

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

**Le régime international
de l'accès aux ressources
génétiques au prisme de l'entrée
en vigueur du Protocole de
Nagoya**

**International regime on access
to genetic resources in view
of the entry into force of the
Nagoya Protocol**

Rodolpho Zahluth Bastos

Otávio Canto

Karine Galy

Isabelle Vestris

Sumário

CRÔNICAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	3
Gustavo Ferreira Ribeiro, Inez Lopes Matos Carneiro de Farias, Nadia de Araujo e Marcelo De Nardi	
EDITORIAL	22
Márcia Dieguez Leuzinger e Solange Teles da Silva	
IMPROVING THE EFFECTIVENESS OF LEGAL ARRANGEMENTS TO PROTECT BIODIVERSITY: AUSTRALIA AND BRAZIL	25
Paul Martin, Márcia Dieguez Leuzinger e Solange Teles da Silva	
O RECONHECIMENTO DA DIGNIDADE DOS ELEMENTOS DA BIODIVERSIDADE COM BASE NO DIÁLOGO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	39
Augusto César Leite de Resende	
O REGIME INTERNACIONAL DO CLIMA E A PROTEÇÃO AOS “REFUGIADOS CLIMÁTICOS”: QUAIS DESAFIOS DA COP 21?	53
Ana Carolina Barbosa Pereira Matos e Tarin Cristino Frota Mont’Alverne	
A ANÁLISE DO MECANISMO REDD+ COM VISTAS À MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS E À PROTEÇÃO DA DIVERSIDADE BIOLÓGICA FLORESTAL	76
Diogo Andreola Serraglio e Heline Sivini Ferreira	
ECOLABELS DE EFICIÊNCIA ENERGÉTICA E SUA CONSISTÊNCIA COM A DISCIPLINA DOS PPM’S E PROVISÕES DOS ACORDOS GATT E TBT	94
Cristiane Derani e Arthur Rodrigues Dalmarco	
ANÁLISIS DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE PROTECCIÓN DE LOS RECURSOS GENÉTICOS: DESAFIOS Y PERSPECTIVAS EN URUGUAY A PARTIR DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROTOCOLO DE NAGOYA	115
Alina Celi	

LE RÉGIME INTERNATIONAL DE L'ACCÈS AUX RESSOURCES GÉNÉTIQUES AU PRISME DE L'ENTRÉE EN VIGUEUR DU PROTOCOLE DE NAGOYA	131
Rodolpho Zahluth Bastos, Otávio Canto, Karine Galy e Isabelle Vestris	
KILLING THE GREEN GOOSE: LEGAL LIMITS TO DEVELOP AND SELL BIODIVERSITY GOODS	146
José Augusto Fontoura Costa e Liziane Paixão Silva Oliveira	
VÍNCULO SUBSTANCIAL E AS BANDEIRAS DE CONVENIÊNCIA: CONSEQUÊNCIAS AMBIENTAIS DECORRENTES DOS NAVIOS COM REGISTROS ABERTOS	160
Marcos Edmar Ramos Alvares da Silva e André de Paiva Toledo	
ANÁLISE DE CONTRATOS PÚBLICOS SOCIOAMBIENTAIS NO CENÁRIO PORTUGUÊS DE CRISE ECONÔMICA	179
Alice Rocha da Silva e Matheus Passos Silva	
A ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DE COOPERAÇÃO AMAZÔNICA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS RAZÕES POR TRÁS DA SUA CRIAÇÃO E EVOLUÇÃO	219
Paulo Henrique Faria Nunes	
O USO DE EXPERTS EM CONTROVÉRSIAS AMBIENTAIS PERANTE A CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA	245
Lucas Carlos Lima	
OS VIESES DA BIODIVERSIDADE APRESENTADOS PELO CASO DO PARQUE EÓLICO DE BALD HILLS	261
Natália Zampieri e Mariana Cabral	
MINING CBD	275
Claire Lajaunie e Pierre Mazzega	
BIOTECNOLOGIA MODERNA, DIREITO E O PENSAMENTO ABISSAL.....	292
Reichardt, F.V., Garavello, M. E. P. E., Molina, S.M.G. e Ballester, M. V. R.	
COMMUNITY CORE VALUES COMO PARÂMETRO DE EFETIVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DA PARTICIPAÇÃO POPULAR EM INSTRUMENTOS DE CONTROLE DE PROJETO ATIVIDADE DE ALTA COMPLEXIDADE AMBIENTAL.....	314
Michelle Lucas Cardoso Balbino	

DISCUSSÕES BIOTECNOLÓGICAS QUANTO AOS ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS NO ÂMBITO DA OMC: DO CONTENCIOSO AO ACORDO DE VONTADES ENTRE ARGENTINA E UNIÃO EUROPEIA	345
Gustavo Paschoal Oliveira	
O TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP AGREEMENT E SEUS POTENCIAIS IMPACTOS PARA A REGULAÇÃO DA BIODIVERSIDADE NO ÂMBITO TRANSNACIONAL.....	375
Mariana Yante Barrêto Pereira	
AS ÁREAS PROTEGIDAS TRANSFRONTEIRIÇAS: REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DE UM USO GEOPOLÍTICO DO DIREITO DA BIODIVERSIDADE.....	391
Rabah Belaidi	
O QUE O CASO ESTADOS UNIDOS vs. TEXAS NOS DIRÁ SOBRE O DIREITO DE IMIGRAÇÃO NOS ESTADOS UNIDOS?	409
Danielle Anne Pamplona	
CLÓVIS BEVILÁQUA E A JUSTIÇA INTERNACIONAL: ENTRE O SIM E O NÃO A RUI BARBOSA.....	422
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo	
POSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DE ATRIBUIÇÃO PARA A CELEBRAÇÃO DE TRATADOS PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: ANÁLISE DO ARTIGO 84, VIII C/C PARÁGRAFO ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	444
Luciano Monti Favaro e Héctor Valverde Santana	
DIGNITY, UBUNTU, HUMANITY AND AUTONOMOUS WEAPON SYSTEMS (AWS) DEBATE: AN AFRICAN PERSPECTIVE	460
Thompson Chengeta	
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O DIREITO TRANSNACIONAL: ENTRE A UNIFICAÇÃO E A ANARQUIA.....	503
André De Carvalho Ramos	
A ILUSÓRIA AUSÊNCIA DO TERMO DÉPEÇAGE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA DE CONTRATOS INTERNACIONAIS	522
Gustavo Ferreira Ribeiro	

O EFEITO DIRETO DAS DIRETIVAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	535
Lucas Fonseca e Melo e José Levi Mello do Amaral Júnior	
DA APLICABILIDADE DO BULK FACTORING AOS GRUPOS DE SOCIEDADES	565
Daniel Amin Ferraz e Leonardo Arêba Pinto	
A QUESTÃO HERMENÊUTICA NO DIREITO DAS GENTES	580
Inocência Mártires Coelho	

Le régime international de l'accès aux ressources génétiques au prisme de l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya*

International regime on access to genetic resources in view of the entry into force of the Nagoya Protocol

Rodolpho Zahluth Bastos**

Otávio Canto***

Karine Galy****

Isabelle Vestris*****

RÉSUMÉ

Cet article vise à analyser les enjeux de la mise en œuvre du régime international d'accès et partage des avantages (APA) jusqu'au moment de l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya en octobre 2014, dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique (CDB). Il s'agit d'abord de faire un bilan des mesures législatives nationales et régionales prises en matière d'APA de sorte à présenter un état des lieux de ces mesures lors de l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya. Nous essayons ensuite d'identifier les lacunes du cadre normatif international régissant l'APA pour prendre la mesure de l'importance du Protocole de Nagoya, dont le but est d'assurer la mise en œuvre d'un régime international sur l'APA qui soit à la fois contraignant et efficace. On conclut que l'avenir du Protocole passe par l'engagement des États à œuvrer pour la bonne gouvernance des ressources génétiques, que ce soit par le biais de mécanismes de coopération ou encore par la voie d'une harmonisation progressive des législations nationales et des contrats sur l'APA.

Mots-clés: Biodiversité. Convention sur la diversité biologique. Accès et partage des avantages. Mesures législatives. Protocole de Nagoya.

ABSTRACT

The paper aims to analyze the international regime on access and benefit sharing (ABS) challenges in its implementation until the entry into force of the Nagoya Protocol in October 2014 upon Convention on Biological Diversity (CBD) framework. Firstly, we assess national and regional actions on ABS and explain the status of these actions at the time of the Nagoya Protocol started. Then, we attempt to identify gaps in the ABS international regulatory framework in order to have ideas about the CBD implemen-

* Recebido em 30/04/2016
Aprovado em 04/07/2016

** Doutor em Geopolítica pela Universidade de Paris 8. É professor do Núcleo de Meio Ambiente (NUMA) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Membro do Programa de Pós-Graduação em Gestão de Recursos Naturais e Desenvolvimento Local na Amazônia (PPGEDAM/NUMA/UFPA). Co-coordenador da rede Jonction Amazonian Biodiversity Units Research Networking Program (JAMBU-RNP). E-mail: rzb@ufpa.br.

*** Geógrafo, Doutor em Desenvolvimento Rural pela Universidade É professor do Núcleo de Meio Ambiente (NUMA) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Docente do Programa de Pós-Graduação em Gestão de Recursos Naturais e Desenvolvimento Local na Amazônia (PPGEDAM, NUMA/UFPA). Membro da rede JAMBU-RNP. Email: docanto@ufpa.br.

**** Université des Antilles. Centre de Recherche sur les Pouvoirs Locaux dans la Caraïbe (CRPLC, Pôle Martinique). Email: Karine.Galy@martinique.univ-ag.fr.

***** Université des Antilles. Centre de Recherche sur les Pouvoirs Locaux dans la Caraïbe (CRPLC, Pôle Martinique). Email: Isabelle.Vestris@martinique.univ-ag.fr.

tation barriers. It is highlighted the importance of the challenges that surround Nagoya Protocol that aims to ensure the implementation of an international regime on ABS which intends to be at same time binding and effective. We conclude that Protocol future requires States commitment to work in favour of genetic resources good governance from implementation of cooperation mechanisms. It should not only work on regulation and control; on the contrary it should encourage a relative harmonization of national laws and ABS agreements.

Keywords: Biodiversity. Convention on Biological Diversity. Access and benefit sharing. Legislative measures. Nagoya Protocol.

1. INTRODUCTION

La protection de la diversité biologique constitue l'un des défis les plus importants et complexes auquel la communauté internationale est aujourd'hui confrontée. La diversité biologique – ou biodiversité – est le terme qui désigne toutes les formes de la vie sur Terre et les caractéristiques naturelles qu'elle présente¹. Cette richesse essentielle à la vie sur la planète est néanmoins gravement menacée : la perte de diversité biologique est, en effet, de plus en plus manifeste au cours du dernier demi-siècle². L'impact des activités économiques sur l'environnement, la surexploitation des ressources biologiques, la disparition des espèces, sont quelques-uns des facteurs qui interpellent. Depuis la fin du XXe siècle, la prise en compte de la biodiversité est, de ce fait, un problème environnemental majeur.

La Convention sur la diversité biologique (CDB), signée à Rio en 1992 lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (CNUED), est la réponse de la communauté internationale à la crise de la biodiversité. Il s'agit d'un accord

global sur l'environnement très largement accepté. Plus de 150 gouvernements ont, en effet, signé le texte présenté à la Conférence de Rio, et le nombre des Parties qui l'ont ratifié s'élève à 196, ce qui correspond à une participation quasi universelle des États³.

La CDB, entrée en vigueur le 29 décembre 1993, est le premier des accords relatifs à la protection de l'environnement en vigueur, à couvrir tous les aspects de la diversité biologique (ressources génétiques, espèces et écosystèmes). Cette convention est aussi présentée comme le premier accord mondial répondant simultanément aux objectifs environnementaux, sociaux et économiques du développement durable⁴. La CDB fixe trois objectifs principaux: la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques⁵.

Parmi ces objectifs, le plus audacieux et le plus controversé est sans conteste celui du partage équitable des bénéfices issus de l'utilisation des ressources génétiques. La mise en œuvre de cet objectif suppose le contrôle de l'usage de la biodiversité, notamment par l'établissement d'un mécanisme de régulation de l'accès aux ressources génétiques.

En vertu de la CDB, l'accès aux ressources génétiques s'organise donc désormais autour de quatre principes reliés entre eux :

- 1) souveraineté de l'état,
- 2) consentement préalable de l'autorité nationale compétente,
- 3) accès réglementé, mais facilité aux ressources,
- 4) partage des avantages découlant de l'exploitation des ressources fournies.

1 Biological diversity encompasses all species of plants, animals, and microorganisms and the ecosystems and ecological processes of which they are parts, in, McNEELY J. A. et al. *Conserving the world's biological diversity*. Gland, Switzerland; Washington D.C.: The International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, World Resources Institute, Conservation International, World Wildlife Fund-US and World Bank, 1990. p. 17.

2 WILSON E. O. A situação atual da diversidade biológica. In: WILSON, E. O. (Org.). *Biodiversidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 3-24.

3 195 États et l'Union européenne, en 22 mars 2016. A ce jour, seuls deux États parmi ceux qui sont reconnus par les Nations Unies n'ont pas ratifié la CDB: Saint-Siège (pour tant non-membre des Nations Unies) et États-Unis d'Amérique. Au niveau international, le seul accord sur l'environnement d'autant plus largement ratifié est le Protocole de Montréal sur les substances qui appauvrissent la couche d'ozone (1987), avec 197 ratifications.

4 LE PRESTRE, P. The convention on biological diversity: negotiating the turn to effective implementation. *ISUMA*, p. 92-98, fall/automne, 2002. p. 93. Disponible en: <www.cbd.int/doc/articles/2002/-a-00319.pdf>. Consulté le: 18 avr. 2016.

5 Comme l'indique l'article premier de la CDB.

Le régime fondé sur ces quatre principes est désigné par le terme « accès et partage des avantages », abrégé sous l'acronyme APA⁶.

Dans le but d'atteindre l'objectif de partage juste et équitable des avantages, la CDB reconnaît la souveraineté des États sur les ressources génétiques originaires de leurs territoires et, à ce titre, confère aux gouvernements le pouvoir de déterminer les modalités d'accès à ces ressources par le biais de lois et de politiques nationales.

Selon la Convention, c'est donc à l'État qu'il revient de définir les règles (législations nationales) et les autorisations publiques (octroi d'un consentement en connaissance de cause préalable à l'accès) relatives à l'échange de ressources génétiques. Les pays riches en biodiversité – souvent des pays en développement – pourront alors contrôler l'accès aux ressources et demander un partage des avantages découlant de leur exploitation. S'agissant de la conservation de la biodiversité, on considère que dans la mesure où ces pays bénéficient de l'utilisation des ressources génétiques, plus forte sera la volonté politique de les conserver. La CDB part ainsi du postulat selon lequel la mise en valeur économique des ressources génétiques encouragerait les pays détenant une méga biodiversité à en assurer la conservation.

S'inspirant de cette logique, depuis l'entrée en vigueur de la Convention, plusieurs pays ont promulgué des législations nationales définissant des modalités d'accès aux ressources génétiques et de partage des avantages, autrement dit ces États ont établi des régimes nationaux d'APA encadrant la bioprospection et garantissant les droits des fournisseurs de ressources génétiques. Vingt ans après l'adoption de la CDB, on constate toutefois que l'objectif de partage équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques est encore loin d'être atteint et continue de susciter des débats au niveau étatique. En effet, l'échange de ressources génétiques, tel qu'il a été prôné par la CDB, n'est pas encore devenu une réalité⁷.

6 En anglais *Access and Benefit Sharing* (ABS).

7 LOUAFI, S.; MORIN, J. F. Gouvernance internationale de la biodiversité: impliquer tous les utilisateurs de ressources génétiques. *Iddri, coll. Synthèses*, Paris, n. 4, p. 1-4 fév. 2004. Disponible: <www.iddri.org/Publications/Collections/Syntheses/sy_0401_louafi&morin_abs.pdf>. Consulté le: 18 avr. 2016. BOISVERT, V.; VIVIEN, F. D. Tiers monde et biodiversité: tristes tropiques ou

Au regard des préconisations relatives à l'APA dans la CDB (2), il s'agira d'analyser l'action des États dans l'adoption de stratégies, de politiques et de mesures législatives et réglementaires concernant l'APA (3). Nous tenterons ce faisant d'identifier les lacunes du cadre normatif, national et régional, régissant l'APA, afin d'évaluer les difficultés rencontrées dans sa mise en œuvre.

Il s'agira alors de mettre en évidence les enjeux liés à l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya, dont le but est d'assurer l'effectivité d'un régime international de l'APA qui soit à la fois contraignant et efficace (4).

2. LA RELATIVE RÉGLEMENTATION DE L'APA AU SEIN DE LA CDB

La CDB est une convention-cadre (Framework convention)⁸, dans la mesure où elle établit un cadre d'action qui prend la forme d'une série de dispositions exprimées comme des objectifs généraux plutôt que des obligations contraignantes. La CDB est de fait un traité international qui prévoit les grandes lignes en matière de protection de la biodiversité, prenant en compte à la fois sa valeur intrinsèque et les mécanismes d'appropriation de ressources génétiques. Du point de vue juridique, cette convention établit un cadre peu efficace, car, malgré la force de l'ensemble de ses principes, elle a besoin d'être transposée pour atteindre ses objectifs de façon intégrale et effective.

Il appartient donc aux États de transcrire dans leur droit interne les normes et prescriptions contenues dans la CDB, pour faire en sorte qu'elles s'imposent à leurs destinataires, personnes publiques et privées placées sous la juridiction étatique, notamment celles qui se

tropiques d'abondance? La régulation internationale des ressources génétiques mise en perspective. *Revue Tiers Monde*, n. 181, t. XLVI, p. 185-206, 2005. p. 204. BASTOS, R. Z. Géopolitique juridique de la biodiversité: le cas du régime d'accès et partage des avantages au Brésil. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011, p. 26. Disponible: <<http://www.apebfr.org/passagesdeparis/editione2011/articles.html>>. Consulté le: 18 avr. 2016.

8 Le projet initial de CDB était tourné vers une convention-parapluie (*umbrella convention*), c'est-à-dire inscrite dans une perspective de consolider une série d'autres accords internationaux sur la biodiversité déjà existants. Au cours du processus de négociation, la CDB a toutefois évolué vers une convention-cadre (*framework convention*) dont le texte établit principes et règles générales, mais ne stipule ni délais ni obligations spécifiques.

livrent à des activités d'accès aux ressources génétiques (chercheurs, industrie du vivant). C'est d'ailleurs ce qui prévoit le célèbre article 15 de la CDB⁹.

Cette réglementation de la CDB peut se faire à une triple échelle. Au niveau national d'abord, par le biais de lois internes des États parties à la Convention. La CDB désigne explicitement cette échelle de régulation pour régir l'accès aux ressources génétiques. Plusieurs pays ont élaboré des lois en la matière depuis le milieu des années 1990. Au niveau régional ensuite, l'adoption de législations-cadre sur l'APA est également envisagée au sein de la Communauté Andine des Nations (CAN) en 1996 et au sein de l'Union Africaine (UA) en 1998. Ces dispositions devront toutefois être déclinées dans les droits nationaux. Enfin, la mise en œuvre de la CDB peut se faire aussi au niveau international, soit par des normes contraignantes, par exemple sous forme de Protocoles annexés à la Convention¹⁰, soit par le biais de normes à caractère volontaire, qualifiées de droit mou (soft norm en anglais), et caractérisées par l'absence de contrainte juridique ; leur mise en œuvre dépendant du bon vouloir des acteurs concernés¹¹.

Rien n'empêche a priori que ce triple échelon normatif (national, régional et international) puisse représenter dans la pratique une sorte de complémentarité dans le cadre de mise en œuvre de la CDB, y compris en matière d'APA. Toutefois, la coordination entre ces différents cadres juridiques reste une question non résolue, et c'est en partie ce qui explique l'ouverture de négociations en 2002 pour établir un régime international sur l'APA juridiquement contraignant, dont l'un des objectifs est justement de favoriser l'intégration ou la combinaison des différents instruments juridiques sur l'APA en vigueur.

9 COMPAGNON, D. La biodiversité, entre appropriation privée, revendications de souveraineté et coopération internationale. *Développement durable et territoires*, dossier 10, 2008. Disponible : < <http://developpementdurable.revues.org/5253>>. Consulté le : 28 avr. 2016.

10 Voir CDB, articles 23, al. 4 (c) et 28. Annexes à la CDB, voir le Protocole sur la Biosécurité, adopté à Montréal le 29 janvier 2000, et le Protocole sur l'accès et partage des avantages, adopté à Nagoya le 29 octobre 2010.

11 On trouve souvent du droit mou en droit international de l'environnement. Dans le cadre de la CDB, on peut citer notamment les Lignes directrices de Bonn sur l'accès et le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques (2002), les Lignes directrices d'Alkwé: Kon relatives aux communautés traditionnelles (2004), et les Principes et directives d'Addis-Abeba pour l'utilisation durable de la diversité biologique (2004).

3. LE DÉBAT RELATIF AU MEILLEUR NIVEAU DE RÉGLEMENTATION SUR L'APA

S'agissant de l'adoption de lois nationales sur l'APA, les dispositifs de la CDB sont exprimés en tant qu'objectifs et politiques généraux – éventuellement afin que leur application soit opérée conformément aux circonstances, capacités (et intérêts) de chaque État – et non en tant qu'obligations rigides et précises¹². Il revient alors à l'État fournisseur de prendre des mesures réglementaires devant régir l'accès aux ressources génétiques sur son territoire. Or, adopter des mesures d'ordre législatif et administratif propres à donner effet au dispositif de la CDB s'est révélé après des années passées une tâche complexe.

On évoque quelques raisons pour expliquer cette situation. La première a trait au manque de capacités juridiques, techniques et de gestion des pays en développement face au besoin de se doter de législations et de structures administratives, scientifiques et de contrôle adaptées. Les juristes soulignent par exemple le problème de l'adoption de lois sommaires dans la plupart des pays fournisseurs potentiels de ressources génétiques, ce qui ne permettrait pas d'assurer le partage des avantages et de résoudre la question de la biopiraterie¹³. Une autre explication est apportée par les économistes, qui évoquent que les espoirs placés dans le commerce de ressources génétiques au début des années 1990 ont été démesurés, l'ensemble du projet de création de lois nationales sur l'APA reposant sur des attentes économiques qui ne seraient pas réalistes¹⁴. Une troisième explication considère la difficulté (ou le refus) des acteurs scientifiques et industriels de tenir compte de nouveaux principes et règles dans le cadre de leurs activités – pour les premiers, notamment au nom de la liberté de la recherche¹⁵. Une quatrième,

12 BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité*: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil. Sarrebruck: EUE, 2010. p. 54.

13 BELLIVIER, F.; NOIVILLE, C. Code de conduite et équité des échanges de ressources génétiques. *Iddri, coll. Idées pour le débat*, Paris, n. 15, 2006. p. 3.

14 BOISVERT, V.; VIVIEN, F. D. Tiers monde et biodiversité: tristes tropiques ou tropiques d'abondance? La régulation internationale des ressources génétiques mise en perspective. p. 196. BOISVERT, V.; VIVIEN, F. D. Un marché pour la biodiversité? In: AUBERTIN, C.; PINTON, F.; BOISVERT, V. (Dir.). *Les marchés pour la biodiversité*. Paris: IRD, 2007. p. 223-243. p. 235.

15 BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité*: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil. p. 55.

enfin, met l'accent sur l'incohérence du cadre international censé garantir la mise en œuvre du mécanisme d'accès et partage des avantages¹⁶. Cette dernière est très présente dans les débats relatifs à la CDB depuis le début des années 2000, portée en particulier par les pays « mégadivers »¹⁷.

En effet, les pays en développement, en particulier le groupe des pays mégadivers, contestent le fait de supporter, eux seuls, et depuis des années, les coûts de régulation du système par le biais des mesures législatives nationales sur l'APA¹⁸.

Sur le plan des négociations internationales, l'accent est alors mis sur la nécessité d'un régime international sur l'APA juridiquement contraignant qui, pour les pays fournisseurs, représente la seule façon d'impliquer les utilisateurs de ressources génétiques dans la mise en œuvre de la CDB et/ou de faire imposer à ces derniers leurs régimes nationaux d'APA.

Parallèlement, on voit apparaître depuis quelques années une multitude de codes de bonne conduite en matière de prospection biologique. Il s'agit d'une initiative volontaire, mise en avant par la communauté scientifique et industrielle, pour répondre aux défis actuels de la bioprospection tout en prenant compte des objectifs de la CDB. Selon Bastos, c'est aussi une initiative des chercheurs pour améliorer leur image et réputation face à la médiatisation de diverses affaires de biopiraterie à travers le monde¹⁹.

Ces codes de bonne conduite, qui ont des appellations diverses: principes directeurs, guidelines, lignes directrices, chartes, manuels, s'adressent à une multitude d'utilisateurs de ressources génétiques (botanis-

tes, conservateurs, chercheurs et techniciens de jardins botaniques, herbiers, musées, banques de semences, instituts de recherche, universités, entreprises). Ces codes visent à informer les scientifiques et les industriels au sujet d'un système régissant l'accès aux ressources génétiques et le partage des avantages, établi par la CDB, et à expliquer les étapes qui doivent être prises en compte lorsqu'on veut accéder à des ressources génétiques dans un but de recherche scientifique et/ou industrielle²⁰.

Afin de se prémunir des accusations de biopiraterie, les acteurs scientifiques et industriels misent en effet sur la mise en œuvre anticipée d'une réglementation volontaire de la CDB par le biais de l'adoption de codes de bonnes pratiques en matière de bioprospection. Cette démarche apparaît autant comme une action de communication que comme une tentative d'autorégulation professionnelle²¹. De ce point de vue, il s'agirait, pour ces acteurs, de réguler préalablement leurs pratiques professionnelles avant que les lois nationales ne le fassent. Dans une autre optique, les codes joueraient davantage le rôle d'un recueil d'informations visant à clarifier les formalités auxquelles il convient de satisfaire, surtout en cas de bioprospection dans des pays étrangers. Ils apparaîtraient donc comme des instruments de bonne foi et de bonne volonté dont la mise en œuvre dépend de la détermination des acteurs concernés. Ils assureraient le cas échéant, une convergence de pratiques éthiques de bioprospection, lors de recherches menées auprès de communautés traditionnelles notamment.

De toute évidence, les pays riches en biodiversité ne sont pas particulièrement favorables au développement d'un système de régulation volontaire des activités d'accès aux ressources génétiques. Pour les pays « mégadivers » en particulier, les utilisateurs (bioprospecteurs, collecteurs) doivent avant tout respecter les dispositions nationales en matière d'accès et de partage

16 LOUAFI, S.; MORIN, J. F. Gouvernance internationale de la biodiversité: impliquer tous les utilisateurs de ressources génétiques. *Iddri, col. Synthèses*, Paris, n. 4, fév. 2004. p. 1. Disponible: <www.iddri.org/Publications/Collections/Syntheses/sy_0401_louafi&morin_abs.pdf>. Consulté le: 18 avr. 2016.

17 Le Groupe des pays mégadivers (GPM) rassemble 17 pays s'affirmant détenteurs de 70% de la biodiversité mondiale et disant partager les mêmes opinions (*Like-Minded*) au sein des négociations internationales sur la biodiversité: Afrique du Sud, Bolivie, Brésil, Chine, Colombie, Costa Rica, République Démocratique du Congo, Équateur, Inde, Indonésie, Kenya, Madagascar, Malaisie, Mexique, Pérou, Philippines et Venezuela.

18 LOUAFI, S.; MORIN, J. F. Gouvernance internationale de la biodiversité: impliquer tous les utilisateurs de ressources génétiques. *Iddri, col. Synthèses*, Paris, n. 4, fév. 2004. p. 1.

19 BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil*. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011. p. 69.

20 On peut citer à titre d'exemple, le Guide des bonnes pratiques pour la recherche universitaire sur les ressources génétiques (2012) de l'Académie suisse des sciences naturelles (SCNAT), les Lignes Directrices sur l'accès aux ressources génétiques et le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation (2006) de la Fédération internationale de l'industrie du médicament (FIIM/IFPMA), ou encore le fameux CDB pour les botanistes élaboré par le *Royal Botanic Gardens* (Kew).

21 BELLIVIER, F., NOIVILLE, C. Code de conduite et équité des échanges de ressources génétiques. *Iddri, coll. Idées pour le débat*, Paris, n. 15, 2006. p. 6.

des avantages. Il s'agit en effet d'imposer que l'APA soit régi par un système de normes contraignantes, c'est-à-dire, d'une part, par des législations nationales, dont certaines sont en cours d'élaboration, et d'autre part, par l'établissement d'un régime international qui soit juridiquement contraignant pour tous les États membres de la CDB.

3.1. La mise en œuvre variable de l'APA à travers des réglementations nationales et régionales

195 États et une organisation régionale, l'Union européenne, sont aujourd'hui parties à la CDB et ont pour la plupart déjà adopté des lois sur l'APA, que ce soit à l'échelle nationale ou régionale. En effet, d'après la base de données du Secrétariat de la CDB, le 17 juin 2014, ils étaient 57 pays et 7 communautés régionales²² à avoir établi des mesures législatives et/ou réglementaires en matière d'APA (tableau 1), soit une nette progression par rapport à 2008, où le total était de 39 pays et 4 organisations régionales²³. En ce qui concerne les stratégies et les politiques sur l'APA, il existe en effet, des mesures législatives de portée régionale. C'est le cas notamment des décisions de la Communauté andine des Nations (CAN), de l'accord Centraméricain sur l'accès aux ressources génétiques et de la Loi-modèle africaine (tableau 2).

Par ailleurs, la plupart des États membres de la CDB ayant adopté des législations nationales sur l'APA sont des pays en voie de développement. Parmi eux, on compte une quarantaine de pays et cinq organisations régionales (Communauté Andine des Nations, Union africaine, ARIPO, COMIFAC, SICA) qui ont établi des régimes relatifs à l'APA. En revanche, parmi les pays dits les plus industrialisés, ils ne sont que sept à avoir établi des mesures législatives nationales sur l'APA: l'Allemagne, l'Australie, le Canada, la France, l'Italie, le Japon et la Suisse. S'agissant précisément de la France, les mesures concernent les collectivités françaises situées outre-mer, notamment la Polynésie française²⁴, la

Nouvelle-Calédonie²⁵ et la Guyane. Concernant ce dernier territoire, le dispositif de l'APA est effectif depuis 2013 dans le cadre du Parc Amazonien de Guyane. Ce PAG fut créé par la loi du 14 avril 2006, qui ne prévoyait pas de dispositions spécifiques relatives à l'APA. En l'absence de telles dispositions un code bonne conduite fut établi afin de palier ce vide juridique. Un décret du 28 octobre 2013 établit une charte des territoires qui détermine les portions du territoire concernées par ce dispositif APA, et précise le régime de l'APA en Guyane.

Au niveau régional, on peut citer également les pays nordiques (le Danemark, la Finlande, la Norvège, la République d'Islande et la Suède), plus particulièrement le Conseil nordique (Norden) au nom duquel des mesures régionales en matière d'APA ont été adoptées. Certes, ces régimes nationaux (et régionaux) sont de nature et de portée variées, ce qui reflète le contexte singulier de chaque pays (ou région) sur les plans environnementaux, sociaux, juridiques en ce qui concerne la gestion des ressources génétiques.

Tableau 1 - Liste des pays et des organisations régionales ayant adopté des mesures législatives en matière d'accès aux ressources génétiques

1. Mesures nationales	2. Mesures régionales
Afghanistan, Afrique du sud, Allemagne, Argentine, Australie, Belgique, Bhoutan, Bolivie, Brésil, Bulgarie, Cameroun, Canada, Chili, Chine, Colombie, Costa Rica, Croatie, Cuba, Danemark, Égypte, El Salvador, Équateur, Éthiopie, France, Gambie, Guatemala, Guyana, Inde, Italie, Japon, Kenya, Lesotho, Malaisie, Malawi, Malte, Mexique,	- Communauté Andine des Nations (CAN), comprenant la Bolivie, la Colombie, l'Équateur et le Pérou - Système d'Intégration Centre-Américaine (SICA), comprenant le Belize, le Costa Rica, le Guatemala, le Honduras, le Nicaragua, le Panama, la République dominicaine et El Salvador

22 MEDAGLIA, J. C.; PERRON-WELCH, F.; PHILLIPS, F. K. *Overview of national and regional measures on access to genetic resources and benefit-sharing: challenges and opportunities in implementing the Nagoya Protocol*, Montréal, CISDL. 3^{ème} ed. 2014. p. 13.

23 BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil*. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011. p. 75.

24 Assemblée de la Polynésie Française, Loi du pays n. 2012-5, du 23 janvier 2012, relative à l'accès aux ressources biologiques et au

partage des avantages résultant de leur valorisation, *Journal Officiel* 2012 n. 6 NS du 23/01/2012 à la page 43 dans la partie Lois du Pays.

25 Assemblée de la Province Sud de Nouvelle Calédonie, Délibération n° 6-2009/APS du 18 février 2009, relative à la récolte et à l'exploitation des ressources biochimiques et génétiques, *Journal Officiel de la Nouvelle Calédonie* du 26 février 2009 (p. 1277).

Micronésie, Mozambique, Nicaragua, Niger, Niué, Norvège, Ouganda, Panama, Pérou, Philippines, Portugal, République centrafricaine, Roumanie, Russie, Suède, Suisse, Thaïlande, Vanuatu, Venezuela, Vietnam, Zimbabwe, soit un total de 57 pays	<ul style="list-style-type: none"> - Union européenne (UE) - Conseil nordique (Norden), dont les membres sont le Danemark, la Finlande, la Norvège, la République d'Islande et la Suède - Union africaine (UA), dont font partie 54 États, soit tous les pays d'Afrique à l'exception du Maroc - African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO) dont font partie 19 pays africains (essentiellement anglophones) - Commission des Forêts d'Afrique Centrale (COMIFAC), dont font partie Burundi, Cameroun, Congo, Gabon, Guinée Équatoriale, République Centrafricaine, République Démocratique du Congo, Rwanda, Sao Tomé & Príncipe et Tchad
--	--

Source: Base de données du Secrétariat de la CDB, 2014.

On trouve dans la base de données du Secrétariat de la CDB en 2014 un total de 168 mesures nationales et régionales sur l'APA en vigueur. Parmi ces mesures figurent notamment des lois et des politiques générales. Alors que certains pays ont adopté une seule mesure – en général, une loi – d'autres ont opté pour un ensemble de mesures, par exemple une stratégie nationale, une loi, des décrets d'application, des règlements ou des directives. Néanmoins, beaucoup de pays sont encore en train d'élaborer ou de réviser leurs régimes nationaux, et de ce fait leur réglementation demeure incomplète. C'est notamment le cas du Brésil, qui a institué une nouvelle loi sur l'APA en 2015 visant à remplacer le règlement provisoire MP 2.186, de 2001. La nouvelle loi brésilienne, 13.123, en date du 20 mai 2015, est entrée en vigueur le 17 novembre 2015.

Tableau 2 - Exemples de mesures législatives en matière d'APA

PAYS	MESURE NATIONALE / RÉGIONALE	ANNÉE
Afghanistan	<i>Environment Law</i>	2007
Afrique du Sud	National Environmental Management: Biodiversity Act	2004
Argentine	<i>Estrategia Nacional de Biodiversidad</i>	2003
	<i>Régimen de acceso a los recursos genéticos</i>	2010
Australie	<i>Nationally Consistent Approach for Access to and Utilisation of Australia's Native Genetic and Biochemical Resources, Accord-cadre</i>	2002
Bhoutan	<i>The Biodiversity Act of Bhutan</i>	2003
Brésil	<i>Loi 13.123</i>	2015
Colombie	<i>Décret 309, por el cual se reglamenta la investigación científica sobre diversidad biológica</i>	2000
Communauté Andine des Nations (CAN)	Régimen Común de Acceso a los recursos genéticos, Decisión 391	1996
Conseil nordique (Norden)	Tillträde och rättigheter till genetiska resurser	2003
Costa Rica	<i>Ley de Biodiversidad, 7788</i>	1998
	<i>Décret 34.433</i>	2008
El Salvador	<i>Ley del Medio Ambiente</i>	1998
Inde	<i>Biological Diversity Act</i>	2002
	<i>Biological Diversity Rules</i>	2004
	<i>Andhra Pradesh Biological Diversity Rules</i>	2009
Kenya	<i>Environmental Management Act, n. 08</i>	1999
	<i>Environmental Management Regulations</i>	2006

PAYS	MESURE NATIONALE/ RÉGIONALE	ANNÉE
Mexique	<i>Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (artículos 87, 87 bis, 87 bis 1)</i>	1996
	<i>Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable</i>	2003
Nicaragua	<i>Estrategia Nacional de Biodiversidad</i>	2002
	<i>Ley 807</i>	2012
Panama	<i>Ley General de Ambiente, n. 41</i>	1998
	<i>Decreto Ejecutivo 25 que reglamenta el artículo 71 de la Ley General de Ambiente</i>	2009
Pérou	<i>Ley 27.811</i>	2002
	<i>Ley 28.216</i>	2004
	<i>Reglamento de Acceso a Recursos Genéticos</i>	2009
Philippines	<i>Executive Order 247</i>	1995
	<i>Republic Act 9147</i>	2001
	<i>Guidelines for bioprospecting activities</i>	2005
Polynésie française	<i>Loi 2012-5</i>	2012
Système d'Intégration Centre-Américaine (SICA)	<i>Acuerdo Centroamericano de Acceso a Recursos Genéticos y al Conocimiento Tradicional Asociado</i>	2003
Union Africaine (UA)	<i>Loi-Modèle africaine</i>	1998
Venezuela	<i>Ley de Diversidad Biológica</i>	2000
	<i>Normas de contrato de acceso a los recursos genéticos</i>	2001

Source : www.cbd.int.

De plus, les processus et les structures peuvent varier d'un pays à l'autre. On peut citer par exemple le cas de l'Afrique du sud, où la gestion de l'accès aux ressources génétiques est partagée entre le gouvernement fédé-

ral et les gouvernements des provinces²⁶, ou de l'Inde, où il existe des lois régissant l'APA au niveau national et au niveau des États fédérés²⁷.

Les pays ont recours à différentes stratégies pour mettre en place leurs mesures en matière d'APA. Dans certains d'entre eux, ce sont les législations nationales sur l'environnement ou le développement durable ou les lois sur la biodiversité, qui contiennent des dispositions relatives à l'accès aux ressources génétiques, c'est-à-dire le plus souvent des dispositions générales prévoyant, dans certains cas, l'établissement de règlements ou directives spécifiques sur l'APA. D'autres pays ont néanmoins choisi de réglementer l'APA de façon plus détaillée, notamment par le biais de lois et de décrets d'application régissant spécifiquement la matière. À titre d'exemple, alors que des pays comme le Mexique ont décidé d'intégrer des dispositions concernant l'APA dans les lois sur l'environnement déjà en vigueur²⁸, d'autres pays, à l'exemple du Brésil ont décidé d'élaborer un régime consacré expressément à l'APA, comprenant le plus souvent un ensemble de mesures réglementaires.

En effet, on peut classer les stratégies de mise en œuvre des mesures nationales sur l'APA en quatre grandes catégories. La première comprend les pays qui ont élaboré des lois générales sur l'environnement (ou sur la biodiversité) contenant des directives sur l'APA ainsi que des dispositions relatives à la conservation et à l'utilisation durable de la biodiversité, généralement destinées à mettre en œuvre l'ensemble de la CDB (Afghanistan, Kenya). La deuxième catégorie rassemble les pays qui ont modifié des lois existantes sur l'environnement et/ou le développement durable afin d'y inclure des dispositions en matière d'APA (Mexique, France en ce qui concerne notamment la Polynésie française et la Guyane). La troisième catégorie regroupe les pays qui ont adopté des politiques relatives à l'APA susceptibles de conduire ultérieurement à la prise de mesures législatives plus complètes en la matière (Nicaragua, Panama).

Les pays de la quatrième catégorie sont ceux qui ont réglementé l'APA de façon plus détaillée, notamment le

26 Biodiversity Act 2004, consultable sur: <www.cbd.int/doc/measures/abs/msr-abs-za-en.pdf>

27 Au moins six États fédérés de l'Inde disposent de lois régissant l'APA: Bengale Occidentale (2005), Sikkim (2006), Jharkhand (2007), Andhra Pradesh (2009), Meghalaya (2010), Arunachal Pradesh (2011).

28 À propos du Mexique, voir <<http://www.sciencesnaturelles.ch/organisations/biodiversity/abs/publications>>.

Brésil, la Colombie, le Costa Rica, le Pérou et les Philippines. En effet, les pays de cette catégorie adoptent généralement un ensemble de mesures, tant législatives qu'administratives, destinées à régir la bioprospection et à garantir le partage des avantages. Ils ont désigné des autorités nationales compétentes pour autoriser l'accès aux ressources génétiques, et mis en place des procédures pour l'obtention du consentement préalable en connaissance de cause et pour l'élaboration de conditions convenues d'un commun accord et d'arrangements contractuels, y compris en ce qui concerne le partage des avantages entre utilisateurs et fournisseurs de ressources génétiques. Ils ont également pris des mesures visant à assurer le respect des exigences de la Convention.

En dépit de l'existence de législations nationales sur l'APA, les pays fournisseurs expriment leurs préoccupations devant le non-respect des conditions d'accès aux ressources génétiques par les utilisateurs. Ils critiquent surtout le faible engagement des utilisateurs envers les objectifs initialement visés par la CDB, notamment ceux concernant le partage juste et équitable des avantages et le transfert de technologies utilisées pour la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité. Les utilisateurs pour leur part, s'inquiètent de l'absence de sécurisation des transactions liées aux ressources génétiques, et ce, quelles que soient les précautions prises. Un cas exemplaire est celui du Mexique, où des projets de bioprospection ont été menés sous le cadre de la *Ley General del Equilibrio Ecológico*, et ont été ensuite interrompus en raison de conflits juridiques et de protestations sociales²⁹.

En effet, le cadre international régissant les échanges de ressources génétiques a été pendant longtemps composé d'un ensemble d'instruments multilatéraux à caractère volontaire, de mesures législatives nationales et d'arrangements contractuels. Mais alors que ce cadre était censé créer les conditions d'un partenariat harmonieux entre les différentes parties prenantes (États, chercheurs, industrie, communautés locales), un climat de forte suspicion s'est instauré au point que les accusations de biopiraterie sont devenues incontournables dans la plupart des pays fournisseurs de ressources gé-

nétiques³⁰. Selon Moretti et Aubertin, cette situation serait de nature à décourager la bioprospection³¹.

En tout état de cause, du côté des pays fournisseurs la frustration est grande. Vingt ans après l'entrée en vigueur de la CDB, ils disent supporter l'essentiel des coûts de régulation – moyennant la mise en place de législations nationales – sans bénéficier pour autant de retombées concrètes, que ce soit en termes financiers ou de transfert de technologies³². Il leur incombe en effet, la lourde tâche d'élaborer, mais également d'appliquer et de faire respecter les dispositions de la CDB en matière d'accès et de partage des avantages. Ces pays aimeraient voir les utilisateurs ou les pays ayant des utilisateurs de ressources génétiques sur leur territoire, prendre à leur tour des mesures pour faire respecter les dispositions issues de la Convention³³. On comprend alors pourquoi ils exigent la création d'un régime international qui soit juridiquement contraignant pour tous les pays membres de la CDB.

C'est pourquoi l'une des principales demandes des pays fournisseurs est de renforcer les mesures pour assurer le respect des dispositions de la CDB en matière d'accès et de partage des avantages de la part des utilisateurs de ressources génétiques.

3.2. L'inefficacité des réglementations nationales relatives au partage juste et équitable des avantages

Sous l'égide de la CDB, on s'attendait à ce que l'adoption de la loi nationale régissant l'APA garantis-

29 DUMOULIN, D.; FOYER, J. ONG transnationales et experts dans le débat démocratique: bioprospection et savoir indigène au Mexique. In: *PROBLEMES d'Amérique latine*, Paris, Choiseul. n. 54, p. 95-122, automne 2004. p. 118. ; SAMPATH, P. G. *Regulating bioprospecting: institutions for drug research, access and benefit-sharing*. Tokyo: United Nations University Press, 2005. p. 81.

30 LOUAFI, S.; VARELLA, M. La régulation de la bioprospection au Brésil. In : JACQUET, P.; TUBIANA, L. (Dir.). *Regards sur la Terre 2008 : biodiversité, nature et développement*. Paris: Presses de Sciences Po, 2007. p. 155-164. p. 157.

31 Les auteurs soulignent deux facteurs: les barrières administratives imposées par les lois sur l'APA et le fait que chercheurs et industriels ne veulent pas se soumettre à l'arbitraire et répondre à des accusations de biopiraterie. MORETTI, C.; AUBERTIN, C. Stratégies des firmes pharmaceutiques: la bioprospection en question. In : AUBERTIN, C.; PINTON, F.; BOISVERT, V. (Dir.). *Les marchés de la Biodiversité*. Paris: IRD, 2007. p. 27-54. p. 53.

32 LOUAFI, S.; VARELLA, M. La régulation de la bioprospection au Brésil. In : JACQUET, P.; TUBIANA, L. (Dir.). *Regards sur la Terre 2008 : biodiversité, nature et développement*. Paris: Presses de Sciences Po, 2007. p. 155-164. p. 157.

33 LECLERC, T. *Analyse critique des principales mesures envisagées pour encadrer l'utilisation des ressources génétiques dans le cadre d'un futur régime international sur l'accès et le partage des avantages*. Montréal: Unisféra, 2004. p. 4. Disponible: <http://www.unisfera.org/en/publications_details.sn?pub=37>. Consulté le: 18 avr. 2016.

se que l'utilisateur souhaitant développer un produit à partir d'une certaine ressource génétique se soumette aux règles du pays d'origine de la ressource. Ces règles concernent notamment la procédure de consentement préalable en connaissance de cause (prérequis nécessaire à l'accès), et la mise en œuvre d'un contrat de bio-prospection, sous aval de l'autorité nationale compétente pour les ressources génétiques. C'est dans ce contrat que doivent figurer les clauses de partage des avantages, prévoyant que l'utilisateur puisse céder une part des bénéfices de l'exploitation au pays d'origine, afin que celui-ci continue à conserver ses ressources génétiques. Il est arrivé cependant que la propriété des ressources ne soit pas respectée ; des ressources génétiques ont en effet, été exportées, développées et commercialisées sans le consentement des pays qui les avaient fournies, et sans leur participation aux bénéfices qui en résultaient³⁴.

La procédure s'applique également dans l'hypothèse d'un institut de recherche ou d'une entreprise du même pays d'origine que celui de la ressource génétique, qui ne respecterait pas les dispositions en matière d'APA. En effet, quelle que soit l'origine de l'utilisateur, qu'il soit étranger ou non, il doit suivre les principes et règles de la loi nationale régissant l'APA³⁵. Dans les deux cas, la loi nationale agit pour assurer l'application effective du droit au partage des bénéfices (monétaires ou non-monétaires), qui seraient alors transmis aux pays fournisseurs pour qu'ils puissent mener davantage d'actions de conservation de la biodiversité.

Toutefois, vingt ans après l'adoption de la CDB, la question de l'équité dans le partage des avantages liés à l'exploitation des ressources génétiques reste toujours non résolue. L'établissement de normes strictes sur l'APA par quelque cent vingt-cinq pays est loin de résoudre le problème. En effet, si le nombre des pays ayant adopté des lois sur l'APA représente environ deux tiers des États membres de la CDB, ces régimes ne prévoient pas tous des mesures précises sur l'APA, ce qui s'avère inefficace face à l'objectif de partage des avantages, tant sur le plan juridique qu'administratif. Cette sorte d'asymétrie entre les différents régimes déjà adoptés en matière d'APA, et le fait qu'un grand nombre de pays

n'ait pas encore établi de régime national, remettent en cause l'efficacité et la cohérence d'un régime sur l'APA qui se veut global.

Si l'on prend, par exemple, le cas d'une plante originaire de deux pays frontaliers et que seul l'un d'entre eux possède une loi sur l'APA, cette ressource biologique et génétique peut éventuellement faire l'objet d'une prospection dans le pays dans lequel il n'existe pas de réglementation. La ressource reste donc en libre accès. Par ailleurs, il y a des cas où des pays utilisateurs développent un produit, se font accorder un brevet fondé sur des ressources génétiques originaires d'autres pays, et ne partagent pas les bénéfices³⁶. En résumé, lorsqu'il n'y a pas d'engagement légal des pays utilisateurs de ressources génétiques envers les lois des pays d'origine des ressources, le partage des bénéfices peut s'avérer bien en deçà de l'utilisation réelle de ces ressources.

Et que dire du cas où l'accès aux ressources génétiques est autorisé par le pays fournisseur, mais où l'utilisateur décide d'utiliser ces ressources avec une finalité de recherche autre que celle qui avait été convenue initialement. Ces cas peuvent se produire couramment. Cela peut advenir par exemple au moyen d'accords de transfert de matériel (ATM)³⁷, c'est-à-dire par la voie des échanges de ressources génétiques que font habituellement les pays en matière de recherche scientifique. Il peut alors arriver que le matériel soit transféré sous accord exprès du fournisseur à des fins scientifiques, mais utilisé ultérieurement pour développer un produit, sans se rapporter à la loi nationale sur l'APA. Comme le matériau est déjà hors du territoire d'origine, le droit du fournisseur n'a plus d'effectivité. En guise de solution, on pourrait envisager un instrument international juridiquement contraignant contenant des procédures permettant de vérifier un éventuel changement de finalité d'utilisation lors de la cession de ressources génétiques. Ce mécanisme permettrait d'engager la responsabilité de l'utilisateur et prévoirait les sanctions correspondantes.

36 BASTOS R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil*. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011. p. 81.

37 Un accord de transfert de matériel (ATM) régit le transfert et l'utilisation de matériel de recherche exclusif (biologique, chimique) mis à disposition par son propriétaire (le fournisseur) à une institution publique de recherche ou à une entité privée (l'utilisateur) qui souhaite utiliser ce matériel à des fins de recherche. En règle générale, l'utilisateur peut uniquement utiliser le matériel de recherche conformément aux dispositions de l'ATM, et n'est pas habilité à l'utiliser à des fins commerciales.

34 Voir Guide des bonnes pratiques pour la recherche universitaire sur les ressources génétiques, Académie suisse des sciences naturelles (SCNAT), Berne, Suisse, 2012, disponible sur: <<http://abs.scnat.ch/>>.

35 BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil*. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011. p. 80.

La question du partage des avantages présente également des difficultés lorsque les informations sur les ressources génétiques (propriété, usage, utilité) ne sont pas recueillies directement sur le terrain, mais suite à la publication des résultats de recherches scientifiques. C'est par exemple le cas lorsque la recherche sur une ressource génétique aboutit au séquençage des acides aminés qui constituent une protéine donnée. Étant publiée, cette information devient accessible à tout pays qui veut synthétiser cette séquence et produire une protéine identique. Autrement dit, au moment où la ressource est accessible, le pays fournisseur n'a pas les moyens de contrôler ce type de transfert. Pour résoudre cette difficulté, il faudrait probablement mettre en place un mécanisme qui reconnaisse l'information comme étant liée à la ressource génétique, afin de garantir que le pays d'origine perçoive les avantages qui lui sont dus.

Ce n'est toutefois pas encore le cas, puisque, comme démontré précédemment, il existe des situations où il est possible d'utiliser les ressources génétiques sans tenir compte de la loi en vigueur dans le pays qui a fourni ces ressources. Cela justifie l'insistance des pays fournisseurs pour la mise en œuvre d'un régime international imposant à l'utilisateur de ressources génétiques de divulguer l'origine de ces ressources, sous peine de se voir priver de brevet, et prescrivant d'accorder obligatoirement des licences sur des innovations issues de l'utilisation de ces ressources.

En résumé, bien que les législations nationales soient indispensables, elles n'ont pas forcément le pouvoir de garantir la mise en œuvre du mécanisme au regard de l'objectif poursuivi par la CDB. En effet, les lois nationales sur l'APA ne sont pas en mesure de résoudre les problèmes essentiels, ce qui justifie l'adoption d'un régime international qui soit juridiquement contraignant pour tous les États. Ce régime contraignant pourrait fonctionner comme un instrument complémentaire aux lois nationales, et capable de garantir que la loi du pays fournisseur soit respectée par le pays utilisateur.

L'objectif de cet instrument est toutefois sujet à débat. Pour les pays en développement, la biopiraterie est une réelle menace pour les ressources génétiques présentes sur leur territoire³⁸. Dans cette optique, un régime international sur l'APA doit offrir une protec-

tion efficace contre cette pratique. Il devra dès lors, être en grande partie d'inspiration « défensive ». Les pays développés, pour leur part, ne nient pas le phénomène de biopiraterie, mais tentent de le minimiser en arguant que le vrai problème réside surtout dans le manque d'information scientifique et préconisent d'inciter les États à une meilleure transparence. Pour ces pays, essentiellement utilisateurs, le régime international sur l'APA devrait donc plutôt faciliter l'accès aux ressources génétiques pour ne pas décourager la bioprospection³⁹. Les négociations au sujet d'un régime international sur l'APA sont ainsi dominées par des positions fortement polarisées. La recherche d'un équilibre entre ces différents points de vue, constitue, de ce fait l'objectif majeur d'un instrument international susceptible d'assurer la pleine mise en œuvre des objectifs de la CDB.

4. L'ESQUISSE D'UNE MISE EN ŒUVRE SATISFAISANTE DE L'APA À TRAVERS LE PROTOCOLE DE NAGOYA

En 2004, lors de la 7^e Conférence des Parties à la CDB (COP-7) à Kuala Lumpur (Malaisie), les États ont décidé d'entamer les négociations pour examiner le processus, la nature, la portée, les éléments et les modalités d'un régime international sur l'APA qui soit contraignant pour tous. Dans la pratique, il s'agissait de poursuivre les travaux de la Convention relatifs aux Lignes directrices de Bonn (2002)⁴⁰ en vue d'adopter un instrument qui puisse mettre en œuvre de façon efficace et définitive les dispositions de la CDB en matière d'APA⁴¹. Des formules telles que « il était temps de passer de lignes directrices volontaires à un régime international contraignant »⁴² illustrent l'état d'esprit des États parties.

39 GROSS, A. R. *Diálogo sobre o Protocolo de Nagoya entre Brasil e União Europeia*. Brasília: MMA, 2013. p. 14.

40 Les Lignes directrices de Bonn ont été adoptées par la 6^{ème} Conférence des Parties qui a eu lieu à La Haye en 2002. Ces lignes directrices à caractère volontaire ont constitué une première étape vers la mise en œuvre d'un régime international contraignant propre à assurer un partage juste et équitable des avantages issus de l'utilisation des ressources génétiques.

41 COP-7, Décision VII/19.

42 On se réfère aux propos de Mme Cristina Narbona Ruiz, ministre espagnole de l'environnement, lors de la séance d'ouverture de la quatrième réunion du 'Groupe de travail spécial sur l'Article 8(j)' qui a eu lieu à Grenade (Espagne) en janvier 2006. Voir les rapports UNEP/CDB/COP/8/6 et /8/7 sur <www.cbd.int>.

38 BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil*. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011. p. 84.

Après six ans de négociations, l'adoption du Protocole de Nagoya lors de la 10e Conférence des Parties, à Nagoya (Japon), en 2010, a donné un nouvel élan à la mise en œuvre de l'objectif de partage des avantages fixé par la CDB. Le Protocole entre officiellement en vigueur le 12 octobre 2014⁴³, lors de la 12e Conférence des Parties, à Pyeongchang (Corée du sud), à savoir conformément aux Objectifs d'Aichi pour la biodiversité (Plan Stratégique de la CDB 2011-2020), dont l'objectif 16 prévoyait l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya jusqu'à 2015.

Le Protocole de Nagoya constitue un instrument juridiquement contraignant de la CDB, dont le but est de remplir une triple fonction.

La première de ces fonctions est technique et juridique. Le texte vise avant tout à assurer une plus grande certitude juridique et une transparence accrue pour les fournisseurs et les utilisateurs de ressources génétiques. Pour ce faire, le Protocole incite les États à prendre des mesures législatives, administratives ou de politique générale, appropriées, efficaces et proportionnées, afin de garantir que l'accès aux ressources génétiques utilisées sous leur juridiction fera l'objet d'un consentement préalable éclairé. Il prévoit par ailleurs, l'établissement de conditions d'accès aux ressources génétiques négociées, et conformes aux lois ou aux réglementations nationales du pays fournisseur.

La deuxième fonction est d'ordre politique et organisationnel. À cet égard, le Protocole de Nagoya décrit les étapes du processus d'APA et, parallèlement, définit le rôle et les responsabilités des utilisateurs et des fournisseurs des ressources génétiques, en soulignant l'importance de la participation de toutes les parties prenantes.

La troisième et dernière fonction est conative, elle souligne l'importance du contenu d'un message destiné à tous, qui constituerait la véritable vitrine d'un régime efficace d'APA, en encourageant les utilisateurs et les fournisseurs à respecter leurs obligations au titre de la CDB.

En effet, l'objectif du Protocole de Nagoya est d'établir un cadre de sécurité juridique pour les échanges de ressources génétiques par le biais de mesures de conformité permettant de créer un climat de con-

fiance réciproque entre fournisseurs et utilisateurs de ces ressources. Ainsi, en ce qui concerne l'objectif premier de partage des avantages, le Protocole prévoit l'établissement de critères minimaux d'accès aux ressources génétiques à prendre en compte dans les lois internes de tous les pays qui se sont engagés à respecter le Protocole à la suite du dépôt de leurs instruments de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion⁴⁴.

En somme, les États ont l'obligation de prendre des mesures pour garantir que les utilisateurs respectent la législation nationale du pays fournisseur. Ils doivent mettre en place des mécanismes de contrôle et de traçabilité, tels la délivrance, par l'autorité nationale compétente, d'un permis comme preuve d'obtention du consentement préalable. La divulgation de la source de la ressource génétique, et la conclusion d'un contrat de partage des avantages selon des conditions convenues d'un commun accord, le cas échéant⁴⁵, sont également requises.

Ce permis a donc valeur de certificat international de conformité et doit être enregistré dans le Centre d'échange sur l'APA de la CDB, l'*Access and Benefit-sharing Clearing House* (ABSCH)⁴⁶. Il incombe aussi aux États de prendre des mesures en cas de non-respect des obligations découlant du Protocole⁴⁷.

Tel que prévu dans la CDB, le Protocole de Nagoya s'applique aux ressources génétiques végétales, animales, microbiennes et autres (à l'exception des ressources génétiques humaines). Il s'applique également aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques et aux avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances⁴⁸. L'objectif est donc de promouvoir le partage des avantages résultant de l'utilisation de ces ressources et connaissances, en tant que stratégie d'action globale visant à contribuer à la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité.

Le Protocole de Nagoya fait ainsi progresser considérablement le partage juste et équitable des avantages, troisième objectif de la CDB, en établissant des normes contraignantes pour les États. Le nombre total de ratifications s'élève aujourd'hui à 78⁴⁹ et comprend des

43 90 jours après le dépôt du cinquantième instrument de ratification, celui de la Suisse le 11 juillet 2014.

44 Article 1^{er} combiné avec les articles 6, 15 et 33 du Protocole de Nagoya.

45 Article 13 combiné avec l'article 17 du Protocole.

46 Voir <<https://absch.cbd.int/>>.

47 Articles 15 et 16 combinés avec l'article 30 du Protocole.

48 Article 3 du Protocole.

49 Suite à l'accession de la Chine au Protocole le 8 juin 2016. Voir

pays de toutes les cinq régions des Nations Unies, notamment l'Afrique du Sud, l'Inde, le Mexique et le Pérou, parmi les plus riches en biodiversité. Parmi les pays développés, le Danemark, l'Espagne, la Norvège et la Suisse ont ratifié le Protocole. Le Parlement européen a, pour sa part, adopté en avril 2014 le Règlement n° 511⁵⁰ qui autorise l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya à l'échelle de l'Union européenne et établit des normes pour sa mise en œuvre. On peut s'étonner que le Brésil, souvent présenté comme le pays le plus riche en biodiversité, et constamment présent dans les négociations qui ont mené à l'adoption du Protocole de Nagoya, n'ait pas encore ratifié l'instrument.

5. CONCLUSION

Le Protocole de Nagoya sur l'APA est un accord international qui renforce et soutient la mise en œuvre de la CDB, dans son troisième objectif spécifique, le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques. Vingt ans après l'entrée en vigueur de la CDB, le Protocole est le résultat de la prise de conscience par les États que l'adoption de mesures nationales et régionales sur l'APA a été insuffisante pour permettre la pleine mise en œuvre du troisième objectif de la Convention.

En effet, les stratégies de mise en œuvre et le contenu des législations nationales sur l'APA variant d'un État à l'autre, cela entraîne de nombreux obstacles à la mise en place d'un mécanisme global permettant de réguler les échanges internationaux de ressources génétiques. Le Protocole de Nagoya vise à mettre fin aux dysfonctionnements liés à la gouvernance des ressources génétiques et donc à assurer la mise en œuvre d'un régime international sur l'APA, qui soit à la fois contraignant et efficace.

Si, on peut considérer l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya, comme une indéniable avancée en

matière d'APA, il convient toutefois d'attendre la suite des mesures à prendre par les États en fonction du Protocole afin d'évaluer son application effective. En effet, la plupart des États membres de la CDB n'ont toujours pas signé le Protocole et à peine plus d'un tiers l'ont ratifié. Ce faible nombre de signatures et de ratifications du Protocole durant les six ans qui ont suivi son adoption en 2010, révèle les difficultés de mise en œuvre d'un régime international efficace sur l'APA.

L'enjeu est, en effet, considérable dans la mesure où la régulation de l'accès aux ressources génétiques présuppose des interventions dans plusieurs domaines n'ayant jamais fait l'objet de réglementation. Cela invite à l'innovation et implique l'élaboration de propositions à plusieurs niveaux au regard de la chaîne d'acteurs concernés (industriels, chercheurs, communautés traditionnelles). L'avenir du Protocole passe, de ce fait, par l'engagement des États à œuvrer pour la bonne gouvernance des ressources génétiques, à la fois par le biais de mécanismes de coopération, de régulation, et de contrôle, ainsi que par la voie d'une harmonisation progressive des législations nationales et des contrats sur l'APA.

Dès lors, l'enjeu du partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques semble désormais dépendre de la mise en œuvre effective du Protocole de Nagoya.

RÉFÉRENCES

- BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: l'enjeu de l'accès aux ressources génétiques au Brésil*. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011.
- BASTOS, R. Z. *Géopolitique juridique de la biodiversité: le cas du régime d'accès et partage des avantages au Brésil*. *Revue Passages de Paris*, Paris, n. 6, p. 17-34, 2011, p. 26. Disponible: <<http://www.apebfr.org/passages-deparis/editione2011/articles.html>>. Consulté le: 18 avr. 2016.
- BELLIVIER, F., NOIVILLE, C. *Code de conduite et équité des échanges de ressources génétiques*. *Iddri, coll. Idées pour le débat*, Paris, n. 15, 2006.
- BOISVERT, V.; VIVIEN, F. D. *Tiers monde et biodiversité: tristes tropiques ou tropiques d'abondance? La régulation internationale des ressources génétiques mise en perspective*.

⁵⁰ Règlement (UE) n. 511/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux mesures concernant le respect par les utilisateurs dans l'Union du protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation, *Journal Officiel de l'Union Européenne*, 20 mai 2014, L- 150, p. 59.

- BOISVERT, V.; VIVIEN, F. D. Un marché pour la biodiversité ? In: AUBERTIN, C.; PINTON, F.; BOISVERT, V. (Dir.). *Les marchés pour la biodiversité*. Paris: IRD, 2007. p. 223-243.
- BOISVERT, V.; VIVIEN, F. D. Tiers monde et biodiversité: tristes tropiques ou tropiques d'abondance? La régulation internationale des ressources génétiques mise en perspective. *Revue Tiers Monde*, n. 181, t. XLVI, p. 185-206, 2005.
- COMPAGNON, D. La biodiversité, entre appropriation privée, revendications de souveraineté et coopération internationale. *Développement durable et territoires*, dossier 10, 2008. Disponible: < <http://developpementdurable.revues.org/5253>>. Consulté le: 28 avr. 2016.
- DUMOULIN, D.; FOYER, J. ONG transnationales et experts dans le débat démocratique: bioprospection et savoir indigène au Mexique. In: *PROBLEMES d'Amérique latine*, Paris, Choiseul. n. 54, p. 95-122, automne 2004.
- GROSS, A. R. *Diálogo sobre o Protocolo de Nagoya entre Brasil e União Europeia*. Brasília: MMA, 2013.
- LE PRESTRE, P. The convention on biological diversity: negotiating the turn to effective implementation. *ISUMA*, p. 92-98, fall/automne, 2002. p. 93. Disponible en: <www.cbd.int/doc/articles/2002-/a-00319.pdf>. Consulté le: 18 avr. 2016.
- LECLERC, T. Analyse critique des principales mesures envisagées pour encadrer l'utilisation des ressources génétiques dans le cadre d'un futur régime international sur l'accès et le partage des avantages. Montréal: Unisféra, 2004. p. 4. Disponible: <http://www.unisfera.org/en/publications_details.sn?pub=37>. Consulté le: 18 avr. 2016.
- LOUAFI, S.; MORIN, J. F. Gouvernance internationale de la biodiversité: impliquer tous les utilisateurs de ressources génétiques. *Iddri, coll. Synthèses*, Paris, n. 4, p. 1-4 fév. 2004. Disponible: <www.iddri.org/Publications/Collections/Syntheses/sy_0401_louafi&morin_abs.pdf>. Consulté le: 18 avr. 2016.
- LOUAFI, S.; VARELLA, M. La régulation de la bioprospection au Brésil. In : JACQUET, P.; TUBIANA, L. (Dir.). *Regards sur la Terre 2008 : biodiversité, nature et développement*. Paris: Presses de Sciences Po, 2007. p. 155-164.
- McNEELY J. A. et al. *Conserving the world's biological diversity*. Gland, Switzerland; Washington D.C.: The International Union for Conservation of Nature and Natural Resources, World Resources Institute, Conservation International, World Wildlife Fund-US and World Bank, 1990.
- MEDAGLIA, J. C.; PERRON-WELCH, F.; PHILLIPS, F. K. *Overview of national and regional measures on access to genetic resources and benefit-sharing: challenges and opportunities in implementing the Nagoya Protocol*, Montréal, CISDL. 3^{ème} ed. 2014.
- MORETTI, C.; AUBERTIN, C. Stratégies des firmes pharmaceutiques: la bioprospection en question. In : AUBERTIN, C.; PINTON, F.; BOISVERT, V. (Dir.). *Les marchés de la Biodiversité*. Paris: IRD, 2007. p. 27-54.
- SAMPATH, P. G. *Regulating bioprospecting: institutions for drug research, access and benefit-sharing*. Tokyo: United Nations University Press, 2005.
- WILSON E. O. A situação atual da diversidade biológica. In: WILSON, E. O. (Org.). *Biodiversidade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. p. 3-24.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.