



HAL
open science

Les contrats de bio-prospection, des outils pour le développement durable ?

Hugo A. Munoz Urena

► **To cite this version:**

Hugo A. Munoz Urena. Les contrats de bio-prospection, des outils pour le développement durable ?. François Collart Dutilleul. De la terre aux aliments, des valeurs au droit, Inida (Costa Rica), pp.337-364, 2012, 9782918382058. hal-00926390

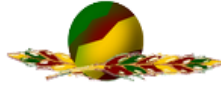
HAL Id: hal-00926390

<https://hal.science/hal-00926390>

Submitted on 9 Jan 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



LES CONTRATS DE BIO-PROSPECTION, DES OUTILS POUR LE DEVELOPPEMENT DURABLE ? *

Hugo MUÑOZ UREÑA
Professeur invité
Faculté de Droit de l'Université du Costa Rica
Membre du Programme Lascaux

SOMMAIRE

PARTIE I : LE REGIME JURIDIQUE DE LA BIO-PROSPECTION	5
A) PRINCIPES DIRECTEURS	6
B) LES PARTIES AU CONTRAT DE BIO-PROSPECTION ET LEURS OBLIGATIONS	7
C) LA SITUATION DES RESSOURCES GENETIQUES QUI NE SONT SOUMISES A AUCUNE SOUVERAINETE ETATIQUE	9
PARTIE II. ANALYSE DES EFFETS DU CONTRAT	11
A) UTILISATION PAR L'ACQUEREUR DU PRODUIT DE LA BIO-PROSPECTION	11
B) EFFETS POUR LE FOURNISSEUR DE LA BIODIVERSITE	13
1. Effets de nature non-matérielles	13
2. Effets de nature matérielles	14

--

FR/ Les contrats de bio-prospection sont des instruments juridiques de nature consensuelle, pour lesquels les parties, dans la relation de bio-prospection, définissent leurs droits et obligations. Ces contrats sont encadrés de manière souple par des principes généraux contenus dans la Convention sur la Diversité Biologique (Convention de Rio ou « CDB », 1992). Aujourd'hui, il existe de multiples débats sur l'étendue de ces principes et sur les perspectives de développement des contrats ; il s'agit par exemple : **a)** de l'inclusion réelle des communautés autochtones et locales dans la distribution juste et équitable des profits de l'utilisation de ces ressources génétiques; **b)** de l'extension de la "brevetabilité" du vivant; **c)** des profits réels de l'utilisation des ressources génétiques, pour la protection de la biodiversité et de l'environnement; **d)** du combat mené contre la "bio-piraterie"; **e)** du respect des connaissances traditionnelles et du folklore, en face des droits de propriété intellectuelle; et **f)** de la possibilité d'adoption d'un cadre normatif international à

* Le programme Lascaux est un programme européen entant dans le cadre du 7e PCRD - Programme spécifique "IDEES" – ERC (Conseil Européen de la Recherche) – *Grant agreement for Advanced Investigator Grant* (Sciences sociales, 2008). Il porte sur le nouveau droit agroalimentaire européen, examiné à l'aune des problématiques de la sécurité alimentaire, du développement durable et du commerce international. Il est dirigé par François Collart Dutilleul, professeur à l'Université de Nantes et membre de l'Institut universitaire de France (pour plus d'informations, consulter le site de Lascaux : <http://www.droit-aliments-terre.eu/>).

Les recherches menant aux présents résultats ont bénéficié d'un soutien financier du Centre européen de la recherche au titre du septième programme-cadre de la Communauté européenne (7e PC / 2007-2013) en vertu de la convention de subvention CER n° 230400.

caractère contraignant. L'ensemble de ces débats pourrait mettre en lumière l'inadaptation des contrats pour l'accomplissement de l'objectif de développement durable.

--

EN/ Bio-prospection contracts are consensual legal instruments, in which the parties to the bio-prospection relationship define their rights and duties. These contracts are vaguely regulated by general principles established in the Biological Diversity Convention (International Law instrument). Currently there is much debate about the extent of these principles and about the perspectives for the development of these contracts, for example: **a)** the real inclusion of autochthones and locals communities in the “just and equitable” distribution of the profits resulting from the exploitation of genetic resources; **b)** the extension of the “patentability” of life forms; **c)** the real profits of the exploitation of genetic resources for biodiversity and the environment; **d)** the fight against so-called “bio-piracy”; **e)** the respect of traditional knowledge and folklore in the light of intellectual property rights; and **f)** the possibility of adopting a new compulsorily enforceable international framework. All these debates could expose the limits of contracts to achieve the goal of Sustainable Development.

--

ES/ Los contratos de bioprospección son instrumentos jurídicos de naturaleza consensual, mediante los cuales las partes de la relación de bioprospección definen sus derechos y obligaciones. Estos contratos están vagamente regulados por principios rectores, contenidos en la Convención sobre Diversidad Biológica (Instrumento de Derecho Internacional). Actualmente existen múltiples debates sobre los alcances de esos principios y sobre las perspectivas de desarrollo de los contratos, por ejemplo: **a)** la inclusión real de las comunidades autóctonas y locales en la distribución justa y equitativa de los beneficios producto de la utilización de esos recursos genéticos; **b)** los alcances de la “patentabilidad” de la materia viva; **c)** los beneficios reales de la utilización de los recursos genéticos, para la protección de la biodiversidad y del ambiente; **d)** el combate a la denominada “biopiratería”; **e)** el respeto a los conocimientos tradicionales y al folklore, frente a los derechos de propiedad intelectual; y **f)** la posibilidad de la adopción de un marco normativo internacional de carácter vinculante. Estos debates vistos en su conjunto podrían significar la inadaptación de estos contratos para alcanzar el objetivo del desarrollo sostenible.

--

INTRODUCTION

Le droit de l'environnement a très rapidement évolué au cours des quarante dernières années. La Déclaration de Stockholm, adoptée en 1972, évoque ainsi la responsabilité de l'homme « dans la sauvegarde et la sage gestion du patrimoine constitué par la flore et la faune sauvages et leur habitat ». Elle précise que « la conservation de la nature, et notamment de la flore et de la faune sauvages, doit donc tenir une place importante dans la planification pour le développement économique »¹.

¹ Principe 4.

Vingt années plus tard, au cours de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement durable (Sommet de Rio, 1992), a été adoptée la Convention sur la Diversité biologique (CDB)². La préoccupation pour la conservation de la flore et la faune (sauvages) s'est alors transformée en nécessité d'assurer une utilisation durable « des éléments constitutifs de la diversité biologique »³ ; une conception plus large, incorporant les espèces domestiques. À cet égard, la diversité biologique ou « biodiversité » est définie comme la « variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes »⁴.

Notre étude porte sur la prospection de la biodiversité, prospection biologique ou « bio-prospection », activité d'utilisation (ou d'exploitation) de la diversité biologique qui consiste en l'extraction de ses « ressources génétiques ». Celle-ci doit s'accomplir en conformité avec les dispositions de la CDB. À cet égard, les ressources génétiques sont définies par la Convention comme « le matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle »⁵. Par ailleurs, le matériel génétique est « le matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité »⁶.

Aujourd'hui, le débat sur la diversité biologique, en particulier sur l'accès et l'utilisation de ses ressources génétiques, semble avoir pris sa réelle dimension. En effet, le débat actuel sur la biodiversité touche divers champs d'action et s'enracine donc simultanément dans plusieurs forums internationaux. Une première dimension du débat est liée aux aspects *culturels*, comme les savoirs traditionnels des communautés et leur interdépendance avec la biodiversité ; des discussions existent à ce propos au sein de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (Unesco) ou encore dans le cadre des conférences des États membres de la CDB. Une deuxième dimension est rapportée aux enjeux *commerciaux*, comme les droits de propriété sur le vivant ; elle est prise en compte à l'OMPI et dans le cadre de la CDB, mais aussi au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Une troisième dimension est celle des enjeux *environnementaux*, où les discussions portent sur la conservation et la diminution de la biodiversité ; cette dimension est envisagée non seulement à l'OMC et dans le contexte de la CDB, mais également dans le cadre du Programme de Nations Unies pour l'environnement (PNUE). Enfin, une quatrième dimension du débat touche les enjeux *agroalimentaires* puisqu'il faut éviter une trop forte érosion de la diversité génétique, sachant que le but de l'agronomie vise traditionnellement à l'amélioration de la productivité des plantes ; ces enjeux font l'objet de débats parmi les États membres de la CDB, à l'OMC et, plus largement, au sein de l'Organisation de Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et de l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV).

L'activité de bio-prospection se rapporte à chacun de ces champs d'action et est liée – d'une manière ou d'une autre – aux travaux de ces nombreux organismes internationaux⁷. Une telle

² Convention sur la Diversité Biologique, 5 juin 1992, Rio de Janeiro, Brésil.

³ CDB Article 2, définition d'« utilisation durable ».

⁴ CDB Article 2, définition de « diversité biologique ».

⁵ CDB, Article 2, définition de « ressources génétiques ».

⁶ CDB, Article 2, définition de « matériel génétique ».

⁷ Voir, en ce sens, Convention sur la Diversité Biologique, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, Analyse des instruments juridiques nationaux, régionaux et internationaux existants et autres instruments liés à l'accès et au partage des avantages et expériences acquises dans leur application, y compris les lacunes, UNEP/CDB/WG-ABS/3/2, du 10 novembre 2004.

situation est à l'origine d'un débat confus et fractionné, au travers de multiples forums⁸ ; des circonstances qui ne contribuent pas à l'adoption éventuelle d'un instrument normatif international régissant la bio-prospection d'une manière plus stricte ou plus précise.

De fait, l'activité de bio-prospection se développe principalement dans un cadre contractuel. Les contrats mettent en situation d'obligations mutuelles les acquéreurs (utilisateurs) des ressources génétiques de la biodiversité et les fournisseurs de celle-ci. L'objet de ces contrats de bio-prospection :

- est relatif au vivant (plutôt, au végétal) et renvoie donc à la question de la possibilité de sa « brevetabilité » ainsi qu'à sa protection moyennant un certificat d'obtention végétale (COV) ou un autre système de protection *sui generis* de propriété intellectuelle⁹ ;
- implique l'agriculture, les forêts tropicales, les mers, les hauts et les grands fonds marins tropicaux et tempérés – territoires sans aucune souveraineté étatique – et les génomes de la biodiversité (hors génome humain) ;
- inclut le développement de nouveaux médicaments, aliments et autres produits ;
- est relativement sensible car il se construit par ailleurs sur des objectifs commerciaux visant une très haute valeur ajoutée, induisant par là de grands déséquilibres entre fournisseurs et acquéreurs en ce qui concerne le partage des avantages ou des bénéfices ;
- concerne principalement les populations situées dans la sphère du sous-développement, en observant bien que celles-ci peuvent posséder des savoirs qui ont une certaine valeur parce qu'ils sont considérés comme étant utiles.

Au cours de ces trente-cinq dernières années, l'utilisation de la biodiversité (de ses ressources génétiques), notamment dans le domaine végétal, s'est considérablement intensifiée. Ceci a provoqué des réactions en provenance des défenseurs de l'environnement et des populations locales, apportant les preuves d'une érosion (voire d'une destruction), d'une surexploitation du milieu naturel au détriment des populations du Sud et des zones tropicales en particulier, très riches dans ce domaine. Ce constat, établi lors du sommet de Johannesburg sur le développement durable (2-4 septembre 2002), se retrouve dans le considérant 13 de la Déclaration adoptée à l'issue de cet événement : « l'environnement mondial continue d'être malmené. La réduction de la diversité biologique se poursuit, le domaine halieutique continue de se réduire, la désertification progresse dans des terres naguère fertiles... »

L'examen des propositions avancées montre, s'il en était besoin, l'ampleur des dérives qui ont eu lieu lors d'opérations contractuelles de bio-prospection. À cette occasion, notre propos sera de savoir si le contrat de bio-prospection est protecteur de l'environnement et des populations du Sud, s'il n'est que l'instrument d'une course effrénée vers la découverte de la « plante miracle »,

⁸ À titre d'exemple, au Conseil des Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) de l'OMC, en particulier sur la possibilité d'instaurer une obligation de déclarer l'origine des ressources génétiques, l'Union européenne (à l'époque les Communautés européennes) a indiqué que les travaux sont à mener sur ce point « dans le cadre de l'OMPI, de la CDB et de la FAO et, là où cela serait pertinent, dans le contexte des ADPIC » ; Organisation Mondiale du Commerce, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Relation entre l'accord sur les ADPIC et la Convention sur la Diversité Biologique, Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées, Note du Secrétariat, IP/C/W/368, 8 août 2002, p. 4.

⁹ Cf. Article 27 de l'Accord ADPIC (OMC) : « 3. Les Membres pourront aussi exclure de la brevetabilité : a) les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux; b) les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, autres que les procédés non biologiques et microbiologiques. Toutefois, les Membres prévoiront la protection des variétés végétales par des brevets, par un système *sui generis* efficace, ou par une combinaison de ces deux moyens. Les dispositions du présent alinéa seront réexaminées quatre ans après la date d'entrée en vigueur de l'Accord sur l'OMC ».

dont le séquençage du génome donnera naissance à un brevet, source de richesses pour son détenteur ou bien s'il réalise la balance entre les différents intérêts en présence, associant les deux objectifs précédents en suivant une approche de développement durable.

La réponse à cette question se construira progressivement au travers de l'étude du régime juridique de la bio-prospection (Partie I), puis au travers de l'analyse des effets des contrats de bio-prospection (Partie II).

PARTIE I : LE REGIME JURIDIQUE DE LA BIO-PROSPECTION

L'exploitation des ressources génétiques des milieux naturels est censée, au regard de la CDB, se faire en respectant l'objectif de contribution à la conservation de la biodiversité, souligné dans l'article 1^{er} de ladite Convention. En outre, la Convention réaffirme « que les États ont des droits souverains sur leurs ressources biologiques »¹⁰, mais qu'ils « sont responsables de la conservation de leur diversité biologique et de l'utilisation durable de leurs ressources biologiques »¹¹. L'exploitation de ces dernières doit donner lieu à un partage des avantages qui en découlent : « chaque Partie contractante prend toutes les mesures possibles pour encourager et favoriser l'accès prioritaire sur une base juste et équitable »¹².

En outre, les articles 15 et 16 de la CDB contiennent les bases juridiques concernant l'accès aux ressources génétiques situées dans le territoire d'une des parties (États), auquel s'ajoute le transfert de technologie. L'alinéa 2 de l'article 15 établit ainsi que « chaque Partie contractante s'efforce de créer les conditions propres à faciliter l'accès aux ressources génétiques aux fins d'utilisation écologiquement rationnelle par d'autres parties contractantes et de ne pas imposer de restrictions allant à l'encontre des objectifs de la présente Convention ».

Dans le même article 15, ses alinéas 4 et 7¹³ sont essentiels pour commencer à délimiter la nature de l'activité (et de la relation) de bio-prospection. Ces normes accentuent notamment le caractère consensuel (contractuel) de la bio-prospection, en précisant par exemple que l'accès aux ressources génétiques se fera dans le respect des « conditions convenues d'un commun accord ». De cette manière, l'accord des parties est fondamental dans la bio-prospection et se traduit par un contrat dans lequel les multiples aspects de la relation de bio-prospection seront définis.

Le droit international – essentiellement constitué par la CDB – fixe des principes directeurs pour la bio-prospection (a). Ces principes sont relativement vagues et appellent l'adoption d'instruments complémentaires pour leur mise en œuvre. Ces instruments complémentaires sont de

¹⁰ CDB, Considérant 4. Voir aussi les Articles 3 et 15.1.

¹¹ CDB, Considérant 5. Dans le même sens, voir ses articles 3, 4 et 15.1.

¹² CDB, Art. 19, alinéa 2. Aussi voir le considérant 13.

¹³ CDB, Art. 15 : « 4. L'accès, lorsqu'il est accordé, est régi par ces conditions convenues d'un commun accord et est soumis aux dispositions du présent article. [...] 7. Chaque Partie contractante prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées (...) pour assurer le partage juste et équitable des résultats de la recherche et de la mise en valeur ainsi que des avantages résultants de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques avec la Partie contractante que fournit ces ressources. Ce partage s'effectue selon des modalités mutuellement convenues ». Il est nécessaire à cet égard de se souvenir des objectifs de la CDB, détaillés dans son article 1^{er} : « les objectifs de la présente Convention, dont la réalisation sera conforme à ses dispositions pertinentes, sont 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 génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des techniques pertinentes, compte tenu de tous les droits sur ces ressources et aux techniques, et grâce à un financement adéquat ».

nature principalement contractuelle (b). Cependant, une telle approche s'avère insuffisante lorsqu'on est en présence de ressources génétiques qui ne sont soumises à aucune souveraineté (c).

a) Principes directeurs

À la lecture de la CDB, on peut mettre en évidence trois « principes » directeurs en matière de bio-prospection :

- 1) La facilitation de l'accès aux ressources génétiques pour une utilisation écologiquement rationnelle ;
- 2) le partage juste et équitable des profits (monétaires ou non-monétaires) et ;
- 3) le transfert de technologie (CDB, Art. 16).

L'article 8, alinéa j, de la CDB exprime par ailleurs un « principe » complémentaire : la participation des communautés autochtones et locales dans le processus de négociation vers l'accès aux ressources, connaissances, innovations et pratiques qui constituent leurs modes de vie traditionnels ainsi que le partage des profits.

Ces quatre principes constituent la base juridique internationale de l'activité de bio-prospection. Cependant, ces énoncés contiennent des expressions ayant une signification indéterminée, voire ambiguë, comme par exemple « facilitation de l'accès », « écologiquement rationnelle », « juste et équitable », « transfert » ou « participation ». Ces caractéristiques ne sont pas étonnantes dans un texte du droit international, mais il est vrai qu'elles entravent également l'efficacité du texte et l'application de ces principes. La mise en œuvre de ces derniers exige donc des précisions préalables, des définitions qui peuvent être trouvées à l'échelle nationale.

A cette échelle, on trouve diverses définitions à ce sujet. Par exemple, en ce qui concerne le principe d'accès aux ressources génétiques pour une utilisation écologiquement rationnelle, l'approche recommandée par la République tchèque est d'envisager la « possibilité donnée par le fournisseur d'acquérir des informations et des échantillons de ressources génétiques en vue d'utilisations déclarées et de modalités convenues »¹⁴. Cette définition donne alors une importance essentielle à l'accord entre les parties et limite *a priori* l'accès à l'acquisition des échantillons et des informations.

Une deuxième définition énonce qu'il s'agit d'un accès « pour la recherche et l'utilisation des caractéristiques génétiques de la diversité biologique, sans possession »¹⁵. Cette dernière approche met l'accent sur la finalité de l'accès et sur la possession des ressources, sans limiter le contenu de l'activité.

Une troisième définition, à caractère plus *normatif*, ajoute que c'est « la mesure par laquelle une partie intéressée, après avoir rempli toutes les conditions juridiques applicables de la législation nationale ou internationale, utilise des ressources génétiques. L'autorisation applicable obtenue est personnelle et non transférable, et peut être accordée par l'autorité nationale compétente uniquement s'il existe une preuve irréfutable du consentement préalable en connaissance de cause,

¹⁴ Source : République Tchèque, Annexe à la soumission de la Commission européenne, *in* Convention sur la Diversité Biologique, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, Examen approfondi des questions en suspens relatives à l'accès et au partage des avantages : utilisation des termes, définitions et/ou glossaire, selon qu'il conviendra, UNEP/CDB/WG-ABS/3/4 du 15 novembre 2004, p. 2.

¹⁵ Source : Madagascar, *in* Convention sur la Diversité Biologique, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *ibid*.

du détenteur ou du propriétaire de la ressource en question, et s'il y a suffisamment de mécanismes de surveillance et de contrôle en place visant l'utilisation de ces ressources »¹⁶. Cette dernière définition contient beaucoup plus de précisions que les autres. Néanmoins, ces trois définitions, prises ensemble, représentent un échantillon des différentes approches possibles vers l'application – au niveau national – du principe concernant la facilitation de l'accès aux ressources génétiques¹⁷.

Avec ces exemples, on constate la difficulté de parvenir à une interprétation univoque des principes directeurs et, par conséquent, à leur application « harmonisée ». La situation semble se compliquer avec l'importance du rôle central qu'occupe l'accord des parties, c'est-à-dire du cadre contractuel qui encadre chacune des relations de bio-prospection.

La question fondamentale repose sur le fait que les contrats sont aujourd'hui la base réelle encadrant la bio-prospection. Ces instruments doivent développer les principes directeurs instaurés par la CDB et « intégrer la protection des intérêts des populations locales et, plus généralement, la conservation de la diversité biologique aux contrats d'accès aux ressources génétiques pose (...) plusieurs types de difficultés »¹⁸. D'une manière générale, il semblerait que les contrats de bio-prospection concentrent leurs clauses sur les aspects économiques et commerciaux de la relation. Cependant, la « flexibilité » et la quantité des instruments ne permettent pas d'affirmer une réelle confirmation de cette tendance¹⁹.

Cette appréciation – naturellement subjective – peut se fonder sur le fait que le contrat est notamment un instrument de droit privé, utilisé dans le champ des intérêts principalement privés. Mais, dans le cas particulier des contrats de bio-prospection, il existe une convergence entre les intérêts particuliers et l'intérêt général. Le contrat est, en effet, censé contribuer à la réalisation des objectifs du développement durable, comme la protection de l'environnement et des intérêts culturels et socioéconomiques des communautés autochtones²⁰. Ceci nous conduit à regarder les conditions dans lesquelles les parties interviennent au contrat de bio-prospection.

b) Les parties au contrat de bio-prospection et leurs obligations

En général, le contrat se caractérise par deux parties présentant un rapport de forces qui a été historiquement déséquilibré²¹. Les contrats se nouent majoritairement entre des entreprises privées – personnes morales de droit privé – appartenant habituellement à un pays développé et des instituts

¹⁶ Source : Amigos de la Tierra/Costa Rica, *in* Convention sur la Diversité Biologique, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, *op. cit.*, p. 3.

¹⁷ Pour des exemples concernant les autres principes directeurs de la relation de bio-prospection, voir notamment l'approche adoptée par le Règlement costaricien sur l'accès aux ressources génétiques de la biodiversité qui se trouvent *ex situ* : Reglamento para el Acceso a los Elementos y Recursos Genéticos y Bioquímicos de la Biodiversidad en condiciones *ex situ*, Decreto Ejecutivo N° 33697-MINAE de 6 de febrero de 2007, publicado en el Diario Oficial La Gaceta N° 74 de 18 de abril de 2007.

¹⁸ NOIVILLE C., *Ressources génétiques et Droit, Essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines*, éd. Pedone, Paris, 1997, p. 379.

¹⁹ Dans un sens similaire, voir NOIVILLE C., *op. cit.*, pp. 376-387. Adde MORIN J.-F., « Ressources génétiques : les mirages des contrats de bio-prospection », *Revue Vivant*, Québec, N° 3, 2001, et le tableau des contrats de bio-prospection, www.vivantinfo.com.

²⁰ Dans un sens similaire, voir NOIVILLE C., *op. cit.*, pp. 330 et 378.

²¹ Dans la même optique, voir KISS A.-C. et BEURIER J.-P., *Droit International de l'environnement*, éd. Pedone, Paris, 3^e éd., 2004, p. 369. Adde NOIVILLE C., *op. cit.*, pp. 324-325.

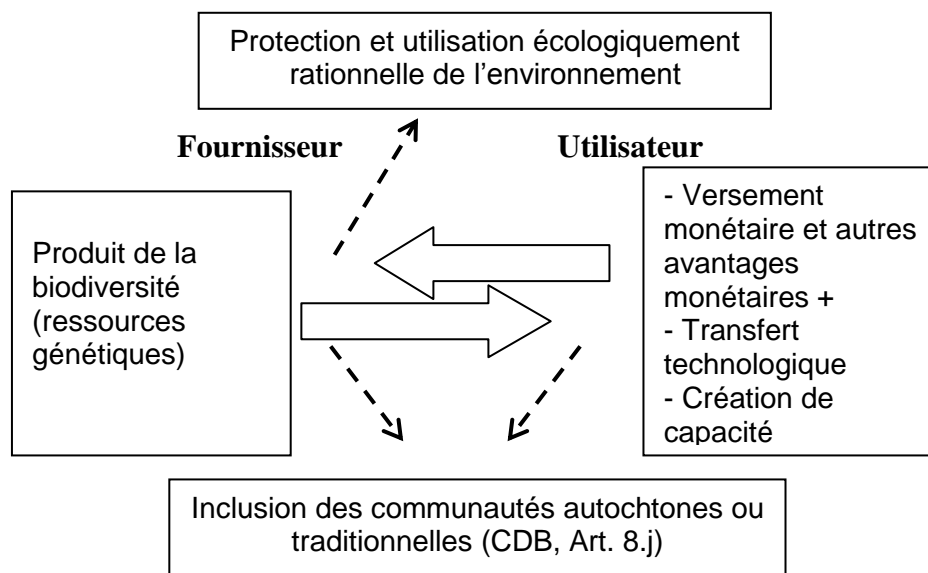
(fournisseurs) capables de donner l'accès légitime à la diversité biologique d'un pays en développement²².

Dans la CDB, il a été prévu que les États parties se réuniraient régulièrement (lors de la « Conférence des parties ») pour dresser un bilan de la situation concernant les exploitations et les utilisations diverses de la biodiversité (ainsi que celle de ses ressources génétiques). Devant les multiples dénonciations et avertissements concernant les atteintes à la biodiversité (érosion, « bio-piraterie » *etc.*), la Conférence des parties a commencé à développer un cadre juridique international plus détaillé sur la base des principes fondateurs de la CDB. La Conférence a ainsi adopté les *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation*²³. Ces lignes directrices – fondées sur une démarche volontaire – apparaissent comme la première étape vers un véritable cadre international – harmonisé – d'encadrement des contrats de bio-prospection. Il faut remarquer qu'à la différence de la CDB, les lignes directrices de Bonn ne s'adressent pas exclusivement aux États. Elles utilisent une nouvelle terminologie pour les parties de la relation contractuelle de bio-prospection : le « fournisseur », « l'utilisateur » et la « partie prenante ». Une telle terminologie vise à étendre le champ d'application de la CDB, en incluant les personnes privées ressortissantes des États membres de la Convention, qu'elles soient physiques ou morales.

Au regard des principes directeurs, 4 obligations au moins s'imposent aux parties :

- Le partage des bénéfices et avantages résultant de l'exploitation des ressources génétiques par les utilisateurs ;
- Le transfert des technologies pouvant servir à la conservation du milieu par les utilisateurs ;
- La contribution à la conservation et à l'utilisation durable de la diversité biologique (obligation incombant au fournisseur) *via* le versement de fonds par les utilisateurs aux fournisseurs ;
- L'inclusion des communautés autochtones ou traditionnelles dans la négociation et dans le partage des avantages.

L'aménagement contractuel de ces obligations est illustré dans le tableau suivant:



²² Dans la même optique, voir KISS A.-C. et BEURIER J.-P., *op. cit.*, p. 371. *Adde* NOIVILLE C., *op. cit.*, p. 377. Voir également la Déclaration de Cancún des pays « hyperdivers animés du même esprit », *in* A/CONF.199/PC/17 - 15 avril 2002.

²³ Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, Décision VI/24, La Haye, avril 2002.

Les Lignes directrices de Bonn semblent aller dans le sens des objectifs et des engagements enfermés dans les considérants 16, 17, 23 et 29 de la Déclaration de Johannesburg²⁴, notamment lorsque la bio-prospection débouche sur un brevet ou un autre droit de propriété intellectuelle, permettant de présager un retour sur investissement : ce qui nous met en relation avec les effets du contrat²⁵. Cependant, préalablement aux analyses sur les effets des contrats de bio-prospection, il est nécessaire d'ajouter quelques observations sur la situation particulière de la bio-prospection marine, principalement sur la situation des ressources génétiques qui ne sont soumises à aucune souveraineté étatique.

c) La situation des ressources génétiques qui ne sont soumises à aucune souveraineté étatique

Les ressources génétiques marines entrent aussi dans le champ de la bio-prospection. De récentes découvertes ont révélé l'existence d'organismes vivants et d'écosystèmes vraiment surprenants²⁶, comme des êtres qui n'ont aucun rapport avec la photosynthèse, mais ont en revanche besoin de sulfures métalliques pour vivre (chimiosynthèse) ; cet écosystème se développe alors grâce aux bactéries et non grâce aux végétaux²⁷. On peut citer d'autres exemples : les écosystèmes des récifs coralliens d'eau froide²⁸, la situation des bactéries « extrémophiles », qui habitent dans des endroits extrêmes comme le fond marin, les baleines et leurs squelettes – elles produisent des enzymes qui agissent sur les protéines et les huiles des os de baleine, et ces enzymes peuvent être utilisées comme additifs industriels²⁹.

Il est évident que les instituts de recherche et les industries liées à l'exploitation des ressources génétiques sont très intéressés par cette biodiversité possédant des caractéristiques « inconnues »³⁰. En effet, elle présente de nouvelles potentialités scientifiques et commerciales.

Sur le plan juridique, il existe au moins trois régimes différents applicables aux zones couvertes par les océans. Ce sont : i) la mer territoriale ; ii) le plateau continental et la zone économique exclusive ; et iii) la haute mer et la zone internationale – fonds marins³¹. Cette classification est définie par la Convention de Montego Bay (CMB)³².

Concernant l'accès aux ressources génétiques, la mer territoriale³³ est considérée comme une « extension » du territoire de l'État, où s'exerce une souveraineté pleine³⁴. A cet égard, le régime

²⁴ De 2-4 septembre 2002, renforcé par la Déclaration de Doha de 2003.

²⁵ Voir *infra*, la Partie II de ce travail.

²⁶ Campagnes d'explorations dans les années 70 avec, notamment, le submersible Alvin (États-Unis).

²⁷ Découverte des animaux associés aux sites « hydrothermaux » sur les dorsales océaniques.

²⁸ PNUE et autres, *Récifs coralliens d'eau froide*, 2004 ; Conseil International pour l'Exploitation de la Mer, *Advisory Committee on Ecosystems, Study on Cold-Water Corals*, ICES CM 2003/ACE:02, Ref E, Copenhagen, 2003.

²⁹ ARTIGAS C., *Minería en la zona internacional de los fondos marinos. Situación actual de una compleja negociación*, Santiago, CEPAL-División de Recursos Naturales e Infraestructura, 2001, p. 23.

³⁰ À titre d'exemple, voir : IFREMER, *Biodiversité en environnement marin, Synthèse et recommandations en sciences environnementale et sociale*, Rapport à l'Ifremer de l'expertise collective en biodiversité marine (version au 25 août 2010). Voir également UNU-IAS, *Bioprospecting of Genetic Resources in the Deep Seabed: Scientific, Legal and Policy Aspects*, Rapport rédigé par S. Arico et C. Salpin, 2005.

³¹ Dans le même sens, NOIVILLE C., *op. cit.*, p. 366.

³² Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, 10 décembre 1982.

³³ CMB, articles 17 et suivants. La mer territoriale comprend les eaux intérieures maritimes – situées entre le littoral et la ligne de base de la mer – et les 12 milles marins adjacents aux côtes de l'État riverain.

³⁴ CMB, article 2.1.

(notamment contractuel) instauré par la CDB est applicable. Il existe un État fournisseur – État côtier, selon la terminologie de la CMB – qui encadre et autorise l'accès à ses ressources génétiques³⁵.

Le régime juridique de la bio-prospection dans les autres zones nécessite une analyse plus détaillée. Tout d'abord, on doit remarquer que la CDB s'applique aux États contractants « lorsqu'il s'agit de processus et d'activités qui sont réalisés sous sa juridiction ou son contrôle, que ce soit à l'intérieur de la zone relevant de sa juridiction nationale ou en dehors des limites de sa juridiction nationale, indépendamment de l'endroit où ces processus et activités produisent leurs effets »³⁶. Il est possible d'interpréter que cette disposition permet l'application des règles relatives à l'accès aux ressources génétiques de la CDB dans les zones sans aucune souveraineté étatique. Cependant, les dispositions de l'article 15 de la CDB se fondent sur la présomption de l'existence d'un État fournisseur, souverain sur ses ressources génétiques. De cette manière, ces zones présentent une véritable difficulté pour la réalisation d'un contrat.

L'accès aux ressources génétiques dans la zone économique exclusive³⁷ et sur le plateau continental³⁸ peut bien reposer sur un contrat. En effet, dans les deux cas, les États côtiers ont des droits souverains « aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques et non biologiques, des eaux subjacentes aux fonds marins, des fonds marins et de leur sous-sol »³⁹. De même, ils ont un pouvoir de contrôle sur la recherche scientifique, la protection et la préservation du milieu marin.

A cet égard, la CMB établit divers principes sur la coordination entre les États dans le cadre de la recherche scientifique⁴⁰. En réalité, « on voit que le principe du consentement, qui régit l'accès aux ressources génétiques de la zone économique et du plateau continental, cède en réalité la place à une procédure proche de la notification »⁴¹. La bio-prospection est soumise au consentement de l'État côtier, « mais celui-ci doit "normalement" y consentir »⁴².

En revanche, dans la haute mer il n'existe pas de souveraineté étatique⁴³. Cette zone est déterminée par la liberté de navigation, de pêche et de recherche⁴⁴. Les dispositions de l'article 15 de la CDB ne peuvent pas être appliquées car il n'existe pas un État fournisseur. On peut ainsi soutenir que l'accès aux ressources génétiques reste libre et sans restriction⁴⁵.

La situation d'accès libre est également présente pour ce qui concerne le domaine des fonds marins et du sous-sol (zone internationale) « au-delà des limites de la juridiction nationale »⁴⁶. Ces zones et ses ressources minérales⁴⁷ sont le « patrimoine commune de l'humanité »⁴⁸. Cette catégorie

³⁵ CDB, article 15 par rapport aux articles 239 et 245 de la CMB.

³⁶ CDB, Article 4, alinéa b). Soulignés ne correspondent pas très précisément à l'original.

³⁷ CMB, Partie V.

³⁸ CMB, Partie VI.

³⁹ CMB, Article 56, § 1, alinéa a.

⁴⁰ Voir, par exemple, les sections 2 et 3 de la partie XIII de la CMB.

⁴¹ NOIVILLE C., *op. cit.*, p. 369.

⁴² *Ibid.*, p. 371.

⁴³ *Ibid.*, p. 373.

⁴⁴ CMB, Article 87.

⁴⁵ Voir aussi NOIVILLE C., *op. cit.*, pp. 373, 374 et 376 et ARTIGAS C., *Minería en la zona internacional de los fondos marinos. Situación actual de una compleja negociación*, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁶ CMB, Article 1, § 1, alinéa 1.

⁴⁷ CMB, Article 133, alinéa a) : « toutes les ressources minérales solides, liquides ou gazeuses *in situ* qui, dans la Zone, se trouvent sur les fonds marins ou dans leur sous-sol, y compris les nodules polymétalliques ».

les exclut de la possibilité d'une revendication⁴⁹. Cependant, on ne peut pas affirmer qu'une telle situation soit extensible aux organismes vivants qui sont au contact du fond marin⁵⁰. La CMB encadre l'accès aux ressources minérales des fonds marins, mais les ressources génétiques ne sont pas soumises à une régulation similaire.

À ce propos, l'Autorité internationale des fonds marins (AIFM) a été créée par la CMB avec pour objectif primordial de mettre en place une réglementation sur l'exploration et l'exploitation des minéraux des fonds marins⁵¹. L'AIFM a adopté en juillet 2000 le Règlement relatif à la prospection et à l'exploration des nodules polymétalliques dans la Zone (fond marin), instrument destiné à réguler les activités des investisseurs pionniers. Dans ce qui fait figure de code, on trouve des normes pour la protection des écosystèmes et de la biodiversité associée autour de ces dépôts (dans la logique d'une extraction et d'une utilisation rationnelle de ces ressources minérales)⁵². De cette manière, l'AIFM a manifesté la nécessité d'une recherche parallèle sur la préservation de la biodiversité, la protection des espèces animales et la détermination des dégâts causés par les activités d'exploration et d'exploitation en grande profondeur. Dans ces zones, tout comme dans la haute mer, l'approche contractuelle n'a pas de place.

PARTIE II. ANALYSE DES EFFETS DU CONTRAT

Le contrat de bio-prospection produit des effets juridiques, c'est-à-dire des droits et des obligations pour les parties signataires ou des droits pour une tierce partie. Cependant, on doit aborder ce sujet avec une perspective critique pour répondre à la question initiale. Lorsque l'on parle d'avantages, il s'agira de prendre en considération le fournisseur (b) et l'utilisateur ou acquéreur (a).

a) Utilisation par l'acquéreur du produit de la bio-prospection

Le produit de la bio-prospection est une espèce de « matière première ». En conséquence, l'acquéreur doit faire des recherches sur ce « produit » pour tenter de développer un autre produit élaboré, qui soit utile pour une autre finalité (santé, alimentation, *etc.*).

De même, si l'acquéreur développait un nouveau produit utile (à partir de la base de produit de la bio-prospection), il peut lui donner un usage commercial ou non. En effet, si l'acquéreur est une entreprise, il est très probable que la finalité de la recherche (et de la relation contractuelle) sera la mise sur le marché d'un produit. Mais, si l'acquéreur est une institution académique ou de recherche, la finalité pourrait être différente⁵³.

⁴⁸ CMB, Article 136.

⁴⁹ CMB, Article 137.

⁵⁰ Dans la même idée, voir NOIVILLE C., *op. cit.*, p. 373.

⁵¹ CMB, Articles 156 et 157. Voir aussi L'Accord relatif à l'application de la partie XI de la Convention, du 10 décembre 1982.

⁵² Sur le sujet, voir: ARTIGAS C., *op. cit.*

⁵³ Voir par exemple la décision adoptée par le *Cancer Research UK* sur le « brevet européen sur BRCA2 (le deuxième gène impliqué dans les cas héréditaires de cancer du sein) », par laquelle « tous les laboratoires publics européens seront dispensés du paiement d'une licence pour travailler sur ce gène », ou le cas de l'Université de Californie qui, quant à elle, a « instauré, en partenariat avec une trentaine d'autres universités américaines et deux fondations (...) un système de (...) "*clearing house*" (...) dans le domaine des biotechnologies végétales » ; BENOIT BROWAEYS D., « Quand les brevets freinent la recherche », *Revue Vivant*, N° 2, www.vivantinfo.com. Le concept de *clearing house* doit être entendu dans ce contexte comme

Le produit développé peut faire l'objet d'un brevet ou d'un autre droit de propriété intellectuelle (comme une obtention végétale). Par rapport au problème de la constitution des droits de brevet, il existe actuellement une controverse très intéressante sur la relation entre la propriété intellectuelle, les ressources génétiques, le savoir traditionnel (culturel) et le folklore⁵⁴. Cette discussion est liée à la disposition de l'article 8 alinéa (j) de la CDB, qui est – à notre avis – un principe directeur des relations contractuelles de bio-prospection.

En conséquence, les États et l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle sont de plus en plus conscients de la problématique de la « brevetabilité » abusive et illégitime du savoir traditionnel et du folklore⁵⁵. C'est si vrai qu'aujourd'hui la protection du savoir traditionnel et du folklore est considérée par quelques auteurs comme une limite ou frontière à la « brevetabilité »⁵⁶. De même, il existe une proposition pour créer un nouveau droit de propriété intellectuelle *sui generis* pour la protection de ces savoirs⁵⁷, mais la controverse perdure...

Une autre limite aux possibilités de brevetabilité se situe par rapport au domaine du vivant. En dépit du fait que celui-ci n'ait jamais été formellement exclu de la brevetabilité⁵⁸, le débat sur le sujet reste très intense. Il a lieu à l'échelle internationale comme au niveau national. Les arguments utilisés dans ces discussions sont de diverses natures et incluent des aspects d'ordre juridique, moral, éthique, religieux *etc.*⁵⁹ A cet égard, l'article 27-3, b de l'ADPIC précise que « les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes et les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux autres que les procédés non biologiques et microbiologiques » pourront être exclus de la brevetabilité (mais ils ne sont pas exclus des autres droits de propriété intellectuelle différents des brevets, comme les certificats d'obtention végétale, par exemple). On doit remarquer que cette disposition de l'ADPIC exprime une possibilité d'exclusion, mais celle-ci n'est pas une obligation pour les États membres de l'OMC. En revanche, on constate l'existence d'un « mouvement croissant de brevetabilité du vivant »⁶⁰, c'est-à-dire que la limite à la brevetabilité est en train de se déplacer vers une position plus souple.

Ce « mouvement » génère des préoccupations bien fondées sur l'importance que revêt le domaine de la bio-prospection marine – qui semble devenir une priorité mondiale de recherche –, par exemple en ce qui concerne le captage des hydrates de carbone au niveau de la limite du plateau continental (telle qu'elle est définie dans la CMB). L'AIFM est l'autorité qui délivre des permis

une organisation qui collecte et échange l'information au nom d'autres personnes ou organisations ; *Oxford Advanced Learner's Dictionary*, Oxford University Press, 6^e ed., 2000, p. 217.

⁵⁴ De même, les savoirs traditionnels associés aux ressources génétiques.

⁵⁵ La problématique est la concession d'une exploitation exclusive temporaire d'une connaissance qui est traditionnelle (immémoriale ou récente) ou une partie de la culture ou du folklore d'une communauté particulière.

⁵⁶ En ce sens, voir SAMBUC H.-P., *La Protection Internationale des Savoirs Traditionnels, La nouvelle frontière de la propriété intellectuelle*, éd. L'Harmattan, Logiques Juridiques, Paris, 2003.

⁵⁷ Voir par exemple la proposition du Groupe de Pays Riches en Diversité Biologique accordée dans sa 2^e réunion réalisée dans la Vallée de l'Urubamba, à Cusco, le 29 novembre de 2002. ; Organisation Mondiale du Commerce, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Compte-rendu de la réunion du 18-19 février, Op. Cit., p.23.

⁵⁸ CLAEYS A., *Rapport sur la Brevetabilité du Vivant*, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Assemblée Nationale, Rapport n° 3502, Sénat, Rapport n° 160, 2001, pp.15-17.

⁵⁹ Voir par exemple : Organisation Mondiale du Commerce, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Relation entre l'accord sur les ADPIC et la Convention sur la Diversité Biologique, Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées, Note du Secrétariat, IP/C/W/368, 8 août 2002.

⁶⁰ CLAEYS A., *op. cit.*, pp. 20-23.

d'exploration et d'exploitation, notamment dans des domaines très sensibles que sont les sulfures polymétalliques et les croûtes cobaltifères. Il ne s'agit pas de grandes campagnes d'exploitation, mais plutôt d'une étude d'impact sur les conséquences écologiques qui en résulteraient à l'avenir. On peut également supposer que le grand public est de plus en plus conscient et concerné par la problématique environnementale et le manque d'encadrement de la bio-prospection marine. Les États signataires de la CDB et de la CMB pourraient concéder à une organisation internationale un pouvoir de régulation et de contrôle de l'activité qui pourrait être confié à l'AIFM. Cependant, cette nouvelle dimension des compétences de l'AIFM passe par une modification préalable du texte de la CMB.

b) Effets pour le fournisseur⁶¹ de la biodiversité

En principe, le « fournisseur » est l'État du pays d'origine de ces ressources⁶². Toutefois, chaque État doit réguler l'accès à ses ressources par le biais de son droit national⁶³. En effet, une législation nationale peut désigner l'État lui-même en tant que « fournisseur » ou une toute autre personne, par exemple une ONG ou une entreprise publique, privée ou mixte, une institution de recherche ou académique (monopole), ou encore différentes personnes (marché/oligopole/monopole relatif)⁶⁴. C'est la raison pour laquelle il est possible qu'il n'y ait aucune législation nationale en ce domaine, situation qui entraînerait un de ces deux effets probables : soit une interdiction – *de facto* – de l'accès aux ressources (accès illégal ou clandestin), soit un accès sans restriction aucune (exploitation irrationnelle, qui a été dénoncée principalement entre 1990 et 2000).

En fait, la situation de la législation nationale de chaque pays affectera les droits et obligations du « fournisseur », de sa population ainsi que l'utilisation durable de son environnement. De même, l'ampleur de ces droits et obligations sera déterminée dans le contrat de bio-prospection. Les effets sont tant de nature monétaires *stricto-sensu* (2) que non-monétaires (1).

1. Effets de nature non-monétaire

Le principal effet « non-monétaire »⁶⁵ de la relation contractuelle de bio-prospection est la naissance d'un droit à recevoir un transfert de technologie et de connaissance⁶⁶. À ce titre, les Lignes directrices de Bonn reflètent les principes contenus dans les articles 8 alinéa j) et 16 de la CDB en la matière. Elles ont comme premier objectif de « favoriser le transfert adéquat et effectif de la technologie appropriée aux Parties, spécialement aux pays en développement, et en particulier aux pays les moins avancés et aux petits États insulaires en développement, aux parties prenantes et aux communautés autochtones et locales qui fournissent des ressources génétiques »⁶⁷.

⁶¹ Le terme « fournisseur » est employé car c'est la terminologie utilisée dans les *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation*, même si la Convention de Diversité Biologique n'utilise pas ce terme – elle mentionne uniquement les « ressources qui sont fournies par des Parties contractantes qui sont des pays d'origine de ces ressources ou (...) qui les ont acquises conformément à la présente Convention » (CDB, Articles 15.3 et 2).

⁶² CDB, Article 15.3.

⁶³ CDB, Article 15.1.

⁶⁴ Voir sur ce point Les Lignes directrices de Bonn, *op. cit.*, point 48.

⁶⁵ Les Lignes directrices de Bonn utilisent le terme « avantages non monétaires » ; Appendice II, alinéa 1.

⁶⁶ Voir les exemples contenus dans les Lignes directrices de Bonn, *op. cit.*, Appendice II, alinéa 2.

⁶⁷ Lignes directrices de Bonn, *op. cit.*, Objectifs, point 11, alinéa g).

2. Effets de nature monétaire

Il existe beaucoup d'effets possibles d'ordre « monétaire »⁶⁸, qui peuvent découler d'un contrat de bio-prospection⁶⁹. On peut mentionner, par exemple, les revenus (contreparties) liés à l'accès aux ressources, les droits de brevets (ou de propriété intellectuelle) conjoints, les revenus versés en fonction des brevets (licences et autres) ainsi que des formes de co-entreprises. Il faut insister sur le fait que ces avantages monétaires sont définis dans le contrat lui-même. Cependant, il faut remarquer la difficulté et le caractère « aléatoire » du processus de développement d'un produit « brevetable », susceptible de commercialisation, à partir d'un échantillon prospecté⁷⁰.

De même, la création d'un nouveau marché mondial des ressources génétiques bien encadré pourrait, éventuellement, contribuer au développement des pays du Sud, riches en diversité biologique, et combattre, dans le même temps, « la bio-piraterie et l'accès illicite (à ces) ressources »⁷¹. En effet, à la lecture des Lignes directrices de Bonn, les ressources génétiques sont considérées aujourd'hui comme un produit « de base ou une matière première » quelconque. Devant une telle conception – mercantiliste –, la recommandation faite aux pays membres de la CDB, d'adopter des « dispositifs de certification volontaires pour les institutions qui se conforment aux règles concernant l'accès et le partage des avantages »⁷² est présente dans les Lignes directrices de Bonn (une sorte de commerce équitable).

De la même manière, ces Lignes directrices recommandent l'adoption de « mesures visant à encourager la divulgation du pays d'origine des ressources génétiques et l'origine des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles des communautés autochtones et locales dans les demandes de droits de propriété intellectuelle »⁷³. Actuellement, la certification « commerce équitable » autant que la divulgation du lieu d'origine sont des instruments typiques de l'échange international des produits. Ils sont utilisés par les producteurs et les distributeurs pour obtenir un avantage commercial, ainsi que la différenciation de ces produits face aux consommateurs.

Plusieurs pays en développement ont fait une proposition similaire dans des différents forums internationaux⁷⁴. Ils défendent une déclaration obligatoire de l'origine des ressources génétiques dans la démarche de demande d'un droit de propriété intellectuelle, incluse dans un instrument contraignant de droit international⁷⁵ : « il a été suggéré que l'Accord sur les ADPIC soit

⁶⁸ Les Lignes directrices de Bonn utilisent le terme « avantages monétaires » ; Appendice II, alinéa 1

⁶⁹ Voir les exemples contenus dans les Lignes directrices de Bonn, *op. cit.*, Appendice II, alinéa 1.

⁷⁰ NOUVILLE C., *op. cit.*, p. 380. Voir également Centre d'analyse stratégique, *Rapport au Premier Ministre sur l'Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes, Contribution à la décision publique*, Groupe de travail présidé par Bernard Chevassus-au-Louis, Jean-Luc Pujol rapporteur général), avril 2009, pp. 197-199 et 288.

⁷¹ Organisation Mondiale du Commerce, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle que touchent au commerce, Compte Rendu de la Réunion du 18-19 février, IP/CM/39, 21 mai 2003, Position du groupe de pays riches en diversité biologique, p. 23.

⁷² Lignes directrices de Bonn, *op. cit.*, II. Rôles et responsabilités en matière d'accès et de partage des avantages conformément à l'article 15 de la Convention sur la Diversité Biologique, C. Responsabilités, point 16, alinéa d), paragraphe V.

⁷³ *Ibid*, paragraphe II.

⁷⁴ Voir par exemple : Organisation Mondiale du Commerce, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle que touchent au commerce, *op. cit.*, Position de l'Inde et d'autres pays en développement, p. 25. *Adde* Conférence des parties de la CDB, *Report of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing on the work of its second meeting*, UNEP/CBD/COP/7/6, 10 décembre 2003.

⁷⁵ On doit remarquer que la Suisse approuve la position des pays riches en biodiversité ; Organisation Mondiale du Commerce, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Observations supplémentaires de la Suisse portant sur ses propositions présentées à l'OMPI concernant la

modifié de façon à exiger, ou à permettre, que les Membres de l'OMC exigent que les déposants de demandes de brevet divulguent, comme condition de brevetabilité : a) la source de tout matériel génétique utilisé dans une invention revendiquée ; b) toutes connaissances traditionnelles utilisées pour l'invention ; c) des preuves du consentement préalable donné en connaissance de cause par l'autorité compétente du pays d'origine du matériel génétique ; et d) des preuves du partage juste et équitable des avantages. Il a été suggéré que ces dispositions soient intégrées dans l'Accord sur les ADPIC en modifiant l'article 27:3 b) ou l'article 29 »⁷⁶.

En réponse à cela, des pays développés tels les États-Unis, l'Union européenne et le Japon ont affirmé que « le meilleur moyen d'y parvenir serait la passation de contrats entre les autorités compétentes, qui accordent l'accès aux ressources et à toute connaissance traditionnelle qui s'y rapporte, et ceux qui souhaitent utiliser de telles ressources et connaissances. Conformément à la CDB, les pays pourraient incorporer dans leur législation nationale des prescriptions prévoyant la passation de tels contrats. Il a été avancé que pour avoir une portée réelle ces contrats devraient définir en détail les modalités et conditions dans lesquelles l'accès et l'utilisation étaient accordés, notamment toutes les dispositions relatives à la recherche et à la mise en valeur conjointes, ou au transfert de technologie qui pourraient résulter de l'utilisation des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles auxquelles l'accès allait être accordé. Par exemple, on pourrait exiger que ceux qui souhaitent accéder aux ressources génétiques aux fins de la recherche et du développement partagent les avantages de tout brevet qui pourrait être accordé pour des inventions élaborées au moyen de ces ressources génétiques, y compris en conférant un accès à la technologie »⁷⁷.

Pour l'avenir, les pays riches en diversité biologique préfèrent une régulation internationale contraignante sur les relations contractuelles de bio-prospection. Un tel texte pourrait bien être applicable aux territoires sans aucune juridiction souveraine, comme par exemple les grands fonds marins tropicaux et tempérés. En effet, en l'absence de norme internationale contraignante, la biodiversité de ces territoires reste trop exposée et, de ce fait, peut être victime d'exploitations irrationnelles. Néanmoins, les pays développés cherchent à prolonger le régime actuel⁷⁸, dans lequel leurs entreprises disposent d'une plus grande expérience dans la négociation contractuelle ainsi que d'une puissance d'influence très forte – accentuée par leur gouvernement – dans les décisions et réglementations nationales des pays en développement riches en biodiversité. Dans ce contexte, la contribution des contrats de bio-prospection au développement durable peut être remise en cause.

déclaration de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet, IP/C/W/423, 14 juin 2004.

⁷⁶ Brésil, IP/C/W/228, IP/C/M/32, paragraphe 128, IP/C/M/33, paragraphe 121 et Inde, IP/C/W/195, IP/C/M/24, paragraphe 81 ; pris dans Organisation Mondiale du Commerce, Conseil des aspects des droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la Diversité Biologique, Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées, IP/C/W/368, 8 août 2002, pp. 7-8.

⁷⁷ CE, IP/C/W/254, États-Unis, IP/C/W/257 et Japon, IP/C/M/29, paragraphe 156, IP/C/W/236 ; pris dans Organisation Mondiale du Commerce, Conseil des aspects des droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention sur la Diversité Biologique, *op. cit.*, p. 8. Voir aussi ICC, Discussion paper: *Access and Benefit Sharing: Special Disclosure Requirements in Patent Applications*, Document n° 212-11, 25 May 2005.

⁷⁸ Convention sur la Diversité Biologique, *Report of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing on the work of its third meeting*, UNEP/CBD/WG-ABS/3/7, 10 mars 2005, Annexe, p. 22.

CONCLUSION

Dans l'état actuel des choses, l'importance des législations nationales (cadre normatif) et de la négociation des clauses contractuelles (cadre consensuel) pour une répartition adéquate et équitable des avantages monétaires et non-monétaires dans le pays « fournisseur » est incontestable. Chaque pays « fournisseur » doit adopter une définition normative des mécanismes d'extension des avantages à la société – environnement compris – et une détermination précise des droits (compétences) et responsabilités des personnes publiques et privées. En outre, le pays « fournisseur » doit développer des compétences juridiques, économiques et techniques dans le domaine de la négociation contractuelle.

En l'absence de ces éléments, il est très difficile de penser que les effets (avantages) dérivés des contrats de bio-prospection vont contribuer au développement durable et assurer la protection de l'environnement dans le pays « fournisseur ».

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages et thèses :

- BENTLY, Lionel et SHERMAN, Brad, Intellectual Property Law, New York, Oxford University Press, 2001
- FOYER, Jean et VIVANT, Michel, Le droit des brevets, Paris, Thémis-PUF, 1991
- ILBERT, Hélène et TUBIANA, Laurence, Protection juridique des inventions biotechnologiques : analyse de la directive européenne et propositions, Montpellier, Solagral Collection, 1992
- KISS, Alexandre et BEURIER Jean-Pierre, Droit international de l'environnement, Paris, Editions Pedone, 3^e édition, 2004
- LI, Yuwen, Transfer of technology for deep sea bed mining, the 1982 Law of the Sea Convention and beyond, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, Publications on Ocean Development, Vol.25, 1994
- MATHÉLY, Paul, Le droit européen des brevets d'invention, Paris, Journal des notaires et des avocats, 1978
- NOIVILLE, Christine, Ressources génétiques et Droit, Essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines, France, Editions Pedone, 1997
- PIOTRAUT, Jean-Luc, Droit de la propriété intellectuelle, Paris, Ellipses Édition Marketing S.A., 2004
- QUEFFELEC, Betty, La diversité biologique : outil d'une recomposition du droit international de la nature — l'exemple marin —, Thèse de doctorat en Droit public, Université de Bretagne Occidentale, sous la Direction de Mme Annie Cudennec, 2006.
- SAMBUC, Henri-Phillippe, La protection internationale des savoirs traditionnels – la nouvelle frontière de la propriété intellectuelle-, Paris, L'Harmattan, 2003

Articles :

- ARTIGAS, Carmen, La Autoridad Internacional de los fondos marinos: un nuevo espacio para el aporte del Grupo de Países Latinoamericanos y Caribeños (GRULAC). Santiago, CEPAL-División de Recursos Naturales e Infraestructura, 2000

- ARTIGAS, Carmen, Minería en la zona internacional de los fondos marinos. Situación actual de una compleja negociación. Santiago, CEPAL-División de Recursos Naturales e Infraestructura, 2001
- BENOIT BROWAEYS, Dorothée, Quand les brevets freinent la recherche, Revue Vivant, N°2, www.vivantinfo.com, 2001
- GAMEZ, Rodrigo, The link between biodiversity and sustainable development: Lessons from INBIO's bioprospecting program in Costa Rica, Heredia
- GUEVARA, Ana Lorena, El aporte del INBIO a la sociedad: "El caso de Bioprospección", San José, Revista Ambientico, 2002
- GUPTA, Anil K., WIPO-UNEP Study on the role of intellectual property rights in the sharing of benefits arising from the use of biological resources and associated traditional knowledge, OMPI-PNUE, 2004
- JANKE, Terry, Minding Culture –Case studies on intellectual property and traditional cultural expressions-, Geneva, OMPI, 2003
- KUTTY, P.V. Valsala, National experiences with the protection of expressions of folklore/traditional cultural expressions: India, Indonesia and The Philippines, Gêneve, OMPI, 2002
- LESSER, W., Role of IPR in biotechnology transfer- corporate views, Cornell University-OMPI, www.wipo.int
- MEJÍAS ESQUIVEL, Ronald et SEGURA BONILLA, Olman, El Pago de Servicios Ambientales en Centroamérica, Heredia, CINPE-WRI, 2002
- MORIN, Jean-Frédéric, Ressources génétiques : les mirages des contrats de bioprospection, Québec, Revue Vivant, www.vivantinfo.com, 2001
- OMPI, Consolidated analysis of the Legal Protection of Traditional Cultural Expressions/Expressions of Folklore, Gêneve, 2003
- SITTENFELD, Ana et d'autres, Bioprospecting of biotechnological resources in island countries: Lessons from the Costa Rica experience, publié en Insula International of Island Affairs, 12e Anné, N°1, février, 2003

Rapports :

- Centre d'analyse strategique, Rapport au Premier Ministre sur l'Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes, Contribution à la décision publique, Groupe de travail presidé par Bernard Chevassus-au-Louis, rapporteur général: Jean-Luc Pujol, Avril 2009.
- CLAEYS, Alain, Rapport sur la Brevetabilité du Vivant, Paris, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Assemblée Nationale N° 3502, Sénat N° 160, 2001
- IFREMER, Biodiversité en environnement marin, Synthèse et recommandations en sciences environnementale et sociale, Rapport à l'Ifremer de l'expertise collective en biodiversité marine, Version au 25 août 2010.
- UNU-IAS, Report: Bioprospecting of Genetic Resources in the Deep Seabed: Scientific, Legal and Policy Aspects, rédigé par Salvatore Arico and Charlotte Salpin, 2005.

Actes de colloques :

- Institut de Recherche en Propriété Intellectuelle Henri-Desbois, Les Inventions Biotechnologiques - protection et exploitation- (Paris, 12 octobre 1998), Paris, Litec, N°18, 1999

Papiers de travail des organismes internationaux :

- Convention sur la Diversité Biologique, Conférence des parties, Report of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing on the work of its second meeting, UNEP/CBD/COP/7/6, 10 décembre 2003
- Convention sur la Diversité Biologique, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, Analyse des instruments juridiques nationaux, régionaux et internationaux existants et autres instruments liés à l'accès et au partage des avantages et expérience acquise dans leur application, y compris les lacunes, UNEP/CDB/WG-ABS/3/2, du 10 novembre 2004
- Convention sur la Diversité Biologique, Groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages, Examen approfondi des questions en suspens relatives à l'accès et au partage des avantages : utilisation des termes, définitions et/ou glossaire, selon qu'il conviendra, UNEP/CDB/WG-ABS/3/4 du 15 novembre 2004
- Convention sur la Diversité Biologique, Report of the Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-sharing on the work of its third meeting, UNEP/CBD/WG-ABS/3/7, 10 mars 2005
- ICC, Discussion paper : Access and Benefit Sharing: Special Disclosure Requirements in Patent Applications, Document n° 212-11, 25 May 2005
- IUCN (The World Conservation Union), Prospection Biologique des Ressources Marines – Recommandations-, Kuala Lumpur, 7me réunion de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité Biologique (COP7), 9-20 février 2004
- Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Comité Intergouvernemental sur la Propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore, La Protección de los Conocimientos Tradicionales : Reseña de los Objetivos Políticos y Principios Fundamentales, Genève, 7^e Session, WIPO/GRTKF/IC/7/5, 20 août 2004
- Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Comité Intergouvernemental sur la Propriété intellectuelle et les ressources génétiques, les savoirs traditionnels et le folklore, Resumen del Proyecto de Objetivos Políticos y Principios Fundamentales de la Protección de las Expresiones Culturales Tradicionales/Expresiones del Folclore, Genève, 7^e Session, WIPO/GRTKF/IC/7/3, 20 août 2004
- Organisation Mondiale du Commerce, Comité du commerce et de l'environnement, Examen de l'article 27 :3 B), Communication du Brésil, WT/CTE/W/186, 12 février 2001
- Organisation Mondiale du Commerce, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle que touchent au commerce, Compte rendu de la réunion tenue au Centre William Rappard les 18 et 19 février 2003, IP/C/M/39, 21 mai 2003
- Organisation Mondiale du Commerce, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle que touchent au commerce, L'article 27 :3 b), la relation entre l'accord sur les ADPIC et la Convention sur la Diversité Biologique, et la protection des savoirs traditionnels, Communication de la Suisse, IP/C/W/400/Rev.1, 18 juin 2003
- Organisation Mondiale du Commerce, Conseil des aspects des droit de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Observations supplémentaires de la Suisse portant sur ses propositions présentées à l'OMPI concernant la déclaration de la source des ressources génétiques et des savoirs traditionnels dans les demandes de brevet, IP/C/W/423, 14 juin 2004
- Organisation Mondiale du Commerce, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle que touchent au commerce, Protection des savoirs traditionnelles et du folklore, Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées, Note du Secrétariat, IP/C/W/370, 8 août 2002

Organisation Mondiale du Commerce, Conseil des aspects des droits de propriété intellectuelle que touchent au commerce, Relation entre l'accord sur les ADPIC et la Convention sur la Diversité Biologique, Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées, Note du Secrétariat, IP/C/W/368, 8 août 2002

Union internationale pour la protection des obtentions végétales, Acceso a los recursos genéticos y distribución de beneficios, Respuesta de la UPOV a la notificación con fecha 26 de junio de 2003 del Secretario Ejecutivo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), Genève, 23 octobre 2003

Instruments et déclarations internationaux :

Accord des aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), Marrakech, 1994

Convention des Nations-Unies sur le Droit de la Mer, Montego Bay, 10 décembre 1982

Convention sur la Diversité Biologique, Rio de Janeiro, 5 juin 1992

Déclaration de Cancún des pays hyperdivers animés du même esprit (in A/CONF.199/PC/17), 15 avril 2002

Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-6 juin 1972

Déclaration de Johannesburg, 4 septembre 2002.

Lignes Directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation, La Haye, Décision VI/24, avril 2002

Sites web :

Convention sur la Diversité Biologique (CDB), www.biodiv.org

Instituto Nacional de la Biodiversidad, www.inbio.ac.cr

Organisation des Nations Unies (NU), www.un.org/esa/sustdev

Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), www.wipo.int

Organisation Mondiale du Commerce (OMC), www.wto.org

Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), www.unep.org

Union Internationale pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV), www.upov.int

Revue Vivant, www.vivantinfo.com

World Conservation Union (IUCN), www.iucn.org