

Typologie des lois sur l'accès aux ressources génétiques

Marcelo Dias Varella
Professeur du Centre Universitaire de Brasilia
Docteur en Droit de l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne

La régulation de l'accès aux ressources biologiques est faite aussi bien par le droit international que par les droits nationaux, de différents pays. Ces deux sphères de régulation normative traitent ce contrôle chacune à sa façon, tout en proposant, aux communautés locales et aux Etats nationaux des instruments différents de compensation relatifs à cet accès. Toutefois, au sein de chaque sphère de régulation, nationale et internationale, les normes possèdent des instruments de contrôle et de compensation similaires. Ces faisceaux normatifs offrent donc aux Etats et aux organisations internationales un ensemble de choix portant sur les moyens d'élaborer des instruments concrets favorisant la mise en place des instruments de régulation.

Le débat sur le contrôle de l'accès aux ressources biologiques et sur le partage des résultats commerciaux entre les entreprises, les Etats d'où ces ressources tirent leur origine et les communautés locales qui les cultivent traditionnellement est un débat ancien. Au plan international, existent des normes établies depuis les années quatre-vingt, comme les règles du Bureau international du travail (BIT), de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (Unesco) et de l'Assemblée des Nations Unies. Cependant, c'est seulement à partir de la Convention sur la diversité biologique, signée en 1992, que le sujet prend une dimension internationale et devient dans plusieurs forum un véritable objet de discussions.

C'est la Convention de Rio qui définit le statut de la diversité biologique en reconnaissant qu'elle relève de la souveraineté nationale. Le débat commence donc, au niveau des législateurs nationaux, à partir de 1992. Les normes nationales ont une trame commune, encore que les instruments varient d'une loi à l'autre, d'un pays à l'autre.

Malgré l'existence d'un ensemble normatif complexe, adopté par plusieurs pays et reconnu par la grande majorité de la communauté internationale, on s'aperçoit que les dispositions manquent encore d'efficacité, les effets concrets sont rares, et les difficultés que rencontre leur mise en œuvre concrète semblent être difficiles à franchir. Cette inefficacité s'observe aussi bien dans la régulation sur l'accès aux ressources biologiques établie par le droit international qui sert de source d'inspiration et de lieu de débats (Section I) que dans les

régulations sur l'accès aux ressources biologiques élaborées dans les droits nationaux (section II).

Section I - La régulation de l'accès aux ressources biologiques en droit international

Plusieurs sources de droit international ont déjà édicté des normes sur l'accès aux ressources biologiques. Les principales organisations internationales qui traitent le sujet sont l'Unesco, la FAO et le BIT, aussi bien que des organes spécifiques de l'Organisation des Nations Unies. En 1992, à partir de la Convention sur la diversité biologique, l'axe central de la discussion change. Auparavant, les normes étaient centrées sur un concept flou et débattu, puisque la question de savoir à qui appartenait la biodiversité n'était pas réglée. Selon que la diversité biologique était considérée comme appartenant à la communauté internationale, aux Etats nationaux ou aux populations locales, des normes émanant de ces différentes sources d'inspiration, de méthodologie d'action et de contrôle étaient élaborées, donnant des solutions différentes.

Avec la reconnaissance par la CDB de la souveraineté des Etats sur les ressources biologiques, la compétence normative revient à l'Etat fournisseur de la ressource. C'est l'Etat où les ressources biologiques se situent qui a le droit de déterminer la régulation, d'en permettre l'accès et de fixer les conditions de la réalisation des contrats. Les communautés locales qui utilisaient ces ressources sont mises au deuxième plan, après les Etats. A partir de la Convention sur la diversité biologique, les normes sont élaborées en fonction de ce nouvel axe.

I) Le BIT

Le Bureau international du travail fut le premier à mettre en évidence que les peuples indigènes avaient contribué *par leur travail* à la construction des connaissances traditionnelles et à la mise en œuvre des projets de développement. Deux conventions principales traitent du sujet, la Convention 107, relative aux populations aborigènes et tribales, mise à jour par la Convention 169 de 1989, relative aux peuples indigènes et tribaux, connue comme ILO 169. La Convention garantit le droit des peuples indigènes à être consultés sur l'utilisation de leurs connaissances traditionnelles, dans le respect de leurs valeurs, connaissances et institutions.

De même elle leur assure le droit de participer à la formulation et aux bénéfices des projets de développement qui les concernent d'une façon ou d'une autre ¹

La Convention 169 garantit donc le droit des peuples indigènes à participer à la mise en œuvre des projets de développement. Le concept de « projet de développement » en rapport avec la culture et le territoire de ces peuples doit avoir une connotation large, c'est-à-dire, inclure aussi la participation de ces communautés aux projets d'accès aux ressources biologiques. La Convention assure ainsi la participation des communautés au processus de décision, et logiquement leur présence dans la négociation des contrats internationaux. L'article 6 se réfère expressément à la consultation des communautés traditionnelles pour chaque mesure administrative ou législative les concernant :

« Article 6 1) a) : **consulter les peuples intéressés**, par des procédures appropriées, et en particulier à travers leurs institutions représentatives, **chaque fois** que l'on envisage des mesures législatives ou administratives susceptibles de **les toucher directement**. »

La norme est ample et parfois controversée. Elle garantit également à ces communautés le droit de propriété et de possession des terres indigènes, aussi bien que des ressources qui s'y trouvent. Plusieurs Etats ne reconnaissent pas ce droit, et ont adopté un statut particulier pour les terres indigènes, distinctes des instruments occidentaux traditionnels. Selon les normes australiennes ou brésiliennes, la terre appartient à l'Etat tandis qu'un droit sui generis de propriété est garanti aux populations autochtones. Or, c'est à cause de ces éléments controversés et de la résistance de plusieurs Etats qui se refusent à reconnaître l'existence des communautés aborigènes et à leur attribuer un statut spécifique que la Convention n'est pas du tout efficace, et n'a pas été ratifiée par un nombre de pays significatif².

¹ A. Définition de la culture traditionnelle et populaire

Au sens de la présente recommandation:

La culture traditionnelle et populaire est l'ensemble des créations émanant d'une communauté culturelle fondée sur la tradition, exprimées par un groupe ou par des individus et reconnues comme répondant aux attentes de la communauté en tant qu'expression de l'identité culturelle et sociale de celle-ci, les normes et les valeurs se transmettant oralement, par imitation ou d'autre manière. Ses formes comprennent, entre autre, la langue, la littérature, la musique, la danse, les jeux, la mythologie, les rites, les coutumes, l'artisanat, l'architecture et d'autres arts.

F. Protection de la culture traditionnelle et populaire

La culture traditionnelle et populaire, en tant qu'elle constitue des manifestations de la créativité intellectuelle individuelle ou collective, mérite de bénéficier d'une protection s'inspirant de celle qui est accordée aux productions intellectuelles. Une telle protection de la culture traditionnelle et populaire se révèle indispensable en tant que moyen permettant de développer, perpétuer et diffuser davantage ce patrimoine, à la fois dans le pays et à l'étranger, sans porter atteinte aux intérêts légitimes concernés.

² Seuls l'Argentine, la Bolivie, la Colombie, le Costa Rica, le Danemark, l'Equateur, le Fidji, le Guatemala, le Honduras, le Mexique, la Norvège, les Pays-Bas et le Pérou avaient signé la Convention en juillet 2000.

II) l'ONU

Les discussions sur un statut spécifique accordé au contrôle de l'accès aux ressources génétiques et sur la participation des peuples autochtones et des communautés locales à cet accès ont été importantes au sein de l'Organisation des Nations Unies, et ont surtout eu lieu dans le Groupe de travail des Nations-Unies sur les populations indigènes, en particulier à la sous-commission sur la prévention de la discrimination et la protection des minorités. Le Groupe de travail sur les peuples autochtones n'a pas réussi à faire approuver un texte de droit positif, mais il a contribué à faire avancer les idées sur la manière dont pouvaient cohabiter les cultures dominantes et les cultures minoritaires. Ce groupe a fait un travail considérable sur les propriétés intellectuelles informelles dont pourraient jouir les communautés indigènes, travail qui a été concrétisé sous la forme de projets de normes qui ont servi de base à la discussion pour d'autres sources de droit. La participation de centaines d'ONG aux discussions a contribué à renforcer la légitimité du texte

La proposition du Groupe de travail considère la connaissance traditionnelle comme un droit inaliénable, transgénérationnel, qui doit être exercé par les peuples autochtones eux-mêmes. L'essentiel étant pour eux le pouvoir décisionnel de commercialiser ou non leurs connaissances, selon la décision de chaque communauté. Ce pouvoir centré sur les communautés est important pour l'analyse qui sera faite des normes nationales, lesquelles varient beaucoup selon le pays étudié.

III) Unesco

Parmi les normes émanant de l'Unesco, trois se réfèrent plus spécifiquement à la protection des ressources biologiques : la Convention de 1970 concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation, et le transfert de propriété illicite des biens culturels, la convention de 1972 sur la Protection de l'héritage culturel et naturel mondial et la Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire³, de 1989. Elles sont centrées sur la protection de la culture et du folklore. La liaison des connaissances traditionnelles portant sur les ressources biologiques avec le folklore justifie que la diversité biologique soit régulée par une organisation centrée sur la protection de la culture. Etant donné que l'objet de protection est le folklore et que le folklore est pour

³ Recommandation sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire adoptée par la Conférence générale à sa vingt-cinquième session. Paris, 15 novembre 1989

ainsi dire ancré dans chaque communauté locale, l'axe central de la norme est alors formé par les communautés traditionnelles et non les Etats nationaux. D'une façon encore plus large, la protection du folklore est reliée à une culture mondiale qui dépasse les Etats. Les considérants de la norme de 1989 sont, sur ce point, intéressants :

« Considérant que la **culture traditionnelle et populaire fait partie du patrimoine universel de l'humanité**, qu'elle est un puissant moyen de rapprochement des différents peuples et groupes sociaux et d'affirmation de leur identité culturelle... »

Encore que la norme soit centrée sur les communautés locales, les Etats ne sont pas oubliés. L'Unesco prie les Etats de protéger les connaissances traditionnelles, tout en créant des mécanismes concrets pour la protection de la culture locale. La recommandation change ainsi d'axe : du local à l'international, l'international régulé par les normes nationales, le national protégeant le local. Parce qu'il s'agit d'une *soft norm*, la recommandation a besoin de l'intervention étatique pour se concrétiser.

La propriété culturelle est définie dès la convention de 1970 ; elle reconnaît que la sphère culturelle, en particulier religieuse, comporte, pour les populations traditionnelles, des aspects biologiques et porte en particulier sur les « collections rares des espèces de faune ou de flore »⁴. Les plantes liées aux cultures traditionnelles appartiennent à l'Etat, qui les acquiert auprès des populations locales par l'intermédiaire de missions archéologiques, ethnologiques, ou des missions de sciences naturelles. Le consentement des Etats d'origine est essentiel.

« Article 4. Les États parties à la présente Convention reconnaissent qu'aux fins de ladite convention, les biens culturels appartenant aux catégories ci-après **font partie du patrimoine culturel de chaque État** :

c. **Biens culturels acquis par des missions archéologiques, ethnologiques** ou de sciences naturelles, avec le consentement des autorités compétentes du pays d'origine de ces biens ; »

La diversité biologique d'une région est ainsi reliée à une culture particulière. Etant donné qu'une partie importante de la diversité biologique n'est utilisée par aucune culture, ni parfois même connue, la norme de l'Unesco ne comprend pas toute la biodiversité, mais seulement la diversité utilisée par l'homme. Il faut remarquer aussi que la diversité biologique

⁴ Article 1,a, de la Convention de 1970 sur les instruments pour prohiber et prévenir l'importation, l'exportation, le transfert illicite de la propriété culturelle.

n'a pas d'existence autonome dans la norme de l'Unesco, comme elle l'a dans la Convention sur la diversité biologique, établie à une date plus tardive.

Les Etats s'approprient cette biodiversité à travers des missions d'exploration. Les missions vont dans les communautés traditionnelles ou se rendent auprès des populations locales pour connaître les pratiques et les modes d'utilisation de la faune et de la flore et c'est à partir de la connaissance de cette culture traditionnelle que cette culture devient elle-même un bien culturel, placé sous la protection de l'Etat. C'est une vision spéciale, qui positionne mal les rôles respectifs de l'Etat et des communautés NDMAH Est-ce cela que vous voulez dire Je Veux dire que la connaissance existait déjà, mais c'est la « découverte » par l'Etat qui le donne existence Vous êtes libre d'adapter le texte pour un français compréhensible, surtout lorsqu'il s'agit de ressources biologiques qui n'ont pas été découvertes par ces « missions », mais qui sont utilisées par l'homme depuis longtemps, sans être répertoriées.

L'ensemble des normes prévoit le contrôle national sur l'accès aux ressources biologiques et la division des droits de propriété intellectuelle. La recommandation de 1989 fait une référence expresse aux droits de propriété intellectuelle, en affirmant la nécessité de règles spécifiques concernant la propriété intellectuelle des connaissances traditionnelles. Selon l'Unesco, la propriété intellectuelle doit protéger le fournisseur de la connaissance en promouvant le partage des bénéfices pour assurer sa conservation,.

Dans le domaine de la diversité biologique, le partage de bénéfices n'a pas encore obtenu un régime juridique structuré par une fixation des prestations monétaires et non-monétaires, mais il comporte déjà des lignes générales, l'objectif étant d'assurer la jouissance des bénéfices aux communautés locales, personnes physiques ou morales. Ce qui doit être garanti par la « coopération » entre les Etats :

« G. (...) Les Etats membres devraient :

(c) **coopérer étroitement en vue d'assurer** sur le plan international **aux** différents ayants droit (**communauté** ou **personnes physiques** ou **morales**) **la jouissance des droits pécuniaires, moraux, ou dits voisins** découlant de la recherche, de la création, de la composition, de l'interprétation, de l'enregistrement et/ou de la diffusion de la culture traditionnelle et populaire ; »

Les normes de l'Unesco sont intéressantes dans la mesure où elles démontrent clairement l'évolution des conceptions sur la relation entre la diversité biologique et les connaissances traditionnelles, mais elles sont limitées par l'absence d'instruments de contrôle et de coercition permettant la mise en œuvre de ces dispositifs. Encore qu'elles soient ratifiées

par un nombre appréciable de pays et aient contribué de façon importante à l'évolution du droit sur le partage des bénéfices, elles se révèlent plutôt inefficaces pour tout ce qui concerne la régulation de l'accès aux ressources biologiques.

IV) FAO

L'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture a approuvé récemment une norme spécifique portant sur l'accès aux ressources biologiques d'intérêt agronomique, les « droits des agriculteurs » et le partage de bénéfices. Le traité international sur les ressources phylogénétiques de novembre 2001 s'ajoute au cadre normatif déjà existant au sein de la FAO.

Les normes concernant les deux droits spéciaux reconnus aux agriculteurs sont encore celles des années quatre-vingt. Le premier droit, établi par la Résolution 5, de 1989, est fondé sur la reconnaissance des apports passés, présents et futurs des agriculteurs qui ont conservé, amélioré et rendu disponibles les ressources génétiques des plantes, en particulier de celles qui croissent dans les lieux d'origine de la biodiversité et sont présentées comme un droit pour les générations présentes et futures. En cas d'accès à cette ressource, il est donc normal que les agriculteurs jouissent d'une compensation. C'est ce droit à compensation qui est reconnu par la communauté internationale.

Les « agriculteurs » et non les communautés indigènes sont en effet au centre des attentions de la FAO. C'est l'attention à l'agriculture qui légitime l'élaboration des normes sur le partage des bénéfices tirés des ressources biologiques agronomiques. Selon la FAO, les agriculteurs sélectionnent les plantes depuis des milliers des années. Ils sont à l'origine de la domestication des espèces, de l'adaptation des plantes, de la production à une échelle commerciale. Il ne serait pas juste, alors, que les entreprises de semences s'approprient tout ce travail millénaire, qui a composé un germoplasme d'une valeur inestimable pour faire des recherches, produire de nouvelles semences améliorées et les revendre aux agriculteurs, sans aucune compensation financière. Il faut donc créer cette compensation.

La première solution avait été proposée en 1991⁵, sous la forme de la création d'un fonds international financé par les ressources procurées par la vente des semences dans le monde, et alimenté par les donations des entreprises et des Etats. Ce fonds aurait dû être utilisé au bénéfice des agriculteurs traditionnels. La création d'un fonds alimenté par le produit de la vente des semences pourrait être efficace, surtout s'il est mis en application par

⁵ Résolution 3/91

la FAO, qui possède le plus grand complexe de banques de matériels biologiques du monde. Les entreprises productrices de semences transnationales et les instituts de recherche y ont souvent accès, et il serait donc possible d'établir des contrats prévoyant une contre-prestation à cet accès. Mais au lieu de créer un instrument vraiment solide, basé sur des pratiques contractuelles, obligatoires, la FAO a préféré compter sur la bonne volonté des entreprises et des autres institutions de recherche et continuer à donner libre accès à son germoplasme Le fonds a échoué⁶, car il n'y a pas eu de dons suffisants pour atteindre leur buts.

L'autre question liée aux droits des agriculteurs est celle du « privilège du fermier » selon lequel l'agriculteur peut produire ses propres semences, encore que la variété reproduite soit protégée par des droits de propriété intellectuelle. C'est une sorte de compensation accordée aux agriculteurs, de petite et moyenne taille pour les améliorations apportées aux variétés traditionnelles qui ont servi de point de départ aux recherches des grandes entreprises productrices de semences. Ces agriculteurs sont donc libres de reproduire un matériel biologique protégé, de le vendre ou de l'échanger sur une petite échelle, ce qui n'est pas accessible aux grands agriculteurs. L'extension du privilège du fermier, mise en œuvre par le droit national, varie de pays à pays, mais reste un droit encore solide et efficace dans la plupart des législations. Au plan international, l'Union pour la protection des nouvelles obtentions végétales (UPOV), reconnaissait aux Etats membres la possibilité de consacrer ce droit jusqu'à 1991, date à partir de laquelle l'exception incluse dans les privilèges des agriculteurs a été enlevée du texte de sa convention et les Etats ne peuvent plus consacrer une telle exception pour les plantes ornementales et les variétés fruitières.

Je n'ai pas compris la doute sur ce paragraphe. En tous cas, je l'adapté a ce qui j'ai compris.

Le traité international sur les ressources phytogénétiques a été approuvé en novembre 2001. Il est le résultat des nombreuses négociations et des divers textes négociés auparavant, à partir de la résolution 8 de 1983, qui a reçu l'adhésion de 113 Etats, à la notable exception des Etats-Unis et du Japon. La redéfinition de la nature juridique des ressources biologiques a commencé à partir de la Convention sur la diversité biologique, en 1992. Pourtant, la FAO a mis presque dix ans à se mettre en accord avec la Convention sur la diversité biologique qui prévoit la souveraineté des Etats sur la diversité biologique, un droit des agriculteurs étendu à

⁶ Voir résolutions 3/83, 4/89 e 5/89 de la FAO

la participation au processus de décision, à la protection des connaissances traditionnelles et à un partage équitable des bénéfices.

Dans le cas de l'accès *in situ*⁷, la FAO reconnaît la souveraineté sur les ressources biologiques et le droit des Etats à décider de l'accès et du partage des bénéfices. Ainsi, le traité international dit que les collectes doivent respecter les législations nationales de chaque Etat partie sur le sujet. S'il n'y a pas de législation, comme c'est le cas pour la plupart des Etats, il faut suivre les codes de conduite relatifs aux collectes et au transfert de matériel phylogénétique produits par la FAO, elle-même⁸. Le nouveau Traité sur les ressources phylogénétiques porte alors cette double préoccupation : la protection des agriculteurs, et la souveraineté nationale. La participation des Etats est attachée à la participation des agriculteurs, au processus décisionnaire. A partir du nouveau texte, sont prises en considération non seulement les contributions des agriculteurs traditionnels, mais aussi bien les plantes qui étaient inconnues et non-utilisées par l'homme, mais qui sont actuellement utilisées pour l'amélioration des ressources agricoles internationales.

Il est encore trop tôt pour identifier l'efficacité des nouvelles normes de la FAO. Quelques questions concernant le flux de matériel génétique à travers les plus grands donateurs de la FAO – les Etats-Unis, qui ne font pas partie du traité – ont été déjà mis en évidence, et n'ont pas encore trouvé de réponse. Certes les anciennes normes n'ont pas été efficaces, mais elles n'avaient pas d'instruments concrets pour leur mise en œuvre. Le traité sur les ressources phylogénétiques est plus contraignant et peut exclure les Etats qui ne le suivraient pas de la participation aux réseaux de banques de germoplasme, essentiels pour le développement technologique.

V) La Convention sur la diversité biologique

La Convention sur la diversité biologique est le point de départ d'une nouvelle conception de l'accès aux ressources génétiques, axée sur la reconnaissance du droit souverain sur les ressources, aussi bien que sur le droit à la participation aux bénéfices des communautés locales et des peuples indigènes, lorsque ces bénéfices résultent de l'utilisation de ces ressources.

L'objet central de la convention n'est pas préférentiellement le travail comme au BIT, la culture comme l'UNESCO, mais la biodiversité. Certes, ces éléments sont pris en considération, mais d'une façon indirecte. Toutes les parties ayant participé à la conservation

⁷ Sur l'accès à ce qui se trouve dans les collections *ex situ*, cf. l'article de C.Noiville

⁸ Annexe II, sur les conditions de l'accès.

ou à l'utilisation des ressources sont considérées comme importantes dans le partage des bénéfices, comme doit l'indiquer chaque norme nationale. L'article 8(j) est clair :

« j) **Sous réserve des dispositions de sa législation nationale**, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle, **avec l'accord et la participation des dépositaires** de ces connaissances, **innovations et pratiques** et encourage le **partage équitable** des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques; »

L'accès aux ressources génétiques est régulé par l'article 15. Il définit le droit souverain de décider de la régulation de l'accès et réaffirme le principe du consentement préalable et informé. Le consentement informé est celui de l'Etat et non celui des communautés traditionnelles. Ce changement d'axe par rapport aux autres instruments conventionnels est une des principales modifications apportées par la Convention sur la diversité biologique, qui guide les normes postérieures. Certes, plusieurs Etats ont élaboré des normes préservant le droit des populations traditionnelles, mais cela reste un choix propre à chaque législateur.

« Article 15. Accès aux ressources génétiques »

1. Etant donné que les **Etats 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. (...)

5. L'accès aux ressources génétiques est soumis au **consentement préalable** donné en connaissance de cause de la Partie contractante qui fournit les dites ressources, sauf décision contraire de cette Partie. (...)

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 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**. »

Ce texte ne propose pas d'instruments solides pouvant assurer la participation aux bénéfiques des populations locales. La Conférence de parties a créé un groupe de travail sur la mise en œuvre de l'article 8 (j), mais celui-ci n'a pas obtenu de résultats concrets jusqu'à présent. Les résolutions sont floues et sans engagement précis.

Tous ces instruments internationaux, qui ont généralement une faible effectivité, ne sont cependant pas sans résultats. Les uns et les autres ont inspiré les instruments nationaux de valorisation de la diversité biologique, instrument au service de la promotion du développement durable, tout particulièrement en matière d'accès aux ressources biologiques. L'élaboration, dans cette logique, de plusieurs normes nationales, donne un contenu concret au droit international. Il reste à connaître ces normes nationales et à évaluer leur efficacité.

Section II - L'accès aux ressources biologiques dans les droits nationaux

Dès 1992, plusieurs Etats ont pris l'initiative de réguler l'accès aux ressources biologiques. Certaines initiatives sont toujours en discussion, d'autres ont été approuvées. Ces normes présentent des similarités, dans la mesure où elles traitent des problèmes récurrents, tels que le partage des bénéfices, la centralisation ou la décentralisation des politiques publiques, la participation des communautés locales, le choix des autorités compétentes pour participer à l'élaboration des contrats, le choix des instruments permettant de stimuler la participation des femmes, la participation des propriétaires des terres, le statut spécifique de la diversité biologique ...

L'étude comparée de chacun de ces points semble donc appropriée. C'est dans cette optique que vont être étudiés les principaux points des législations nationales. Cette analyse dérive de l'étude des normes en vigueur au Brésil (norme fédérale⁹ et deux normes étatiques – Acre¹⁰ et Amapá¹¹), en Inde¹², aux Philippines¹³, dans le Pacte andin¹⁴, en Australie¹⁵, en Suisse¹⁶ et aux Etats-Unis¹⁷. Parmi les projets de loi, on utilisera ceux de l'Organisation pour

⁹ Medida* provisoria sur l'accès aux ressources biologiques. Cette norme est une norme provisoire qui a été rééditée périodiquement par le gouvernement fédéral et à chaque fois a reçu un numéro différent.

¹⁰Loi 1.235, de 1997

¹¹ Loi 388, de 1997

¹² Loi sur la diversité biologique, loi 93/2000.

¹³ Ordre exécutif n. 247

¹⁴ Décision 391

¹⁵ Loi de 1999 sur la protection de l'environnement et la conservation de la biodiversité,

¹⁶ Guide de bonne conduites sur l'accès et le partage des bénéfices dérivant des ressources génétiques

¹⁷ Accord pour la coopération dans le domaine de la recherche et du développement (CRADA), de 1995 et loi de 1998 sur la gestion des parcs nationaux,.

l'union africaine, de Madagascar et du Costa Rica¹⁸ plus deux projets de normes en discussion au Brésil, l'un au Sénat¹⁹ et l'autre à l'Assemblée nationale²⁰.

I) Le statut de la diversité biologique

Le fait que la diversité biologique relève de la souveraineté nationale n'emporte pour seule conséquence, que le fait de permettre aux Etats d'exprimer leur consentement préalable à toute prospection ; mais cela ne dit rien du régime juridique des éléments de la diversité biologique qui se trouvent dans les différentes parties du territoire national. Ces éléments peuvent être considérés comme un bien privé, un bien privé d'intérêt public ou un bien public. Les trois régimes possibles entraînent des conséquences juridiques importantes.

Dans la première situation, le propriétaire de la terre a le droit de commercialiser librement les ressources biologiques. L'Etat n'interfère point dans les contrats qu'il réalise, encore que le droit international lui attribue ce droit. C'est la situation des Etats qui n'ont pas encore de législation sur l'accès aux ressources biologiques.

Certaines normes considèrent au contraire la diversité biologique comme un bien public. Dans la plupart des cas, cela signifie qu'avant que n'existe la norme la diversité appartenait au particulier, et qu'à partir de la norme elle appartient à l'Etat. Cela peut être considéré comme une simple limite du droit de propriété ou, dans une vision plus stricte, une caractéristique qui implique une expropriation.

D'autres normes considèrent la diversité biologique comme un bien privé d'intérêt public. Cela signifie que les particuliers continuent à être les propriétaires des ressources biologiques situées sur leurs propriétés, mais qu'il y a une limitation juridique à l'utilisation de ce droit de propriété. Les propriétaires de terres et les peuples autochtones ont alors le droit de commercialiser librement leurs ressources biologiques, à condition simplement d'homologuer leurs contrats auprès de l'administration. **NDMAH : Etes vous sûr ? Comment s'exprime alors la notion d'intérêt public ? Oui, je suis sûr. Il est présent dans la loi et se manifeste dans la restriction publique au libre échange. S'il n'y avait pas cette restriction, il n'aurais pas besoin d'avoir l'homologation des contrats.**

Ces différents statuts seront importants pour les considérations concernant la position des parties dans les contrats, et une possible indemnisation. Aussi bien dans le premier cas, que dans le second, les parties peuvent être parties prenantes du contrat, mais dans une

¹⁸ Projet de la Sous-commission législative mixte de l'environnement. Rédaction d'un texte substitutif au projet de loi sur la biodiversité.

¹⁹ Projet de loi du Sénat n. 306

situation auxiliaire ou principale. La norme nationale sera chargée de préciser cette participation.

Au Brésil, différents traitements existent qui différencient les projets de normes et les normes en vigueur. Les normes en vigueur au niveau fédéral dans les Etats de l'Acre et de l'Amapá considèrent le patrimoine génétique comme un bien public. Le projet du Sénat propose une modification de ce statut, le considérant comme un bien privé, d'intérêt public.

II) Les droits des propriétaires des terrains

Il est possible d'avoir des bioprospections ou d'autres types de contrats régulant l'accès aux ressources génétiques sur des terres privées. La propriété privée est largement reconnue dans tous les pays de megadiversité biologique et, en raison des processus de formation historique de ces pays, on retrouve de grandes propriétés privées, parfois plus grandes que certains Etats européens. Une bioprospection entraîne pénétration dans la propriété privée ; se pose alors la question de la participation du propriétaire.

La reconnaissance de cette participation varie selon chaque législation. Certains Etats considèrent que le propriétaire devra figurer au contrat, en tant que partie, d'autres simplement l'ignorent. La classification des ressources génétiques comme bien privé d'intérêt public ou bien public joue un rôle important dans ce cas. Trois situations pivots sont possibles : d'abord, les ressources génétiques sont un bien public, et le propriétaire n'a pas de droits sur les ressources existant sur ses terres, mais il mérite une indemnisation pour le dérangement causé ; ou bien, les ressources génétiques sont un bien privé d'intérêt public et le propriétaire est directement partie prenante du contrat ; enfin, elles sont un bien privé, d'intérêt public, mais le propriétaire n'est pas partie prenante du contrat, et donc, mérite aussi une indemnisation ; l'entrée sur ses terres doit être justifiée par un acte public ou par son autorisation. Bien sûr, ces possibilités peuvent avoir un traitement différent selon le pays. La plupart des législations existantes, comme le projet de Madagascar, ignorent simplement la participation des propriétaires de terres. L'Organisation pour l'unité africaine fait référence à la consultation du propriétaire des terres, mais ne l'intègre pas au contrat. A notre avis, cela représente un problème, étant donné que celui-ci peut entraver l'avancée de la bioprospection en se portant devant les tribunaux.

²⁰ Projet de loi n. 4.751.

Les normes brésiliennes sont plus complexes. La participation des propriétaires est prévue, mais elle dépend de la modalité contractuelle définie pour chaque législation. Certaines législations établissent un contrat tripartite : l'Etat, l'entreprise intéressée et le titulaire des droits sur la terre, qu'il soit une communauté indigène, une population locale ou encore un propriétaire privé. D'autres normes préfèrent l'établissement d'un contrat bilatéral : d'un côté, le gouvernement, le propriétaire de la terre ou le représentant de la communauté indigène et de l'organe public de protection des indigènes ou encore le représentant de la communauté locale ; et, de l'autre, l'institution nationale autorisée à avoir accès aux ressources et l'institution destinataire des ressources, c'est le cas du projet de loi de l'Assemblée Nationale brésilienne. Il y a encore une troisième modalité contractuelle assez répandue qui prévoit deux contrats, un contrat principal, un contrat accessoire, chacun avec plusieurs parties. Le contrat principal est réalisé entre l'entreprise ou l'institution de recherche et l'Etat. Le contrat accessoire est réalisé entre l'entreprise, l'institution de recherche, les propriétaires de terres, les communautés locales. Dans ce cas, l'exécution du contrat principal annule en conséquence le contrat accessoire, ce sont les modèles choisis par l'Acre et par le projet du Sénat brésilien.

« Norme en vigueur au Brésil

« Article 25. Le contrat d'utilisation du patrimoine génétique et de répartition des bénéfices, instrument juridique multilatéral, devra indiquer et qualifier avec clarté les parties contractantes, à savoir :

I – D'un côté :

- a) L'Union fédérale
- b) Le propriétaire du terrain, public ou privé, ou le représentant de la communauté indigène et de l'organe indigéniste ou le représentant de la communauté locale ;

II – De l'autre côté :

- a) L'institution nationale autorisée à accéder aux ressources génétiques
- b) L'institution destinataire »

III) Place des communautés locales

La Convention sur la diversité biologique accorde aux communautés locales et aux populations traditionnelles le droit d'émettre leur opinion, mais ce droit est limité aux dispositions des normes nationales. Cela veut dire que le législateur national est libre de leur concéder un large pouvoir de décision ou, au contraire, annuler toute participation de ces communautés au processus. La plupart des normes étudiées leur garantissent un certain degré

de participation dans toutes les phases, dès la négociation du contrat, qu'il s'agisse de son approbation, aussi bien que du contrôle de sa mise en œuvre.

On estime que l'expression de ce droit doit suivre les mécanismes coutumier de la prise de décision propre à la communauté concernée. Cela pose un problème difficile à résoudre, étant donné l'hétérogénéité des communautés traditionnelles, chacune ayant des systèmes différents de représentation, d'organisation sociale et plusieurs d'entre elles usant d'alphabets différents, qui souvent n'ont jamais été étudiés, et dont la traduction devient impossible. La législation de l'Acre et de l'Amapa, au Brésil, a attribué au Ministère public la compétence de vérification à propos de la représentativité de la décision émanant de chaque communauté locale ou de chaque population traditionnelle selon les cultures. La nomination d'une autorité chargée de cette vérification, fonctionnellement indépendante de la commission, semble être l'instrument le plus adéquat permettant d'assurer cette responsabilité et d'éviter que des personnes de mauvaise foi occupent indûment une position de représentant.

Si la langue du peuple est connue, cette autorisation doit être exprimée et justifiée par écrit. Si la langue n'est pas connue, la décision du peuple peut être traduite dans la langue de pays. Sauf dans le cas des peuples complètement isolés, qui en général ne réalisent pas de contrats, ces populations comprennent la langue nationale ou, au moins, ont des membres qui la comprennent. Dans ce cas, l'autorité compétente, - dans le cas brésilien le ministère public, doit se charger d'assurer l'expression écrite de leur volonté.

La loi de l'Etat d'Amapa stipule que la commission fixera les instruments adéquats pour la consultation de chaque communauté. Elle peut d'ailleurs être elle-même un instrument suffisant, étant donné que la commission est aussi composée par des représentants des instituts de recherches, des peuples autochtones et des communautés locales, qui peuvent contribuer à la difficile définition des moyens traditionnels de représentativité de chaque communauté.

Dans le projet africain (OUA) et dans le projet de Madagascar, projets plus décentralisés, les projets de textes partagent **Je pense que le droit n'est pas partagé, mais attribué aux communautés. En tout cas, vous avez fait le projet !!!** le pouvoir entre l'Etat et les communautés, qui doivent décider en fonction de leurs traditions. L'autorisation doit aussi être établie par écrit et peut être accordée soit par l'autorité nationale compétente, soit par la communauté locale elle-même, selon la réglementation de chaque pays.

« Projet de l'OUA

5. 1. Tout accès aux ressources biologiques, connaissances ou technologies des communautés locales **doit être soumis au consentement informé préalable** de :

- i. l'Etat ; ainsi que
- ii. **des communautés locales concernées**, en vérifiant que les femmes sont aussi impliquées dans la prise de décision.

2. Tout accès obtenu sans le consentement informé préalable de l'Etat et de la ou des communautés locales concernées entraînera la nullité et fera l'objet de pénalités prévues par la présente législation ou toute autre législation régulant l'accès aux ressources biologiques.

L'autorité compétente nationale consultera la ou les communautés locales pour s'assurer que le consentement a été demandé et octroyé. Tout accès accordé sans consultation préalable de la ou des communautés concernées sera considéré illégal et en violation au principe incontournable du consentement informé préalable prévu par cet article. »

La communauté peut accepter ou refuser l'accès à la biodiversité selon les règles du contrat. Dans ce cas, les législations peuvent garantir le respect de la décision de la communauté locale, comme le font Madagascar, l'Organisation pour l'unité africaine, le Costa Rica et la Colombie, ou donner la possibilité à la commission nationale d'ignorer le refus de la communauté et de réaliser le contrat si celui-ci lui convient, comme le fait la législation fédérale en vigueur au Brésil. On rencontre encore des normes qui ne font aucune référence à la consultation des populations locales, laquelle d'ailleurs n'est pas prévue, ce sont les normes les plus centralisées, comme celles de l'Inde.

IV) Le partage des bénéfices

La compensation issue de l'idée de partage des bénéfices peut être monétaire et/ou non-monétaires. Les bénéfices monétaires peuvent venir de la fixation d'une ou plusieurs prestations fixes, des royalties, de la participation aux chiffres d'affaires liés à la vente des produits finaux ou d'autres produits dérivés des ressources génétiques fournies. La prévision des bénéfices monétaires est en général attachée au succès obtenu dans les recherches, surtout dans le domaine pharmaceutique. Certaines normes, comme celle de l'Acre prévoient des types possibles de bénéfices :

«Projet de réglementation de la loi de l'Acre :

Article 33, XX – Les **bénéfices monétaires** du contrat, à **titre d'exemple**, peuvent être: la participation sous forme de royalties, une part des bénéfices issus de la vente des procédés et des produits générés, le paiement anticipé ou l'accord de paiement selon les différentes phases du développement technologique, le paiement pour la poursuite de la collecte de la ressource biologique

XXI – Les bénéfices non-monétaires du contrat, à titre d'exemple, peuvent être : la coopération scientifique et technologique avec les institutions locales et l'échange d'informations, la concession de bourses d'études, la consolidation des structures de recherche locale, l'étude des maladies locales, la formation de *joint ventures* pour la création des fondations technologiques. »

Dans le cas d'un médicament, le simple passage d'une phase de tests à l'autre est suffisant pour générer sur les marchés financiers une perspective de profits et donc la montée en bourse du prix des actions de l'entreprise. Ce gain est compensé par le paiement des bénéfices aux fournisseurs du matériel génétique. L'autre possibilité de prévision légale est le lien entre les bénéfices monétaires et la qualité de la prestation fournie, ce qui peut varier énormément, et passer de l'approvisionnement en plantes dans leur état naturel, en insectes, plantes séchées, extraits végétaux ou animaux, colonies de bactéries, aux résultats des évaluations biochimiques et génétiques faites par les instituts de recherche locaux. Selon le degré de connaissance scientifique ajoutée localement, la compensation due est plus ou moins importante.

Les bénéfices non-monétaires peuvent être le transfert de technologie, la concession de bourses d'études aux chercheurs locaux et de places pour réaliser des cours universitaires, des stages scientifiques, des études réalisées à partir du matériel biologique objet du contrat et même d'autres consacrées au traitement des maladies locales, **la division des droits moraux de propriété intellectuelle, Que voulez-vous dire ?** **telles comme le droit d'être cité comme co-inventeur de recherches, d'apparaître dans les publications.**

Dans le projet du Costa Rica, il y a obligation de destiner une partie des ressources à la conservation de la région d'origine des ressources génétiques. L'intéressé doit remettre jusqu'à 10% des ressources destinées à l'investigation et jusqu'à 50% des profits à la région protégée. La fixation de la somme exacte est faite par la commission qui évalue les propositions d'accès. Dans le projet colombien, il est aussi stipulé que le gouvernement colombien aura accès, sans restrictions, à toute information produite par la recherche sur les ressources biologiques. Ce qui représente aussi bien une forme de transfert de technologie que

de contrôle sur l'effectivité des contre-prestations. Dans la norme indienne, on prévoit la création d'un fonds pour la conservation de la diversité biologique et des connaissances traditionnelles, mais ce ne sont que des expressions abstraites qui ne lient la norme à aucune obligation concrète.

“Projet de loi du Costa Rica

Article 77. Règles générales pour l'accès. Au-delà des conditions signalées par les articles précédents, l'Office technique doit établir, en conformité avec les normes générales établies par la CONAGEBIO, **que l'intéressé doit verser jusqu'à 10% du budget financier destiné au projet, pour soutenir la recherche locale et jusqu'à 50% des profits, en faveur du domaine protégé, le territoire indigène, ou en faveur du propriétaire privé fournisseur des ressources...**”

V) Le partage des bénéfices avec les autres parties intéressées

Les normes peuvent fixer le partage des bénéfices avec les communautés locales ou garder ce partage pour une analyse cas par cas, faite par la commission nationale. La dernière option est la plus fréquente, étant donné la diversité des possibilités contractuelles (normes et projets de normes du Brésil, du Costa Rica, des Philippines ou de Colombie). L'Organisation pour l'unité africaine prévoit un droit des communautés locales les autorisant à recevoir 50% des bénéfices, indépendamment des caractéristiques du contrat. La loi indienne, au contraire, ne prévoit même pas la participation des communautés locales, si bien que cette participation ne peut être établie que par le contrat.

Les normes latino-américaines prévoient une « participation équitable ». La définition de l'équitable peut provoquer des controverses entre les communautés locales, les propriétaires privés, les populations indigènes et le gouvernement. Le pouvoir de veto de ces personnes morales et le pouvoir décisionnel du gouvernement vont certainement jouer un rôle important dans les processus de négociation du contrat.

VI) La participation des femmes

Etant donné l'inégalité de genre encore présente partout, mais surtout dans les pays les moins développés, l'existence des normes destinées à promouvoir la participation égalitaire entre les hommes et les femmes est souhaitable. Cette participation peut être stimulée par les lois sur l'accès aux ressources génétiques qui exigeront la présence de règles explicites définissant la façon dont sera garantie aux femmes une participation équitable à la réalisation

des activités et surtout aux bénéfiques contractuels. La plupart des normes ne disent rien sur ce sujet. D'autres, comme le projet de l'Organisation pour l'unité africaine et le projet de Madagascar font référence à la participation des femmes, sans établir de règles strictes permettant de l'assurer concrètement.

« Legislation modèle de l'Organisation pour l'Unité Africaine

5. 1. Tout accès aux ressources biologiques, connaissances ou technologies des communautés locales devra être soumis au consentement informé préalable de :

i. l'Etat ; ainsi que

ii. des communautés locales concernées, **en vérifiant que les femmes sont aussi impliquées dans la prise de décision.**

19. Tout accès à une ressource biologique, une innovation, pratique, connaissance ou technologie devra être soumis au consentement informé préalable (CIP) de la ou des communautés concernées, avec la participation entière et égale des femmes dans la prise de décision. »

VII) Les instruments de contrôle

Deux types de contrôle sont prévus : le contrôle des activités du prospecteur et le contrôle de l'élaboration et de l'exécution du contrat. Le contrôle des activités a pour objectif de vérifier si l'entreprise ou l'institut de recherche fait seulement ce qui a été prédéterminé, sans aller au-delà, comme par exemple dépasser le nombre d'échantillons fixés, faire de la recherche sur des maladies ou des produits non pré-déterminés, réaliser la bioprospection hors des domaines prévus. Dans certains cas, comme dans les contrats établis par les Etats-Unis dans les unités de conservation *in situ*, il est plus facile de réaliser ce contrôle et les parcs eux-mêmes peuvent le faire sans dépasser de manière importante leurs activités classiques de contrôle. Dans d'autres cas, comme la bioprospection en forêt, la mobilisation d'un ou de plusieurs chercheurs est nécessaire pour contrôler les activités.

Certaines normes, - Australie, Suisse, Brésil-, disposent qu'une institution de recherche nationale doit obligatoirement participer au contrat. La coopération avec l'institution nationale a un double objectif : d'abord intégrer l'institution dans la recherche, tout en promouvant le transfert de technologie ; ensuite rendre possible le contrôle, étant donné que l'institution nationale ira accompagner les recherches pendant toute leur durée, depuis la prise des échantillons jusqu'au dépôt des brevets et à la commercialisation. D'autres normes plus rigides, demandent que l'institution de recherche nationale soit l'institution principale, partie prenante au contrat, avec un pouvoir décisionnel supérieur à celui de

l'institution étrangère (norme fédérale en vigueur au Brésil). En Colombie, le projet de loi exige que les étrangers intéressés incluent obligatoirement un nombre équitable de chercheurs colombiens dans l'équipe de travail. Ces chercheurs sont choisis par une institution nationale qui sera aussi partie contractante.

Certains pays, qui n'ont qu'une structure de recherche nationale réduite ne peuvent pas se permettre d'imposer une telle participation, c'est le cas des normes établies en Afrique du Sud et au Costa Rica, qui se sont tus sur le sujet.

Le contrôle du contrat est lié de façon étroite au contrôle des activités, mais il vise surtout le contrôle des paiements, la vérification des brevets déposés et concédés et l'action en justice si une des parties n'a pas honoré ses obligations. Etant donné que les communautés locales ou les populations indigènes n'ont pas les moyens de vérifier l'exécution du contrat et ne peuvent l'exiger en justice, surtout devant des instances étrangères, cette disposition légale est importante. En Inde, le contrôle est assuré par l'Autorité nationale. Elle a le pouvoir d'autoriser ou de refuser la commercialisation, le dépôt de demandes et de l'utilisation de brevets et de prendre les initiatives nécessaires pour demander l'annulation de brevets concédés dans d'autres pays en méconnaissance du droit indien. Le contrôle de la brevetabilité en Inde est faite pendant le processus de brevetabilité. Après l'avis favorable de l'organe public qui concède le brevet em Inde, mais avant la concession finale, il faut une autorisation de l'Autorité nationale.

Au Brésil, la participation du Ministère public est une solution intéressante, puisque le parquet a déjà parmi ses attributions l'obligation de préserver les droits des populations indigènes. Dans ce cas, le représentant du Ministère public bénéficie de moyens lui permettant d'intenter des actions civiles, pénales ou administratives contre les personnes en situation d'irrégularité, qu'elles soient dans le pays ou à l'extérieur.

VIII) Le pouvoir de décision sur l'octroi de l'accès aux ressources

Je verrais ici un premier paragraphe sur la plus ou moins grande centralisation de la décision publique (Etats, régions). Non, car ce n'est pas le sujet de cette partie, je le vois comme hors sujet.

Le pouvoir de décision peut être plus ou moins largement partagé entre les différents acteurs non étatiques, communautés locales, peuples autochtones, propriétaires de terres, milieux scientifiques, etc. C'est un élément important, qui varie selon les pays : les

négociations portant sur l'approbation ou le refus d'une activité liée à l'accès aux ressources génétiques peuvent être entre les mains de l'Etat, qui agit par l'intermédiaire d'un organe de l'administration publique, généralement une commission ad hoc ou menées avec les autres acteurs concernés. L'Inde, le Brésil, le Costa Rica ont donné tout le contrôle de l'accès aux ressources génétiques au gouvernement. Les pays africains, ont accordé une capacité de choix aux communautés locales. Les Etats-Unis n'ont pas de commission nationale, mais la compétence correspondant à l'élaboration des contrats revient aux parcs nationaux, et reste donc toujours dans le domaine de l'administration publique.

Quand le pouvoir est concentré au niveau du gouvernement, on prévoit la création d'une commission (ou d'un comité ou encore d'une autorité) nationale pour analyser cas par cas les demandes d'accès. Les commissions brésiliennes et indiennes ont un droit de veto sur toute activité de bioprospection. Ce sont elles qui décident si les clauses contractuelles sont suffisantes ou s'il faut des clauses nouvelles. Dans certains cas, c'est la commission elle-même qui est partie au contrat et négocie directement avec l'entreprise ou l'institution de recherche. Selon certaines lois, les populations locales ne peuvent même pas s'opposer à l'accès, alors que les ressources biologiques font partie de leur utilisation courante. Le pouvoir de veto sur un contrat est un point important qui manifeste le respect qu'a ou non le gouvernement du pouvoir décisionnel des communautés²¹.

Il est intéressant de remarquer que certains pays, comme l'Australie échappent au modèle présenté et ne prévoient pas la formation d'une commission nationale, si bien que, dans certains cas, la participation du ministère de l'environnement est nécessaire. D'autres normes, comme les guides de bonne conduite de la Suisse prévoient des commissions mais leur attribuent d'autres compétences, comme la résolution des conflits entre les parties.

Le niveau de concentration du pouvoir de décision se marque aussi bien dans les compétences attribuées à cette commission que dans sa composition. Certaines commissions comprennent des représentants des communautés locales, des peuples indigènes, des instituts de recherche, de la société civile, d'autres n'ont que des représentants du gouvernement lui-même, les différentes sphères de l'administration étant parfois représentées.

Au Brésil, la norme fédérale en vigueur fournit un exemple de commission composée exclusivement de représentants du gouvernement. Le projet de Loi du Sénat est en revanche un exemple de commission mixte : y participent des représentants du gouvernement fédéral,

²¹ La norme brésilienne garantit à la Commission le droit de réaliser le contrat, s'il y va de l'intérêt public, même si les communautés locales ou les peuples autochtones s'y opposent.

des Etats, du District Fédéral ; de la communauté scientifique, des populations traditionnelles ou locales, des peuples indigènes, des organisations non-gouvernementales, des entreprises privées ; la moitié des membre vient des pouvoirs publics, l'autre moitié d'entités non publiques. La loi indienne a créé une commission nationale avec cinq spécialistes en diversité biologique et en connaissances traditionnelles, mais il n'y a aucune référence à la participation des représentants des peuples autochtones et communautés locales. Les lois des Etats de l'Amapá et de l'Acre, et du Sénat au Brésil et le projet de loi de Costa Rica²² prévoient aussi la création d'une commission mixte.

« **Projet du Sénat Brésilien**

Art. 5. Pour assurer les dispositifs de cette loi, le Gouvernement doit

I – créer une commission **composée de représentants du Gouvernement fédéral**, des gouvernements des Etats-membres de l'Union, du District fédéral, de la **communauté scientifique, des organisations non-gouvernementales** et des **entreprises privées**, avec l'objectif de coordonner, évaluer et assurer le développement des activités de préservation de la diversité et de l'intégrité du patrimoine génétique national ».

Le projet de loi de l'Organisation pour l'unité africaine prévoit également l'établissement d'une coordination nationale, composée de représentants du gouvernement, des organisations scientifiques et professionnelles, des organisations non-gouvernementales et des communautés locales. Mais cette commission ne supprime pas la valeur du consentement ni le degré de participation attribué aux communautés locales dans les contrats. De même, le projet de Madagascar, prévoit que chaque Ministère compétent doit autoriser ou non l'accès, après avoir obtenu le consentement des communautés, (« [le ministère de l']*agriculture pour les variétés végétales ou les races animales domestiquées, environnement ou Eaux et Forêts pour les ressources sauvages, culture pour les œuvres artistiques et artisanales* »²³).

Conclusions

La régulation de l'accès aux ressources génétiques est faite aussi bien par le droit international que par les droits nationaux. Les normes de droit international sont plutôt hétérogènes, suivant des logiques distinctes. Les normes de droit national suivent une logique **similaire, dérivée de la Convention sur la diversité biologique Etes vous sûr : elles s'inspirent**

²² Projet de la Sous-commission législative mixte de l'environnement. Rédaction d'un texte substitutif au projet de loi sur la biodiversité.

²³ Hermitte, Marie-Angèle. Commentaires sur le Projet de Loi de la Biodiversité de Madagascar

au contraire plus ou moins des différentes idées émises dans l'espace international, ce que permet la rédaction floue de la CDB . Oui, je le pense, car la CDB est antérieure aux normes nationales, qui suivent une logique inspiré des autres normes internationales et des textes présenté par les ONG et au Secrétariat de la CDB.

Les lois nationales sur l'accès aux ressources se multiplient et la discussion s'accroît, surtout au niveau du droit international de l'environnement, comme dans le droit international économique, au sein de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et de l'Organisation mondiale du Commerce. Si le débat est en expansion, le nombre de contrats effectués et de législations approuvées est encore insuffisant pour promouvoir le développement durable ou même le contrôle effectif d'une partie importante des ressources génétiques utilisées.

DISCUSSION

Carine Pionetti

Comment les processus d'élaboration des lois conduisent à ce qu'un législateur accorde ou n'accorde pas une place importante à tel ou tel point, par exemple les droits du propriétaire ou la participation des femmes, éléments sur lesquels les diverses législations donnent des solutions très différentes les unes des autres ?

Marcelo Varella

En Inde, le législateur s'est contenté du principe général de la constitution – l'égalité en droit entre les hommes et les femmes-. D'autres législations prévoient la participation particulière des femmes mais sans l'organiser. Ce point est généralement renvoyé au cas par cas et au contrat, ce qui est insuffisant. Il serait préférable de donner les grandes lignes de la procédure qui permet de les associer.

Carine Pionetti

Ce n'est pas inutile. D'après mon expérience en Inde, si l'on arrive dans un village sans précision particulière, on rencontre des hommes. J'ai donc appris progressivement à dire d'emblée que je venais rencontrer des agricultrices. C'est vrai aussi pour les meetings.

Marie-Angèle Hermitte

Je me souviens que, dans la conférence de citoyens qui a eu lieu en Inde sur l'agriculture et les OGM –et dont vous avez présenté le film lors qu'un colloque-, il y avait pas mal de femmes qui semblaient tenir leur rôle sans problème.

Carine Pionetti

Il y avait treize femmes et six hommes parce que les organisateurs de la conférence connaissaient le problème et avaient donc voulu cette disproportion apparente qui tient compte du rôle particulier des femmes dans la gestion des semences en Inde (70% des travaux agricoles en Inde sont réalisés par les femmes). Après, elles ont effectivement tout à fait les capacités de s'exprimer.

Marie-Angèle Hermitte

Sur la question des propriétaires privés, je signale que le problème est effectivement important et je l'avais signalé dans le premier rapport que j'avais fait pour Madagascar. Mais les solutions, quand on entre dans le détail, compliquent assez considérablement le schéma si l'on veut tenir compte de toutes les situations. Une prospection peut en effet porter sur un ensemble de terres dont le régime juridique est divers, et d'ailleurs parfois incertain, parcs naturels, vallées villageoises comprenant de nombreux villages avec des terres privées de petits paysans ou de grands latifundistes, des terres collectives, des forêts qui peuvent être la propriété de l'Etat ou pas, etc. ... Il a donc été jugé préférable de ne pas entrer dans cette difficulté, ce que pour ma part je déplore puisque Marcelo a bien montré dans son rapport que cela pouvait donner à tous ces titulaires de droits la possibilité d'ester en justice en bloquant une prospection. Il est préférable que les droits de chacun soient clairement fixés.

Claudine Ramiarision

Le choix de ne pas en parler a surtout été dicté par le fait que la plupart des demandes de prospections portent sur des zones de forêts qui sont le plus souvent propriété de l'Etat. Dans ce cas, l'autorisation de la commission nationale suffit, même si la loi prévoit de prendre l'avis des communautés villageoises concernées par le projet.

Aenza Konate

Quel est le statut des communautés locales dans ce type de contrats ? En cas de conflit sur l'exécution du contrat, qui aura le pouvoir d'agir au nom de la communauté locale ?

Marcelo Varella

Sur la première question, il y a deux possibilités. Soit elles participent comme parties au contrat, principal ou connexe, soit elles ne participent pas du tout, mais reçoivent du gouvernement la contre-prestation, la compensation monétaire ou non monétaire qui a été prévue. Lorsqu'elles ne parlent pas la langue du pays, lorsqu'elles n'ont pas vraiment de représentants, elles ne participent pas au contrat. Mais l'Etat reçoit l'argent et redistribue une partie aux communautés en fonction de son analyse au cas par cas. En revanche, le propriétaire du terrain, s'il ne participe pas au contrat, il ne reçoit pas l'argent.

Sur la seconde question, il y a plusieurs possibilités. Dans certains cas, il n'y a pas de possibilité de recours, dans d'autres cas c'est un représentant de l'Etat qui assure le contrôle de l'exécution du contrat, on voit mal en fait les communautés pouvoir agir en justice de manière efficace pour contrôler de telles opérations.

Alejandro Gamboa

Manque d'enregistrement ????. L'article 27-3 b parle de protection sui generis pour des variétés végétales distinctes, homogènes et stables, résultats d'une recherche. Pour ne pas focaliser sur un seul système, l'ADPIC est ouvert à d'autres systèmes. Ici, vous nous parlez de l'accès aux ressources pour protéger ces ressources, mais pas de la variété même, même si elles sont contenues dans une variété. Donc, pour la protection des ressources, on est en dehors de l'article 27-3 b. J'ai donc quelques questions.

Que se passera-t-il si ces lois sur l'accès restreignent de manière excessive l'accès aux ressources ? Ne peut-on craindre que les prospecteurs aillent dans un pays n'ayant pas ce type de loi ? Que pensez-vous d'une obligation « morale et politique » des pays qui se préoccupent de cette question de l'accès de l'idée de créer une loi type de manière à avoir une harmonisation des obligations des prospecteurs ?

Comment éviter la biopiraterie, c'est à dire le fait de dépasser le territoire prévu ou les ressources prévues. Il est possible en effet de trouver autre chose que ce qui était prévu.

Comment faire pour que le contrat soit exécuté de bonne foi ?

L'autre question concerne les obligations que la décision 391 du Pacte Andin sur l'accès aux ressources biologiques. Il est prévu que le prospecteur informe les autorités lors de la demande d'un brevet quand ils ont obtenu un résultat. L'obligation d'informer est-elle limitée au territoire du pays où le contrat a été signé et la prospection réalisée ? Quelles seraient les conséquences au niveau international, de clauses pénales en cas d'inexécution de ces obligations ; en d'autres termes, pourrait-on à travers un contrat, privé, local, prévoir l'extension de cette obligation pour tout brevet demandé à l'étranger ?

En cas de mise sur le marché d'un produit, comment déterminer un partage équitable des bénéfices entre les différents acteurs, l'industriel, l'Etat fournisseur, la communauté concernée. On ne doit pas oublier que les ressources biologiques appartiennent en même temps aux communautés et à tout le pays.

Comment éviter qu'une entreprise privée étrangère ne tire des ressources prospectées un produit de synthèse et ne se contente du produit de synthèse pour développer sa recherche afin d'éviter le partage des bénéfices ?

M.Varela

Je vais peut-être continuer à rêver, mais vous avez l'occasion de résoudre toutes ces questions dans le cadre de la révision de l'OMC !

La CDB est ratifiée par presque tous les pays du monde et c'est un traité obligatoire. En théorie, le consentement préalable informé vaut pour tous les pays. Cela n'empêche pas les pays d'interpréter différemment et peut donc inciter, c'est vrai, les entreprises à aller voir ailleurs. Mais on voit beaucoup d'entreprises choisir pour leurs stratégies de marketing de mettre en avant de tels contrats. Monsanto utilise un contrat au Venezuela, Novartis utilise plusieurs contrats, en Chine par exemple. Tous les pays du Pacte Andin ont des bioprospections alors que le Brésil qui n'en fait pas partie, a l'essentiel de la forêt amazonienne et n'a pas de norme, n'a pas d'opération en cours. Donc les entreprises ne cherchent pas forcément l'absence de loi.

Concernant une loi type, ce serait bien au niveau de l'OMC car ce serait contraignant.

Concernant l'obligation d'indiquer dans le brevet l'origine de la ressource, c'est déjà aujourd'hui une pratique largement suivie (on parle de 60% des brevets). Mais le demandeur peut, c'est vrai, mentir sur l'origine ou la taire. Les examinateurs n'ont pas la capacité de vérifier. Dans certaines lois, comme l'Inde, le prospecteur doit obtenir l'autorisation de prospecter puis l'autorisation de breveter. Elles sont autonomes l'une de l'autre. Si c'est limité au pays c'est peu efficace en principe. Mais tout de même, le pays en question peut alors ne pas reconnaître le brevet. S'il a la capacité de produire, c'est ennuyeux pour le titulaire du brevet –on en a l'expérience avec les médicaments contre le sida. Ce serait intéressant que l'OMC assure la reconnaissance internationale de ce système.

Qu'est-ce que le partage équitable ? Equitable n'est pas égal. Mais pour l'instant, il y a deux visions opposées. Les communautés ou les Etats du Sud insistent sur l'importance de la ressource sans laquelle rien ne peut être fait, les entreprises sur les sommes considérables qu'ils investissent pour mener à bien la recherche.

La question du produit de synthèse ne me semble pas poser de problème car c'est un produit dérivé de la ressource et, en tant que tel, cela implique la compensation du fournisseur de la ressource.

Alain Pottage

Quelle est la position des peuples indigènes et de leurs représentants sur les textes de lois que vous avez étudiés ? Pour préciser la question à partir de l'expérience australienne : pendant que le gouvernement australien produit les textes en conformité avec les conventions internationales comme vous l'avez décrit, certains représentants de communautés aborigènes ont dit qu'ils ne voulaient pas participer du tout à de telles prospections. Il y a un refus total de l'aboriginal land councils pour toute collaboration avec les entreprises. Lors d'un récent

colloque à Cambridge, les anthropologues anglophones se plaignent de l'impossibilité de monter un colloque d'anthropologie car les Aborigènes refusent toute collaboration. Y a-t-il des tendances semblables au Brésil ?

Marcelo Varella

Au Brésil, la loi laisse peu de place à l'avis des peuples autochtones. Par exemple, rien n'oblige le gouvernement à prendre en compte un refus de breveter de leur part. Au contraire, le projet de loi du Sénat laisse le dernier mot aux communautés locales parce son instigatrice est issue d'une communauté. Bref, les associations de peuples autochtones, aussi bien que les ONG en leur défense sont contraires à la norme en vigueur, mais favorable au projet du Sénat. J'ai n'a pas d'informations sur la position des autres communauté autochtones sur les normes en différents pays.

Claudine Ramiarison

Nous avons une certaine expérience des communautés locales à Madagascar, avec une loi de 1996, la Gelose (gestion locale sécurisée) qui consiste en un transfert de la gestion des ressources naturelles, généralement de la forêt, de l'Etat vers les communautés locales, avec une sécurisation foncière en faveur des communautés. L'Etat reste propriétaire de la terre, mais on donne aux communautés des droits d'usage. Les contrats sont passés entre le ministère des Eaux et Forêts, les communautés locales dites de base (qui sont l'unité reconnue par la loi) et un opérateur privé. En l'état actuel des choses il n'y a pas de conflit et les communautés interviennent uniquement au niveau de la collecte et du contrôle des produits prélevés sur leur territoire.

Fleurette

Un produit de synthèse provient d'une plante, mais cela ne veut pas du tout dire qu'il y aura un retour. D'ailleurs les laboratoires cherchent des plantes proches dans des contrées où il n'est pas nécessaire de prévoir ce type de retour.

Marcelo Varella

Disons qu'en droit, cela ne pose pas de problème, c'est un problème de contrôle.