] Cela a été affirmé par un grand nombre d'utilisateurs (mais pas tous) lors d'études récentes en Europe sur les utilisateurs. Cf. Latorre, 2005 ; Holm-Müller *et al.*, 2005.

[64] En outre, afin de faciliter les débats, plusieurs montants fictifs ont été utilisés et les résultats obtenus ont par la suite été cités en guise de conclusions scientifiques. Le document qui rend compte d'une somme d'un milliard de dollars pour le système international (Wolfe and Zycher, 2005) a été largement remis en question.

[65] Young, 2005.

2.7 Obstacles propres à la mise en œuvre de l'APA

Il existe quatre types de problèmes d'ordre pratique ou juridique propres à l'utilisateur dans le cadre du régime APA.

2.7.1 Sécurité juridique

Les utilisateurs de ressources génétiques (les chercheurs étrangers et les entreprises qui cherchent à développer des produits, entre autres) basent souvent leurs décisions sur la question de la « sécurité juridique ». Certes, des incertitudes peuvent grever tous types de projets engagés, mais les entreprises et les individus des pays développés doivent avoir un minimum de sécurité juridique quant aux actions, droits ou biens dans lesquels ils souhaitent investir du temps, de l'argent ou d'autres efforts. Concrètement, avant de s'engager dans toute activité de bioprospection ou de prélèvement d'espèces, une entreprise ou un chercheur voudront avoir la certitude de disposer du droit juridique de prélever les spécimens, de les étudier/analyser et d'en exploiter les résultats (notamment, dans certains cas, le droit de commercialiser un produit). De même, avant de conclure un contrat ou autre accord APA, l'entreprise voudra être certaine que le contrat final sera valable et juridiquement contraignant (c'est-à-dire, avoir la certitude que le signataire de l'accord APA est dûment autorisé à signer, et que toutes les lois et restrictions pertinentes ont été respectées) et que le contrat ne sera ni modifié, invalidé ou annulé à l'avenir sans raison valable. L'insécurité juridique n'a jusqu'à présent pas provoqué le déclin de l'intérêt industriel, commercial et de la recherche à l'égard du matériel biologique et génétique.[66] L'avertissement lancé par l'industrie sur les problèmes APA rencontrés devrait être perçu comme le signe que le secteur n'a pas encore accepté le concept APA, d'où la nécessité de démontrer (créer) l'importance que revêt le fait d'accepter ou de participer à ce concept, plutôt que de le laisser s'adapter sans intégrer les contributions pratiques des utilisateurs.

Cependant, la sécurité juridique va dans les deux sens : les pays sources autant que les pays fournisseurs ont besoin de certitude sur les mesures et engagements pris par les utilisateurs. Ils doivent pouvoir faire confiance à « l'autre partenaire » dans le système (lois effectives ou applicables régissant les actions de l'utilisateur et le partage des avantages, adoptées par les pays utilisateurs). Si les lois du fournisseur sont si complexes et contraignantes c'est en grande partie en raison du manque d'appui conféré par les pays utilisateurs aux droits des pays sources. Les dispositions d'accès sont particulièrement restrictives car les pays sources n'ont aucune certitude quant au respect de leurs droits par la législation des pays utilisateurs, une fois que le matériel a quitté leurs territoires.

L'établissement d'un système intégré permettrait de mieux répondre à ces questions (soit par une vaste opération d'adoption de mesures applicables à l'utilisateur au niveau national, soit par l'élaboration et la mise en œuvre de ces mesures dans le cadre d'un régime international). Quoi qu'il en soit, un tel système doit tirer au clair les questions clés en matière d'APA, pour que les pays fournisseurs puissent compter sur la fonctionnalité de ce système. Ainsi, les pays sources peuvent adopter une législation plus rationalisée et réduire efficacement la bureaucratie. Cela permettra en retour de renforcer la sécurité juridique et de résorber les coûts administratifs.

2.7.2 Dispositions internationales axées sur les actions APA privées

En vertu des principes généraux du droit, les personnes ou entreprises privées ne sont pas directement régies par le droit international (c'est-à-dire par des accords entre les gouvernements). En effet, elles sont liées par les lois des (différents) pays auxquels elles sont elles-mêmes, et leurs actions, subordonnées. Jusqu'à la COP-7, les débats internationaux sur l'APA portaient principalement sur la législation du fournisseur relative à l'accès, mise en place dans les pays en développement. C'est le cas notamment des Lignes directrices de Bonn

[66] Cf. exemple, Latorre, 2005 ; Holm-Müller *et al.*, 2005 ; et Oldam, 2005. À ce jour, la théorie selon laquelle l'intérêt de l'industrie pour les ressources génétiques a reculé est rarement étayée par des statistiques ou autre preuve crédible ou impartiale. Cependant cette pensée subsiste. Cf. exemple, Finston, 2005, p. 141–155.

qui sont essentiellement axées sur les mesures prises par les pays fournisseurs ou qui s'appliquent à eux.[67] Depuis, on semble admettre que la législation d'accès dans les pays fournisseurs n'est pas le seul facteur conduisant au partage juste et équitable des avantages. La valeur des biotechnologies est souvent créée par des utilisateurs privés (notamment des universités, gouvernements, organismes non étatiques, co-entreprises, etc.). Dans la plupart des transactions, il est probable que l'essentiel de ces travaux soit effectué dans le pays utilisateur, en particulier lors des phases finales à l'approche de la génération des gains. Une décision ou un instrument international ne peut régir les actions d'une entreprise ou d'un utilisateur privé, à moins que le pays compétent n'adopte ladite loi portant application de la décision ou de l'instrument aux personnes ou activités sous sa juridiction.[68] Le droit international peut servir à développer le concept de manière claire et consensuelle, permettant ainsi aux pays d'adopter une législation interactive.

2.7.3 Application du droit des contrats à un nouveau concept de biens ou droits fondés sur des ressources

Certains auteurs et négociateurs ont affirmé que le recours à des contrats privés et au droit des contrats est la solution aux problèmes d'application transfrontière du droit.[69] Ils semblent ainsi réduire la problématique APA à l'application de contrats. D'ailleurs, ils considèrent que les seules « mesures visant les utilisateurs » nécessaires sont les lois qui permettent aux parties privées de conclure des contrats et de faire appliquer les droits s'y rapportant, et que ces lois peuvent s'appliquer en l'état aux accords APA.

Cette hypothèse est sans fondement juridique. Le système APA s'appuie bel et bien sur un mécanisme contractuel mais il n'y a recours que pour faciliter la réalisation des objectifs et des obligations qui ne relèvent pas du droit des contrats. Ce mécanisme est utilisé pour des droits nouveaux (droits souverains et individuels sur les ressources génétiques, qui ne sont pas pleinement compris ou autorisés). Alors que certains aspects du droit des contrats sont facilement applicables à l'APA, un grand nombre de concepts et pratiques contractuels n'ont pas encore été adaptées à ce domaine, et des interrogations subsistent notamment lorsque des droits relatifs aux ressources génétiques sont conférés à des personnes qui n'ont pas obtenu de contrat ou permis APA.[70]

2.7.4 Absence de mesures incitant à la fondation du système

D'un point de vue technique, la plupart des « ressources génétiques » sont extraites à partir d'un matériel biologique ; et dans la plupart des cas, ce matériel peut légalement circuler d'un pays à l'autre.[71] Le flou qui caractérise actuellement le régime APA a conduit de nombreux chercheurs et entreprises à estimer que si l'échantillon à partir duquel ils obtiennent une ressource génétique a déjà été retiré du pays source, ce matériel peut être utilisé sans que s'applique l'APA.[72]

---

[67] Lignes directrices de Bonn, décisions VI-24 de la COP de la CDB. Sur 61 sections, seule la clause 16(d) aborde les mesures applicables à l'utilisateur.

[68] Depuis l'adoption de la Convention, la mise en œuvre de l'APA est considérée comme un grand défi et problème. Cf. Hendrickx *et al.*, 1993 ; Glowka *et al.*, 1997. Certains commentateurs récents ont indiqué qu'aucun progrès n'avait été accompli. Par exemple, pour Barber (2005), la mise en œuvre est l'un des principaux obstacles au partage des avantages.

[69] Cf. exemple, Scott, 2005.

[70] Les « conditions convenues d'un commun accord » qui figurent aux Articles 15.4 et 15.7 sont calquées (presque à l'identique) sur les conditions préalables à tout contrat. En effet, les parties au contrat parviennent à un « accord mutuel » sur les mesures, autorisations, conditions, restrictions et autres éléments qui seront inclus dans les contrats et ce qu'ils impliquent. De même, « le consentement préalable en connaissance de cause », tel que décrit à l'Article 15.5, est parfaitement calqué sur une autre prescription générale prévue par le droit des contrats : une convention n'est valable que si toutes les Parties ont connaissance de toutes les données pertinentes et ont librement consenti à être liées par lui. (Pour un débat général sur les principes du droit des contrats reconnus au niveau international, voir la CNUDCI (non datée), évoquée dans le volume 4 de la présente Série.) Les concepts juridiques des CPCC et CCCA ont été largement examinés dans le contexte APA et de façon plus générale également. Cf. Swiderska, 2001, qui traite formidablement cete problématique ainsi que le rapport avec la participation publique.

[71] Il existe bien évidemment des limites. Certaines espèces sont considérées comme dangereuses et leurs mouvements au niveau international sont interdits. Souvent, la possession de spécimens dans un pays utilisateur n'est pas considérée comme illégale une fois qu'ils ont franchi la frontière. En outre, les mouvements internationaux de spécimens peuvent être considérés comme illégaux en vertu de la Convention sur le commerce de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (Washington DC, 1973) qui a été très largement mise en application. Certains matériels biologiques étrangers sont interdits ou placés sous contrôles dans les pays utilisateurs aussi (stupéfiants, armes bactériologiques, etc.) Toutefois, ces contrôles s'appliquent à un petit nombre d'espèces et de variétés dans le monde. La plupart des ressources génétiques qui ont été utilisées commercialement ou au cours de recherches ne sont pas ainsi répertoriées ou contrôlées. Dans certains cas, cependant, il a été reconnu que des travaux de recherche axés sur les ressources génétiques ont eu une incidence sur la conservation de nombreuses espèces, d'où la nécessité de renforcer la coordination entre les services chargés de la mise en œuvre de l'APA et de la CITES. Cf. Mgbeoji, 2006.

Cette hypothèse (qu'elle soit correcte ou erronée) peut aboutir à une situation où chacun agit comme bon lui semble. Lorsque ces chercheurs et entreprises possèdent un spécimen, l'utilisation qu'ils en font est généralement privée et ne peut être détectée par des inspecteurs externes ou gouvernementaux. Tel que signalé au chapitre 3, ce manque « d'observabilité » n'exonère pas les entreprises de l'obligation de se conformer aux exigences de partage des avantages, mais peut les encourager *de facto* à rester discrètes sur ce type d'activité. Pour que les mesures visant les utilisateurs concernent également les activités d'un utilisateur privé, elles doivent imposer des contrôles (diriger et surveiller) ou élaborer des lois APA qui les incitent à respecter les règles.

Même si, dans la pratique, il est difficile d'imposer et d'effectuer des contrôles, le système APA offre peu de mesures d'incitation. Dès lors que l'utilisation des ressources génétiques s'effectue principalement dans les pays développés, ceux-ci peuvent devoir assumer la charge du contrôle, ainsi que la responsabilité de l'échec si le système ne fonctionne pas.

2.8 Importance juridique et politique de la problématique APA

La CDB a été élaborée en tant que plateforme permettant d'intégrer les lois et pratiques nationales en matière de conservation et d'utilisation durable en vue d'assurer la protection du Vivant. Elle reconnaît que cet objectif représente une contrainte réglementaire pour les pays en développement, dont le niveau de diversité (« mégadiversité ») est supérieur par habitant et par hectare.[73] Pour rétablir un certain équilibre, la CDB exige tout au long du texte que la conservation soit une responsabilité collective incombant à tous les pays, en particulier dans ses aspects financiers. Le partage des avantages est sensé être un moyen de faire assumer une partie de la conservation/utilisation durable aux parties privées qui tirent des avantages de l'exploitation des ressources génétiques.

Outre les coûts de la conservation et de la durabilité, les pays en développement ont une responsabilité supplémentaire, qui ne peut être compensée que par le concept d'équité (voir chapitre 5). Alors que les contraintes qui sous-tendent le développement (notamment la réduction de la pauvreté, des moyens de subsistance sûrs et la protection sociale) s'accentuent continuellement, les restrictions environnementales dans le cadre du développement se renforcent. Ce type de contraintes n'existait pas à l'époque où l'Amérique du Nord et l'Europe se développaient, et les pays de ces régions ont pu tirer profit d'une nature généreuse, ce qui n'est plus à la portée des pays en développement aujourd'hui.

L'objectif d'équité de la Convention est né de l'avis que des contraintes environnementales supplémentaires constitueraient un obstacle socio-économique à l'amélioration des indicateurs (moyens de subsistance et bien-être) des pays dont le développement revêt déjà un caractère hautement prioritaire.[74] Cette priorité a été récemment renforcée par l'adoption, par l'Organisation des Nations Unies, des Objectifs du Millénaire pour le développement.[75] Sur le plan politique, ces négociations témoignent d'un changement de cap. Les pays dont le développement et l'avenir socio-économique dépendent le plus des obligations environnementales, interviennent de façon accrue dans le contrôle et la gestion de l'agenda international en matière d'environnement. Leurs décisions peuvent avoir un impact considérable sur la conservation de la biodiversité, compte tenu de la souveraineté qu'ils

---

[72] Cf. exemple, Henkel, Thomas, « A Perspective from Pharmaceutical Industry », exposé présenté lors de la réunion d'experts de haut niveau « Relever les défis de l'accès et du partage des avantages (APA) dans le contexte de la Convention sur la diversité biologique » (Tokyo, 8-9 février 2007) et autres remarques lors de la réunion.

[73] Il convient de rappeler que la CDB s'interesse plus à la conservation et à la durabilité de la nature qui garantit l'existence de la Terre, qu'aux espèces rares, en voie d'extinction ou très endémiques (traité de façon approfondie par la COP-5 de la CDB et réunions ultérieures de l'Organe subsidiaire chargé de fournir des avis scientifiques, techniques et technologiques, qui ont joué un rôle important dans l'adoption et la mise en oeuvre de « l'approche écosystémique » (UNEP/CBD/5/6)). L'un des grands défis consiste à veiller à ce que les mesures de conservation ne concernent pas uniquement les espèces rares, car cette approche favorise souvent la destruction d'espèces partagées par de nombreux pays, parmi lesquels aucun ne souhaitera endosser seul la charge de la conservation.

[74] Il n'est pas anodin que la CDB ait été adoptée lors de la deuxième plus grande conférence internationale de plénipotentiaires et que cette conférence ait été intitulée : Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement.

[75] Déclaration du Millénaire, Assemblée générale des Nations Unies, 2000, Doc. A/55/L.2.

exercent sur les hauts lieux de la biodiversité, les espèces rares et les écosystèmes essentiels. Globalement, le système APA est capital car le processus juridique international qui lui est propre favorise le caractère équitable des échanges. En effet, ceux-ci reconnaissent et prennent en compte les interrogations et préoccupations de tous les participants lors de négociations ou de l'application d'instruments juridiquement contraignants.

Cependant, c'est à chaque pays que revient finalement la tâche d'adopter la législation appropriée. Or, le processus législatif doit veiller aux intérêts nationaux, ce qui est le cas dans la pratique. Dans un pays, le législateur doit par définition axer ses travaux sur les perspectives et attentes de l'électorat, devant lequel il est responsable. Aux yeux des citoyens et des parlementaires, l'importance de la gouvernance internationale est souvent reléguée au second plan, accordant la primauté au bien-être national et aux coûts de l'industrie, en particulier dans les pays qui comptent un grand nombre d'utilisateurs de ressources génétiques. Il peut être politiquement délicat pour un gouvernement de prendre des mesures qui, intrinsèquement, incitent les entreprises à verser de l'argent à d'autres pays. De telles dispositions devraient se heurter à une hostilité semblable à celle que suscite l'augmentation des impôts (en tant que mesures limitant la rentabilité et le développement commercial), ou plus forte encore car le montant devant être reversé est imprévisible et ne repose sur aucun critère mathématique. Malgré ces difficultés, tous les pays de l'OCDE ont signé la CDB et tous, sauf un, l'ont ratifiée depuis.[76]

En vue de fournir un appui politique national à la mise en œuvre du partage des avantages, il convient de se poser une question simple : *Quel intérêt ont les pays utilisateurs à s'acquitter de leurs obligations en matière de partage des avantages ?* À l'heure actuelle, les réponses sont limitées *d'un point de vue* :

- *général* : pour honorer les engagements nationaux pris par le pays (il agit de « bonne foi ») ;
- *environnemental* : pour promouvoir la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, par le biais de mesures d'incitation financière relatives aux ressources génétiques ;
- *éthique et social* : pour promouvoir le bien-être des pays les plus pauvres, résorber la pauvreté et réduire les disparités entre les pays développées et les pays en développement ;
- *fonctionnel* : pour protéger les droits des pays en matière d'accès aux ressources génétiques dans d'autres pays (la réciprocité) ; et
- *commercial* : pour permettre une entière participation des secteurs de la recherche et de l'industrie au développement de produits basés sur des ressources génétiques.

Si les trois premiers points révèlent un intérêt à plus long terme, les deux derniers présentent, au niveau national, un meilleur attrait financier, commercial et connexe.

[76] Les 29 membres de l'OCDE parties à la CDB sont l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, la République Tchèque, le Danemark, la Finlande, la France, l'Allemagne, la Grèce, la Hongrie, l'Islande, l'Irlande, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, les Pays-Bas, la Nouvelle-Zélande, la Norvège, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la Corée du Sud, l'Espagne, la Suède, la Suisse, la Turquie et le Royaume-Uni. La Commission de la Communauté européenne prend également part au programme de l'OCDE. Le seul membre de l'OCDE qui n'est pas parti à la CDB sont les États-Unis.

3 Conformité du pays utilisateur aux Lignes directrices de Bonn

La question essentielle qui est posée dans le présent ouvrage est de savoir quelles sont les mesures nécessaires pour répondre aux obligations énoncées à l'Article 15.7. Ces mesures ne doivent pas se limiter au simple partage des avantages mais englober la totalité des responsabilités de l'utilisateur pour que le système puisse fonctionner correctement. Elles doivent être adoptées par tous les pays ayant, ou étant susceptibles d'avoir, sous leur juridiction, des utilisateurs de ressources génétiques (probablement tous les pays).[77] Le présent chapitre est consacré à l'identification des lois et des pratiques qui semblent répondre aux dispositions de l'Article 15.7 par le biais d'un système contraignant, avec à l'appui plusieurs exemples de pays ayant des utilisateurs sous leur juridiction.

3.1 Une approche fonctionnelle

La législation doit se fonder sur une interprétation fonctionnelle des activités physiques et commerciales qu'elle doit régir. Les principales étapes du concept de partage des avantages sont les suivantes :

- L'utilisateur a obtenu ou obtient (directement ou indirectement dans le pays source) des ressources génétiques. L'accès ne devrait être effectué que sur autorisation accordée par le pays source conformément à la procédure de consentement préalable donné en connaissance de cause (CPCC) du pays source et sur la base des conditions convenues d'un commun accord (CCCA) ;

- L'utilisateur exploite ces ressources de manière à en tirer un avantage ;

- L'utilisateur partage les « avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques » avec le pays source. Ce processus de partage des avantages comporte deux étapes : d'abord, l'utilisateur et le pays source fixent les conditions convenues d'un commun accord (CCCA) concernant le partage des avantages ; puis, l'utilisateur se conforme à cet accord.

Aucun de ces points n'est totalement soumis à la surveillance du pays source ou du pays utilisateur. Par conséquent, ces trois étapes doivent être traitées ou examinées dans le cadre de mesures prises par les pays fournisseur et utilisateur. À titre d'exemple, l'utilisateur obtient souvent un accès aux ressources génétiques d'un matériel ayant déjà quitté le pays source, soit à une collecte *ex-situ* soit sous la forme de résultats de la recherche génétique transmis par un intermédiaire (chercheur ou entreprise). L'application de l'APA à ces situations n'est pas encore clairement établie.

De même, les lois relatives au partage des avantages ne peuvent fonctionner que si le sens des législations et/ou les contrats APA sont établis clairement, tant dans le pays source que dans le pays utilisateur. Cela renforce notre argument précédent selon lequel, en vertu de l'Article 15, tous les pays se considèrent aussi bien fournisseurs qu'utilisateurs de ressources génétiques.

Comme indiqué à maintes reprises,[78] les pays sources devraient adopter une législation propre au fournisseur dans cinq domaines :

---

[77] Selon la définition finale de « l'utilisation des ressources génétiques », cette expression pourrait inclure la quasi-totalité des pays. Par exemple, si « l'utilisation des ressources génétiques » comprend des activités conventionnelles de sélection végétale, presque tous les pays seront considérés comme des « pays utilisateurs » étant donné que la plupart utilisent des variétés qui proviennent du monde entier. Cela a motivé l'élaboration du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPAA), dont la portée est finalement plus restreinte que ne le prévoyait son objectif initial. Il n'en demeure pas moins nécessaire d'appliquer la législation nationale APA au développement de variétés agricoles. Cf. Moore and Tymowsky, 2003.

[78] Notamment Cabrera et López, 2007, volume 1 de la présente Série.

- les mesures administratives (correspondant national et autorités compétentes) ;

- les négociations par le biais desquelles les contrats APA sont approuvés, et auxquelles s'appliquent les processus relatifs au consentement préalable donné en connaissance de cause (CPCC) et aux conditions convenues d'un commun accord (CCCA) ;

- les dispositions qui s'appliquent dès lors qu'un utilisateur obtient un accès à des ressources génétiques

  – par un prélèvement qui s'effectue directement dans le pays,

  – à partir d'une collecte ou d'un organisme, ou

  – d'une autre source ;

- la nature et le champ d'application des droits conférés à l'utilisateur (y compris les activités exigées ou autorisées, la notification/faits marquants, transfert des ressources génétiques, etc.) ; et

- comment les avantages tirés doivent être utilisés ou répartis.

Le dernier aspect ne figure pas dans la CDB, mais il est souvent cité comme une obligation dans de nombreux articles et documents juridiquement non contraignants, notamment les Lignes directrices de Bonn.[79] La Convention reconnaît la latitude de chaque pays dans l'utilisation et la répartition des avantages,[80] selon de nombreux experts la corrélation entre l'APA et la conservation suggère que l'utilisateur à un intérêt dans la répartition des avantages. Selon les pays, les lois APA stipulent que les avantages doivent être, en totalité ou partie, utilisés aux fins de la conservation ou fournis aux acteurs privés.[81] Les Lignes directrices de Bonn offrent des indications supplémentaires pour la mise en œuvre de ces concepts.

Les dispositions de l'Article 15 prévoient des mesures propres au fournisseur. En revanche, la CDB n'énonce aucune mesure APA axée sur l'utilisateur et se concentre sur les résultats poursuivis, en priant instamment les pays de prendre des mesures

> *en vue du partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie contractante qui fournit ces ressources.*[82]

Les Lignes directrices de Bonn recommandent six « mesures visant les utilisateurs » et quatre obligations administratives à remplir par celui-ci.[83] Elles contiennent également des dispositions pour d'autres approches éventuelles, notamment :

- *Options pour satisfaire aux obligations juridiques relatives à l'utilisateur (voir la section 3.3)*

  – « Mesures visant à empêcher l'utilisation des ressources génétiques obtenues sans le CPCC de la Partie contractante qui fournit ces ressources » ;

  – « Autres mesures propres à encourager les utilisateurs à respecter les [conditions convenues d'un commun accord] » ;[84]

  – « Coopération entre Parties contractantes pour traiter des violations présumées des

---

[79] Cf. Swiderska, 2001. L'article 48 des Lignes directrices de Bonn aborde la question de la répartition des avantages, qui est uniquement du ressort du pays source : « les avantages devraient être partagés de manière juste et équitable entre tous ceux qui ont été identifiés comme ayant contribué à la gestion de la ressource et au processus scientifique et/ou commercial. Il peut s'agir d'organismes gouvernementaux, d'organismes non gouvernementaux ou d'établissements universitaires et de communautés autochtones et locales. Les avantages devraient être répartis de manière à promouvoir la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ».

[80] Cf. exemple, EC, 2003.

[81] Comparer, d'une part le COSTA RICA, où un pourcentage des avantages est reversé aux organismes des régions protégées (per Reid *et al.*, 1993) et autres dispositions similaires de la proposition des États-Unis, et d'autre part l'AUSTRALIE , dont les réglementations sur la protection de l'environnement et la conservation de la biodiversité de 2000, § 8A.04, peuvent avoir pour objectif de promouvoir la conservation privée. Le droit du Costa Rica considère la répartition comme une partie intégrante des contrats APA. Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad, art. 7.

[82] Art.15.7 de la CDB.

[83] Paragraphes 16(d) et 13 des Lignes directrices de Bonn. Bien qu'elles n'occupent qu'une demie-page sur les 19 que compte ce document, ces quelques phrases sont peut-être les plus importantes au regard des pays qui ont un grand nombre d'utilisateurs sous leur juridiction, et avec l'Article 15.7, elles constituent la pierre angulaire du cadre APA.

[84] Ce paragraphe fait référence au respect de l'article 16(b) des Lignes directrices de Bonn, lequel prévoit la conformité aux CCCA.

accords d'accès et de partage des avantages » ;

– « Mesures décourageant les pratiques commerciales déloyales » ;

– « Mesures visant à encourager la divulgation du pays source des ressources génétiques et l'origine des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales dans les demandes de droits de propriété intellectuelle ».[85]

- *Mesures administratives pour permettre l'intégration dans le système international (voir la section 3.4)*

  – « un correspondant national unique pour l'accès et le partage des avantages » ;

  – « Mécanismes destinés à fournir aux utilisateurs potentiels des renseignements sur leurs obligations en matière d'accès aux ressources génétiques » ;

  – « [Responsable du] suivi et [de] l'évaluation des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages » ;

  – « [Responsable de] l'application/respect des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages » ; [86]

- *Approche volontaire, obligatoire et permissive (voir la section 3.5)*

  – « Dispositifs de certification volontaires pour les institutions qui se conforment aux règles d'accès et de partage des avantages (suivi, règlement des litiges, recours, etc.) » [87]

Avant de passer à l'examen approfondi de ces différents points, la section 3.2 expose les lois nationales étudiées, afin de faciliter l'analyse pratique.

3.2 « Mesures nationales applicables à l'utilisateur » examinées dans ce chapitre

Aux fins du présent ouvrage, nous avions au départ formé l'ambition que des études de cas ou des analyses approfondies permettraient d'examiner différents types de mesures visant les utilisateurs dans de nombreux pays. Cependant, cette analyse n'a permis de déceler que peu de « mesures visant les utilisateurs » au sens qui lui est attribué à la section 2.3. L'étude avait pour objectif de renseigner sur l'expérience acquise en matière de législation propre à l'utilisateur, mais nous avons en fait appris que cette expérience faisait justement défaut. Par conséquent, les informations concernant les mesures applicables à l'utilisateur ne représentent qu'une petite partie des travaux de recherche et d'analyse effectués pour les besoins du présent ouvrage. Au lieu d'études de cas détaillées, l'analyse porte uniquement sur des éléments particuliers et des dispositions utiles pour illustrer les points clé. Une brève description des lois APA et autres instruments passés en revue dans ce livre figure ci-dessous.

Notre analyse approfondie a porté uniquement sur les cas de la Norvège et des États-Unis.[88] Dans ce contexte, nous avons choisi d'étudier toutes les lois pertinentes, au lieu de ne nous limiter qu'à celles qualifiées de « lois APA ».[89] Dans plusieurs autres pays, nous avons procédé à l'examen des lois et instruments APA. Au Japon par exemple, il en ressort d'importantes nouveautés en matière de droit souple. Au Canada, en Australie, aux Pays-Bas et dans l'Union européenne

[85] Paragraphes 16(d)(iii), (vii), (iv), (vi) et (ii) des Lignes directrices de Bonn, respectivement.

[86] Paragraphes 13, 16(d)(i), 14(c) et 14(d) des Lignes directrices de Bonn, respectivement.

[87] Paragraphe 16(d)(v) des Lignes directrices de Bonn. Les paragraphes 51 à 61 fournissent des indications générales sur les mesures d'incitation, de transparence, de suivi/rapports, vérification, différends et recours. Elles sont évoquées plus bas, le cas échéant.

[88] Malheureusement, en raison des contraintes budgétaires, nous avons été confrontés à des barrières linguistiques limitant notre examen des lois (ou analyse détaillée de ces lois) à celles fournies en anglais, norvégien, espagnol ou portugais.

[89] L'étude de cas effectuée par les auteurs ne constitue peut-être pas une analyse exhaustive, à cause de la multiplicité de lois potentiellement pertinentes, et du fait que certains documents et rapports n'ont pu être trouvés ou obtenus. En raison des contraintes budgétaires de ce projet, il n'a pas été possible d'entreprendre une évaluation exhaustive de la totalité des lois des 50 états des État-Unis.

(ainsi que dans les pays précédemment cités), nous avons examiné les lois et autres instruments APA, qui, s'ils ne répondent pas à la définition de « mesures applicables aux utilisateurs », fournissent néanmoins des indications quant aux attentes de ces pays à l'égard des utilisateurs étrangers, sur la base de leur propre réglementation en matière d'utilisation des ressources génétiques.[90] Nous avons également observé que de plus en plus de pays développés ont adopté des mesures à l'intention du fournisseur relatives à l'exploitation de leurs propres ressources, et qu'ils se sont efforcés de tirer des enseignements propres aux utilisateurs.[91]

3.2.1 Lois étudiées dans le détail

Ayant eu accès à l'ensemble des lois norvégiennes et américaines et considérant les particularités importantes qui en ressortent, nous avons analysé en détail ces législations nationales. En outre, nous avons examiné la législation en vigueur au Brésil et au Costa Rica, deux pays qui ont adopté des lois APA détaillées. Toutefois, nos travaux de recherche se sont limités aux lois transmises en tant que « mesures APA » par le Centre d'échange. Aucun de ces pays n'a cependant adopté de « mesures visant les utilisateurs » au sens du présent ouvrage.

3.2.1.1 La Norvège

La Norvège est devenue une Partie contractante à la CDB en 1993 et est l'un de ses principaux défenseurs. Comme on pouvait s'y attendre, elle est l'un des rares pays à avoir adopté des mesures applicables à l'utilisateur régissant l'exploitation des ressources génétiques norvégiennes (mesures à l'intention du fournisseur), et de réduire le fossé entre les pays développés et en développement dans la CDB, à la FAO, au conseil de l'OMC/ADPIC et à l'OMPI. La Norvège a acquis de l'expérience en tant que pays fournisseur et pays utilisateur et a engagé des discus-sions au niveau du gouvernement qui suivent leur cours sur la nécessité d'une législation APA. Ces discussions ont évolué avec le temps. En 1993, on considérait que la législation norvégienne était déjà en conformité avec les obligations de la CDB et que d'autres mesures législatives seraient superflues.[92] Au cours des 14 années suivantes, la CDB a suscité cinq grands débats d'ordre juridique en Norvège, qui ont donné lieu à cinq mesures spécifiques, parmi lesquelles deux sont ici analysées :

- L'application de la directive de l'Union européenne sur les brevets en biotechnologie (EC/98/44),[93] qui impose des mesures de divulgation APA lors de l'application de brevets ;[94]

- L'avant-projet de loi sur la diversité de la nature (« *draft Nature Diversity Act* »),[95] qui réglemente pratiquement tous les aspects de la diversité de la nature, notamment les droits sur les ressources génétiques en Norvège ainsi qu'une brève disposition portant sur une mesure d'utilisateur (une obligation à caractère général relative à la divulgation) ;

- Le projet de loi sur les ressources marines (« *draft Act on Marine Resources* »),[96] qui suggère que les ressources marines devraient appartenir à l'État ;

- Le retrait d'une loi sur la protection des variétés végétales, plus rigoureuse que ne l'exigeait l'UPOV-91 ;

- La décision de devenir membre à part entière de l'Organisation européenne des brevets,[97] qui pourrait créer des failles en matière de divulgation, comme évoqué plus haut.

---

90 Le parallèle peut être cependant incomplet et il n'a été reconnu par aucun de ces gouvernements.

91 Cf. les exemples américain, norvégien, australien et canadien, évoqués plus bas.

92 St. prp. n°. 56 1992-93.

93 La Norvège est officiellement un « pays associé » à l'Union européenne (UE) et elle est tenue d'appliquer de nouvelles directives de l'UE dans un certain nombre de domaines juridiques. Elle est membre de l'Accord européen de libre-échange (Islande, Liechtenstein et Norvège).

94 Cf. Tvedt, 2007 (à paraître).

95 NORVÈGE : NOU 2004:28 http://www.regjeringen.no/nb/dep/md/NOU-2004-28.html?id=388846.

96 NORVÈGE : NOU 2005:10 http://www.regjeringen.no/Rpub/NOU/20052005/010/PDFS/NOU200520050010000DDDPDFS.pdf.

97 Juin 2007.

Les dispositions contenues dans l'avant-projet de loi sur la diversité de la nature et la loi sur les brevets figurent au prochain chapitre. Bien qu'il ne soit pas encore en vigueur, l'avant-projet de loi témoigne d'un effort significatif pour répondre aux obligations propres aux utilisateurs (l'un des rares efforts déployés dans ce sens à l'échelle mondiale), et illustre les écueils rencontrés par les experts lors de l'élaboration de « mesures visant l'utilisateur ».

3.2.1.2 Les États-Unis

Les États-Unis ont signé la CDB en juin 1993, mais ne l'ont jamais ratifiée. Bien qu'ils ne soient pas Partie à la Convention, les États-Unis participent activement aux réunions (Conférence des Parties, Organe subsidiaire chargé de fournir des avis scientifiques, techniques et technologiques, entre autres). De nombreux auteurs considèrent que les États-Unis sont le pays qui compte le plus d'utilisateurs de ressources génétiques[98]. Le cadre APA présente donc un intérêt particulier pour ce pays.

Par ailleurs, les États-Unis sont le pays source d'un grand nombre d'espèces, et donc un fournisseur potentiel de ressources génétiques. Une analyse récente du gouvernement américain sur l'APA évoque la découverte en 1969 d'espèces utilisées dans la création du polymérase TAQ (dont le brevet a été déposé par une entreprise suisse en 1985) pour justifier les propositions législatives mentionnées plus bas. Même si les États-Unis ne sont pas Partie à la Convention, ils ont désigné un correspondant national APA et ont entrepris des analyses sur des questions intéressant l'accès et le partage des avantages.[99]

Selon des délégués américains qui participent aux processus de la CDB, le gouvernement considère que si les États-Unis étaient Partie à la CDB, il ne serait pas nécessaire d'élaborer une nouvelle législation pour répondre à l'Article 15.7. Il n'y a pas de rapport disponible pour étayer ces conclusions. Bien que l'adoption de mesures visant les utilisateurs ne soit pas au programme, les États-Unis ont récemment amorcé la réglementation[100] du processus qui permet de conférer les droits d'utilisation sur les spécimens prélevés dans les parcs nationaux.[101] Ils ont indiqué que ces mesures étaient considérées comme des principes APA. Cette proposition donne des indications utiles sur la perception qu'ont les États-Unis du processus APA.[102] Outre les documents relatifs à ce processus, l'étude en cours a permis d'examiner les instruments suivants, désignés comme le substrat de mesures applicables à l'utilisateur aux États-Unis : « *Lacey Act* »,[103] « *Stolen Property Act* » (NSPA),[104] « *Federal Technology Transfer Act* » (FTTA) de 1986.[105] Ces instruments sont considérés par certains responsables comme des mesures suffisantes pour répondre à l'Article 15.7.[106]

Deux programmes américains plus directement axés sur le matériel APA portent uniquement sur de petits groupes ou secteurs particuliers. A cet égard, au

---

98 Cf. exemple, Vogel, J., « Reflecting Financial and other Incentives of the TMOIFGR: The Biodiversity Cartel », chapitre 3, in Ruiz et Lapeña, 2007, volume 3 de la présente Série.

99 En tant que pays non Partie à la CDB, les États-Unis ne sont pas expressément liés par les engagements pris par toutes les Parties contractantes à la CDB ; cependant ce pays a consenti de véritables efforts pour s'y conformer, notamment en ce qui concerne les dispositions de l'article 7 relatives à l'identification et à la surveillance, et la présentation d'une monographie thématique (un rapport présenté sur une base volontaire sur la mise en œuvre de programmes de travail élargis sur les forêts, février 2004, disponible à l'adresse suivante : http://www.biodiv.org/doc/world/us/us-nr-vfe-en.pdf).

100 Cette proposition est encore en gestation (examen de l'impact environnemental). Cf. ÉTATS-UNIS National Park Service, septembre 2006, Servicewide Benefits-Sharing – Draft Environmental Impact Statement, Ministère de l'intérieur, à l'adresse suivante : http://parkplanning.nps.gov/document.cfm?parkId=442&projectId=12515&documentID=16763.

101 Ce terme comprend tous les groupes du National Parks Service aux États-Unis, qu'ils reçoivent ou non l'appellation « parc national ».

102 Les auteurs remercient Mme Sezannah M. Seymour, du correspondant national américain pour l'APA, pour les informations fournies sur les rapports et l'état d'avancement, y compris le rapport NPS.

103 Officiellement intitulé « Lacey Act Amendments de 1981 » (qui remplace le précédent « Lacey Act »), promulgué Pub. L. 97-79, Sec. 3, Nov. 16, 1981 (dernière modification 2003), et enregistré sous la cote 16 USC §§ 3371-3378.

104 Enregistré sous la cote (loi fédérale américaine) 18 U.S. Code §§ 2314 et 2315. Le « Stolen Property Act » avait été initialement promulgué en 1949 et a été amendé au moins sept fois depuis.

105 « Federal Technology Transfer Act » de 1986, promulgué le 20 oct. 1986, N° 99-502, enregistré sous la cote 15 U.S. Code 2781, 3701 et 3710 dans le code américain, entre autre.

106 Cette opinion était exprimée dans les exposés et communications personnelles de Leonard Hirsch (Smithsonian Institute), délégué des États-Unis à la CDB. Il avait déclaré que, selon les États-Unis, ces mesures étaient insuffisantes pour satisfaire aux dispositions de l'Article 15.7. Les auteurs ne sont pas parvenus à trouver des documents d'accès public aux États-Unis qui confirment cette conclusion. Ses communications évoquent également le « Trade Secrets Act » (loi sur le secret commercial). Cependant, cette loi ne nous a pas semblé pertinente pour l'APA lors de l'examen.

niveau juridique, les travaux les plus pertinents sont effectués par le *National Institute of Health*, qui a imposé des pratiques spécifiques en matière de partage des avantages et des critères préalables à tout financement à l'égard de partenaires et projets.[107] L'autre programme doté d'une approche similaire (mais non axé sur l'APA) est celui de l'Institut national de recherche contre le cancer.[108]

3.2.1.3 Le Costa Rica

Le Costa Rica est considéré avant tout comme un « pays fournisseur ». Cela signifie que ses ressources génétiques sont exploitées à la fois par des utilisateurs nationaux et étrangers et que ce pays n'utilise pas de ressources génétiques provenant d'autres pays.[109] C'est l'un des premiers pays à avoir adopté un dispositif institutionnel et juridique pour l'accès et le partage des avantages, et à appliquer les aspects du dispositif relatifs à l'utilisateur (mais il a aussi officiellement adopté quelques mesures visant les utilisateurs s'appliquant uniquement aux utilisateurs costariciens des ressources nationales). Le gouvernement du Costa Rica a reconnu officiellement que le système APA n'est pas encore fonctionnel, en raison de problèmes liés à la phase consécutive à l'accès[110]. Le présent ouvrage prend en compte trois instruments principaux : les lois nationales sur la diversité biologique, les réglementations APA (*Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquimicos de la Biodiversidad)*[111] et la stratégie nationale sur la biodiversité *(Estrategia Nacional de Biodiversidad).*[112]

3.2.1.4 Le Brésil

Le Brésil a toujours été considéré comme un pays fournisseur mais qui développe activement ses industries et entreprises sur la base de l'utilisation des ressources génétiques et biologiques nationales. Sa législation APA est très complète : elle comprend toute une série d'activités, et s'applique aux utilisateurs brésiliens de la diversité biologique. Nous avons examiné exclusivement la loi provisoire brésilienne sur l'application de la CDB.[113]

3.2.2 Autres pays dotés de mesures et de processus importants

Outre les pays qui ont fait l'objet d'une analyse en profondeur, la présente étude a consisté à examiner l'ensemble des informations disponibles sur l'APA, ce qui a permis de relever plusieurs autres instruments pertinents :

- *Japon* : le Ministère japonais de l'économie, du commerce et de l'industrie, de concert avec l'Association japonaise de bio-industrie, a élaboré des *directives sur l'accès aux ressources génétiques à l'intention des utilisateurs japonais*[114], ce qui constitue sur la scène internationale l'un des rares efforts visant à traiter la question des obligations des utilisateurs qui sont sous sa juridiction de manière officielle. Par ailleurs, comme nous l'indiquons plus bas, il s'agit d'un des très rares exemples de mesures d'incitation pour les utilisateurs ;

---

107 Le programme du National Institutes of Health est décrit dans de nombreuses publications, notamment Rosenthal *et al.*, 1999 ; Rosenthal, 1996.

108 Évoqué en détail in Bhatti *et al.*, 2007, volume 4 de la Série.

109 Cette information a été fournie par InBio, en octobre 2006, mais fait uniquement référence aux utilisations non conventionnelles d'espèces naturelles. Au Costa Rica, les chercheurs en agronomie entreprennent également le développement de variétés de plantes provenant de collections internationales. Cf. exemple, Moore et Tymowsky, 2005. Le volume 1 de la présente Série fournit une analyse plus apporfondie du cadre institutionnel et juridique actuel du Costa Rica. Cabrera et López, 2007.

110 COSTA RICA : Estrategia…, 2.4 : « Les connaissances en la matière sont rares et la capacité à suivre les permis APA est limitée. L'application de l'APA en vertu de la législation qui a créé le cadre institutionnel suit son cours ». Traduction de l'espagnol vers l'anglais officieuse aux fins du présent ouvrage uniquement, par T.Young.

111 COSTA RICA: décret n°31 514, 2003, adopté conformément à la loi organique sur l'environnement (n°7554 du 4 oct. 1995) §§ 46-47 ; et la loi sur la biodiversité (n°7788 du 30 avril 1998), § 62.

112 COSTA RICA : Estrategia…, 1999. Accès obtenu par le biais de la base de données sur les mesures APA du Centre d'échange.

113 BRÉSIL : « Provisional Act nº2 », 186-16, en application des Articles premier, 8j, 10c, 15 et 16 de la CDB, article 2,186-16, (23 août 2001). Plusieurs autres instruments figuraient dans la base de données, mais uniquement en langue portugaise et les auteurs n'ont pas souhaité les exploiter en vue d'une analyse.

114 JAPON : METI/JBA, 2006, Lignes directrices sur l'accès aux ressources génétiques à l'intention des utilisateurs au Japon, Ministère de l'Économie, du commerce et de l'industrie et Association japonaise de bioindustrie (adoptées en mars 2005, publiées en anglais en 2006) disponible en ligne en anglais à l'adresse suivante : http://www.mabs.jp/information/oshirase/pdf/iden_tebiki_e.pdf.

- *Australie* : dans le droit australien, la loi fédérale du Commonwealth sur l'APA[115] et la loi sur la biodiversité (« *Queensland Biodiscovery Act* »)[116] sont axées sur les aspects relatifs au fournisseur et n'abordent pas les responsabilités des utilisateurs australiens en matière de partage des avantages tirés de l'exploitation des ressources génétiques provenant d'autres pays. Elles ne prévoient aucune disposition sur les droits des pays sources dans les tribunaux ou organismes australiens. Ces mesures relatives au fournisseur donnent cependant une indication claire de la perception australienne des droits et des devoirs des utilisateurs de ressources génétiques nationales sous un angle juridique, qui pourrait être élargie aux utilisateurs australiens de ressources géné- tiques étrangères. C'est à cet égard que ces dispositions intéressent tout particulièrement notre étude.[117]

- *Pays-Bas* : le document de politique générale sur les ressources génétiques, intitulé : « *Sources of Existence: Conservation and the Sustainable Use of Genetic Diversity* »,[118] renseigne sur le point de vue d'un pays qui a sous sa juridiction un grand nombre d'utilisateurs de ressources génétiques (en particulier de graines).

- *Canada* : le Canada entame l'élaboration de mesures APA à l'intention du fournisseur et a publié (notamment par l'entremise du Centre d'échange) un document de politique nationale relative à l'APA.[119] Bien que les dispositions de cette politique ne tiennent pas compte de la plupart des aspects relatifs à l'utilisateur, elles peuvent renseigner sur la manière dont ceux-ci sont juridiquement perçus.

- *Commission européenne* : par soucis d'exhaustivité, nous avons également examiné les principaux documents de l'Union européenne sur les mesures visant les utilisateurs, qui révèlent implicitement que l'APA relève davantage des lois et contrats du pays source que des pays utilisateurs. Outre les questions relatives au fournisseur au sein de l'UE (accès aux ressources génétiques européennes), elle met également l'accent sur l'appui aux pays en développement dans l'élaboration de cadres APA.[120] Les débats sur les aspects relatifs à l'utilisateur portent principalement sur la divulgation de l'origine lors d'une demande de brevet.[121] Même s'ils ne font pas allusion à l'APA, les documents et stratégies de l'UE sur le transfert des technologies[122] proposent des mécanismes de partage des avantages. La CE a également suggéré de faire appliquer un système de certification APA.[123]

Les auteurs ont examiné toutes les autres lois APA dans le monde, qui ont été intégrées à la base de données en ligne de la CDB sur les mesures APA. Beaucoup s'efforcent d'entrer dans le détail sur le plan juridique, pourtant, aucune ne répond directement ou indirectement aux obligations de l'utilisateur énoncées à l'Article 15.7 sur le partage des avantages avec les pays sources ou fournisseurs. Par conséquent, elles ne sont pas évoquées en détail dans le présent chapitre.

---

115 AUSTRALIE : les réglementations sur la protection et la conservation de l'environnement, 2000, règles statutaires 2000 n°181, telles qu'amendées (prenant en compte les amendements jusqu'à SLI 2006 n°131. Les questions APA figurent essentiellement aux parties 8A et 17, mais aussi 9 et 10 qui portent sur les régions et espèces protégées et la façon dont les ressources qu'elles contiennent peuvent être utilisées.

116 AUSTRALIE : « Queensland Biodiscovery Act », loi n°19, 24 août 2004; et autres documents disponibles dans la base de données APA de la CDB en mars 2007.

117 Plusieurs documents non juridiques obtenus par le biais de la CDB ont également été examinés, mais ne contenaient aucune information sur les « mesures applicables à l'utilisateurapplicables à l'utilisateur » au sens du présent ouvrage.

118 PAYS-BAS : Ministère de l'agriculture, (non daté), service de la gestion de la nature et des pêches, « Sources of Existence: Conservation and the Sustainable Use of Genetic Diversity », disponible en ligne sur le portail Web du correspondant national des Pays-Bas à l'adresse suivante : http://www.absfocalpoint.nl/documents/note_on_biodiversity_Complete.pdf .

119 Orientations générales et caractéristiques des politiques APA au Canada (non daté) obtenues par le biais du Centre d'échange.

120 Cf. COMMISSION EUROPÉENNE : EC, 2002, ainsi que les rapports nationaux APA fournis par d'autres États membres de l'UE : l'AUTRICHE, l'ESTONIE et la POLOGNE.

121 COMMISSION EUROPÉENNE : directive de l'UE sur les brevets en biotechnologie (EC/98/44); Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, du 23 décembre 2003, intitulée « Mise en œuvre par la Communauté européenne des Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages qui en découlent au titre de la convention sur la diversité biologique », COM(2003) 821 final, Bruxelles, 23.12.2003 ; et Règlementation EC N°761/2001 permettant la participation volontaire d'organisations au Système de management environnemental et d'audit (EMAS).

122 Cela comprend le « Programme pour l'innovation et les PME (petites et moyennes entreprises) », « l'accord de partenariat entre les pays d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (ACP) et la communauté européenne (Accord de Cotonou) et son Recueil de stratégies de coopération », mentionné in EC, 2002. Aucun de ces documents ne fait expressément référence à l'APA, ou est, en l'état, applicable à l'APA.

123 Bien qu'aucune législation n'ait abordé cette problématique, elle fait l'objet d'un examen approfondi dans le principal rapport APA de la CE. EC, 2003, 9 et 22.

3.2.3 Autres études et analyses

Cette étude tient compte des informations fournies par les pays, en application de la Convention qui priait les Parties et le secrétariat de « recueillir des informations […] et entreprendre des analyses plus avant sur […] des pratiques et tendances actuelles en matière d'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques et d'exploitation des avantages qui en sont issus ».[124] Sur la base de ces informations, nous avons relevé quatre études clés qui répondent à cette exigence. Tout d'abord, une excellente étude menée par le gouvernement allemand sur l'utilisation des ressources génétiques par des entreprises allemandes,[125] puis, des études réalisées par la suite au Royaume Uni[126] et en Belgique.[127] Bien que les résultats se fondent sur des échantillons réduits et des réponses limitées,[128] ils fournissent des informations – relatives à l'utilisateur – et qui sont essentielles à la réflexion sur l'APA. Par conséquent, ces études se limitent aux entreprises qui décident d'y répondre, ce qui ne permet pas d'en tirer des conclusions générales.

Autre source importante de données, l'étude ESAGEN, qui porte sur la fréquence et le nombre de demandes de brevets relatifs à certaines catégories de matériels biologiques.[129] Cette étude a recensé toutes les demandes de brevets qui emploient des termes biochimiques et génétiques, mais n'a pas permis de tirer de conclusions quant au nombre et à la nature des brevets qui sont fondés sur des « ressources génétiques » ou soumis aux critères APA. Toutes proportions gardées, il s'agit, là encore, d'une étude novatrice.

Nous avons également examiné le nouveau « projet de lignes directrices sur le partage des avantages tirés des produits naturels », qui est en cours d'élaboration par la CNUCED dans le cadre de son initiative « BioTrade ».[130] Ces travaux fournissent des renseignements utiles sur les problèmes rencontrés dans le climat actuel d'insécurité juridique.[131]

3.3 Obligations juridiques des utilisateurs

Dans cette partie, nous nous proposons d'examiner la première catégorie de mesures des Lignes directrices de Bonn s'adressant aux utilisateurs, décrites à la section 3.1.2[132] : l'élaboration de lois dans les pays utilisateurs pour engager les utilisateurs à respecter les règles APA. Dans ce contexte, les Lignes directrices prévoient trois types d'actions.

D'abord, une loi doit préciser les obligations qui incombent à l'utilisateur et doit exiger d'eux qu'ils s'y conforment. En effet, selon les Lignes directrices, les pays doivent empêcher toute utilisation des ressources génétiques qui serait contraire au principe de CPCC et d'autorisation du pays source, comme évoqué à la section 3.3.1. Ensuite, il convient de fixer des critères pour garantir le respect de ces dispositions. Ces mesures, intitulées « respect des CCCA », dans les Lignes directrices de Bonn seront difficiles à élaborer car elles semblent engager les pays à adopter et à appliquer les lois et les définitions d'autres pays, tel qu'indiqué plus bas à la section 3.3.2. Enfin, la loi doit créer un système d'application et de respect/conformité, ce qui, au regard des Lignes directrices, nécessite une coordination entre les pays sources et les pays fournisseurs, comme évoqué à la section 3.3.3.

---

124 Décision VII-19 de la COP-CDB.

125 Holm-Müller *et al.*, 2005.

126 Latorre, 2005.

127 Dedeurwaerdare, 2006.

128 Le questionnaire aux fins de l'étude allemande, diffusé auprès de 597 utilisateurs, a reçu 136 réponses (soit 23 %) ; au Royaume-Uni, 127 réponses sur 600 utilisateurs (soit 21 %) ; en Belgique, seulement 57 pour 400 organisations (largement en faveur du secteur public), (soit 14 %). Toutes ces études ont observé des différences significatives entre les 10 secteurs sélectionnés, mais elles se sont parfois basées sur les réponses fournies par seulement 4 personnes dans certains secteurs (probablement moins en Belgique où les tableaux n'indiquaient pas les chiffres, entre autres facteurs). Pour certains secteurs, il est arrivé qu'aucune réponse n'ait été reçue pour une question donnée. Toutes les études ont été réalisées sous couvert d'anonymat, ce qui peut également empêcher de tirer des conclusions car un même utilisateur a pu répondre plusieurs fois.

129 Oldam, 2005.

130 Cf. CNUCED, projet de note conceptuelle : Practical Guidelines for Equitable Sharing of Benefits of Biological Resources in BioTrade Activities, 3 mars 2007. Les présentes réflexions se fondent sur le projet en date du 31 janvier 2007 (dont la référence n'est pas encore communiquée). Elle figure ici avec l'autorisation de l'initiative « BioTrade ».

131 La référence de ce projet n'est pas encore communiquée et celui-ci n'est pas référencé dans le présent ouvrage

132 Paragraphes 16(d)(iii), (vii), (iv), (vi) et (ii) des Lignes directrices de Bonn, respectivement.

Ces trois obligations figurent parmi les principaux objectifs du régime APA qui n'ont pas été réalisés et qui ont souvent été délaissés au profit d'autres problèmes. Quelques minutes d'analyse juridique suffisent pour en saisir toute la dimension. Lorsqu'un individu ou une entreprise utilise les ressources d'un pays (fournisseur) mais opère dans un autre pays (utilisateur), les activités de cette personne/entreprise *ne relèvent plus du système APA*, à moins que la loi du pays utilisateur n'exige le respect des règles d'accès et de partage des avantages. Les lois du pays source ne s'appliquent que si celui-ci a compétence, en d'autres termes, tant que l'utilisateur et/ou les ressources génétiques sont sur le territoire du pays fournisseur.[133] Par la suite, l'APA relève uniquement des lois du pays utilisateur.

Il convient d'examiner ces trois aspects juridiques séparément car on considère qu'ils répondent à des situations juridiques différentes[134] :

- *Situation de conformité de la part de l'utilisateur* : il est en contact direct avec le pays source (il respecte les principes de CPCC et a obtenu un permis APA ou autres instruments fixant les CCCA) ;

- *Situation de non-conformité de la part de l'utilisateur* : il n'est pas en contact direct avec le pays source ; il a obtenu les ressources sans entrer en contact avec le pays source,

  (i) En collectant les ressources de manière « officieuse », sans CPCC, CCCA ou autres autorisations ; ou

  (ii) En ayant recours à un intermédiaire (un collecteur faisant sortir les ressources du pays pour les vendre/fournir aux utilisateurs, un chercheur qui a identifié une application commerciale pour les ressources génétiques, un autre utilisateur, etc.).

Dans ce contexte, il faut rappeler que, souvent, les contrevenants ignorent avoir enfreint des lois. Il arrive que ces utilisateurs ignorent les règles ou jugent qu'elles ne s'appliquent pas à eux.

3.3.1 Conformité du pays source aux lois APA

Comme évoqué à la section 3.2, à la suite de la promulgation de la CDB, plusieurs pays développés avaient considéré que leur législation (droit des contrats, droit pénal, etc.) était suffisante pour appliquer l'APA et donc qu'aucune loi ou interprétation supplémentaire n'était nécessaire. À la réflexion toutefois, par certains aspects cette analyse était erronée, en raison des caractéristiques uniques de l'APA et de certaines carences.

3.3.1.1 Conformité des utilisateurs à l'APA

Jusqu'à présent, les réflexions des pays utilisateurs sur la mise en œuvre APA ont porté principalement sur les entreprises, institutions et individus qui ont respecté en tout ou partie les règles APA imposées par les pays sources (les utilisateurs s'étant efforcés d'obtenir des contrats ou permis). Pour certains, cela signifie que l'APA sera mis en œuvre en vertu du droit des contrats, c'est-à-dire à l'aide de mesures visant à faire appliquer les « contrats APA ». Ce point de vue est apparu lors des négociations de la CDB et, par la suite, dans des publications et réflexions auxquelles ont participé des experts[135] sur l'environnement et il subsiste aujourd'hui dans des publications et réflexions servant à élaborer des contrats-type, une solution simpliste aux problèmes d'APA.[136]

[a] Application du droit des contrats à l'APA

La principale faiblesse propre à l'approche qui privilégie le droit des contrats est de se baser sur l'hypothèse que tous les utilisateurs concluront un accord APA (contrats, permis ou autre type d'accord) avant

[133] Pour mieux illustrer ce point, on peut imaginer qu'un pays décide d'imposer des taxes uniquement à des ressortissants étrangers, en évitant ainsi à ses citoyens et électeurs de payer des taxes accrues. De toute évidence, cela n'est pas souhaitable pour les personnes ainsi imposées. La souveraineté nationale est un concept qui permet de garantir que seul le gouvernement souverain peut légiférer relativement aux sujets et individus à l'intérieur de ses frontières et sous sa juridiction. Cela permet de protéger ses citoyens.

[134] La CE et de nombreuses autres sources ne font pas cette distinction concernant les « mesures applicables à l'utilisateurapplicables à l'utilisateur » et considèrent que l'application de l'ensemble de l'APA peut être régie par la législation du pays fournisseur, et complétée par l'adoption de mesures de divulgation dans le cadre des brevets dans le pays utilisateur. EC, 2002 , 7.3) ; voir également UNU-IAS, 2005 (qui porte quasiment toute son attention sur cette question.)

[135] Cf. exemple, Glowka *et al.*, 1998, 4.

[136] Cf. Scott, 2005.

d'obtenir ou d'exploiter les ressources génétiques. Même si cette hypothèse s'avérait fondée, on peut à tout le moins douter de la capacité du droit des contrats à résoudre les problèmes d'accès et de partage des avantages. Cette branche du droit est par définition un processus basé sur la précision, car un instrument ou un accord doit se fonder sur des concepts ou définitions ne souffrant aucune ambiguïté, convenus par les Parties et qu'un tribunal peut interpréter et appliquer. L'application fonctionnelle du droit des contrats doit également se fonder sur un système juridique convenu, intrinsèquement cohérent et logique, et qui peut être appliqué au contrat en question. Un tribunal refusera probablement de rendre un contrat exécutoire lorsque son fondement est ambigu.[137]

S'ils sont incapables de comprendre et d'interpréter les contrats APA et d'y appliquer des principes juridiques, les tribunaux ne seront pas en mesure de rendre des décisions cohérente et reproductible en matière de contrats APA. La situation actuelle en témoigne, étant donné que de nombreux utilisateurs considèrent que l'APA ne s'applique pas si les ressources sont obtenues auprès de collecteurs, intermédiaires et autre sources, hors des frontières du pays source. Le désaccord concernant les actions qui « déclenchent » la responsabilité de l'APA montre que ces contrats peuvent ne pas être applicables tant que ces considérations conceptuelles ne sont pas résolues. Même si les négociations internationales[138] parviennent à trancher, il sera toujours nécessaire de les intégrer à la législation nationale.[139] Tant que (i) ces questions ne sont pas résolues (au niveau législatif et/ou judiciaire) dans chaque pays et (ii) qu'elles ne sont pas reconnues par les tribunaux des pays utilisateurs, il ne sera probablement pas possible d'obtenir (ou de prévoir) l'interprétation que les tribunaux feront de ces instruments, en particulier lorsque ces derniers appartiennent à un pays autre que celui du tribunal chargé de les interpréter (pays utilisateur).

On peut considérer que les contrats APA actuels dans les pays sources (et les lois régissant leurs négociations) sont très détaillés et rigoureux précisément *parce que* les parties à un contrat APA ne peuvent dépendre des procédures judiciaires ou encore les prévoir. Le pays source doit trouver le moyen de fonctionner lorsqu'il n'existe pas de concepts juridiquement consacrés pour répondre à des besoins particuliers. Les utilisateurs se plaignent souvent que les contrats sont, par voie de conséquence, excessivement détaillés.[140] À l'heure actuelle, cependant, il n'existe pas de principes communs à l'utilisateur et au fournisseur sur lesquels l'autorité judiciaire[141] pourrait s'appuyer pour interpréter et appliquer les contrats. Les lois des pays sources peuvent être considérées comme des tentatives de minimiser le besoin « d'interpréter » ou d'annuler ultérieurement le contrat ou accord APA. Il est possible de simplifier les systèmes juridiques et contractuels pertinents de tous les pays si ceux-ci coopèrent, pour que chacun ait la certitude que les lois nationales et décisions des tribunaux seront cohérentes et, d'une manière générale, prévisibles lorsqu'elles s'appliquent dans d'autres pays.

À ce jour, les pays étudiés ne semblent pas avoir adopté ou envisagé de mesures pour faire en sorte que le droit des contrats au niveau national puisse mieux servir à résoudre les questions APA. Ces mesures doivent tenir compte des besoins des pays sources dans leurs relations avec les utilisateurs lorsque ceux-ci ont quitté le pays. La législation à l'intention du fournisseur dans le pays utilisateur ne prévoit rien de tel. À titre d'exemple, la proposition actuellement examinée par le gouvernement américain ne s'applique qu'aux

---

137 Les questions délicates qui entourent l'application du droit des contrats à l'APA sont examinées dans la Partie II de Bhatti *et al.*, 2007, volume 4 de la Série.

138 Il est peu probable que toutes les questions d'interprétations contractuelles soient résolues lors des négociations ; mais il est à espérer que suffisamment d'indications seront fournies pour permettre à tous les pays d'adopter des systèmes cohérents au niveau national, et de les relier en vue de former un « régime international ».

139 Dans de nombreux pays, l'interprétation des contrats est facilitée par la législation qui fournit des critères d'analyse contractuelle. Par exemple, une section du code civil californien identifie différentes dispositions devant faire partie de tout contrat, sauf indication contraire du contrat. États-Unis : CALIFORNIE : Code civil division III (Obligations) §1427-1725. (Droit général des contrats uniquement ; une quantité environ dix fois supérieure porte sur des questions plus spécifiques, telles que les transactions de crédit et droit des consommateurs), notamment ordre de paiement et services (cf. exemple, (2d) Law of Contracts, vol. II « performance and non-performance »). Sauf disposition contraire du contrat, dans un contrat de prestation de services, le montant dû ne sera réglé qu'une fois les services fournis. Actuellement, la loi américaine ne fournit pas de définition des « ressources génétiques » ni d'indications sur la manière dont les aspects propres aux contrats APA devront être abordés par les tribunaux.

140 Cf. Latorre, 2005 ; Holm-Müller *et al.*, 2005.

141 Tribunaux et autres procédures et institutions judiciaires et quasi-judiciaires.

« *projets de recherche impliquant des spécimens* prélevés sur des unités du NPS aux États-Unis qui ont par la suite donné lieu à des découvertes ou inventions utiles présentant des possibilités d'applications commerciales lucratives ».[142] La nature et le sens des ressources génétiques ainsi que le rôle du système APA présentent des ambiguïtés qui entraînent la nécessité d'affiner la terminologie et l'approche à adopter. Cependant, comme cette terminologie est totalement différente des termes législatifs APA, que tous les autres pays se sont efforcés de définir, elle ne peut pas répondre aux questions d'application transnationale de l'APA et de « ressources génétiques ». Le droit international ne fournit pas de réponses à ces questions.

[b] Mesures propres à aider les pays sources à surveiller les contrats et utilisateurs APA

Outre le droit des contrats, d'autres concepts juridiques sont également nécessaires à l'application des contrats et accords APA dans les pays utilisateurs. Beaucoup d'autres facteurs doivent être réglés pour que le pays source ou un autre fournisseur puisse exiger le respect des règles de façon réaliste, ou ait des moyens de recours si cet appel n'est pas reçu. L'un de ces facteurs est la preuve. Étant donné que parmi les actions des utilisateurs, beaucoup sont effectuées hors du pays source, le fournisseur devra faire face à de nombreux obstacles juridiques et pratiques à l'application d'un contrat (ex : prouver une infraction, un paiement dû). Même sans être confronté aux problèmes des longues distances, des barrières linguistiques et autres obstacles, il est difficile de réunir la plupart de ces preuves. En général, pour obtenir des renseignements concernant une entité privée, il faut se procurer un mandat auprès d'un tribunal autorisant l'inspection des opérations et des registres de cette entité. Une fois ce mandat accordé, il faut ensuite solliciter les services d'experts pour entreprendre les travaux d'inspection et conserver soigneusement les pièces justificatives des preuves recueillies.

Compte tenu du concept d'équité qui sous-tend l'APA et de l'importance accordée aux pays en développement, il convient d'examiner les aspects pratiques liés à la nécessité de surveiller chaque contrat et utilisateur APA. Toutes ces procédures ainsi que les services fournis par des experts sont à la fois onéreux et longs. S'y ajoutent des frais administratifs souvent élevés, tout comme ceux encourus au titre des agents locaux chargés de la surveillance des inspections (vérifier que l'accès est accordé et que les droits d'entrée ne font pas l'objet d'un usage abusif). Les coûts des procédures judiciaires des pays développés sont bien supérieurs à ceux des pays en développement, parmi lesquels beaucoup n'ont pas les ressources en termes d'argent, de temps ou de connaissances pour se permettre d'avoir recours aux procédures judiciaires en place dans le pays utilisateur afin de surveiller le respect des conditions contractuelles APA. Dans la pratique, la seule possibilité est de se fier aux rapports d'étape des utilisateurs (si disponibles) pour connaître l'état d'avancement du contrat. Le concept d'équité qui émane de l'APA implique que des mesures doivent être prises pour aider les pays sources à surveiller et à faire valoir leurs droits en matière d'APA.

3.3.1.2 Utilisateurs et non respect des obligations APA imposées par le pays source

Aujourd'hui, en Europe (et probablement partout ailleurs), de nombreux utilisateurs commerciaux de ressources génétiques considèrent que les conditions d'APA ne s'appliquent pas à eux.[143] Dans une certaine mesure, les coûts en termes de temps, d'argent et de risques qu'entraîne la conformité aux règles APA constituent des mesures incitatives à effet pervers, tendant à ce que les entreprises évitent l'APA en invoquant généralement un argument juridique crédible selon lequel l'APA ne s'applique pas.[144] Il est facile de trouver de tels arguments étant donné les ambiguïtés juridiques du système APA actuel. À moins que les pays n'adoptent une législation pour exiger des

---

[142] NPS aux États-Unis, 2006, projet EIS, présenté comme une alternative. Il n'est pas nécessaire de distinguer dans cette réglementation les ressources génétiques des ressources biologiques provenant des parcs nationaux car elles sont toutes deux restreintes. Aux États-Unis, il est formellement interdit de prélever tout matériel, vivant ou non, d'un parc national, sans la permission du NPS. En dehors des parcs nationaux, cette approche serait inutile car le droit américain n'a pas encore réglé la question de la propriété des ressources génétiques.

[143] Holm-Müller *et al.*, 2005, p. 37; Latorre, 2005, p. 28-30; Frison Dedeurwaerdare, 2006, p. 34-38. Dans une large mesure, les deux dernières études se basent sur l'hypothèse que les ressources génétiques nationales ne sont pas soumises à l'APA (à l'exclusion de l'origine des espèces).

[144] Dans le pays fournisseur, les intérêts et projets du candidat sont souvent connus de tous, notamment dans les pays qui ont délégué le CPCC aux communautés locales, et les ont fusionnés avec des dispositions générales sur la participation publique. Il en ressort souvent que la demande est confrontée à des obstacles juridiques de sources diverses. Une fois la phase accès achevée, l'utilisateur est souvent qualifié par la presse et les médias électroniques comme un « biopirate », malgré le fait que ses utilisations et objectifs en matière de génétique ont été rendus publiques précisément parce qu'il a agi de manière conventionnelle, étant donné qu'il a sollicité l'approbation du gouvernement. Young, 2006a.

utilisateurs, sous leur juridiction, qu'ils respectent les lois APA du pays source, la faille créée dans le régime APA ne pourra être comblée. Les utilisateurs auront toute latitude pour décider s'ils appliquent ou non les lois des pays sources.

Jusqu'à présent, très peu de législations relatives à l'utilisateur ont été adoptées ou proposées pour parer à l'éventualité qu'un utilisateur, dans le pays ayant promulgué la législation, puisse exploiter des ressources génétiques étrangères sans l'autorisation du pays source. Suite à l'adoption de la CDB, plusieurs pays, notamment les États-Unis et la Norvège, sont parvenus à la conclusion que l'Article 15.7 pourrait leur être appliqué de façon adéquate sans législation supplémentaire. Cependant, la Norvège a depuis reconnu que cet article prévoit des mesures applicables à l'utilisateur pour faire face à toute infraction éventuelle de l'utilisateur aux règles APA du pays source du matériel génétique qu'il exploite. Bien qu'il n'ait pas encore été adopté, le projet de loi de la Norvège sur la diversité de la nature est à l'heure actuelle le seul exemple de loi qui s'attaque honnêtement à la question de la responsabilité de ses utilisateurs de matières génétiques étrangères. Cette loi stipule que :

> *les importations en vue de l'utilisation de matières génétiques provenant d'un pays qui exige le consentement préalable en connaissance de cause aux fins de l'utilisation ou de l'exportation ne seront effectuées qu'en conformité avec le CPCC.*[145]

Elle n'impose pas spécifiquement au gouvernement l'application de cette disposition, et n'en précise pas les mécanismes ; il est cependant probable que de tels mécanismes soient mis au point une fois la loi adoptée.

Bien qu'au Canada des mesures directement destinées à l'utilisateur n'aient pas encore été élaborées,[146] les politiques nationales APA prévoient le principe selon lequel le Canada devrait

> *respecter les mandats juridictionnels et garder à l'esprit le bien-fondé de la coopération dans l'élaboration de politiques APA.*[147]

Même si ces dispositions ne concernent que des questions de juridiction interne (les 12 provinces canadiennes), elles peuvent servir de fondement à l'examen des droits des autres pays et à l'obligation d'appliquer la Convention de manière à aboutir au partage des avantages, en vertu de l'Article 15.7.

Aux Pays-Bas, si la politique nationale juge que les intérêts du pays source ou autre fournisseur peuvent être sauvegardés par des contrats, elle recommande également l'élaboration de codes de conduite (comme évoqué à la section 3.9).[148] Elle attribue la responsabilité de la conformité à l'utilisateur et n'assigne aucune obligation à l'État :

> *La mise en œuvre de la politique […] incombe principalement au secteur des affaires, institutions, chercheurs et individus.*[149]

Une disposition similaire figure dans la législation américaine ayant fait l'objet d'une proposition :

> *L'initiative d'entamer des négociations sur le partage des avantages avec le NPS incomberait aux chercheurs et devrait s'effectuer conformément aux dispositions des permis de recherche ou des CCCA auxquelles le chercheur a souscrit en acceptant le permis ou CCCA.*[150]

Cependant, les États-Unis n'ont pas adopté ou proposé de législation APA à l'intention des utilisateurs.[151] Il semble que deux lois répondent à ce besoin :[152] la

---

145 NORVÈGE : projet de loi « Nature Diversity Act » , § 60, et libellé similaire des dispositions qui régissent l'utilisation du matériel génétique de ces sources. Toutes les traductions du norvégien sont officieuses aux fin du présent ouvrage uniquement, by M. W. Tvedt.

146 Les processus nationaux sont en cours, mais ils semblent être axés sur les mesures à l'intention du fournisseur. Sur la base de débats informels, la législation sera applicable tant aux utilisateurs étrangers que nationaux.

147 CANADA : principes directeurs, supra., dernier point. Un autre principe exige que les politiques « […] tirent profit des engagements du Canada et les respectent ».

148 PAYS-BAS : « Sources of Existence » 2.1-2.4.

149 PAYS-BAS : « Sources of Existence… » 3.2.

150 ÉTATS-UNIS : National Park Service, septembre 2006, Servicewide Benefits-Sharing – Draft Environmental Impact Statement, Ministère de l'intérieur, États-Unis. §2.4.1, page 41. Une section moins exhaustive sur la responsabilité figure dans le projet de loi norvégien qui stipule que « l'entité qui détient le matériel génétique est soumis aux conditions régissant l'utilisation du matériel », NORVÈGE : projet de loi « Nature Diversity Act », § 60. De même, le BRÉSIL, « Provisional Act », titre IX, art. 34, prévoit que « les activités de toute personne qui utilise [des ressources génétiques et savoir traditionnel] en vue d'en tirer un avantage économique doivent être conformes aux dispositions de la présente loi ».

151 Comme signalé plus haut, la proposition de réglementation présentée le National Parks Service (NPS) des États-Unis est uniquement axée sur le

« *Lacey Act* » et la « *National Stolen Property Act* » (NSPA). Elles relèvent toutes deux du droit pénal, et permettent aux agents d'engager des actions en justice contre toute personne qui a (i) « transporté, transmis, ou transféré des produits » ; ou (ii) « importé, exporté, transporté, vendu, reçu, acquis ou acheté des poissons ou des espèces sauvages[153] en violation de lois étrangères ». Ces lois s'appliquent au transport, possession, etc. de « bien », « poisson » ou « animaux ».

Ces lois illustrent le problème que rencontrent tous les pays lorsqu'ils tentent d'appliquer des lois générales à l'APA. Par exemple, étant donné qu'aucune loi américaine ne considère les « ressources génétiques » comme un bien, ces deux lois ne s'appliquent que si les spécimens biologiques sont obtenus illégalement. Dans la plupart des pays ayant adopté une législation APA, toutefois, les droits relatifs aux ressources génétiques sont différents du droit de prendre ou d'utiliser des « ressources *biologiques* ». Cette distinction est nécessaire pour que l'APA n'interfère pas dans les transactions habituelles de produits biologiques (aliments, vêtements, bois, plantes, etc.) Les spécimens biologiques peuvent être prélevés légalement, même si aucun droit d'accès aux ressources génétiques ou d'utilisation n'a été accordé. Même si la possession de matériel biologique est entièrement légale, cela ne signifie pas automatiquement que l'utilisation des ressources génétiques est elle aussi légale.

En outre, comme d'autres lois contre le vol et le commerce illicite, l'application peut dépendre davantage de la *valeur marchande* des articles possédés que de leur *valeur d'utilisation*. En vertu de la NSPA, un recours ne peut être engagé que si la valeur du matériel « volé » atteint sur le marché le seuil de 5 000 dollars américains. Cependant, dans le contexte de l'APA, beaucoup d'échantillons biologiques ayant peu ou pas de valeur marchande peuvent présenter une valeur d'utilisation importante. Pour illustrer cet argumentaire, les utilisateurs collectent en Afrique des échantillons de fumier (ce qui présente peu ou aucune valeur commerciale) en vue d'effectuer des travaux de recherche et d'utiliser les enzymes qu'ils contiennent.[154]

Un autre problème rencontré est celui de l'application du droit pénal. Les décisions en matière de répression sont en général prises par les pouvoirs publics. La victime peut signaler l'infraction, sans pour autant prendre de mesures supplémentaires. Il incombe au gouvernement de décider s'il consacre des ressources humaines limitées (temps et connaissances) et engage d'autres frais inhérents à la constitution d'un dossier sur l'auteur de l'infraction, et de déterminer si les chances de réussite compensent les efforts consentis. Cette décision est habituellement prise par le parquet qui d'ordinaire n'accorde pas une haute priorité aux infractions liées à la conservation.[155] Cette observation témoigne d'une faille dans le projet de loi norvégien. En effet, si le demandeur ne fournit pas d'informations sur l'origine ou le fournisseur, ou sur le CPCC (le cas échéant), son action est considérée comme illégale et peut être sanctionnée.

Enfin, le recours aux services de répression du gouvernement (droit pénal) ne tient pas compte d'un élément majeur de l'APA : l'objectif d'équité qui sous-tend tout le concept. L'APA ne peut satisfaire à cet objectif que si les avantages sont effectivement partagés avec le pays source. Même si le droit pénal couvre les infractions APA, en ce qui concerne le vol, la contrebande, la réception ou la possession de produits volés, il ne peut être appliqué que par le gouvernement sous la juridiction duquel une action est engagée. Ces actions répressives sont généralement assorties de sanctions. En effet, le gouvernement peut arrêter ou citer à comparaître une personne qui se livre au vol, contrebande, transport de ces produits ou qui les détient. Si l'inculpé est reconnu coupable, le gouvernement de l'utilisateur peut imposer une sanction

---

fournisseur, notamment en ce qui concerne la capacité du NPS à conclure des accords de partage des avantages aux fins de la collecte de spécimens de recherche.

152 Exposé de Leonard Hirsch, cf. note de bas de page n°105, supra. Il cite une autre loi, « Trade Secrets Act » (loi sur le secret commercial), mais les auteurs n'ont trouvé que des lois (avec cet intitulé ou sur ce sujet) qui ne concernaient pas l'APA. D'autres recherches n'ont pas abouti non plus. M. Hirsch a également indiqué que le gouvernement des États-Unis avait approuvé les lignes directrices élaborées par le « Public Interest Intellectual Property Advisors » (PIIPA), une ONG américaine composée de juristes spécialisés dans le domaine de la propriété intellectuelle ; cependant, ces lignes directrices n'étaient disponibles en ligne au moment où le présent ouvrage a été achevé.

153 Le premier critère provient de la NSPA, le second de la « Lacey Act ». Cette dernière disposition ne s'applique pas aux espèces végétales (d'autres dispositions de la « Lacey Act » interdisent de prélever des « poissons, faune et flore ou plantes », ce qui laisse entendre que les espèces végétales sont intentionnellement écartées de ces dispositions internationales). Elles ne mentionnent pas les microorganismes.

154 Communication personnelle, Robert Lettington, mai 2005.

155 Cf. Anton *et al.*, 2002.

(amende), qui sera versée sur les comptes du pays utilisateur, ou le condamner à une peine de prison. Le gouvernement peut confisquer les produits volés, au titre du moyen de preuve, et dans certains cas, ces produits pourront être restitués à la victime après le procès. Dans la quasi-totalité des cas, une affaire pénale ne donnera pas lieu à une indemnisation ou tout paiement versé à la partie lésée (à savoir, le pays source). Par conséquent, la seule provision de sanctions pénales à l'encontre de l'auteur de l'infraction ne répond pas à l'objectif APA de la CDB.[156]

3.3.1.3 Rôle du gouvernement en tant qu'utilisateur et conseiller de l'utilisateur

Un autre aspect qui découle directement des principales obligations à respecter concerne les cas où le gouvernement « utilise » directement les ressources génétiques, par le biais de ses organismes et institutions de recherche ou par des programmes et projets qu'il parraine. Dans ce contexte, les règles nationales de conformité aux conditions APA du pays source vont de paire avec les politiques nationales relatives aux procédures d'achat, présentées comme un moyen de promotion des objectifs internationaux en matière d'environnement.[157] Au cours des recherches effectuées aux fins du présent ouvrage, les auteurs ont relevé un programme mis en œuvre par le gouvernement, l'International Cooperative Biodiversity Groups, (ICBG), mené sous les auspices du National Institute of Health des États-Unis qui a adopté des règles spécifiques en matière de partage des avantages concernant ses projets internationaux de bioprospection et l'identification et l'analyse des ressources génétiques.[158]

Autre instrument moins contraignant sur le plan juridique, les « Principes sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages à l'intention des institutions participantes »,[159] présentés par Kew Gardens en vue de recueillir l'adhésion des jardins botaniques et l'approbation de 21 autres institutions.[160] Cet instrument propose des mesures d'utilisation pertinentes dont nous présentons ci-dessous des extraits, qui, bien que vagues, permettent d'orienter l'utilisateur :

- *Honorer la lettre et l'esprit des […] lois relatives à l'accès et au partage des avantages.*

- *Procéder à un partage juste et équitable avec le pays source et autres parties prenantes des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et leurs dérivés, notamment non monétaires, et, en cas de commercialisation, y compris monétaires.*

- *Lorsque les ressources sont obtenues de sources* ex-situ*, telles que des collections* ex-situ*, des sources commerciales ou auprès d'individus, il faut examiner les documents disponibles et, selon que de besoin, prendre les mesures qui s'imposent pour s'assurer que les ressources génétiques ont été obtenues conformément aux lois applicables et aux meilleures pratiques.*

- *Dans la mesure du possible, partager de la même manière les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques acquises avant et après l'entrée en vigueur de la CDB.*

- *Utiliser et transmettre les ressources génétiques et leurs dérivés aux mêmes conditions que celles fixées pour leur acquisition.*

- *Élaborer une politique transparente de commercialisation (y compris pour la vente d'espèces végétales) de ressources génétiques et leurs dérivés obtenus avant et après l'entrée en vigueur de la Convention, par les institutions participantes ou par un destinataire tiers.*

Aucun gouvernement n'a approuvé ou adopté ce document. Ses principes ne sont pas juridiquement contraignants et ne sauraient suffire s'ils étaient intégrés à la législation d'une Partie à la CDB. À titre d'exemple, certains principes recommandent des mesures exigées en vertu des lois APA des pays source ou juridiquement contraignantes au regard de la CDB. Même si ces

---

156 Tvedt, 2007.

157 Cf. Young, 2004 (non publié).

158 Évoqué in Rosenthal, Joshua, « Mesures pour assurer la conformité à la CDB et à la législation sur l'accès », exposé présenté à l'atelier international d'experts sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, Cuernavaca, 24-27 octobre 2004. Ces mesures ne sont pas disponibles en ligne sur le site de l'ICBG et n'a pas pu être fourni par le responsable du programme, par conséquent on ne peut évoquer son contenu. Cf. également Rosenthal, 1999, qui décrit le système au moyen d'un ensemble d'objectifs notamment l'équité de la conservation sans exclure l'APA (les expériences réalisées au cours des projets de l'ICBG sont examinées en détail au chapitre 9 de Bhatti *et al.*, 2007).

159 Le texte intégral des principes peut être consulté en ligne : http://www.rbgkew.org.uk/conservation/principles.html.

160 http://www.rbgkew.org.uk/conservation/endorsements.html.

principes coulent de source, il est nécessaire « d'exiger » ce respect/conformité lorsqu'ils sont intégrés à des instruments juridiques plus officiels. Bien qu'ils n'aient pas vocation à remplacer des lois plus spécifiques sur l'utilisateur, ces principes fournissent des orientations utiles et témoignent avec force de la nécessité de se pencher sur des questions telles que les collections *ex-situ*, les transferts de ressources génétiques et le matériel biologique ajouté à ces collections avant 1993.

3.3.1.4 Demandes de brevet et divulgation

Parmi les rares outils évoqués de nature à promouvoir l'application des contrats APA, on peut citer la proposition visant à exiger ou encourager la divulgation de l'origine lors des demandes de brevet, un concept visé au paragraphe 16 d(ii) des Lignes directrices de Bonn. Plusieurs versions de ce mécanisme ont été adoptées en Norvège, au Danemark, en Inde, au Pérou, au Venezuela et dans les pays de la Communauté du Pacte Andin (CPA).

L'impact des mesures de divulgation existantes relatives aux brevets varie considérablement. La directive de l'Union européenne sur les brevets autorisant les pays à adopter de telles mesures énonce que celles-ci ne doivent pas affecter l'obtention ou la validité du brevet.[161] Cette disposition n'a pas empêché la Norvège et le Danemark d'imposer des sanctions pénales pour fausses déclarations ou non divulgation, même si cette dernière ne constitue pas un fondement juridique valable pour annuler un brevet.[162] En Inde, au Venezuela et dans la CPA, le droit permet le refus ou la révocation du brevet en cas de violation de l'exigence de divulgation. Or, ces dispositions s'appliquent *uniquement* aux brevets concernant les ressources génétiques du *pays/région qui promulgue cette loi*.

Malheureusement, ce concept est tellement limité qu'il ne permet pas de promouvoir utilement le partage des avantages dans la pratique.

En premier lieu, les problèmes d'ambiguïté du système, évoqués plus haut, constituent également un obstacle à la divulgation, qu'elle soit obligatoire ou volontaire. Par exemple, la Norvège impose la divulgation de l'origine pour tout « matériel biologique » sur lequel repose l'innovation. Le choix de ce terme s'explique probablement par le fait que l'on ignore si le matériel ou les informations constituent des « ressources génétiques ».[163] Une étude récente a montré qu'un très grand volume de demandes de brevets fait mention de sources biologiques génétiques[164] et qu'un plus grand nombre encore rend compte de l'utilisation de « matériel biologique ». Dans ces circonstances, chaque pays devrait théoriquement examiner des milliers de brevets par an pour déterminer si certains prévoient l'utilisation de « ressources génétiques » ou « l'utilisation de matériel biologique » provenant de ce pays.

Deuxièmement, l'obligation de divulgation n'oblige pas à l'heure actuelle les gouvernements à vérifier les déclarations contenues dans la divulgation de l'origine dans la demande de brevet. Le gouvernement n'est même pas tenu d'informer le pays source objet de la divulgation. Lorsqu'il n'y a pas de divulgations volontaires, il n'est pas possible de déterminer le pays source du matériel biologique utilisé dans l'innovation. D'un point de vue pratique, ces facteurs réduisent la possibilité d'une divulgation systématique.

Troisièmement, la divulgation ne confère aucun *droit* au pays source, mais constitue simplement un mécanisme permettant de faire savoir aux autorités du pays source que leurs ressources sont (ou peuvent être) exploitées. Sur la base de ces informations, c'est au pays source de faire une demande auprès de l'utilisateur qui n'est pas sous sa juridiction.[165]

Quatrièmement, la divulgation n'impose à l'utilisateur aucune obligation de partager les avantages. À moins que les utilisateurs n'offrent des avantages

---

161 Union européenne: Directive de l'UE relative à la protection des inventions biotechnologiques, EC/98/44.

162 Cf.note du secrétaire exécutif, 2004, « analyse des mesures visant à garantir la conformité au consentement préalable en connaissance de cause des Parties contractantes qui fournissent des ressources génétiques et aux conditions convenues d'un commun accord aux termes desquelles l'accès a été accordé, et à d'autres approches, notamment un certificat d'origine/source/provenance légale », UNEP/CBD/WG-ABS/3/5, section II, D. Présentations par le Danemark, la Suède et la Norvège.

163 Cf. NORVÈGE : projet de loi « Nature Diversity Act », § 60.

164 Oldam, 2004, observe que près de 500 000 brevets accordés entre 1990 et 2003, figurant dans la base de données universelle, contiennent des mots clés en rapport avec la génétique (protéine, gène, ADN, acides aminés, acide nucléique, enzyme, polypeptide, peptide, nucléotide, ARN, microorganisme, gène humain, génome, gène d'origine végétal ou animal, microbe, désoxyribonucléique, ribonucléique, protéome) dans leurs extraits de publication.

165 Comme évoqué au chapitre 4, l'une des principales idées fausses en matière de divulgation lors de demande de brevets est que le système des droits de propriété intellectuelle fonctionne grâce à des actions en justice engagées par la partie protégée.

volontairement ou sur la base de « recommandations » non contraignantes, la divulgation ne donnera probablement pas lieu au partage des avantages.

Enfin, à l'évidence, le système se base sur l'hypothèse que les utilisateurs reconnaîtront qu'ils « utilisent des ressources génétiques » provenant d'un autre pays, et qu'ils divulgueront l'origine de ces ressources. Cela signifie qu'au mieux, les parties ayant obtenu un permis APA se conformeront aux obligations de divulgation. Par conséquent, la valeur ajoutée de cette divulgation sera certainement inférieure à son coût, même si celui-ci est minime comme l'ont déjà fait remarquer certains.[166]

3.3.2 Critères de performance

Dans le domaine juridique, les critères fixés sont aussi importants que le contenu des obligations. Dans le cas de l'APA, ces critères constituent les outils juridiques objectifs et de mesure qui permettent au pays ou à l'organisme utilisateur de confirmer que l'utilisateur a bien respecté les prescriptions visées à la section 3.3.1. On considère souvent que ces règles à respecter sont « celles fixées par le pays source ». Mais cela peut être difficile à mettre en pratique pour plusieurs raisons.

D'un point de vue juridique, la principale caractéristique de ces critères est la « vérification externe », c'est-à-dire que la loi ne devrait pas être tributaire de la capacité de l'organisme ou des autorités à connaître les intentions des individus ou des entités, afin de déterminer si les critères sont satisfaits. À cet égard, la nécessité d'appliquer la loi du pays fournisseur, qui n'a pas été adoptée par le pays de l'utilisateur et qui n'est peut-être pas conforme à ses règles juridiques, peut créer des problèmes. Afin d'appliquer pleinement la loi du pays source, un tribunal ou un organisme du pays utilisateur doit non seulement retrouver la loi en question mais aussi s'enquérir de son application. Il s'agit, par exemple, de savoir comment le pays source vérifie le respect/conformité de l'utilisateur, et comment déterminer la satisfaction du pays source.[167]

Les lois d'un pays relatives aux utilisateurs doivent régir les individus qui, dans ce pays, exploitent les ressources génétiques provenant d'un autre pays. À cette fin, il est essentiel que chaque utilisateur se conforme aux lois APA du pays dont proviennent les ressources. À moins que tous les pays n'adoptent des lois similaires, cela signifie que tous les utilisateurs doivent connaître et appliquer les lois de tous les autres pays. Aucune expérience directe ne permet de tirer des conclusions sur le fonctionnement juridique. Pour combler cette lacune, la Norvège a élaboré un avant-projet de loi sur la diversité de la nature, qui, comme indiqué plus haut, prévoit que l'utilisation ou l'importation des ressources génétiques provenant d'un autre pays ne puisse s'effectuer qu'en conformité avec la procédure de consentement préalable en connaissance de cause exigé par ce pays.

Le CPCC est, par définition, une « mesure à l'intention du fournisseur », puisque les critères et les compétences en matière de CPCC sont entièrement déterminés par la loi du pays source. En associant la conformité et le CPCC, le projet de loi intègre à la fois la procédure de CPCC et les lois et conditions du pays d'origine en vertu desquelles le CPCC a été négocié et autorisé, et les CCCA ont été élaborées.[168]

Le projet de loi touche à des questions essentielles concernant la législation propre à l'utilisateur, sans pour autant y apporter de réponse :

- Comment retrouver et déterminer les lois et conditions APA du pays source ?
- Que faire lorsque l'utilisateur ignore quel est le pays source ou refuse de le divulguer ?
- Comment un tribunal du pays utilisateur peut-il déterminer et appliquer les lois du pays source ?

---

166 Tobin, 2004.

167 Des contacts (diplomatiques, dans certains cas) officiels devront être établis avec d'autres pays. Dans la plupart des cas, nouer des contacts entre organismes gouvernementaux de différents pays n'est pas une tâche aisée, et requiert l'intervention des autorités diplomatiques. Cf. exemple, Anton *et al.*, 2002, p. 82-92. Ce contact ne permet pas à coup sûr d'obtenir les informations recherchées.

168 Articles 15.4 et 15.7 de la CDB. À cet égard, il faut souligner que la CDB prévoit deux types de CCCA, l'un pour l'accès (calqué sur le CPCC), et l'autre pour le partage des avantages. Ces deux types de CCCA peuvent parfois être négociés en même temps, mais dans le cas contraire, il incombe au pays utilisateur de veiller à ce que ces négociations aient à nouveau lieu. Si un deuxième processus CCCA figure à l'Article 15.7, c'est que les pays utilisateurs doivent s'assurer que l'utilisateur négocie les CCCA avec le pays fournisseur, quant aux avantages devant être partagés et aux modalités de partage.

Outre ces points essentiels, d'autres questions fondamentales telles que l'équité, la régularité des procédures et la nécessité éventuelle de délimiter la relation de partage des avantages sont traitées ci-dessous.

3.3.2.1 Identification et application de la loi du pays source

Il est difficile de déterminer la loi pertinente du pays source, en particulier du fait que la réglementation des pays repose sur des bases différentes. Comme évoqué plus haut, plutôt que de raisonner à partir de l'expression floue de « ressources génétiques », ils se basent plus volontiers sur des expressions telles que « matériel biologique », « projets de recherche impliquant des spécimens prélevés » dans des parcs nationaux, ou autres formulations très éloignées. Même les CPCC et CCCA varient d'un pays à l'autre. Par ailleurs, nombreux sont les pays fournisseurs qui mêlent les dispositions relatives aux CPCC et CCCA au concept de participation publique. Ces responsabilités sont ainsi déléguées aux communautés locales concernées, tendant à démontrer que le CPCC et les CCCA peuvent s'appliquer à un seul projet de bioprospection.[169]

À ce jour, aucune Partie contractante n'a adopté de système pour identifier et vérifier avec précision les critères du pays source que l'utilisateur placé sous sa juridiction doit remplir. Le projet de loi norvégien est la seule tentative effectuée pour réglementer ce type de situation.

D'après ce projet de loi, la conformité n'est requise que dans les cas où les ressources génétiques proviennent d'un pays ayant adopté des dispositions *spécifiques* en rapport avec le CPCC. Cette clause laisse entendre par exemple qu'un pays, dont la loi ne prévoit pas de dispositions particulières en matière de CPCC, « n'exige pas le respect du CPCC », et partant, qu'il n'est pas soumis à l'exigence d'obtention préalable du CPCC.

Cette hypothèse n'est cependant pas légitime. On ne peut pas dire d'un pays qui n'a pas adopté de législation APA qu'il a renoncé à ses droits en la matière. De nombreux législateurs ont été freinés par les incertitudes qui pèsent sur le concept APA par exemple, et ne sont pas parvenus à trouver le moyen d'adopter des lois APA conformes aux critères juridiques nationaux. Certains auront simplement choisi d'interdire à *tous* les utilisateurs étrangers l'exploitation de leurs ressources génétiques. D'autres disposent peut-être déjà des principes généraux de cette loi, qui, bien qu'elle ne mentionne pas l'APA, est une base suffisante pour contrôler les situations où une entité étrangère s'efforce d'obtenir des droits sur les biens, patrimoine ou même propriété privée dont le pays est souverain. Par conséquent, on ne peut considérer que l'absence de lois APA écrites permet une utilisation des ressources génétiques du pays sans restrictions. Cela complique le concept de partage des avantages.

3.3.2.2 Mesures visant les utilisateurs en cas de non divulgation du pays source

Pour rendre les mesures applicables à l'utilisateur plus fonctionnelles, il peut être nécessaire d'éliminer certains effets pervers fréquents actuellement créés par le système APA. De toute évidence, le plus important, et qui est décrit au début de la section 3.3.1, est que l'utilisateur n'est pas soumis aux lois APA pour l'utilisation partielle ou totale de ses ressources génétiques. S'il parvient à obtenir les ressources génétiques hors des frontières du pays source ou à les sortir du territoire sans être soumis aux coûts et difficultés de la conformité, une fois dans son pays il ne sera plus inquiété.

Lors de l'adoption de mesures visant les utilisateurs, il faut éviter à tout prix de créer d'autres mesures incitatives à effet pervers comme celle-ci. Par exemple, le projet de loi norvégien autorise (uniquement) l'utilisateur à déterminer si le pays source exige le CPCC et, dans l'affirmative, à s'y conformer. En revanche, si l'on ignore quel est le pays source, l'utilisateur n'est pas tenu de prendre des mesures supplémentaires. Toutes les dispositions visant à surveiller l'utilisation du matériel génétique prévoient que l'utilisateur identifie le pays source ainsi que les obligations fixées en vertu de ses lois.

Ces dispositions sous-entendent que l'utilisateur a tout intérêt à « oublier » où il a obtenu ses ressources génétiques et elles l'incitent implicitement à interpréter la loi du pays source de façon aussi permissive que possible. Lors de l'adoption de mesures d'utilisation,

[169] Cf. Cabrera et López, 2007, chapitre 2. Il convient de noter en particulier l'exemple des dispositions philippines qui prévoient un processus CPCC/CCCA différent pour chaque lieu où un collecteur opère. Cela signifie qu'un même collecteur sera soumis à plusieurs CCCA si ses activités de collecte concernent plusieurs communautés.

les pays seront peut-être contraints de prévoir des procédures autres que les CPCC et CCCA afin d'éviter ce type de problèmes. En associant les dispositions relatives à l'utilisateur aussi étroitement aux CPCC et CCCA, le pays utilisateur peut perdre de vue son obligation première qui est d'assurer un partage des avantages juste et équitable conformément aux objectifs et obligations de la CDB.

3.3.2.3 Problèmes pratiques : l'application des lois du pays source

Comme évoqué plus haut à la section 3.3.1, mesure à l'intention de l'utilisateur doivent exiger, ou prévoir d'une quelconque autre manière, la conformité à la loi du pays source. Cependant, l'application de la loi du pays source peut s'avérer très difficile pour le pays utilisateur, et compter plusieurs défis importants, étant donné que l'objectif d'un pays utilisateur est notamment de faciliter le processus APA pour ses utilisateurs, organismes et tribunaux. D'ordinaire, les organismes ne sont pas tenus d'examiner les lois étrangères ou d'entreprendre des procédures juridiques ou diplomatiques en vue d'appliquer la législation nationale.

[a] Description des problèmes fondamentaux

Les défis rencontrés dans l'application des lois d'un autre pays vont de simples problèmes administratifs à des problèmes de compétence. Par exemple, la loi du pays source peut être rédigée dans une autre langue, un problème auquel on peut remédier en sollicitant les services d'un traducteur technique compétent. Mais chaque système juridique et chaque méthode employée est, d'une certaine façon, unique, ce qui entraîne un problème plus complexe qu'il peut être difficile de résoudre et qui peut nécessiter des recherches juridiques approfondies pour déterminer comment le pays source interprète et applique ses lois.

En général, il existe deux possibilités : soit le pays utilisateur interprète et applique directement la loi du pays fournisseur, soit il sollicite l'aide du pays fournisseur qui renseigne lui-même les tribunaux. Dans la première approche, les tribunaux du pays utilisateur peuvent aboutir à une interprétation très éloignée de celle du pays source. La seconde approche implique la participation directe d'un responsable désigné par le pays fournisseur, pour déterminer si les lois ont bien été respectées. Cela étant dit, dans la pratique, il est probable que la solution soit un mélange des deux. À cet égard, plusieurs problèmes clé se posent :

- *Que se passe-t-il lorsqu'une loi ou disposition du pays source n'est pas applicable dans le pays utilisateur* ? Ce problème peut se poser lorsque la constitution du pays utilisateur protège fortement la « propriété privée » mais que la loi du pays source lui confère le droit d'intervenir dans ce domaine au nom de l'intérêt national. La constitution peut empêcher les tribunaux et organismes du pays utilisateur d'appliquer la loi du pays fournisseur, ou une disposition contrac-tuelle particulière.

- *Quelles règles s'appliquent en l'absence de permis ou accord APA, en particulier dans les cas où l'utilisateur ignore ou ne divulgue pas le pays source des ressources génétiques* ? S'il n'est pas possible d'appliquer une seule loi du « pays source », des dispositions devront être prises pour éviter les effets pervers décrits précédemment. En dernier lieu, la meilleure solution émanera peut-être des négociations du régime international, si des réponses sont convenues au niveau international.

[b] Propositions actuelles pour une solution partielle : certificat d'origine, de source ou de provenance légale

Dans presque tous les pays utilisateurs, l'utilisateur est chargé en partie ou en totalité d'identifier les CPCC et CCCA et de recueillir des informations y relatives. Afin de renforcer la crédibilité et l'efficacité au niveau international, l'analyse effectuée par le pays utilisateur sur les conditions fixées par le pays source devrait être validée par ce dernier. Cela a conduit certains négociateurs à proposer la création d'un « certificat d'origine, source ou provenance légale » (ici, le terme « certificat de provenance légale » est plus approprié) dans les débats actuels au niveau international, car ils le perçoivent comme la principale mesure d'utilisation requise par la CDB.[170] Même si un tel système ne répond qu'à un aspect de la problématique, il pourrait servir à élaborer des mesures applicables à l'utilisateur fonctionnelles. Pour cela, le certificat doit être conçu de manière à répondre à ce besoin particulier.[171] Jusqu'à présent, les « débats sur les certificats » ont porté sur

[170] Cf. exemple, Barber *et al.*, mesures applicables à l'utilisateurapplicables à l'utilisateur, 2003, axés sur la problématique de la divulgation et du suivi, notamment le partage des données électroniques ou autre type de données, contrôles aux frontières, les certificats et divulgation de l'origine, qui sont les trois domaines (le quatrième étant « l'accès à la justice ») qui comprennent des « mesures applicables à l'utilisateurapplicables à l'utilisateur ».

[171] En règle générale, le certificat ou autre document d'un système juridique n'est créé qu'une fois le reste du système mis en place. Ainsi, le contenu

l'élaboration d'un certificat-type sans en définir précisément le rôle dans le système APA ou en tant que mesure d'utilisateur.[172]

L'utilisation d'un certificat pour établir un lien entre le pays utilisateur et le pays source a déjà un fondement limité dans les législations nationales existantes. Le Costa Rica est le seul pays étudié dont la législation nationale prévoit un « certificat de source ou de provenance légale ».[173] Elle en fait la description suivante : « [le certificat] atteste la légalité de l'accès aux ressources génétiques ou biochimiques de la biodiversité, et la conformité/respect des conditions par le titulaire du permis de la partie concernée ». La loi prévoit la possibilité de recourir à un tel certificat et précise que l'utilisateur doit en faire la démarche auprès de CONABIO qui est l'organisme compétent. Cette disposition n'a jamais été invoquée jusqu'à présent.[174]

Hormis l'avant-projet de loi norvégien sur la diversité de la nature, les mesures visant les utilisateurs n'exigent pas d'eux qu'ils fournissent les renseignements qui pourraient figurer dans ce type de certificat, en guise d'instrument de contrôle pour le pays utilisateur. Actuellement, de nombreuses propositions reprenant l'idée du certificat mettent l'accent sur la fourniture d'informations aux pays source (comme évoqué plus haut à la section 3.3.1), plutôt que sur le contrôle de l'utilisateur.

3.3.2.4 « Le partage équitable »

L'APA invite au « partage équitable » des avantages issus de l'utilisation des ressources génétiques. Il convient d'établir des critères pour aider les tribunaux à déterminer si un partage est « juste et équitable ». Ce problème peut surtout se poser en l'absence de contrat APA qui puisse aider le tribunal à requérir le versement d'une « part équitable » et à désigner les modalités de paiements et le bénéficiaire. Dans certains pays, en particulier ceux qui relèvent traditionnellement de la « common law », il existe un vaste corpus de décisions basé sur des lois pour aider les tribunaux à déterminer ce qui est équitable. Cependant, dans d'autres pays, le terme « équité » n'est pas bien compris.[175]

Dans les contrats APA, la question de l'équité s'applique lorsque quelqu'un conteste que l'accord ait été négocié équitablement. Dans certains pays, ces critères juridiques d'équité peuvent, en droit des contrats, remplacer les dispositions mêmes du contrat. Même lorsqu'un contrat a été négocié de façon équitable, il peut être révisé par un tribunal, si celui-ci juge que le montant versé est injuste en termes absolus.[176]

3.3.2.5 L'application régulière de la loi

Dans ce contexte-ci, la régularité de la procédure ne relève pas d'une question d'application. Il s'agit plutôt d'un moyen de déterminer si l'utilisateur a pris connaissance des lois fixées par le fournisseur et s'il s'y conforme. Fondamentalement, la régularité de la procédure est un concept relatif aux droits des fournisseurs et utilisateurs dans leur rapport avec les institutions du pays de l'utilisateur. Dans le cadre des relations contractuelles, ce concept comprend deux éléments, la procédure et la protection des droits qui découlent de la conformité/respect.

Une relation contractuelle doit pouvoir fournir des « certitudes à l'utilisateur ». En matière d'APA, cette certitude est assortie de droits accordés par la législation relative au fournisseur.[177] Cependant, la protection de cette certitude dépend dans une large mesure des lois fondamentales du pays utilisateur, soit « l'application régulière de la loi ». Ce concept prévoit notamment que l'utilisateur a le droit de savoir clairement ce qu'on attend de lui sur un plan juridique, quelles dispositions

---

du certificat et les procédures de délivrance sont adaptés aux besoins Le « certificat de naissance », qui garantit que chaque personne dispose d'un document officiel pour prouver son pays de naissance, son âge, ses origines, etc., est un exemple très répandu. Bien que les certificats de naissance varient d'un pays à un autre, et incluent parfois d'autres types de renseignements, ils fournissent à peu près tous ces trois données. L'issue des négociations actuelles sur le certificat est incertaine, étant donné que cela implique d'inverser le processus, c'est-à-dire indiquer quels renseignements figureront dans le certificat, avant de savoir à quelles fins il sera utilisé.

172 Tobin, 2004.

173 « …se certifica la legalidad del acceso a elementos o recursos genéticos o bioquímicos de la biodiversidad y el cumplimiento de los términos en los que fue autorizado al interesado el permiso de acceso correspondiente ». COSTA RICA, Normas… articles 6(f) et 19. Une disposition semblable figure in AFGHANISTAN : « Environment Act » (traduction officieuse du Centre d'échange) art. 66.

174 Communication personnelle avec Jorge Cabrera (reconfirmé le 23 mars 2007.)

175 Cf. chapitre 5.

176 NORVÈGE : Avtaleloven 31 mai 1918 n° 4 § 36.

177 Cf. Young, 2005.

s'appliquent et ce qu'il est tenu de faire. Il s'agit par exemple d'envisager une loi qui stipule que les « ressources génétiques provenant d'un autre pays peuvent être utilisées seulement si l'utilisateur se conforme aux lois APA du pays source ». Ce concept ne s'applique que si les utilisateurs (organismes gouvernementaux, tribunaux, etc.) savent où/si les « ressources génétiques » sont « utilisées ». En outre, ils doivent pouvoir déterminer si une ressource génétique donnée provient d'un autre pays, et dans la négative, connaître les exigences particulières qui s'appliquent. À l'heure actuelle, le cadre APA n'est clair sur aucun de ces points.

3.3.3 Application des droits des fournisseurs étrangers en vertu des lois du pays utilisateur

Dans cette section, il convient d'examiner un autre élément pratique : la façon dont les pays source peuvent avoir gain de cause en matière d'APA en cas de recours dans un pays utilisateur. Dans ce type de situation, des problèmes de mise en application se posent :

> *même si un certain nombre de régimes juridiques [dans les pays source] ont établi des mécanismes de surveillance, d'inspection et de vérification, l'expérience montre que les gouvernements ont une capacité limitée pour surveiller toutes les activités de bio-prospection sous leur juridiction nationale […] Il existe également des difficultés liées au non-respect des obligations juridiques fixées par les pays fournisseurs ou aux obligations contractuelles […] Les informations fournies par les Parties jusqu'à présent révèlent une expérience limitée à cet égard dans les litiges liés à l'APA.*[178]

Ces problèmes n'ont cependant pas été résolus. Les sections suivantes examinent la question de l'accès à l'information, les prescriptions en matière de divulgation et la mise en application des obligations juridiques ou obligations contractuelles.

3.3.3.1 Accès du pays source aux informations relatives à l'utilisation des ressources génétiques dans le pays utilisateur

D'un point de vue pratique, la question de la conformité à l'APA ne se pose que si le pays source a le moyen de savoir que ses ressources sont utilisées et/ou que des avantages en découlent et doivent être partagés. Même dans ces circonstances, il faut trouver un système pour que les pays source puissent faire appliquer leurs droits dans les pays utilisateurs. Si la conformité à l'APA ne peut revêtir un caractère obligatoire et qu'aucune autre mesure incitative n'est prise, il faudra en conclure que les Parties contractantes à la CDB n'ont pas satisfait à l'une des responsabilités clé visées par les Lignes directrices de Bonn : instaurer une coopération pour faire face aux infractions présumées en matière d'accès et de partage des avantages.[179]

L'accès à la justice conformément aux lois et aux institutions d'un pays utilisateur se base avant tout sur le principe que la justice d'un pays est ouverte à ceux qui ont subi un préjudice en vertu des lois de ce pays, quelle que soit leur nationalité. Cependant, le simple droit de saisir un tribunal ou un organisme national, ne renforce pas en soi la sécurité ou la fonctionnalité d'un régime juridique qui se base sur des instruments commerciaux (contractuels).

À nouveau, il convient de distinguer les utilisateurs APA avec et sans contrats. Dans le cas des utilisateurs avec contrats APA, les questions juridiques porteront sur la compétence du pays source en matière d'inspection et autres questions évoquées plus haut à la section 3.3.1.1. La situation se complique dès lors que le pays source n'est pas connu ou qu'il n'est pas divulgué. Comment un pays source peut-il surveiller un utilisateur et faire valoir/protéger ses droits lorsqu'il en ignore l'identité ? Cela témoigne à nouveau de la nécessité d'adopter des mesures visant les utilisateurs APA. Le gouvernement du pays utilisateur est le seul à pouvoir identifier les utilisateurs et les ressources qu'ils utilisent.

3.3.3.2 Rôle de la divulgation dans l'application de l'APA

Pour qu'un pays source puisse faire appliquer les règles APA, il doit avant tout savoir que des ressources génétiques sont utilisées. Le concept de la « divulgation de l'origine » (voir 6.5.2) permet de transférer la responsabilité de surveillance, qui incombe au pays

---

[178] Jalbert, 2005.

[179] Art. 16(d)(iv) des Lignes directrices de Bonn. Cette obligation est également indiquée implicitement à l'Article 15.7 de la CDB qui prévoit des mesures « pour assurer le partage […] des résultats ». Voir également les articles 55-57 des Lignes directrices de Bonn qui prévoient une surveillance et vérification nationale et les articles 58-60 qui soulignent la nécessité d'envisager plusieurs moyens de résolution de litiges, sanctions et recours.

utilisateur, au pays source. Par exemple, selon l'avant-projet de loi norvégien sur la diversité de la nature, les informations divulguées ne sont pas transmises au pays source. Ce dernier doit chercher à se renseigner lui-même. Selon le principe de la divulgation, c'est celui qui possède l'information qui est chargé de la fournir (c'est-à-dire l'utilisateur). Il ressort de la plupart des débats sur le « certificat d'origine, source ou provenance légale », par exemple, que l'objectif de ce certificat est de fournir à chaque pays source un outil lui permettant de se renseigner sur l'utilisation qui est faite de ses ressources génétiques.[180] Dans de nombreux pays, la seule mesure d'utilisateur que l'on s'efforce d'adopter concerne la divulgation de l'origine.[181] Dans ce contexte, cependant, nous devons indiquer les deux principales limites à l'approche basée sur la « divulgation » :

- À moins que la divulgation ne soit obligatoire et fasse l'objet d'une vérification (actuellement aucune ne l'est), seuls les utilisateurs s'étant également conformés aux lois APA du pays source seront susceptibles de respecter l'obligation de divulgation. L'existence d'une telle clause n'incitera que peu, ou pas du tout, les utilisateurs qui sont déjà en situation de nonconformité APA à procéder à la divulgation ;[182]

- La divulgation n'est pas un recours en soi, mais un outil permettant au pays source d'avoir des éléments de plainte, c'est-à-dire, les motifs sur lesquels se fonde le recours. Malgré la divulgation, le pays source est toujours chargé de la surveillance et de l'application de l'APA, même une fois que l'utilisateur a quitté le pays source et a rejoint le pays utilisateur.

Comme indiqué précédemment, quelques lois de ce type ont été adoptées mais pratiquement aucun enseignement n'a été tiré de leur application.

3.3.3.3 Réparation et sanctions dans les pays utilisateurs

Lorsqu'un pays source (ou l'origine) apprend qu'un utilisateur exploite ses ressources génétiques, il doit mettre en œuvre des procédures de surveillance et de vérification de la conformité. Si l'utilisateur ne se conforme pas aux lois du pays source, celui-ci doit pouvoir obtenir réparation face à des utilisateurs qui ne respectent pas des processus moins contraignants.[183]

[a] Droits et réparation

S'agissant des solutions mises à la disposition du pays source, il faut savoir si un pays utilisateur prévoit des possibilités de réparation ou une approche uniquement répressive. À cette fin, on indique ici la différence entre « réparation » et « sanction » :

- On entend par « sanction » toute action visant à punir l'auteur de l'infraction et/ou prévenir toute infraction ultérieure.[184] Ces sanctions peuvent constituer des amendes, des peines de prison, la confiscation des biens, l'annulation/suspension d'une autorisation et la restriction ou la réduction des activités menées en vertu de la loi ou du permis.

- On entend par « réparation » les mesures conçues en vue d'indemniser la partie lésée lors d'un procès. Elle peut prendre la forme d'une indemnisation sur décision d'un juge ou d'un organisme, tel que :

---

[180] Le degré de transmission de ces informations dépend de nombreux facteurs, tel qu'évoqué aux paragraphes 3.3.2.3, 3.3.3.1 et 6.5.2 du présent ouvrage, en particulier lorsque la divulgation n'est pas obligatoire ou que des failles subsistent.

[181] Cf. exemple, EC, 2002, PAYS-BAS : « Sources of Existence… »

[182] Comme indiqué dans la note de bas de page n°284, nombreux sont les utilisateurs qui en concluront qu'ils ne sont pas tenus de procéder à la divulgation. Certains ignoreront ou refuseront de divulguer l'origine, compte tenu du fait qu'ils s'exposent uniquement à une amende peu élevée.

[183] Ces questions sont également examinées en détail dans le volume 5 de la présente Série, Young *et al.*, 2007. Tel qu'indiqué, le pays source aura tout intérêt à agir officieusement, dans la plupart des cas, étant donné que de nombreux utilisateurs préfèreront éviter des procédures juridiques ou une mauvaise publicité. Toutes les parties y gagnent car elles s'épargnent les coûts et difficultés engendrés par une procédure judiciaire. Cependant, cette possibilité disparaît dès que cette procédure judiciaire ou les accusations de biopiraterie par les médias sont rendus publiques (la mauvaise publicité est quasiment irréversible).

[184] Certaines sanctions peuvent être renforcées par la création d'un registre public permanent des infractions. Par exemple, l'annulation d'un permis ou d'une autorisation peut être assortie de la création d'une liste de contrevenants. Un fois son nom sur la liste, le contrevenant aura peu de chance d'obtenir à nouveau un tel permis. Cf. exemple, BRÉSIL : « Provisional Act », Titre VIII, art. 30, paragraphe. 1.XIII, qui prévoit de punir toute infraction administrative par, notamment « l'interdiction de conclure des contrats avec l'administration publique pour une période maximale de cinq ans ».

– Paiement (du montant dû au titre d'un contrat, ou de la valeur du préjudice subi par la partie lésée) ;

– Exécution des dispositions contractuelles (dispositions particulières soumises à l'interprétation du juge) ;

– Obligation ou interdiction (ordre d'agir ou de s'abstenir d'agir) ; ou

– Rescision ou annulation d'un contrat ou autre document.

Il existe des différences fondamentales entre ces deux approches, à savoir : (i) qui prend l'initiative du pourvoi en justice, et (ii) qui reçoit l'argent ou autre valeur accordée si le défendeur perd le procès. Dans la plupart des pays, le gouvernement a l'initiative des lois relatives aux peines, et toutes les amendes et autres paiements perçus sont retenus par le gouvernement, qui a entamé le recours en justice.[185] Les biens confisqués sont retenus, détruits ou vendus par le gouvernement, ou peuvent être conservés à titre de preuve puis restitués à leur propriétaire légal à la suite du procès. En revanche, les actions en réparation sont engagées par la partie lésée, et les montants accordés lui sont versés. Les lois organiques n'autorisent généralement pas un gouvernement à engager un recours privé pour le compte d'individus, l'accent devant être mis sur les sanctions plutôt que sur les réparations.[186] Il est rare, voire impossible, qu'une loi prévoit l'exécution spécifique d'un contrat ou de la loi d'un autre pays. Par conséquent, une action APA en vue de réclamer une part des avantages doit être engagée par le pays source (ou autre source) en tant que demandeur privé, ou par une entité agissant pour le compte du pays source.

Au lieu de promouvoir le respect des règles APA ou d'aider les pays à s'y conformer, l'application des mesures visant les utilisateurs revêt en général un caractère répressif. Les tribunaux nationaux pencheront davantage pour une interprétation stricte des droits. Si la législation du pays utilisateur n'autorise pas spécifiquement ses tribunaux à exiger le respect de la conformité, celle-ci sera difficile à obtenir.

Parmi les législations nationales et autres documents examinés, seul un petit nombre tient compte des droits et possibilités de recours du fournisseur dans le pays utilisateur. L'avant-projet de loi norvégien sur la diversité de la nature observe que l'exécution est une compétence réservée au gouvernement norvégien, qui « peut, sur décision rendue par un tribunal, faire appliquer lesdites règles ».[187]

Dans le cadre des recours légaux, il est également intéressant d'examiner les mesures et législations que les pays adoptent pour réglementer les activités des utilisateurs nationaux des ressources génétiques internes. En général, la loi peut prévoir que les droits qu'un pays accorde aux utilisateurs nationaux de ses propres ressources peuvent également s'appliquer aux utilisateurs nationaux de ressources génétiques étrangères. Par exemple, le droit brésilien prévoit que des droits privés qui émanent d'un contrat APA sont soumis au droit civil, mais il confère un droit statutaire supplémentaire au fournisseur (pays, communauté ou individu), lui permettant d'être indemnisé en cas de dommage ou préjudice causé par l'utilisateur lors du prélèvement des spécimens.[188] Il habilite également le gouvernement à imposer des sanctions administratives[189] (telles que la suspension de permis et l'annulation d'autres autorisations administratives) et stipule que ces sanctions seront « sans préjudice des sanctions civiles ou pénales applicables ». Le Brésil peut décider d'appliquer ces mêmes sanctions administra-tives lorsqu'il apprend par un autre pays que les ressources génétiques sont utilisées en infraction avec ses lois APA. Le droit brésilien habilite et engage les « organismes fédéraux compétents » à surveiller, saisir ou confisquer les échantillons dont « l'accès a été obtenu en infraction à la présente loi ». Il prévoit par ailleurs que ces pouvoirs et devoirs soient élargis à d'autres organes.[190]

[185] Les dispositions relatives aux amendes varient d'un pays à un autre. Les amendes administratives sont soit retenues par l'organisme administratif qui les met en demeure et les perçoit, soit reversées dans les caisses générales du pays, selon les cas.

[186] Un gouvernement peut engager une prodédure civile uniquement en cas de non respect d'un contrat ou lors de la commission d'un acte délictuel, à son encontre. Cf. exemple, BRÉSIL : « Provisional Act », Titre VII, art. 28, paragraphe VIII « lorsque le gouvernement fédéral est partie [au contrat], ce dernier sera soumis au droit public ».

[187] NORVÈGE : projet de loi « Draft Nature Act », § 60, et autres provisions contenues.

[188] BRÉSIL : « Provisional Act », Titre V, art. 16, § 10.

[189] BRÉSIL : « Provisional Act », Titre VIII, art. 30, § 1.

[190] BRÉSIL : « Provisional Act », Titre VIII, art. 30, § 1.

Au Costa Rica, des mesures particulières ont été prévues pour surveiller les utilisateurs des ressources génétiques du pays, notamment :

- Vérification et contrôle des titulaires d'une autorisation APA,[191] en particulier un pouvoir d'inspection ;
- Enquêtes sur d'éventuels manquements au consentement préalable en connaissance de cause ;[192]
- Suspension ou annulation d'un permis APA, en raison d'un changement de conditions lorsque des activités APA (légales ou illégales) portent ou peuvent porter préjudice à la biodiversité ou aux ressources génétiques ;[193]
- Sanctions, conformément au droit costaricien, s'appliquant lorsque l'utilisateur a obtenu un accès aux ressources génétiques sans se conformer aux règles APA.[194]

Ces mesures doivent être appliquées en « coordination avec les parties intéressées et les fournisseurs des ressources ». Ces mesures de surveillance de l'utilisa-teur, une fois que celui-ci a quitté le Costa Rica, doivent être appliquées en conformité avec les lois du pays utilisateur. À nouveau, si les autorités apprennent qu'un utilisateur costaricien exploite des ressources génétiques provenant d'un autre pays sans se conformer aux règles APA, elles pourront décider de lui appliquer les mesures indiquées ci-dessus, y compris les mêmes sanctions.

[b] Usage inadapté des lois pénales existantes

Pour faire appliquer les obligations APA relatives à l'utilisateur, le droit pénal du pays utilisateur est souvent appliqué à l'utilisateur qui enfreint les lois APA du pays source. Cette approche présente deux inconvénients lorsqu'elle est utilisée comme principal (ou seul) moyen d'exécution directe des obligations APA de l'utilisateur :

- Elle ne permet pas de faire valoir le droit du pays source à obtenir une part équitable des avantages ; et
- On distingue plusieurs types d'infractions APA. Le droit pénal existant prend en compte l'octroi ou l'utilisation illicite des biens conventionnels. Il ne permet pas de déterminer si cette utilisation du matériel génétique étranger constitue un « vol » ou un « octroi illicite », et, le cas échéant, comment le prouver. Il est quasiment impossible de répondre à ces questions de façon à ce que ces lois servent de mesures visant les utilisateurs aux fins d'application de l'APA.

Par exemple, tel qu'indiqué aux sections 3.3. et 3.4, aux États-Unis, deux lois importantes à l'intention des utilisateurs ont été élaborées, la « Lacey Act » et la « Stolen Property Act ».[195] Il s'agit dans les deux cas de lois pénales qui doivent être appliquées par le gouvernement américain par une action au pénal contre l'auteur de l'infraction. On peut citer un autre exemple, celui de l'Australie, où la loi prévoit que :

> *[a] il est interdit d'exporter intentionnellement un spécimen en sachant : (a) que ce spécimen a été importé d'un autre pays ; et (b) que la loi de ce pays interdisait à l'époque l'importation de ce spécimen.*[196]

Toutes ces lois sont affectées par ces deux problèmes. Elles stipulent que tout recours en justice se solderait par l'imposition de sanctions (amende ou peine de prison).[197] Elles ne prévoient en aucun cas une action ou un recours à titre privé par un pays source ou autre fournisseur. Plus important encore, ces lois ne s'appliquent que si le gouvernement peut prouver que le spécimen ou produit a été « volé » ou « exporté

---

191 COSTA RICA : Normas… art. 20.

192 Ibid.

193 COSTA RICA : Normas… art. 27.

194 COSTA RICA : Normas… art. 2.

195 Décrites à la section 3.2.1.2.

196 AUSTRALIE : réglementations sur la protection et la conservation de l'environnement, 2000, § 303GQ (1).

197 Cette disposition prévoit une période de cinq ans d'emprisonnement en cas d'infraction. Cependant, comme le prévoit le droit australien, cela peut être considéré comme une fourchette de sanctions possibles, ou une peine plafond, donnant ainsi au juge le pouvoir de fixer une peine inférieure ou de suspendre la sanction, sans qu'il n'y ait de peine à purger.

illégalement » par un autre pays. Étant donné qu'il est difficile de distinguer clairement les « ressources biologiques » des « ressources génétiques », un « spécimen » (échantillon physique) peut être objective-ment exporté en toute légalité, dès lors que l'utilisateur n'a pas pour objectif déclaré d'utiliser ce matériel aux fins de la recherche génétique.

D'un point de vue pratique, la marge de manœuvre de l'organisme constitue un problème supplémentaire. Aucune de ces lois n'exige du gouvernement qu'il prenne des mesures répressives, et aucun individu à titre privé ne peut en faire la demande. Une procédure ne peut être engagée au titre de ces dispositions que si le gouvernement a des raisons de croire, et qu'il est intimement convaincu, que son interprétation de la loi est correcte et qu'il souhaite accorder des ressources limitées en terme d'effectifs, de temps et d'argent.

[c] Arbitrage

Une communication de la Commission européenne, sur l'APA et les Lignes directrices de Bonn porte sur les réflexions relatives aux recours judiciaires, relève tout particulièrement « le rôle d'arbitrage qui pourrait être joué dans le traitement des cas d'infraction aux accords APA » en réponse aux difficultés que posent la question de la juridiction sur l'utilisateur et l'application de lois étrangères dans le pays utilisateur.[198] Les Lignes directrices de Bonn n'approfondissent pas davantage la question.

Dans la pratique, l'arbitrage est une mesure du fournisseur. Les parties à un contrat n'ont pas le droit d'exiger un arbitrage à moins que le contrat ne le prévoie expressément. Cela signifie qu'un arbitrage est subordonné (i) à l'existence d'un contrat APA (l'utilisateur se conforme aux règles APA) qui prévoit l'arbitrage, ou (ii) au consentement ultérieur des parties. Par conséquent, la communication de la Commission européenne implique que les dispositions relatives à l'arbitrage seront plus facilement soutenues par les tribunaux que d'autres dispositions figurant au contrat APA.[199]

3.3.3.4 Difficultés supplémentaires : la non divulgation de l'origine

Les mesures visant les utilisateurs sont d'autant plus difficiles à appliquer en l'absence de contrat APA ou lorsqu'on ignore le pays source ou refuse de le divulguer. Comme indiqué précédemment, la loi créerait un effet pervers si elle permettait l'utilisation de ressources génétiques étrangères sans conformité aux règles APA ou lorsque l'utilisateur ignore l'origine du matériel. La loi devrait combler le vide juridique dans les cas où les utilisateurs ignorent de façon légitime la provenance des matières qu'ils utilisent.

En raison des lacunes scientifiques actuelles et des coûts engendrés par l'identification génétique, la science n'offre pas à l'utilisateur ou au gouvernement la possibilité d'identifier facilement les espèces ayant fourni les ressources génétiques. Cependant, même si les espèces pouvaient être identifiées, elles ne permettraient pas de déterminer le pays source à moins que l'espèce soit endémique, mais appartenant en totalité à un même pays. Les espèces endémiques ne représentent qu'un pourcentage très faible des espèces.[200] Par conséquent, la plupart des espèces ou sous-espèces ont plusieurs pays source. La « non divulgation de l'origine » est un problème essentiel dans les négociations sur le partage des avantages.

3.4 Responsabilités administratives relatives à l'utilisateur

Les Lignes directrices de Bonn proposent également des mesures administratives importantes concernant l'utilisateur en matière d'APA. Parmi ces mesures, la plus couramment citée est le devoir de chaque pays de

---

198 COMMISSION EUROPÉENNE : UE 2003, 7.4.

199 Les auteurs n'ont pas examiné pleinement cette question mais ils observent qu'aux États-Unis, les arbitres doivent appliquer le même droit des contrats que les tribunaux. Ainsi, un contrat ambigu ou sujet à des interprétations différentes ne sera probablement pas applicable. Certains aspects de l'arbitrage sont évoqués dans le volume 5 de la Série : Young *et al.*, 2007, chapitre 5.

200 Cf. UICN SSC liste rouge des espèces menacées disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.iucnredlist.org. Joseph Vogel observe que les espèces les plus rares ne présentent souvent pas d'intérêt aux fins du développement ou de la recherche génétique, en raison de la crainte que ces sources deviennent indisponibles pour la recherche (ou si le matériel biologique pertinent ne peut être facilement reproduit). Communication personnelle, février 2004. En outre, Dietrich Jelden (directrice des services allemands de gestion de la CITES) observe que l'analyse scientifique des espèces les plus rares au monde a été entreprise depuis longtemps, ce qui explique que ces espèces sont plus souvent les mieux connues. Communication personnelle, mars 2003.

201 Art. 13 des Lignes directrices de Bonn.

« désigner un correspondant national unique pour l'accès et le partage des avantages ».[201] Comme indiqué dans les Lignes directrices de Bonn, les principales fonctions du correspondant national sont axées sur le fournisseur.[202] Il doit également se pencher sur un certain nombre de questions importantes relatives à l'utilisateur. Il s'agit pour cela d'élaborer des « mécanismes destinés à fournir aux utilisateurs potentiels des renseignements sur leurs obligations en matière d'accès aux ressources génétiques ». Les Lignes directrices observent également le rôle des « autorités nationales compétentes » qui sont « chargées du suivi et de l'évaluation des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages » ; et de « l'application/le respect des arrangements concernant l'accès et le partage des avantages ».[203]

La désignation d'un correspondant national est une tâche relativement aisée et 81 pays ont procédé à cette désignation, comme le montre la base de données APA de la CDB.[204] Ces autorités, y compris celle des pays avec de nombreux utilisateurs sous leur juridiction, portent principalement leur attention sur les questions d'accès aux ressources génétiques du pays. En règle générale, les pays délèguent ces tâches aux organismes chargés des domaines scientifiques et de conservation, en raison des aspects biologiques et taxonomiques relatifs au fournisseur en matière d'APA. Du côté de l'utilisateur, cependant, ces aspects ne sont pas essentiels, et d'autres questions clé (commerciales et juridiques) peuvent s'avérer plus importantes.[205] Les pays devront peut-être envisager d'établir deux correspondants nationaux ou autorités compétentes, l'une pour les questions relatives aux utilisateurs (surveillance des utilisateurs et mise en application des contrats APA)[206] et l'autre pour les questions relatives au fournisseur, qui sont jusqu'à présent du ressort des correspondants nationaux. Cette nécessité deviendra plus évidente et courante une fois que les mesures des utilisateurs seront en place et que les pays reconnaîtront l'importance de la surveillance des utilisateurs sous leur juridiction et du soutien aux collections, chercheurs et entités commerciales et industrielles.

Il est important que tous les pays portent leur attention sur la fourniture d'informations aux utilisateurs sur l'accès aux ressources génétiques. L'APA ne prend tout son sens que si les utilisateurs continuent de solliciter des ressources génétiques et qu'ils sont au fait des procédures administratives permettant leur obtention. Au moins trois pays développés ont créé ou autorisé des programmes visant à aider les utilisateurs, en recueillant des informations sur l'obtention de l'accès aux ressources génétiques de plusieurs pays. Par le biais de l'Association japonaise de bio-industrie, le Japon a mis en oeuvre un programme de grande envergure pour nouer des contacts avec les pays source et permettre à ses utilisateurs de conclure des accords APA avec des pays fournisseurs en Asie et ailleurs. De même, les États-Unis et les Pays-Bas développent un système de recueil d'informations qui aidera les utilisateurs à obtenir un accès aux ressources génétiques dans d'autres pays. Cette tâche n'est pas aisée, étant donné que dans beaucoup de pays les responsabilités en matière de CPCC et CCCA sont décentralisées et intégrées aux processus de participation publique. Dans ces pays, les conditions APA sont négociées sur une base individuelle et peuvent être différentes pour chaque utilisateur.[207]

---

202 Concrètement, il s'agit « de renseigner les personnes qui sollicitent un accès aux ressources génétiques sur les procédures de CPCC et CCCA, y compris le partage des avantages, ainsi que sur les autorités nationales compétentes, les communautés autochtones et locales concernées et parties prenantes pertinentes, par le biais du Centre d'échange.

203 Art. 14(c) et (d) des Lignes directrices de Bonn.

204 http://www.biodiv.org/doc/lists/nfp-abs.pdf, en date du 15 mai 2007.

205 Cet aspect de la responsabilité du correspondant national est souvent ignoré. Il ressort de l'étude réalisée par le Royaume-Uni sur des utilisateurs, par exemple, que le correspondant national APA portera davantage son attention sur les pratiques de collecte dans la gestion de l'écosystème et éventuellement sur les collectes des retours des ressources génétiques britanniques que sur des aspects commerciaux ou contractuels : « au Royaume-Uni, qui dispose d'un important savoir-faire en matière de conservation et de gestion des réserves, les autorités compétentes sont dans une position confortable pour négocier tout retour des avantages (en général modestes) et de contrôler tout abus en matière de collecte (exemple : sur-exploitation) ». Latorre, 2005, section 5.3.1.

206 Les auteurs n'ont pas procédé à un recensement des autorités nationales APA compétentes (ANC) afin de déterminer lesquelles ont, le cas échéant, des responsabilités en matière d'utilisation. Il convient de souligner que, dans le projet de loi norvégien « draft Nature Diversity Act », l'organisme compétent concernant les mesures du founisseur est également chargé de la surveillance des utilisateurs. Aux États-Unis, la surveillance des utilisateurs devrait plutôt être effectuée par les services de détection et de répression judiciaires. Cf. note de bas de page n°105.

207 Un exemple éloquent est celui des Philippines, où tous les aspects de CPCC et CCCA sont délégués au niveau local. Par conséquent, chaque accord APA varie selon le lieu, et peut être plus complexe encore lorsque différentes localités sont étudiées dans un même projet. Benvidez, 2003.

3.5 Moyens pratiques d'encourager l'adoption des mesures visant les utilisateurs

Le dernier aspect des travaux de recherche effectués aux fins du présent chapitre sur les besoins relatifs aux mesures applicables à l'utilisateur concerne l'examen d'autres approches juridiques qui, outre les dispositions contraignantes, prévoient des dispositions volontaires et des mesures incitatives/motivation. La CDB et les Lignes directrices de Bonn recommandent ces trois types de mesures qui ont également été utilisés ou suggérés par plusieurs pays examinés dans le cadre de la présente étude.

3.5.1 Dispositions contraignantes

Les dispositions contraignantes du pays utilisateur ont le mérite d'offrir de la clarté au pays fournisseur, et, en théorie, elles devraient permettre un taux de conformité APA total en exigeant simplement que tous les utilisateurs s'y conforment. Comme indiqué, il existe aujourd'hui de nombreux obstacles à la création d'un système APA entièrement obligatoire. Concrètement, comme il n'existe pas de législation d'utilisateur, les utilisateurs qui ne sont pas soumis aux lois APA du pays source ne sont pas assujettis aux règles APA une fois qu'ils ont quitté le pays avec les ressources génétiques. D'importants efforts juridiques devraient être consentis pour créer un réseau complet de mesures visant les utilisateurs.

Du point de vue de l'élaboration au niveau national, il est plus facile d'adopter l'approche obligatoire. Les problèmes posés par la législation à caractère obligatoire ne résident pas dans l'élaboration de dispositions contraignantes claires mais dans leur mise en œuvre. Cela est particulièrement vrai au niveau international. Dans un système obligatoire, l'application doit pouvoir être surveillée. Il faut pouvoir être en mesure de confirmer la (non) conformité aux conditions APA, sur la base de critères vérifiables de l'extérieur. C'est important à la fois pour permettre la mise en œuvre et son contrôle. La mise en œuvre de ce système ne peut être cohérente et juste que si tous les utilisateurs appliquent de la même façon les mêmes conditions. Des mécanismes de surveillance et de mise en application doivent être prévus à l'appui des dispositions contraignantes. Dans le cas contraire, le résultat serait le même que dans un système volontaire ou non obligatoire.

Les mesures fonctionnent de deux manières : (i) la loi est appliquée sous la surveillance directe du gouvernement ; (ii) le gouvernement élabore les lois (et contrôle certains aspects), mais la personne ou le secteur concerné par la loi est chargé de surveiller son application. Ces dernières mesures sont plus adaptées à l'APA. Malheureusement, comme évoqué au chapitre 6, de telles mesures ne sont efficaces que lorsque le secteur concerné est financièrement capable et suffisamment motivé pour supporter de tels coûts et consentir les efforts nécessaires à la mise en application de la loi. Dans de nombreux cas, les fournisseurs de ressources génétiques n'ont pas les moyens financiers ou la capacité de prendre ces tâches à leur charge. Ainsi, la mise en œuvre est un défi et un obstacle potentiel à l'APA.

3.5.2 Dispositions non contraignantes (mesures volontaires et recommandations)

D'autres mesures ont fait l'objet de réflexions approfondies dans le contexte de l'APA, il s'agit des mesures « volontaires », notamment des documents tels que « la divulgation volontaire de l'origine dans les demandes de brevets ». Bien que critiquées par certains, ces mesures volontaires peuvent avoir un rôle utile et clair dans tout système juridique. L'adoption de mesures purement volontaires est très efficace lorsqu'elles sont réclamées par le secteur concerné par la réglementation. Celui-ci reconnaît notamment la nécessité d'agir de façon plus cohérente mais dépend pour cela de l'aide et des directives des pouvoirs publics. En réclamant de telles mesures, ce secteur cherche notamment à échapper à une législation plus restrictive. Ainsi, certains groupes sont tentés d'élaborer et d'accepter des mesures volontaires.[208]

[208] Plusieurs exemples historiques de ce processus sont évoqués in Young, 2006b, p. 50. Dans certains cas, le gouvernement adopte formellement les normes volontaires, afin de s'assurer que le système est reconnu de manière uniforme.

Même si de nombreuses mesures APA sont en théorie obligatoires, leur effet sur le terrain sera plutôt volontaire car elles ne donnent pas au gouvernement de moyens de surveillance ou de confirmation pour garantir ou promouvoir la conformité ou l'application. Récemment, plusieurs pays ont proposé d'élaborer des informations concrètes sur les intérêts industriels afin de créer des mesures visant les utilisateurs fonctionnelles. Les Pays-Bas, la Commission européenne et la Suisse ont proposé de créer des mesures volontaires, par le biais de « l'élaboration et utilisation de Codes de conduite qui contiennent des principes fondamentaux »[209] pour promouvoir la conformité/respect volontaire aux règles APA. Jusqu'à présent, les mesures volontaires les plus courantes sont celles relatives aux procédures régissant la collecte et le transfert/suivi par des collections *ex-situ* de spécimens biologiques (il s'agit principalement « d'intermédiaires » même s'ils s'investissent également dans la taxonomie et la recherche). Ces procédures ont été élaborées par des jardins botaniques[210] et de collections de micro-organismes.[211] Parmi les autres travaux en cours, on peut citer l'élaboration d'un code de conduite pour l'utilisation d'extraits biologiques, dans le cadre de l'initiative « Biotrade » (évoquée à la section 3.2.3), l'accent étant mis en particulier sur les activités et les responsabilités des utilisateurs. Même si la portée de ce code est plus vaste que l'APA, l'initiative a permis d'observer que certains utilisateurs se disent prêts à appliquer les lignes directrices au matériel génétique et biologique, tant que les dispositions sont commercialement raisonnables.

Outre ces exemples, les propositions les plus courantes concernant les mesures APA volontaires découlent, non pas de l'analyse de leur fonctionnalité ou utilité, mais du fait que des mesures obligatoires ne sont ni possibles ni applicables dans la pratique. En règle générale, ce raisonnement donnera lieu à des mesures volontaires peu utiles, si elles ne correspondent pas à une motivation particulière ou à des mesures incitatives. Récemment, cependant, plusieurs études initiales sur les pratiques et comportements des utilisateurs ont été menées.[212] Il ressort que si certaines entités industrielles, commerciales et de recherche qui participent aux processus et réflexions APA réclament ces aides et orientations, un pourcentage plus élevé d'entres elles ne partagent pas encore cet avis.

Une évaluation effectuée récemment par l'OCDE observe que les mécanismes volontaires ont un impact limité, à moins d'être utilisés de manière sélective, dans le cadre d'un ensemble de politiques permettant de traiter des questions là où d'autres mécanismes ne sont pas nécessaires (en raison d'un fort désir de coopération) ou ne sont pas viables (car le système de base et les principaux accords ne sont pas encore en place).[213] En matière d'APA, les analyses n'ont pas vraiment porté sur les questions clé, comme les véritables attentes du secteur à l'égard de ces mesures, sauf pour le Japon, qui compte parmi ses utilisateurs de nombreuses entreprises ayant déjà annoncé leur désir de se conformer aux règles APA.

3.5.3 Mesures incitatives

Lorsque les mécanismes de commande et de contrôle ne sont pas adaptés en pratique (ex : ils ne peuvent assurer une conformité constante), et que les secteurs réglementés ne manifestent pas suffisamment d'intérêt pour que les mesures volontaires aient l'impact escompté, le recours aux mesures incitatives juridiques et/ou économiques peut toujours être une solution. D'un point de vue conceptuel, des mesures incitatives juridiques, économiques et autres mesures incitatives créées par le système sont très simples : au lieu de mettre en place des mécanismes particuliers (qui requièrent une surveillance et une mise en application), le gouvernement adopte une approche opposée, offrant ainsi des avantages à ceux qui passent à l'action. La responsabilité incombe donc à l'utilisateur, par intérêt propre et non par obligation. L'utilisateur devra se conformer s'il veut en récolter les fruits. Les mesures incitatives peuvent couvrir la plupart des activités qui

[209] PAYS-BAS : « Sources of Existence » § 2.4, 3.2.

[210] Voir les principes du « International Consortium of Botanic Gardens » (ICBG) : « principes sur l'accès aux ressources génétiques et partage des avantages destinés aux institutions participantes » (disponible à l'adresse suivante : www.rbgkew.org.uk/conservation) et le code de conduite International Plant Exchange Network (IPEN) (www.biologi.uni-ulm.de).

[211] Code de conduite international pour l'utilisation durable des micro-organismes et la réglementation de l'accès (MOSAICC), disponible à l'adresse suivante : www.belspo.be/bccm/mosaicc.

[212] Holm-Müller *et al.*, 2005; Latorre, 2005; Frison Dedeurwaerdare, 2006.

[213] Börkey *et al.*, 1999, p. 42 et 129.

devraient normalement faire l'objet de mesures obligatoires. La seule différence serait la raison pour laquelle les utilisateurs se conforment. Au lieu d'agir par obligation juridique (et prendre le minimum de mesures imposées par la loi) l'utilisateur serait guidé par ses propres intérêts, et adopterait alors probablement plus de mesures si des avantages étaient mis à sa disposition.

L'élaboration de mesures incitatives pose un problème opérationnel. Il est indispensable que l'avantage que génère la mesure pour l'utilisateur soit dans son intérêt. La valeur subjective pour l'utilisateur doit être suffisante pour compenser les coûts et autres conséquences de la conformité/respect. Par ailleurs, cet avantage ne devrait pas être offert aux utilisateurs qui ne prennent pas les mesures escomptés. Cela signifie qu'il faut mettre en place des méthodes ou documents qui prouvent que l'utilisateur remplit les critères pour l'obtention de l'avantage. Enfin, il ne faut pas sous-estimer les coûts qu'engendrent les mesures incitatives. Celles-ci ont un coût pour le gouvernement, étant donné qu'elles requièrent des mécanismes de confirmation de la conformité, pour éviter les tentatives d'obtention par les personnes non éligibles, et pour la conservation de registres.[214]

Jusqu'à présent, peu d'attention a été accordée aux mesures incitatives APA relatives aux utilisateurs. À quelques exceptions importantes près.

En 2005, le Ministère japonais de l'économie, du commerce et de l'industrie (METI), et l'Association japonaise de bio-industrie sont convenus d'un processus pluriannuel, par le biais duquel ils ont élaboré un ensemble de lignes directrices à l'intention des utilisateurs de ressources génétiques (les « Lignes directrices japonaises »).[215] Sur la base des Lignes directrices de Bonn, elles fournissent un ensemble de principes et de propositions de base pour les utilisateurs qui s'efforcent d'appliquer les meilleures pratiques de conformité aux règles APA.

En comparaison avec d'autres, les Lignes directrices japonaises se distinguent pour deux raisons. D'abord, elles visent directement à préciser les obligations des utilisateurs évoquées dans les Lignes directrices de Bonn ; et ensuite, elles prévoient des mesures incitatives directes pour encourager les utilisateurs à s'y conformer. La partie IV examine la capacité du METI à fournir une aide, des conseils et autre type d'appui aux entreprises « dont les activités sont conformes aux Lignes directrices [japonaises] ». Cette mesure, par essence incitative, prévoit une aide du gouvernement à toute entreprise qui applique les Lignes directrices mais continue malgré tout de rencontrer des difficultés dans l'obtention d'une autorisation ou autres activités. De telles mesures incitatives ainsi que la crainte d'être assimilé à la « biopiraterie » sont autant de facteurs importants pour encourager les entreprises japonaises à se conformer aux Lignes directrices japonaises.

En outre, sous l'égide de leurs ministères de recherche technique, plusieurs pays considèrent le partage des avantages et/ou la conformité APA comme un facteur de décision duquel va dépendre l'autorisation de projets ou l'octroi de bourses.[216] Ces programmes sont généralement destinés aux fournisseurs, organisations et organismes tels que les entreprises de conseil et organismes d'aide, qui sont les plus susceptibles de vouloir partager les avantages (ou dont c'est la responsabilité). Cela peut également encourager des candidats peu enclins au partage des avantages.

Cette approche incitative bénéficie d'une reconnaissance juridique, mais elle n'est pas très largement appliquée. La législation générale sur la biodiversité au Costa Rica reconnaît également l'utilité des mesures incitatives, et appelle à la mise en place de divers systèmes incitatifs, applicables aux utilisateurs des ressources costariciennes. On peut citer par exemple les crédits ou dégrèvements fiscaux, les priorités administratives pour des autorisations commerciales ou certaines applications présentant un intérêt particulier, et

---

214 Cf. Smith et Young, 2006.

215 JAPON : METI/KBA, 2006, Lignes directrices pour l'accès aux ressources génétiques destiné aux utilisateurs au Japon, Ministère de l'économie, du commerce et de l'industrie (adoptées en mars 2005, publiées en anglais en 2006).

216 D'après le secrétariat de la CDB, « le Danemark et la Suède sont des exemples de pays où l'accès et le partage des avantages sont un préalable au financement ». Au Danemark, tel qu'indiqué dans la présentation, les responsables du financement des projets de recherche et de développement devraient inclure dans leurs contrats l'application des Lignes directrices de Bonn comme préalable au financement. En Suède, l'Agence suédoise de coopération internationale au développement a adopté une politique qui prévoit l'établissement d'un accord de transfert du matériel entre le fournisseur et le bénéficiaire du matériel génétique dans le cadre des activités de coopération pour la recherche financées par l'Agence lorsque les activités impliquent le matériel génétique. À partir de la note du Secrétaire général, « analyse des mesures visant à garantir la conformité au consentement préalable en connaissance de cause des Parties contractantes qui fournissent des ressources génétiques et aux conditions convenues d'un commun accord aux termes desquelles l'accès a été accordé, et à d'autres approches, notamment un certificat d'origine/source/provenance

accès à des mesures incitatives spéciales de développement d'entreprise.[217]

La mise en place d'un système de « certification volontaire » a également été proposée comme autre mesure incitative.[218] Bien que cela puisse paraître simple, la création et le maintien d'un système de certification APA seront relativement complexes et coûteux.[219] Par exemple, pour que la certification volontaire incite à se conformer à l'APA, elle doit offrir un avantage aux utilisateurs dont seront privés ceux qui ne se conforment pas aux règles APA. La valeur de cet avantage doit surtout compenser les coûts de la conformité. Autre point important, la certification ne vise pas une participation totale, puisqu'il est vraisemblable qu'une certaine proportion du secteur choisira de ne pas obtenir de certification. Certains participants aux négociations se disent très tentés par l'idée de la certification. Cependant, cette mesure ne constitue pas à elle seule un outil d'incitation suffisant pour garantir le partage des avantages.[220]

La question essentielle qui sous-tend les mesures volontaires et incitatives concerne le comportement et les connaissances du secteur. Les études menées sur les utilisateurs allemands et britanniques ont démontré que même les utilisateurs suffisamment motivés pour répondre aux questionnaires écrits sur le sujet méconnaissent en grande partie les responsabilités et les concepts qui découlent de la CDB et l'APA.[221] L'UE a suggéré d'inclure les questions APA (conformité aux Lignes directrices de Bonn) dans son Système de management environnemental et d'audit (EMAS), en indiquant que ce système pourrait élaborer des critères de conformité APA, pour les ajouter aux critères *déjà existants*, et grâce auxquels les entreprises certifiées EMAS peuvent « évaluer et améliorer leur performance environnementale ». L'UE considère l'EMAS comme une mesure volontaire plutôt qu'incitative et indique qu'un tel programme aiderait les utilisateurs à améliorer leur performance environnementale globale, notamment pour ce qui a trait à l'accès et au partage des avantages, mais ne modifierait en rien leurs obligations juridiques ».[222]

---

légale », UNEP/CBD/WG-ABS/3/5, paragraphe 29, « mesures incitatives », qui mentionne « la communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil », « la mise en œuvre par la communauté européenne des Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages en vertu de la Convention sur la diversité biologique », Bruxelles, le 23.12.2003, COM(2003) 821 final, p 22 ». L'ICBG des États-Unis sous l'égide du National Institutes of Health semble se baser aussi sur le partage des avantages en tant que facteur dans l'attribution des bourses. Rosenthal, 1996 ; Rosenthal, 2006 ; et Rosenthal *et al.*, 1999.

217 COSTA RICA : « Ley de biodiversidad », n°7788, art 100 (Incentivos). Une importance similaire est accordée aux mesures incitatives, applicables à l'APA à la loi d'El Salvador, « Ley del Medio Ambiente », Decreto n°233, 1998, chapitre VI, art. 32 (les mesures incitatives visent à promouvoir une utilisation durable).

218 Le principal instigateur de cette proposition est le gouvernement suisse, qui a consenti des efforts considérables, axés à l'origine sur la « certification APA ». Dernièrement, ces efforts ont abouti à l'élaboration de lignes directrices sur la négociation d'accords APA. Cf. IIDD, Stratos et Cabrera, 2005. Le gouvernement suisse continue de promouvoir l'idée d'un système de certification APA. Afin de suivre cet exemple, la CE, notamment, a suggéré que ce concept soit examiné plus avant. Cf. CE, 2003; et Holm-Müller *et al.*, 2005, § 2.4.1. La loi costaricienne citée dans la précédente note de bas de page propose également la création d'un « label écologique » en guise de mesure incitative.

219 Cf. Young, 2004. In Holm-Müller *et al.*, 2005, § 5.2.4, ce résultat a été constaté dans l'APA, où le système MOSAICC a été cité comme un système volontaire efficace qui peut être « diffusé dans l'ensemble du secteur concerné et présenter des coûts de transaction peu élevés ». Les auteurs ont observé que MOSAICC rencontre des difficultés temporaires, qui s'expliquent par le fait que bien qu'il soit financé par le gouvernement, ses fonds diminuent et une base de financement permanente est nécessaire.

220 La problématique APA étant relativement complexe et méconnue, il est peu probable que les consommateurs, entre autres, soient suffisamment intéressés ou informés pour choisir des produits ou transmettre d'autres avantages selon la présence ou non du « label APA ». Cela montre que les partisans de l'APA ont davantage intérêt à contacter des organismes de certification sociale et environnementale existants et solliciter l'ajout des différents aspects de l'APA à leurs critères de certification. Afin que la certification ait un impact positif sur l'environnement ou la société, elle doit reconnaître certains comportements qui sont hautement bénéfiques et qui peuvent être vérifiés à l'aide de critères objectifs. Ces éléments ne sont pas forcément faciles à identifier dans le cadre de l'APA. Une réflexion générale sur le recours à la certification pour atteindre des objectifs environnementaux figurent in Young, 2004. Un premier essai sur l'idée de la certification dans l'APA, qui n'aborde aucune des questions ci-dessus, figure in Glowka, 2001, « vers un système de certification pour les activités de bioprospection » (Secrétariat d'État suisse aux affaires économiques).

221 Holm-Müller *et al.*, 2005; Latorre, 2005. Dans l'étude allemande par exemple, seul 30 personnes sur les 150 qui ont répondu au questionnaire ont indiqué connaître suffisamment la CDB et l'APA pour répondre à des questions portant sur leur conformité aux responsabilités APA et un nombre largement inférieur savait réellement en quoi consistait l'APA. L'étude du Royaume-Uni (section 3.1.1) a révélé que plus de 80 % des personnes ayant répondu connaissaient la CDB, mais que cette « connaissance générale n'avait pas forcément pour corollaire qu'ils comprenaient ses dispositions » et souligne qu'un « pourcentage élevé [des personnes ayant répondu] n'ont qu'une perception limitée de la pertinence et des répercussions de la CDB sur leurs travaux ». L'étude belge semble avoir abouti à des résultats similaires (Frison Dedeurwaerdare, 2006). Cependant, étant donné que les résultats ne suivaient pas le modèle des deux précédentes études, ils étaient moins précis et n'ont pu être directement comparés.

222 « Analyse des mesures visant à garantir la conformité au consentement préalable en connaissance de cause des Parties contractantes qui fournissent des ressources génétiques et aux conditions convenues d'un commun accord aux termes desquelles l'accès a été accordé, et à d'autres approches, notamment un certificat d'origine/source/provenance légale », UNEP/CBD/WG-ABS/3/5.

3.6 Synthèse : adoption de mesures nationales visant les utilisateurs dans le cadre des Lignes directrices de Bonn

La situation actuelle de la conformité nationale aux aspects évoqués dans les Lignes directrices de Bonn et relatifs aux pays utilisateurs est relativement insatisfaisante. Lorsqu'un utilisateur opère en dehors du pays source, c'est-à-dire lorsqu'il se trouve dans la phase ultérieure à l'accès, il se retrouve hors du champ d'application des lois et procédures du pays source. Cela rend tous les fournisseurs et législations des pays source vulnérables, du fait de l'absence totale de mise en application de la loi.

À tout le moins, si l'on cherche à atteindre l'objectif de fonctionnalité de l'APA par le biais de mécanismes contraignants, les mesures suivantes doivent être appliquées à l'utilisateur :

- Conformité aux mesures APA du pays source ;
- Mise en place des règles d'application relatives à ces mesures ; et
- Mise en place de mesures de répression de base visant les utilisateurs qui n'ont pas d'autorisation APA, afin d'éviter une situation qui favoriserait la non-conformité ou la non divulgation mais qui promouvrait l'équité.

Un grand nombre de difficultés et de défis associés à ces tâche ont été identifiés, ce qui semble indiquer que les mesures obligatoires ne sont pas la solution la plus efficace, et qu'il faut changer l'approche mondiale actuelle afin de mettre l'accent sur les mesures incitatives, seules ou de paire avec des mesures obligatoires ou permissives. Jusqu'à présent, l'avis prédominant est favorable à un système APA contraignant. Par voie de conséquence, le présent ouvrage porte principalement sur ce type de mesures.

L'une des raisons pouvant expliquer l'absence de mesures applicables à l'utilisateur est le manque d'analyse rigoureuse en matière d'APA, qui pourrait fournir aux législateurs et aux rédacteurs le fondement sur lequel construire leur système. Les chapitres suivants examinent et font la lumière sur cette lacune, sur la base de recherches et d'analyses approfondies de l'auteur. Nous y proposons des mesures visant les utilisateurs qui tiennent compte des réalités et des objectifs de la promotion de la recherche, et des activités industrielles et commerciales, tout en réalisant le troisième objectif de la CDB.

4 Analyse des piliers du concept APA en matière d'utilisateur

Le monde n'est pas divisé de manière étanche en « pays utilisateurs » et « pays source », étant donné que le rôle de chaque pays varie selon la transaction APA effectuée. Tous les pays peuvent être des pays source de ressources génétiques. Si l'utilisateur opère dans un autre pays que le pays source (comme évoqué au chapitre 3), on considère qu'il s'agit du pays utilisateur de cette transaction, quel que soit son niveau de développement. À cet égard, tous les pays source sont confrontés au même problème : les lois du pays utilisateur n'imposent pas à l'utilisateur de respecter les règles APA du pays source lorsqu'ils exploitent leurs ressources génétiques. Enfin, tous les pays doivent adopter des mesures visant les utilisateurs en vertu de l'Article 15.7 de la CDB, et tous les pays profiteront de leur adoption et de leur mise en œuvre.

Comme indiqué au chapitre 3, l'absence de mesures régissant les utilisateurs de *ressources génétiques* une fois qu'ils ont quitté le pays source entrave gravement la fonctionnalité de l'APA. Il ne s'agit certainement pas du seul obstacle à un régime APA fonctionnel, mais même si les autres obstacles étaient levés, l'absence de mesures réciproques empêcherait le système de fonctionner.

Cette absence de mesures d'utilisation dans les pays qui comptent le plus grand nombre et la plus grande diversité d'utilisateurs[223] s'explique facilement. Le concept APA est « diffus », en raison de l'insécurité et du flou juridique qui l'entourent. La plupart des pays qui comptent un grand nombre d'utilisateurs possèdent des systèmes juridiques dont la fonctionnalité est subordonnée à une interprétation rigoureuse et les lois doivent se baser sur un cadre logique et cohérent au niveau national. Si une loi ne remplit pas ces critères, les constitutions nationales, lois organiques, pratiques judiciaires et obligations seront considérées comme « inapplicables ». Dans un tel cas, il sera impossible juridiquement de prendre des mesures et de les faire appliquer en vertu de cette loi.

Lors de l'élaboration de la CDB, on a jugé que la législation régissant les modalités d'application dans chaque pays permettrait de résoudre les ambiguïtés de la Convention au niveau national et que les décisions nationales finiraient par former un ensemble donnant lieu à un « régime international ».[224] Cependant, plusieurs facteurs ont empêché ce processus de développement.[225] À ce jour, aucune analyse cohérente et rigoureuse n'est considérée comme une base suffisante pour l'adoption de mesures applicables à l'utilisateur.

Même si des négociations sur le régime international sont en cours, il est difficile de déterminer si elles aboutiront à une série de résultats concrets (un instrument international parfois appelé « interprétations convenues ») ou uniquement à des politiques supplémentaires et obligations nationales en matière d'APA. Quoi qu'il en soit, chaque pays devra créer un fondement analytique à l'appui de l'élaboration de mesures nationales d'utilisateur qui serviront de base à un système APA fonctionnel. Comme indiqué aux sections 2.7.4 et 3.5 ci-dessus, il existe plusieurs moyens d'y parvenir ; cependant, les réflexions actuelles portent davantage sur des obligations juridiques que sur des mesures incitatives. Le présent chapitre procède à l'examen des principaux éléments à partir du modèle actuel et ses ambiguïtés, et fournit une analyse juridique crédible qui pourrait servir de base à l'élaboration d'une législation nationale et autres pratiques afin que les pays s'acquittent de leurs responsabilités à l'égard des utilisateurs sous leur juridiction.

Le présent chapitre vise l'application de l'Article 15.7 :

> *Chaque Partie contractante prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées, conformément aux Articles 16 et 19 et, le cas échéant, par le biais du mécanisme de financement créé en vertu des Articles 20 et 21, pour assurer le partage juste et équitable*

223 Il s'agit des États-Unis, du Japon, des pays d'Europe occidentale, de l'Inde et de l'Australie.

224 Cf. Hendrickx *et al.*, 1993 ; et Glowka, 1998, l'affirme implicitement.

225 Évoqué in Young, 2006b, 17.

des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie contractante qui fournit ces ressources. Ce partage s'effectue selon des modalités mutuellement convenues.

Le libellé de cet article présente des ambiguïtés et se prête à diverses interprétations. Celles-ci découlent de trois grands concepts non différentiés :

- Le concept de « ressources génétiques », qui définit la portée générale de l'APA,
- « L'utilisation des ressources génétiques », qui confère à l'APA toute sa pertinence, et
- « Le partage des avantages » qui découle de cette utilisation. C'est ce qui déclenche l'obligation de partage des avantages de cet article.

Même si le terme « ressources génétiques » existait avant la CDB, il n'avait pas été employé pour décrire un intérêt ou un bien reconnu juridiquement et pouvant être assorti de droits exclusifs ou non exclusifs. Par conséquent, pour élaborer des mesures juridiques APA, il est indispensable d'éclaircir ces trois concepts afin d'obtenir une base juridique pour leur application et de prendre en compte les aspects pratiques pour s'assurer que le concept APA est juridiquement applicable. Sur la base de cette analyse, le chapitre expose la dimension juridique du système fonctionnel de partage des avantages, c'est-à-dire, le déclenchement du système et son fonctionnement.

L'interprétation et l'application de l'Article 15.7 (par l'utilisateur et le fournisseur) posent trois questions principales : *qu'entend-on par « ressources génétiques » ? Quelles sont les activités couvertes par « l'utilisation des ressources génétiques » aux fins de l'APA ? Et quand les « avantages découlent-ils » de l'utilisation des ressources génétiques ?*

Ces questions sont jusqu'à présent restées en suspens dans les lois/politiques ou littérature spécialisée. Elles doivent désormais former un cadre qui puisse être appliqué de manière cohérente dans toutes les situations juridiques pertinentes donnant lieu à des résultats prévisibles ou reproductibles.[226] Le régime APA ne peut pas fonctionner si les entreprises utilisatrices, les pays source, chercheurs ou autres fournisseurs n'ont pas suffisamment de « sécurité juridique » concernant la nature et la valeur des droits et contrats APA. Les sections ci-dessous apportent des réponses à ces questions par le biais d'une analyse et interprétation juridiques.[227]

---

[226] Consulter Tvedt, 2006, pour un autre débat sur les concepts de « ressources génétiques » et « utilisation des ressources génétiques ».

[227] Même lorsque des instruments juridiques internationaux ont été élaborés soigneusement, il demeure souvent nécessaire de procéder à une interprétation juridique pour étudier la terminologie, le contenu et le butintention de l'instrument pour comprendre précisément le sens et l'intention d'une disposition donnée. Dans cette démarche, les auteurs ont entrepris une analyse conforme aux règles promulguées par la Convention de Vienne sur le droit des Traités, 1969, relatifs à l'interprétation des instruments internationaux juridiquement contraignants, lorsque des incertitudes ou zones d'ombre subsistent, ou lorsque le traité doit s'appliquer à une situation sur laquelle le texte ne se prononce pas. Afin de s'assurer que le document est accessible et compréhensible pour le public ciblé, nous avons synthétisé notre analyse juridique, à paraître dans une publication juridique. Pour l'heure, la présente note de bas de page énonce les huit éléments d'interprétation de ladite Convention, dans l'ordre de leur effet juridique :

(i) Application directe du texte de la Convention (art. 31, paragraphes 1 et 2 de la Convention de Vienne).

(ii) Application directe des autres documents faisant partie du traité, tel que dans le cadre de la présente analyse, le Protocole de Cartagène et autres annexes à la CDB (cf. art. 31, paragraphes 2 et 3 de la Convention de Vienne).

(iii) Application directe d'autres instruments conclus entre les parties « par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » (art 31.3(b) de la Convention de Vienne). Ces « interprétations convenues » n'ont pas encore été utilisées dans la CDB, où les décisions de la COP ne sont pas excutées par des plénipotentiaires nationaux.

(iv) toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du Traité (art. 31.3 (b) de la Convention de Vienne). Dans le contexte de la CDB, cette catégorie décrit les « décisions de la COP».

(v) Droit international coutumier (dont il est fait mention dans une référence générale de la Convention de Vienne à l'article. 31, paragraphe 3, et défini par les statuts de la cour internationale de justice à l'article 38.1(b)).

(vi) Informations qui émanent de l'étude des « travaux préparatoires et circonstances dans lesquelles le traité a été conclu » (article 32 de la Convention de Vienne).

(vii) Analyse plus large des objectifs ou intention de l'instrument (autorisée par l'article 32 de la Convention de Vienne).

(viii) Il peut être fait appel à des informations actuelles pour déterminer le sens en fonction de l'intention des Parties (art. 32 de la Convention de Vienne).

L'ordre à suivre est clairement fixé par l'article 32 de la Convention de Vienne. Si l'interprétation qui résulte de la première méthode (analyse linguistique) est claire et répond à toutes les questions juridiques importantes, les étapes suivantes ne sont pas utiles. Comme indiqué ci-dessous, elles peuvent être néanmoins utilisées pour confirmer le sens de l'interprétation.

4.1 Politiques de base relatives aux avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques

4.1.1 Nature des « ressources génétiques »

Le cadre APA tel qu'envisagé par la CDB est clairement lié à un concept essentiel : la notion de « ressources génétiques », en tant que matériel ou intérêt pouvant être possédé (exclusivement ou non), contrôlé, transféré, ou soumis à d'autres droits et contrôles.

À cet égard, l'un des enjeux clé concerne le sens juridique du terme « *ressources génétiques* » et comment dans la pratique, celles-ci sont traitées entre les utilisateurs et autres. Le terme s'est propagé depuis son emploi dans la CDB, et apparaît dans un grand nombre de discussions et documents internationaux[228] et lois nationales. Cependant, ce terme est toujours dépourvu d'une définition claire ou de la base réglementaire nécessaire à la législation de mise en œuvre. La question « qu'entend-on par ressources génétiques ? » peut susciter toute une série de réponses. Aucun de ces emplois n'a pour l'instant permis de préciser le sens de ce terme qui est souvent utilisé de manière aléatoire.

Il convient de souligner le rapport qui existe entre les « ressources génétiques » et l'évolution permanente des connaissances scientifiques. Le matériel génétique est matériellement lié à une source physique identifiable dont il provient (un spécimen biologique d'origine végétale, animale, microbienne ou autre). Il s'agit d'une différence majeure par rapport à d'autres propriétés intellectuelles, qui peuvent être protégées car elles proviennent d'une source intellectuelle (innovation humaine). Grâce aux progrès technologiques, il est de moins en moins nécessaire de conserver un lien avec la source physique lors de l'utilisation des ressources génétiques. Des innovations basées sur la recherche génétique et biochimique ont été créées par des personnes qui n'ont jamais eu accès aux matières physiques, mais uniquement aux informations portant sur leurs caractéristiques génétiques et/ou biochimiques, par le biais de la numérisation. Les nanotechnologies, appliquées au contexte de l'utilisation génétique, permettront d'accroître les différentes façons d'utiliser les ressources génétiques et de réduire davantage la dépendance aux échantillons physiques.

En général, l'analyse d'un terme juridique commence par sa définition,[229] et lorsque celle-ci n'est pas claire, on a recours à d'autres méthodes d'interprétation.[230] Pour comprendre le terme « ressources génétiques », il convient d'examiner trois définitions interconnectées dans la CDB :

- Les « ressources biologiques » comprennent les ressources génétiques, leurs organismes ou éléments, les populations, ou tout autre élément biotique des écosystèmes ayant une utilisation ou une valeur effective ou potentielle pour l'humanité.

- On entend par « ressources génétiques » le matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle.

- On entend par « matériel génétique » le matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité.[231]

---

228 Cf. exemple : le comité intergouvernemental sur les ressources génétiques, le Savoir Traditionnel et le Folklore (ICG), les réunions du Comité permanent sur le droit des brevets de l'OMPI (SCP), la FAO et le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPAA), et le Conseil de l'ADPIC de l'OMC. Ces quatre processus ont en général tenté d'utiliser (et donc attendu) les définitions et concepts de la CDB. Les débats du processus consultatif intergouvernemental des Nations Unies sur les océans et le droit de la mer (UNICPOLOS) constituent un cinquième processus international axé sur les ressources génétiques marines. Dans ce processus, cependant, le sens et la terminologie de la CDB n'ont pas été utilisés, de sorte que les débats sur les « ressources génétiques marines » ont porté sur la limitation de prélèvement d'échantillons, qui relève davantage de l'utilisation durable plutôt que de la problématique APA et du troisième objectif de la CDB. Cf. rapport de la 8ème réunion à l'adresse suivante : http://www.iisd.ca/vol25/enb2543e.html.

229 Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens attribué aux termes du traité dans leur contexte habituel et à la lumière de son objet et de son but. Article 31.1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969. Lorsqu'un terme n'est pas défini dans un traité, il est entendu dans son sens habituel, ce qui peut poser problème si le texte est traduit dans différentes langues.

230 Article 31.4 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, stipule que : « un terme sera entendu dans un sens particulier s'il est établi que telle était l'intention des parties ».

231 Article 2 de la CDB (les définitions ne sont pas numérotées mais sont classées par ordre alphabétique dans chaque version. Par conséquent, l'ordre varie selon les versions officielles).

Beaucoup sont convenus que l'examen de l'ensemble de ces définitions ne permet pas de déterminer précisément quelles ressources sont des « ressources génétiques ». Cependant, il ressort clairement de la mise en contexte de la CDB et d'une analyse historique de ses négociations que l'Article 15 devait s'appliquer uniquement aux « ressources génétiques » et que les Parties ont considéré qu'elles étaient distinctes d'autres ressources biologiques obtenues et utilisées en masse. Par conséquent, pour bien comprendre ce terme il faut pouvoir en saisir ses limites positives et négatives en vertu de l'Article 15.

L'analyse sémantique de ces trois définitions montre que la différence entre les « ressources génétiques » et la catégorie plus large de « ressources biologiques » repose sur deux caractéristiques distinctes : le matériel doit « contenir des unités fonctionnelles de l'hérédité » et doit avoir une « valeur effective ou potentielle ». Ces deux concepts fondamentaux permettent de déterminer d'un point de vue théorique le sens et la portée du terme « ressources génétiques ».

Ces deux termes présentent des difficultés. De nombreuses analyses non juridiques indiquent que la quasi-totalité du matériel d'origine biologique contient « des unités fonctionnelles de l'hérédité », et que sur la base des objectifs de la CDB, tout le matériel biologique présente une « valeur effective ou potentielle ». D'un point de vue juridique cependant, il est essentiel de pouvoir interpréter ces concepts, car ils fournissent d'importantes indications sur les intentions du négociateur concernant le rôle des ressources génétiques dans le cadre de la CDB. Ainsi, les limites des « ressources génétiques » nous renseigneront sur la portée de l'APA, et où ce concept se situe par rapport aux concepts « d'utilisation » et de partage des avantages » pour former le fondement juridique et analytique sur lequel reposera la mise en œuvre du système APA.

4.1.1.1 Concept d' « unités fonctionnelles de l'hérédité »

Le premier élément déterminant est que le matériel doit contenir des *unités fonctionnelles de l'hérédité*, qui, bien que problématique, fournit un indicateur juridique important de la nature des « ressources génétiques ». Il s'agit du lien intégral entre le concept de ressources génétiques et les propriétés spéciales visées à l'Article 15.

Le terme « unités fonctionnelles de l'hérédité » n'est pas défini par la CDB et témoigne de la complexité de tout document juridique qui emploie des termes techniques puisqu'ils posent les questions suivantes : comment ces termes sont-ils compris et par qui ? Lorsque le public visé par le document est composé de techniciens (experts techniques et responsables de la réglementation), le terme sera compris et appliqué dans son sens technique. Les réglementations feront référence à des textes scientifiques ou des statistiques particulières qui donneront une définition précise de l'élément et un référentiel de mesure.[232] Dans le cas contraire, cependant, l'emploi d'un terme technique peut poser problème car le sens peut différer selon le public.

Dans la CDB, l'expression « unités fonctionnelles de l'hérédité » a été retenue par des décideurs politiques et non par des scientifiques spécialistes en génétique. Par conséquent, elle n'a pas été scientifiquement définie à l'époque et semble avoir été interprétée différemment par les différents négociateurs. Cette interprétation peut avoir trois origines : définition technique, politique et élaboration de mesures juridiques.

Les experts techniques reconnaissent que les « unités fonctionnelles de l'hérédité » ne sont pas un concept scientifique classique. Lorsqu'ils tentent d'appliquer ce concept, ils considèrent qu'il se réfère à l'ADN ou à l'ARN.[233] Selon cette définition, de

---

232 L'élaboration de normes scientifiques et techniques devant être appliquées à tous les pays pose fréquemment des problèmes lors de négociations techniques internationales. Lorsque la communauté internationale s'efforce de créer une définition ou un concept scientifique unique devant s'appliquer à différentes régions ou relations internationales, il faut s'attacher à répondre aux besoins de la communauté scientifique qui appliquera les normes, les gouvernements chargés de les adopter, et les communautés régies par ces normes (industrie et secteur privé). Le Protocole de Carthagène sur la biosécurité est un exemple de négociations techniques longues et laborieuses, et sa mise en œuvre a créé des enjeux supplémentaires.

233 Les travaux de Watson, J., 1987, Molecular Biology of the Gene (biologie moléculaire du gène), The Benjamin/Cummings Publishing Company (4ème édition), sont une référence en la matière. Seizo Sumida, par exemple, observe qu'ils demeurent le seul avis scientifique à ce jour : « en tant que biochimiste, je suis persuadé que les unités fonctionnelles de l'hérédité sont l'ADN et l'ARN, et non les protéines, si la biologie moléculaire n'a pas changé la définition depuis l'époque où j'officiais en tant que chercheur ». (Communication personnelle, 9 mars 2007.)

nombreux produits biologiques (tels que les extraits d'huile), qui ne contiennent ni ADN ni ARN, ne constituent pas des « matières génétiques ».

Récemment, un projet médiatisé, qui consistait à cartographier le génome humain complet, a été achevé. Ce projet a fourni des résultats inespérés qui ont conduit certains commentateurs scientifiques à suggérer que l'ADN et l'ARN ne sont pas tant l'élément de base de l'hérédité qu'une base de données biomoléculaires où l'information biologique concernant l'entité est stockée.[234] Selon ces scientifiques, il existe un principe selon lequel des protéines reproductives remplissent une grande partie du rôle traditionnellement attribué à l'ADN et ARN. Il est difficile de parvenir à une définition scientifique de l'expression « unités fonctionnelles de l'hérédité » car la Convention évite l'emploi des termes *gène* ou *molécule ADN* ou autre terme plus précis, probablement pour conférer le plus de souplesse possible à l'Article 15 et couvrir les évolutions sur les techniques de pointe de l'utilisation du matériel génétique.

Malheureusement, même si une définition scientifique était convenue, elle ne permettrait pas à elle seule de résoudre cette question. L'APA n'est pas un système technique ou de micro ingénierie, mais un système juridique et commercial. Les politiques et lois APA définissent les droits et devoirs du gouvernement quant au contrôle de l'utilisation des ressources géné-tiques et du partage des avantages. Par conséquent, étant donné la diversité des concepts, les interprétations du terme sont nombreuses. Ces conceptualisations se centrent souvent sur la croyance profane que les « unités fonctionnelles de l'hérédité » font référence à tout élément biologique constitutif qui donne à une espèce, sous-espèce ou variété donnée ses caractéristiques physiques/biochimiques uniques.[235] Ainsi, de nombreux participants aux réflexions APA considèrent que les « ressources génétiques » comprennent également l'ADN, l'ARN, les protéines, les propriétés chimiques et autres facteurs. Étant donné que les ressources ou le matériel génétique doit « contenir » des unités fonctionnelles de l'hérédité et que cette hérédité définit les différences entre espèces/variétés, ils considèrent que l'APA s'applique à chaque caractéristique unique de toutes les espèces ou variétés. Les réflexions qui portent sur ce sujet envisagent les caractéristiques génétiques et biochimiques dans leur sens large.[236]

4.1.1.2 Concept de « valeur réelle ou potentielle »

Le concept de *valeur réelle ou potentielle* est tout aussi important pour déterminer la portée escomptée des « ressources génétiques ». Ce terme confère un aspect supplémentaire commercial ou de développement dans l'établissement de la portée de l'APA. Ce concept explique que l'Article 15 ne couvre que les ressources génétiques plutôt que l'ensemble des ressources biologiques. Il suggère que l'APA ne s'applique qu'aux ressources auxquelles on accorde une *valeur en raison de leurs caractéristiques génétiques* (et non au matériel biologique utilisé en masse dans l'alimentation, les matériaux de construction, etc.)

Cette conclusion est une extrapolation de l'intention des rédacteurs. La définition des ressources génétiques souligne la « valeur », réelle ou potentielle, inhérente au matériel génétique. Cette valeur est liée aux caractéristiques propres et aux éléments génétiques constitutifs des espèces. Ces termes ont été ajoutés à la Convention afin de reconnaître cette valeur qui, sous l'influence des nouvelles technologies, devient plus réelle que théorique. De même, le concept général de l'APA qui vise le partage du produit de ces technologies aux fins de la répartition équitable et de la conservation est largement axé sur la valeur. Par conséquent, la définition des ressources génétiques semble acquérir une valeur nouvelle qui se manifeste lorsque l'on exploite les *unités fonctionnelles de l'hérédité* lors de l'utilisation du matériel d'origine biologique.

4.1.1.3 Les « ressources génétiques » dans les instruments nationaux et internationaux

Avant d'entériner cette définition de « ressources génétiques », il est nécessaire d'examiner brièvement

---

234 La cartographie génique a donné lieu à moins de combinaisons qu'escompté, laissant entendre que l'ADN n'était peut être pas l'élément de base de la vie mais qu'il stocke les informations cellulaires d'un spécimen. Commoner, 2002.

235 Ou dans les cas extrêmes, un spécimen présentant des caractéristiques extraordinaires, un cheval de course vainqueur ou autre sélection animale digne d'intérêt.

236 Il convient de noter par exemple, le « African Model Act » (loi-type africaine), qui appliquerait les critères de partage des avantages à toutes les utilisations de ressources biologiques.

les emplois officiels antérieurs et ultérieurs de ce terme.[237] Après une étude approfondie et détaillée de cette question,[238] on observe que seul un petit nombre d'instruments s'y rapportent directement et qu'ils n'ont pas d'incidence sur notre analyse. Les informations ci-dessous ont pour objectif d'apporter des éclaircissements et des réponses aux questions les plus fréquentes.

Instruments internationaux : même s'ils ne constituent pas la base juridique sur laquelle reposerait la CDB (car ils ne comptent pas les mêmes Parties), l'Engagement international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture[239] (qui existait avant la CDB), et le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture,[240] qui l'a remplacé (plusieurs années après l'adoption de la CDB) sont considérés comme des instruments importants car ils abordent les questions visées à l'Article 15. Plus concrètement, ces deux instruments emploient et mettent en avant l'expression « ressources phytogénétiques ». Cependant, celle-ci est utilisée de manière générique, à peu près comme le terme « diversité biologique » dans la CDB.[241] Le principal changement effectué par le Traité lorsqu'il a remplacé l'Engagement, outre sa conversion en un instrument juridiquement contraignant, est qu'il a créé un système multilatéral (SM) régissant l'accès et l'utilisation de certaines « ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture », appartenant à des collections nationales ou internationales ou relevant du champ d'application du traité d'une quelconque autre manière. L'emploi de l'expression « utilisation de ressources phyto-génétiques » se réfère largement à l'accès aux semences végétales aux fins de la sélection végétale. La FAO a récemment entamé des travaux supplémentaires sur ce sujet, pour déterminer si des mesures spécialisées relatives aux ressources génétiques des animaux d'élevage étaient nécessaires.[242]

Dans les réflexions de l'OMPI, « ressources génétiques » est employé au sens de la CDB, et il n'existe pas de définition particulière approuvée ou acceptée par l'OMPI. Le droit international des brevets n'utilise jamais le terme de « ressources génétiques ». Lorsque des gènes, cellules ou éléments biochimiques sont protégés par un brevet, ils sont désignés autrement.

Instruments nationaux et régionaux : contrairement à ce qui s'est passé réellement, les négociateurs de la CDB s'attendaient à ce que les questions essentielles, notamment la définition des concepts fondamentaux de l'APA, fassent l'objet de législations nationales régissant les modalités d'application[243] qui formeraient peu à peu un ensemble d'instruments reliés et interfonctionnels.

---

237 L'article 31.3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités énonce des règles générales d'interprétation telles que :

3. Il sera tenu compte, en même temps que du contexte :

(a) De tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ;

(b) De toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité ;

(c) De toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties.

238 Outre les instruments énoncés dans cette section, nous avons passé en revue toutes les lois nationales et instruments régionaux contenus dans la base de données APA du Centre d'échange au 1er septembre 2006, ainsi que les résultats et délibérations des processus ultérieurs à la CDB sur les questions de ressources génétiques de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (en particulier par le biais du Comité intergouvernemental sur les ressources génétiques, le Savoir Traditionnel et le Folklore) et de l'Organisation mondiale du commerce.

239 Engagement international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (1983), adopté dans la résolution 8/83 de la FAO. En tant qu'instrument juridiquement non contraignant, l'Engagement réunissait des Pays (appelés « adhérents ») et non des « Parties » qui devaient présenter des documents attestant qu'ils adhèreraient à l'Engagement.

240 Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (Rome, 2001). Le traité a été approuvé en vertu de l'article XIV de l'acte constitutif de la FAO.

241 L'expression « ressources génétiques » n'est pas employée dans l'Engagement de façon à pouvoir être appliquée à certains éléments ou catégories d'éléments pouvant être divisés ou exclus d'une manière ou d'une autre. En revanche, elle est au cœur du principal objectif de l'Engagement, à savoir de veiller à : identifier les ressources génétiques, en particulier celles qui sont « menacées d'extinction » (article 3 de l'Engagement, qui a inspiré l'Article 7 de la CDB), la conservation in-situ et ex-situ (article 4 de l'Engagement, qui a inspiré les Articles 8 et 9 de la CDB), le renforcement des capacités (article 6 de l'Engagement, sur le renforcement des capacités, le transfert de technologie, l'assistance technique et financière internationale, qui a inspiré les Articles 12, 13, 17 et 18 de la CDB); et la création de réseaux et le partage des données (article 7 de l'Engagement, qui a inspiré l'Article 17 de la CDB et le Centre d'échange). Les dispositions de l'Engagement en matière d'accès ne s'appliquent pas aux « ressources génétiques », mais uniquement aux échantillons de certaines variétés, et réclament qu'ils soient fournis « gratuitement sous réserve de réciprocité, ou à des conditions approuvées d'un commun accord » (article 5 de l'Engagement). Il s'agit des obligations de base au titre du traité international, complétées par les dispositions sur le système multilatéral. Les nombreux points communs entre le concept des « ressources phytogénétiques » dans le TI et celui de la « biodiversité » dans la CDB sont évoqués in Young, 2006b.

242 Hiemstra *et al.*, 2006 et Tvedt *et al.*, 2007.

243 Cf. Glowka *et al.* ; Hendrickx *et al.*, 1993. Les pratiques étatiques sont un important élément du droit coutumier. Statut de la Cour internationale de justice, article 38.1 b.

C'est là une façon habituelle de développer le droit international. Si toutes les Parties contractantes avaient adopté une législation de mise en œuvre de l'APA précisant les concepts de ressources génétiques dans leur propre pays, l'ensemble des informations qui en auraient résulté auraient pu être au final utilisé pour créer un accord international en la matière, servant ainsi de base à l'ensemble du système. Une analyse collective de ces pratiques aurait pu permettre d'éclaircir les dispositions de la CDB dont la formulation est vague ou ambiguë.[244]

D'autres auteurs ont procédé à un examen détaillé.[245] Cependant, les efforts législatifs nationaux n'ont pas permis de préciser ou clarifier l'emploi de ce terme. En général, les définitions nationales ont adopté l'une de ces deux approches, soit en omettant l'ensemble du concept de « ressources génétiques » et en élaborant des mesures juridiques sur la base d'autres concepts[246], soit en paraphrasant les définitions de la CDB, sans résoudre les questions de mise en œuvre par des formulations ou interprétations nouvelles.[247] Quelques pays ont conjugué ces approches, en utilisant un terme différent, mais en conservant sa définition sur le fond.[248] Deux exemples notoires sont les réglementations et lois du Costa Rica sur la biodiversité, qui régissent à la fois les « ressources génétiques » et les « ressources biochimiques »,[249] et la loi provisoire n°2 brésilienne, qui utilise le terme « patrimoine génétique » avec pour définition « informations d'origine génétique, contenues dans des échantillons ».[250] Même si ces deux approches présentent un intérêt, elles n'offrent pas suffisamment de précision pour permettre l'interprétation ou l'application de ce concept. Par conséquent, les pratiques étatiques n'apportent rien de capital au rôle fonctionnel des ressources génétiques dans l'APA sur la base d'analyses.

4.1.1.4 Synthèse : ressources biologiques contre ressources génétiques

La conclusion que l'on peut tirer sur cette définition de base des « *ressources génétiques* » doit être intégrée dans le contexte plus large de la CDB, où le terme n'apparaît que dans quelques dispositions clé et est énoncé spécifiquement dans le troisième objectif.[251] Le reste de la Convention aborde un large éventail de questions sous le terme général de « ressources biologiques ». Sur la base de son emploi dans le texte, le terme « ressources génétiques » semble avoir été inventé et défini dans le seul but d'apporter clarté et fonctionnalité aux dispositions relatives au partage des avantages dans le système APA. Sous cet angle, le terme sert uniquement à délimiter les obligations APA.

---

244 Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969, article 31.3 (b).

245 Cf. par exemple Cabrera Medaglia et López Silva, 2007, premier ouvrage de la Série.

246 Par exemple, la proposition des États-Unis sur le partage des avantages concernant les parcs nationaux s'appliquerait aux « projets de recherche impliquant des spécimens de recherche prélevés auprès des services du NPS qui ont ultérieurement abouti à des découvertes ou inventions utiles présentant des applications commerciales lucratives ». NPS des États-Unis, 2006, projet EIS, en tant qu'alternative. Le droit du Malawi ne s'applique qu'aux « germplasmes végétaux », une catégorie très restreinte, qui semble entièrement « physique » (par opposition à « factuelle »). (MALAWI : « Environmental Management Act » (loi sur la gestion environnementale), art. 36). En revanche, la « African Model Act » (loi type africaine), appliquerait des concepts en matière de partage des avantages à toutes les ressources biologiques. La législation type de l'Union africaine pour la protection des droits des communautés locales, agriculteurs et éleveurs, et pour la réglementation de l'accès aux ressources biologiques (officiellement approuvée par tous les États Membres de l'Union africaine, mais à la date de la rédaction de cet ouvrage, aucun ne l'a encore adopté en totalité ou en partie). Une version plus contrôlée de cette approche figure dans les discussions « BioTrade » et l'avant-projet de lignes directrices, principalement axées sur l'implication des « ingrédients naturels » ou « ressources biologiques ».

247 Une grande majorité de mesures juridiques contenues dans la base de données de l'APA suivent cette approche.

248 Par exemple, la législation type de l'Union africaine pour la protection des droits des communautés locales, agriculteurs et éleveurs, et pour la réglementation de l'accès aux ressources biologiques appliquerait l'APA à toutes les « ressources biologiques ». Le Bhutan opte pour définir les ressources génétiques indirectement, c'est-à-dire en déterminant parmi les ressources biologiques celles qui ne sont pas des ressources génétiques : « la présente loi ne s'applique pas […] lorsque le matériel biologique est considéré comme un produit de base destiné à être utilisé ou consommé directement tel que déterminé par l'autorité compétente, sur la base des processus et usages finals des ressources génétiques, conformément aux dispositions de la loi ». Article 4.a de la « Biodiversity Act of Bhutan » (loi sur la biodiversité du Bhutan). Le projet de loi de la Norvège évite l'expression « ressources génétiques » en évoquant uniquement le « matériel génétique ».

249 COSTA RICA : Normas Generales para el Acceso, art. 1, et passim.

250 La définition dans son intégralité est la suivante : « information d'origine génétique, contenue dans les échantillons d'une partie ou de la totalité d'une espèce végétale, fongique, microbienne ou animale, sous la forme de molécules et substances créées dans le métabolisme de ces espèces vivantes, et dans des extraits prélevés dans des conditions in-situ, notamment apprivoisés, ou conservées dans des collections ex-situ, si elles ont été prélevées dans des conditions in-situ, sur le territoire brésilien, ou sur le plateau continental ou dans la zone économique exclusive ». BRÉSIL : « Provisional Act N°2 » (186-16, 23 août 2001), art. 7 (traduction vers l'anglais fournie par le Brésil à la CDB). Le reste de la loi évoque les « ressources génétiques » en tant que matériel physique.

251 Articles 15, 16 et 19.2, ainsi qu'une référence à l'article 9(b). Il existe peut-être une référence implicite aux ressources génétiques à l'article 17.2 sur le rapatriement des informations. Autrement, le terme n'apparaît que dans le troisième objectif (article 1) ainsi que dans la définition des ressources génétiques et dans des conditions in-situ.

À cette fin, la définition de « ressources génétiques » peut être clairement expliquée. Étant donné que les unités fonctionnelles de l'hérédité sont les caractéristiques qui définissent les ressources génétiques, l'interprétation juridique doit rendre compte de l'intérêt que présente l'aspect héréditaire du matériel, au-delà des propriétés biologiques des organismes desquels elles proviennent. Cela met également en lumière la différence entre les ressources génétiques et les ressources biologiques. Les « ressources biologiques » sont composées de nombreux spécimens, dont beaucoup peuvent être possédés ou utilisés à titre individuel. En revanche, les « ressources génétiques » désignent le matériel présent dans toutes les espèces mais qui, dans ce système seront considérées comme un seul produit de base jetable sous le contrôle souverain de chaque pays source. La deuxième interprétation que l'on peut en tirer est que les ressources génétiques sont liées à certaines actions et intentions qui exploitent ou créent une valeur « réelle ou potentielle » à partir des « unités fonctionnelles de l'hérédité ». Cependant, d'un point de vue opérationnel, d'autres concepts clé (évoqués aux sections 4.2.2 et 4.2.3 plus bas) figurent plus concrètement à l'Article 15 pour déterminer clairement les situations qui nécessitent ou non des mesures APA. Le rôle des « ressources génétiques » est d'identifier le champ d'application de l'ensemble du système pour déterminer quelles actions et situations doivent être prévues dans le cadre APA. S'agissant d'appliquer les principes APA, il n'est pas nécessaire (ou possible) de distinguer spécifiquement une « ressource génétique » d'une « ressource biologique ».

4.1.2 Nature des activités qui constituent une « utilisation des ressources génétiques »

Le deuxième élément qui sous-tend l'obligation de partage des avantages est « l'utilisation des ressources génétiques ». Dans le cadre de la Convention, « l'utilisation » sert de lien entre la portée des ressources génétiques et le résultat : le « partage des avantages ».[252] Chaque fois qu'il est fait mention du partage des avantages dans la Convention, l'accent est mis sur l'*utilisation* (plutôt que sur l'*accès* ou l'*exportation*) du matériel. Par conséquent, le deuxième élément qui sous-tend le cadre du partage des avantages est le concept « d'utilisation des ressources génétiques ». Bien qu'il s'agisse principalement d'un outil d'application fonctionnel (évoqué à la section4.3), il convient d'en analyser brièvement le concept.

4.1.2.1 Élément sous-jacent

Si l'on analyse plus en détail l'Article 15.7 sous un angle juridique, l'élément central est, non pas les « ressources génétiques » en tant que telles, mais bien leur utilisation. En effet, l'utilisation crée la valeur, conformément aux Articles premier et 15 (avant de pouvoir partager la valeur, celle-ci doit être créée). Les législations existantes et les réflexions internationales APA ont rarement porté sur la création de la valeur. Elles visent davantage les confusions et obstacles à la définition de « ressources génétiques. » Cependant, une définition fonctionnelle de « l'utilisation des ressources génétiques » est potentiellement plus facile à créer, et entraîne un concept pratique applicable basé sur des critères pouvant être vérifiés de l'extérieur. En résumé, il est plus aisé de reconnaître qu'une activité consiste à « utiliser des ressources génétiques » plutôt que de deviner si une ressource est « génétique » ou « biologique ».

4.1.2.2 Définition d'« utilisation des ressources génétiques »

La CDB ne fournit pas de définition ou d'explication quant au sens *d'utilisation des ressources génétiques*, sauf dans l'Article 15.7 qui stipule que l'*utilisation* comprend les activités « commerciales et autres ».[253] Les rédacteurs ont dû considérer que le terme « utilisation » était suffisamment clair et n'appelait pas de définition spécialisée. Cependant, « l'utilisation des ressources génétiques » est une notion spécialisée. Seule la façon dont une ressource est utilisée peut fournir les moyens externes de déterminer si une ressource est une « ressource génétique » ou autre matériel biologique.[254]

---

252 Cf. art. 1 de la CDB (« avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques »); Art. 15.7 de la CDB (« résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques ») ; art. 16.3 (« utilisant ces ressources ») et 19.2 de la CDB (« découlant des biotechnologies fondées sur les ressources génétiques »).

253 Les efforts visant à distinguer la recherche non commerciale de « l'utilisation des ressources génétiques » (cf. exemple, Fernandez-Ugalde, 2005) devraient prendre en compte cette clause qui suggère qu'à l'origine la recherche était considérée comme une « utiliation des ressources génétiques ».

254 Si l'utilisation de ressources génétiques comprend toute activité qui fait appel à un spécimen contenant ou issu d'un matériel biologique contenant de l'ADN, utiliser un mouchoir en coton pourrait répondre à ces critères. De toute évidence, le sens de l'utilisation des ressources génétiques est ailleurs.

Si le sens particulier « d'utilisation des ressources génétiques » est précisé, il peut permettre d'ancrer le concept de ressources génétiques. Celles-ci ne sont pas simplement les informations biologiques encodées des espèces (ni le matériel cellulaire contenant ces informations), elles sont également liées à l'utilisation ou la réalisation de la valeur des unités fonctionnelles de l'hérédité de ce matériel.

Pour mieux comprendre cette définition, il peut être utile d'examiner des facteurs pratiques. Par exemple, l'une des difficultés que présente le concept de « ressources génétiques » est de déterminer les catégories de ressources qui ne sont pas couvertes par l'APA. Au lieu de se demander « *quelles ressources sont des ressources génétiques* », on serait tenté de se demander « *quelles ressources biologiques* ***ne*** *sont* ***pas*** *des ressources génétiques* ? » Malheureusement, aucune réponse n'a été apportée à cette seconde question.

En mettant l'accent sur l'utilisation, cependant, il devrait être possible de répondre à une question plus pertinente encore : définir « l'utilisation des ressources génétiques » en identifiant les activités qui correspondent ou non à ce concept. De nombreuses activités semblent en être exclues. Par exemple, la récolte, l'usinage et la vente de produits du bois impliquent l'exploitation de l'arbre en tant que ressource *biologique*, mais probablement pas de ses ressources *génétiques*.

On peut également dresser une liste des activités qui *relèvent* de manière incontestablement de ce concept. La création d'un nouvel organisme vivant modifié en injectant une recombinaison de l'ADN (ADNr) depuis un organisme donateur vers cet organisme récipiendaire est un exemple clair d'utilisation des ressources génétiques. La synthèse de l'ADN provenant d'une source biologique à l'état sauvage s'inscrit également dans le genre d'activités qui utilisent les informations immatérielles de cette source biologique.

Même si entre les deux, un grand nombre d'activités doivent être examinées de plus près, cette approche peut être utile pour déterminer quand l'APA s'applique. Contrairement à la distinction entre *ressource génétique* et *ressource biologique*, l'utilisation est plus facile à observer et à déterminer dans la pratique, à l'aide d'un critère rationnel objectif, plutôt que de se fier aux capacités de chacun de discerner les intentions du collecteur ou du titulaire du matériel biologique avant que celui-ci n'ait été utilisé ou consommé.

4.1.2.3 Valeur du concept

Plusieurs commentateurs considèrent que *l'utilisation des ressources génétiques* est un trait d'union entre les « ressources génétiques » et les « avantages qui en découlent ». Ils ont porté principalement leur attention sur les « ressources génétiques » et les « avantages » en négligeant les éléments actifs, « l'utilisation » et « ce qui en découle ». Si l'on considère que dans le régime APA, les activités reposent sur « l'utilisation des ressources génétiques », l'APA pourra peut-être se détacher de questions sans rapport, telles que les mouvements internationaux des spécimens, et abandonner l'idée que les agents de réglementation trouvent à tout prix les échantillons ou éléments biologiques (et d'en déterminer l'utilisation escomptée). Ainsi, le système pourra s'attaquer au problème des utilisateurs qui exploitent des ressources génétiques obtenues sans procédures ou surveillance juridiques.[255] « L'utilisation des ressources génétiques » pourrait être envisagée sans avoir à pronostiquer l'avenir du spécimen, par exemple (ce matériel constitue-t-il des « ressources génétiques » ?) en se basant uniquement sur l'activité de l'utilisateur et déterminer si celle-ci s'inscrit dans le cadre de « l'utilisation des ressources génétiques ». On peut y répondre objectivement avec documents à l'appui.

Sur la base de cet argumentaire, il serait essentiel de définir et d'appliquer le concept « d'utilisation des ressources génétiques » comme un thème clé (voire « *central* » du système , plutôt que de s'efforcer à mettre en place un système de suivi de chaque spécimen et à déterminer à quel moment les spécimens biologiques normaux convertis en « ressources génétiques »

[255] Les problèmes fondamentaux relatifs à « l'intention » dans le concept des « ressources génétiques », tel qu'utilisée à l'heure actuelle, sont évoqués dans de nombreux ouvrages, notamment Cabrera Medaglia *et al.*, 2007 ; Young, 2006b. L'intention fait partie de toutes les définitions existantes de « ressources génétiques », et de l'usage de tout mot alternatif (« échantillons pour la recherche », « patrimoine génétique », etc.), à l'exception des systèmes qui n'en tiennent pas compte et appliquent l'APA à toutes les ressources biologiques (ce qui crée un problème supplémentaire, comme indiqué à la section 4.3.1, ci-dessous). Lorsque des contrôles sont effectués au niveau de l'accès, l'APA court le risque que la différence entre les ressources génétiques et les autres soit déterminée en fonction de l'intention du détenteur, une inconnue au moment de la collecte. Même au laboratoire, il peut y avoir une distinction entre « la recherche biologique » et la « recherche génétique » ; pourtant seul ce dernier est subordonné aux dispositions APA.

relèvent d'un suivi.[256] Une solution plus simple, axée sur l'utilisation des ressources génétiques, pourrait être appliquée si des mesures applicables à l'utilisateur efficaces étaient prévues dans le cadre du système APA.

4.1.3 Nature du « partage des avantages » découlant de l'utilisation des ressources génétiques

L'obligation de partage des avantages est axée sur les « avantages qui découlent de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques »,[257] qui doivent être partagés équitablement. Par conséquent, les « avantages qui en découlent » constituent le troisième pilier du système de partage des avantages. D'un point de vue conceptuel, la nature de « l'avantage » n'est pas suffisante à elle seule. Le système APA est spécifiquement axé sur les « avantages qui découlent de l'utilisation ». Ce concept a un double rôle dans la législation destinée aux utilisateurs. Il agit d'une part comme le seuil de déclenchement des obligations qui incombent à l'utilisateur (partage des avantages, résultats, etc.), et d'autre part, il permet dans une certaine mesure de déterminer la valeur et la nature de la chose partagée. Pour définir ce concept, il est nécessaire de se poser trois questions : dans ce contexte, *« qu'est-ce qu'un avantage ? Qui en bénéficie ? Quels avantages découlent de l'utilisation des ressources génétiques ?* »

4.1.3.1 Qu'entend-on par « avantages » aux fins de l'Article 15.7 ?

La CDB ne donne que trois orientations concernant les « avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques », mais elles sont essentielles à la formation du système APA, en précisant notamment que ce concept inclut les « avantages *commerciaux et autres* ».[258] En ajoutant la référence aux *résultats de la recherche et de la mise en valeur*, l'Article 15.7 confère aux avantages qui découlent de l'utilisation une portée très large et très complète.[259] Les Lignes directrices de Bonn soulignent également cette portée en joignant à l'annexe II une longue liste à titre d'exemple. Ce point est très important pour le système. En effet, parmi les avantages qui doivent faire l'objet d'un partage équitable, les avantages non commerciaux y figurent explicitement.

Lorsque l'on examine le caractère inclusif des « avantages », il faut garder à l'esprit un certain nombre d'aspects. D'abord, nombre de résultats de l'utilisation peuvent être hypothétiques, incomplets ou abstraits.

Deuxièmement, il n'est pas possible d'évaluer les « avantages qui en découlent » en se basant uniquement sur une perspective commerciale. De nombreux avantages n'ont pas de valeur commerciale mais contiennent des idées, données factuelles ou informations précieuses. Au sens de la CDB, il semble que les informations et les résultats de la recherche soient considérés à cette fin comme des *avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques*. Dans la plupart des cas cependant, l'utilisateur ne sera pas à même de quantifier ce type d'avantages, à savoir d'en déterminer la valeur financière et de verser un montant au pays source, comme ce serait le cas pour tout avantage financier.

Enfin, dans le cadre de l'utilisation commerciale des ressources génétiques, les obligations de partage des avantages sont subordonnées aux conditions énoncées dans le contrat APA (les conditions convenues d'un commun accord qui sont négociées au cours du processus de consentement mutuel en connaissance de cause). Les paiements sous forme monétaire et autre en application de l'obligation de partage des avantages peuvent intervenir à différents stades, voire avant la création d'avantages, étant donné que nombre d'utilisateurs et de pays source conviendront d'un système de paiements échelonnés, durant la période de recherche,

256 À la date de rédaction de cet ouvrage, la CDB a autorisé mais n'a pas encore reçu un examen plus avant du concept de « certification d'origine, source ou provenance légale des ressources génétiques » effectué par un « groupe d'experts ». Décision VIII-4 de la COP-CDB (UNEP/CBD/COP/8/4), Partie C, paragraphe 1. Le groupe n'a pas été chargé de parvenir à une conclusion au sujet de la certification, mais d'examiner les différentes possibilités et conséquences. Bien qu'il soit encore possible que la COP adopte tout simplement un formulaire de certificat sans l'associer directement à un type d'activité ou autre aspect du nouveau régime, il faut espérer que celui-ci sera élaboré de manière inhérente au régime, et répondra aux besoins du régime en termes de documentation (une fois entièrement développé).

257 L'Article 15.7 de la CDB engage au partage équitable « des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques ». Voir également l'Article premier, plus général (le troisième objectif de la CDB) qui repose également sur les « avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques »

258 Article 15.2, l'écriture en italiques n'est pas présente dans l'original.

259 Il semble inutile de tenter de distinguer les « résultats des recherches » des « avantages non commerciaux » étant donné qu'ils sont traités de la même façon au regard de l'Article 15.7.

plutôt que d'une part sur le long terme du produit, du processus ou de toute autre innovation mise au point. L'inconvénient est que la nature et la valeur de l'avantage qui découlera d'une utilisation particulière sont imprévisibles au moment du CPCC et des CCCA. D'un point de vue contractuel, ce problème peut être résolu de plusieurs façons, notamment par la mise en place d'un processus dynamique permettant de déterminer le montant final devant être versé au titre des obligations de partage des avantages.[260]

Le libellé de l'Article 15.7 suggère que le terme « avantage » doit être compris dans son sens large, comprenant toutes les données, innovations, produits, droits et biens ayant été créés ou mis au point en faisant appel à des ressources génétiques.

4.1.3.2 À qui appartiennent les avantages ?

L'obligation de partage des avantages est un concept large. Le partage juste et équitable s'applique à tous les avantages qui « découlent » de l'utilisation d'une ressource génétique particulière. Il n'est nullement stipulé que cette obligation est limitée aux personnes ayant conclu un contrat APA, mais comme s'appliquant à toutes celles qui ont tiré profit de l'utilisation des ressources génétiques. Il conviendrait donc d'établir des limites raisonnables. S'agissant de l'utilisation des ressources génétiques, il semble que certains avantages ne soient pas soumis à l'obligation de partage et que d'autres le soient clairement. Par exemple, les employés d'une entreprise, d'un institut de recherche ou détenteur de collections qui utilisent des ressources ne sont pas tenus de partager les gains perçus à titre individuel (salaire, etc.), même si ceux-ci sont directement liés au travail effectué à l'aide d'une ressource particulière. Prenons, à l'autre extrémité de la chaîne, l'exemple d'une entreprise qui a mis au point un nouveau produit pharmaceutique intégrant un matériel génétique tiré d'une espèce donnée. Dans ce cas, les informations et gains relatifs aux espèces et à leurs caractéristiques génétiques et biochimiques qui découlent de son activité procèdent de l'utilisation de ressources génétiques, relevant ainsi de l'Article 15.7.

Cet exemple suggère que les obligations de partage des avantages devraient être limitées aux *avantages directs* perçus par certaines catégories d'« utilisateurs » ou personnes ayant acquis les ressources génétiques d'une façon particulière. Cependant, avant d'adopter une telle définition, il est utile d'examiner l'expérience acquise par d'autres secteurs commerciaux. Dans certaines situations commerciales, il est nécessaire d'élaborer des lois détaillées pour empêcher les entreprises de contourner les obligations juridiques qui s'appliquent uniquement aux « utilisateurs directs », « propriétaires directs » ou « bénéficiaires directs » d'un type de contrat particulier ou tout autre accord juridique.[261] Ces entreprises peuvent transférer des biens, des données ou des droits à des entités ou à des individus contrôlés, ou prendre toute autre mesure qui transforme les avantages « directs » (soumis au partage des avantages) en avantages « indirects » (non partagés).

4.1.3.3 Quels avantages « découlent » de l'utilisation des ressources génétiques ?

Dans la pratique, il est avant tout difficile de déterminer le lien entre les avantages et les ressources génétiques. Ce lien fait toujours l'objet d'une controverse au niveau international, alors qu'aucune opinion majoritaire ne semble se dégager clairement. Les réflexions en la matière ont soulevé des problèmes relatifs à la nature de l'utilisation. En voici quelques exemples :

- si des données *relatives* aux propriétés génétiques ou biochimiques d'une espèce donnée sont transmises par un chercheur (sans contact direct avec les échantillons ou le matériel), la synthèse d'un nouveau composé sur la base de ces données constitue-t-elle *un avantage découlant* de l'utilisation des ressources génétiques de cette espèce ?[262]

- la collecte d'espèces à des fins d'analyse taxonomique et de conservation constitue-t-elle un avantage ? Si tel est le cas, le bénéficiaire est-il :

  – le pays source (dont les espèces présentent plus d'attrait commercial pour les utilisateurs des ressources génétiques) ?

---

260 Cette question est examinée de façon plus approfondie in Bhatti *et al.*, 2007.

261 Par exemple, la plupart des lois d'un pays stipule qu'un représentant du gouvernement ne peut prendre part aux décisions officielles concernant une entreprise dans laquelle il détient des intérêts financiers. Des normes complexes doivent être mises en place afin de s'assurer qu'il ne se guide pas par ses propres intérêts (en les transmettant à ses enfants ou à une entreprise familiale) en vue de prendre des décisions au niveau du gouvernement qui favorisent ses intérêts propres.

262 See, Mgbeoji, 2006. Cette problématique s'inspire d'un cas réel.

– le pays utilisateur (qui économise les coûts de la « prospection » de nouvelles espèces) ?

– l'organisme de collecte ou d'analyse (dont les services pourraient être rémunérés) ?

Cette même question se pose aux intermédiaires qui effectuent la première sélection des composés puis les vendent à d'autres utilisateurs. Les réponses peuvent varier selon le niveau de technicité des activités entreprises et/ou des informations générées.

Même lorsqu'il existe une définition claire de l'« utilisation des ressources génétiques », on peut se demander si toutes ces informations, produits ou processus (y compris les autres résultats) devraient être considérés comme des « avantages découlant » de l'utilisation des ressources génétiques. Il peut être difficile de conserver dans des conditions de laboratoire une substance biochimique naturelle (« ressource génétique ») à l'étude, ce qui incite le chercheur à mettre au point un nouveau conteneur ou revêtement de conteneur. Cette nouvelle innovation est-elle considérée comme un « avantage découlant » d'une utilisation d'une ressource génétique ?

Concrètement, la question « quels avantages découlent de l'utilisation des ressources génétiques ? », qui définit le système, diffère sensiblement de la question « quel type de paiement peut être effectué au titre des accords de partage d'avantages ? », qui a trait au fonctionnement du système. Cette question a été examinée en détail dans les Lignes directrices de Bonn.[263] Il convient de se pencher sur les Lignes directrices et de comprendre leur rôle dans les processus juridiques nationaux. Lors de l'élaboration de ces Lignes directrices volontaires, l'intention des parties n'était pas de discuter ou d'interpréter les bases conceptuelles de l'APA. En revanche, elles ont procédé à l'examen et à l'évaluation des pratiques actuelles des pays et des utilisateurs qui s'efforcent d'appliquer les accords existants en matière d'APA dans les transactions. Par conséquent, les Lignes directrices de Bonn n'étaient pas axées sur « les avantages qui découlent » de l'utilisation, mais abordaient la question sous un angle différent : en termes administratifs, le type de paiement (argent, participation à des coentreprises, services, technologie, etc.) peut être utile lors de l'élaboration de contrats APA. Même si elles ne répondent pas aux questions posées dans ce chapitre, les Lignes directrices de Bonn constituent l'un des fondements sur lesquels repose l'élaboration du mécanisme de déclenchement du partage des avantages.

4.2 Fonctionnalité des trois mécanismes de déclenchement du partage des avantages

Sur la base conceptuelle décrite ci-dessus, le processus fonctionnel de partage des avantages peut être exprimé d'un point de vue juridique en examinant le lien entre les trois concepts évoqués. Des mesures fonctionnelles destinées aux utilisateurs peuvent être élaborées sur la base d'actions telles que la collecte, la recherche, l'utilisation, le développement et la production faisant intervenir des ressources génétiques et en fonction du moment et de la façon dont les obligations de partage des avantages s'enclenchent. Il ressort de cette analyse de la législation nationale en vigueur et de l'expérience en matière d'APA au niveau national et international qu'il existe deux ou trois facteurs de déclenchement des obligations de partage des avantages qui incombent aux utilisateurs. Le paragraphe ci-dessous traite du mode de déclenchement du système et de son fonctionnement juridique du point de vue de l'utilisateur, sous la forme de trois questions principales :

(i) le mode de déclenchement des obligations de conformité au partage des avantages et à l'APA (évoqué dans la présente section) ;

(ii) comment déterminer et partager les avantages (section 4.3) ; et

(iii) Si, quand et comment ces obligations cessent ou sont satisfaites (section 4.4)

263 Lignes directrices de Bonn, adoptées par la décision VII-24.A, Appendice II de la COP-CDB.

4.2.1 Le premier déclencheur : les « ressources génétiques » en tant qu'élément fonctionnel

S'entendre sur le sens de « ressources génétiques » n'est qu'une première étape. L'emploi de ce concept dans la législation est une question hautement plus compliquée. Dans ce contexte, les ressources génétiques font office de métacritère, utilisé dans l'élaboration de critères fonctionnels relatifs à l'« utilisation des ressources génétiques » et aux « avantages découlant des ressources génétiques », mais ne constituent pas de critère spécifique devant s'appliquer à tout utilisateur individuel ou à tout recours engagé. Toutefois, en tant que principe sous-tendant la réglementation, ce terme peut jouer le rôle qui lui est conféré par la CDB et définir ainsi les limites de l'obligation de partage des avantages.

Sur la base des réflexions nationales et internationales passées, il semble que tout système APA axé sur l'utilisateur ou sur le fournisseur devra tenir compte de la question du « déclencheur » dans chacune des transactions : *les ressources utilisées constituent-elles des ressources génétiques ?*

En tant que premier facteur permettant de déterminer si une obligation APA s'applique, le concept de « ressources génétiques » devra être exprimé de manière à définir la distinction fonctionnelle entre « ressources génétiques » (auxquelles l'APA s'applique) et « ressources biologiques » (auxquelles l'APA ne s'applique pas). Le tout sans inciter les décideurs politiques et les législateurs à en conclure que la législation APA résulte de l'élaboration d'une série de règles applicables aux « ressources génétiques ».

Tel qu'évoqué plus haut, la majeure partie du matériel biologique contient des unités fonctionnelles de l'hérédité, ce qui n'est cependant pas un critère pour différencier les ressources génétiques, qui relèvent de l'APA, des ressources biologiques, qui, elles, ne relèvent pas de l'APA. Par voie de conséquence, le traitement donné à des spécimens de la même sous-espèce peut varier en fonction des intentions de leurs utilisateurs respectifs, ce qui ne peut faire l'objet d'une vérification externe. En outre, lors de la collecte de spécimens dans le pays, les collecteurs peuvent vendre ces ressources en tant que ressources biologiques uniquement, sans se soucier de savoir si l'acheteur a l'intention de les utiliser comme « ressources biologiques » ou comme « ressources génétiques ». Les intentions à l'égard d'un spécimen peuvent changer au fil du temps. À la suite de la première vente, le spécimen peut être transmis à un utilisateur qui cherche à en exploiter les propriétés génétiques. Par conséquent, un système basé sur les mouvements des ressources génétiques devra assurer le suivi de tout le matériel et de toutes les informations biologiques tout au long de son cycle de vie, et ceux de sa progéniture, afin de déterminer s'il devient une « ressource génétique », et si oui, à quel moment.

L'analyse suivante envisage quatre interprétations juridiques possibles des ressources génétiques :

(i) « ressources génétiques » est un concept identique à « ressources biologiques » ;

(ii) « ressources génétiques » est un type de matériel (par exemple, un échantillon ou extrait préparé) ;

(iii) on entend par « ressources génétiques » une valeur immatérielle, par exemple l'information génétique, lorsqu'elles sont transférées sous une forme immatérielle, telle une formule ou une forme numérique ;

(iv) « ressources génétiques » prend en compte à la fois le matériel biologique (« micromatériel ») et la valeur immatérielle (information génétique)

Comme le démontre la synthèse ci-dessous, les législateurs pourront établir un cadre APA fonctionnel et prendre des mesures pour optimiser « la sécurité juridique », indépendamment de l'interprétation retenue. Cela met en lumière le principal obstacle à la fonctionnalité de l'APA : il ne s'agit pas d'une interprétation erronée des parties, mais plutôt d'une absence d'accord, d'adoption ou d'application.

4.2.1.1 Option 1 : les « ressources génétiques » synonymes de « ressources biologiques »

Partir du principe que le concept de « ressources génétiques » s'imbrique dans celui de «ressources biologiques »[264] permet de résoudre partiellement

[264] Tel qu'indiqué en note de bas de page n°247, supra, la législation type de l'Union africaine pour la protection des droits des communautés locales, agriculteurs et éleveurs, et pour la réglementation de l'accès aux ressources biologiques (officiellement approuvée par tous les États

certains problèmes, mais en crée d'autres. Une solution simple a été avancée pour trouver une issue au problème d'identification des ressources relevant des obligations APA, en exigeant que l'APA s'applique à tout matériel d'origine biologique.[265] Cependant, cela créerait de toute évidence un problème de fond, à savoir que l'APA s'appliquerait à un nombre considérable de ressources et d'activités. Cela pourrait entraver et restreindre intentionnellement ou non le commerce et l'échange de matériel biologique. Par ailleurs, d'un point de vue conceptuel, les pays en développement seraient amenés à « partager les avantages » avec des pays développés d'où procèdent les produits commerciaux de base cultivés et commercialisés au niveau international.

Pour le législateur, cependant, cette approche ne fait que transférer des volets complexes et détaillés vers une autre partie du cadre juridique. Au lieu d'écarter les « transactions non APA », compte tenu du fait qu'elles n'impliquent pas de ressources génétiques, le législateur devra mettre au point un système plus complexe identifiant différents types de conformité et appliquant différents systèmes de partage des avantages, en fonction d'autres critères (type d'utilisation, nature de l'avantage, etc.)

4.2.1.2 Option 2 : les « ressources génétiques » en tant que « matériel génétique »

La deuxième possibilité serait de considérer ce matériel tangible (gènes, extraits, etc.) comme des « ressources génétiques » relevant du régime APA uniquement lorsqu'il est transporté sous cette forme physique. Cette approche vise à écarter les facteurs immatériels, tels que l'intention du titulaire ou transporteur du matériel, mais soulève d'autres difficultés. Il s'agit de savoir si (i) elle s'applique uniquement lorsque le matériel est transporté séparément (échantillons préparés), ou (ii) s'il inclut en tout ou partie un autre produit (d'origine animal ou végétal dans sa totalité) et pourra être par la suite cultivé ou propagé ou dont le matériel génétique pourra être par la suite extrait ou multiplié.

Si le terme « matériel génétique » ne concernait que ce dernier cas, il serait facile de l'appliquer. Certaines méthodes de préparation d'échantillons sont clairement destinées à la recherche scientifique dans le cadre d'analyses génétiques ou biochimiques et il a été suggéré que seuls ces échantillons soient considérés au regard de l'APA comme des « ressources génétiques ».[266] Cette approche pourrait considérablement limiter la portée des obligations APA, si elle ne s'appliquait qu'au matériel ainsi préparé au moment du transport.

Il est cependant parfaitement possible d'utiliser des spécimens vivants et autres éléments de spécimens morts ou préservés pour en extraire du matériel génétique aux fins d'étude et d'utilisation. En termes juridiques, la question suivante se pose : à quel moment la définition s'applique-t-elle (avant ou après la collecte, exportation/transport ou même plantation, culture ou multiplication) ? Cette approche serait axée sur le moment où l'utilisateur des ressources engage une action impliquant la valeur des unités fonctionnelles de l'hérédité de la ressource.

4.2.1.3 Option 3 : les « ressources génétiques » se réfèrent aux « informations génétiques » immatérielles

L'utilisation des ressources génétiques semble s'effectuer en étant de moins en moins en contact avec le spécimen à l'état naturel, et dans certains cas, sans aucun contact avec des spécimens ou extraits physiques.[267] Cela tend à démontrer que les « ressources génétiques » devraient être comprises comme des *informations génétiques ou informations sur les fonctions des gènes dans l'organisme,* en d'autres termes, comme des informations pouvant être transférées sous une forme autre que physique (numérique, ou autres moyens de transfert de résultats de la recherche et d'informations techniques) telles que les séquences d'ADN (cartographier scientifiquement l'ADN) ou formules chimiques (propriétés biochimiques) dérivées de la variété/sous-espèce.

Membres de l'Union africaine) évite le problème de la définition des ressources génétiques en appliquant ses dispositions relatives au partage des avantages à toutes les « ressources biologiques ». Art. 3, et suivants. Selon certaines sources, si cette approche était appliquée au régime APA, cela permettrait à des pays du Nord d'engager des actions à l'encontre des pays en développement qui autorisent leurs ressortissants à participer au commerce des roses par exemple. Communication personnelle, Leonard Hirsch.

265 La quasi-totalité des aliments, une grande partie des meubles, vêtements, articles de décoration et produits industriels contiennent des éléments d'origine biologique. Par conséquent, outre les retards et obstacles créés par une bureaucratie accrue, cette définition pourra entraîner des retards supplémentaires en raison du nombre considérable d'actions à mettre en oeuvre.

266 Des critères devraient être mis en place pour caractériser certains échantillons préparés, comme prévus par la CITES, qui excluent les « spécimens d'herbiers et autres spécimens de musées conservés, desséchés ou sous inclusion et plantes vivantes qui portent une étiquette délivrée ou approuvée par un organe de gestion ». Article VII. 6 de la CITES.

267 Cf. exemple, Mgbeoji, 2006, « Analysis of Four Claims… »

Dans un sens, cette approche fournit la meilleure distinction entre les ressources génétiques et les ressources biologiques : l'une est physique, l'autre est immatérielle. Elle fournit également une base plus durable pour une application souple de l'APA à de nouvelles situations, étant donné que les technologies de pointe sont en constante évolution. Cette définition est suffisamment solide pour couvrir les ressources qui n'ont pas été directement prélevées dans le pays source. Écarter complètement la définition des « ressources génétiques » des aspects matériels créerait un grave problème de surveillance et d'identification des utilisateurs, et réduirait potentiellement la portée de cette obligation. Cela pourrait accroître l'intérêt accordé aux mesures incitatives et autres mécanismes destinés à renforcer la transparence quant aux rapports entre les utilisations diverses et les innovations et leurs sources biologiques/génétiques.

4.2.1.4 Option 4 : les « ressources génétiques » combinent éléments physiques et informations

Dans la CDB, l'emploi de termes physiques tels que « matériel » dans la définition peuvent suggérer que les « ressources génétiques » comprennent à la fois des éléments (micro) physiques et immatériels/informatifs (l'information et sa source biologique). Cette option montre que les « ressources génétiques » devraient inclure les aspects suivants :

(i) l'élément (micro)physique (extraction, multiplication et étude du matériel génétique ou biochimique) ;

(ii) l'information (synthèse ou autre procédé à cette fin) ; et

(iii) les éléments matériels et immatériels utilisés ensemble (lorsqu'une molécule ou séquence ne peut être synthétisée ou multipliée, mais qu'elle peut être continuellement prélevée de sources à l'état sauvage).

Cette approche semble tenir compte de tous les éléments positifs des trois premières options : le terme conserve une large portée (option 1), tout en visant le passage d'une ressource potentielle (les possibilités d'utilisation sont à ce stade multiples) à une ressource dont la valeur découle des unités fonctionnelles de l'hérédité (option 2). Ici, l'intention de l'utilisateur commence à prendre une forme concrète. Cette approche conserve la solidité du concept qui peut continuer de s'appliquer à la suite d'évolutions technologiques, et la valeur potentielle du matériel génétique peut être réalisée ou communiquée par de nouveaux moyens (option 3).

4.2.1.5 Synthèse : les ressources génétiques en tant que déclencheur

La nature devient une « ressource » dès lors qu'elle est mêlée aux innovations et aux activités humaines. Ainsi, il est largement admis que les « ressources génétiques » n'existent que lorsqu'il y a intervention humaine. Une définition des « ressources génétiques » qui reconnaît tant les aspects physiques qu'immatériels, reconnaît également la grande diversité d'actions humaines qui peuvent transformer un spécimen naturel en une « ressource génétique ». Cette définition dynamique des « ressources génétiques » est étroitement liée à l'élément suivant dans le mécanisme qui déclenche le partage des avantages : l'utilisation des ressources génétiques.

4.2.2 Le second déclencheur : l' « utilisation des ressources génétiques »

Comme évoqué aux sections 4.1 et 4.2.1 ci-dessus, il est quasiment impossible de considérer du matériel spécifique comme une « ressource génétique » ou d'exiger des contrôles de mouvements internationaux de matériel sur la base de leur identification en tant que « ressources génétiques », indépendamment de l'option figurant à la section 4.2.1 qui aura été retenue. Il peut être impossible de distinguer les spécimens qui traversent les frontières nationales en tant que ressources biologiques des ressources génétiques. Les spécimens passent fréquemment d'une main à l'autre, et peuvent être multipliés et partagés par de nombreux utilisateurs, à des fins différentes et en obtenant des résultats différents. Après des années de réflexion, les auteurs ont conclu que l'on ne peut réglementer toutes les « ressources génétiques » en soi, quelle que soit leur définition, à moins que l'on ne souhaite imposer un certain degré de contrôle sur tous les mouvements de matériel biologique.

Ces données démontrent qu'un système APA ne peut reposer sur un contrôle espèce par espèce ou spécimen par spécimen. Pour qu'un régime soit fonctionnel, il doit reposer sur une base empirique ou

du moins pouvant être déterminée depuis l'extérieur, tel un processus pouvant varier selon les espèces, les activités et les objectifs en vue desquelles le matériel est obtenu.[268] La fonctionnalité exige que les concepts reposent sur une définition solide suffisamment claire et délimitée pour que l'on sache précisément dans quels cas s'applique l'APA. À cette fin, le concept de seuil de déclenchement doit être pratique et vérifiable de l'extérieur. « L'utilisation des ressources génétiques » répond à ces deux besoins et peut donc être appliquée par contrats, organismes et tribunaux.

L'approche basée sur l'utilisation semble beaucoup plus concrète et plus efficace en tant que moteur du régime APA. Dans la réalité, cette utilisation peut servir de base concrète à la définition des ressources génétiques, tant qu'elle repose fermement sur une perception fondamentale et convenue des « ressources génétiques » et leur différence par rapport à d'autres matériels biologiques. Plus important encore, l'utilisation des ressources génétiques est un critère objectif. Un certain nombre d'activités peuvent être classées par catégories et l'on peut vérifier que ces ressources génétiques sont « utilisées ».

Cela présente deux grands avantages pour le législateur lors de l'élaboration et de l'application d'une législation axée sur « l'utilisation des ressources génétiques ». D'abord, comme cela a été évoqué précédemment, l'utilisation est une action et peut en tant que tel être vérifiée de l'extérieur dans la plupart des cas. Ensuite, et tout aussi positif, l'expression n'a pas été définie dans la CDB. Par conséquent, les Parties ont la capacité de façonner le concept afin de l'adapter aux expériences pratiques et problèmes rencontrés jusqu'à présent dans les activités APA.

Ainsi, le défi fonctionnel est de déterminer quelles activités devraient être couvertes par l'expression « utilisation des ressources génétiques » et par des normes et critères juridiques. C'est le cas dans les législations techniques, qui comprennent à tout le moins un des aspects suivants :

- Critère descriptif (les qualités d'une activité lorsque celle-ci constitue une « utilisation des ressources génétiques ») ;
- Exemples et catégories (une liste des activités particulières ou catégories d'activité qui constituent une « utilisation des ressources génétiques »).

Ces deux approches sont habituellement intégrées dans la législation, à condition que :

> *(a) les activités qui figurent sur la liste suivante constituent une utilisation des ressources génétiques » aux fins de la loi : [insérer une liste] ;*
>
> *(b) outre les éléments qui figurent au paragraphe (a), toute activité qui remplit le critère suivant devrait être considérée comme une « utilisation des ressources génétiques » aux fins de la loi : [insérer une autre liste].*

Cette approche permettrait aux tribunaux, organismes et utilisateurs qui s'efforcent d'appliquer la loi d'optimiser les directives juridiques, et fournirait des exemples concrets qui pourraient contribuer à préciser et renforcer le concept sur le plan administratif.

4.2.2.1 Listes ou catégories d'utilisation des ressources génétiques

L'approche par liste/catégorie présente beaucoup de potentiel pour l'APA, en particulier car elle peut fournir une base propice aux compromis concernant les questions actuellement incertaines. Par conséquent, il y a par exemple de nombreuses controverses sur le caractère inclusif du concept de ressources génétiques (les activités qui consistent à élever ou reproduire des espèces sont-elles toutes considérées comme une « utilisation des ressources génétiques ? »).

Ces catégories peuvent non seulement contribuer à déterminer les cas où l'APA s'applique mais aussi à différentier les prescriptions APA. Elles peuvent être conçues et régies spécifiquement par des dispositions relatives au partage des avantages adaptées à l'activité en vue d'une utilisation particulière. Lorsqu'un désaccord apparaît sur l'application ou non de l'APA à une activité, le secteur concerné, d'une part, et les pays source et fournisseurs, d'autre part, peuvent convenir de dispositions en guise de compromis. Certaines catégories peuvent correspondre à des processus rationalisés, documentation ou mesures

[268] Pythoud (2005) pose la question de savoir si : « […] il existe un type particulier d'utilisation des ressources génétiques pouvant nécessiter des instruments internationaux supplémentaires pour faciliter la mise en œuvre de l'Article 15 de la CDB ? »

incitatives simplifiées, et pourraient être associées à des types et niveaux de partage des avantages particuliers. On peut citer certaines des activités d'utilisation concernées par ce système :

- Les activités considérées par certains comme « commerce normal » de produits agricoles et aliments naturels ; et

- processus conventionnels (historiques) de développement d'activités agricoles, telles que la sélection, les économies de semence, la reproduction croisée, l'hybridation, etc., qui pourraient être réglementées par le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture et droits des éleveurs (notamment le concept mis au point par l'UPOV).

Ces catégories peuvent renvoyer à d'autres instruments pertinents, tel qu'indiqué plus bas, ce qui renforce les mesures incitant à respecter ces instruments. Cela permettra à l'ensemble du système de fonctionner de manière cohérente à travers les différentes activités, tout en mettant l'accent sur les catégories qui sont soumises à un niveau de surveillance et de performance différent.

Dans cette analyse, nous avons identifié quatre catégories d'utilisation des ressources génétiques :

Par secteur :
Secteur agricole, aquacole, pharmaceutique, nutraceutique (agropharmaceutique) cosmétique, collection *ex-situ*, la recherche scientifique fondamentale, etc. ;

Par objectif :
Alimentation et sécurité alimentaire ; santé et médecine ; commerce ; conservation ; utilisation durable ; etc.

Par activité génétique :
Élevage, développement des cultures/ diversification, extraction et identification des caractéristiques ou propriétés, caractérisation taxonomique, manipulation génétique, synthèses de séquence ou formule, activités nanotechnologiques, etc.

Par phase et/ou type de développement :
Il est également possible de séparer l'utilisation des ressources génétiques d'autres activités en fonction de la place qu'occupe cette activité depuis la collecte jusqu'au développement du produit. Certaines activités qui sont habituellement menées dans le pays source et le pays utilisateur peuvent être considérées comme une « utilisation » :

Les activités les plus courantes dans les pays source :
Inventaire de la biodiversité,[269] collecte de spécimens ; analyses taxonomiques ou biochimiques initiales.

Activités parfois réalisées dans les pays source, mais qui se poursuivent au-delà de la phase d'accès.
Exportation ou transport de spécimens ; analyses taxonomiques ou biochimiques ; extraction en laboratoire ; recherche ; finalisation/publication des résultats de la recherche ; transfert de spécimens ou de résultats à d'autres utilisateurs potentiels ; demande de protection des droits de la propriété intellectuelle ; mise au point d'applications commerciales et scientifiques (des caractéristiques gènes ou formules découverts) ; production ; vente.

Un autre facteur à prendre en compte est la conservation des espèces. Les espèces ou collections protégées ont souvent un statut juridique particulier qui peut affecter les droits et obligations relatifs à leur utilisation. Une catégorie peut inclure l'un quelconque ou la totalité de ces facteurs. Elle peut comprendre un grand nombre d'activités détaillées ou un petit nombre d'activités très générales.

4.2.2.2 Les ressources génétiques végétales, une catégorie à part

Les travaux visant à établir des catégories ont déjà été plébiscités. Sur les 190 parties à la CDB (plus un état non partie), 112 ont ratifié le Traité international des ressources phytogénétiques pour l'agriculture et l'alimentation, document qui vise l'élaboration d'un mécanisme d'accès aux ressources phytogénétiques et

[269] « L'inventaire » est l'une des principales prescriptions de la CDB (Article 7). Bien que de nombreux pays n'aient pas suffisamment approfondi la question de l'inventaire, il pourrait servir de base aux méthodes de partage des avantages axées sur l'utilisation en vertu du régime international, à l'évaluation des risques pour l'introduction d'OVM (conformément au Protocole de Carthagène) et aux contrôles sur l'introduction d'espèces étrangères susceptibles de menacer les écosystèmes (article 8h).

de partage des avantages qui en découlent. On obtient alors les catégories pertinentes figurant ci-dessous :

« secteur » : *(catégorie)*	plantes agricoles (pour l'alimentation et l'agriculture)
« objectif » : *(sous-catégorie)*	utilisation/conservation pour l'alimentation et l'agriculture [270]
« *premier niveau* » :	Espèces/variétés figurant à l'annexe 1 du traité
« deuxième niveau » : *(3 options)*	ressources phytogénétiques des collections nationales/ internationales ; variétés du domaine public détenues par des membres ; variétés transmises à d'autres par le biais du système multilatéral.

Chacune de ces catégories a à la fois un caractère inclusif et exclusif. Pour appliquer les dispositions spéciales du traité, l'utilisation doit relever de la catégorie générale des espèces végétales agricoles et non pas d'autres classifications taxonomiques ou plantes non « agricoles ». En outre, elle doit répondre aux objectifs primaires alimentaires et agricoles et éviter les domaines d'application exclusivement ou principalement « chimique, pharmaceutique, et/ou (agro)industriel ».[271] En outre, les espèces doivent correspondre aux critères du premier niveau de classification (une espèce ou variété du système multilatéral) et au deuxième niveau de classification pour ce qui est de la possession de la ressource.

Pour les utilisateurs de ce système, le traité fournit un processus rationalisé et un contrat type régissant aussi bien l'accès que le partage des avantages. Toute activité qui ne relève pas des catégories du traité sera soumise au système général APA. Cette approche, qui classe les ressources génétiques par secteur, par type d'utilisateur ou autre, continue d'être étoffée et a bénéficié d'une certaine reconnaissance des Parties à la conférence de la CDB dans leur déclaration de soutien au traité.[272]

4.2.2.3 Autres faits marquants au niveau international

Les efforts du traité visant à créer un système APA particulier pour certaines catégories de ressources et d'utilisation spécifiques ont été suivis avec intérêt par d'autres secteurs. Par exemple, la FAO a réalisé une étude sur l'importance des ressources génétiques des animaux d'élevage au regard du système APA[273]. À l'instar du développement des cultures et variétés agricoles, ce thème couvre de nombreuses activités, comme l'élevage et l'agriculture, ce qui ne justifie guère son intégration dans le processus APA[274]. Les études initiales réalisées par la FAO prévoient clairement en dernier recours la possibilité d'un traitement séparé des ressources génétiques des animaux d'élevage, probablement par le biais d'un instrument spécialement adapté à cette fin.[275] Lors de réunions internationales, on a évoqué la possibilité que les ressources génétiques tirées d'animaux sauvages fassent l'objet d'un traitement APA distinct. [276]

Cette approche dans son sens large permettrait de créer un système d'établissement de catégories APA pour tous les types de ressources biologiques. D'un point de vue juridique, ce système distinguerait deux catégories de ressources, selon qu'elles relèvent ou non du cadre APA. Cela pourrait permettre d'appliquer différents niveaux de performance ou différents types de critères systémiques sur la base de plusieurs facteurs.

---

270 TIRPAA. Article 3 Champ d'application ; et voir l'article 10.2, objectif du système multilatéral.

271 L'article 12.3(a) du TIRPAA prévoit que « l'accès est accordé lorsqu'il a pour seule fin la conservation et l'utilisation pour la recherche, la sélection et la formation pour l'alimentation et l'agriculture, à condition qu'il ne soit pas destiné à des utilisations chimiques ou pharmaceutiques, ni à d'autres utilisations industrielles non alimentaires et non fourragères ».

272 Cf.décision VI/6 de la COP-CDB.

273 Cf.Hiemstra *et al.*, 2006 ; et Tvedt *et al.*, 2007.

274 Le droit de sélection concernant l'animal qu'il possède est un droit fondamental de tout individu dans tous les pays ou presque. Il existe des traces écrites du système commercial de sélection animale depuis plus de 1 000 ans. (Cf.exemple, Bennet, D., 2004, « The Origin and Relationships of the Mustang, Barb, and Arabian Horse » in The Spanish Mustang, introduction ; et Lewis, B. « Egyptian Arabians, The Mystique Unfolded » in Arabian Horses of the Pyramids (http://www.pyramidarabians.com/news/articles/arabianmystique.html). Ces deux documents attestent de l'existence du contrôle du pedigree d'animaux depuis plus de 2 millenaires et de preuves écrites dès 1 300 av. J.C.

275 L'étude Hiemstra *et al.* Révèle un certain nombre de différences entre l'utilisation des ressources phytogénétiques et l'utilisation des ressources génétiques des animaux d'élevage démontrant ainsi que l'approche du TIRPAA ne produirait aucun résultat dans le secteur animal.

276 Les 11ème, 12ème et 13ème COP CITES ont exprimé la préocupation que des spécimens d'origine animale (échantillons de sang) soient utilisés à des fins commerciales. C'est pourquoi, la COP de la CITES a, jusqu'à présent, toujours refusé les expéditions particulières ou le transport sans documents de ces spécimens.

De nombreuses autres options et approches basées sur les listes (à caractère inclusif et exclusif) peuvent donc fusionner grâce à ce système.

Toutes ces listes deviendront obsolètes à mesure que le progrès technique suscitera de nouvelles méthodes d'utilisation des ressources génétiques. Cela pose problème si ces listes sont convenues au niveau international sous la forme d'un traité. La modification d'un instrument international élaboré par une assemblée de plénipotentiaires est une tâche longue et laborieuse, sauf si l'instrument prévoie des dispositions spéciales de mise à jour[277]. Ce système rigoureux de liste engendre un manque de souplesse qui pourrait entraver l'efficacité de l'APA, à moins que ces catégories ne soient suffisamment souples ou qu'un mécanisme de gestion des listes et des catégories ne soit prévu. Ce mécanisme pourrait consister à identifier, sur la base de critères bien définis, les autres activités qui constituent une utilisation des ressources génétiques.

4.2.2.4 Critères descriptifs d'identification de l'utilisation des ressources génétiques

En complément ou en remplacement de cette approche, un ensemble de critères descriptifs pourraient être élaborés et appliqués dans le cadre de la législation APA en vue de déterminer si une activité donnée constitue une utilisation des ressources génétiques. Ces critères peuvent être appliqués par les autorités de réglementation et servir à élaborer ou fournir davantage d'informations concernant les listes et les catégories décrites à la section 4.2.2.1. De toute évidence, l'enjeu de cette approche est d'établir un ensemble de critères suffisamment larges et descriptifs pour tenir compte de toutes les nouvelles utilisations qui découlent de l'élaboration de nouvelles lois, et également suffisamment ciblés pour offrir une sécurité juridique. Un ensemble de critères trop souples réduirait à néant les efforts juridiques visant à distinguer les activités selon qu'elles relèvent ou non de l'APA. Il est essentiel que ces critères permettent à tous les utilisateurs, gouvernements, magistrats et fournisseurs de déterminer de manière relativement certaine si un nouveau type d'activité ou de technologie constitue une « utilisation des ressources génétiques ».

Il est important d'examiner la question suivante : « *quelles sont les caractéristiques de « l'utilisation des ressources génétiques ? »*. La principale caractéristique est évidemment l'utilisation des « ressources génétiques » (ce qui nous renvoie à la définition de cette expression). Hormis cet aspect, les parties pourront répondre à cette question en se basant sur leur conception générale du fonctionnement du régime APA. Comme indiqué ci-dessus, les délégués nationaux ont des opinions très différentes. Certains souhaitent inclure toutes les utilisations de toutes les ressources biologiques et d'autres ne veulent prendre en compte que les travaux de laboratoire en génétique conduisant au développement de produits commerciaux et industriels. Comme cela a déjà été mentionné, il est important de prendre des décisions concrètes et spécifiques sur cette question. Si l'expression conserve son caractère général et flou, les lois qui la régissent ne pourront être appliquées.

En conclusion, cette question doit faire l'objet d'un accord politique, que ce soit au niveau national ou international. Cependant, lorsque des mesures visant les utilisateurs sont élaborées, il semble largement admis que des mécanismes d'interfonctionnalité des législations nationales, donc d'un accord international, soient nécessaires.

4.2.3 Le troisième déclencheur : « avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques »

Lorsque les activités d'un utilisateur ont passé le premier seuil de déclenchement (« ressources génétiques ») puis le deuxième (« utilisations des ressources génétiques ») indiquant que les responsabilités APA lui incombent, le troisième seuil de déclenchement (« les avantages qui en découlent ») intervient. Ce dernier est important car il fournit une base et une échéance pour la principale obligation de l'utilisateur : le partage des avantages.

---

277 On peut citer à titre d'exemple, pour le domaine de l'environnement, la CITES, dont une page d'amendements datant de 1983 n'est toujours pas en vigueur (à la date de rédaction de cet ouvrage, on compte 46 ratifications sur les 54 nécessaires). Si ces amendements entrent en vigueur, ils ne concerneront que les pays les ayant ratifiés, et tout pays qui deviendrait par la suite Partie. Cela créerait une Convention à deux vitesses jusqu'à la ratification par toutes les Parties.

4.2.3.1 Échéance des « avantages qui en découlent »

Dans la mise en place du facteur de déclenchement du partage des avantages, la question essentielle qui se pose est : « *quand et comment les avantages APA se manifestent-ils ?* » Cette question peut poser problème, aussi bien en théorie qu'en pratique. D'un point de vue théorique, la création d'un avantage survient par étape, depuis la création de données jusqu'à la commercialisation d'un produit. Une analyse des propriétés biochimiques ou génétiques d'une espèce, par exemple, se base sur un certain nombre de textes et de processus différents. Lors de ces activités, les utilisateurs (qu'il s'agisse de chercheurs ou d'entités commerciales) ont tout intérêt à protéger leurs données, de sorte qu'elles puissent être analysées et présentées ou utilisées de manière intégrée. Parallèlement, les pays source accordent une grande importance au partage de ces informations.

De nombreux avantages (données, processus, formules, etc.) sont protégés par le secret institutionnel, grâce à des lois garantissant le respect de la vie privée, la protection contre des perquisitions sans mandat, et le droit de protéger « des secrets commerciaux » même dans les documents qu'ils sont tenus de classer en vertu de la loi. Dans certains cas, l'existence d'un avantage ne peut être décelée depuis l'extérieur. En outre, un pays source ou autre entité externe peut ne pas être capable de discerner le lien entre un avantage reconnu (un nouveau produit) et les processus ou facteurs qui l'ont créé ou fabriqué.

Ici, l'approche la plus efficace est en général de déterminer quand la « valeur réelle ou potentielle » des activités d'utilisation des ressources génétiques *se révèlera*, comme c'est le cas au cours du développement commercial lorsqu'un bien commercialement lucratif est créé (qu'il s'agisse d'un produit sur le marché, d'une ressource phytogénétique ou autre droit commercialisable). Dans un développement non commercial, cela correspond à la phase où les recherches, analyses, catalogage ou autre activité sont achevés et prêts à la publication.[278] Au stade où un avantage existe, il sera possible de déterminer rationnellement le montant ou la nature de l'obligation de partage des avantages.

4.2.3.2 Fonctionnement du déclenchement du partage des avantages

Du point de vue fonctionnel, il convient de rappeler le rôle du facteur de déclenchement du partage des avantages. Il enclenche les obligations statutaires/qui découlent de la CDB en matière de partage des avantages, mais ne contrôle pas le partage des avantages. Cette distinction est importante au regard de la législation d'utilisateurs, car la loi doit pouvoir répondre à la question : « *des avantages ont-ils découlé de l'utilisation* ? » pour déterminer les responsabilités des utilisateurs, en particulier en l'absence de contrat APA. Même les mesures à l'intention du fournisseur ne prévoient pas, normalement, que le partage des avantages s'effectue au moment de l'obtention des avantages. Dans le meilleur des cas, la date et la nature de ce partage seront traitées à la fois dans la législation relative au fournisseur et dans les conditions convenues d'un commun accord dans le cadre de l'APA. Souvent, dans le cas d'un contrat APA, les avantages sont traduits en une valeur quantitative (les Parties conviennent d'un montant correspondant au fruit du partage) et versé avant que les avantages ne soient obtenus, au titre d'un « paiement échelonné » ou autre disposition contractuelle.[279]

Le rôle des « avantages qui en découlent » est lié aux droits du gouvernement, pays source ou autre fournisseur. Lorsque les trois mécanismes sont enclenchés, il est juridiquement possible de poser à l'utilisateur la question clé : *les avantages ont-ils été partagés* ? Il existe dans la plupart des cas trois réponses possibles :

(i) Oui, conformément aux CCCA ;

(ii) Oui, sans CCCA ; ou

(iii) Non.

---

[278] Cependant, comme évoqué dans le cas de la grenouille tricolore, la publication de ces données, même lorsqu'elle n'est pas compensée par un objectif commercial ou entièrement affranchie d'un tel objectif, peut avoir comme conséquence d'annuler la valeur de ces données pour le pays fournisseur. Cf. Mgbeoji, 2006.

[279] Décrit in Cabrera et López 2007. Cf. également Rosenthal *et al.*, 7. « les découvertes liées aux médicaments est une activité scientifique à haut risque. Une proportion très faible des efforts de recherche aboutissent à une découverte majeure susceptible de générer des gains financiers pour les organisations de recherche et leur partenaires […] En intégrant la recherche et le développement dans les objectifs [(i) de découvertes pharmaceutiques et agricoles, (ii) de développement scientifique et économique et (iii) de conservation], dès le début l'ICBG a voulu fournir une contribution substantielle et progressive […] sans mettre tous ses espoirs dans la réalisation d'un produit pharmaceutique ou agricole majeur, étant donné la faible probabilité de réussite ».

Le premier cas (i) n'entraîne aucune question juridique supplémentaire. Dans le second cas (ii), on peut se demander si le partage était « équitable » (comme évoqué au chapitre 5). Le troisième cas (iii) peut enclencher d'autres mécanismes d'application de la législation relative à l'utilisateur permettant ainsi au pays source de faire respecter sa législation. Dans les trois cas, la législation de l'utilisateur doit être suffisamment claire pour permettre aux tribunaux et autres d'examiner ces cas.

4.3 Application des facteurs de déclenchement : les obligations prévues dans la CDB en ce qui concerne le partage des avantages et des résultats de la recherche

Du point de vue fonctionnel, les trois seuils de déclenchement (ou autres dispositions d'un contrat APA par lequel l'utilisateur est lié) conduisent à une étape clé : le partage par l'utilisateur, « juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques ».[280] On espère que ces responsabilités seront abordées directement dans les CCCA par l'utilisateur et le pays source ou autre. Cependant, dans la pratique ce ne sera pas toujours le cas. Par conséquent, les mesures applicables à l'utilisateur doivent prendre en compte deux autres objectifs :

- déterminer la conformité/respect aux CCCA, lorsque cette question est abordée dans les organismes, tribunaux ou autres enceintes des pays utilisateurs ; et

- imposer des responsabilités aux utilisateurs qui n'ont pas obtenu de CCCA ou divulgué la source des ressources génétiques.

Dans la présente section, nous examinons brièvement les obligations de partage des avantages qui découlent de l'utilisation, conformément aux CCCA qui régissent le partage des avantages ; et certaines répercussions de l'obligation de partage des résultats de la recherche.

4.3.1 Accord du pays source concernant les conditions de partage des avantages

Dans les réflexions APA, un aspect clé est souvent négligé : l'Article 15 prévoit deux types de CCCA, l'un concernant l'accès (sur le modèle du CPCC), et l'autre concernant le partage des avantages.[281] L'existence de ce second type de CCCA semble indiquer que le simple fait de transmettre une part des « avantages » au pays source n'est pas suffisant : ces avantages doivent être partagés conformément aux dispositions convenues par les deux parties. Il convient de prévoir un mécanisme officiel pour déterminer les attentes raisonnables du pays d'origine, et établir un critère « d'équité », dans les cas où l'utilisateur n'a pas obtenu de CPCC/CCCA ou bien lorsque le contrat APA est jugé inéquitable.

Il est utile de rappeler qu'en vertu du processus de partage des avantages, différents types d'avantages sont obtenus à divers stades de l'utilisation des ressources. Par exemple, lors de la collecte et de l'identification des spécimens, certains avantages (collection d'échantillons et étiquetage aux fins d'études) apparaissent déjà. À ce stade-ci, le partage des avantages est habituellement soumis à une disposition contractuelle en vertu de laquelle le bioprospecteur fournit au pays source « des échantillons de référence », qui reproduisent tous les spécimens prélevés. Ici, la contribution des ressources génétiques dans le cadre de l'APA aux gains obtenus est très élevée. Par conséquent, les pays source comptent sur un partage équitable : un échantillon double ou de référence. Toutefois, à un stade plus avancé du processus APA, même si la contribution du pays source est inférieure, les avantages immatériels ou informations qui en découlent ne sont pas divisibles. Soit des informations sont obtenues, soit elles ne le sont pas, il n'a pas de demie mesure. Par conséquent, pour ce type d'avantage, la « part » obtenue par le pays source correspond probablement à la totalité de l'avantage. On peut alors se demander si l'utilisation de l'avantage par le pays source devrait être restreinte, et dans quelle mesure. Cette situation peut également

[280] Art. 15.7 de la CDB.

[281] Arts. 15.4 et 15.7 de la CDB. Certes, les deux processus CCCA peuvent être négociés en même temps dans certains cas, mais cela n'est pas possible dans toutes les circonstances, et étant donné que de nombreux avantages sont obtenus après la phase d'accès il est possible que le pays utilisateur doive s'assurer que cette deuxième négociation a bien eu lieu.

entraîner d'autres controverses sur le plan juridique (comme indiqué dans la prochaine section).

Par ailleurs, le second type de CCCA, spécifiquement axé sur le partage des avantages, rappelle qu'un accord en la matière peut être exigé dans les cas où aucun contrat APA n'avait été conclu au moment de « l'accès », ce qui rejoint les problèmes d'application des lois du pays source aux individus qui sont sous la juridiction des pays utilisateurs.

4.3.2 Partage des résultats de la recherche

L'obligation de partager les résultats de la recherche n'a pas été suffisamment examinée dans le détail sur le plan juridique, alors que ses implications pour l'utilisateur et le pays ou la communauté source peuvent être considérables. L'Article 15.7 de la CDB et les Lignes directrices de Bonn reconnaissent que les résultats de la recherche constituent un avantage qui doit être partagé. Ce type de partage pose néanmoins un problème (examiné plus en profondeur au chapitre 5) dans le cas où l'utilisateur serait tenté de conserver l'exclusivité des informations qu'il obtient. L'exclusivité, ou confidentialité absolue, est une valeur essentielle à ce stade de la recherche et de la mise en valeur. Un chercheur, contraint de partager ses résultats préliminaires, perd la protection du secret commercial de ces résultats, et peut être privé de leur capacité à générer des gains commerciaux. Inversement, un chercheur qui publie des résultats (séquences génétiques, formules biochimiques et autres résultats analytiques) non commerciaux sans l'autorisation du pays source peut avoir privé le pays source de sa capacité à obtenir des avantages commerciaux découlant de ces ressources génétiques, étant donné que les utilisateurs peuvent exploiter les informations publiées, sans en rendre compte au pays source.

Le droit de partager « les résultats de la recherche et de la mise en valeur », dépourvu de toute ambiguïté, pourrait signifier que le pays source a un droit sur toutes les données (préliminaires et analysées), qu'elles soient publiques ou non. Cela a son importance. Un tel droit renforcerait la capacité des pays en développement à prendre part aux industries techniques et même au commerce mondial impliquant l'utilisation de ressources génétiques. Par certains aspects, le droit à ces informations est bien plus précieux que le droit à une part des gains financiers de l'utilisateur en matière de développement. Lorsqu'une nouvelle découverte concernant un composé chimique particulier est gardée secrète, il possède la valeur que lui confère la découverte, qui peut être vendue ou transférée à une autre entité. Une fois que ce composé et ses propriétés sont révélés, l'acheteur potentiel n'aura plus aucune raison de se porter acquéreur.

Les résultats de la recherche et de la mise en valeur sont plus lucratifs lorsqu'ils sont seulement connus de quelques uns. Même une publication *non commerciale* de ces résultats pourrait considérablement diminuer leur valeur en tant que source potentielle d'avantages commerciaux ou exclusifs. D'une part, il est injuste d'exiger du chercheur qu'il dévalue ses résultats (et sa capacité à recueillir le fruit de ses efforts) en les partageant sans restriction avec le pays source. D'autre part, il est injuste de l'autoriser à faire de la rétention d'informations (résultats de la recherche) présentant une valeur commerciale potentielle de sorte que le pays source est privé de toute part des avantages qui en découleront à l'avenir.[282] Le partage des avantages doit parvenir à un équilibre ou un juste milieu entre ces différents besoins.

Ces dilemmes montrent qu'il est important de prévoir une obligation claire en matière de partage des avantages dans les mesures destinées aux utilisateurs, telle une loi générale permettant de prévenir toute utilisation inappropriée de ce type par les utilisateurs qui ne sont pas soumis à des CCCA. Un mécanisme applicable aux utilisateurs et visant à garantir le partage des avantages peut contribuer à créer un tel équilibre, tout en comblant d'éventuelles lacunes.[283]

Des mécanismes particuliers pourraient couvrir un large éventail et pourraient dans certains cas être com-

[282] Cf.exemple, la grenouille tricolore, décrite in Mgbeoji, 2006. Le chercheur qui a publié les résultats des recherches sur les poisons uniques de cette grenouille n'a pas cherché à obtenir ou n'a pas reçu de compensations ou avantages commerciaux à la suite de ces recherches. Cependant, sur la base des résultats publiés, les entreprises multinationales ont déposé 17 brevets différents concernant des composés synthétiques fondés sur les résultats des recherches. L'une d'entre elles a depuis mis au point et breveté un produit ou pré-produit. Cette entreprise n'a jamais été en contact avec un pays source ou quelconque élément d'une grenouille tricolore.

[283] En général, les débats sur une éventuelle « exception en matière de recherche » n'aboutissent pas, étant donné que les recherches donneront probablement lieu à des résultats commmercialement exploitables. Cependant, quelques pays ont adopté des « exceptions génériques en matière de recherche ». Cf. exemple, BULGARIE : article 66.4 de la loi « Biological Diversity Act » (loi sur la diversité biologique) « des dispositions

plexes. Une première approche consisterait à définir les obligations de partage des avantages de l'utilisateur en termes de retour raisonnable sur la valeur des informations. Cette approche permettrait à d'autres entreprises de continuer de bénéficier des informations découlant des résultats. Une deuxième approche exigerait des autres utilisateurs de données qu'ils partagent les avantages avec le pays source, même si aucun contact n'a été établi avec ce dernier et qu'aucun matériel physique n'a été obtenu lors de la recherche et mise en valeur. Une troisième approche, le recours à la communication diplomatique entre gouvernements, peut s'avérer trop compliquée et longue pour être envisagé comme mesure nationale, mais peut être appliqué par le biais d'un mécanisme international informel (entre des correspondants nationaux ou les autorités compétentes des deux pays).[284] Comme évoqué plus avant au chapitre 6, aucune de ces options ne seraient aisées, mais certains mécanismes ou approches semblent essentiels.

4.4 Echéance de l'obligation de partage des avantages

Une question essentielle se pose indirectement, celle de savoir à quel moment l'obligation de partage des avantages cesse d'exister. Il s'agit d'une question complexe, à la fois d'un point de vue politique et technique. Pour l'utilisateur des ressources génétiques, la valeur des ressources diminuera considérablement si elle est liée à l'obligation éternelle de verser des paiements au pays source, ou si son utilisation des produits ou découvertes est soumise a des restrictions permanentes.

La cessation de l'obligation de partage des avantages a été évoquée indirectement dans trois types de réflexions : les responsabilités contractuelles APA, le transfert des ressources génétiques et des résultats de la recherche et l'application de l'APA aux « dérivés » des ressources génétiques.

4.4.1 Exécution du contrat APA

À l'instar de tout contrat, un contrat APA bien conçu fournira des indications claires quant aux modalités selon lesquelles l'utilisateur se sera acquitté de ses responsabilités de partage des avantages. À ce jour, on manque encore d'expérience en la matière, et les modalités de cessation ou les pratiques contractuelles les plus appropriées restent floues.

Il est très clair néanmoins que ces contrats peuvent avoir une durée de vie prolongée. L'invention et la mise au point dans le domaine des ressources génétiques nécessitent des délais considérables, ce qui implique que l'obligation contractuelle soit soumise à cette même durée de vie. Depuis 1992, peu de contrats APA ont généré des paiements sur la base des « avantages qui en découlent ». Cela montre que les pays source semblent privilégier les clauses sur les avantages quantifiés, un montant prédéfini au titre du partage des avantages basé sur (i) les chances qu'un avantage en découle, (ii) une estimation de la valeur de ces avantages, et (iii) la valeur que représente un paiement inférieur anticipé, plutôt qu'attendre un paiement ultérieur éventuellement plus élevé. Cette approche se base sur des moyennes. Pour les ressources qui ne génèrent pas d'avantages, le pays source peut recevoir un paiement plus élevé au titre de chaque ressource. Quant aux ressources lucratives, l'utilisateur versera des paiements moins élevés. L'enseignement que l'on peut en tirer devrait idéalement préciser quand et comment l'obligation de partage des avantages cessera d'exister.

4.4.2 Transfert des ressources génétiques à des tiers

La question du transfert ultérieur par les utilisateurs des ressources génétiques et/ou des résultats de la recherche (informations) obtenus est au cœur des préoccupations en matière d'APA. Aux yeux du pays source, le transfert des ressources génétiques peut effectivement mettre fin au partage des avantages, puisque le premier collecteur est le seul dont le pays source ait connaissance, à moins que des mesures de

relatives à la gratuité des ressources génétiques peuvent être ajoutées lorsqu'elles sont destinées à un usage non commercial : recherche scientifique, éducation, conservation de la diversité biologique ou santé publique ».

[284] Le droit national exige souvent que ce contact s'établisse par le biais des plus hauts représentants du pays plutôt qu'entre correspondants nationaux APA directement.

contrôle ou de surveillance ne soient mises en place. D'une part, les utilisateurs, chercheurs, collecteurs, taxonomistes et même les intermédiaires considèrent qu'ils ont le droit de transférer leur matériel et de générer des gains ou autres avantages de la vente ou autre transfert. Les utilisateurs qui obtiennent du matériel de ces personnes ou entités estiment souvent que, dès lors qu'ils n'ont pas directement prélevé ces ressources dans le pays source, aucune responsabilité de partage des avantages ne s'applique à eux.[285] Il en est de même pour le matériel biologique provenant d'un autre pays et qui s'est développé dans le pays utilisateur pendant de nombreuses générations. L'utilisateur qui ne s'efforce pas d'obtenir l'autorisation du pays source pour l'utilisation de ce matériel considèrera tout au plus qu'il s'agit d'une omission mineure.

D'un point de vue juridique, cependant, cela entraînerait une importante faille tendant à ce que l'utilisateur soit relevé de toute obligation de partage des avantages s'il n'a pas lui-même prélevé les ressources génétiques dans le pays source. Un collecteur qui n'utilise pas les ressources pourrait acquérir des échantillons et les transporter hors du pays source, ou cultiver une génération avant de la vendre ou la transmettre à un utilisateur, pour se soustraire aux obligations de partage des avantages. La crainte que les utilisateurs commercialisent des produits en exploitant ce type de faille est l'une des raisons pour lesquelles les pays source ont parfois imposé des restrictions sur la bioprospection et autres activités de recherche. L'Article 15.7 contourne cette faille en faisant référence au partage des « avantages qui découlent [de l'utilisation]» ce qui ne limite pas cette obligation à des relations contractuelles particulières.

L'approche axée sur l'utilisation peut résoudre ce problème. L'obligation de partage des avantages serait basée sur la question de savoir si l'activité du destinataire du transfert (tierce partie) constitue une « utilisation des ressources génétiques » (comme évoqué à la section 4.2.2). Dans l'affirmative, son activité enclenche les responsabilités de partage des avantages, même s'il ne s'est pas rendu dans le pays source ou n'a pas eu de contact physique avec le matériel biologique d'origine. Toutefois, cette approche implique que la législation du pays utilisateur soit sans ambiguïté sur ce point. De plus, elle ne pourra pas être régulièrement appliquée si la loi n'établit pas clairement la cessation raisonnable de l'obligation de partage des avantages.

4.4.3 Application des obligations APA aux « dérivés » des ressources génétiques

Le terme « dérivé » n'est pas employé ou défini dans la CDB. Cependant, l'une des questions les plus controversées est celle touchant à la manière dont l'APA devrait être appliquée aux dérivés[286] dans le développement du régime international. Dans les réflexions sur l'APA, les « dérivés » sont différemment perçus :

- Certains considèrent qu'on entend par « dérivés » le « matériel élevé, cultivé ou créé d'une quelconque autre manière par un processus de multiplication dans le pays utilisateur » ;
- D'autres lui attribuent le sens de méta-extraits, fractions ou essences obtenues à partir d'une plante, d'un animal ou autre échantillon ;
- D'autres encore l'interprètent comme tout produit ou bien créé en utilisant des ressources génétiques, qui pourra être exploité dans l'élaboration d'autres produits, innovations ou avantages.

Cette confusion conceptuelle montre que ce terme est employé lors de négociations avec différentes interprétations comme s'il était clairement défini. Par voie de conséquence, ces négociations tournent en rond (elles sont peu significatives et peu susceptibles d'aboutir à un accord).

Sur le fond, les réflexions sur les dérivés s'appuient sur une compréhension statique du terme « ressources génétiques ». Une approche plus souple (voir options iii et iv, à la section 4.2.1) éviterait d'avoir à s'interroger

---

285 Henkel, Thomas, « A Perspective from Pharmaceutical Industry, » exposé présenté lors de la réunion d'experts de haut niveau « Relever les défis de l'accès et du partage des avantages (APA) dans le contexte de la Convention sur la diversité biologique » (Tokyo, 8-9 février 2007) et autres observations lors de cette réunion.

286 Cf. exemple, Fowler *et al.*, 2004 ; et Chambers, 2003, 318–320.

sur les dérivés, car chaque utilisation directe ou par le biais d'un produit intermédiaire devrait être examinée au cas par cas pour déterminer s'il s'agit d'une « utilisation des ressources génétiques ». Si les Parties décident finalement d'employer une définition plus souple, alors la question des dérivés doit être entièrement résolue, à commencer par la définition claire et partagée de « dérivé ».

5 Application des concepts d'évaluation et d'équité aux ressources génétiques

Les aspects économiques et d'évaluation sont exprimés indirectement dans la CDB, qui exigent que le partage des avantages soit « juste et équitable ». En général, les détails d'évaluation et d'équité APA sont déterminés individuellement par contrat (le cas échéant). Cependant, dans le cadre du système APA, l'obligation de partage juste et équitable va au-delà, et c'est l'un des trois principaux objectifs que fixe la CDB. « L'équité » est un concept large mais il est clairement issu et lié au concept de « valeur » (et pas uniquement monétaire). Du côté de l'utilisateur, les questions relatives au partage équitable des avantages présentent quatre aspects :

- Évaluer les « avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques » et la contribution de celles-ci à la création de cet avantage, y compris les différentes approches d'évaluation (évoqué aux sections 5.1-5.3) ;
- la question de l'équité et de l' équilibre de la transaction (examiné à la section 5.4) ;
- Questions de l'équité et de l'intérêt public au sens large (évoqué à la section 5.5) ; et
- le lien entre l'évaluation, l'équité et l'intérêt public (évoqué à la section 5.6).

Chacune de ces questions doit être examinée pour déterminer ce qui constituerait une « part équitable » des ressources génétiques pour le fournisseur. Les problèmes de non transparence des valeurs en matière d'APA, ainsi que les longs délais s'écoulant entre la plupart des transactions APA et le partage direct des avantages expliquent que lors des négociations, les montants devant être payés au titre du « partage des avantages » conformément aux contrats APA, sont fixés de manière presque aléatoire. Du côté de l'utilisateur, un autre défi est de déterminer la « part équitable » des avantages lorsqu' aucun contrat APA n'a été obtenu. En outre, un contrat peut être remis en cause pour son manque d'équité ou ses lacunes sur le fond ou pour vice de procédure.

Ce chapitre indique qu'il faut comprendre les facteurs en matière de valeur comme des difficultés supplémentaires dans la création et administration de la législation relative au partage des avantages. Outre les travaux du chapitre 4 sur (i) la définition des « ressources génétiques » et les « avantages qui en découlent », et (ii) l'intégration de ce concept dans un système qui déclenche l'obligation de partage des avantages, il est également important d'avoir une idée de leur valeur et d'en tenir compte dans le processus complexe de partage équitable des avantages qui découlent de l'utilisa-tion des ressources génétiques. Cette question de l'évaluation et de l'équité est fondamentalement liée aux autres objectifs de la CDB, conservation et utilisation durable, sans lesquels le système APA ne saurait être justifié.

5.1 Évaluation des « avantages » obtenus

L'obligation de partage des avantages repose avant tout sur la création d'un avantage par l'utilisation de ressources génétiques. Même une fois que les problèmes les plus pressants sont résolus (*qu'est-ce qu'un avantage ? quand est-il obtenu* ?), la notion de « partage équitable des avantages » requiert un système fiable d'évaluation des avantages qui découlent de l'utilisation de ressources génétiques. Ensuite, la seconde étape est de déterminer une part appropriée et équitable des avantages que l'on peut imputer aux ressources génétiques.

D'un point de vue pratique, l'évaluation des avantages telle que prévue dans les contrats et les législations APA s'effectue : soit en procédant à une estimation (ce qui permet de fixer un montant au titre du partage des avantages, éventuellement versé de manière anticipée dans le cadre de l'APA), soit en attendant et en évaluant chacun des avantages reçus. En général, l'estimation et le prépaiement ne peuvent être effectués qu'en vertu d'un contrat ou autre accord APA. À ce jour, aucun accord, tel que la CDB, ne prévoit de dispositions permettant de choisir ou

d'imposer unilatéralement une valeur à l'autre Partie. Les CCCA doivent rendre compte du montant qui aura été convenu pour satisfaire en partie ou en totalité l'obligation de partage des avantages.

En règle générale, les parties à un contrat APA souhaitent recourir à la méthode des estimations pour procéder au partage des avantages. Même lorsque les parties acceptent d'attendre les résultats avant de décider des modalités de partage des avantages, la méthode de calcul sera fixée au préalable, par le biais de négociations ou en vertu des lois du pays source.

Côté utilisateur, lorsque les parties sont liées par un contrat négocié de façon équitable, celui-ci impose un certain type de contrôle. La législation devra se pencher sur l'évaluation économique de l'avantage reçu, uniquement (ou principalement) dans les cas où l'utilisateur n'a pas obtenu de contrat APA, ou si les négociations entre l'utilisateur et le pays source ne se sont pas déroulées équitablement.

Étant donné la diversité des résultats ou conclusions que constituent les « avantages qui découlent » de l'utilisation de ressources génétiques, l'évaluation peut être compliquée. L'avantage peut reposer sur une ressource génétique spécifique dotée d'une valeur particulière pour un pays ou une communauté, en ce sens qu'elle présente un potentiel en matière de partage des avantages APA. Dans ce type de cas, un chercheur altruiste qui publie et partage ses résultats aura fait bénéficier le monde entier de la valeur de cette ressource génétique au détriment du pays source auquel cette valeur appartenait (potentiellement).[287] L'utilisateur peut s'attirer la colère du pays source s'il a agi sans son autorisation, et recevoir une plainte fondée sur la valeur du manque à gagner. Par conséquent, la part juste et équitable qui reviendrait au pays source peut, dans de nombreux cas, être liée à la valeur perçue de la ressource génétique.

5.2 Exclusivité et valeur des ressources génétiques

Dans le domaine de l'APA, l'évaluation est un processus complexe. Pour le comprendre, il faut partir de l'hypothèse que les « ressources génétiques » ne sont pas seulement des matières premières de biotechnologie.[288] Dans la CDB, le droit juridique permettant d'utiliser les ressources génétiques a été spécialement créé comme un mécanisme visant à intégrer une série de droits et d'objectifs liés (APA), par le biais d'un système juridique et contractuel.

Il convient d'amorcer l'analyse de l'évaluation en se demandant en quoi la valeur des ressources génétiques diffère de celle traditionnellement attribuée aux « ressources biologiques » par le passé. À l'origine, les différences de la « valeur génétique » de ces ressources étaient principalement imputées à la « qualité » physique du matériel transféré ; la valeur d'un kilo de raisin augmente lorsque la variété, la qualité et l'état permettent de produire du champagne, contrairement au raisin destiné à la consommation. On s'est efforcé d'accroître les avantages économiques du raisin en améliorant sa qualité (culture de nouvelles variétés, sélection des vignobles, mise au point de traitements des sols pour accroître la qualité et le rendement des récoltes, etc.) La valeur pour le vigneron ou autre commerçant repose sur plusieurs facteurs : le montant du matériel produit et vendu et le prix obtenu.

En revanche, l'utilisation des ressources génétiques de cette variété de raisin ne dépendra vraisemblablement d'aucune de ces qualités. Les « ressources génétiques » présentent une valeur particulière lorsque les propriétés des données ou du matériel génétique ou biochimique peuvent être utilisées ou reproduites. Leur valeur peut dépendre de l'un des éléments décrits à la section 4.1 : le matériel génétique microphysique et les informations génétiques contenues. Que ces éléments soient utilisés ensemble ou séparément, l'« utilisation du matériel génétique » confère une valeur différente ou ajoutée par rapport à la valeur globale d'une ressource biologique, et ne dépend pas de la maturité ou autre condition physique de la production entière du vignoble.

---

[287] Cf. Mgbeoji, 2006, évoqué plus en détail aux sections 4.2 et 4.3, ci-dessus, notamment les notes de bas de page 261, 266, 277 et 281.

[288] McAfee, 1999, p. 146, avec des références supplémentaires.

Les débats sur la valeur des « ressources génétiques » doivent prendre en compte les avantages tirés de l'exploitation des unités de l'hérédité (matériel microphysique) et des informations génétiques qu'elles contiennent. L'évaluation doit porter sur la valeur de la nouvelle ressource, en distinguant clairement la valeur générale de la ressource biologique de la valeur des ressources génétiques matérielles et immatérielles. Cela inclut par exemple les séquences ADN et les formules biochimiques, présentes dans des spécimens, des échantillons préparés, des extraits ou encore des notes ou descriptions scientifiques.

5.2.1 Les ressources génétiques : des biens exclusifs ?

Afin de comprendre la valeur des « ressources génétiques », il peut être utile d'en examiner l'aspect économique et de se demander quel type de « bien » constitue une ressource génétique. La théorie économique établit une distinction entre les biens exclusifs et non-exclusifs.[289] Un bien non-exclusif ne peut être utilisé que par une personne à la fois.[290] La plupart des biens physiques sont exclusifs. Par exemple, personne ne peut manger la pomme que vous venez de manger, et dans des circonstances normales, une seule personne peut utiliser un ordinateur portable à la fois. Un bien non-exclusif peut être utilisé ou consommé par plusieurs personnes à la fois. Une citation de Thomas Jefferson illustre cette idée : « *Lorsque je transmets une idée à quelqu'un, cette personne acquiert des connaissances sans pour autant me priver des miennes ; elle reçoit la lumière sans me plonger dans l'obscurité* ».[291] L'accès à une idée ou à une innovation par d'autres personnes ne réduit en rien l'utilisation qui peut en être faite par son détenteur initial. À titre d'exemple, le fait qu'une personne lise un roman ne limite pas la capacité d'autres personnes à le lire et apprécier pleinement l'histoire. Cependant, chaque exemplaire physique de l'ouvrage est clairement exclusif, car il ne peut être lu que par une seule personne à la fois.

La facilité à utiliser une ressource génétique et/ou à exercer un droit juridique sur celle-ci déterminera en partie le caractère exclusif ou non de cette ressource. Il s'agit d'un concept important pour comprendre comment des systèmes juridiques nationaux peuvent être conçus pour permettre aux pays source d'obtenir une part équitable de leur valeur. Les systèmes destinés à exploiter la valeur de certains biens physiques sont généralement plus simples et plus facilement réglementés que les biens non-exclusifs, telles des idées ou des innovations non brevetées. Il sera plus facile d'obtenir une contrepartie commerciale à la valeur d'un bien non-exclusif si une institution juridique leur confère une valeur.

Les biens physiques par exemple sont exclusifs, dans le sens où ils ont un usage limité. Dans la pratique, ils peuvent appartenir ou non à un propriétaire. L'exclusivité d'une ressource appartient à une personne ou à une entité, qui en est le propriétaire. S'il s'agit d'une ressource meuble, son exclusivité est protégée physiquement par le propriétaire qui le range ou l'entrepose dans un emplacement qui est sous son contrôle ou sa surveillance. Des ressources immeubles (biens immobiliers) sont protégées par un système d'inscription ou autre garantissant les droits de propriété. La propriété légale n'empêche pas que d'autres personnes utilisent la ressource, mais en confère le droit juridique. Un propriétaire peut engager un recours légal pour récupérer une propriété meuble qui lui a été retirée, même si ce bien est placé sous le contrôle d'une autre personne ; il peut également recourir à la loi pour expulser toute personne occupant physiquement un bien qu'il possède. Un bien physique non possédé est exclusif (i) s'il devient une propriété individuelle, ou (ii) s'il est utilisé. Par conséquent, l'air que nous respirons n'est pas une possession ; cependant, une seule personne peut respirer un volume d'air à la fois. Les entreprises qui remplissent et louent des réservoirs d'oxygène destinés à la plongée sous-marine transforment temporairement cet air en une ressource possédée, en le plaçant dans des réservoirs pressurisés.

Le droit national peut déterminer si un bien donné est une propriété. L'exemple de l'eau l'illustre parfaitement. Dans certains pays, les ressources hydrauliques ne sont pas possédées. Les eaux de surface et souterraines ne sont habituellement pas possédées, tout

[289] Cf. par exemple, Waldron, 1993, publié in Chisum, 1998, 48–49, qui uilise les termes « crowdable » et « non-crowdable » en anglais.

[290] *Ibidem.*

[291] Thomas Jefferson, citation in Chisum, 1998, 6. Ici, les « idées » ne peuvent être assimilées à des « biens », à moins qu'elles ne deviennent des innovations ou qu'elles ne soient d'une quelconqu'autre manière capables d'être transferées et/ou rendues exclusives.

individu peut les recueillir et s'en servir. Les entreprises hydrauliques peuvent transformer l'eau en un bien possédé, en la distribuant par le biais de système d'eau potable, ou en la vendant dans des bouteilles d'eau minérale, filtrée ou purifiée. Cependant, lorsque les ressources hydrauliques sont moins abondantes, le droit d'utiliser l'eau peut être soumis à des restrictions, ces ressources peuvent appartenir au gouvernement (ou être contrôlées par lui) jusqu'à ce que des entités privées obtiennent le droit d'en détenir une partie, en se soumettant aux contrôles pertinents. Cela permet au gouvernement de contrôler l'utilisation de l'eau pour s'assurer que les besoins essentiels en eau (irrigation, production d'énergie, etc.) sont prioritaires par rapport aux projets résidentiels et autres utilisations terre/eau.[292]

Comme indiqué dans la citation de Jefferson ci-dessus, les idées sont un exemple classique d'une ressource non exclusive, mais seulement une fois partagées. Le partage des idées et des connaissances peut concerner plusieurs personnes à la fois sans en réduire l'utilisation par d'autres. Par conséquent, les idées peuvent être principalement protégées (et en exclure les autres) en les gardant secrètes. Néanmoins, pour encourager le développement d'idées, il a été nécessaire de mettre en place un système permettant d'en conserver l'exclusivité une fois partagées avec le public. Par ce système, la recherche et la mise en valeur peuvent être un choix intéressant du point de vie économique, conférant ainsi au titulaire le droit (exclusif) de tirer profit de la valeur initiale de ses produits intellectuels. Le régime sur la propriété intellectuelle, et en particulier le système des brevets, a été au départ conçu pour conférer des droits exclusifs à certains produits intellectuels immatériels, en vue d'encourager le développement des biens intellectuels et faire en sorte qu'ils puissent être partagés et développés sans priver le créateur de l'idée de sa valeur.

Ce système fonctionne de la manière suivante : l'inventeur décrit son invention dans une demande écrite officielle et le brevet qui lui est attribué confère à l'invention une protection des droits de la propriété pour une durée limitée. Pendant la durée du brevet, l'inventeur a le droit, sur le plan juridique, d'interdire toute autre utilisation de son innovation et/ou de contrôler ladite utilisation de sorte qu'il récolte les fruits de ses efforts.

Cela soulève une question essentielle du livre : *les ressources génétiques sont-elles exclusives ou non* ? Les réponses varient en fonction de l'aspect des ressources génétiques qui prédomine dans chaque situation (microphysiques ou immatérielles/informations).

5.2.2 Exclusivité de l'élément microphysique

En matière de matériel génétique microphysique, les réflexions sur l'exclusivité devraient porter sur différents niveaux de spécificité :

- Gène individuel ;
- Séquence génique ;
- Caractéristique exprimée (enzyme, protéine, etc.) ;
- Génome (variété ou sous-espèce) ;
- Caractéristiques partagées (au sein d'un taxon supérieur).

Dans le premier cas, l'exclusivité semble dépendre du lien entre le gène et les caractéristiques du spécimen biologique duquel il a été isolé. Chaque gène est lié à une série de caractéristiques différentes. Dans certains cas, le gène sera intéressant car il provient d'un spécimen extraordinaire. Par exemple, des gènes peuvent provenir d'un type de mouton doté d'une immunité particulière ou d'une propension élevée au paludisme. La valeur d'un gène isolé présentant cette immunité/propension dépendra de la qualité de l'animal. Au début des travaux de recherche, ce gène sera probablement un bien entièrement exclusif, étant donné que le propriétaire de l'animal aura un contrôle absolu sur son utilisation. Au fil du temps, cependant, le chercheur peut multiplier le matériel génétique ou le reproduire dans un autre animal, ce qui soulève la question de la durée de l'exclusivité.

---

[292] FAO, 1995, « législation pour la gestion des forêts à Tonga » (FAO) (contrôle nécessaire pour prévenir tout impact environnemental négatif sur le système hydraulogique de l'île, provoqué par une utilisation illimitée de l'eau). De même, les débats actuels sur les paiements contre les services environnementaux sont axés sur l'utilisation de mesures incitatives pour réduire le rythme croissant d'utilisation de l'eau dans les pays où la loi considère que l'eau leur appartient. Cf. Perrot-Maître, et Davis, 2001, « Case Studies of Markets and Innovative Financial Mechanisms for Water Services from Forests » (Forest Trends).

Toutefois, la recherche génétique met l'accent sur les gènes des espèces/sous-espèces/variété des spécimens desquels ils ont été extraits. Un gène présent dans l'ensemble d'un taxon serait non-exclusif, à moins qu'un propriétaire, gouvernement ou entité exerce seul le contrôle sur tous les membres de ce taxon.

Toutefois, il n'y a pas de séparation nette entre les gènes partagés et les gènes individuels. Il y aura donc une transition progressive entre les gènes qui existent dans de nombreux organismes et qui sont entièrement non-exclusifs, par exemple le gène qui confère à l'épicéa sa couleur verte, et les gènes exclusifs car ils existent en nombre plus limité, tels que les gènes d'une espèce en voie d'extinction, ou ceux qui ont une caractéristique particulière (ex : des bouleaux particuliers qui, malgré le vent et les conditions météorologiques, ont perduré et qui, au fil du temps, se sont génétiquement adaptés aux conditions climatiques, y compris dans les villages de pêcheurs en Norvège les plus exposés aux vents). Dans d'autres cas, les mutations spécifiques ne concerneraient qu'un petit nombre d'organismes, d'où une possibilité accrue que ces gènes soient un bien exclusif.

Un grand nombre de tâches constituant une « utilisation des ressources génétiques » implique une utilisation directe d'extraits de matériel tels que des enzymes et des protéines provenant d'espèces particulières. L'analyse des propriétés biophysiques du poison d'une grenouille tropicale consiste à étudier un niveau supérieur de matériel microphysique liée aux caractéristiques héréditaires des espèces.

À un niveau inférieur, l'utilisation de nombreuses ressources génétiques repose sur les qualités partagées avec le génome entier ou sur les qualités héréditaires d'un organisme tout entier (plante, animal, champignon, etc.). Ce type de recherche peut être exclusif ou non, selon que le principal objectif est d'utiliser la spécificité unique du spécimen (élever une jument en vue d'une course importante, par exemple, et espérer reproduire les caractéristiques constituant la spécificité de l'étalon) ou d'exploiter les qualités de l'ensemble de la variété. Les ressources génétiques de l'étalon sont essentiellement un bien exclusif, sous le contrôle de son propriétaire (ou de ses propriétaires). L'utilisation du génome est en général envisagée conformément aux principes APA, cependant, s'agissant du développement des variétés et de l'utilisation de variétés traditionnellement développées ou isolées localement. Dans ce type de cas, l'exclusivité dépendra de la répartition des droits sur un usage particulier de ces gènes. Si tous les membres d'une communauté ont le droit de développer ou d'autoriser l'utilisation de la variété, il n'y aura certainement pas d'exclusivité, sauf autorisation de la communauté. Plus ces droits sont répartis en grand nombre, moins il sera possible d'exercer un contrôle pour garantir l'exclusivité de la ressource génétique.

5.2.3 Accès aux informations ou aux éléments immatériels

L'exclusivité des ressources génétiques repose également sur l'aspect immatériel de l'information contenue dans les espèces. Cette information doit être obtenue ou décodée par l'action humaine. Étant donné que plusieurs personnes peuvent avoir des mêmes connaissances sans en exclure les autres, celles relatives à l'information génétique sont un exemple de bien non exclusif. En général, si le caractère non exclusif ne décourage pas les chercheurs d'effectuer des travaux sur des espèces, le développement de biens non exclusifs pourrait être plus rapide que pour des biens exclusifs. L'information des ressources génétiques peut parfois être exclusive, selon que cette information est accessible ou qu'il est possible de la décoder ou de l'identifier.

En règle générale, l'information génétique peut prendre plusieurs aspects. Le premier est le génome et les données des espèces, lorsqu'elles sont transmises sous forme d'informations (séquence génique, formule biochimique ou autre document ou image). La majeure partie de cette information est exclusive dans la mesure où (i) le matériel biologique est difficile à obtenir, (ii) les coûts du processus scientifique sont prohibitifs, ou (iii) l'analyse ne peut être effectuée que dans un laboratoire spécial d'accès limité. Pour toute espèce, chaque gène ou combinaison est lié à de nombreuses caractéristiques différentes du spécimen[293], ou code les enzymes ou protéines particulières. L'identification du gène selon ses caractéristiques spécifiques fait l'objet d'une étude plus spécialisée. Les laboratoires du monde

[293] L'un des principaux résultats liés au projet sur le génome humain est qu'il existe un nombre insuffisant de gènes ou combinaisons de gènes pour refléter toutes les caractéristiques des Homo sapiens. L'une des conclusions incontournables est que chaque gène est lié à de multiples facteurs, et que d'autres facteurs peuvent également être impliqués. Commoner, 2002.

entier sont de plus en plus à même d'identifier et de décoder l'information génétique. Cela démontre que la plupart des données génétiques peuvent être obtenues facilement par des personnes disposées à effectuer ce type de travail et à y consacrer les ressources nécessaires. Par conséquent, l'isolement d'un gène ou de ses caractéristiques ne justifie pas l'exclusivité.

Des ressources génétiques immatérielles sont plus susceptibles d'être exclusives lorsqu'elles requièrent des analyses plus approfondies. Par exemple, l'analyse peut porter *sur la façon* dont les gènes fonctionneront ensemble pour que se manifestent les différentes aptitudes d'un organisme.

Il est également important en matière de bioprospection de connaître les propriétés physiques de l'organisme. Par exemple, il est notamment habituel de sélectionner des plantes, des insectes et autres organismes pour leurs propriétés pharmacologiques. D'autres types d'analyses peuvent porter sur le fonctionnement ou la manifestation de ces propriétés dans les espèces. L'exclusivité de ces analyses dépend à nouveau de l'accès aux spécimens, aux processus et installations nécessaires et de la demande. Des chercheurs qui travaillent indépendamment ne se penchent habituellement pas sur les mêmes questions, les mêmes espèces et n'utilisent pas les mêmes processus analytiques.

5.2.4 Les brevets : des mesures pour transformer des ressources non exclusives en ressources exclusives

Pour comprendre l'importance d'élargir les brevets aux êtres vivants, y compris les gènes et les variétés entières, il faut raisonner en termes d'exclusivité, un système qui permet aux utilisateurs d'exploiter la valeur de leurs découvertes et innovations et leur évite de recourir à la possession (ou contrôle physique similaire) et d'être tenus au secret. Par le biais de brevets, les utilisateurs cherchent à obtenir des droits exclusifs. Dans de nombreux cas, cette exclusivité est en soi le principal avantage qui découle des activités de l'utilisateur. Dans le cadre du système APA cependant, l'exclusivité, octroyée par un brevet, peut rendre la recherche et le développement génétique plus attrayants et donner à l'utilisateur le temps nécessaire pour en récolter les fruits avant que d'autres n'utilisent son innovation.

Le mécanisme APA de la CDB est destiné à conférer une valeur aux ressources génétiques par le partage des avantages qui découlent de l'utilisation de cette ressource principalement non exclusive. Le mécanisme APA doit créer un système capable de conférer une valeur aux ressources génétiques et assurer un partage approprié pour que les pays source ne soient pas tentés de restreindre l'échange de ressources génétiques en les rendant exclusives et donc lucratives.

5.3 Évaluations de la contribution des ressources génétiques

L'incertitude du processus d'évaluation APA a dissuadé les parties à la CDB d'engager ce type de réflexion, probablement en vue de protéger leurs positions lors de négociations futures d'accords APA individuels. Parallèlement, lors de l'évaluation des ressources génétiques le manque de transparence des contrats, généraux ou spécifiques, explique principalement la complexité des négociations APA et les difficultés en matière de documentation dans les pays en développement. Des normes claires d'évaluation et de partage permettraient :

- D'éviter les malentendus et les attentes irréalistes des fournisseurs et des utilisateurs ; et
- De fournir une base concrète pour la mise en œuvre de mesures visant les utilisateurs, en particulier pour déterminer les obligations d'un utilisateur n'ayant pas conclu de contrat APA avec le pays source.

La présente section envisage deux approches pour évaluer la valeur des ressources génétiques : « contrat similaire » et « valeur alternative » et examine également la durée d'évaluation, autre défi des relations basées sur les ressources génétiques.

5.3.1 Utilisation de données précontractuelles pour l'évaluation des ressources génétiques et la négociation du partage des avantages

A l'heure actuelle, la majorité des évaluations de matériel génétique s'inscrivent dans le cadre de négociations contractuelles entre l'utilisateur et le pays source (ou organisme, communauté ou individu ayant été autorisé à participer aux négociations). Bien que certains commentateurs aient déclaré que les contrats privés sont la seule solution pour aborder et résoudre tous les problèmes APA, sans avoir recours à la législation nationale,[294] l'expérience et les analyses ont démontré que ce n'était pas le cas. Outre la législation commerciale nécessaire pour préciser et appliquer chaque contrat APA aussi bien dans les pays utilisateurs que fournisseurs, l'APA doit également fournir des outils d'évaluation contractuelle. La nécessité de mettre au point des méthodes d'évaluation des ressources génétiques à des fins contractuelles semble évidente lorsque l'on sait que dans la plupart des pays, les ressources génétiques sont considérées comme des biens publics placés sous la surveillance de l'état. Par conséquent, un mécanisme doit être mis en place pour que le représentant de l'état aux négociations ait l'assurance de bénéficier d'une valeur juste au titre d'une ressource publique qu'il est chargé de préserver et d'utiliser au mieux dans l'intérêt de son pays.

L'une des méthodes traditionnelles d'évaluation s'applique directement lors des négociations contractuelles. Cette méthode consiste à comparer la valeur de biens similaires dans des transactions équivalentes. Les normes d'évaluation professionnelle[295] s'appuient sur les caractéristiques spéciales de ces « transactions équivalentes », afin de réaliser une estimation comparative des marchés (fourchette) pour guider les négociations et préciser les attentes quant au prix contractuel de ces ressources.[296]

En vue de créer et de mettre en œuvre un système d'évaluation dans le cadre de l'APA, il sera avant tout nécessaire d'élaborer ou d'adapter des normes applicables à cette catégorie particulière de biens. L'utilisation de ce mécanisme d'évaluation exigerait surtout une transparence accrue du marché. Un grand nombre de contrats APA à ce jour négociés sont confidentiels bien que les ressources génétiques faisant l'objet de l'accord constituent des ressources publiques gérées par l'état. Même si certains volets du contrat sont parfois divulgués, les Parties ne sont pas autorisées à en révéler les aspects financiers. L'opacité du marché qui en résulte a pour conséquence les éléments ci-dessous :

- Les pays source et leurs négociateurs ont souvent des attentes irréalistes quant à la valeur qu'ils peuvent obtenir dans les transactions APA.

- Les parties ayant une expérience limitée en matière de transactions APA peuvent être incitées à accepter des montants inappropriés (trop élevés ou trop bas) au titre des obligations de partage des avantages de l'utilisateur.[297]

Pour l'heure, le manque de transparence du marché peut sembler propice à certains utilisateurs, mais continuera de nourrir des attentes irréalistes, ce qui compliquera les négociations et les aspects juridiques des contrats APA.

La transparence des prix et des conditions financières permettra de mettre au point des normes d'évaluation professionnelle, ce qui pourra faciliter les négociations contractuelles. Évidemment, cela ne sera pas tâche aisée, compte tenu de la diversité des ressources génétiques, catégories d'utilisation, objectifs des utilisateurs et situations des pays source. D'après les théories économiques, la fixation des prix sur le marché libre repose sur l'identification d'un ensemble d'hypothèses communes, et donc rares du fait de la diversité génétique. Peu de généralisations peuvent être effectuées sur les « consommateurs » (utilisateurs) et les « fournisseurs » (source). Selon le principe de l'offre et de la demande, les utilisateurs peuvent être tentés de contourner les négociations en raison du caractère non exclusif de la ressource, une situation susceptible de créer une concurrence tarifaire entre les sources

---

294 Cf. exemple, Scott, 2005.

295 Il existe une multitude de normes professionnelles permettant d'évaluer financièrement des biens selon les contextes. On peut citer l'exemple de Parnham et Rispin, 2000, « Residential Property Appraisal » (Spon Press).

296 Tosh et Rayburn, 2006.

297 Comme par exemple l'offre faite à la Namibie : l'utilisateur a proposé au pays de verser 5 000 $ des États-Unis au titre du droit d'inventaire et du prélèvement d'échantillons de toutes les espèces sauvages du pays. Wynberg, 2002.

(familièrement, « un nivellement par le bas »[298]). Il a été observé que « l'approche contractuelle actuelle tend à baisser la valeur des transactions individuelles, plutôt que de tirer pleinement profit des services environnementaux fournis par la biodiversité ».[299]

Mais l'élément essentiel reste sans doute que, lorsque des biens publics (ressources génétiques) font l'objet de contrats privés, les objectifs d'équité et ceux de la CDB seront en décalage avec la pratique commerciale. Les négociations privées ne reflètent pratiquement jamais, si tant est que ce fut un jour le cas, les intérêts, besoins et valeurs de la société ou de la communauté.

5.3.2 Évaluation au moyen de la « méthode de la valeur alternative »

Pour comprendre la valeur de la ressource génétique, qui peut être particulièrement utile, on doit examiner la question de la valeur alternative, c'est-à-dire procéder à l'évaluation sur la base de la valeur des ressources et des processus utilisés à l'heure actuelle, et que les ressources génétiques remplaceront. Fondamentalement, ce processus consiste à évaluer un élément du produit final en commençant par la fin, à savoir le prix du produit sur le marché. Sur la base de ce prix, l'utilisateur soustrait la valeur des autres intrants (ingrédients, recherches, processus et développement, etc.) ainsi qu'un retour sur investissement raisonnable. Subsiste alors uniquement la valeur d'un intrant. Cette valeur est donc utilisée pour déterminer « la part équitable » revenant au pays source par rapport au profit totalisé.

Cette approche peut être reformulée sous forme de question une fois le produit ou résultat final obtenus : *quelle aurait été la valeur du produit sans les ressources génétiques* ? Cette question souligne le lien entre l'évaluation et les résultats découlant de l'«utilisation » des ressources génétiques plutôt que le lien entre l'évaluation et l'accès.

Cette approche détermine la valeur de la ressource génétique à un stade plus avancé de l'utilisation. Par conséquent, cela modifie le calcul de la valeur. Lorsque la valeur est déterminée au moment de la bioprospection, une grande partie de cette valeur est hypothétique. Il s'agit donc d'une valeur potentielle. Après la sélection, le rapport entre la « valeur potentielle »[300] et la « valeur apparente » est modifié : les spécimens qui ne présentent pas les caractéristiques escomptées perdent de leur valeur potentielle sans que la valeur apparente n'augmente. Toutefois, pour les ressources génétiques sélectionnées, la valeur apparente s'accroît, représentant ainsi une plus grande part de la valeur totale des ressources. Lors de l'élaboration du produit, la valeur de ces ressources génétiques sera presque entièrement devenue une « valeur apparente ». Dans l'ensemble cependant, il est difficile de déterminer (à partir de spécimens ayant une valeur potentielle estimée jusqu'à la valeur finale de la ressource génétique restante) si la « valeur des ressources génétiques » augmentera ou diminuera dans une transaction APA.

Le problème que pose l'approche axée sur la valeur alternative est l'acceptation tacite des approches actuelles de la « valeur relative » de la biodiversité en comparaison avec la technologie. Contrairement aux ressources génétiques, les contributions des progrès technologiques et du développement industriel ont été largement reconnues, et cela se reflète dans la valeur et gains financiers. Il existe des méthodes d'estimation de la valeur de la technologie, mais aucun moyen d'évaluation de la biodiversité n'a été convenu. Dans la société actuelle, l'importance de la technologie est reconnue et sa valeur est considérée comme élevée. Une valeur d'un matériel génétique estimée ou perçue comme peu élevée est un argument au détriment de l'APA, car cela suggère qu'il n'y aura que peu (ou pas) d'avantages à partager. Dans l'ensemble, beaucoup déplorent que la valeur des ressources génétiques soit insignifiante.[301] Ces faibles estimations renforcent les

---

[298] Vogel, 2007.

[299] Fernández Ugalde, 2005.

[300] Dans le domaine de la bioprospection, il est peu probable qu'une découverte ait lieu au hasard et les estimations en la matière varient. Aux fins de l'utilisation pharmaceutique, cette probabilité est de 1/6 000 et 1/3 0000. Lesser, 1998, page 71, avec des références supplémentaires. Cependant, toutes les sources conviennent que l'industrie doit effectuer des sélections, tests et recherches sur un grand nombre d'échantillons pour obtenir des résultats. Cette faible probabilité est souvent utilisée comme argument principal pour conclure que le matériel génétique est dépourvu de toute valeur ou que celle-ci est minime. Lesser (1998) affirme que la valeur des ressources génétiques pourrait correspondre à la probabilité de trouver un gène utile.

arguments du secteur de la biotechnologie à l'encontre de la réglementation des droits sur le matériel génétique et sur le partage des avantages.[302] Inversement, certains commentateurs démontrent, chiffres à l'appui, que la valeur créée par les biotechnologies étant élevée, les pays en développement devraient s'abstenir d'imposer des obligations de partage des avantages.[303]

Les mécanismes et institutions juridiques et pratiques doivent reconnaître que la création de valeur dans des secteurs qui ont recours aux ressources génétiques est forte et continue de croître.[304] D'autre part, la méthode de la « valeur alternative » ne parvient en général pas à refléter de façon adéquate les aspects sociaux, environnementaux et équitables de la valeur des ressources génétiques, des facteurs indispensables pour déterminer la « part équitable » des avantages qui revient au pays source.

Au-delà de ces aspects théoriques, il est également nécessaire d'un point de vue pratique de mettre au point des méthodes plus spécifiques pour calculer le partage juste et équitable des avantages.

5.4 Equité et partage équitable

Les obligations principales relatives à l'utilisateur qui découlent de l'Article 15 visent des résultats précis : « le *partage juste et équitable* des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques [...] »[305] Ce mandat souligne les deux aspects équitables du concept de partage des avantages : le partage juste et l'équité. Alors que toutes les questions évoquées aux cinq premiers chapitres de cet ouvrage sont essentielles au fonctionnement du cadre APA, son objectif ne sera véritablement atteint que si le partage s'avère « juste et équitable ».

L'APA n'a pas été créé en vue d'établir un marché international destiné à négocier des contrats commerciaux pour la vente de ressources. Si telle avait été l'intention des négociateurs, le régime commercial mondial aurait suffi, notamment les instruments et processus de l'OMC. En outre, les problèmes, coûts et obstacles qui ont empêché un fonctionnement à plein régime et effectif de l'APA au cours des quinze dernières années auraient probablement conduit à l'abandon du concept, au lieu de quoi davantage d'efforts ont été consentis pour que le système soit fonctionnel.

L'objectif de l'APA est de créer un système par le biais duquel les pays qui ont conservé et fourni un accès à leurs ressources génétiques et les écosystèmes qui les ont favorisé peuvent recevoir une part de la valeur qui découle de ces ressources, et des moyens d'encouragement à continuer de conserver leurs ressources et les utiliser durablement. En utilisant un outil commercial (contrats entre les pays source et utilisateurs), les Parties souhaitaient que le partage s'effectue par voie directe. Cependant, selon cette formule, les Parties ont également rendu des dispositions et normes juridiques nécessaires pour que tous les utilisateurs (et fournisseurs/origine) puissent connaître les exigences et surtout savoir quelles « dispositions » prendre pour satisfaire aux exigences de partage « juste et équitable ». La CDB charge le pays ayant sous sa juridiction l'utilisateur de s'assurer que celui-ci agit de façon juste et équitable, et de s'efforcer de promouvoir une approche équitable et équilibrée par les autres pays (source) dans leurs relations avec les utilisateurs.

Les sections suivantes examinent les questions pratiques et juridiques touchant à l'élaboration de mesures applicables à l'utilisateur qui incarnent et favorisent :

---

301 Par exemple, Hirsch (2005) signale que : « il faut abandonner les espoirs d'or vert ». «Quelques médicaments ayant remporté un vif succès permettront peut-être à certains pays source chanceux de s'enrichir, mais la plupart des nouveaux produits ne découlent pas de l'expression d'un gène unique ».

302 Hirsch, 2005.

303 Cf. Wolfe et Zycher, 2005 ; et Finston, 2005 (avec des références supplémentaires).

304 Hodges (2005) fait uniquement allusion aux ventes de produits biotech marins, estimés à quelques 100 millions de dollars des États-Unis en 2000 (avec des références supplémentaires). Wolfe et Zycher (2005) présentent également des chiffres qui démontrent que la valeur créée en biotechnologie est élevée.

305 Article 15.7 de la CDB, l'écriture en italiques n'est pas présente dans l'original.

- Le partage juste : détermination ou évaluation de la part qui devrait revenir aux pays sources en vertu des législations APA ;

- Le partage équitable: reflétant la contribution et les besoins des pays source ; et

- L'application de ces concepts : l'équilibre entre l'équité, les objectifs, les avantages et responsabilités.

5.4.1 Questions pratiques : la législation assurant un « partage équitable »

Comme il a été évoqué au début du présent chapitre, l'évaluation des avantages et la contribution des ressources génétiques à ces avantages *obtenus* ne consistent pas simplement à appliquer une formule. Une fois ces principes intégrés, il reste encore deux étapes à franchir : déterminer la « part équitable » qui devrait revenir au pays source, et décider sous quelle forme devrait s'effectuer ce paiement.

5.4.1.1 Détermination de la part équitable

Le concept de « partage équitable » n'a pas été suffisamment approfondi sur le plan commercial, scientifique, contractuel ou juridique. Dans la plupart des cas, les activités qui *utilisent des ressources génétiques* font également appel à beaucoup d'autres intrants, notamment des ingrédients et propriétés combinés aux ressources, processus, moyens en termes de temps et d'argent et en particulier les progrès techniques et les innovations. En outre, l'élaboration de nombreux produits faisant intervenir des ressources génétiques repose en fait sur l'utilisation de plusieurs ressources. D'un point de vue juridique et administratif, il serait difficile de mettre au point un mécanisme qui prenne en compte toutes ces contributions et détermine la part des gains imputable à chacune d'entre elles.

La législation peut fournir des normes et autres critères d'évaluation du concept de partage juste. Mais compte tenu de la multiplicité d'intrants, il s'agit de normes simplifiées, destinées à donner des orientations générales aux tribunaux et organismes par le biais d'un accord avec le pays source, lorsqu'ils sont confrontés à des utilisateurs qui ne respectent pas les exigences de base de l'APA. Dans la pratique, les dispositions sur le partage juste dépendent surtout de la relation entre les parties, souvent exprimée dans un contrat. Il faut rappeler un autre aspect qui découle du principe d'équité : leur utilité pour guider les tribunaux, services d'arbitrages et autres responsables qui s'efforcent de déterminer une « part juste » lorsque les parties ne sont pas liées par un accord, ou lorsque celui-ci n'est pas jugé équitable.

5.4.1.2 « Partage » des avantages immatériels

L'un des écueils concernant l'élaboration et l'application de normes régissant le partage des « avantages qui découlent du l'utilisation des ressources génétiques » provient du fait que certains de ces avantages (résultats des travaux de recherche et d'analyse) peuvent être non commerciaux et immatériels. À l'instar des ressources génétiques, une fois que les résultats des travaux de recherche et d'analyse ont été développés par l'institut de recherche et partagés à l'extérieur, ils deviennent non exclusifs. Par conséquent, il peut être impossible de partager partiellement ces résultats, sauf si les parties (directement ou par le biais de l'élaboration et de l'application de normes juridiques/équitables) : (1) déterminent le moyen d'évaluer les sous-composants de la recherche ou déterminent quelle serait la contrepartie appropriée pour le pays source, ou (2) limiter l'utilisation de la part des résultats de la recherche reçue.

L'une des solutions serait de procéder par étapes, et déterminer ainsi la part qui revient au pays source à chaque étape, selon deux facteurs :

- La contribution des ressources génétiques par rapport à celle d'autres intrants, à une étape donnée du processus ou au cours d'une activité ; et

- les difficultés ou risques que présentent le partage des résultats ou conclusions.

Cette approche repose sur le principe que le droit du pays source à l'information peut être restreint selon que de besoin pour s'assurer que tant l'utilisateur que le pays source reçoivent une valeur équitable, sur la base de leur contribution. Elle reconnaît qu'en comparaison avec les autres intrants, les contributions du pays source sont beaucoup plus élevées lors de la collecte et des premières phases d'analyse plutôt que dans les phases plus avancées de la Recherche et Développement (R&D). Selon cet argumentaire,

l'utilisateur peut restreindre le partage des résultats de la recherche qui interviennent ultérieurement en imposant des restrictions sur l'utilisation des informations partagées, ou en ne communiquant qu'une partie de ces résultats.

Cette approche se heurte parfois à deux types de difficultés : l'importance de la ressource génétique et l'intérêt manifesté par le pays source. Dans le cadre de certaines applications, la ressource génétique et les résultats de la recherche qui en découlent ne constituent qu'une partie de l'élaboration d'un produit. Cela peut contribuer à régler le problème de R&D. Dans ces situations, l'approche axée sur la « contribution relative » fournirait une base claire pour déterminer les droits des utilisateurs. Dans d'autres cas cependant, l'existence du processus dépend entièrement des ressources génétiques. Par exemple, les recherches permettant d'examiner les caractéristiques particulières du poison présent dans la peau de la grenouille tricolore n'auraient jamais été entreprises si ces caractéristiques n'avaient pas existé. Même si l'utilisateur contribue considérablement au développement de l'information, on ne peut considérer à aucun moment du processus que la contribution des ressources génétiques est mineure étant donné leur importance dans l'ensemble des travaux, même lorsque les recherches sont axées sur la synthèse d'un nouvel élément chimique doté de propriétés spéciales. D'un point de vue contractuel, en l'absence de grenouille, il n'y aurait jamais eu de prince (produit).

Lorsque les principes de partage juste s'appliquent aux informations issues de la recherche, ils se basent sur des « hypothèses standards » quant aux intérêts de l'utilisateur et du pays source, car le type d'utilisateur et ses objectifs varient considérablement selon les cas. Un utilisateur commercial qui investit dans la recherche et le développement peut avoir tout intérêt à conserver les résultats de la recherche, de l'analyse et autres informations confidentielles, afin de s'assurer que ses concurrents ne peuvent utiliser ces données. Dans ce cas, les intérêts du pays source et de l'utilisateur sont très proches. Si le pays source a le droit de recevoir une « part des avantages » qui découlent de l'innovation, il souhaitera garantir et optimiser les gains, y compris en empêchant d'autres personnes d'utiliser ces informations. Dans ce type de cas, il est justifié de retarder le partage des données : plus l'accès aux données est restreint, moins il y aura de possibilité de « fuite » vers d'autres utilisateurs (les intérêts propres priment sur ceux de l'organisation ou de l'entreprise).

Lorsque les recherches sont entreprises ou exploitées à des fins non commerciales, la volonté altruiste du chercheur peut être contraire aux « meilleurs intérêts » du pays. L'utilisateur qui publie des données sans but lucratif [306] a décidé de donner à tous accès aux informations concernant des ressources génétiques particulières. En effet, le pays source ne peut dès lors recevoir qu'une part dérisoire des avantages par rapport aux bénéfices dont jouit le monde entier. Même si certains pays choisiront cette option, beaucoup considèrent qu'un utilisateur commercial saura mieux servir les intérêts du pays en termes de partage des avantages.[307]

5.4.1.3 Types de paiements

Une autre question importante se pose en matière de partage des avantages : le type de paiement. Dans la pratique, au moment de la parution de cet ouvrage, relativement peu de contrats de partage des avantages prévoient le versement d'une partie des gains, brevets et autres avantages obtenus par l'utilisateur. Ce type de paiement (appelé « redevances » dans le secteur des maisons d'éditions et autres secteurs) peut poser des problèmes aux utilisateurs qui seront tenus de se soumettre à des procédures comptables très strictes, afin de fournir des livres comptables précis contenant tous les éléments à prendre en compte pour déterminer ledit versement. Cela peut limiter la capacité des utilisateurs à conclure d'autres contrats.

Par voie de conséquence, les entreprises et institutions à plus grande échelle décident souvent de reporter la publication des résultats, notamment lorsque ceux-ci donnent lieu à une découverte ou une innovation exploitable/brevetable mais que selon

[306] Dans de nombreux cas, grâce à sa publication, le chercheur obtiendra de la notoriété, une progression dans le milieu universitaire ou autres avantages qui ne peuvent être partagés.

[307] Le cas de la grenouille tricolore (Mgbeoji, 2006) illustre parfaitement ce principe, étant donné que l'information publiée sans retour commercial a été par la suite utilisée par un certain nombre d'entreprises dans les brevets de synthétiques. Cela illustre également la valeur et l'impact que pourrait avoir le système des brevets sur les pays source. En fait, le brevet de l'utilisateur permet de préserver la valeur qui permettra d'optimiser la part qui revient au pays source. Toutefois, il convient de rappeler que le système habituel ne permet pas au pays d'utiliser ou d'intervenir dans l'utilisation de ses propres ressources génétiques.

l'entreprise, d'autres innovations techniques permettront d'accroître la rentabilité ou l'efficacité de son application. Dans ce type de cas, même si un brevet est déposé, ce concept ne pourra être utilisé, ou très marginalement.

Par conséquent, les contrats APA prévoient en général de « quantifier » le partage des avantages et d'identifier d'autres types de paiements qui remplaceront alors le partage direct d'avantages qui autrement ne pourraient être partagés après une période prolongée et imprévisible ou qui pourraient être reportés par décision stratégique de l'entreprise. Les Lignes directrices de Bonn identifient une longue liste de types de paiements éventuels,[308] notamment :

- *paiement de type monétaire*
  Il s'agit souvent de paiements anticipés, échelonnés, redevance (comme évoqué ci-dessus), des droits de licence[309], des « frais spéciaux devant être versés au fond d'affectation spécifique d'appui à la conservation et à l'utilisation durable de la biodiversité » (type de paiement monétaire limité), financement de la recherche ;

- *autres types de paiements concrets sur la base de la valeur commerciale* [310]
  Il est possible de déterminer la valeur commerciale d'un certain nombre de droits, par exemple, le droit de participation à des co-entreprises ;[311] « la propriété conjointe de droits de propriété intellectuelle pertinents », le transfert de connaissances et de technologie et autres relations juridiquement contraignantes, à la place d'une part directe sous forme monétaire ou de bien ;

- *« avantages non monétaires »*
  Un certain nombre d'avantages échappent totalement à l'analyse commerciale monétaire. Par exemple, un contrat peut simplement prévoir un partage direct des résultats de la recherche et de la mise en valeur ; un accès aux informations scientifiques ; « collaboration, coopération et contribution aux programmes de recherche scientifique et de mise en valeur, » ; un droit général à « participer au développement de produit, éducation et formation », l'accès aux installations et bases de données relatives aux ressources génétiques ; » renforcement des capacités de type divers ;[312]

- *avantages moins directs ou moins tangibles* [313]
  Un certain nombre de conditions (amélioration de la situation générale du pays source) peuvent être considérées comme des moyens de paiement contre l'accès ou/et la « quantification » des ressources génétiques, notamment :

  a. les contributions à l'économie locale ;

  b. la recherche axée sur les besoins prioritaires, tels que la santé, la sécurité alimentaire, la prise en compte des usages internes des ressources génétiques dans les pays fournisseurs ;

  c. les relations institutionnelles et professionnelles qui peuvent découler d'un accord d'accès et de partage des avantages et activités ultérieures de coopération ;

  d. les avantages en matière de sécurité alimentaire et de moyens de subsistance ; et

  e. la reconnaissance sociale.

---

308 Lignes directrices de Bonn adoptées par la COP-CDB, décision VII-24.A, annexe II.

309 Cet aspect (droits de licence en matière de commercialisation) n'est pas clairement indiqué ou expliqué dans les Lignes directrices de Bonn. Cela signifie certainement soit que le pays source recevra une part de ces droits versés à l'utilisateur au titre de l'exploitation des ressources génétiques ou de l'innovation basée sur la ressource génétique (une sous-catégorie des « redevances »), ou autre.

310 Ils font partie des paiements monétaires mais sont différents du point de vue juridique, contractuel et pratique.

311 Le terme employé est simplement « co-entreprise » mais fait référence à la participation du pays source.

312 Les objectifs de la CDB qui sous-tendent ces activités sont évoqués en détail dans le CODA plus bas.

313 Ces avantages sont séparés dans la mesure où il n'est généralement pas possible de les appliquer en tant qu'avantages dans ce formulaire. Des avantages concrets peuvent être établis dans l'une quelconque de ces catégories, par exemple, en (i) précisant une activité ou paiement pour contribuer à l'économie locale, (ii) s'engageant à entreprendre un projet de recherche spécifique ; (iii) s'engageant à un marquage particulier ou autre mesure pour que le public soit informé de la contribution de la source, etc.

L'acceptation de ces types de paiements en vertu des obligations de partage des avantages est habituellement fixée dans un accord contractuel (CCCA). Selon un droit classique des contrats, un tel accord doit prévoir une part équitable si les négociations ont été menées de façon juste et que toutes les parties se soient acquittées de leurs responsabilités. Ces concepts apparaissent à l'Article 15, et font l'objet de deux exigences : les pays source doivent donner leur « consentement préalable en connaissance de cause » à l'accès,[314] et les parties à l'accord APA doivent convenir des conditions selon lesquelles l'accès sera accordé et les avantages partagés. Toutes ces dispositions intègrent la totalité des principes juridiques qui garantissent un contrat équitable, étant donné que le consentement ou l'acceptation d'un contrat ne sera pas contraignant si l'utilisateur a dissimulé des informations ou mal informé les représentants du pays source au cours des négociations.

Dans la mesure où les négociations se sont déroulées de façon équitable, il est recommandé de se baser sur l'accord fixé par les parties pour déterminer la valeur et le type de paiement afin de satisfaire l'obligation de partage des avantages. Cette approche évite d'avoir à déterminer les besoins, intérêts, plans et autres facteurs particuliers qui, pour un pays source, entrent en ligne de compte pour déterminer la valeur des différents types de paiements.

5.4.2 Principes et objectifs d'équité

Dans la législation et autres mesures visant les utilisateurs, les questions d'évaluation se posent principalement en l'absence de contrat APA ou lorsqu'il a été conclu de façon inéquitable ou que l'une des parties n'a pas honoré cet accord. Dans ce type de cas, la loi devra prévoir des normes, à la fois pour déterminer la valeur de la part du pays source mais aussi le type de paiement (selon les moyens).[315] De telles normes servent de base à l'évaluation de l'équité et de la teneur des contrats APA dans certains systèmes juridiques.

Par certains aspects, le concept d'équité peut fournir des orientations des plus utiles sur les aspects de partage et d'avantage APA. L' « Equité » peut avoir de nombreuses acceptions, mais son sens juridique très précis. Dans certains pays où prédominent les principes de Common law, des règles juridiques spéciales appelées « principes équitables » ou « équité » existent pour s'assurer que les lois sont justes et rigoureuses. Certains considèrent qu'en incluant la référence à l'équité (un concept très connu en droit) dans la CDB, l'intention des négociateurs était d'appliquer ces principes. Néanmoins, il apparaît aussi clairement que la référence générale dans la CDB est insuffisante pour intégrer les principes d'un système juridique ou catégorie de systèmes juridiques. Le terme doit plutôt être perçu comme un indicateur des principes internationaux. Par conséquent, selon les systèmes juridiques, le terme « équité » désigne un type d'action gouvernementale, un concept d'équité sociale, un concept moral ou encore la justice divine. Dans un instrument juridique international, son application est moins spécifique et le terme désigne « un aspect de la loi et un raisonnement juridique ».[316]

L'équité est un concept juridique versatile et adaptatif qui permet d'englober des concepts nouveaux, en particulier des concepts plus complexes, moins précis ou moins concrets que d'autres principes juridiques comparables. En effet, l'équité fait davantage référence au caractère juste qu'à des formules d'évaluation spécifiques. L'application de l'équité ne se limite pas à la « fourniture d'une valeur juste en

---

[314] L'expression « en connaissance de cause » fait référence à un principe fondamental du droit des contrats, à savoir que le pays source devrait avoir accès à toutes les informations pertinentes avant de prendre une décisison. Ces questions sont examinées en détail in Bhatti *et al.*, 2007, volume 4 de la présente Série, partie I.

[315] Les négociations portent souvent sur les combinaisons d'avantages qui renforceront la valeur pour le pays source et réduiront les coûts pour le pays utilisateur. Prenons l'exemple d'un utilisateur qui accepte de payer 100$. Durant les négociations, l'utilisateur peut proposer de donner 50$ en espèces et du matériel pour une valeur de 65$. La valeur perçue par le pays source est donc supérieure. Quant à l'utilisateur, il peut obtenir le matériel pour 35$. Cela signifie que l'utilisateur a dépensé 85$ et que le pays source reçoit 115$, les deux parties sont gagnantes. De toute évidence, l'efficacité commerciale de ce type de substitution dépend de la valeur que représente le bien de substitution pour les parties.

[316] Todd et Watte, 2005, « Equity and Trusts », p. 1. (la phrase complète est la suivante : « le terme « équité » peut être utilisé pour décrire une forme de justice sociale ou moralité, ou même un aspect de la justice divine, mais dans le contexte actuel de l'étude du droit, le terme « équité » désigne simplement un aspect du droit et du raisonnement juridique ».)

contrepartie des biens fournis ». Il faut aussi prendre en compte le calcul et la compensation des contributions officielles et officieuses, les profits injustes, l'accès équitable aux avantages des ressources collectives (développées ou fournies), la répartition équitable des ressources communes et autres aspects de la « vraie justice ».

Dans les premières sections du présent chapitre, nous avons vu qu'il était quasiment impossible d'évaluer les « ressources génétiques » de propriété exclusive. Par conséquent, on ne peut guère parler de « contrepartie équitable » des ressources génétiques. Cependant, la CDB ne prévoit pas une « contrepartie équitable » aux ressources génétiques, mais une part juste et équitable des avantages qui en découlent. Cela montre qu'il existe d'autres façons d'évaluer le partage des avantages que la tentative vaine d'attribuer une valeur à chaque ressource génétique. Les principes d'équité nous obligent à aborder la question sous un angle différent :

- Dans certains cas, le principe d'équité peut signifier une contrepartie au titre d'une *contribution historique* d'un pays ou d'une communauté qui, au cours des siècles, a adopté des pratiques qui, bien que peu rentables financièrement, ont abouti à un niveau de conservation et de préservation des variétés traditionnelles.

- De même, l'équité intervient également lorsque l'on se demande si un produit ou une innovation aurait pu être développé sans la ressource génétique. Si l'existence de propriétés de la ressource génétique est le substrat du développement de l'innovation ou du produit, la contrepartie à sa contribution au produit final doit donc être plus élevée.

- Enfin, l'équité peut intervenir dans la *contribution biologique dans un sens plus large* ayant permis l'existence de ces ressources génétiques, le besoin de protéger l'ensemble de l'écosystème sur une longue période contre de nombreuses menaces, pour que les ressources génétiques soient aujourd'hui disponibles. Cette théorie sous-tend l'ensemble du cadre de la CDB, et justifie tout spécialement son inclusion dans l'APA.

5.4.2.1 Références à l'équité dans la CDB et les Lignes directrices de Bonn

Dans la CDB, l'emploi du terme « équitable » ne peut être uniquement guidé par la tradition juridique d'un pays ou d'une catégorie de systèmes juridiques. Il doit plutôt reposer sur un fondement plus large, à commencer par les termes de la CDB, les Lignes directrices de Bonn et les principes du droit international.[317] Dans la Convention cependant, l'exigence d'équité est principalement exprimée par l'emploi du terme « équitable », dans la description de l'objectif général de la Convention et dans la description spécifique du partage des avantages et exigences en matière de transfert des technologies.[318]

Le concept d'équité apparaît également dans les Lignes directrices de Bonn, mais il est uniquement axé sur le pays source, et sur la question de savoir comment les avantages devraient être répartis. Même si cette question relève uniquement du pays source, les Lignes directrices reconnaissent l'objectif d'équité plus large de la Convention, en observant que :

> *les avantages devraient être partagés de manière juste et équitable entre tous ceux qui ont été identifiés comme ayant contribué à la gestion de la ressource et au processus scientifique et/ou commercial, notamment des organismes gouvernementaux, organismes non gouvernementaux ou établissements universitaires et communautés autochtones et locales. Les avantages devraient être répartis de manière à promouvoir la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique.*[319]

Aux fins d'application nationale et multinationale, ces deux références donnent peu d'indications sur l'impact du terme « équitable » sur le système APA. Cependant, des principes équitables qui ont déjà été acceptés dans le droit international peuvent fournir des orientations partielles. Les sections suivantes font brièvement la

---

[317] La Convention de Vienne sur le droit des traités observe cette progression, tout d'abord à l'article 31.1 : « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Les articles 31.3 et 32 précisent que les pratiques ultérieures et le droit international sont également appliqués lorsque des zones d'ombre subsistent dans le texte.

[318] Les Articles premier et 15.7 de la CDB. L'Article 19.2 engage les Parties à « encourager et favoriser l'accès prioritaire, sur une base juste et équitable ». L'expression « partage équitable » est également employée à propos des connaissances traditionnelles (voir le 12ème paragraphe du dispositif ; Article 8.j) et a plutôt un caractère exhortatif qu'obligatoire.

[319] Art 48 des Lignes directrices de Bonn.

synthèse de ces principes et examinent la manière dont l'équité devrait être appliquée au titre de l'application de l'Article 15 par l'utilisateur.

5.4.2.2 Principes d'équité reconnus au niveau international

La corrélation entre le terme « équitable » énoncé à l'Article 15.7 et les grands principes d'équité bien connus des pays anglophones[320] est plus floue lorsque le terme est traduit dans d'autres langues, car il est utilisé différemment selon que les pays ont adopté le système romain ou le *Code Napoléon* (ou ne représente pas le même ensemble de concepts).[321] Dans le droit international, de nombreux principes d'équité ont été officiellement reconnus, par le biais d'un processus permanent qui examine la pertinence des concepts juridiques des différents pays et identifie les « principes généraux du droit international ».[322]

La pratique internationale tient compte, sans nul doute, du principe d'équité,[323] en particulier lorsqu'il en est fait expressément mention dans un instrument international. La capacité de l'équité à reconnaître des conditions et situations qui ne sont pas encore protégées par des droits juridiques établis, tels que reconnus par le droit international, intéresse tout particulièrement l'APA et la CDB. Même si la préservation de la diversité biologique, qui est désormais reconnue comme un bien lucratif, n'est pas protégée par des droits juridiques, certains pays y ont plus largement contribué que d'autres. L'équité reconnaîtrait cette contribution en octroyant un droit de partage, lorsque le bien est vendu ou qu'il génère des avantages financiers.

Afin d'appliquer le concept « d'équité » qui apparaît dans l'APA, il est utile d'examiner les exemples suivants de principes équitables pouvant s'appliquer aux actions individuelles qui ont été reconnues dans le droit international[324], en termes d'application à l'APA.[325]

[a] Contribution historique

L'équité comprend entre autre la reconnaissance de la contribution historique : les pratiques juridiques et contractuelles devraient reconnaître et récompenser ceux qui se sont engagés dans des actions de grande ampleur qui ont contribué à la valeur d'une propriété, droit ou autre bien. Dans le contexte APA, ce principe suggère que la préservation historique par certains États de leur biodiversité est reconnue comme une réussite concrète. De nombreux États qui jouissent d'une grande biodiversité ou ont de nombreuses espèces endémiques[326] considèrent que leurs structures industrielles et commerciales et autres outils de développement financier sont moins développés que ceux des pays utilisateurs. À l'évidence, ces deux conditions sont liées : un pays doté de structures industrielles développées pourrait les avoir établies au détriment de ses richesses biologiques. Un pays qui ne s'est pas (ou a choisi de ne pas) se développer de cette

---

320 Comme quasiment toutes les négociations au niveau international, celles de la CDB se sont déroulées principalement en anglais. Alors que les débats en plénière et les réunions des sous-comités (« groupes de travail ») bénéficiaient d'interprétation simultanée, l'anglais était la langue principale (sans services d'interprétation) dans les travaux de nombreux « groupes de contact », « amis du président » et autres petits groupes de négociations qui ont établi une grande partie de la terminologie. En outre, dans de nombreux cas, des projets de documents et des propositions étaient distribués en anglais uniquement.

321 En général, les mêmes principes de base existent dans les pays de droit civil et romain et autres systèmes juridiques, mais sont exprimés différemment et ne font pas l'objet d'un organe séparé.

322 Le Statut de la Cour internationale de justice stipule que « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » sont les principales sources en droit. Article 38 (1) c.

323 Bien que l'application des principes équitables du droit international ne soit pas aussi bien interprétée que par le droit national, ils sont appliqués, sans recours à l'adoption. Cf.exemple, les cas du plateau continental de la Mer du nord, rapports de la CIJ (1969), 3, 48–50 (élaboration de principes équitables relatifs à la délimitation maritime, stipulant qu'aucune règle d'un traité ou du droit coutumier existante ne s'appliquerait équitablement).

324 Les réflexions suivantes sont axées sur les principes d'équité de l'action privée, abordés par le passé au niveau international. Il existe, en outre, un certain nombre de principes internationaux (régissant les relations entre les pays liés par des accords internationaux, soit le « droit public international ») résolument axés sur des objectifs d'équité. Par exemple, le droit international reconnaît généralement le principe de ex injuria non oritur jus, qui prévoit qu'aucun avantage ne peut être reçu de la commission d'un acte illégal, ainsi que le principe ex aequo et bono qui signifie que les décisions doivent être prises « selon ce qui est équitable et bon ». En vertu de l'article 38(2) de la CIJ, il s'agit de droit et devoir fondamentaux de la cour dans sa prise de décisions. Enfin, il est habituel que la jurisprudence internationale examine ou s'interroge sur des décisions de lege ferenda, c'est-à-dire la loi telle qu'elle devrait être si les règles étaient modifiées pour être conformes aux bonnes politiques. Il s'agit de principes équitables par essence étant donné que le terme « équité » est utilisé dans le droit interne de la plupart des pays anglophones.

325 Parmi les autres concepts d'équité dans la Common law relatifs à l'APA, et susceptibles d'être appliqués à l'avenir, on peut citer la reconnaissance d'une responsabilité commerciale d'une partie à une transaction. Une personne sera réputée « de facto (ou presque) fiduciaire » si elle entreprend des activités qui reposent sur la confiance d'autres personnes envers elle. Dans ce cas, elle sera responsable des droits et des intérêts de cette autre partie, en particulier lorsque celle-ci est légalement ou dans la pratique incapable de protéger ses propres intérêts.

326 Les pays (composés principalement de déserts et tundra) qui ne possèdent pas un grand nombre d'espèces peuvent néanmoins abriter quelques espèces très rares. Cf. Windberg, 2004.

manière, n'a pas profité d'avantages susceptibles d'accroître les revenus et les moyens de subsistance. Sa diversité biologique a été obtenue au prix d'un processus historique qui peut désormais être reconnu et compensé en vertu de principes équitables.

Par conséquent, lorsque des ressources biologiques et génétiques préservées sont transformées en un avantage commercial individuel, les concepts et l'équité AP peuvent servir à compenser cette contribution historique.[327] Mais surtout, cette contribution n'était pas axée sur la préservation d'une espèce, mais sur l'ensemble de l'écosystème et les facteurs physiques qui lui ont permis de prospérer. Cela implique que les principes équitables doivent viser la conservation de l'ensemble de l'écosystème, dans l'évaluation de l'équité du partage des avantages. Il peut être pour cela nécessaire d'élargir le champ d'évaluation de la contribution du pays source (afin d'évaluer le niveau de « partage » qui serait équitable).

[b] Enrichissement sans cause – *(quantum meruit)*
Ce principe stipule qu'une personne ne devrait pas tirer injustement profit de la situation d'une autre et obtenir des avantages qui devraient appartenir, du moins en partie, à cette autre personne. À titre d'exemple, considérons qu'un agriculteur empiète par mégarde sur le terrain de son voisin et qu'il y cultive, plante et récolte des cultures. Sur la base d'une loi qui prévoit que le propriétaire de l'exploitation possède les cultures qui y sont récoltées, le voisin procède aux récoltes et vend les cultures. Même si la loi n'est pas transgressée, le résultat est injuste : l'agriculteur a pris à sa charge tous les frais et ne devrait pas payer un si lourd tribut pour son erreur. Le concept d'équité conduirait au partage des gains ou à la rétrocession d'un montant raisonnable, sur la totalité des gains obtenus par l'agriculteur, au titre de la location du terrain.

Dans le domaine des ressources génétiques, l'équité signifie que les entreprises ne devraient pas être autorisées à tirer des gains à partir de produits basés sur des ressources provenant de pays en développement et communautés locales sans contrepartie ou autre reconnaissance de cette contribution.

[c] « Les mains propres »
La théorie des « mains propres » prévoit que toute personne ayant enfreint les principes d'équité ne peut se retourner contre une autre personne pour ce même motif.[328] Dans le contexte de l'APA, cela ouvre une perspective intéressante : la conformité/respect par le pays aux règles d'accès APA peut être subordonné, d'un point de vue juridique ou d'équité, à d'autres conditions nécessaires à l'accès, outre les engagements pris par l'utilisateur. Par exemple, le contrat APA peut contenir une clause exigeant de l'utilisateur qu'il n'exploite les ressources que dans un pays ayant pleinement respecté les obligations APA, c'est-à-dire un pays ayant adopté les mesures destinées à l'utilisateur.

5.4.3 Implications pratiques de l'équité dans l'APA

La seule norme juridique exprimée dans le contexte de l'APA est l'obligation que le partage des avantages soit « juste et équitable » et elle pose pourtant un problème d'interprétation. On peut en conclure que cette norme est, à l'heure actuelle, dépourvue de sens, et cela implique l'adoption de nouveaux principes et mécanismes juridiques précis.[329] La deuxième possibilité est de reconnaître le corpus de lois et de principes existant qui applique et explique ces normes, et qui s'est développé au fil des siècles pour être incorporé au droit international par le biais de décisions juridiques et d'accords internationaux.

---

[327] Le groupe d'experts sur l'APA de la CDB s'est fait l'écho de cet avis. Il a noté que « les avantages devraient être partagés de manière juste et équitable par tous ceux qui ont contribué à la gestion des ressources et processus scientifiques et/ou commerciaux ». Rapport de la deuxième réunion du groupe d'experts, publié sous la cote UNEP/CBD/WG-ABS/1/2 (2001), paragraphe 110. L'objectif était de souligner que tant les contributions historiques qu'actuelles entrent en ligne de compte.

[328] Cf. détournement des eaux de la Meuse (1937) PCIJ, Ser. A/B, n°70 p.77.

[329] Cf.exemple, Dross et Wolff, 2005, cités à la section 5.6.2. ou récemment dans une déclaration lors d'un atelier intitulé « la promotion de la justice sociale et l'équité dans la conservation en vertu de la CDB » (Forum mondial de la Nature, 18 novembre 2004) : « on ne sait absolument pas ce qu'on entend par « moyens équitables ». Il s'agira d'un concept dépourvu de sens, tant que les négociations sur le régime international n'auront pas fourni de précisions ».

Autrement dit, « l'équité » est une norme qui existe en droit depuis plus de 3 000 ans.[330] Les cours de justices nationales, les arbitrages et autres processus juridiques se sont fondés sur l'objectif premier d'équité, et au fil des ans ils ont élaboré un ensemble de lois et de principes pour préciser et appliquer cet objectif. Ces avancées juridiques permettent à ceux qui feraient l'objet d'un procès reposant sur des normes d'équité de prévoir de manière relativement sûre l'issue de ces procès et d'anticiper toute action ou plainte d'iniquité (ou piraterie) en agissant de manière équitable. Le concept « d'équité » englobe un ensemble de principes, qui fournit un cadre conceptuel permettant au tribunal de déterminer les montants dus à un demandeur ayant gain de cause. Ces principes ont pour objectif « la compensation » de la partie lésée, qui est ainsi dédommagée. Par exemple, si un utilisateur a utilisé des ressources génétiques sans conclure d'accord APA, les principes d'équité peuvent aider les tribunaux à créer cette relation *post facto*.

Dans la plupart des pays, toutes les actions en justice reposent sur les principes généraux d'équité. En outre, les lois prévoient souvent des dispositions particulières expliquant comment les principes d'équité peuvent être appliqués à certaines situations, notamment nouvelles ou uniques. L'un des résultats importants de la « codification » des principes juridiques fondamentaux est la sécurité juridique. Lorsqu'une personne ou entité s'efforce de développer une relation commerciale (contractuelle, législative ou autre) fiable, elle doit pouvoir se fier à cette relation et prendra les mesures nécessaires à cette fin. En général, cela consiste à respecter la primauté de la loi et les principes d'application.

Dans le domaine de la sécurité juridique, l'APA présente un certains nombre de défis pouvant être abordés principalement en fixant une compréhension commune des concepts d'équité. À moins qu'une loi nationale ne délimite clairement des principes et des normes sur lesquels toutes les parties APA peuvent se fonder, la possibilité que cet accord soit annulé parce que jugé « inéquitable » dissuadera les utilisateurs jusqu'à ce que des normes fiables soient adoptées. Bien que les réflexions APA sur la sécurité juridique aient été axées sur des négociations et des mesures réglementaires concernant les pays en développement, des normes d'utilisateur sont également nécessaires. Par exemple, le droit norvégien prévoit que tout contrat peut être annulé si un tribunal le juge injuste, même si le contrat respecte toutes les normes d'application (consentement mutuel et juste, transparence, absence de fraude ou d'incapacité des parties, etc.). À moins que les pays ne conviennent de principes d'équité au niveau international dans le contexte de l'APA, tant les pays source que les utilisateurs se verront affectés par un manque de sécurité juridique au cas où ils engagent un recours ou autre procédure juridique dans le pays utilisateur.

Lorsque le pays source est inconnu ou que celui-ci refuse une utilisation, les défis à relever sont d'autant plus complexes.[331] Les principes d'équité convenus dans le cadre de l'APA doivent permettre de déterminer comment les avantages seront recueillis et utilisés ou répartis. Ils doivent aussi prendre en compte les droits du pays source qui refuse une utilisation particulière.

5.5 Un concept d'équité plus large : la réalisation du troisième objectif

L'évaluation ou l'analyse de l'équité se heurte également à des préoccupations plus larges : les intérêts des communautés locales, nationales ou mondiales, souvent appelés « intérêt public ». Ils constituent deux des principaux piliers sur lesquels repose la CDB : les trois objectifs de la CDB énoncés à l'Article premier et la reconnaissance expresse de l'Article 3 du fait que « les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources [y compris les ressources génétiques] selon leur politique d'environnement ».[332] Ces

[330] En fait, les normes de transactions équitables, devant s'appliquer lorsqu'une partie utilise le bien d'une autre partie ou cause sa perte, étaient déjà présentes dans les premiers codes. Cf. exemple, le Code d'Hammurabi, dont la version complète en anglais peut être consultée à l'adresse suivante : http://www.wsu.edu/~dee/MESO/CODE.HTM.

[331] La CDB prévoit expressément que le pays source fournit uniquement un accès aux « utilisations écologiquement rationnelles ». On ne sait pas si ou comment cette disposition s'appliquera à l'utilisation et au partage des avantages, cependant, la nature de l'utilisation est un élément qui peut faire partie des CCCA. Cf.les Lignes directrices de Bonn, 44.b.

[332] L'Article 3 prévoit dans son intégralité que « conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités

dispositions soulignent l'intérêt du public pour la durabilité de la diversité biologique à tous égards[333] dans le cadre de la responsabilité de chaque État de conserver et utiliser durablement la diversité biologique. Sans ces objectifs, l'APA n'existerait pas ; par conséquent, tout examen du fonctionnement du régime APA doit prendre en compte les intérêts plus larges du public et l'influence de l'accès, l'utilisation et le partage des avantages des ressources génétiques sur ces intérêts. En reconnaissant la valeur des ressources génétiques et en prévoyant un mécanisme pour que les pays obtiennent une part de cette valeur, la CDB s'efforce de créer et de renforcer des mesures incitatives pour préserver la biodiversité, afin de conserver cette valeur intacte.[334] Le développement et le fonctionnement de ce mécanisme incitatif doivent être pratiques.

Aucun contrat, négociateur ou même organisme gouvernemental chargé des intérêts publics ne peut répondre aux intérêts mondiaux en matière de biodiversité, sécurité alimentaire et santé, pour la simple raison qu'aucun pays ne peut atteindre ces objectifs seul. Peu de pays (et quasiment aucune communauté ou individu) seront disposés à renoncer à leur droit, à une part commerciale ou autre part lucrative des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, lorsque tous les autres pays (communautés ou individus) reçoivent des parts. Tant que les processus APA reposeront sur des négociations commerciales/financières, ils seront globalement incapables de reconnaître les intérêts plus larges du public en se basant uniquement sur des contrats ou autres actions au niveau local et national. Même au niveau mondial, il est difficile de reconnaître et de trouver un équilibre entre tous les intérêts.

Cela implique de réévaluer la valeur ajoutée pour la société en tenant compte de l'utilisation des ressources génétiques. Lorsque les utilisations se basent sur des besoins plus larges, la biotechnologie apporte une valeur ajoutée à la société.[335] La valeur sociale potentiellement créée par des activités agricoles, pharmaceutiques et autres, considérées comme « utilisant » dans une grande mesure les ressources génétiques est élevée et peut même être inestimable pour les pays en développement et pour les objectifs de la CDB, si elle peut servir à la conservation de la diversité biologique.

5.5.1 Préservation de la diversité : vers une reconnaissance du lien entre le caractère unique d'une ressource génétique, son écosystème, et sa valeur

Le troisième objectif de l'Article premier de la CDB a pour rôle de favoriser et soutenir les deux autres objectifs (« conservation de la diversité biologique et utilisation durable de ses éléments »). Les moyens cependant restent flous. À tout le moins, il apparaît clairement que l'APA ne peut atteindre cet objectif par le biais uniquement d'une approche économique ou commerciale, ni par des mécanismes d'équité individuelle.

La valeur d'une ressource génétique réside davantage dans ses qualités uniques que dans la quantité de matériel biologique vendu. De nombreuses utilisations ne font appel qu'à une très faible quantité de matériel biologique pour explorer et exploiter les ressources génétiques d'une espèce.[336] De toute évidence, la valeur de la ressource ne se reflète pas dans le coût du bien au moment de l'achat ou de l'acquisition du matériel biologique à partir duquel la

exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale ». Il est complété par l'Article 15.1: « Étant donné que les États ont droit de souveraineté sur leurs ressources naturelles, le pouvoir de déterminer l'accès aux ressources génétiques appartient aux gouvernements et est régi par la législation nationale ».

333 La CDB reconnaît expressément la nature à long terme de ces intérêts dans le 22ème paragraphe du dispositif qui stipule que les Parties sont « déterminées à conserver et à utiliser durablement la diversité biologique au profit des générations présentes et futures ».

334 Ce lien est particulièrement reconnu par le gouvernement des États-Unis par le biais de l'ICBG du National Institutes of Health : « les efforts actuels en matière de bioprospection reposent sur l'idée que la conservation dépend du succès commercial de grandes découvertes pharmaceutiques. Selon cet argumentaire, la mise au point d'un médicament important et lucratif génèrera des avantages économiques qui, à leur tour, rendront la conservation économiquement viable ». Rosenthal *et al.*, 7.

335 Hodges, 2005 ; Osman, 2005.

336 Même si cet argument est parfois universel, il n'est pas toujours vrai. Certaines ressources génétiques s'avèrent difficiles ou impossibles à élever, cultiver ou multiplier de quelle que façon que ce soit. Ces ressources ne peuvent être utilisées qu'au moyen de collection en masse d'échantillons biologiques. Meliane, I., « Process Analysis, prospecting for and using marine GR for pharmaceutical purposes » (2003, non publié).

ressource est extraite ou identifiée.[337] Par conséquent, l'élément souvent ignoré qui compose sa valeur est son ***caractère unique***. Des échantillons sont obtenus non pas aux fins de la propriété individuelle, mais pour tirer profit des caractéristiques uniques des espèces. L'utilisateur des ressources génétiques n'utilise pas seulement la fleur achetée mais aussi l'ensemble de l'espèce ou de la variété, soit les unités fonctionnelles de l'hérédité partagées par tous.

Ce dernier aspect est plus important encore pour la valeur des ressources génétiques. Le principal objectif de la CDB est la préservation d'une grande diversité d'espèces au niveau local, national et mondial. Cela doit également être l'un des principaux objectifs des utilisateurs des ressources génétiques, car de leurs efforts dépend l'existence durable de la plus grande diversité de ressources uniques.

Il est alors essentiel de comprendre que la valeur de la ressource génétique repose sur la valeur de la diversité de ressources biologiques, c'est-à-dire la diversité taxonomique des espèces de la planète. La ressource utilisée dans un processus biotechnologique ou activité de recherche particulière n'est pas un spécimen unique ou une espèce unique, mais la *diversité* des espèces, gènes et allèles à partir desquels elle a été sélectionnée, soit par collecte directe dans la nature ou dans des collections *ex-situ*. La perte d'un écosystème peut entraîner ou contribuer à l'extinction d'un spécimen ou d'une séquence génétique utile qui pourrait un jour être à la base d'une découverte capitale. On attendait des négociations de la CDB que cette valeur soit maintenue par une contribution des bénéficiaires de l'utilisation des ressources génétiques au moyen du partage des avantages. L'évaluation des ressources génétiques doit tenir compte à la fois de la préservation de l'écosystème duquel elles proviennent et des coûts de la conservation de l'écosystème.

Si l'on considère les coûts et efforts que représente la création du système APA, il apparaît clairement que la valeur de ce système n'est pas cantonnée à sa capacité à créer un nouveau type de transactions financières. Le défi à relever est d'intégrer la reconnaissance de la valeur de la diversité biologique dans le système d'évaluation du partage des avantages. La question fondamentale est donc : *comment évaluer la valeur de la diversité* ?

5.5.2 La CDB – l' obligation de rendre les ressources génétiques profitables

Au début des négociations de la CDB, l'APA partait du principe que les utilisateurs des pays développés jouissaient des technologies, infrastructures et capacités nécessaires pour tirer profit des ressources génétiques de la biodiversité des pays moins développés. Ces avantages étaient obtenus sans qu'une contrepartie soit versée au pays source, qui était privé de ces avantages du fait de ses pratiques de conservation ou de sa situation moins développée. L'APA était liée à la protection sociale et au fait que certains pays moins développés possèdent la plus grande biodiversité (par habitant ou par hectare) du monde, des pays à qui incombe une très large part de la responsabilité de conservation et d'utilisation durable des ressources.

Pour des raisons pratiques et d'équité, l'APA ne doit pas seulement être considéré comme l'engagement de créer l'APA, mais aussi comme une obligation de le rendre profitable pour les pays en développement. Par conséquent, si les données d'expérience sur l'APA montrent que ce mécanisme ne génère aucun avantage financier pour les pays en développement, les Parties contractantes ont l'obligation de le rendre profitable plutôt que de céder face au fait accompli.

Cet avis est partagé, au niveau intergouvernemental par, à tout le moins, quelques pays développés. Par exemple, selon la CE, l'une des raisons tendant à adopter une législation de mise en œuvre des Lignes directrices de Bonn est la suivante :

Les objectifs de la CDB mentionnés précédemment montrent

[337] Un exemple classique est celui d'un acheteur qui fait l'acquisition d'un sac de haricots sur un marché dans un pays en développement. Puis il utilise ultérieurement leur matériel génétique sans obtenir d'autorisation ou verser une part des avantages. (Ce scénario décrit un cas réel où l'acheteur a planté les haricots et a breveté la progéniture des haricots d'origine en tant que nouvelle variété. Cf. Young, 2006a. De toute évidence, dans le cadre des concepts APA, l'achat ou autre forme d'acquisition d'échantillons physiques ne confère pas automatiquement le droit d'utiliser ses ressources génétiques. Si le droit potentiel d'utiliser les ressources génétiques était inclus dans la valeur de chaque transaction en masse de matériel biologique, les coûts élevés qui en résultent et les difficultés d'évaluation accentueraient les coûts de transaction des biens pour lesquels ces marchés sont à peine préparés.

que selon les négociateurs de la Convention, il était nécessaire d'obliger les entreprises et les instituts de recherche des pays industrialisés de partager les gains découlant de l'utilisation des ressources génétiques. Il s'agit d'une question d'équité : si la CE doit agir, c'est que c'est juste de le faire. [338]

La communauté internationale doit relever le défi de traduire ces mots en actes.

5.6 Corrélation entre les principes économiques, d'équité et d'intérêt public dans la législation APA

L'APA repose sur trois concepts qui sont souvent opposés : l'équité, l'évaluation et l'intérêt public. Afin de jeter les fondements du système APA, il est essentiel d'examiner le rapport entre ces trois principes. Ils posent un défi juridique, celui de concevoir un système juridique commercial ou contractuel à la fois fonctionnel et au service de l'intérêt public. Autrement dit, les pays doivent élaborer des législations d'utilité publique, mises en œuvre par le biais de concepts commerciaux qui reposent sur l'évaluation et sur des principes équitables.

Même si les réflexions sur l'évaluation, l'équité et l'intérêt public relèvent quelque peu de la théorie, ces concepts ont une importance à la fois concrète et fonctionnelle. Des efforts considérables et des ressources financières sont investis pour que l'APA fonctionne comme un système commercial. Pourtant, ni le marché ni les législations nationales n'ont pour l'instant fourni de raisons pour que ce système existe.

Si le système APA ne répond pas aux attentes, il devra être soit réexaminé et modifié (conformément à l'Article 15.7), soit supprimé, empêchant ainsi de contribuer à un objectif très important. Par conséquent, on ne peut laisser l'APA se développer naturellement par des moyens commerciaux. Les mécanismes normaux de contrats commerciaux ne peuvent créer ou refléter les avantages correspondants à l'intérêt public ou au principe d'équité. Les lois, politiques ou autres mesures prises par l'État, en vertu de l'Article 15.7, sont également nécessaires. Côté utilisateur, ces lois posent un problème conceptuel : elles fonctionnent par voie indirecte. Le système d'application de contrats privés séparés ne crée pas (ou ne peut pas créer) les termes d'un contrat entre un autre pays souverain et un utilisateur privé. La législation relative à l'utilisateur doit trouver un moyen de forger cette relation juridique, sans pour autant l'imposer directement.

Comment la législation nationale peut-elle appliquer les critères ci-dessus concernant l'évaluation des ressources génétiques, l'application des principes d'équité et garantir que l'APA serve l'intérêt public ? Le législateur devant appliquer l'Article 15.7, l'utilisateur concerné par ces dispositions et le pays source qui conclut un contrat y ont tous un intérêt.

5.6.1 Réconcilier la valeur, l'équité et l'intérêt public dans l'APA commercial

La création de mesures visant les utilisateurs n'est pas tâche aisée (comme évoqué au chapitre 3). Selon le système actuel, la législation nationale relative aux utilisateurs n'imposerait pas de critères ou pourcentages particuliers aux utilisateurs. Elle permettrait et encouragerait plutôt les utilisateurs à engager des négociations contractuelles et exigerait la conformité/respect aux instruments qui en résultent (CCCA). L'utilisateur et le fournisseur engagent des négociations et fixent un accord.

Même si le droit national des contrats ne choisit pas les thèmes et la teneur des négociations, il leur fournit un cadre. Il consiste habituellement à fixer des limites pour garantir un traitement mutuel juste des parties, établir des conditions juridiques que les parties liées par un contrat doivent respecter, et s'assurer qu'un contrat est effectivement conclu lorsque celui-ci est obligatoire. Tant que les contrats privés répondent à ces normes fondamentales d'équité, la loi prévoit l'interprétation, l'application et le respect des dispositions.

[338] EC, 2003, intitulé « Pourquoi la CE devrait-elle appliquer les Lignes directrices de Bonn ? ».

À cet égard, les mesures APA relatives à l'utilisateur doivent servir divers objectifs. Au niveau commercial/économique, elles doivent exiger et faire appliquer la conformité aux contrats APA mais également créer des mécanismes et des mesures incitatives pour encourager les utilisateurs qui n'ont pas obtenu un tel accord. En termes d'équité, les mesures doivent créer un cadre garantissant que l'application de l'APA repose sur des principes équitables. Elles doivent également permettre ou garantir que le système compense les pays source et fournisseurs à la fois pour la valeur spécifique de la ressource génétique, mais aussi pour son rôle dans l'écosystème, ainsi que pour sa contribution et ses droits historiques et actuels. S'agissant de l'intérêt public international, les mesures doivent garantir le lien entre le système APA et les objectifs de promotion de la conservation et d'utilisation durable, et l'intégration des efforts nationaux et internationaux à la poursuite des objectifs du Millénaire pour le développement. Aucun objectif ne peut être examiné sans tenir compte des autres.

Les dispositions commerciales APA de la législation relative à l'utilisateur peuvent concrètement permettre, orienter et faciliter l'élaboration et les négociations de contrats APA.[339] Charger un organisme public d'accorder des droits sur les ressources naturelles ou autres intérêts nationaux : un pays peut préciser toutes les conditions d'un contrat s'il le souhaite. Les mesures visant les utilisateurs ne peuvent prendre ce genre de dispositions car les pays utilisateurs ne sont généralement pas parties au contrat APA. Par conséquent, la législation doit assumer un rôle très différent : fournir une base rationnelle, légale et équitable permettant de définir et de limiter l'application des lois externes et de contrôler les utilisateurs internes.

La législation APA relative à l'utilisateur peut favoriser l'évaluation, l'équité et l'intérêt public de 5 manières pratiques :

- D'abord, ces mêmes dispositions peuvent fournir *une base juridique d'application*, permettant aux tribunaux et organismes de déterminer s'il y a lieu d'appliquer les lois du pays source ou d'interpréter un contrat APA, et dans l'affirmative, comment.

- Deuxièmement, le gouvernement utilisateur peut fournir indirectement *une base d'évaluation rationnelle et transparente dans les contrats APA*, grâce aux réglementations sur les utilisateurs qui n'ont pas obtenu de contrat APA avec le pays source. En fait, en indiquant comment les exigences APA seront déterminées et appliquées à ce groupe d'utilisateurs, la loi peut servir de base de référence pour guider les utilisateurs lors de la négociation de contrats de partage des avantages.

- Troisièmement, ces dispositions peuvent faire la lumière sur la *différence entre les utilisateurs liés par un contrat APA et les autres*. Pour ces derniers, le gouvernement décidera des mesures nécessaires de partage des avantages. Cela peut constituer une mesure incitative efficace pour que les utilisateurs se conforment aux exigences APA et négocient des contrats APA dès le début de leurs activités.

- Quatrièmement, l'ensemble des mesures visant les utilisateurs indiquent comment les lois des pays source et les contrats négociés en vertu de ces lois *seront appliqués* dans les pays utilisateurs.

- Cinquièmement, au fil du temps, *l'ensemble de ces mesures nationales sur l'utilisateur* pourraient contribuer à définir des bases internationales communes susceptibles d'être appliquées dans les processus APA (CPCC et CCCA) au niveau international. Lorsque les utilisateurs appartiennent à l'État (instituts de recherche parrainés par l'État et autres activités), ils peuvent directement adopter ces principes dans les procédures d'achat, entre autre, principes que toute personne qui négocie avec un pays source pour le compte de son gouvernement est tenue de respecter.

À tout moment depuis l'adoption de la Convention, les mesures visant les utilisateurs auraient pu remplir ces différents rôles. Si ces mesures avaient été prises plus rapidement, un système APA rationnel et fonctionnel pourrait déjà exister, évitant ainsi les négociations actuelles.

[339] Ce concept ne relève pas du mandat de cette législation, mais de nombreux aspects peuvent être déduits des discussions précédentes.

5.6.2 Application pratique de la valeur, l'équité et l'intérêt public

La législation nationale applicable à l'utilisateur doit fournir le maximum d'indications aux utilisateurs, pays source, organismes, institutions et tribunaux pour diriger les décisions vers des conclusions similaires, c'est-à-dire suffisamment uniformes pour que les utilisateurs et les pays source sachent quelles règles et directives s'appliquent et comment les appliquer. Les trois questions clés évoquées au présent chapitre (économie, équité et intérêt public) fournissent des orientations mais leur utilisation se heurte à des difficultés :

L'évaluation et l'application économique : les ressources génétiques (sauf lorsqu'elles sont brevetées par un utilisateur capable de défendre le brevet) sont des ressources presque entièrement non exclusives, hormis le fait que les pays source font valoir des droits souverains pour contrôler leur « accès » et/ou obtenir une part des avantages découlant de l'utilisation. D'un point de vue pratique, ce caractère non exclusif signifie que la législation nationale et les négociations internationales ont pour objectif de les rendre juridiquement exclusives. Les travaux sur l'APA présentent de nombreuses similitudes avec les droits de propriété intellectuelle, pour lesquels un système juridique a été mis en place pour que les auteurs des innovations puissent conférer à ces idées et innovations (quasiment non exclusives) des droits de propriété intellectuelle exclusifs. S'agissant des ressources génétiques, chaque pays possède en théorie ce droit souverain sur toutes les espèces (présentes dans des conditions *in-situ*) provenant de son territoire. Tous les pays ont un intérêt à trouver une position juridiquement cohérente concernant le caractère exclusif de leurs propres ressources génétiques, un intérêt qui ne peut être satisfait que par des mesures visant les utilisateurs.

Le temps est un important défi pratique à relever. Une ressource génétique ne peut être véritablement comprise et évaluée qu'une fois l'utilisation des ressources et le processus de R&D achevés, ce qui peut requérir beaucoup de temps. Cependant, la négociation de la transaction APA se déroule au cours des premières phases, et en général toutes les parties ont intérêt à procéder à un paiement initial au titre du partage des avantages, suivant, dans toute la mesure du possible, les modalités et le calendrier des négociations. La négociation de l'accord aboutit souvent à un compromis à mi-chemin entre la valeur potentielle d'un grand nombre de ressources génétiques lors de la collecte et le pourcentage des gains obtenus dans un avenir relativement éloigné.

L'équité et l'intérêt public : dans certains cas, l'évaluation présente également la difficulté de déterminer une part équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques à l'intention du pays source. Ce calcul impliquera l'élaboration d'un critère unique pour examiner la contribution potentielle de nombreux types d'intrants très différents qui composent le produit ou autres résultats. Des questions supplémentaires se posent lorsque l'on compare la valeur de la part « juste et équitable » des avantages qui reviennent au pays source et le type de paiement effectué (par exemple sous forme d'équipement de laboratoire).

Enfin, l'équité pose un défi encore plus difficile à relever. Peu d'attention a été accordée à la nature et à l'application des principes équitables dans le calcul de la part des avantages qui revient au pays source, bien que cela figure aux Articles premier et 15. Par exemple, dans une publication récente, le « partage des avantages » est évoqué de la façon suivante :

> *Les adjectifs « juste » et « équitable » sont flous. Cela s'explique probablement par le fait que la part adéquate des avantages varie selon les circonstances. En règle générale, les conditions doivent être justes tant pour le fournisseur que pour l'utilisateur.*[340]

De toute évidence, des efforts considérables doivent être consentis au niveau international dans les domaines politique et analytique pour sensibiliser les experts sur la nature de concepts juridiques fondamentaux. L'équité contractuelle est la deuxième raison pour laquelle les efforts actuels doivent tendre vers la fonctionnalité de l'APA. L'APA a été créée en contrepartie pour que les pays en développement puissent participer à la CDB. Il s'agit d'un engagement ferme et contraignant pris par toutes les Parties. Par conséquent, il incombe à tous les pays soit de la rendre fonctionnelle, soit de la renégocier entièrement.

[340] Dross et Wolff, 2005, pp. 56–59 (avec des références supplémentaires).

En appliquant ces principes, il faut reconnaître le rôle du partage des avantages parmi les différents objectifs de la CDB : la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique. Il est aussi étroitement lié à des concepts internationaux d'équité, notamment l'équité intergénérationnelle, la réduction de la pauvreté, la sécurité alimentaire et la santé. Dans le contexte de ces objectifs, une approche contractuelle stricte du processus APA, ainsi que des concepts d'évaluation et de partage des avantages qu'il applique, n'aboutit pas forcément à un résultat juste et équitable.

6 Satisfaire à l'engagement pris par les parties à la CDB sur les mesures d'utilisation

À ce stade, il convient d'essayer de synthétiser et d'appliquer les informations des chapitres 2 à 5 à une réflexion globale sur les mesures pouvant être prises et comment celles-ci peuvent être analysées et élaborées. La première section du présent chapitre (section 6.1) constitue une évaluation juridique de la nature de l'obligation qui incombe à toutes les Parties à la CDB à l'égard des utilisateurs sous leur juridiction. La section 6.2 indique que des mandats juridiques simples et des instruments permissifs ne permettront pas d'atteindre l'objectif de l'utilisateur, à moins que les lois de son pays ne soient élaborées de façon à promouvoir la réalisation de ces objectifs. La section 6.3 évoque les besoins systémiques internationaux et leur rapport avec la réussite ou l'échec des mesures visant les utilisateurs. La section 6.4 présente les principales propositions de l'auteur concernant la manière dont la législation APA relative à l'utilisateur peut être conçue et adoptée, en partant toujours du principe que les défis évoqués aux sections 6.1 à 6.3 peuvent être résolus. La dernière section examine un certain nombre de propositions envisagées au niveau international, leur potentielle application et les facteurs à prendre en considération avant que ces dispositions puissent être adoptées et utilisées.

6.1 Obligation de l'utilisateur : l'adoption de mesures pour atteindre l'objectif le partage des avantages

Même s'il est parfois négligé, le libellé des obligations qui figurent à l'Article 15.7 revêt une grande importance. Ces obligations sont exprimées en termes de *résultats* plutôt qu'en termes de mesures spécifiques. Alors que d'autres dispositions de l'Article 15 appellent des mesures particulières, l'Article 15.7 exige des résultats spécifiques : le partage équitable des résultats et des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques avec le pays source de ces ressources, prélevées dans des conditions *in-situ*. La CDB a sciemment choisi de *ne pas* énoncer de mesures visant à satisfaire l'obligation fixée à l'Article 15.7, et de laisser ce choix ouvert. L'Article 15.7 n'en reste pas moins obligatoire. Par conséquent, l'obligation des Parties est de *parvenir à ce résultat*, quelle que soit la voie juridique, administrative et/ou de politique générale empruntée.

6.1.1 Objectif de partage des avantages

Un pays a, à sa disposition, toute une batterie de mesures, obligations juridiques, politiques et autre mesures incitatives pour s'acquitter de ses obligations en vertu de l'Article 15. Dans sa sélection, le pays doit veiller à ce que ces mesures transforment les comportements de manière à aboutir à un réel partage des avantages. Bien qu'elles ne constituent que des suggestions non contraignantes, les Lignes directrices de Bonn proposent un éventail de mesures limité mais très spécifique, pouvant être utilisé pour satisfaire aux dispositions de l'Article 15.7.[341]

Le degré de conformité à l'APA se mesurera à l'étendue du partage des avantages. À cet égard, l'avenir de l'APA est incertain. Il n'existe presque pas de mesures visant les utilisateurs, et un grand nombre d'utilisateurs estiment qu'ils ne sont pas tenus de se conformer aux règles APA. Si ces mesures continuent de faire défaut, la situation actuelle (partage des avantages pratiquement inexistant) restera probablement inchangée. Dans certains cas, il est largement reconnu que des mesures « contraignantes » sont nécessaires. Cependant, si d'autres types de mesures applicables à l'utilisateur peuvent aboutir à un niveau important de partage des avantages, le type de mesures n'importe pas.

[341] Lignes directrices de Bonn, article 16(d), évoqué à la section 3.1 et examiné dans l'élaboration de recommandations aux sections 6.3.2, ci-dessous. Bien que non contraignantes, ces recommandations ont fait l'objet d'intenses négociations.

Cela montre que les pays sont plutôt libres d'élaborer des mesures visant les utilisateurs permettant d'atteindre les objectifs internationaux de la CDB, en fonction des intérêts nationaux et objectifs des pays utilisateurs. Cependant, si ces mesures sont testées et qu'elles se révèlent insuffisantes pour atteindre les résultats escomptés, la ou les Parties doivent explorer de nouvelles possibilités et formuler de nouvelles recommandations, et éventuellement amender les Lignes directrices de Bonn en conséquence. Une mesure adoptée en grande pompe mais qui n'apporte (directement ou indirectement) rien au processus APA au niveau du partage des avantages n'est pas une mesure significative dans la réalisation des objectifs et obligations de l'Article 15.7.

6.1.2 Les concepts « contraignants/non contraignants » et « volontaires/obligatoires »

Depuis le Sommet mondial sur le développement durable, les pays se sont interrogés pour savoir si les mesures ou le régime APA devaient être « juridiquement contraignants ». Dans ce contexte, des réflexions ont également porté sur la question de savoir si la conformité/respect à l'APA pouvait être obtenu grâce à des mesures « volontaires » d'utilisateur. Ces réflexions se sont heurtées à une compréhension partielle de ces concepts juridiques, notamment des termes « contraignant » et « volontaire ». Une bonne compréhension des termes « contraignant et non contraignant », « volontaire et obligatoire » est une base importante pour toute discussion sur les mesures visant les utilisateurs.

6.1.2.1 La qualification de « juridiquement contraignant »

Il faut rappeler que la qualification de « juridiquement contraignant » concerne des obligations ou engagements particuliers, plutôt que des concepts entiers. Cela signifie que le terme « régime juridiquement contraignant » n'est pas significatif. Un régime est simplement un ensemble de mesures. Les mesures qui composent le régime peuvent être « juridiquement contraignantes », mais le régime en lui-même est simplement « en vigueur » ou « fonctionnel ». Dans le cadre du droit international, les dispositions des accords internationaux sont habituellement contraignantes pour les gouvernements, y compris les accords non obligatoires. Elles ne sont cependant pas directement applicables aux individus ou entités privées avant leur adoption dans le droit interne.[342] Les pays doivent adopter des lois mettant en œuvre les dispositions internationales pour les appliquer aux individus et aux entités sous leur juridiction nationale.

Dans le contexte de l'APA, l'adoption de mesures visant les utilisateurs en vertu de l'Article 15.7 est une obligation contraignante et obligatoire *pour toute Partie à la CDB*. Afin de répondre aux obligations qui découlent de la CDB, tous les pays doivent adopter des mesures conduisant au partage des avantages. Beaucoup de participants aux négociations APA considèrent que pour imposer une *obligation juridiquement contraignante* à tous les utilisateurs de ressources génétiques provenant d'un autre pays, il faut pouvoir disposer d'une législation nationale qui régisse les modalités d'application. À ce jour, cependant, aucun pays (développé ou en développement) n'a adopté de loi à cette fin.

D'autres volets du système APA prévoient, au travers de dispositions contractuelles, des obligations contraignantes pour les personnes privées. Un contrat est contraignant chaque fois que les parties en décident ainsi. Dans le contexte de l'APA, les personnes privées qui s'efforcent d'acquérir des ressources génétiques doivent conclure un accord (conditions convenues d'un commun accord) par lequel elles sont liées.

Il n'est pas difficile de créer des obligations juridiques découlant de la législation ou de contrats et qui sont *en théorie* contraignantes. Il faut pour cela utiliser une formulation contraignante (exemple « l'utilisateur doit… »). En revanche, il est difficile de concevoir un système juridique de façon à ce que les

[342] Dans certains pays, la législation prévoit que tous les accords internationaux deviennent une loi. Bien que cette réponse puisse paraître simple, cela soulève un problème. Les lois internationales décrivent ce que les pays doivent faire mais ne se prononcent généralement pas sur les personnes ou entités. Par exemple, une loi internationale peut encourager les pays à « adopter des mesures juridiques ». Cette obligation ne peut être imposée à des individus. Et tant que ces mesures ne seront pas adpoptées par son pays, l'individu ne peut deviner quelle en sera la teneur. Par conséquent, tant qu'une loi régissant les modalités d'application n'est pas adoptée dans le pays, il n'est pas lié par l'instrument international. Un nombre limité d'instruments sont « d'application directe », c'est-à-dire qu'ils contiennent toutes les dispositions pertinentes d'une loi nationale dans cet instrument international. Les pays qui deviennent parties à un tel instrument peuvent l'appliquer instantanément, à compter de la ratification (cf. par exemple, les traités sur le droit des contrats internationaux de la CNUDCI et UNIDROIT). Toutefois, très peu de pays procèdent à la ratification de ces traités (certains de ces instruments UNIDROIT et CNUDCI ne comptent qu'un petit nombre de parties). Les corps législatifs nationaux préfèrent prendre leurs propres décisions sur ces questions.

obligations pertinentes soient contraignantes *dans la pratique*, c'est-à-dire que les utilisateurs *soient tenus* de respecter les normes ou les appliquent volontairement et/ou soient passibles de sanctions ou autre conséquence négative en cas de manquement.

6.1.2.2 Des mesures « volontaires » ou non contraignantes

Les réflexions sur les « approches volontaires » se basent souvent sur une mauvaise compréhension de la nature des concepts juridiques qui sous-tendent les mesures volontaires. À la base, une mesure « obligatoire » d'utilisateur désigne toute disposition juridique (obligation ou interdiction) directement applicable à chaque utilisateur de ressources génétiques provenant d'un autre pays. Cela concerne toutes les mesures obligatoires. Il existe deux types très distincts de mesures « volontaires » :

- *Des mesures incitatives* qui prévoient que « si l'utilisateur prend une mesure X, alors il obtiendra Y ».

- *Des mesures permissives* qui indiquent simplement que l'utilisateur peut faire X. Parfois ces mesures permissives sont formulées comme des recommandations.

Dans les deux cas, l'utilisateur a le choix : il peut choisir de ne pas prendre de mesures volontaires, ce qui est normalement parfaitement légal. Cependant, l'impact de ces deux types de mesures volontaires est très différent.

Les mesures permissives ne fournissent pas à l'utilisateur de motif l'incitant à vouloir accomplir un acte. Cela signifie que ces mesures sont plus utiles lorsque le public cible *est déjà enclin* à prendre ces mesures mais a besoin d'orientations ou attend du gouvernement qu'il adopte une approche homogène.[343] Comme évoqué à la section 3.5, jusqu'à présent, presque toutes les propositions de mesures APA « volontaires » sont par essence permissives, elles constituent des recommandations qui ne sont pas liées à des mesures incitatives. Par exemple, les discussions sur la divulgation volontaire lors d'une demande de brevet n'indiquent pas de raisons qui inciteraient le demandeur à procéder à cette divulgation. L'éventuelle création d'un « certificat d'origine, de source ou de provenance légale »[344] a un caractère permissif dans la mesure où un certificat peut être délivré sans pour autant indiquer son rôle particulier ou la raison pour laquelle l'utilisateur le sollicite. À l'heure actuelle, aucune situation APA ne requière un tel certificat, qui ne permettrait de toute façon pas de simplifier le système ou de le rendre plus efficace.[345] À moins que les organismes de réglementation n'en décident autrement, les mesures permissives ne prévoient aucune raison de changer les comportements.

En revanche, *les mesures incitatives* (y compris financières et autres) peuvent entraîner des avantages ou autres résultats espérés pouvant convaincre les utilisateurs de prendre des mesures qu'ils n'auraient autrement pas envisagées. Ils y seront encouragés lorsque le résultat sera plus rentable que les coûts de la précédente option. Les mesures incitatives ne présentent pas forcément un avantage *financier*, mais peuvent présenter d'autres avantages tels que la protection juridique, sécurité juridique accrue, dégrèvements fiscaux, accès à des services publics particuliers, traitement prioritaire, etc. Il est essentiel de déterminer si cette mesure présente suffisamment d'attrait pour que les utilisateurs y aient recours.

Il convient de rappeler deux aspects de l'utilisation de ces mesures volontaires. D'abord, l'efficacité des mesures incitatives est variable. Certaines mesures incitatives ont une efficacité presque totale car elles confèrent une protection ou un avantage considéré par tous les utilisateurs comme essentiel. De nombreux systèmes d'enregistrement et certains avantages fiscaux sont des exemples de ce type de mesures incitatives.[346] D'autres, cependant, (tels que les systèmes de certification sociale et environnementale) sont jugées très efficaces lorsque 100% du public cible y a recours.

---

[343] Börkey *et al.*, 1999.

[344] Cf. exemple, décision VIII-4 de la COP-CDB, paragraphe A.2.a et passim. Récemment, une quatrième possibilité a été évoquée, celle d'un « certificat de conformité », mais celui-ci n'a pas été adopté officiellement par le groupe de travail spécial sur l'APA et ne modifie pas fondamentalement la présente analyse. CDB, rapport de la réunion du groupe d'experts techniques sur les certificats d'origine/source/provenance légale reconnus au niveau international, UNEP/CBD/WG-ABS/5/2, 20 février 2007.

[345] Cette approche permissive existe déjà dans le droit interne du Costa Rica, le pays le plus avancé en matière de législation APA. Cependant, aucun utilisateur n'a sollicité de certificat. Cabrera Medaglia, Jorge, communication personnelle, 26 mars 2007.

[346] Évoqué en détail in Ruiz et Lapeña, 2007 (volume 3 de la Série), chapitre 4.

Deuxièmement, de nombreuses mesures auxquelles la loi confère un caractère « obligatoire » ont dans la pratique un impact volontaire dû à un manque de mise en application. S'il est impossible de faire appliquer une disposition obligatoire à un utilisateur, celle-ci aura un caractère volontaire. Prenons l'exemple d'un utilisateur qui a quitté le pays de réglementation et se trouve dans un pays qui ne l'oblige pas à se conformer aux mesures du pays source. Le pays source, ou toute autre personne ou entité, peut être dans l'incapacité d'obtenir des informations ou preuves de la transgression si les activités de l'utilisateur sont protégées par des principes de confidentialité ou de secret commercial. Si l'utilisateur a l'intention de se conformer pleinement à la loi du pays source ou à son contrat APA, ces derniers joueront le rôle de mesure incitative. Pour d'autres utilisateurs cependant, ces instruments n'auront qu'un effet permissif. Par conséquent, lors de l'élaboration des mesures obligatoires, il conviendra de prendre en compte la motivation de l'utilisateur.

Comme évoqué plus en détails à la section 3.5, les mécanismes volontaires seront plus efficaces s'ils sont attendus par le public cible ou s'ils sont suffisamment stimulants. Un système qui repose uniquement sur des mesures volontaires sera rarement efficace, mais lorsque utilisées ponctuellement dans le cadre d'un ensemble de mesures, elles peuvent constituer un outil efficace.

6.2 Mesures incitatives et autres mesures

Un système relatif à l'utilisation doit être adopté pour satisfaire aux dispositions de l'Article 15.7. Un tel système serait très rigide et probablement impraticable si sa surveillance et sa mise en application dépendaient entièrement des pays source, des pays utilisateurs, des ONG ou des demandeurs privés.

Cependant, cette situation n'est pas sans espoir. Cela est vrai pour tous les régimes juridiques, sauf le pénal.[347] Pour résoudre ce problème, l'organe compétent doit mettre l'accent sur « la conception du système ». Autrement dit, il doit adopter une loi qui (i) exige la conformité/respect et (ii) est conçue de sorte que la plupart des personnes concernées choisissent de s'y soumettre. Si la loi exige, par exemple, l'inscription de certaines entreprises et experts sur des registres,, elle encourage leur mise en conformité en les informant que tout contrevenant s'expose à des sanctions ou autres peines. Elle constitue également une mesure incitative en faisant appliquer le droit d'inscription. Un expert peut être inscrit au registre public des experts ou une entreprise peut être habilitée à réclamer des dégrèvements fiscaux particuliers. Les aspects à la fois contraignants et incitatifs sont importants. Faute d'aspects incitatifs, l'entreprise ou l'expert risque d'être moins respectueux de la mesure, à moins que le gouvernement n'entreprenne des inspections ou vérifications périodiques dans tout le secteur.

La conception du système repose principalement sur l'élimination des mesures incitatives à effet pervers. Le cadre juridique APA actuel se heurte ici à des problèmes, ce qui pousse souvent les utilisateurs à se soustraire aux règles APA et les entreprises à déclarer que l'APA ne s'applique pas à elles. Ces entreprises n'ont peut-être pas effectué de recherches sur la question, mais en ont simplement conclu que si elles acquièrent des spécimens dans le pays utilisateurs (à partir d'une collection *ex situ*, autre utilisateur, chercheur ou autre personne), elles utilisent par définition des ressources génétiques internes, indépendamment de l'origine véritable de ces ressources.

A l'heure actuelle, aucune loi ou autre mesure incitative d'utilisateur ne motive les entreprises, chercheurs ou autres à confirmer l'exactitude de cette hypothèse.[348] La section suivante évoque brièvement la structure incitative des mesures d'utilisation et examine comment les dispositions incitatives peuvent être utilisées, soit en remplacement soit en complément des dispositions contraignantes.

---

[347] Ruiz et Lapeña, 2007, chapitre 4 examine de plus près l'importance de la motivation des personnes/entité dans la réussite d'un régime juridique

[348] Henkel, Thomas, « A Perspective from Pharmaceutical Industry, » exposé présenté lors de la réunion d'experts de haut niveau « Relever les défis de l'accès et du partage des avantages (APA) dans le contexte de la Convention sur la diversité biologique » (Tokyo, 8-9 février 2007) et autres observations lors de cette réunion. Cf. aussi Latorre, 2005.

6.2.1 Élimination des mesures incitatives à effet pervers

La première étape dans la création d'une structure d'incitation positive APA est l'élimination des mesures incitatives à effet pervers. À l'heure actuelle, les utilisateurs qui ignorent les exigences administratives ou autres de l'APA ou qui les transgressent intentionnellement peuvent connaître une meilleure situation juridique, pratique et financière que ceux qui les respectent. En dérogeant ou en ignorant les règles APA, l'utilisateur gagne du temps et de l'argent que d'autres dépensent pour se conformer aux exigences administratives et réglementaires des lois APA des pays source, y compris les CPCC et CCCA. Ils échappent également à la charge financière qui découle directement du paiement au pays source d'une « part équitable » des avantages perçus. Le temps et l'argent investis dans le respect des exigences bureaucratiques font perdre à cet utilisateur sa compétitivité par rapport à ceux qui s'y soustraient.

Les seules mesures visant les utilisateurs existantes sont la divulgation volontaire de l'origine lors des demandes de brevets et le projet de loi norvégien sur la diversité de la nature. Ces deux mesures renforceraient les disparités plus qu'elles n'y remédieraient. Les seuls utilisateurs concernés sont ceux qui se conforment à l'APA, c'est-à-dire ceux qui ont déjà investi du temps et de l'argent afin de se conformer aux exigences APA du pays source et qui souhaitent également se conformer aux règles relatives à l'utilisation et divulguer ainsi l'origine des ressources génétiques utilisées. Même en vertu du projet de loi norvégien, la conformité est volontaire. Pour éviter cette disposition, l'utilisateur doit décider (1) que les lois du pays source ne s'appliquent pas, ou (2) qu'il n'est pas en mesure de savoir quel est le pays source. Une preuve n'est nécessaire dans aucun de ces cas. L'utilisateur ne serait pas tenu d'appliquer le projet de loi.

Comme indiqué précédemment, il est essentiel que les utilisateurs respectueux de l'APA soient sur un pied d'égalité au regard de la loi avec ceux qui ne s'y conforment pas. Les dispositions contraignantes décrites à la section 6.3.2 ont précisément pour objectif de garantir que tous les utilisateurs - qu'ils soient ou non liés par un contrat APA avec le pays source - sont tenus de se conformer aux exigences du pays source, y compris aux obligations de partage des avantages.

6.2.2 Prévention de la non-conformité par des mesures de dissuasion

Le deuxième aspect qu'un système juridique doit prendre en compte pour être incitatif est sa capacité à dissuader les utilisateurs qui tentent de se soustraire aux règles. Les sanctions et les peines sont un type de mesures dissuasives mais ne sont pas les plus importantes dans la mesure où elles s'appliquent généralement à quelques contrevenants ayant agi délibérément ou par imprudence. D'autres types de mesures dissuasives peuvent cependant être aussi efficaces.

Admettons qu'un utilisateur n'ait pas conclu de contrat APA. La loi pourrait imposer des exigences juridiques strictes à chaque utilisateur ayant atteint le seuil de déclenchement de l'utilisation des ressources génétiques et des « avantages qui en découlent ». À ce stade-ci, un utilisateur sans contrat APA pourrait être tenu de respecter certaines exigences. La loi peut prévoir que le respect du partage des avantages soit fixé soit (i) par des négociations *post facto* avec le pays source soit (ii) par des obligations de partage des avantages établies par l'organisme ou le tribunal compétent, conformément aux normes statutaires. L'une quelconque de ces options aboutirait en théorie à un résultat final moins favorable pour l'utilisateur que si la négociation d'un contrat APA avait eu lieu au début de la transaction.

Cela pourrait constituer une mesure incitative positive en vue d'obtenir et de respecter les CPCC et CCCA dès les premières phases de l'utilisation, car l'utilisateur maîtrisera davantage les dernières exigences.

6.2.3 Réduction des mesures incitatives

Comme le montre d'autres travaux, de nombreuses mesures peuvent dissuader de se conformer à l'APA.[349] Outre les ressources considérables en termes de temps et d'argent que les utilisateurs consacrent aux processus

[349] Cf. Young, 2006a, et Young, 2005.

administratifs, beaucoup considèrent que le respect de l'APA aboutit éventuellement à une « insécurité juridique » néfaste quant aux droits obtenus. Les utilisateurs qui participent publiquement à des négociations APA sont souvent la seule cible possible des plaintes de biopiraterie dans la presse et devant les tribunaux.

Sans s'attarder sur une question déjà abordée tout au long du présent ouvrage, l'adoption de mesures applicables à l'utilisateur peut permettre de réduire la quantité et la teneur des mesures relatives au fournisseur actuellement en vigueur dans les pays dotés d'une législation APA. Beaucoup de ces exigences strictes découlent de la volonté des pays source d'imposer une surveillance et des contrôles rigoureux aux utilisateurs. Étant donné que les utilisateurs ne sont pas régis par des règles juridiques APA, une fois qu'ils – ou que les ressources – ont quitté le pays source, les organismes compétents dans les pays source s'efforcent d'élaborer des prescriptions très détaillées dans les contrats APA dans l'espoir que ces dispositions puissent être applicables en vertu du droit des contrats.

S'il existe des mesures visant les utilisateurs dans le pays utilisateur en nombre suffisant, le pays hôte pourra éviter d'appliquer la majeure partie des prescriptions les plus onéreuses, et coopérer avec des pays utilisateurs pour s'assurer que tous les utilisateurs sont intégrés au système APA. Le résultat remettra sur un pied d'égalité les utilisateurs respectueux des règles APA et ceux qui ne s'y conforment pas (élimination du déficit de compétitivité), ce qui assouplira les exigences du pays source en matière APA.

6.2.4 Mesures positives et mesures d'incitation à la conformité

L'un des principaux aspects de l'APA est l'élaboration de mesures positives et incitatives. Quelle que soit l'étendue des lois APA dans le monde (mesures visant les utilisateurs et du fournisseur dans tous les pays), un écueil subsiste : il est difficile ou impossible pour les inspecteurs du gouvernement de confirmer avec certitude les activités des laboratoires. Des inspections périodiques ou autres méthodes visant à déterminer si des utilisateurs exploitent des ressources génétiques provenant d'un autre pays seraient très onéreuses et inefficaces. Par ailleurs, des tests ou autres mécanismes scientifiques destinés à identifier du matériel génétique peuvent être non seulement coûteux mais en outre ne permettraient pas de définir des variétés spécifiques, populations locales ou autres différences génétiques qui contribueraient à déterminer leur pays source.

Ainsi, même si l'élaboration de mesures applicables à l'utilisateur et du fournisseur permettait de créer un système juridique fonctionnel, cela ne serait guère suffisant pour assurer une conformité universelle ou presque des utilisateurs. À cette fin et pour épargner une surveillance coûteuse au gouvernement, il est recommandé de coupler la conformité APA à des mesures incitatives, à savoir fournir des avantages (financiers ou non) aux utilisateurs qui respectent les prescriptions APA. Il existe de nombreux domaines où ce type de mesures serait possible et inciterait les entreprises et autres utilisateurs à participer. Pour assurer le fonctionnement de ces mesures, celles-ci doivent remplir deux conditions fondamentales :

- la mesure incitative doit fournir une contrepartie suffisante à l'utilisateur (financière ou non) qui compense en totalité ou en majorité les coûts supplémentaires de la conformité/respect ; et

- le système doit veiller à ce que cet avantage ne s'applique qu'à ceux qui respectent les prescriptions APA et non pas aux autres.

Si ces conditions ne sont pas remplies, c'est-à-dire si la contrepartie n'est pas suffisante ou si elle peut être obtenue sans respect de la conformité, alors le système/mesures d'incitation échoueront.[350]

Un certain nombre de mesures incitatives pouvant être intégrées à la législation d'utilisateur peuvent être suffisantes pour inciter l'utilisateur à respecter la conformité. Par exemple, les lignes directrices japonaises[351] prévoient une mesure incitative selon laquelle le gouvernement japonais viendra en aide aux utilisateurs si des difficultés apparaissent lors de négociations ou de discussions avec le pays source, du moment que

[350] Cf. exemple, Young, 2004.

[351] JAPON : METI/KBA, 2006, Lignes directrices relatives à l'accès aux ressources génétiques à l'intention des utilisateurs au Japon, Ministère de l'économie, du commerce et de l'indusrie (adoptées en mars 2005, publiées en anglais, 2006) disponible en ligne en anglais à l'adresse suivante : //www.mabs.jp/information/oshirase/pdf/iden_tebiki_e.pdf.

l'utilisateur s'est conformé aux lignes directrices. Ce type d'incitation pourrait être élargi afin que les utilisateurs ayant appliqué les mesures visant les utilisateurs puissent décliner toute responsabilité (responsabilité face au pays source et autre plainte officielle). Ce type de protection n'équivaut pas à l'« immunité », mais exigerait de l'utilisateur qu'il respecte des lois claires et concrètes et les prescriptions juridiques du pays source conformément aux lois du pays utilisateur. Cela doit être soigneusement rédigé afin d'éviter tout caractère répressif.[352] Une telle disposition aurait un double impact : encourager l'utilisateur à se conformer aux règles et promouvoir la recherche et le développement sur la base des ressources génétiques provenant du pays source.

Un autre type de mesure positive et incitative découlerait des mesures visant les utilisateurs qui renforcent la sécurité juridique de l'utilisateur concernant ses droits d'utilisations sur les ressources génétiques. Etant donné que les plaintes et enjeux relatifs à l'utilisation des ressources génétiques et biologiques sont de plus en plus fréquents et graves, les mesures visant les utilisateurs qui précisent quels droits des utilisateurs seront protégés grâce à la conformité APA peuvent considérablement encourager les utilisateurs à s'y conformer et éviter ou annuler ainsi ce type de plainte. (Dans certains cas il semble que la conformité à l'APA fasse de l'utilisateur une cible potentielle).

Des mesures incitatives plus simples mais hautement efficaces peuvent avoir une incidence limitée sur le budget des organismes compétents, notamment :

- la création de crédits fiscaux spéciaux en matière de conformité APA et des dégrèvements fiscaux accrus pour les frais encourus ;
- l'accès à des services gouvernementaux spéciaux, y compris un traitement prioritaire de certains types de permis et autres avantages sous contrôle juridique ;
- la qualification pour participer à des programmes de projets du gouvernement ; [353]
- un statut préférentiel au sein des politiques d'achat du gouvernement ; et
- participation à des programmes nationaux d'aide et d'appui au développement technologique.

Il peut être utile d'examiner les mesures incitatives fournies par d'autres pays, en particulier ceux où les produits issus de l'utilisation des ressources génétiques sont commercialisés. Ces mesures peuvent notamment consister à bénéficier d'une priorité administrative dans certaines applications ou reconnaissance de brevets autrement contestés.

L'une des principales difficultés auxquelles se heurtent ces mesures incitatives est qu'elles ne sont pas entièrement gratuites. Dans certains cas, ces mesures incitatives entraînent une redistribution des coûts (par exemple les crédits fiscaux n'entraînent pas la réduction de la recette fiscale totale, le crédit transfère simplement une partie des obligations du contribuable du secteur concerné à un autre). Dans tous les cas, il est cependant nécessaire de pouvoir confirmer les éléments sur lesquels repose la mesure incitative. Autrement, le critère de base (à savoir que la mesure incitative ne concerne que les utilisateurs respectueux des règles) disparaîtrait et la mesure ne favoriserait pas les objectifs de l'APA.

6.3 Création d'un système international pour l'APA

Depuis 2002 tout particulièrement, lorsque le Sommet mondial sur le développement durable et la CDP-7 de la CDB ont évoqué la perspective de nouvelles négociations internationales sur l'APA, l'attention a été portée sur l'aspect systémique du cadre APA et sur le caractère international des négociations sur le régime APA. À cette fin, les pays doivent reconnaître différents éléments existants du système APA, y compris les lois internationales qui prévoient la mise en œuvre au niveau national, la législation nationale qui régit les transactions d'utilisateur et du fournisseur et tous les types de contrats pertinents.

[352] Par exemple, la loi devrait examiner l'incidence d'une plainte sur la faculté d'un utilisateur à poursuite son exploitation de la ressource ou des produits qui en découlent, pendant l'examen de cette plainte.

[353] Aux États-Unis, le National Institutes of Health (NIH) illustre cette approche grâce à son programme sur ICBG mis en œuvre récemment, dans le cadre duquel, les possibilités de financement et autres projets gouvernementaux coordonnés étaient subordonnés à la conformité à des dispositions en matière d'équité et l'obligation de partage des avantages (de la recherche) avec le pays ayant accueilli le projet. Rosenthal, 2004.

6.3.1 Pourquoi les seules mesures nationales sont insuffisantes ?

La CDB a été créée en vue d'être mise en œuvre par le droit national. Elle ne crée aucun mécanisme international autre qu'un mécanisme financier confié au FEM. Les seules institutions internationales créées par la CDB sont la CDP et le secrétariat, chargés de la coordination et de l'examen mais pas directement de la mise en œuvre. Selon cette vision générale exprimée clairement dans la convention, l'accès et les obligations de partage des avantages doivent être satisfaits par des mesures nationales. Pendant les négociations, il a été estimé que de nombreuses inquiétudes concernant la nature des ressources génétiques et leur réglementation seraient levées par le droit interne.[354] Pendant et après les négociations, de nombreux pays utilisateurs ont jugé que les mesures applicables à l'utilisateur APA pouvaient être régies par le droit interne sans soutien juridique particulier ou autre mesure.

Comme évoqué à la section 3.3.1, ces attentes en matière de législation nationale ont entraîné deux graves problèmes. D'abord elles ont semé la confusion. Moins de 15% des Parties à la CDB se sont efforcées d'adopter des « législations APA ». Cela crée un dilemme dans l'application des mesures visant les utilisateurs. Si le pays source n'est pas doté d'une législation APA, les questions relevant de l'APA doivent être régies par les principes généraux de sa législation nationale.[355] Cela renforce l'insécurité juridique pour les utilisateurs, pour les correspondants nationaux APA en matière d'utilisation et dans la création d'une législation d'utilisateur exigeant le respect des prescriptions du pays source.

Une faille non résolue du régime actuel APA représente un deuxième problème, bien plus grave. Comme évoqué au chapitre 3, aucun pays n'a adopté de législation APA relative à l'utilisateur, c'est-à-dire une loi qui exige directement des utilisateurs de ressources génétiques provenant d'un autre pays qu'ils respectent les prescriptions APA du pays source (et/ou qu'ils partagent les avantages). L'absence de telles dispositions empêche les utilisateurs d'être directement liés par le régime APA sauf lorsqu'ils sont en contact direct avec le pays source. Cette omission crée une importante lacune dans l'APA car elle dispense tous les autres utilisateurs de se conformer aux obligations juridiques de l'APA. Cela constitue également une mesure incitative à effet pervers importante, au mépris de toute « recommandation » des gouvernements appelant leurs utilisateurs à se conformer aux lois APA du pays source. Ce système présente une contradiction quant à la fonctionnalité du régime international. À moins que tous les pays ne se soient acquittés de leur obligation d'adopter des mesures applicables à l'utilisateur, ceux qui ont imposé des restrictions d'accès à leurs propres ressources génétiques font encourir une perte de compétitivité à leurs utilisateurs. Ils peuvent exiger de leurs utilisateurs qu'ils se conforment aux prescriptions APA, mais ne peuvent pas imposer ces mêmes exigences aux utilisateurs ayant quitté le pays source.

Tant que des mesures visant les utilisateurs ne sont pas adoptées, pour exiger ou permettre le partage des avantages, d'autres éléments du régime international ne peuvent être effectifs. De nombreuses préoccupations APA ayant abouti aux négociations actuelles auraient pu être résolues sans plus attendre si un système cohérent de mesures applicables à l'utilisateur avait été adopté.

6.3.2 Unification du « régime international »

Le manque d'adoption de mesures visant les utilisateurs par les parties repose sur une formulation floue du concept APA dans la CDB. L'effet cumulé de la législation et de l'expérience de 190 pays n'a pas permis de levé les ambiguïtés tel qu'escompté. De l'avis général, des progrès internationaux sont nécessaires.

6.3.2.1 Nécessité d'accords internationaux supplémentaires

Un bref examen des droits internes existants témoigne des raisons pour lesquelles l'APA ne peut fonctionner sans coordination entre les législations nationales. Cette absence de coordination est manifeste dès le début de

[354] Cf. Glowka, 1998, chapitre 4. À ce jour, aucune loi sur la propriété n'est parvenue à résoudre efficacement cette question ou à l'intégrer de manière cohérente à la législation nationale en matière de propriété. Étant donné que le régime APA ne concerne que les transactions internationales, il ne peut fonctionner efficacement que si tous les pays légifèrent sur la question de façon harmonisée ou parviennent à un accord concret sur ce concept.

[355] L'Article 15.5 de la CDB prévoit que les CPCC et CCCA sont nécessaires dans un pays source, « sauf décision contraire de [ce pays] ».

toute transaction APA. Les prescriptions juridiques du pays source peuvent reposer sur un cadre de définitions, de portée et de facteur de déclenchement alors que les mesures du pays utilisateurs reposeront sur un cadre légèrement différent. Cela peut créer une controverse concernant la question de savoir si les prescriptions du pays source ont été ou doivent être respectées par l'utilisateur. Par exemple, la proposition juridique des États-Unis concernant les mesures applicables au fournisseur permettrait de réglementer les « projets de recherche sur la base de spécimens destinés à la recherche prélevés dans des lieux spécifiques ».[356] Quel serait le résultat si un utilisateur étranger obtient des spécimens aux États-Unis puis les utilise dans un autre pays dont les mesures visant les utilisateurs s'appliquent uniquement au « matériel génétique » ? Dans ce cas, les États-Unis n'auraient pas de recours en vertu des lois de ce pays si celles-ci ne s'appliquent pas aux échantillons destinés à la recherche ainsi prélevés. Tant que tous les pays ne partageront pas la même conception de « l'utilisation des ressources génétiques » et du fonctionnement de l'APA, les différences considérables entre les mesures « du fournisseur » des pays empêcheront en totalité ou en partie le fonctionnement des mesures visant les utilisateurs.

À la date de la rédaction de cet ouvrage, les négociations dans le cadre de la CDB portant sur l'élaboration d'un « régime international APA » suivent leur cours. On espère que ces négociations aboutiront à l'élaboration d'un ou plusieurs documents précisant le cadre général et permettant à tous les pays de s'acquitter de leurs obligations législatives/institutionnelles en vertu de l'Article 15. Il est également possible que ces efforts ne répondent pas aux questions clés et que la situation actuelle des parties reste donc inchangée, à la différence qu'elles ont consacré davantage de temps et d'argent à la négociation.[357] Quoi qu'il en soit, ce problème juridique devra être résolu dans chaque pays : il faut en effet faire porter les responsabilités en matière d'engagements APA sur les mesures à l'intention du fournisseur *et* rendre les mesures nationales applicables à l'utilisateur.

6.3.2.2 Questions à débattre dans le cadre des négociations sur le régime international

En dernier lieu, les négociations sur le régime doivent aborder de nombreuses questions politiques, mais peuvent également aboutir à une « interprétation convenue » des principales questions non résolues qui entravent à l'heure actuelle l'application au niveau national. Aux fins du présent ouvrage, cet aspect nous intéresse tout particulièrement.

Tout au long de ce livre, les réflexions ont porté sur les obstacles à la mise en œuvre de l'APA et sur la possibilité de les résoudre par le biais de la législation nationale. Le manque de consensus international sur ces points impose une lourde charge à tous les pays législateurs. Par conséquent, les négociations internationales peuvent soutenir la mise en œuvre et la coordination du système APA au niveau national, si elles fournissent des réponses claires au plus grand nombre de questions suivantes :

(i) la nature exacte et le rôle précis de « ressources génétiques », « utilisation des ressources génétiques » et « avantages découlant de […] l'utilisation des ressources génétiques ». (la section 4.1 analyse la possibilité d'intégrer le développement de ces concepts) ;

(ii) Le lien entre ces trois concepts qui permet au système APA de fonctionner (la section 4.2 envisage une possibilité de lien fonctionnel) ;

(iii) L'existence d'activités et de domaines particuliers qui peuvent/devraient être abordés, étant donné que le TIRPAA s'interroge sur les aspects APA de l'utilisation agricole de certaines cultures et leur identification, développement et intégration. (La section 4.2.2.2 et le reste de l'ouvrage envisagent la possibilité de définir et de réglementer des catégories d'utilisation des ressources génétiques) ;[358]

---

[356] Cet exemple repose sur les réglementations proposées et actuellement en cours d'examen par le National Parks Service aux États-Unis, tel qu'évoqué au chapitre 3.

[357] Actuellement, après quatre réunions du groupe de travail spécial sur l'APA, trois réunions d'experts techniques et de longues discussions durant au moins trois COP, les Parties ne sont pas parvenues à s'accorder sur l'objectif pratique de leurs travaux (adoption d'un protocole, d'un autre instrument, etc.).

[358] Pythoud (2005) soulève une question : « existe-t-il un type d'usage spécifique des ressources génétiques pouvant requérir des instrument internationaux supplémentaires pour appuyer l'application de l'Article 15 de la CDB ? » Cf. également Tvedt, 2006. Le TIRPAA servira de coup d'essai pour cette approche, étant donné qu'il sera adopté et pleinement mis en œuvre par tous les pays qui sont Parties à la CDB.

(iv) Une approche pour déterminer le « pays source » d'une ressource génétique particulière lorsque l'utilisateur ignore ou refuse de divulguer cette information[359] ou un mécanisme de partage des avantages qui s'applique automatiquement dans ce type de cas. (Certaines de ces questions sont décrites plus en détail aux sections 3.3 et 3.4) ;

(v) La façon dont le pays utilisateur fera respecter ou fixera la conformité/respect avec les lois du pays source. (Certaines de ces questions sont examinées plus en détail à la section 3.3.3) ;

(vi) Un mécanisme de communication entre le pays utilisateur et le pays source pour répondre à ces questions. (Certains de ces aspects sont examinés plus en détail à la section 3.3.2.3) ;[360]

(vii) La façon dont cette problématique et le cadre APA peuvent répondre aux changements du secteur à croissance rapide de la biotechnologie ;[361] et

(viii) La possibilité d'adopter un système d'évaluation ou de négociations transparentes et établir des normes en vue de définir ce qui constitue un partage des avantages juste et équitable. (Cette question est évoquée dans les grandes lignes au chapitre 5.)

Il est essentiel de pouvoir apporter au moins une réponse à chacune de ces questions, du moment qu'elles sont cohérentes au niveau du pays. Aux chapitres 4 et 5, nous avons mis l'accent sur une approche qui, selon nous, fournit une cohérence logique sur laquelle un régime APA fonctionnel peut reposer. Nous proposons ces solutions non seulement pour ce qu'elles représentent mais aussi pour démontrer comment l'approche finalement convenue (quelle qu'elle soit) peut être conçue, analysée et adaptée avant son adoption.

6.4 Application de l'APA au-delà de l'accès, par l'adoption de mesures visant les utilisateurs

6.4.1 Argument juridique

Aucun pays ne peut juridiquement contrôler les actes des individus qui sont sous la juridiction d'un autre pays. Même lorsqu'un pays tente de punir un individu ayant fui vers un autre pays après avoir été condamné pour une infraction grave, ce pays doit adopter et appliquer des lois lui permettant d'agir (extrader la personne ou prendre d'autres dispositions) sur demande du premier pays. Par conséquent, l'objectif APA est presque impossible à atteindre faute de mesures visant les utilisateurs. Cette omission rend l'ensemble du système APA volontaire permissif (c'est-à-dire qu'il n'est pas obligatoire et ne repose pas sur des facteurs incitatifs).

Pour rendre le système de réglementation des ressources génétiques fonctionnel au niveau international, un cadre juridique est nécessaire afin que le pays source puisse affirmer ses droits souverains sur ses ressources génétiques sur les lieux d'une infraction. Un collecteur peut, sur le territoire du pays source, obtenir des échantillons biologiques conformément aux lois du pays source sur l'utilisation durable[362] et les

---

[359] Cf. Ruiz et Lapeña, 2007, chapitre 5.

[360] Un aspect de ce processus pourrait être l'utilisation d'un « certificat d'origine/source/provenance légale » ou « de conformité » qui pourrait (selon son contenu) fournir une méthode initiale de communication à sens unique entre le pays source et le pays utilisateur. Cependant, la vérification du contenu des certificats et de la conformité permanente aux lois pertinentes et accords APA, exigera d'autres systèmes de communication. Cf. Ruiz et Lapeña, 2007, chapitre 4.

[361] La reconnaissance des problèmes de mise en œuvre de l'APA et d'éventuelles actions internationales pour y remédier sont des processus lents qui révèlent qu'un mécanisme souple est nécesssaire. Autrement, tout système APA suffisamment concret pour être fonctionnel serait trop lent pour s'adapter aux changements. À cet égard, des enseignements peuvent être tirés du droit des contrats où tous les principaux critères (exemple : invention, nouveauté et inventivité) sont par essence dynamiques et évolutifs, le système de brevet étant ainsi suffisamment solide pour s'adapter aux changements en matière de recherche et de développement technologique. Cette souplesse provient des modifications et du réexamen de l'interprétation et de la pratique des termes plutôt que la modification de la formulation des actes.

[362] Les lois régissent souvent les pratiques de collecte durables. Cf. exemple, « FAO The International Code of Conduct for Plant Germplasm Collecting and Transfer », qui peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : http://www.fao.org/AG/AGp/AGPS/PGR/icc/icce.htm.

lois qui régissent la propriété du matériel biologique. S'il utilise par la suite ses ressources génétiques dans un autre pays ou les transfère à une autre personne qui à son tour les utilise, les lois du pays source perdent tout impact direct sur le collecteur ou l'utilisateur.

Cependant, afin d'atteindre les résultats escomptés, les mesures visant les utilisateurs doivent être intégrées dans un cadre cohérent au niveau interne de prescriptions juridiques, organismes administratifs, systèmes réglementaires, dispositions incitatives et normes d'application. Il ne s'agit pas d'une vision pessimiste, et elle ne part pas du principe que les utilisateurs ne se conforment pas aux règles et/ou que le système APA ne fonctionnera que sous la contrainte et la répression. Nombre d'utilisateurs qui ont déployé d'importants efforts pour respecter les prescriptions APA ont été qualifiés de « biopirates » par la presse et ont fait l'objet d'autres plaintes APA.[363] D'autre part, de nombreuses entités qui utilisent des ressources génétiques provenant d'autres pays ont nié catégoriquement que leur action donne lieu à des obligations APA. De toute évidence, les droits et devoirs des utilisateurs doivent être précisés afin de protéger ces derniers et de rendre le système fonctionnel.

6.4.2 Objectifs juridiques

Faute de normes reproductibles et de cadre exhaustif pour définir leurs rôles, les utilisateurs ont peu de moyens à leur disposition pour analyser et prévoir les coûts et risques liés à l'APA.[364] L'objectif de la « sécurité juridique » dans le cadre de l'APA, sera atteint lorsque, au minimum, les utilisateurs (i) sauront quelles mesures ils doivent prendre ; (ii) auront la certitude que la conformité à ces dispositions les protègera de telles plaintes ; et (iii) peuvent prévoir avec un degré élevé de certitude les coûts de la conformité.

Les ambiguïtés du cadre APA semblent empêcher l'adoption d'une législation APA relative à l'utilisateur.[365] Il faut aussi reconnaître que les principaux pays utilisateurs n'ont pas fait de véritables efforts dans ce sens, malgré les contacts qu'ils entretiennent avec des experts et institutions juridiques reconnus au niveau mondial. En tant que moteur du développement juridique, ces pays auraient pu être capables de parer au cycle actuel de négociations internationales coûteuses et longues (et au risque qu'elles aboutissent à des conclusions indésirables) s'ils avaient élaboré et appliqué des mesures visant les utilisateurs équilibrées et efficaces suite à l'adoption de la Convention.

Bien que les négociations du régime international suivent leur cours, de nombreuses questions réglementaires devront être réglées au niveau national, y compris une fois les négociations achevées.[366] Parmi les principales questions soulevées dans le présent ouvrage beaucoup ne seront peut être pas officiellement résolues dans les discussions internationales. Par conséquent, l'adoption de mesures juridiques nationales et le rôle moteur des principaux pays développés dans ce processus peuvent avoir une influence majeure dans la formation du régime international. Les réflexions suivantes portent sur l'élaboration de législations et leur rôle dans la définition et la mise en œuvre de l'obligation de partage des avantages, l'accent étant mis en particulier sur les problèmes juridiques que pose l'interaction avec la loi du pays source et l'intégration d'éléments incitatifs. Ces questions concernent deux applications principales de la responsabilité de partage des avantages, (i) la responsabilité des utilisateurs qui ont obtenu un contrat APA auprès du pays source, et (ii) celle des utilisateurs qui n'en ont pas obtenu.[367]

---

[363] Young, 2006a.

[364] Cf. les lignes directrices japonnaises, note de bas de page n°113. Une grande partie de ces lignes directrices sont destinées aux nombreuses « zones d'ombre » dans le domaine APA de l'utilisateur auxquelles les lignes directrices de Bonn ou autre objet de consensus ne répondent pas.

[365] La plupart de ces pays ne l'ont pas encore déclaré formellement. Un petit nombre d'entre eux ont indiqué (explicitement ou implicitement) qu'il n'est pas nécessaire de se doter de législations APA relatives à l'utilisateur.

[366] Cf. par exemple, le Protocole de Cartagène, fixe de nombreux résultats et critères, mais prévoit différentes manières de les mettre en oeuvre.

[367] Cette deuxième catégorie peut comprendre des utilisateurs qui enfreignent délibérément les lois du pays source (biopirates), mais également de nombreux utilisateurs qui ignorent les prescriptions APA, ou estiment que celles-ci ne s'appliquent pas à leur situation.

6.4.3 Un défi juridique pour l'utilisateur : la conformité aux lois du pays fournisseur

Lorsque le législateur adopte des mesures visant les utilisateurs, il ne doit pas se limiter à la CDB et doit réfléchir à leur fonctionnement juridique. Cette problématique est à la fois très compliquée et fondamentale. Comment un pays peut-il imposer la conformité/respect aux lois d'un autre pays ? Bien que cela puisse paraître simple à première vue, cette question pose un réel défi.

Celui-ci découle du concept fondamental de souveraineté nationale, selon lequel le droit interne d'un pays ne peut généralement pas contrôler les droits et actions d'un autre pays. La plupart des discussions sur les mesures visant les utilisateurs se basent sur l'hypothèse qu'un pays exigera de ses utilisateurs qu'ils se conforment aux lois APA et dispositions contractuelles, telles que définies par le pays source au travers des CPCC et CCCA. Sur le fond, cette disposition équivaut à permettre au législateur d'un autre pays de régir les citoyens et les entreprises du pays utilisateur. Cela soulève un certain nombre de problèmes, du fait de la complexité de sa mise en œuvre. Une « simple » déclaration stipulant que les utilisateurs de ressources génétiques provenant d'un autre pays doivent se conformer aux lois APA du pays source implique que l'utilisateur procède à une analyse juridique complexe, qui consiste notamment à :

(i) identifier le pays source ;

(ii) identifier les dispositions pertinentes de la loi du pays source et comprendre comment celui-ci les applique ;

(iii) déterminer si l'utilisateur s'est conformé aux règles ; et

(iv) dans le cas contraire, déterminer comment rendre la conformité obligatoire.

Pour cela, le pays utilisateur doit consentir d'importants efforts visant à confirmer chacun de ces éléments, même si l'utilisateur s'y est conformé et a fourni une analyse. En outre, comme tous les pays sont différents, le pays utilisateur doit procéder à une nouvelle analyse pour chaque situation APA.[368]

6.4.3.1 ... en cas de contrat APA

Une fois le pays identifié, en particulier si un contrat a été conclu, le pays source peut lui-même répondre directement aux étapes ii et iii. Dans la plupart des pays, cependant, les organismes et tribunaux de l'État n'acceptent généralement pas de recevoir des ordres d'un autre pays sur des questions fondamentales de gouvernance, comme dans le cas de décisions rendues par un tribunal interne. Par conséquent, la loi exigera habituellement des organismes du pays utilisateur qu'ils fassent ces choix. Tout en sollicitant les contributions du pays source, pour éviter une érosion de leurs droits souverains, les pays doivent conserver tous les autres droits et devoirs de gouvernance, y compris celui de refuser de prendre des mesures qui transgressent les politiques publiques.

L'autre possibilité serait simplement d'exiger des utilisateurs des ressources génétiques qu'ils partagent les avantages sur la base des normes et lois du pays utilisateur. En effet, cette approche entraîne deux conditions. Pour satisfaire aux exigences du pays utilisateur, l'utilisateur doit prouver qu'il a partagé les avantages avec un pays source. Il doit conserver les documents s'y rapportant (acceptables pour le pays utilisateur) attestant du fait qu'il a pris au moins les mesures requises par la loi du pays utilisateur pour satisfaire à l'exigence de partage des avantages imposé à tous les utilisateurs par leur gouvernement. Cela donnera lieu fondamentalement à un système de permis double étant donné que l'utilisateur doit également satisfaire aux critères du pays source. Comme évoqué à l'Article 15.7, l'on estimera que l'utilisateur a partagé ses avantages avec le pays source lorsque celui-ci en a connaissance et qu'il donne son approbation.

6.4.3.2 ... en l'absence de contrat APA

Lorsque l'utilisateur ignore (ou refuse de divulguer) l'identité du pays source, ou lorsque le pays source n'a pas fourni d'autorisation APA, il faut faire face à une plus grande difficulté : comment procéder au partage des avantages sans la participation du pays source ? En clair, le problème est le suivant : aucun pays ne doit décider à la place du pays source comment ses ressources génétiques devraient être régies. Un pays utilisateur qui a adopté des dispositions juridiques

[368] À l'heure actuelle, tel qu'évoqué au chapitre 3 (et voir Cabrera et López, 2007), l'étendue du concept des « ressources génétiques » varient considérablement d'un pays à un autre, et la plupart utilisent un terme différent pour s'y référer, afin d'indiquer qu'ils ont soigneusement et individuellement déterminé quelles ressources et activités seraient régies par leurs lois APA.

prévoyant le partage des avantages au cas où son utilisateur n'a pas obtenu de contrat APA l'autorise à obtenir et à utiliser les ressources génétiques d'un autre pays sans l'autorisation de ce dernier. Cela revient à usurper les droits souverains du pays source à disposer de ses ressources génétiques ou à les contrôler.

Dans la pratique, cependant, il est indispensable d'appliquer l'exigence de partage des avantages dans les cas où le pays source est inconnu ou n'a pas été contacté, pour au moins quatre raisons :

- *Intégrité du système* : si l'utilisateur peut contourner le système APA en alléguant qu'il ignore l'origine du spécimen (ou parce qu'il refuse de communiquer l'information), cela créé une faille susceptible de faire facilement effondrer tout le système.

- *Incitation commerciale* : tout système qui engage des coûts supplémentaires au titre de la conformité fait courir un risque. Les entreprises qui encourent des frais supplémentaires (financiers, humains et réglementaires) pour se conformer au partage des avantages s'exposent à une perte de compétitivité par rapport aux entreprises qui s'épargnent ce type de coûts. Dans la pratique, les entreprises qui s'exposent à ce risque sont plus susceptibles de connaître un échec commercial que ceux qui s'épargnent des dépenses inutiles. Un système APA sans clause de « défaut de paiement » favoriserait les entreprises qui ne se conforment pas au système.

- *Mesure incitative à effet pervers* : comme indiqué plus haut, une mesure incitative a un effet pervers lorsque les exigences APA ne s'appliquent que lorsque l'identité du pays source est connu et divulgué. De même, si un pays n'impose que des mesures à l'intention du fournisseur, à la fois aux utilisateurs nationaux et étrangers, cela créé un système préférentiel pour les utilisateurs étrangers, et incite ses propres utilisateurs à obtenir des ressources à l'étranger, car il est difficile ou impossible de faire appliquer l'APA en dehors du pays source.

- *Réciprocité* : le principe équitable des « mains propres » prévoit que « quiconque prône l'équité doit se l'appliquer à lui-même. » Si un pays n'applique pas les exigences de l'APA à tous les utilisateurs, il pourrait ne pas être en mesure d'exiger des autres pays une telle protection.[369]

- *Objectifs internationaux* : si les pays continuent d'adhérer aux objectifs de la CDB, ils auront des raisons politiques et morales de promouvoir ses objectifs d'équité, de conservation et de durabilité.

Les solutions sont généralement compliquées. Les pays développés qui sont à l'étude aux fins du présent ouvrage ont fait abstraction de cette question. Dans certains cas, il a été suggéré que l'utilisation des ressources génétiques sans conformité APA puisse être régie par une législation à caractère répressif (le pays utilisateur peut condamner le contrevenant à une amende ou à une peine de prison, au lieu de le forcer à payer ou partager d'une autre manière les ressources génétiques avec le pays source). Il est relativement rare de trouver un exemple de loi en vertu de laquelle un pays doit obtenir réparation pour le compte d'une personne privée ou pour un ressortissant, entité ou pays étrangers.

Lorsque l'on ignore le pays source ou que celui-ci ne possède pas de législation APA, l'affaire se complique. Dans pareil cas, le pays utilisateur doit, le cas échéant, identifier le pays source et trouver des mesures de remplacement au CPCC. La seule solution « juridiquement confortable » serait de :

- Créer un processus par « défaut » et des normes applicables lorsque le pays source ne dispose pas de législation, et/ou

- Créer un fond international ou autre mécanisme pour collecter les « parts orphelines », dans les cas où l'on ne connaît/divulgue pas l'identité du pays source ou que celui-ci ne participe pas.

[369] Il convient de noter que les documents des États-Unis sur la question des ressources génétiques fait expressément référence aux ressources génétiques utilisées pour créer le TAQ Polymerase, extrémophiles prélevés dans le parc national de Yellowstone. Cf. Etats-Unis : National Park Service, septembre 2006, Servicewide Benefits-Sharing, Draft Environmental Impact Statement, http://parkplanning.nps.gov/document.cfm?parkId=442&projectId=12515&documentID=16763. États-Unis, Ministère de l'intérieur. Bien que cela se soit produit bien avant l'adoption de la CDB, cela démontre l'importance des mesures applicables à l'utilisateur en tant que moyen de protection pour les pays développés et en développement.

Ces deux approches nécessiteraient un accord international tout en exigeant du pays utilisateur qu'il surveille l'utilisation des ressources génétiques et adopte des procédures visant à déterminer les ressources utilisées dans le pays.

6.4.4 Cadre fonctionnel : législation sur l'utilisation et le partage des avantages

Même si de nombreuses autres mesures visant les utilisateurs sont pertinentes et nécessaires, elles ont toutes trait à l'obligation de partage des avantages en matière d'utilisation, l'exigence à laquelle les utilisateurs doivent se conformer en vertu du droit du pays source et/ou le partage des avantages, lors de l'utilisation de ressources génétiques provenant d'un autre pays. Sans une telle disposition, la loi d'utilisateur ne sera jamais plus qu'un ensemble de dispositions non contraignantes et permissives, et le régime APA ne sera jamais un système fonctionnel permettant d'atteindre le troisième objectif de la CDB. Au mieux, les utilisateurs situés en dehors du pays source peuvent procéder au partage des avantages avec le pays source. Si l'utilisateur considère que la loi du pays source ne s'applique pas à lui, cela ne l'incitera pas à s'y conformer, et il ne sera/pourra pas y être contraint.[370]

Dès lors que le pays reconnaît que ces mesures sont nécessaires, il doit adopter :

a) des dispositions sur la portée de la loi ;

b) des obligations de partage des avantages directs ;

c) une structure de mise en œuvre et de surveillance ;

d) une structure d'application de la loi ; et/ou

e) des mesures incitatives.

Tous ces aspects semblent essentiels au bon fonctionnement du régime APA même si pour de nombreux pays, seuls les deux premiers devront être immédiatement adoptés et faire l'objet d'un engagement de mise en œuvre ultérieure. Quant aux dispositions restantes, elles devront être mises en place par la suite, et de nombreux pays peuvent choisir de retarder l'adoption de mesures incitatives à mesure qu'ils tirent des enseignements du système.

6.4.4.1 Portée : conditions et facteurs de déclenchement

Si un pays veut exiger de ses utilisateurs de ressources génétiques qu'ils procèdent au partage des avantages, il lui sera nécessaire de se doter d'un cadre juridique clair et applicable qui précise (i) quels individus sont considérés comme des utilisateurs de ressources génétiques (et quand) ; et (ii) quels avantages doivent être partagés (et comment). Par conséquent, il faut savoir d'emblée quelles activités constituent une « utilisation des ressources génétiques » (dans la mesure où une personne ou une entité est un « utilisateur de ressources génétiques » lorsqu'il se lance dans ces activités). Il faut également définir d'un point de vue juridique quels résultats constituent « les avantages découlant » d'une telle utilisation (étant donné que l'obligation de partage des avantages se déclenche lorsque des avantages sont générés) et comment on détermine ce qu'est un « partage juste et équitable » de ces avantages. Par conséquent, il est essentiel de préciser la terminologie se rapportant à ces concepts.

[a] Définition et portée des facteurs de déclenchement des obligations de partage des avantages

Il est nécessaire de se doter de définitions et de dispositions claires sur la portée afin de préciser quelles activités/ressources sont prises en compte (« ressources génétiques » et/ou « activité utilisant des ressources génétiques »), et quand les avantages qui déclenchent l'obligation de partage sont obtenus. L'aspect essentiel de ces définitions est le lien qu'elles entretiennent. Le chapitre 4 énonce une série de concepts soigneusement nuancés basés sur des engagements internationaux préexistants et l'assurance qu'ils sont applicables. Ainsi, chacun sait objectivement quelles activités sont régies par cette loi et quels avantages déclenchent l'obligation de partage des avantages. Dans le cadre de ces processus, il peut être utile d'indiquer comment l'issue des négociations sur le régime international influencera la portée de ces mesures au niveau national.

[370] Il s'agit principalement du status quo actuel. Par conséquent, le fait que de nombreuses entreprises et chercheurs consentent des efforts pour se conformer aux prescriptions APA, notamment le partage des avantages, en dit long sur l'importance de l'existence d'une responsabilité sociale dans ces institutions, et peut-être aussi sur le pouvoir de la société civile et autres groupes pour inciter certaines institutions à adopter une responsabilité sociale.

[b] Une portée différente ou plus rigoureuse

La portée des mesures juridiques nationales sur l'APA peut avoir un impact significatif à la fois sur les droits et les activités du pays législateur et sur la manière dont le droit interne s'intègre au système international APA. Lors de réflexions sur les mesures juridiques nationales, un régime ou une convention internationale prévoient souvent que les parties peuvent adopter des mesures plus rigoureuses ou différentes que celles fixées dans la convention.[371] Des « mesures plus rigoureuses » permettent souvent de s'assurer qu'un minimum de dispositions peuvent être adoptées dans tous les pays, même ceux qui n'ont pas la capacité d'effectuer des choix complexes. Par exemple, un système réglementaire plus simple aura souvent une portée plus stricte, afin de s'assurer qu'il couvre toutes les espèces et les acteurs devant être pris en compte au regard des engagements internationaux. Dans d'autres cas cependant, l'accord international vise à créer un processus commercial inter fonctionnel. Dans de tels systèmes (tels que l'OMC, CIPV et autres instruments), il n'est pas autorisé d'imposer des mesures plus rigoureuses, mais il est possible d'adopter des mesures moins rigoureuses.[372] Dans ce cas, les pays ne s'engagent pas à établir des réglementations. En revanche, ils acceptent que leur réglementation dans un domaine donné ne dépasse pas un certain niveau de contrôle ou de rigueur.

La CDB ne s'exprime sur aucune de ces dispositions, probablement car il était au départ attendu que la convention soit mise en œuvre par la législation nationale et car la quasi-totalité de ces dispositions est liée à des questions relevant d'une seule juridiction.[373] S'agissant de l'Article 15, il est difficile de savoir si des mesures plus rigoureuses sont autorisées ou interdites : d'une part, de nombreux pays ont adopté une définition très limitée des « ressources génétiques », ou appliqué l'APA à des termes de substitution ayant une portée plus restreinte.[374] D'autre part, cependant, certains pays ont conservé une définition très générale des « ressources génétiques » ou utilisé des termes encore plus larges, pour s'assurer que leur loi APA ait la portée la plus large possible.[375]

Sur la base des obligations énoncées à l'Article 15.7, il apparaît que des mesures applicables aux utilisateurs doivent être élaborées pour couvrir toutes les ressources génétiques régies par un pays source. Cela signifie que, lorsque des dispositions APA d'un pays source s'étendent à d'autres ressources (au-delà des « ressources génétiques »), le pays utilisateur aura le devoir en vertu de la CDB de garantir au minimum le partage des avantages pour les ressources génétiques, et la possibilité d'élargir cette protection à d'autres ressources. [376]

L'APA, qui dépend de la capacité de chaque pays à atteindre les objectifs prévus à l'Article 15.7, ne peut fonctionner que s'il existe des normes internationales claires sur la portée. Au niveau national, un pays dont les mesures à l'intention du fournisseur s'appuient sur des définitions et un champ d'application limités se heurte à d'importants problèmes lorsqu'il applique la loi d'un pays source qui utilise des définitions et un champ d'application plus large. Cette disparité

---

371 Par exemple, les prescritions du Protocole de Carthagène ou de la CITES doivent être au moins aussi rigoureuses que les prescriptions internationales de base de ces instruments. Cf. exemple, le Protocole de Carthagène, art.2.4.

372 Cf. exemple, article premier de la Convention internationale pour la protection des végétaux. Selon cette disposition, la Convention ne prévoit pas de contrôles sur les importations d'espèces. Dans la pratique, les Parties conviennent d'un niveau maximum de contrôles nationaux dans le commerce des produits d'origine végétale, interdissant toute norme plus rigoureuse.

373 Même les questions de responsabilité internationale (Articles 4.b et 14) ne relèvent que d'une seule juridiction, dans le sens où une action concernant une source de pollution étrangère doit être engagée à l'encontre du pollueur, à moins qu'un accord particulier ne soit appliqué avec ce pays.

374 Comme indiqué au chapitre 3, des systèmes nationaux utilisent à l'heure actuelle des définitions très différentes des « ressources génétiques », créant et utilisant ainsi parfois différents termes, notamment « le patrimoine génétique ». (BRÉSIL : « Provisional Act nº2 »,186-16.) Le projet de loi norvégien sur la biodiversité « draft Nature Diversity Act » propose une autre approche. L'emploi du terme « ressources génétiques » est remplacé par l'expression « matériel génétique d'autres pays » et met l'accent sur les pays d'importation « aux fins d'utilisation du matériel génétique ». (NORVÈGE : « draft Nature Diversity Act », §60). Les réglementations du National Parks Service des États-Unis sur le partage des avantages sont uniquement axées sur les échantillons de recherche : « projets de recherche impliquant des spécimens de recherche prélevés auprès des services du NPS qui ont donné lieu à des découvertes ou inventions utiles et présentant des possibilités d'application commerciales lucratives ». (US NPS, 2006, Draft EIS, présenté comme alternative).

375 La loi-type africaine (législation type de l'Union africaine pour la protection des droits des communaués locales, agriculteurs et éleveurs, et pour la réglementation de l'accès aux ressources biologiques, officiellement approuvée par tous les États de l'Union africaine, 2003) applique ses processus APA à toutes les ressources biologiques.

376 Comme indiqué plus haut, quasiment toutes les transactions qui prennent en compte du matériel biologique sont déjà régies par le droit des contrats et lois relatives au prélèvement illégal du matériel physique. Dans le contexte de « l'utilisation des ressources génétiques » uniquement, les droits juridiques ne sont pas liés à la possession/acquisition légale d'échantillons physiques. Par conséquent, en cas d'infraction aux lois nationales en matière de ressources biologiques, le pays source aura des moyens de recours habituels par le biais des lois et pratiques existantes.

entravera la fonctionnalité de l'APA même si tous les pays adoptent séparément des mesures à l'intention du fournisseur et de l'utilisateur.

Il faut espérer que ces lacunes importantes seront comblées lors de négociations sur le régime international. Cependant, comme le montre notre analyse au chapitre 4, il sera toujours possible de résoudre cette question par le biais des législations nationales. Si des pays clés ayant de nombreux utilisateurs importants sous leur juridiction (et autre) adoptent des mesures applicables aux utilisateurs sur la base de la compréhension mutuelle des trois concepts interdépendants, « ressources génétiques », « utilisation des ressources génétiques » et « avantages découlant de […] l'utilisation des ressources génétiques », tel qu'évoqué au chapitre 4.

6.4.4.2 Dispositions relatives à l'obligation de partage des avantages

L'élaboration du principal élément de la législation applicable à l'utilisateur est relativement aisée. Le droit du pays utilisateur peut indiquer simplement, à l'aide de la terminologie juridique appropriée, que les utilisateurs de ressources génétiques provenant d'un autre pays doivent se conformer à toutes les lois pertinentes du pays source, y compris la responsabilité de partager équitablement les avantages commerciaux et autres découlant de l'utilisation de ces ressources.

Pour les pays ayant sous leur juridiction un nombre moins significatif d'utilisateurs, cette disposition peut être à l'heure actuelle suffisante pour satisfaire à l'obligation de l'Article 15.7. Par exemple, dans de nombreux pays, les utilisateurs se consacrent uniquement au développement de variétés agricoles en utilisant des méthodes conventionnelles. Si ces pays sont Parties au traité international, et ont mis en place les lois nécessaires pour sa mise en œuvre dans leurs pays, seule une simple déclaration sur le partage des avantages peut être nécessaire pour les ressources ne figurant pas à l'annexe du traité (et solliciter l'organisme compétent pour élaborer des réglementations supplémentaires lorsque/si d'autres utilisateurs et utilisations interviennent).

Pour tous les pays (y compris ceux ayant de nombreux utilisateurs sous leur juridiction), cette disposition fondamentale peut servir de base aux mesures prises par les pays source, communautés, ONG, ainsi que par les tribunaux et organismes des pays utilisateurs. Cependant, cette solution est incomplète. En effet, dès lors qu'un utilisateur a fait l'objet d'un procès APA, cela peut inciter d'autres utilisateurs à se conformer aux mesures APA.

Enfin, lorsque les lois d'un pays imposent clairement un devoir à ses propres utilisateurs, cette disposition peut inciter les autres pays à adopter des mesures visant les utilisateurs. Même si aucun pays ne l'a encore fait, les lois du pays source pourraient interdire toute utilisation APA à un utilisateur, à moins que les ressources ne soient utilisées dans un pays prévoyant des mesures d'utilisation de base[377] : un pays qui exige que les utilisateurs de ressources génétiques provenant d'un autre pays (i) se conforment aux lois du pays source, (ii) se conforment aux dispositions de tout permis ou contrat pertinent ; et (iii) informe le pays source lorsque l'accès aux ressources a eu lieu[378]. Cette approche reflète un concept de base du droit commercial international : les pays membres de l'OMC ne peuvent contrôler à l'excès l'entrée de bien sur leurs territoires, mais ils ont clairement le droit souverain de procéder ou non à la vente, à l'octroi de licence ou d'autres droits sur leurs ressources génétiques. Un pays serait juridiquement dans son droit de refuser l'accès aux ressources génétiques, à moins que les ressources soient utilisées dans un pays qui soutient et protège ses droits.

6.4.4.3 Mesures de surveillance dans les pays utilisateurs

Une fois établie, une obligation relative à l'utilisateur doit être mise en œuvre. La loi ou l'organisme gouvernemental compétent doit mettre au point des mécanismes et réglementations précisant l'application de cette exigence et la surveillance et la confirmation de ces pratiques. Cela est indispensable à la fonctionnalité et à l'équité du régime. Cela permet aux utilisateurs de savoir exactement ce qui est attendu d'eux ou de quels documents ils doivent disposer afin de (i) se conformer aux mesures visant les utilisateurs et (ii) être à

---

[377] Aux Seychelles, un projet de loi a été présenté par une équipe de consultants étrangers, sous la direction et par le financement de l'Institut international des ressources phytogénétiques. Il figure in Lettington et Dogley, 2006. À l'article 20, ce projet de loi stipule que « l'autorité compétente, en consultation avec l'agence de coordination et les organismes chefs de file, pourront refuser l'accès au ressources génétiques des Seychelles lorsqu'il y a lieu de croire que le demandeur est un ressortissant d'un pays, est basé ou opère dans une juridiction n'offrant pas suffisamment de garanties pour le respect ou application de la présente loi.

[378] Ibid. Les mesures applicables à l'utilisateur décrites dans le texte figurent aux articles 32-34 du projet de loi.

même de prouver cette conformité. Cela permet de fixer des normes que le gouvernement ou d'autres utilisateurs peuvent appliquer lorsqu'ils veulent s'assurer que l'utilisateur s'est conformé aux règles. Les dispositions réglementaires doivent inclure les aspects suivants :

- Indicateurs objectifs et vérifiables de manière externe grâce auxquels un utilisateur sait qu'il « utilise des ressources génétiques » et les gouvernements, tribunaux et plaideurs peuvent objective-ment déterminer ou confirmer cet aspect ;

- Indicateurs qui définissent à quels moments les avantages sont obtenus ;

- Réglementations qui expliquent clairement le processus de partage des avantages, dans trois cas :

  – Lorsque le partage des avantages n'est pas exigé par le pays source, pour le confirmer/prouver à l'aide de documents ;

  – Lorsque la loi pertinente du pays source est identifiée, pour se conformer aux dispositions de partage des avantages appropriées et confirmer ou prouver à l'aide de documents cette conformité ; ou

  – Lorsque aucune option n'est raisonnablement possible pour l'utilisateur, pour se conformer aux dispositions d'utilisateur par lesquelles le gouvernement de l'utilisateur assume la responsabilité du partage des avantages.

- Mécanismes qui permettront à l'utilisateur de prouver avec documents à l'appui la conformité à ces éléments.

Quelle que soit la législation du pays source, les mesures des pays qui régissent les activités des utilisateurs qui sont sous leur juridiction auront un effet plus direct sur eux. *Par conséquent, ce sont les mesures visant les utilisateurs qui, au final, détermineront la fonctionnalité du régime APA.*

[a] Précisions sur la portée

Pour lever toute ambiguïté juridique ou réglementaire, les mesures contraignantes d'application des exigences APA (et mesures incitatives) doivent être basées, dans la mesure du possible, sur des facteurs concrets, à savoir les trois concepts et seuils de déclenchement décrits au chapitre 4 : *les ressources génétiques, l'utilisation des ressources génétiques et les avantages découlant de cette utilisation.* Par exemple, l'adoption d'une liste d'étapes pratiques pour déterminer au cas par cas quelles ressources constituent des « ressources génétiques » semble impossible. Cela permettra peut-être d'exclure certains biens,[379] mais ne contribuera guère à déterminer si l'obligation de partage des avantages s'applique.

En général, afin de donner effet aux mesures visant les utilisateurs, il sera indispensable d'élaborer des méthodes objectives pour déterminer :

- Si les activités d'une personne ou entité constituent une « utilisation des ressources génétiques » et

- Par quels résultats et conclusions intermédiaires de cette utilisation considère-t-on que des « avantages découlent » de cette utilisation, déclenchant ainsi l'obligation relative à l'utilisation et au partage des avantages.

Comme évoqué aux sections 4.1.2 et 4.1.3, le recours à une liste de dispositions ou autre législation descriptive reste l'un des moyens les plus efficaces de « concrétiser » ces deux concepts. Par exemple, pour déterminer quelles activités constituent une « utilisation des ressources génétiques », la loi créé généralement deux aspects spécifiques :

(i) une description des caractéristiques constitutives de « l'utilisation des ressources génétiques ». Cela consiste à décrire les caractéristiques ou indicateurs pouvant être observés et qui déclenchent « l'utilisation des ressources génétiques » d'un point de vue juridique ; et

(ii) soit une liste, soit un processus d'élaboration d'une liste d'activités ou de catégories d'activités

[379] Par exemple, l'huile végétale purifiée ne contient ni ADN ni ARN. (Communication personnelle, Seizo Sumida.) S'il était décidé que le régime APA comprennait des « ressources génétiques » contenant de « l'ADN, de l'ARN ou tout élément contenant ces substances », la définition excluerait les huiles végétales traitées, et probablement d'autres produits aussi.

spécifiques qui constituent une« utilisation des ressources génétiques ».

Un utilisateur qui entreprend une activité répertoriée sur la liste devrait avoir la possibilité de prouver qu'elle ne constitue pas une « utilisation des ressources génétiques » au regard des critères descriptifs. Le gouvernement ou autre individu s'efforçant de faire appliquer le partage des avantages cherchera peut-être à appliquer la loi à une activité non répertoriée, sur la base des mêmes critères. Cette même approche peut être adoptée pour identifier les « avantages découlant » d'une telle utilisation, et pour préciser à quel moment ces avantages sont obtenus.

[b] Comment le déclenchement s'opère-t-il ?

À ce stade-ci, il convient de comparer la différence entre les facteurs de déclenchement des effets juridiques et les pratiques d'accès et de partage des avantages. Actuellement, on espère toujours que le partage des avantages sera effectué par le biais du contrat APA, entre l'utilisateur et le pays source, en direct ou par l'entremise d'un autre fournisseur. À ce jour, bien que les contrats APA ne puissent en général pas faire l'objet d'un examen, un certain nombre ont été rendu publiques en partie ou en totalité. Ces accords reprennent habituellement un certains nombres de points communs, notamment qu'une partie ou la totalité des paiements sont effectués avant l'obtention de tout avantage.[380] Ces paiements initiaux sont qualifiés de « paiements d'accès » (frais encourus pour le prélèvement des spécimens, etc.), « paiements échelonnés » ou « paiements d'étapes ». Les Lignes directrices de Bonn reconnaissent cette pratique, et observent que le moment où le paiement doit s'effectuer doit être convenu par les Parties,[381] et que :

> *Des avantages à court, moyen et long termes, par exemple des paiements initiaux, des paiements échelonnés et des redevances, devraient être envisagés. L'échéancier du partage des avantages devrait être arrêté de manière définitive. En outre, l'équilibre entre les avantages à court, moyen et long termes devrait être examiné au cas par cas.* [382]

En termes d'avantages, les lignes directrices se concentrent sur le type de biens pouvant être transférés au pays en vertu de l'obligation de partage des avantages, plutôt que sur l'obtention des avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques.

Par conséquent, les « déclencheurs » d'effets juridiques n'indiquent pas à tous les utilisateurs en quoi doit consister le partage des avantages et quand celui-ci doit s'effectuer. Un utilisateur qui a conclu un contrat APA est simplement tenu d'honorer son engagement. En revanche, les seuils de déclenchement sont conçus pour déterminer à quel moment les devoirs des utilisateurs sont juridiquement clairs et applicables. Lorsque l'utilisateur a atteint les deux seuils de déclenchement (utilisation des ressources génétiques et l'obtention d'un ou plusieurs avantages qui découlent de cette utilisation) le pays utilisateur aura la capacité et l'obligation de déterminer si cet utilisateur s'est conformé à l'APA. Avant d'en arriver là, l'obligation d'un utilisateur est toujours inchoative, ce qui signifie qu'il n'y a toujours pas de base contractuelle permettant d'invoquer le non respect des responsabilités APA.

Outre l'identification des seuils de déclenchement, la législation d'utilisateur devra prévoir les mesures spécifiques à prendre. Par exemple, certains pays souhaiteront peut-être constituer une liste « d'utilisateurs des ressources génétiques », en demandant à l'utilisateur de remplir un formulaire lorsqu'il atteint le premier seuil de déclenchement, c'est-à-dire lorsque son activité devient une « utilisation des ressources génétiques ». Cette approche peut être utile, dans la mesure où elle peut permettre aux utilisateurs de prendre conscience plus tôt de leurs responsabilités en matière d'APA. Elle permet également une surveillance plus large, du fait que le gouvernement pourra s'appuyer sur une base concrète pour confirmer qu'une personne ou entité se conforme aux exigences en amont.

D'autres pays, cependant, peuvent réduire au minimum les formalités d'enregistrement, et ne demander des preuves de la conformité qu'une fois le deuxième seuil de déclenchement atteint. Pour cela, le gouvernement pourrait exiger

> *qu'un certain nombre de jours après que l'utilisateur a reçu des avantages découlant de l'utilisation des ressources*

---

380 Cf. Cabrera et López, 2007, et Rosenthal, *et al.*, cité en note de bas de page 279.

381 § 45 des Lignes directrices de Bonn.

382 *Id.*, §47.

génétiques, celui-ci fournisse (ou soit capable de fournir) les documents appropriés attestant qu'il s'est conformé aux obligations de partage des avantages du pays source.

Cette disposition ne dispense pas l'utilisateur de son devoir d'effectuer des paiements anticipés, si cela est prévu dans le contrat APA. Elle indique uniquement à quel moment le pays utilisateur doit confirmer la conformité. À ce stade, un utilisateur qui respecte un contrat APA doit seulement fournir les documents qui l'attestent, mais un utilisateur sans contrat devra appliquer les mesures visant les utilisateurs qui régissent son obligation de partage des avantages.

[c] Application de catégories

L'une des principales difficultés que pose le partage des avantages est la détermination du type de paiement, montant, etc., qui s'applique à chaque activité et utilisateur. Lorsqu'un utilisateur a négocié un contrat APA régissant le partage des avantages, ces questions sont généralement résolues. Le problème se pose uniquement lorsque l'utilisateur est accusé de ne pas divulguer toutes les informations ou d'adopter des pratiques commerciales ou contractuelles inéquitables. Si les deux parties au contrat APA conviennent ensemble de conditions justes et sans contraintes pour le partage des avantages, la conformité à ces conditions devrait également satisfaire les mesures du pays utilisateur.

En l'absence d'accord, cependant, une autre question se pose : quelles exigences en matière de partage des avantages devraient être imposées par le pays utilisateur, et comment ces avantages devraient être répartis ? Une façon de résoudre cette question est de recourir à l'approche par « listes » ou « catégories » concernant « l'utilisation des ressources génétiques » décrites à la section [b]. Dans certains cas, les activités en elles-mêmes constituent un partage des avantages sans qu'il soit donc nécessaire d'imposer des obligations à l'utilisateur. Cela est par exemple possible lorsque l'avantage est universellement disponible sans coût supplémentaire. D'autres activités faisant appel à des utilisations plus conventionnelles des ressources génétiques (développement de variétés végétales, à l'exception des organismes vivants modifiés, par exemple) peuvent donner lieu à un partage des avantages inférieurs (probablement en vertu du traité). Il peut être également possible d'élaborer une approche « d'échelle » globale en matière de partage des avantages, selon laquelle certaines activités sont soumises à des exigences plus ou moins élevées, en fonction de la contrepartie offerte à la contribution des ressources génétiques et du type d'activité.

Cette approche peut en ultime recours contribuer à accroître la transparence des négociations de partage des avantages en répondant à l'un des problèmes les plus fréquemment cités par les pays source et les utilisateurs : l'absence d'accord entre les parties concernant un montant raisonnable de partage des avantages. Ce système de catégories pourrait permettre d'évaluer les divers éléments décrits au chapitre 5 :

- la valeur des ressources génétiques ;
- la valeur des avantages obtenus par les utilisateurs et qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques ;
- la « contribution » faite par les ressources génétiques aux produits ou autres avantages obtenus ;
- la valeur des avantages devant être partagés ;
- la part des avantages que le pays source devrait recevoir ; et
- la valeur ou équivalent des types d'avantages payés au pays source au titre de la part des avantages du pays source.

[d] Avantages non commerciaux

L'une des préoccupations majeures concerne le partage des avantages non commerciaux, en particulier les résultats de la recherche et les conclusions préliminaires. Au cours des dernières années, certaines analyses innovantes se sont penchées sur la question de savoir si, quand et comment les avantages non commerciaux devraient être partagés.[383] Certains arguments sans appel suggèrent que certains avantages ne peuvent pas être « partagés » par le biais des approches économiques conventionnelles, étant donné que le partage de données préliminaires est entier ou nul. Il n'y a que deux possibilités, l'obtention de

[383] Fernández Ugalde, 2005.

l'information ou non. Il n'est habituellement pas possible de morceler les données, car (i) des bribes de données prises au hasard n'auraient aucune valeur, et (ii) pour vérifier qu'une « part équitable et juste » des données est fournie, il faut pouvoir examiner toutes les données. Par ailleurs, il est difficile de déterminer quand les résultats de la recherche cessent d'être préliminaires et deviennent un « avantage découlant » de l'utilisation des ressources génétiques.

Les secteurs de R&D commerciaux soumis à une forte concurrence cherchent par tous les moyens à protéger tout type d'informations. Certains chercheurs et bioprospecteurs craignent à juste titre que d'autres devancent leurs conclusions si ceux-ci accèdent à des données non scientifiques simples, notamment les espèces étudiées ou les activités de bioprospection entreprises, etc.

Dans ce contexte de concurrence et de confidentialité, l'exigence de partage des données préliminaires, telle que l'identification taxonomique d'espèces, ou de variétés prélevées ou la fourniture d'échantillons de référence (parfois exigée par la loi du pays source[384]), peut susciter des inquiétudes quant à la confidentialité de l'utilisateur. Cela est particulièrement vrai dans certains pays en développement, où les contrôles exercés sur les informations détenues par le gouvernement sont parfois moins fiables. Même lorsque les lois du pays exigent du gouvernement de conserver un certain nombre d'informations confidentielles, les ministères de l'environnement ou de la faune et de la flore chargés de la surveillance de l'APA n'ont peut-être pas reçu la formation ou les équipements nécessaires pour garantir la conformité à ces exigences. Par exemple, même la reproduction des échantillons à l'intention d'un organisme peut également avoir ce type de répercussion, si l'organisme les vend ultérieurement à d'autres utilisateurs.

Certains de ces problèmes peuvent être résolus par le biais de mesures applicables à l'utilisateur. L'une des solutions peut être basée sur la coopération nationale. Les lois de protection efficaces qui régissent le secret commercial[385] dans un pays *utilisateur* peuvent permettre de préserver la confidentialité des informations. Un chercheur qui utilise dans le cadre de ses activités des ressources génétiques peut déclarer des informations importantes concernant les espèces, la source spécifique, des recherches particulières, etc. dans une notification à l'intention du *pays utilisateur* lorsque le premier seuil de déclenchement est atteint (voir [b] ci-dessus). Cela permettrait de conférer au pays source des certitudes quant à ses droits sur les avantages.

L'objectif de certains chercheurs étant uniquement de publier les résultats et données de leurs recherches soulève depuis peu de nouveaux problèmes, comme évoqué précédemment, si ces résultats permettent à d'autres utilisateurs d'élaborer des produits commerciaux sur la base des informations génétiques, la décision et le moment de la publication peuvent intéresser les pays source[386]. Dans ce cas, un pays utilisateur qui tient à jour une liste d'utilisateurs étrangers de ressources génétiques peut servir d'intermédiaire entre le chercheur et le pays source pour éviter les situations où le pays source tente de contrôler, limiter ou étouffer les recherches biologiques.

[e] Transparence

Un obstacle majeur à la rationalisation et régularisation du processus APA est l'absence de transparence de la plupart des contrats et négociations APA. Cela s'explique par les différentes perspectives des parties à un tel accord. L'utilisateur considère les négociations APA comme des négociations commerciales, c'est-à-dire comme confidentielles entre les parties à l'accord dans la plupart de ces situations. Pour de nombreux pays source cependant, il s'agit d'un accord servant à transférer un bien national. La plupart des pays exigent des représentants du gouvernement la plus grande transparence lors de telles négociations, à la fois pour les protéger de plaintes ultérieures pour conduite inappropriée et recherche de l'intérêt personnel, et pour permettre à la société civile d'exercer une surveillance.

---

384 Cf. BHUTAN : article 9.b, « Biodiversity Act » (loi sur la biodiversité), « l'autorité compétente, par l'entremise de l'organisme autorisé, peut accorder l'accès si […] [notamment] […]. Le demandeur accepte de fournir à cet organisme une copie de chaque échantillon et les informations y relatives concernant les sites de collecte du matériel prélevé sur les terres des agriculteurs ou forêts publiques ».

385 Les lois relatives au « secret commercial » prévoient généralement que lorsque des informations confidentielles doivent être communiquées au gouvernement, elles peuvent être qualifiées de « secret commercial » et le gouvernement doit s'assurer qu'elles sont directement ou indirectement inaccessibles. Ces dispositions sont habituelles en droit de la propriété intellectuelle, mais aussi dans la quasi-totalité des lois en vertu desquelles des informations techniques doivent être enregistrées (lois sur la notification, application de permis, etc.).

386 Mgbeoji, 2006.

Le problème des « attentes irréalistes » ne peut être résolu sans que les parties obtiennent des informations clés sur les coûts et la valeur des biens semblables. Il est facile de connaître la valeur des transactions immobilières inscrites au registre public, les valeurs boursières quotidiennes et autres systèmes de transparence, pour s'assurer que des négociations reposent sur des connaissances et des attentes raisonnables. Le pays utilisateur pourrait donc servir d'intermédiaire à cette fin. Ils pourraient convenir de tenir des statistiques anonymes (vérifiées par les parties mais transmises de façon anonyme) concernant les contrats APA régissant leurs utilisateurs.

[f] Partage des avantages en cas d'absence de contrat APA

Il est essentiel que la législation d'utilisateur évite de créer des failles concernant les utilisateurs qui n'ont pas de contrats APA ou qui ne divulguent pas la source des ressources qu'ils utilisent. Il existe plusieurs possibilités, qui peuvent toutes être reprises dans la législation.

Nécessité de négociations post-facto de contrats APA :
Ici, lorsque le pays source est connu mais que l'utilisateur n'a pas obtenu de contrat APA, il est possible de lui accorder un délai pour se conformer aux lois du pays source, c'est-à-dire d'engager des procédures CPCC et CCCA et de respecter toutes les dispositions prévues en matière de partage des avantages. Après une découverte, les attentes des pays source peuvent être gonflées par les contributions de diverses sources d'information. Cela peut inciter les utilisateurs à obtenir des accords dès le début.

Négociations intergouvernementales de contrats APA :
L'autre option, qui pourrait être utilisée seule ou combinée à la première (elle s'applique lorsque la première n'est pas possible ou si l'utilisateur ne se conforme pas à un échéancier précis), exigerait du pays utilisateur qu'il informe le pays source directement. Ensuite, les deux pays pourraient fixer conjointement les responsabilités de partage des avantages incombant à l'utilisateur. En fonction de la formulation, la participation du gouvernement pourrait conduire à une solution plus appropriée que celle que pourrait obtenir l'utilisateur à lui seul. Dans ce cas, il serait peut-être utile d'imposer des conditions à l'utilisateur, qui, une fois satisfaites, pourraient l'habiliter à solliciter l'aide du gouvernement dans le cadre de ces négociations.[387]

Lorsque le pays source est indéterminé ou non divulgué :
Dans le cadre de la législation applicable à l'utilisateur, le principal problème survient lorsque l'utilisateur ignore le pays source ou qu'il ne le divulgue pas. Ce type de situation empêche le pays utilisateur d'imposer des obligations de partage des avantages. Il peut être impossible de déterminer le pays source d'un échantillon particulier par l'analyse scientifique, même lorsque les techniciens et le matériel appropriés sont disponibles dans le pays.[388] D'un point de vue juridique, il semble essentiel de prévoir un mécanisme de partage des avantages dans ce type de cas. Toute approche pratique visant à régler la situation devrait comporter deux éléments :

- Un mécanisme pour un partage des avantages moins direct, tel que la création d'un fonds d'affectation spécial pour aider les pays en développement, ou un processus obligatoire dans le cadre duquel l'utilisateur fournit une telle assistance directement à un ou plusieurs pays en développement ; et

- une ou plusieurs formules juridiques pour déterminer le montant et la forme des paiements effectués au titre du partage des avantages.

Si la création d'un fonds d'affectation spéciale est une tâche relativement aisée,[389] l'évaluation, comme évoqué

---

[387] Une version de cette approche figure dans JAPON : lignes directrices sur l'accès aux ressources génétiques à l'intention des utilisateurs au Japon, qui permet aux utilisateurs de solliciter l'aide du gouvernement lors de négociations APA et de processus dans le pays source, du moment qu'ils se conforment aux lignes directrices.

[388] Communication personnelle, Leif Christoffersen, Diversa Corporation, 7 mai 2005. Ruiz et Lapeña, 2007, chapitre 5 propose une réflexion sur la capacité juridique des technologies modernes à identifier les espèces desquelles proviennent des ressources génétiques. Dans tous les cas, l'identification ne permettra pas de déterminer le pays source à moins que l'espèce ne soit déjà reconnue comme endémique se trouvant dans un pays donné. En outre, chaque processus analytique peut s'avérer très coûteux. Il peut être difficile d'utiliser ces processus en tant qu'outil principal de mise en application/surveillance, pour déterminer que l'espèce concernée n'a pas son origine dans le pays utilisateur, mais il peut être possible d'exiger de l'utilisateur d'entreprendre cette analyse lorsque l'on ne connaît pas le pays source, ou qu'il n'est pas révélé.

[389] Cf. exemple, Burhenne *et al.*, 2003, International Issues in the Governance of Protected Areas, chapitre 3 (« Fonds internationaux, « partenariats » et autres mécanismes de financement des régions protégées »). Les fonds environnementaux d'affectation spéciale sont confrontés à des problèmes tels que (i) trouver les financements (le fonds auquel on se réfère ici n'est pas concerné) ; et (ii) s'assurer que les fonds ne seront pas affectés à d'autres postes (ce qui ne pose habituellement pas de problème dans les pays développés).

au chapitre 5, est, quant à elle, une mesure juridique très compliquée. À ce jour, peu d'efforts ont été consentis pour répondre aux questions d'évaluation économique touchant particulièrement à l'élaboration de mesures juridiques.[390]

[g] Confirmation des données fournies par l'utilisateur

Le dernier enjeu juridique à relever dans ce domaine est la confirmation des données. Pour qu'un cadre juridique soit efficace, il est essentiel de prévoir des mécanismes visant à garantir que les notifications, documents et rapports sont complets et corrects. Les enseignements récents tirés de la mise en œuvre de la CITES ont démontré combien il est facile de manipuler des rapports, déclarations, notifications et documentation concernant la source des espèces et autres facteurs.[391] Même si ces infractions ne constituent qu'un petit pourcentage du nombre de personnes qui importent et exportent les espèces CITES, elles impliquent un grand volume de trafic illicite de spécimens et éléments contrôlés.

La mise en œuvre de l'APA, les possibilités d'abus et la difficulté (ou quasi impossibilité) de confirmer la validité des déclarations réalisées sont un obstacle majeur à l'élaboration de mesures juridiques du fournisseur et de l'utilisateur. Alors que la plupart des utilisateurs respectent honnêtement les obligations d'établissement de rapports, l'absence de mécanismes de confirmation peut entraîner des mesures incitatives à effet pervers dans la législation nationale, et encourager ainsi des individus peu scrupuleux à chercher le moyen de manipuler le système, en particulier étant donné la valeur potentielle des ressources génétiques.[392]

Dans certains cas, les décideurs et négociateurs internationaux s'empressent de suggérer que la surveillance APA soit confiée à d'autres organismes (bureaux des douanes et des brevets sont parmi les plus fréquemment cités). En raison de la nature spécialisée et technique de nombre de plaintes, documents, notifications et rapports APA, cependant, ces organismes dotés de mandats distincts ne sont peut-être pas compétents pour assumer un rôle majeur en matière d'évaluation de la conformité APA.

6.5 Propositions de mesures et d'outils APA acceptés au niveau international

Au cours de ces dernières années, les problèmes de la mise en œuvre APA ont été examinés par un certain nombre d'experts, institutions nationales et régionales et lors de discussions internationales dans le cadre de la CDB. Les préoccupations suscitées par les failles du système APA ont donné lieu à diverses propositions de mesures ou outils individuels pour tenter d'y remédier. Bien qu'aucune ne puisse remplacer des mesures visant les utilisateurs, elles pourraient cependant présenter une utilité une fois que chaque pays aura établi ses responsabilités nationales de base.

L'analyse suivante examine cinq types de mesures qui ont été proposées ou suggérées officiellement ou non. La première mesure porte sur le problème de la communication internationale entre le pays utilisateur et le pays source. Il s'agit d'un aspect essentiel du système APA, pourtant souvent difficile à résoudre dans la pratique.[393]

Ici, le problème des flux internationaux d'informations est examiné sous différentes perspectives, en fonction de la direction des informations :

- « Certificats d'origine, de source ou de provenance légale » – propositions conçues pour transmettre des informations du pays source vers le pays utilisateur ; et

---

[390] Une étude réalisée en Norvège par Romstad et Stokstad, 2005, porte uniquement sur l'évaluation des ressources génétiques, comme intrant aux biotechnologies plutôt que sur la contribution sociale et biologique fournie par les ressources in situ. Il ressort de cette étude qu'étant donné le manque de scénario alternatif, « …les estimations des valeurs de la plupart des études peuvent être mises en doute », page 24.

[391] Cette problématique a été évoquée en détail lors de l'atelier d'experts relatif aux autorités UE-CITES sur la législation CE sur le commerce des espèces sauvages : expériences, enjeux et perspectives d'avenir (14-17 novembre 2006, Vilm, Allemagne). Les passeurs ou auteurs d'autres infractions avaient des permis d'importation et d'exportation CITES présentant des espèces erronées, des doubles des permis « d'éléments d'espèces » pour justifier la re-exportation et la vente d'un nombre de spécimens bien supérieur au nombre importé, etc.

[392] Ces dernières années, les groupes criminels autrefois axés sur le secteur des drogues, entre autres, se consacrent désormais au commerce illicite d'espèces sauvages, car les sanctions et le niveau de détection et de répression est beaucoup moins élevé dans ce secteur. Anton *et al.*, 2002.

[393] Par exemple, la plupart des pays n'autorisent que les plus hauts responsables à établir des contacts directs avec leurs homologues étrangers, à moins que ceux-ci ne soient clairement limités ou contrôlés.

- « Divulgation de l'origine », lors de demandes de brevets –Pour transmettre des informations du pays utilisateur vers le pays source.

Les trois autres propositions évoquées ci-dessous visent à répondre aux problèmes de fond posés par l'identification des pays source et la réalisation du partage des avantages :

- « L'internationalisation » du partage des avantages par le recours au financement central et autres outils ;
- L'élaboration d'une disposition « standard » ou « minimum » applicable à tous les pays qui n'ont pas adopté de « lois APA » officielles, et
- La création d'un « contrat standard » pour homogénéiser les négociations APA.

6.5.1 Validation par le pays source : les certificats

Les réflexions sur la création d'un « certificat d'origine, de source ou de provenance légale convenu au niveau international » (certains ajoutent à la liste « de conformité ») suivent leur cours.[394] Ces réflexions peuvent sembler, comme le rappelle le titre, prématurées, étant donné que les principaux négociateurs ignorent quels aspects (origine, source, provenance légale ou conformité) doivent être certifiés. Ces différentes propositions de certificats correspondent à divers concepts. Pour chaque information inscrite au certificat, il faut se demander « *quel organisme ou individu peut certifier cette donnée* ? »

Par exemple, comme évoqué à la section 2.4, les termes « origine », « source » et « fournisseur » ne sont toujours pas clairement définis dans les débats APA. Il est parfaitement possible que, pour une ressource génétique donnée, le pays d'origine, le pays source et le pays fournisseur soient trois pays différents. Un spécimen peut être apparu (dans des conditions *in-situ*) dans plusieurs pays différents, il peut avoir été prélevé dans la nature par un chercheur, une collection *ex-situ* ou autre personne l'ayant ramené dans son pays. Il aura pu être ensuite vendu ou transféré depuis le pays du chercheur vers un utilisateur (par une transaction directe ou via un intermédiaire). Dans cet exemple, la capacité d'une personne, communauté ou organisme ayant accordé l'APA à certifier la « provenance légale » des ressources est sujette à caution.

Cette personne ne peut valider ni la « provenance légale » des spécimens ni la « conformité » aux lois APA du pays source, source ou fournisseur. De même, la « conformité » est un processus permanent en matière d'APA, étant donné que l'utilisateur doit non seulement conclure des CPCC et CCCA, mais il doit aussi continuer de s'y conformer pendant une longue période d'accès et d'utilisation des ressources.

Par conséquent, le contexte, l'objectif et l'emploi du certificat doivent être déterminés préalablement à la création du certificat. Si un « certificat d'*origine* » est nécessaire (comme par exemple lorsqu'une loi exige de l'utilisateur qu'il vérifie l'origine du matériel), il faudra établir des normes permettant de déterminer le pays source et le chemin parcouru par les ressources jusqu'à l'utilisateur. Lorsque les circonstances l'exigent, il peut être nécessaire de déterminer précisément la source, notamment dans le cas où il est allégué qu'un matériel a été prélevé sur un territoire soumis à un traitement particulier en vertu du droit interne.

Si un « certificat d'origine » est exigé, des normes et des mécanismes visant à élargir le champ taxonomique/géographique (probablement par le biais de la recherche intégrée de tous les inventaires nationaux sur la biodiversité) seront nécessaires. Étant donné que la plupart des espèces peuvent provenir de plusieurs pays source, des mécanismes permettant de restreindre le champ des recherches pourront être mis au point.

Les certificats de « *provenance légale* » ou de « *conformité* » posent également un problème du point de vue pratique. En effet, le principal problème est que ce certificat doit être d'une certaine manière « contraignant ». Il sera utilisé par des acheteurs ou des organismes en tant que preuve. Mais la question est de savoir « pour prouver quoi ? ». La « provenance légale » est souvent employée pour prouver que l'utilisateur s'est conformé aux exigences initiales de CPCC et CCCA avant d'accéder aux ressources ou de

[394] Voir le mandat original sur cette question, UNEP/CBD/COP/7/21 VII/19 E, (demande) 7, page 304 : « prie le groupe ad hoc […] UNEP/CBD/COP/7/21 VII/19 D.

les exploiter. En règle générale, pour éviter les abus juridiques, l'organisme ayant délivré le contrat ou permis APA ne devrait pas être autorisé à certifier la provenance légale. Par conséquent, un certificat de « provenance légale » devrait normalement être délivré ou validé par un organisme ou un bureau différent ou par le procureur général, afin de s'assurer que les processus gouvernementaux sont entrepris de manière légale et impartiale.

Un certificat de « conformité » sert essentiellement à certifier que l'utilisateur a reçu l'autorisation d'utiliser les ressources génétiques ou qu'il s'est conformé aux obligations pertinentes, etc. Cependant, si tel est l'objectif, le gouvernement du pays source ne peut généralement délivrer un certificat que pour une période donnée. Le certificat stipule : « à compter de la date ci-dessus, l'autorité signant ce certificat atteste qu'à sa connaissance, […] ». Les déclarations effectuées dans le certificat peuvent un an (ou un mois ou une semaine au plus tard) perdre leur effet. L'autorité peut également avoir découvert des circonstances ou infractions ayant invalidé le certificat. Il semble que les seules solutions à ce problème soient :

(i) la création d'un certificat entièrement contraignant pour le pays (afin que le manque d'informations ou les changements ou découvertes ultérieurs ne puissent pas l'annuler) ; ou

(ii) l'association du certificat à une période unique et la création d'un système permettant de transférer des responsabilités et des ressources au pays source.

D'autres exigences relatives au certificat ont été suggérées, notamment les certificats concernant le transport international de ressources génétiques. Ces certificats doivent aborder les questions de vérification et les difficultés de mise en œuvre, une fois conçus et convenus (voir les sections 6.4.4.3 [e-g]). Cependant, il est nécessaire de déterminer au préalable la fonction que doit remplir le certificat dans le système APA et de s'assurer que toute personne qui n'obtient pas de certificat s'expose à des sanctions.[395]

La mise au point de certificats et autres mécanismes visant à améliorer le flux d'information international en matière de conformité APA peut être extrêmement utile dans de nombreux contextes APA. Cependant, tant que les besoins contextuels ne seront pas suffisamment définis, il sera inutile de poursuivre les réflexions sur des mécanismes devant être créés pour y répondre.

6.5.2 Communication au pays source d'informations sur l'utilisation : la divulgation

L'un des problèmes conceptuels que pose le cadre APA à l'heure actuelle est que les pays source et fournisseurs devront assumer la plus grande partie de la mise en application de l'APA. Cette charge risque de saper toute possibilité de mise en œuvre. Pour faire valoir leurs droits, les pays source doivent cependant disposer d'informations détaillées sur l'utilisation des ressources génétiques par des utilisateurs dans d'autres pays. Comme évoqué à la section 6.4.4.3[e], le manque total d'accès du pays source à de telles informations (hormis les rapports non vérifiés des utilisateurs ayant obtenu un contrat APA) est un obstacle majeur à la fonctionnalité de l'APA tel que conçu aujourd'hui. Au fil du temps, il a été reconnu que d'autres mécanismes sont nécessaires pour fournir des informations sur les utilisateurs qui obtiennent des bénéfices par le biais de l'utilisation des ressources génétiques. Jusqu'à présent, les seules lois et propositions qui abordent cette question portent sur « la divulgation de l'origine ». Des mesures de divulgation de ce type ont été adoptées sous forme de lois dans trois pays européens.[396] Des propositions visant à rendre la divulgation obligatoire ont été évoquées lors de forums sur la CDB et les droits de la propriété intellectuelle.[397]

---

395 Tvedt, 2006.

396 Note du Secrétaire exécutif, 2004, « analyse des mesures visant à garantir la conformité au consentement préalable en connaissance de cause des Parties contractantes qui fournissent des ressources génétiques et aux conditions convenues d'un commun accord aux termes desquelles l'accès a été accordé, et à d'autres approches, notamment un certificat d'origine/source/provenance légale », UNEP/CBD/WG-ABS/3/5, section II, D. les exposés du Danemark, de la suède et de la Norvège portent sur cette question. L'intégralité de ces exposés figure dans le document « présentations à la CDB, préparatifs en vue de la troisième réunion du groupe de travail spécial sur l'APA », publié sous la cote UNEP/CBD-WG/ABS/INF/3/1.

397 Des propositions ont été présentées au Conseil des ADPIC de l'OMC (voir la proposition OMC-UE IP/C/W/383) ; aux réunions de l'OMPI sur le traité de coopération en matière de brevets (voir la proposition de la Suisse, document de l'OMPI PCT/R/WG/4/13) ; et au comité intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques, le Savoir Traditionnel et le Folklore (ICG). Pour l'instant, elle n'a pas été soumise au comité permanent sur le projet de traité sur le droit matériel des brevets (SPLT). Une telle solution au défi du partage des avantages a été suggérée par Hendrickx, Koester et Prip en 1993.

Dans le cadre de ces propositions, les demandeurs de brevets, dont l'innovation a été créée grâce à l'utilisation de ressources génétiques, devront divulguer des informations concernant la source, le fournisseur et/ou la provenance légale de ces ressources lors de la demande de brevet. Sans entrer dans des considérations politiques ni techniques s'opposant à ces dispositions[398], nous observons que peu d'attention a été accordée à ce jour à des questions de première importance au regard du présent ouvrage : le fonctionnement de la divulgation et l'impact que celle-ci pourrait avoir sur la réalisation de l'objectif de partage des avantages juste et équitable.

L'efficacité potentielle des propositions de divulgation en vue d'un partage juste et équitable est à tout le moins discutable.[399] De nombreux experts ont observé que le traitement des demandes de brevets est long et laborieux. D'aucuns ont mis en garde contre les coûts additionnels du système de brevets, qui ne relève nullement des ministères de l'environnement et de la conservation et est financé par le secteur privé, et qui par conséquent sera peu soutenu au niveau institutionnel dans sa mise en œuvre.[400] Il a également été observé que la divulgation APA n'a pas pour objectif d'améliorer le brevet. Les quelques propositions de divulgation obligatoire existantes indiquent généralement qu'une fausse déclaration ou autre infraction n'entraînera pas de refus ou d'annulation du brevet.[401] En Norvège, le manquement à cette obligation est considéré comme une infraction, passible d'amendes et de peines de prison… mais le brevet reste valable. La possibilité d'infliger ces peines est relativement limitée. Il n'est pas facile de condamner une personne pour ne pas avoir fourni ces informations.[402]

En outre, à moins que ces informations ne soient vérifiées de quelque façon que ce soit, elles ne semblent pas fournir de valeur ajoutée par rapport à la législation APA des pays source. Ceux qui estiment pouvoir se soustraire aux règles APA du pays source (par exemple parce qu'ils considèrent que leurs ressources ne sont pas soumises aux exigences APA), ne se sentiront sans doute pas tenus d'honorer l'obligation de divulgation dans le cadre de la demande de brevet.

6.5.3 Mécanismes « internationalisés » pour le partage des avantages

Des solutions ont été proposées au problème d'identification du pays d'origine ou pays source, dès lors que l'origine est inconnue, oubliée ou non divulguée. Les sections suivantes évoquent « l'internationalisation » comme moyen de simplifier la question.

6.5.3.1 Fonds international et paiements fixes ou système fiscal

La création d'un système international selon lequel des avantages seraient perçus des utilisateurs sous la forme de paiements fixes sans qu'il ne soit fait mention d'utilisation ou de ressources spécifiques avait été l'une des possibilités évoquées pour la première fois lors des négociations sur la CDB.[403] Dans ces systèmes, les « utilisateurs » seraient définis par catégorie d'activités (par exemple, entreprises pharmaceutiques, de semences, etc.) et tous les individus et entités qui relèvent de ces catégories seraient mis à contribution. Ces avantages seraient versés à un fonds international et utilisés dans le cadre d'activités destinées à promouvoir la conservation, l'utilisation durable et les moyens de subsistance des communautés rurales et populations autochtones.

Par ailleurs, il pourrait être possible de créer un système dans le cadre duquel les avantages qui découlent de l'utilisation d'une espèce particulière seraient partagés entre tous les pays qui constituent

---

398 Une excellente analyse détaillée de l'impact des propositions « de divulgation obligatoire » sur le droit des brevets figure dans la réponse de l'OMPI à la CDB, de manière temporaire en annexe au document de l'OMPI sous la cote WO/GA/32/8. Cette problématique a également fait l'objet d'importantes discussions du comité intergouvernemental de l'OMPI sur les ressources génétiques, le savoir traditionnel et le folklore.

399 Tvedt, 2007.

400 Tandis que des coûts supplémentaires apparaîtront sans aucun doute, le système devrait parvenir à un équilibre entre les coûts et les avantages. Quelle valeur découlera des coûts institutionnels supplémentaires ? Il sera également nécessaire de déterminer comment ces coûts seront répartis entre les secteurs gouvernementaux et quelles agences et individus en auront la charge. Tous ces points sont importants. Malheureusement, les débats sur le sujet sont houleux et certains commentaires rendus largement publics sur les coûts d'un tel système de divulgation ont fait l'objet de polémiques, mais ont pu être récusés car ils se fondaient sur des données et une compréhension de l'APA et de la loi sur la propriété intellectuelle insuffisantes. Wolfe et Zycher, 2005. Ce document a été largement distribué dans de nombreuses langues avant la réunion de l'Organe subsidiaire de conseil scientifique et technologique de la CDB (SBSTTA-11).

401 Cf. exemple, Directive de l'UE sur les brevets en biotechnologie EC/98/44 (préambule).

402 Tvedt, 2007.

403 Glowka *et al.*, 1994, introduction.

des « pays d'origine » de cette espèce en vertu de la définition de la CDB.[404] Bien que cette approche semble à l'heure actuelle affaiblie par des aspects techniques et technologiques, elle souligne néanmoins le problème posé par la multiplicité des pays « d'origine » pour chaque espèce.

Si la solution du « fonds » est généralement privilégiée par les experts juridiques et les responsables de la mise en œuvre de l'APA, elle n'a pas recueilli les faveurs des participants aux négociations. Elle a finalement été abandonnée au profit du modèle où chaque pays contrôle séparément toutes les ressources génétiques se trouvant sur son territoire grâce à un ensemble de législations nationales et de contrats privés. Cependant, dans les 15 années qui ont suivi, l'incapacité de l'APA à devenir un outil de marché performant de versement des avantages aux pays a été imputée à un problème de conception du système. Comme évoqué à la section 6.4.4.3[f] ci-dessus, un type de « fonds » ou autre mécanisme d'avantage plus général peut être mis en place pour appliquer l'APA aux utilisateurs qui ignorent ou refusent de divulguer l'origine du matériel génétique qu'ils utilisent. Ce mécanisme pourra être développé au niveau international et/ou associé à d'autres éléments du processus APA. Certains considèrent qu'un tel fonds pourrait inciter les entreprises à conclure des contrats APA types.

6.5.3.2 Fonds du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture

Cette approche a été adoptée de façon plus restreinte dans le cadre du système multilatéral et fonds du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Elle prévoit fondamentalement que les variétés agricoles (dans les collections internationales ou autres) devraient échapper aux processus standards APA, car les avantages qui découlent de l'utilisation de ces ressources sont déjà partagés par le monde à la fois par un accès non restreint aux collections et par le développement de variétés et processus qui renforcent la sécurité alimentaire en bénéficiant directement à tous les pays. Le système multilatéral sert avant tout de vecteur pour optimiser l'accès aux ressources phytogénétiques répertoriées. En outre, cependant, l'accès fourni par le biais du système multilatéral est considéré comme le principal avantage de ce système.

Le Traité international a récemment adopté un « accord de transfert de matériel (ATM) » devant être utilisé dans toutes les transactions entre les collections et les utilisateurs.[405] Les utilisateurs du système multilatéral doivent verser un montant déterminé (actuellement fixé à 1,1 % des bénéfices dégagés par le produit, à l'exception des ventes réalisées en tant que produit de base) au mécanisme financier du Traité (qui deviendrait un fonds d'affectation spéciale), qui devrait :

> *converger en premier lieu, directement et indirectement, vers les agriculteurs de tous les pays, particulièrement des pays en développement et des pays en transition qui conservent et utilisent de manière durable les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.*[406]

Cette obligation ne s'appliquera pas cependant « lorsque ce produit est disponible sans restriction pour d'autres bénéficiaires à des fins de recherche et de sélection ».[407]

Le système du Traité repose essentiellement sur les Centres Internationaux de Recherche Agronomique (CIRA), dont beaucoup possèdent de grandes collections de germplasmes.[408] Ces collections fournissent un appui fonctionnel important au Traité, notamment l'utilisation généralisée d'un système d'accord de transfert de matériel et un mécanisme de surveillance international avant l'entrée en vigueur du Traité. Si le système relatif au Traité fonctionne de manière effective, il incitera les pays à fournir du matériel à ces collections.

À la date de la rédaction de cet ouvrage, relativement peu d'informations sont disponibles sur le fonction-

---

[404] Cf. Vogel, 2007. Cette approche serait basée sur « l'inventaire des espèces », une obligation prévue par la CDB (Article 7) qui, dans le cas de nombreux pays, n'a pas été suffisamment approfondie.

[405] Accord de transfert de matériel, adopté à la première réunion de l'organe directeur du TIRPAA, qui peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : //www.fao.org/AG/cgrfa/itpgr.htm.

[406] Art. 13.3 du TIRPAA.

[407] Art. 13.2(d)(ii) du TIRPAA.

[408] Les CIRA relèvent généralement du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (GCRAI), cf.http://www.cgiar.org/who/index.html.

nement du Traité, le système multilatéral et l'accord de transfert de matériel et du fonds car le système n'a été mis en place que très récemment. Si l'approche adoptée par le Traité se révèle utile, elle pourrait être appliquée à d'autres ressources. La FAO envisage déjà de développer un mécanisme distinct pour les « ressources zoogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture », mais reconnaît que les pratiques d'élevage d'animaux existantes répondent à des besoins très différents de ceux des plantes.

6.5.3.3 Collections spéciales pour l'accès et l'utilisation des ressources génétiques

Une autre approche internationale a été suggérée aux différents instituts de recherche. Elle est indiquée dans le « Code de conduite international pour l'utilisation durable des micro-organismes et la réglementation de l'accès » (MOSAICC),[409] créé par un consortium de collections de cultures, leurs utilisateurs et autorités gouvernementales, industrielles et environnementales, en vue d'établir les bonnes pratiques et une traçabilité dans le domaine important de la diversité biologique. Bien que la mise en œuvre de MOSAICC soit volontaire, elle intéresse généralement beaucoup le groupe cible qui accorde une grande importance à la préservation tant de la recherche que des sources de spécimens.

6.5.4 Avantages et inconvénients des contrats type

Au cours de certains débats, il a été suggéré que les Parties élaborent un « contrat type » APA sur le modèle de l'accord de transfert de matériel élaboré dans le cadre du Traité international. Face à cette éventualité, il convient de s'interroger sur son adoption et utilisation, avant d'en faire un objectif.

Il faut tout d'abord examiner les obstacles systémiques à cette approche. Dans le système APA actuel, ces contrats type ne s'appliqueraient qu'aux situations « d'accès » où les utilisateurs prélèvent des ressources directement dans le pays source. Par conséquent, l'adoption d'un contrat type ne remplacerait pas pour autant les mesures visant les utilisateurs et ne résoudrait pas le problème de l'absence de mise en œuvre dans le pays source.

La création d'un accord type implique au préalable que toutes les Parties acceptent de l'utiliser. En effet, il s'agit d'une condition indispensable aux futurs contrats APA. Cependant, si cet accord est adopté lors de négociations internationales, il serait uniquement contraignant pour les pays source, qui représentent moins de la moitié des futures parties à l'APA. La plupart des utilisateurs ne sont pas des gouvernements mais des entreprises privées et des chercheurs. En outre, dans certains pays, les négociations APA relatives au fournisseur incombent aux propriétaires terriens privés, qui négocient pour leur propre compte et qui reçoivent directement une part des avantages.[410]

De nombreux pays considèrent que les ressources génétiques font partie de leur patrimoine national ou appartiennent à l'État, et qu'elles sont protégés par le devoir fiduciaire de l'État à l'égard de ses citoyens. En acceptant le contrat type, la capacité des États à contrôler, négocier et modifier les conditions de vente/transfert du bien serait limitée.

En règle générale, la négociation d'un accord type porte principalement sur deux questions : (i) *quelles dispositions doivent être uniformisées et quelles dispositions doivent être du ressort de chaque pays ? et (ii) quelles dispositions types peuvent être modifiées ou supprimées au cours des négociations, et comment* ? L'accord type permet de simplifier les négociations dès lors qu'il réduit la capacité des parties à modifier les dispositions types. Cette approche est relativement simple dans le processus relatif au Traité international, étant donné que l'utilisation principale de l'ATM concernera l'accès depuis les CIRA. Toutes ces collections appartiennent à un système unique (le GCRAI) qui avait déjà été soumis à une gouvernance homogène et une structure contractuelle accrues avant l'adoption du Traité. Pourtant, les négociations de l'ATM se sont avérées laborieuses et controversées.

Dans le cas de l'APA, il y a peu d'harmonisation étant donné que chaque pays fonctionne selon son propre système de gouvernance. Ils ont été encouragés à adopter des « plans de partage des avantages »

[409] En ligne à l'adresse suivante : http://bccm.belspo.be/projects/mosaicc/.

[410] Dans le cadre des recherches effectuées aux fins du présent ouvrage, un exemple a été trouvé dans le droit australien.

individualisés[411] renforçant plus avant le caractère unique de chaque négociation APA. Si les Parties à la CDB acceptent d'une manière générale d'adopter un contrat type suffisamment souple pour tenir compte des différents types de concepts APA et divergences juridiques et politiques entre les pays source, le document ne parviendra probablement pas à résoudre les problèmes de négociation. Les usagers de documents type peuvent créer par inadvertance des problèmes, en élaborant de nouvelles dispositions en contradiction avec les dispositions type, et manquer d'exclure ou d'annuler la disposition type. Ces cas entraînent souvent des litiges pour déterminer si le contrat est contraignant ou non et quelles dispositions s'appliquent. Si les dispositions types sont problématiques, les Parties en feront des orientations ou recommandations, permettant ainsi aux négociateurs de tout contrat APA de choisir d'autres possibilités. L'élaboration prématurée d'accords type pourrait aboutir à la création (coûteuse) d'un document qui ne sera jamais utilisé.[412]

En général, les dispositions d'un contrat type sont plus efficaces lorsqu'une certaine expérience a déjà été acquise avec le système contractuel ou le secteur impliqué. Tout spécialiste en droit des contrats en conviendra, face à l'analyse juridique, l'expérience est la meilleure source d'informations sur les problèmes, le fonctionnement, les aléas et litiges qui découlent des contrats.

Cette règle générale est également applicable dans des négociations internationales. L'ATM du Traité international a pu être négocié rapidement après l'élaboration du Traité car les Parties avaient accumulé de nombreuses années d'expérience avec les CIRA et leurs contrats types. Il existe un autre risque dans les négociations internationales qui ne perturbe nullement les rédacteurs de contrats types destinés à des négociations privées : les documents internationaux doivent souvent être adoptés par des assemblées de plénipotentiaires, ce qui signifie qu'il est beaucoup plus difficile de les réviser ou de les modifier lorsque l'expérience montre que certaines dispositions ne fonctionnent pas correctement. Par conséquent, il peut être recommandé d'acquérir davantage d'expérience en matière de contrats APA, et d'obtenir plus de connaissances sur leur contenu et fonctionnalité.

6.5.5 Normes ou législations par défaut

Il a également été officieusement recommandé d'élaborer une « législation type », comportant des mesures applicables aux transactions de tout pays n'ayant pas encore adopté de législation du fournisseur (notamment CPCC et CCCA). À nouveau, selon les droits et le caractère particulier de chaque pays, il peut sembler difficile d'élaborer un document unique qui s'appliquerait par défaut aux pays n'étant pas dotés d'une législation APA. Comme indiqué précédemment, le fait qu'un pays n'ait pas adopté une loi spécifique par écrit et séparément lui permettant d'exercer ses droits souverains en vertu de l'Article 15 ne le prive pas pour autant de ces droits. La plupart des pays disposent déjà de lois (par écrit ou non) définissant le rôle du gouvernement par rapport à ses propres ressources, patrimoine, bien appartenant à l'État et autres questions sur lesquelles il a des droits souverains. Souvent, cette loi est suffisante pour permettre au gouvernement d'aborder certains aspects clés de l'accès sans adopter de loi supplémentaire en la matière.

Le problème des législations types est plus évident encore du point de vue des mesures visant les utilisateurs. La plupart des pays ayant des utilisateurs sous leur juridiction ne seraient pas disposés à accepter de telles mesures s'ils ne les ont pas eux-mêmes adoptées.

Par conséquent, les dispositions juridiques par défaut sont entièrement contraires aux droits souverains les plus fondamentaux de chaque pays : le droit des pays à se gouverner eux-mêmes et toutes les questions qui relèvent de leur compétence. La législation applicable par défaut ne peut être efficace que si le

[411] Ten Kate, K., A. Wells, M. Baudoin et B. Zapata, « le rôle de la planification stratégique dans la conception de la politique nationale sur l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages » : les ressources génétiques dans la stratégie nationale bolivienne sur la biodiversité et le plan d'action », Royal Botanic Gardens, Kew (Royaume-Uni) et la Direction générale pour la biodiversité (Bolivie).

[412] On peut citer comme exemple les dispositions de la Convention des Nations-Unies sur le droit de la mer (UNCLOS. Montego Bay, 1988), sur « les recherches scientifiques marines ». UNCLOS, Arts. 143, et 238-265. Les pays ayant toute latitude pour utiliser d'autres moyens d'autoriser les chercheurs se trouvant dans leurs eaux, les dispositions sur les « recherches scientifiques marines » sont rarement utilisées et ne présentent pas une grande utilité pour la gouvernance maritime.

pays l'a signée et ratifiée spécifiquement et transposée dans sa législation nationale, ce qui est d'une certaine manière contraire à l'objectif recherché par la création de mesures par défaut.

.

7 Conclusion : les mesures visant les utilisateurs, un élément nécessaire pour le régime international de l'APA

En conclusion, il convient de rappeler les objectifs fondamentaux qui ont donné lieu à la présente publication. Les objectifs de la CDB sont essentiels aux priorités internationales, associées au bien être à long terme de la planète et aux besoins les plus urgents en matière de réduction de la pauvreté, amélioration durable dans les domaines de la santé, de la sécurité alimentaire et l'équité internationale. La biotechnologie et les progrès actuels sont indispensables à la réalisation de ces priorités. Grâce à l'accès et au droit d'utiliser du matériel microphysique et des informations génétiques, ces motivations commerciales peuvent créer tout une série d'avantages pour atteindre les objectifs liés à l'environnement et au développement. Des mécanismes tels que le transfert des technologies, l'obtention d'informations et le renforcement des capacités peuvent également bénéficier d'un marché des biotechnologies florissant, à condition qu'il soit aussi strictement lié aux objectifs de conservation et d'utilisation durable. La CDB est floue sur les mécanismes employés pour que ce lien et ce soutien fonctionnent mais il est clairement envisagé que la CDB fournissent avantages et mesures incitatives.

Au cours des 15 dernières années, cependant, les détails du fonctionnement du régime APA et la façon dont il servira ces principaux objectifs ont fait l'objet de longs débats. Le présent ouvrage fournit une approche analytique pour aider les pays à comprendre pourquoi il est dans leur intérêt (au niveau individuel et collectif) de mettre en œuvre l'Article 15.7 et pour leur fournir une base juridique à partir de laquelle ils peuvent prendre des mesures initiales en vue de :

(i) satisfaire aux obligations de régularité des procédures (éliminer les ambiguïtés et les incohérences qui rendraient toute loi inapplicable) dans leur propre pays ; et

(ii) permettre une interaction rationnelle entre les lois APA des pays utilisateur et source lors de chaque transaction.

L'absence d'exemple et d'expérience au niveau national dans le domaine des mesures applicables aux utilisateurs nous a empêché de tirer des conclusions finales sur ces points. Cependant, sur la base de l'application de normes juridiques et des observations, données, analyses et opinions sur l'APA existantes, certaines de nos conclusions sont sans appel.

D'abord, nous observons que tous les pays sont tenus d'adopter des mesures visant les utilisateurs en vertu de l'Article 15.7 de la CDB. Contrairement aux prescriptions relatives au fournisseur (accès) de la CDB, l'Article 15.7 ne précise pas quelles actions doivent être prises, mais indique les résultats escomptés « le partage juste et équitable des résultats de la recherche […] et des avantages résultant de l'utilisation [...] des ressources génétiques ». Les Lignes directrices de Bonn fournissent une liste de mesures visant les utilisateurs pouvant être utiles à l'exécution de l'Article 15.7 mais non exhaustive. Si elles ne permettent pas d'atteindre les objectifs fixés, il faudra prendre d'autres mesures.

Deuxièmement, nous constatons qu'aucun pays n'a adopté les principales mesures nécessaires applicables à l'utilisateur, ce qui constitue l'une des dispositions de base exigeant des utilisateurs sous leur juridiction qu'ils procèdent au partage juste et équitable des avantages qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques provenant d'un autre pays. Pratiquement aucune prescription juridique d'utilisateur fixée dans les Lignes directrices de Bonn n'a été adoptée dans les différents pays.

Troisièmement, il nous semble que la raison pour laquelle les pays ne sont absolument pas parvenus à adopter une législation d'utilisateur APA réside dans l'absence d'un cadre homogène et cohérent au niveau du pays visant à préciser les définitions clés et les seuils de déclenchement des obligations APA. Tout en reconnaissant la difficulté que représente l'élaboration d'un tel cadre, nous proposons d'extraire les principaux éléments du cadre fonctionnel de la CDB et d'envisager d'autres propositions à partir desquelles aborder la mise en œuvre fonctionnelle nationale :

« *Ressources génétiques* » est un métaconcept qui comprend les caractéristiques de chaque espèce, qu'elles soient obtenues et utilisées directement (par l'obtention d'échantillons et de spécimens) ou indirectement (en utilisant des informations telles que les séquences géniques, des formules biochimiques et autre propriétés uniques des espèces). Elles représentent un droit qui n'est pas obtenu avec les spécimens mais qui doit être accepté par le pays source. Les ressources génétiques ne peuvent être vérifiées de l'extérieur ou objectivement par simple observation de la ressource, car le potentiel d'utilisation des ressources génétiques est présent, dans une certaine mesure, dans presque tous les spécimens biologiques.

« *Utilisation des ressources génétiques* » est un concept qui peut être vérifié de façon objective au moyen d'une inspection, rapports ou autres facteurs pouvant être vérifiés de l'extérieur. Tout individu qui utilise des ressources génétiques déclenche l'application de mesures visant les utilisateurs APA à l'égard de ces activités.

« *Avantages qui découlent* » *de l'utilisation des ressources génétiques* il s'agit d'un autre concept qui peut être vérifié de façon objective et qui constitue le « second seuil de déclenchement » des mesures visant les utilisateurs. Lorsque des avantages découlent de l'utilisation, l'utilisateur est tenu de céder de manière juste et équitable un pourcentage de ces avantages.

Même si aucun de ces trois éléments n'est facile à adopter ou à appliquer, ils peuvent être reliés entre eux pour former un cadre de mesures applicables à l'utilisateur cohérent au niveau du pays qui permettrait de répondre à toutes les situations auxquelles l'Article 15 doit s'appliquer. Ils serviront également de base à la mise en œuvre d'autres engagements liés aux ressources génétiques de la CDB, notamment le transfert des technologies, le renforcement des capacités, les possibilités en biotechnologie et la mise en œuvre de la biosécurité.

Cinquièmement, les questions d'évaluation et d'équité en matière d'APA sont toujours floues d'un point de vue juridique. Malgré des études importantes passées et présentes, leur rôle dans l'application juridique n'a pas été suffisamment approfondi. L'application la plus notoire concerne le domaine des mesures visant les utilisateurs, notamment la surveillance de la conformité/respect des contrats APA et l'obligation plus large de partager les avantages.

Sixièmement, une failles importante qui entrave le renforcement de la fonctionnalité APA est que les utilisateurs qui ignorent ou refusent de divulguer le pays source des ressources qu'ils utilisent échappent au partage des avantages ou autre activité de substitution. Au-delà des difficultés d'application des contrats APA, l'incapacité à adopter des mesures visant les utilisateurs pour combler cette lacune à plombé l'efficacité du système APA et n'a pas permis d'y remédier.

L'absence presque totale de mesures applicables à l'utilisateur (à savoir des mesures juridiques, administratives et autres pour réglementer les responsabilités, droits et besoins des utilisateurs des ressources génétiques qui sont sous la juridiction d'un pays) a empêché la préparation d'une analyse des « meilleures pratiques », mais a donné lieu à une discussion sur les principaux éléments nécessaires pour satisfaire aux prescriptions de l'Article 15.7 et aux Lignes directrices de Bonn. À tout le moins, ces prescriptions semblent exiger :

(i) des dispositions qui imposent une obligation de partage des avantages sur tous les utilisateurs de ressources génétiques provenant d'un autre pays, y compris ceux n'ayant pas obtenu de contrat APA, ou qui ont recueilli les ressources génétiques auprès d'un tiers, en dehors du pays source ; ou

(ii) des mesures incitatives suffisantes pour entraîner, de la part des utilisateurs intéressés par le résultat de ces mesures, un niveau de partage des avantages élevé.

Si ces mesures sont suffisamment intéressantes, elles peuvent entièrement remplacer les mesures contraignantes. Même dans ce cas, cependant, le processus juridique relatif à l'utilisation n'est pas sans entraîner de coûts, puisqu'il faudra tout de même s'assurer que les mesures incitatives sont uniquement mises à la disposition des utilisateurs qui se conforment aux exigences APA.

Des mécanismes d'application des mesures APA relatives à l'utilisation ont été proposés et pourraient être utiles à l'avenir, mais ne rendront pas le régime efficace si les pays n'adoptent pas un cadre de base pour les mesures visant les utilisateurs. Entre temps, les pays en développement devront éviter de se fier aux *exigences de divulgation* ou *systèmes de certificats* qui ne sont pas liés à des engagements de mise en œuvre du partage des avantages. Les réflexions de l'OMPI et de la CDB semblent accorder trop d'importance à ces outils au stade actuel des négociations. En l'attente d'un accord sur les objectifs des négociations ou sur la conception du cadre APA, la divulgation et les certificats constitueront au mieux, des déclarations volontaires permissives et non vérifiées.

On nourrit l'espoir que les négociations de la CDB en cours sur le « régime APA international » puissent aboutir à des résultats concrets et viables, notamment que les Parties s'accordent sur les interprétations des termes clés et décident de leur adoption. Les négociations peuvent aussi développer des structures de coopération entre les pays utilisateurs et source dans divers domaines, notamment :

- la surveillance des utilisateurs ;
- la collecte et le contrôle des données ;
- la protection du secret commercial en vertu duquel les utilisateurs fournissent en toute confidentialité des informations capitales permettant au système de fonctionner comme un marché transparent, et où toutes les parties ont des attentes raisonnables ;
- la mise en place de relations et d'accords bilatéraux pour aider les utilisateurs qui cherchent à accéder aux ressources génétiques ;

et autres aspects. Ces résultats pourraient quant à eux générer suffisamment d'éléments à l'échelle du régime pour entraîner la création de mécanismes formels, tels que les certificats visant des besoins particuliers en matière d'informations dans le cadre du régime.

Il est également possible que les négociations adoptent simplement un processus de développement du régime à plus long terme et autorisent la création de certificats et autres outils selon que de besoin. Cependant, il est également possible que les négociations aboutissent à des résultats moins concrets, renvoyant ainsi aux États la responsabilité d'élaborer une législation nationale et d'entreprendre un processus d'ajustement lent qui permet aux différentes approches employées par les pays d'être reliées entre elles.

Une dernière question subsiste : pour quelle raison un pays adopterait-il des mesures visant les utilisateurs ? Sur une base individuelle, dans chaque pays les mesures applicables à l'utilisateur semblent exiger des communautés d'industriels et de chercheurs qu'ils versent de l'argent à d'autres pays. Cela peut être politiquement difficile à « vendre » aux législateurs des différents pays et peut fortement les dissuader d'adopter de vraies mesures visant les utilisateurs. Par conséquent, il est essentiel d'examiner le raisonnement de la CDB concernant la législation sur le partage des avantages, à la lumière des intérêts du pays utilisateur, des intérêts commerciaux et du marché.

Enfin, il existe de nombreux raisonnements tout aussi valables. Les pays qui ne sont pas en mesure d'exploiter ces ressources doivent assumer des coûts élevés et le poids des opportunités manquées au nom de la protection de la biodiversité. Ces sacrifices seraient compensés par ceux qui exploitent ces ressources de manière innovante et qui, autrement, ne compenseraient pas les coûts environnementaux et de conservation. Sur ce point, la Commission européenne a fourni la meilleure explication possible pour aller de l'avant :

> *L'APA est un système qui pourrait bénéficier aussi bien au commerce qu'à l'environnement étant donné que les avantages qui découlent de l'utilisation commerciale des ressources génétiques peuvent contribuer à promouvoir la protection de la biodiversité et que ces avantages encouragent la conservation.*[413]

Dans la même lignée, l'adoption de mesures visant les utilisateurs par tous, Parties ou non à la CDB bénéficierait aux utilisateurs des ressources génétiques. Les mesures visant les utilisateurs peuvent permettre de rétablir un certain équilibre au sein de l'APA qui est aujourd'hui considérablement (voire parfois uniquement) axé sur les intérêts des pays source et fournisseurs. Les mesures visant les utilisateurs peuvent

[413] CE, 2003.

accroître la confiance des pays source, leur permettant de simplifier et de normaliser leurs processus APA, en réduisant les contraintes réglementaires qui pèsent actuellement sur les chercheurs et sur le pourcentage modeste d'utilisateurs de ressources génétiques qui obtiennent ces ressources moyennant la bio-prospection dans les pays source.

CODA: Encore plus *au-delà de l'accès* - autres obligations APA de l'utilisateur en vertu de la CDB

Un aspect important des mesures et obligations relatives à l'utilisateur concerne les engagements pris par les pays en vertu d'autres obligations importantes de la CDB, qui (à l'exception des obligations financières générales des Parties conformément aux Articles 19 et 20) visent à assurer ou promouvoir :

- La participation du pays source dans les recherches/progrès scientifiques qui s'appuient sur les ressources génétiques de ce pays ;
- Le transfert de technologie ; et
- L'échange d'informations.

Ces responsabilités peuvent s'avérer difficilement transférables à d'autres utilisateurs. Par conséquent, un pays ayant sous sa juridiction des utilisateurs de ressources génétiques provenant d'un autre pays devra peut-être participer directement pour honorer ces engagements.

CODA 1 Promouvoir la « participation totale du pays source » dans la recherche scientifique.

L'Article 15.6 identifie une obligation APA supplémentaire liée à l'utilisation de ressources génétiques (outre l'obligation de susciter le partage des avantages) :

> *Chaque partie contractante s'efforce de développer et de mener des recherches scientifiques sur la base des ressources génétiques fournies par d'autres parties contractantes avec la pleine participation des parties contractantes et, dans la mesure du possible, sur leur territoire.*

Même si l'Article 15.6 n'est pas parfait, ses dispositions sont capitales. Elles constituent un engagement ferme en faveur du développement scientifique et s'appliquent aux ressources génétiques[414]. Cet engagement implique une obligation supplémentaire : en effet, ces recherches doivent être préparées et menées de concert avec le pays source et chaque fois que possible sur son territoire.

CODA 1.1 Devoir de recherche

À tout le moins, l'Article 15.6 indique que les gouvernements utilisateurs doivent prendre part à la recherche ou la promouvoir. Cependant, à l'heure actuelle, peu de gouvernements sont directement impliqués dans le niveau et volume d'études scientifiques qui permettra l'élaboration de programmes et d'activités de recherches scientifiques qui s'appuient sur des ressources génétiques, et leur mise en œuvre dans le pays source. Cela montre qu'il est nécessaire de consacrer des fonds et des mesures incitatives à la création de partenariats entre les gouvernements utilisateurs et leurs entreprises, universités et institutions de recherches (privées, para-étatiques et gouvernementales). Elles représentent le principal vecteur d'engagement des pays développés dans les « recherches scientifiques qui s'appuient sur des ressources génétiques ».

CODA 1.2 Installations et activités de recherche dans le pays source

Les autres dispositions de l'Article 15.6 ne semblent pas pouvoir s'appliquer à l'industrie. Dans la plupart des pays, le gouvernement n'est pas autorisé à contraindre les entreprises privées à établir des activités dans un pays donné, de nouer des partenariats ou de prendre d'autres mesures, mais il peut prendre des mesures incitant à ce type d'actions. En outre, l'Article 15.6 invite les gouvernements, au-delà des réglemen-

[414] L'autre engagement en matière du développement technologique est l'Article 18.5 de la CDB qui incite les Parties à « encourager l'établissement de programmes de recherche conjoints et de coentreprises pour le développement de technologies en rapport avec les objectifs de la présente Convention ».

tations, à passer à l'action. De toute évidence, afin de susciter ce type de changement sur place (et donc le renforcement des capacités) dans le domaine de la recherche génétique, les gouvernements devront prendre des mesures pour inciter ou encourager les entreprises qui, autrement, ne seraient pas disposées à prendre en charge les coûts supplémentaires et satisfaire aux obligations réglementaires qu'implique la mise en place de projets et d'installations de recherche à l'étranger.

À ce jour, peu d'informations ont été fournies par le biais de l'établissement de rapports au titre de la CDB et processus similaires, concernant les efforts consentis par les pays en vue de l'application de l'Article 15.6. Dans une certaine mesure, cette réticence peut être causée par les mêmes facteurs politiques internes mentionnés au début du présent chapitre. En effet, il est indiqué que le renforcement de la capacité de pays en développement en matière de recherche peut stimuler la concurrence avec les entreprises des pays utilisateurs.[415]

CODA 1.3 Création d'opportunités

L'Article 15.6 envisage un type de partage des avantages et de transferts des technologies très important : la création d'opportunités en matière de recherche et de développement. S'agissant des objectifs de la CDB relatifs à la promotion de la conservation et de l'utilisation durable, cette disposition sur les « opportunités de recherche » semble plus importante encore que le partage des avantages. Pour plusieurs raisons. D'abord un programme dirigé qui crée des installations de recherche et contribue à leur construction et mise en fonctionnement permettra automatiquement à tout le pays de mieux comprendre l'importance de la préservation de sa diversité biologique. Même si cela est effectué de façon informelle, la reconnaissance accrue de cette valeur par un secteur de population formé et actif du pays permettra l'acceptation par l'électorat, principale force de prise de décision dans les systèmes démocratiques dans le monde.

Deuxièmement, comme en témoignent les installations actuelles de recherche génétique qui sont situées dans des pays en développement et que ceux-ci exploitent, la création d'installations et le renforcement des capacités dans ce domaine au niveau local comble une lacune fondamentale à laquelle ne peuvent pratiquement pas répondre les installations de recherche existantes dans les pays développés : la mise au point de solutions basées sur des ressources génétiques aux problèmes environnementaux, de sécurité alimentaire et autres types de problèmes, au niveau local. Alors que les installations et entreprises des pays développés offrent des solutions au monde entier, leur analyse des problèmes devant être résolus par la recherche génétique est fortement marquée par une série de problèmes touchant tout particulièrement l'Amérique du Nord et l'Europe. Par exemple, alors que le développement des multinationales sur les OGM a été axé sur l'aide aux agriculteurs pour lutter contre des problèmes spécifiques (la tolérance à certains pesticides et la résistance à certaines pestes de lépidoptères), il a fallu, pour les agriculteurs au Guatemala et en Afrique du Sud, par exemple, s'adapter en priorité aux conditions et aux problèmes locaux.[416] Dans ces deux pays, les installations et projets de recherche génétique n'ont pas eu besoin (ou n'ont pas tenté) de développer des produits susceptibles de concurrencer les multinationales, mais ont adapté leurs travaux à la résolution des problèmes locaux.

De même, des progrès scientifiques significatifs concernant des propriétés susceptibles de présenter un intérêt tel que les propriétés antiparasites du sang du crocodile (à l'étude dans le monde universitaire)[417] présente à l'heure actuelle peu d'attraits financiers pour les entreprises pharmaceutiques des pays développés. Cependant, il est possible que des efforts intenses visant à déterminer comment ces propriétés peuvent être utilisées par le secteur pharmaceutique revêtent une importance capitale pour les chercheurs en

---

415 Cf. par exemple, ÉTATS-UNIS : « Technology Transfer Act » (loi sur le transfert de technologie), 15 USC Sec. 3701, qui prévoit toute une batterie de mesures incitatives, y compris l'accès à des technologies fédérales, pour encourager la recherche et le développement ainsi que le transfert international de technologies et l'assistance technique par des entreprises américaines.

416 Brièvement évoqué in Hårstad, 2005, passe en revue des informations obtenues grâce aux projets de bioscurité du FEM-PNUE, qui peut être consulté en ligne à l'adresse suivante : http://www.unep.ch/biosafety/. Ce site est une mine d'informations sur le niveau d'utilisation des ressources génétiques par des laboratoires modernes de modification génétique dans plus de 100 pays en développement et pays en transition.

417 Cf. Merchant et al., 2006.

Afrique, où le nombre de morts dus aux parasites amibiens (et infections diarrhéiques y relatives) est élevé.[418] L'utilisation pharmaceutique de ces propriétés dans des médicaments commercialisables pourrait ne jamais être aussi rentable que les produits destinés au marché du Nord. Toutefois, s'ils sont mis au point grâce à des programmes d'appui ou parrainés, l'impact pourra être supérieur aux 21 500 000 dollars américains consacrés chaque année par les États-Unis dans le cadre de leurs programmes internationaux d'aide économique, technique et au développement.[419]

CODA 2 Obligations de transfert des technologies à l'appui du troisième objectif

Comme indiqué ci-dessus, la CDB semble admettre qu'il serait impossible d'accomplir des progrès pour l'ensemble du troisième objectif en appliquant uniquement l'Article 15. Même si les négociateurs préfèrent l'Article 15 et sa façon de transférer les exigences APA aux entreprises utilisatrices, la Convention reconnaît aussi les besoins plus larges d'équité au titre de l'objectif de partage des avantages. À cet égard, elle note un certain nombre d'obligations nationales différentes des Parties, en dehors de l'Article 15. Cependant, toutes ces prescriptions sont spécialement reliées à l'APA, étant donné qu'elles utilisent le mécanisme de base (identification du « pays qui fournit des ressources génétiques » en tant que bénéficiaire de certains types d'avantages et de soutien au développement national.

En général, ces dispositions peuvent être regroupées en deux catégories – (i) les dispositions qui exigent des pays utilisateurs qu'ils adoptent des lois supplémentaires (ou étendent la portée de la législation sur le partage des avantages au-delà de « l'utilisateur » immédiat des ressources génétiques données), et (ii) des dispositions liées à des questions de responsabilité nationale directe (tels que les Articles 20 et 21 (ressources financières) de la CDB, qui ne peuvent en aucun cas être renvoyé aux entreprises utilisatrices.

CODA 2.1 Transfert de technologies et le partage d'avantages moins directs

Dans le premier groupe, la Convention identifie un certain nombre de domaines pouvant aider les pays à favoriser la réalisation du troisième objectif par la législation et l'établissement de politiques. Par conséquent, les Parties se sont engagées à prendre des mesures pour faciliter « *l'accès des pays source aux technologies et leur transfert* »[420], *une participation effective dans les activités de recherche en biotechnologie* [421] *et promouvoir un accès prioritaire aux résultats et avantages qui découlent des biotechnologies* »[422] chaque fois que les technologies, activités et résultats impliquent s'appuient sur des ressources génétiques de ce pays.

Individuellement, ces dispositions sont intéressantes, mais l'importance collective du transfert de technologies (Articles 16, 18 et 19) dans la réalisation de tous les objectifs de la CDB est plus pertinente au regard de la présente analyse et n'a pas été étudiée de manière adéquate. À ce stade, l'analyse permet simplement d'observer ces trois clauses subsidiaires,

---

418 Cf. système d'information de l'OMS, http://www.who.int/topics/en/.

419 De l'agence des États-Unis pour le développement international, 2008 demande de budget, disponible en ligne (sous la forme d'un résumé), http://www.usaid.gov/policy/budget/cbj2008/fy2008cbj_highlights.pdf.

420 L'Article 16.3 de la CDB, qui prévoit dans son intégralité que « chaque Partie contractante prend, comme il convient, les mesures législatives, administratives ou de politique générale voulues pour que soit assuré, aux Parties contractantes qui fournissent des ressources génétiques, en particulier celles qui sont des pays en développement, l'accès à la technologie utilisant ces ressources et le transfert de ladite technologie selon des modalités mutuellement convenues, y compris à la technologie protégée par des brevets et autres droits de propriété intellectuelle, le cas échéant par le biais des dispositions des Articles 20 et 21, dans le respect du droit international et conformément aux paragraphes 4 et 5 ci-après ».

421 L'Article 19.1 de la CDB, qui prévoit dans son intégralité que « chaque Partie contractante prend les mesures législatives, administratives ou de politique voulues pour assurer la participation effective aux activités de recherche biotechnologique des Parties contractantes, en particulier les pays en développement, qui fournissent les ressources génétiques pour ces activités de recherche, si possible dans ces Parties contractantes ».

422 L'Article 19.2 de la CDB, qui prévoit dans son intégralité que « chaque Partie contractante prend toutes les mesures possibles pour encourager et favoriser l'accès prioritaire, sur une base juste et équitable, des Parties contractantes, en particulier des pays en développement, aux résultats et aux avantages découlant des biotechnologies fondées sur les ressources génétiques fournies par ces Parties. Cet accès se fait à des conditions convenues d'un commun accord ».

et n'examine que deux points principaux – (i) l'intégration des responsabilités de transfert des technologies aux dispositions APA de l'Article 15 et (ii) les distinctions relativement subtiles entre ces trois dispositions.

CODA 2.2 Le transfert des technologies en tant qu'élément du partage des avantages

La portée des Articles 16 et 18, « transfert de technologie » et « coopération technique (renforcement des capacités) » ne font pas partie du système de partage des avantages de l'Article 15 et ne font guère mention des « ressources génétiques ». Ces articles impliquent une exigence plus large : appuyer les trois objectifs et la mise en œuvre de tous les articles du dispositif. Leur importance pour l'APA est mise en lumière en comparant leurs dispositions générales et celles destinées aux pays « ayant des utilisateurs sous leur juridiction ». De même, il peut être important de déterminer ce qui constitue une « utilisation des ressources génétiques » en vertu de l'Article 15 et quand le système APA cesse de s'appliquer (évoqué à la section 3.3.2.6) pour savoir à quel moment les responsabilités de l'utilisateur visées à l'Article 15 incombent aux pays utilisateurs au titre des Articles 16 et 18.

CODA 2.3 Comparaison des obligations de « transfert des technologies »

Quatre dispositions différentes de la CDB sont directement axées sur le transfert des technologies vers les pays source (Articles 15.7, 16.3, 19.1 et 19.2) et un cinquième indirectement (l'Article 15.6 dont les dispositions relatives à la « pleine participation » du pays source aux recherches scientifiques). Il convient d'examiner ce qui les différencie. Dans ce contexte, il faut rappeler une règle de base d'interprétation statutaire : on part du principe que chaque disposition dans un statut a un objectif. Autrement dit, il ne faut jamais considérer qu'une disposition est inutile ou fait double emploi. Cela soulève une question : les obligations de transfert des technologies qui incombe aux pays développés se renforce-t-elle à l'égard des pays source des ressources génétiques fournies ?

L'une des différences les plus marquées entre l'Article 15.7 et les autres dispositions relatives au transfert et partage des technologies est la description des pays avec lesquels le partage de technologie ou des résultats devrait s'effectuer. Alors que l'Article 15 s'applique à tout pays « ayant fourni des ressources génétiques » sans distinction, les articles 16.3, 19.1 et 19.2 s'appliquent « en particulier » aux « pays en développement ». Il s'agit d'une différence importante.

Ces trois dispositions de transfert de technologie supplémentaires en matière de ressources génétiques mettent en relief que l'Article 15 était destiné à créer un mécanisme neutre de reconnaissance et de compensation équitable de la contribution des ressources génétiques aux produits et à la recherche. Elles soulignent également que l'objectif général d'équité de la Convention ne peut pas être uniquement atteint par un tel mécanisme, mais que celui-ci doit être complété par des dispositions particulières destinées aux pays en développement d'où proviennent les ressources génétiques pertinentes. Le concept d'« équité » mentionné à l'Article 15.7 n'est pas repris dans les dispositions de transfert de technologie des Articles 15.6, 16.3 et 19.1. La Convention semble reconnaître qu'il sera nécessaire de réaliser et favoriser le transfert des technologies ainsi que la « participation » des pays en développement dans l'élaboration de produits et le développement technologique, au-delà même du concept d'équité des transactions individuelles.

Une autre distinction évidente entre ces dispositions est la nature des informations, technologies et résultats transférés. Alors que les Articles 15 et 16 sont axés sur les recherches ou informations qui découlent de l'utilisation des ressources génétiques, l'Article 19 est tout particulièrement axé sur la « biotechnologie ». La différence entre la biotechnologie et autre utilisation des ressources génétiques n'est pas totalement claire dans la CDB ; cependant, de toute évidence, les dispositions de l'Article 19 sont généralement plus catégoriques et exigeantes que les Articles 15 et 16, suggérant ainsi que les gouvernements ont un rôle plus important à jouer à l'égard des « biotechnologies » (quoi que cela désigne).

Il existe une distinction supplémentaire entre ces quatre dispositions concernant le type d'action que chaque pays devrait prendre. Les Articles 15.7, 16.3 et

19.1 appellent tous à des « mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées », alors que l'Article 19.2 fait référence à « toutes les mesures possibles ». Cette formulation plus catégorique et plus large semble indiquer que selon les parties, il existe deux catégories d'utilisation des ressources génétiques : les « biotechnologies » et « autres utilisations »et que la première est soumise à un niveau d'obligation nationale plus élevé. À l'autre extrémité, l'Article 15.6 exige simplement des Parties qu'elles « s'efforcent » de mettre en œuvre des mesures de recherche dans le pays source et avec la participation du pays source. Cela montre également un niveau d'obligation plus élevé, lorsque les « biotechnologies » ne sont pas concernées.

CODA 3 Autres responsabilités pour les pays utilisateurs en matière de ressources génétiques

Enfin, on observe que plusieurs autres prescriptions de la CDB sont directement axées sur l'objectif de partage des avantages et devraient être intégrées dans d'autres mesures visant les utilisateurs APA. L'une des plus importantes, qui figure à l'Article 17, exige des pays qu'ils « facilitent l'échange d'informations, provenant de toutes les sources accessibles au public […] en tenant compte des besoins spéciaux des pays en développement ». Elle indique également que « cet échange comprend aussi, lorsque c'est possible, le rapatriement des informations ». Cette disposition pourrait être très importante pour le régime APA si les pays utilisateurs consentent un réel effort de mise en œuvre. Il a souvent été indiqué pendant les négociations de la CDB que les informations provenant ou basées sur le pays source sont rarement partagées ou rapatriées. S'agissant de l'argument selon lequel ces informations sont « accessibles au public », il est observé que les pays source sont souvent dépourvus de moyens pratiques de les localiser ou d'y accéder. Le rapatriement peut servir à constituer un « registre » par lequel les pays utilisateurs gardent la trace des informations et ressources génétiques qu'ils ont obtenues, utilisées ou « acquises d'une quelconque autre manière […] conformément à la Convention ».

Les dispositions relatives à l'APA figurant aux Articles 20 et 21 sont peut-être plus importantes encore. Elles concernent la fourniture d'une assistance financière aussi bien pour l'application du système APA que pour les contributions et le partage des avantages. À plusieurs reprises, la CDB note que les Articles 20 et 21 devraient être invoqués « selon que de besoin » pour permettre la création et le fonctionnement de système APA nationaux, et soutenir et créer des mesures incitatives pour que le partage des avantages devienne une réalité.[423] Par conséquent, il convient d'indiquer qu'au titre de l'Article 20.1, chaque pays a l'obligation, par le biais du mécanisme financier, entre autre, de « fournir, en fonction de ses moyens, un appui et des avantages financiers en ce qui concerne les activités nationales tendant à la réalisation des objectifs de la présente Convention ». Plus concrètement, les pays développés qui sont Parties à la Convention devraient « fournir, au bénéfice des Parties qui sont des pays en développement, des ressources financières liées à l'application de la présente Convention, par des voies bilatérales, régionales et multilatérales » (Art. 20.3).

La création d'un régime APA fonctionnel au niveau national et international requiert peut-être davantage encore, comme l'exige la Convention, que les Parties « envisagent de renforcer les institutions financières existantes pour qu'elles fournissent des ressources financières en vue de la conservation et de l'utilisation durable de la diversité biologique » (art. 21.4).

[423] Cf. Articles premier (notamment l'expression « grâce à un financement adéquat » dans sa description de l'objectif de partage des avantages équitable) ; 15.7 (qui indique que des mesures législatives, réglementaires et autres devraient être complétées «de cas échéant, par le biais du mécanisme de financement créé en vertu des Articles 20 et 21 »), 16.3 (qui encourage le transfert de technologie « le cas échéant par le biais des dispositions des Articles 20 et 21 et dans le respect du droit international ») ; et les paragraphes 15 et 16 du dispositif (qui exigent des « ressources financières nouvelles et additionnelles ainsi qu'un accès satisfaisant aux techniques pertinentes »).

Références bibliographiques

Anton, M., N. Dragffy, S. Pendry and T.R.Young (eds). 2002. *Proceedings of the International Expert Workshop on the Enforcement of Wildlife Trade Controls in the EU*. IUCN-ELC and TRAFFIC International.

Bryant P.J. and D.S. Simpson. 1984. Intrinsic and extrinsic control of growth in developing organs. *Quarterly Review of Biology* 59:387415.

Barber, C.V. 2005. « *Defining the Purpose, Scope and Modalities of an International Regime on Genetic Resources Access and Benefit Sharing: Some Issues for Discussion* ». Document présenté lors de la réunion d'experts internationaux sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, Cape Town, 20–23 septembre 2005.

Beattie, A. 2005. « *New Products and Industries from Biodiversity* », chapitre 10 *in Ecosystems and Human Well-being: Current State and Trends*. Millennium Ecosystem Assessment.

Benavidez, P. 2004. « *Philippines: Evolving Access and Benefit-sharing Regulations* ». Carrizosa, S., S. Brush, B. Wright and P. McGuire (eds), *Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits: Lessons from Implementing the Convention on Biological Diversity*, p 153-175. Documents de politiques et du droit de l'environnement de l'UICN n°54. IUCNELC, en collaboration avec BMZ, Allemagne et GRCP, University of California, Davis.

Bhatti, S., S. Carrizosa, P. McGuire and T. Young. 2007. *Contracting for ABS: The Legal and Scientific Implications of Bioprospecting Contracts*. Documents de politiques et du droit de l'environnement de l'UICN n°67/4, *Série APA*.

Bostyn, S.J.R. 2002. « *A European Perspective on the Ideal Scope of Protection and the Disclosure Requirement for Biotechnological Inventions in a Harmonised Patent System – The Quest for the Holy Grail ?* » *The Journal of World Intellectual Property* 5(6): 10131046.

Börkey, P, M. Glachant et F. Lévêsque. 1999. *Voluntary Approaches for Environmental Policy: An Assessment*. OCDE.

Brown, M.G. 1994. « *Is your Measurement System Well Balanced ?* » *Journal for Quality and Participation* 17(6): 611.

Cabrera Medaglia, J. et C. López Silva. 2007. *Addressing the Problems of Access: Protecting Sources, While Giving Users Certainty*. Documents de politiques et du droit de l'environnement de l'UICN n°67/1, *Série APA*.

Casas-Castañeda, F. 2005. « *User and provider country measures in the context of the international regime on access and benefit sharing* ». Document présenté lors de la réunion d'experts internationaux sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, Cape Town, 20–23 septembre 2005.

Chambers, W.B. 2003. « *Emerging International Rules on the Commercialization of Genetic Resources – The FAO International Plant Genetic Treaty and CBD Bonn Guidelines* ». *The Journal of World Intellectual Property* 6(2): 311328.

Chaytor, B., R. Gerster et T. Herzog. 2002. « *The Convention on Biological Diversity – Exploring the Creation of a Mediation Mechanism* ». *The Journal of World Intellectual Property* 5(2): 157180.

Commoner, Barry. 2002. « *Unraveling the DNA Myth: The spurious foundation of genetic engineering* ». *Harper's Magazine*, février, p. 39.

Coughanowr, C., M. Ngoile et O. Lindén. 1995. « *Coastal Zone Management in Eastern Africa Including Island States* ». *Ambio* 24(78).

Correa, C. 2004. « The WIPO Draft Substantive Patent Law Treaty: A Review of Selected Provisions », documents de travail 17, South Centre.

Dahr, B. et R.V. Anuradha. 2004. « *Access, Benefit Sharing and Intellectual Property Rights* ». *The Journal of World Intellectual Property* 7(5): 597639.

Dross, M. et F. Wolff. 2005. *New Elements of the International Regime on Access and Benefit Sharing ofGenetic Resources – the Role of Certificates of Origin*. German Federal Agency for Nature Conservation.

Dutfield, G. 2002. « *Sharing the Benefits of Biodiversity – Is there a Role for the Patent System ?* » *The Journal of World Intellectual Property* 5(6): 899932.

Farnsworth, E.A., 2006. « *Comparative Contract Law* ». Reimann, M. et R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, p. 899937. Oxford University Press.

Fernández Ugalde, J.C. 2005. « *User and provider country measures in the context of the international regime* ». Présenté lors de la réunion d'experts internationaux sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, Cape Town, 20-23 septembre 2005.

Fowler, C., G. Hawtin, R. Ortiz, M. Iwanaga et J. Engels. 2004. « *The Question of Derivatives – Promoting Use and Ensuring Availability of Non-proprietary Plant Genetic Resources* ». *The Journal of World Intellectual Property* 7(5): 641663.

Fowler, C., M. Smale et S. Gaiji. 2001. « *Unequal Exchange ? Recent Transfers of Agricultural Resources and their Implications for Developing Countries* ». *Development Policy Review* 19(2): 181204.

Dedeurwaerdare and Frison. 2006. *Infrastructures publiques et régulations sur l'Accès aux ressources génétiques et le Partage des Avantages qui découlent de leur utilisation pour l'innovation dans la recherche des sciences de la vie: Accès conservation et utilisation de la diversité biologique dans l'intérêt général*. Service Public Fédéral Santé Publique, Sécurité de la Chaîne Alimentaire et Environnement, Belgium Environmental Directorate.

Gervais, D. 2003. « *TRIPS, Doha and Traditional Knowledge* ». *The Journal of World Intellectual Property* 6(3): 403419.

Girsberger, M.A. 2004. « *Transparency Measures under Patent Law regarding Genetic Resources and Traditional Knowledge – Disclosure of Source and Evidence of Prior Informed Consent and Benefit Sharing* ». *The Journal of World Intellectual Property* 7(4): 451490.

Glowka, L., F. Burhenne-Guilmin, H. Synge, J.A. McNeely et L. Gündling. 1994. *A Guide to the Convention on Biological Diversity*. Documents de politiques et du droit de l'environnement de l'UICN n° 30.

Glowka, L. 1998. *A Guide to Developing National Legislative Frameworks to Determine Access to Genetic Resources*. Documents de politiques et du droit de l'environnement de l'UICN n°34.

Hårstad, J. et al. 2005. *Evaluation of GEF Support for Biosafety*. FEM.

Hendrickx, F., V. Koester et C. Prip. 1993. « Convention on Biological Diversity Access to Genetic Resources: A Legal Analysis ». Documents de politiques et du droit de l'environnement n°23(6): 254–255.

Hiemstra, S.J., Drucker, A.G., Tvedt, M.W., Louwaars, N., Oldenbroek, J.K., Awgichew, K., Abegaz Kebede, S., Bhat, P.N. & da Silva Mariante A. (2006). *Exchange, Use and Conservation of Animal Genetic Resources: Identification of policy and regulatory options*, CGN Report 2006/06. Wageningen (NL) Centre for Genetic Resources.

Hirsch, L. 2005. « *Provider and User Country Measures – Do Two Wrongs Ever Make a Right ?* » Document présenté lors de la réunion d'experts internationaux sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, Cape Town, 20–23 septembre 2005.

Hodges, T.J. and A. Daniel. 2005. « *Deep Sea Genetic Resources and the International ABS Regime: Reflections on the Challenges Ahead* ». Document présenté lors de la réunion d'experts internationaux sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, Cape Town, 20–23 septembre 2005.

Holm-Müller, K., C. Richerzhagen et S. Täuber. 2005. *Users of Genetic Resources in Germany*. BFNSkripten 126. German Federal Agency for Nature Conservation.

Hubert, P. et S. Hernandez. 2005. « *Evaluation économique de l'utilisation des ressources génétiques en France* ». Raport intérimaire.

IISD, Stratos et J. Cabrera. 2005. *A Guide to Using the Working Draft ABS Management Tool*. Swiss State Secretariat For Economic Affairs.

Jalbert, O. 2005. « *Access to Genetic Resources and Benefit-Sharing under the Convention on Biological Diversity, the Bonn Guidelines and the Negotiation of the International Regime on Access and Benefitsharing* ». Feit, U., M. den Driesch et W. Lobin (eds.), *Access and Benefit-sharing of Genetic Resources: Ways and Means for Facilitating Biodiversity Research and Conservation While Safeguarding ABS Provisions*, pp. 9-18. BfN Skripten 163. German Federal Agency for Nature Conservation.

Krasner, S. 1982. « *Structural causes and regime consequences: regimes as intervening variables* ». *International Organization* 36(2): 185205.

Latorre, F. 2005. *Review of the Experience of Implementation by UK Stakeholders of Access and Benefitsharing Arrangements under the Convention on Biological Diversity*. DEFRA, Royal Botanic Gardens Kew.

Lesser W. 1998. *Sustainable use of Genetic Resources under the Convention on Biological Diversity, Exploring Access and Benefit Sharing Issues*. CAB International.

Lettington, R. et D. Dogley. 2006. *Commentary on the Development of the Republic of Seychelles Access to Genetic Resources and Benefit-sharing Bill*. IPGRI.

McAfee, K. 1999. *Selling Nature to Save it? Biodiversity and Green Developmentalism*. Environment & Planning D: Society and Space. Pion.

Merchant, M.E., K. Mills, N. Leger, E. Jerkins, K. Vliet et N. McDaniel. 2006. « *Comparisons of Innate Immune Activity of all Known Living Crocodilian Species* ». *In Proceedings of the 18th Working Meeting of the Crocodile Specialist Group*, p343-359. Montélimar: IUCN CSG. [Voir aussi l'affiche de présentation de la réunion : M. Merchant *et al.*, « *Effects of Bacterial Lipopolysaccharide on Peripheral Leukocytes in the American Alligator* », p. 364].

Mgbeoji, I. 2006. « *Analysis of Four Claims of Unauthorised Access and Misappropriation of Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge* ». Reprinted in: Young *et al.*, 2007, *Covering ABS: Addressing the Need for Sectoral, Geographical, Legal and International Integration in the ABS Regime,* Documents de politiques et du droit de l'environnement de l'UICN n°67, *Série APA*, volume 5.

Moore, G. et W. Tymowsky. 2005. *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources*. Documents de politiques et du droit de l'environnement de l'UICN n°57.

Nuffield Council on Bioethics. 2001. *The Ethics of Patenting DNA*. The Nuffield Foundation of Bioethics.

Pythoud, F. 2005. « *The International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, a key component of the International Regime on Access and Benefit Sharing* ». Document présenté lors de la réunion d'experts internationaux sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, Cape Town, 20–23 septembre 2005.

Oldam, P. 2004. « *Global Status and Trends in Intellectual Property Claims* ». *Genomics, Proteonomics and Biotechnology*. CESAGEN.

bin Osman, M. 2005. « *Issues of bioprospecting and implementation of ABS legislation at national and regional levels* ». Document présenté lors de la réunion d'experts internationaux sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, Cape Town, 20–23 septembre 2005.

Parnham and Rispin. 2000. *Residential Property Appraisal*, Spon Press.

Pau Pedrón, A. 2002. « *The Register as an Instrument of Security in Property Transactions* ». Sánchez Jordán, M.E. et A. Gambaro, *Land Law in Comparative* Perspective, pp. 8795. Kluwer Law International.

Reid, W., S. Laird, C. Meyer, R. Gámez, A. Sittenfeld, D. Janzen, M. Gollin et C. Juma. 1993. *Biodiversity Prospecting: Using Genetic Resources for Sustainable Development*. World Resources Institute.

da Rocha Vianna, H. 2005. « *Objectives and Possible Elements of an International Regime, and its Nature* ». Document présenté lors de la réunion d'experts internationaux sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, Cape Town, 20–23 septembre 2005.

Romstad, E. et G. Stokstad. 2005. « *Valuation of Genetic Resources* ». Étude fournie par le Conseil norvégien des resources génétiques, www.genressurser.no.

Rosenthal, J.P. 2006. « *Politics, Culture, and Governance in the Development of Prior Informed Consent in Indigenous Communities* ». *Current Anthropology* 47(1): 116.

Rosenthal, J.P., D. Beck, A. Bhat, J. Biswas, L. Brady, K. Bridbord, S. Collins, G. Cragg, J. Edwards, A. Fairfield, M. Gottlieb, L.A. Gschwind, Y. Hallock, R. Hawks, R. Hegyeli, G. Johnson, G.T. Keusch, E.E. Lyons, R. Miller, J. Rodman, J. Roskoski et D. Siegel-Causey.1999. « *Combining High Risk Science with Ambitious Social and Economic Goals* ». *Pharmaceutical Biology* 37, supplément. Swets & Zeitlinger.

Rosenthal, J., « *Measure to Ensure Compliance with CBD and Access Legislation* ». Présenté lors de la réunion d'experts internationaux sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, Cuernavaca, 24-27 octobre 2004.

Rosenthal, J.P. 1996. « *Equitable Sharing of Biodiversity Benefits: Agreements on Genetic Resources* ». *Investing in Biological Diversity: Proceedings of the Cairns Conference*. OCDE.

Ruiz, M. et I. Lapeña (eds.) 2007. *A Moving Target: Genetic Resources and Options for Tracking and Monitoring their International Flows*. Documents de politiques et du droit de l'environnement de l'UICN n°67/3, *Série APA*.

Safrin, S. 1998. « *Hyperownership in a Time of Biotechnological Promise: The International Conflict to Control the Building Blocks of Life* ». *The American Journal of International Law* 98: 641.

Sampath, P.G. 2004. « *Intellectual Property Rights on Traditional Medicinal Knowledge – A Progress-Oriented Perspective* ». *The Journal of World Intellectual Property* 7(5): 711737.

Scott, P.T. 2005. « *User and provider country measures in the context of the international regime: Some thoughts and observations based on the experiences of the Uniform Biological Material Transfer Agreement Project* ». Présenté lors de la réunion d'experts internationaux sur l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, Cape Town, 20–23 septembre 2005.

Shany, V. 2003. *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*. Oxford University Press.

Smith, A. et T. Young. 2006. « *Innovative financial and incentive mechanisms for promoting the conservation of High Conservation Value Forests* ». Forest Stewardship Council.

Svarstad H. et S. S. Dhillion. 2000. « *Responding to bioprospecting: Rejection or regulation ? »* In Svarstad and Dhillion (eds). *Bioprospecting*. Spartacus.

Swiderska, K. 2001. *Stakeholder Participation in Policy on Access to Genetic Resources, Traditional Knowledge and Benefit Sharing. Case studies and recommendations*. Biodiversity and Livelihoods Issues, n°4. IIED.

Tobin, B. 2004. « *Certificates of Origin, Legal Provenance and Source: Mutually Exclusive or Complementary Elements of a Comprehensive Certification Scheme* ». *International Expert Workshop on Access to Genetic Resources and Benefit Sharing: Record of Discussion*, pp. 271277 at 275. CONABIO and Environment Canada.

Tosh, D. and W. Rayburn. 2006. *Uniform Standards of Professional Appraisal Practice*. 13th Ed. Dearborn Real Estate Education.

Tvedt, M.W. 2007. [à venir] « *The Disclosure Obligation in Norwegian Legislation: Is it Likely to Lead to Fair and Equitable Benefit Sharing* ? »

Tvedt, M.W., S.J. Hiemstra, Drucker, N. Louwaars, K. Oldenbroek. 2007. *Legal Aspects of Exchange, Use and Conservation of Farm Animal Genetic Resources*. Institut Fridtjof Nansen 1/2007.

Tvedt, M.W. 2006. « *Elements for Legislation in User Countries to Meet the Fair and Equitable Benefit-Sharing Commitment* ». *The Journal of World Intellectual Property* 9(2): 189–212.

Tvedt, M.W. 2005. « *How Will a Substantive Patent Law Treaty Affect the Public Domain for Genetic Resources and Biological Material ?* » *The Journal of World Intellectual Property* 8(3): 311–344.

UNCITRAL (non daté) « *commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods* » and Travaux Préparatoires, disponible en ligne sur le site Web de la CNUDCI : http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_travaux.html.

UNU-IAS. 2003. *User Measures – Options for Developing Measures in User Countries to Implement the Access and Benefit-Sharing Provisions of the Convention on Biological Diversity*. UNU-IAS.

Vogel, J. 2007. « *Reflecting Financial and other Incentives of the TMOIFGR: The Biodiversity Cartel* ». Ruiz et Lapeña, (eds.), *A Moving Target: Genetic Resources and Options for Monitoring their International Flows*, ch. 3. Documents de politiques et du droit de l'environnement de l'UICN n°67/3, Série APA.

Waldron. 1993. Printed in Chisum, D. S. N., Craig Allen & Schwartz, Herbert F. & Newman, Pauline & Kieff, F. Scott (1998). *Principles of Patent Law*. New York, Foundation Press.

WIPO Study No. 3. WIPO *Technical Study on Patent Disclosure Requirements Related to Genetic Resources and Traditional Knowledge*. Publication de l'OMPI n°786(E).

Westerlund, L. 2001. *Biotech Patents –Equivalency and Exclusions under European and U.S. Patent Law*. Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet.

Wolfe, T.A. and B. Zycher. 2005. *Biotechnological and Pharmaceutical Research and Development Investment Under a Patent-Based Access and Benefit-Sharing Regime*. Pacific Research Institute.

Young, T. 2006a. « *An Analysis of Claims of Unauthorized Access and Misappropriation of Genetic Resources and Associated Traditional Knowledge* », distribué AHWG-ABS-4 sous la cote UNEP/CBD/WG-ABS/4/INF/6.

Young, T. 2005. « *Summary Analysis: Legal Certainty for Users of Genetic Resources under Existing Access and Benefit-sharing (ABS) Legislation and Policy* », distribué AHWG-ABS-3 sous la cote UNEP/CBD/WGABS/3/INF10.

Young, T. 2007. *Covering ABS: Addressing the Need for Sectoral, Geographical, Legal and International Integration in the ABS Regime*. Documents de politiques et du droit de l'environnement de l'UICN n°67/5, *Série APA*.

Young, T. 2004. [non publié]. *An Examination of Environmental Certification Systems and Standards Development: IUCN Situation Analysis*. (IUCN/III-C).

Young, T. 2006b. *An Implementation Perspective on International Law of Genetic Resources: Incentive, Consistency and Effective Operation*. Yearbook of International Environmental Law 15: 393 (anchor article). Oxford University Press.

Lois nationales:

AUSTRALIE: *Environment Protection and Conservation Regulations*, 2000, Statutory Rules 2000 nº 181, tel qu'amendé (avant SLI 2006 nº 131, sections 8A, 9, 10, et 17).

AUSTRALIE: *Queensland Biodiscovery Act*, loi nº19, 24 août 2004 ; et autres documents disponibles sur la base de données des mesures APA de la CDB jusqu'en mars 2007.

BRÉSIL: *Provisional Act* N° 2,186-16 portant application des Articles premier, 8j, 10c, 15 et 16 de la CDB (août 23, 2001).

COSTA RICA: *Normas Generales para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquimicos de la Biodiversidad*; Decreto No. 31 514, 2003, publié conformément à la loi organique sur l'environnement (n°7554 du 4 oct. 1995) §§ 46-47; et la loi sur la biodiversité (n° 7788 du 30 avril 1998), § 62.

COSTA RICA: *Estrategia Nacional de Biodiversidad*, 1999. Accès par le biais de la base de données des mesures APA du Centre d'échange.

COMMISSION EUROPÉENNE : *EU Directive on Legal Protection of Biotechnological Inventions* (EC/98/44).

COMMISSION EUROPÉENNE: CE 2003 « *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, The implementation by the EC of the 'Bonn Guidelines' on access to genetic resources and benefit-sharing under the Convention on Biological Diversity* », COM(2003) 821 final, Bruxelles, 23.12.2003.

COMMISSION EUROPÉENNE: CE 2002, « *Second Report of the European Community to the Convention on Biological Diversity: Thematic Report on Access and Benefit Sharing* » (Centre d'échange).

COMMISSION EUROPÉENNE: 2001. *Regulation (EC) No 761/2001 allowing voluntary participation by organizations in a Community Eco-Management and Audit Scheme* (EMAS).

JAPON: METI/KBA. 2006. *Guidelines for Access to Genetic Resources for Users in Japan*, Ministère de l'économie, du commerce et de l'industrie (adopté en mars 2005, publié en anglais, 2006). Disponible en ligne en anglais sur le site http://www.mabs.jp/information/oshirase/pdf/iden_tebiki_e.pdf.

LES PAYS-BAS: Ministère de l'agriculture, (non daté), *Nature Management and Fisheries, Sources of Existence: Conservation and the Sustainable Use of Genetic Diversity*. Disponible en ligne sur http://www.absfocalpoint. nl/documents/note_on_biodiversity_Complete.pdf.

NORVÈGE: *The first draft Nature Diversity Act*, NOU 2004:28. Disponible en ligne sur http://www.regjeringen.no/nb/dep/md/NOU-2004-28.html?id=388846.

NORVÈGE: *Draft Marine Resources Act*, NOU2005:10. Disponible en ligne sur ://www.regjeringen.no/Rpub/NOU/20052005/010/PDFS/NOU200520050010000DDDPDFS.pdf.

ÉTATS-UNIS: promulgation de la *Lacey Act* L.97-79, Sec. 3, nov. 16, 1981 (date de la dernière modification 2003), publié sous la cote 16 USC §§ 3371-3378.

Disponible en ligne sur http://www.Thomas.gov.

ÉTATS-UNIS: *Stolen Property Act* (NSPA), publié sous la cote 18 U.S. Code §§ 2314 et 2315. Disponible en ligne sur http://www.Thomas.gov.

ÉTATS-UNIS: *Federal Technology Transfer Act* de 1986 (FTTA), promulgué le 20 oct. 1986 loi n°99-502, publié sous la cote 15 US Code 2781, 3701 et 3710. Disponible en ligne sur http://www.Thomas.gov.

ÉTATS-UNIS: National Park Service, septembre 2006, *Servicewide Benefits-Sharing – Draft Environmental Impact Statement*, Ministère de l'intérieur, disponible en ligne : http://parkplanning.nps.gov/document.cfm?parkId=442&projectId=12515&documentID=16763.

(D'autres lois citées figurent dans la base de données des mesures APA de la CDB sur http://www.cbd.int/information/abs-measures.shtml)

Les auteurs :

Morten Walløe Tvedt

Morten Walløe Tvedt est actuellement chargé de recherche à l'Institut Fridtjof Nansen (FNI) à Oslo (Norvège), où il a publié de nombreux ouvrages sur le droit de la propriété intellectuelle, la Convention sur la diversité biologique et les ressources génétiques. Ses recherches portent principalement sur l'interaction entre les accords internationaux touchant à la diversité biologique et les ressources génétiques, et leur mise en œuvre dans les pays développés et en développement.

Ses travaux les plus récents sont des études interdisciplinaires sur l'échange, l'utilisation durable et la conservation des ressources zoogénétiques (AnGR) pour la FAO et la Banque nordique de génétique pour les animaux d'élevage. Ces études consistent à déterminer quel impact auront les travaux actuels pour une plus grande harmonisation du droit des brevets sur la gestion des ressources génétiques.

Il a consacré sa thèse de doctorat à l'alternative *sui generis* pour établir des droits de propriété intellectuelle concernant des variétés végétales en vertu de l'article 27.3b de l'accord sur les ADPIC.

Ses premiers travaux sur la diversité biologique et les ressources génétiques datent de 1999 et ont été consacrés à un projet de recherches interdisciplinaires « *From Plants in the South to Medicines in the North* », une monographie juridique de l'application de la CDB au Costa Rica.

Avant d'exercer ses fonctions actuelles au FNI, il a occupé le poste d'assistant juridique dans le cabinet d'avocats Hjort DA à Oslo. Pendant cette période, il a participé en tant que consultant auprès du Ministère norvégien de l'environnement à l'élaboration de la loi « *Nature Diversity Act* » qui porte sur des questions liées à la biodiversité, telles que les droits relatifs aux ressources génétiques en Norvège et l'accès à ces ressources.

Il a acquis une longue expérience de l'enseigne-ment du droit et a publié deux manuels scolaires sur l'argumentation et l'analyse juridique.

Il est de nationalité norvégienne et réside actuellement à Bahia (Brésil) et en Norvège.

Les auteurs :

Tomme Rosanne Young

Tomme Rosanne Young est actuellement consultante indépendante sur la politique et le droit de l'environnement et les mécanismes internationaux s'y rapportant. Elle a débuté sa carrière de juriste aux États-Unis, où elle a travaillé dans le domaine du droit commercial et de la propriété, en s'attachent progressivement à l'étude de l'interaction de ces lois avec les obligations environnementales des entreprises et des individus. En 1988, elle a coécrit un traité juridique sur le sujet (Machlin et Young, 1988, *Managing Environmental Risk in Real Estate and Business Transactions*, The West Group, (actualisé tous les ans)), traité qui demeure une référence et un guide pratique en droit américain de l'environnement. En tant qu'avocat pour un cabinet privé aux États-Unis, elle a représenté des entreprises comme des organismes publics gouvernementaux, des villes comme des citoyens, et ce dans différents domaines tels que les autorisations administratives, les inspections et la conformité, les négociations transactionnelles et les procédures judiciaires. À la fin des années 80, elle a travaillé à l'étranger pour le compte de clients privés mais surtout pour les pouvoirs publics, intergouvernementaux, le secteur privé et la société civile pour répondre de manière pratique aux besoins juridiques et trans-actionnels et aux litiges.

Entre 1988 et 2000, elle a principalement travaillé comme consultante en matière de législation nationale sur environnementale et technique, notamment par le biais d'organismes des Nations Unies comme la FAO, le PNUD et le FEM. En sa qualité de consultante, elle a fourni une assistance à 24 pays en développement ou en transition et à trois groupes autochtones dans l'élaboration de lois sur l'environnement et l'établissement de systèmes réglementaires. Lors de ces missions, ses travaux ont été axés sur l'application de concepts commerciaux et financiers et de lois à des fins environnementales, y compris l'utilisation de fonds d'affectation spéciale pour l'environnement et la conservation, systèmes de prêts, de permis commerciaux, de programmes de certification, de systèmes de compensation, de mesures incitatives et d'autres types de mesures.

A partir de l'année 2000, M^{me} Young a travaillé comme experte juridique à l'UICN, et ce jusqu'en avril 2006. En matière de politique et de droit international, elle a œuvré dans le cadre d'instruments régionaux sur l'environnement et la conservation et pour la mise en œuvre de ces instruments au niveau national, tout en poursuivant ses missions d'assistance technique et de conseils juridiques au niveau national auprès de 9 gouvernements. Depuis 2003, elle a également dirigé le projet APA, dans le cadre duquel s'inscrit la publication du présent ouvrage. Ses premiers travaux sur l'APA remontent à 1991 lorsqu'un projet de la FAO a été lancé et dans le cadre duquel elle a effectué des recherches approfondies, en vue de l'élaboration d'un guide à l'intention des membres de la FAO sur l'application de la CDB. Elle affirme avec satisfaction que ses opinions sur l'APA ont évolué depuis ses débuts.

Elle est de nationalité américaine et réside actuellement à Bonn (Allemagne).

Publications du Projet APA

EPLP N° 54

Accessing Biodiversity and Sharing the Benefits : Lessons from Implementing the Convention on Biological Diversity. Sous la direction de Santiago Carrizosa, Stephen B. Brush, Brian D. Wright et Patrick E. McGuire, 2004.

Disponible également en chinois (2006).

EPLP N° 57

Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture. Gerald Moore & Witold Tymowski, 2005.

Disponible également en français (2008) et en espagnol (2008).

Série APA

EPLP 67, N° 1

Addressing the Problem of Access : Protecting Sources while Giving Users Certainty; Jorge Cabrera Medaglia & Christian López Silva, 2007.

Disponible également en français (2008) et en espagnol (2008).

EPLP 67, N° 2

Beyond Access: Exploring Implementation of the Fair & Equitable Sharing Commitment in the CBD; Morten Walløe Tvedt & Tomme Young, 2007.

Disponible également en français (2009) et en espagnol (2008).

EPLP 67, N° 3

A Moving Target: Genetic Resources & Options for Tracking & Monitoring their International Flows; Manuel Ruiz & Isabel Lapeña (ss la dir.), 2007.

Disponible également en français (2009) et en espagnol (2009).

EPLP 67, N° 4

Contracting for ABS: the Legal & Scientific Implications of Bioprospecting Contracts; Shakeel Bhatti, Santiago Carrizosa, Patrick McGuire & Tomme Young (ss la dir.), 2009.

EPLP 67, N° 5

Covering ABS: Addressing the Need for Sectoral, Geographical, Legal & International Integration in the ABS Regime; Tomme Young (ss la dir.), 2009.

Les traductions des séries APA en français et en espagnol sont prévues. Ce Projet est à la recherche de fonds et d'autres formes d'aide pour la traduction des ouvrages vers d'autres langues. Les organismes et personnes intéressés sont invités à contacter le Centre du droit de l'environnement, pour davantage d'informations :

Centre du droit de l'environnement de l'UICN
Godesberger Allee 108-112
53175 Bonn, Allemagne
elcsecretariat@iucn.org

D'autres de publications du Centre du droit de l'environnement sont disponibles en ligne : www.iucn.org/law

UICN
Union mondiale pour la nature

UICN Programme du droit de l'environnement
Centre du droit de l'environnement
Godesberger Allee 108-112
53175 Bonn
Allemagne
Tél.: ++49.228.2692 231
Téléc.: ++49.228.2692 250
elcsecretariat@iucn.org
www.iucn.org/law

Ministère fédéral de la
Coopération économique
et du Développement