



HAL
open science

Le régime juridique de l'accès aux ressources biologiques et du partage des avantages résultant de leur valorisation (APA) en Polynésie française : des objectifs manqués ?

Emmanuelle Gindre

► To cite this version:

Emmanuelle Gindre. Le régime juridique de l'accès aux ressources biologiques et du partage des avantages résultant de leur valorisation (APA) en Polynésie française : des objectifs manqués?. Bernard Costa, Pierre Labrosse, Jean-Yves Meyer, Phila Raharivelomanana. Actes du Colloque CIPAM & Cos 10, 19-23 novembre 2018 - Tahiti, Polynésie française: Nature et Culture: de la recherche à l'innovation, la valorisation et/ou la préservation. 2023, 978-2-9534554-8-9. hal-03959069 , pp.196-205, 2023, 978-2-9534554-8-9. hal-04035505

HAL Id: hal-04035505

<https://hal.science/hal-04035505>

Submitted on 17 Mar 2023

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

10^e Colloque
CIPAM & Cos

19 - 23 novembre 2018 - Tahiti
Polynésie française

LES ACTES

***Nature
& Culture :***

*De la recherche
à l'innovation,
la valorisation
et/ou la préservation.*

Édités par :
Bernard COSTA,
Pierre LABROSSE,
Jean-Yves MEYER,
et Phila RAHARIVELOMANANA



Par Emmanuelle GINDRE

Université de Polynésie française - Campus d'Outumaoro - Punaauia
 B.P. 6570 - 98702 Faa'a - Tahiti - Polynésie française
 Auteur Correspondant : emmanuelle.gindre@upf.pf

Le régime juridique de l'accès aux ressources biologiques et du partage des avantages résultant de leur valorisation (APA) en Polynésie française : des objectifs manqués ?

Résumé

La Polynésie française, à la suite de la Province Sud de la Nouvelle-Calédonie, est la seconde collectivité française d'Outre-mer à s'être dotée d'un dispositif réglementaire encadrant l'accès aux ressources biologiques et le partage des avantages résultant de leur valorisation (APA), bien avant la Métropole dont la législation date de 2016. Ce dispositif, adopté en 2012, s'inscrit dans le cadre de la Convention sur la Diversité Biologique (Nairobi 1992) et de son Protocole (Nagoya 2010), tous deux ratifiés par la France et s'appliquant en Polynésie française. Il devrait donc en respecter les objectifs visant un équilibre entre le développement de la recherche et de l'innovation biotechnologique et la conservation de la biodiversité des pays fournisseurs de ressources naturelles. Le régime juridique applicable soumet à autorisation préalable les accès et utilisations des ressources biologiques, ainsi que des connaissances traditionnelles associées, tout

en instaurant l'obligation de négociation d'une convention de partage entre la collectivité ou le fournisseur de la ressource et l'utilisateur, comme le préconisent les dispositions internationales. Le texte, tant attendu par les utilisateurs désireux de mener recherches et bioprospection dans la transparence et le respect des normes internationales, comporte cependant des imperfections, limites ou lacunes qui rendent son application difficile et qui mettent en question son efficacité. La présente contribution s'efforcera d'identifier et d'analyser les failles du texte qui conduisent le dispositif à manquer ses objectifs, tant de contribution à la conservation de la biodiversité locale que de sécurisation juridique des utilisations et valorisations de celle-ci.

Mots-clés : APA, bioprospection, conventions internationales, législation.

The legal system of biological resources access and benefit-sharing (ABS) in French Polynesia: missed objectives ?

Abstract

The French Polynesia, following the South Province of New-Caledonia, is the second French Overseas Collectivity to have developed a legal system of access and benefit sharing concerning biological resources (ABS), well before the French legislation which came into effect in 2016. This system, adopted in 2012, joins within the framework of the Convention on Biological Diversity (Nairobi 1992) and of its Protocol (Nagoya on 2010), both ratified by France and applied in French Polynesia. It should thus respect the objectives aiming at a balance between the development of research and biotechnological innovation and the preservation of biodiversity of countries which are suppliers of natural resources. The applicable legal regime subjects to prior authorization the accesses and the uses of the biological resources, as well as the associated traditional

knowledge, while establishing the obligation of negotiation of a partition agreement between French Polynesia or suppliers of the resource and users, as recommended in the international treaty. The text, long-awaited by the users avid to lead researches and bioprospecting in the transparency and the respect for the international standards, contains however imperfections, limits or gaps that return its application more difficult and which question its efficiency. The present contribution will try to identify and to analyze the weaknesses of the text which lead the system to miss its dual objectives to preserve the local biodiversity as well as the legal reassurance of the uses and valuations of this biodiversity.

Keywords: ABS, bioprospecting, international agreements, legislation.

Introduction

Le dispositif d'accès et de partage des avantages (APA) désigne le régime juridique applicable à l'accès aux ressources biologiques et aux connaissances traditionnelles associées, ainsi qu'au partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation. Ce dispositif est issu du droit international, plus précisément de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB)¹ et son Protocole de Nagoya², qui fixent clairement les objectifs poursuivis.

Ainsi, les objectifs de la CDB sont, d'après son premier article, les suivants :

"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."

La Convention réserve en outre une place particulière aux connaissances traditionnelles associées aux ressources biologiques et à leur utilisation. L'article 8j) confie ainsi à chaque État partie le soin de respecter, préserver et maintenir "les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique". Il doit en favoriser "l'application sur une plus grande échelle, avec l'accord et la participation des dépositaires de ces connaissances, innovations et pratiques et encourage le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances, innovations et pratiques".

Pour atteindre les buts fixés, la CDB encourage la recherche et l'innovation, notamment dans son article 12 b) et c), les États :

"b) Favorisent et encouragent la recherche qui contribue à conserver la diversité biologique et à en assurer l'utilisation durable, en particulier dans les pays en développement, en se conformant entre autres aux décisions de la Conférence des Parties faisant suite aux recommandations de l'organe subsidiaire chargé de fournir des avis scientifiques, techniques et technologiques ;

c) Conformément aux dispositions des articles 16, 18 et 20, encouragent l'exploitation des progrès de la recherche scientifique sur la diversité biologique pour mettre au point des méthodes de conservation et d'utilisation durable des ressources biologiques, et coopèrent à cet effet".

Faciliter l'accès aux ressources pour la recherche et l'innovation permettant de mieux conserver la biodiversité et de l'utiliser durablement, en contrepartie d'un partage des avantages découlant de cette recherche : c'est le consensus trouvé par la CDB entre pays du Sud disposant d'une biodiversité très riche mais de peu de moyens financiers pour la préserver et pays du Nord disposant de ces ressources financières et demandeurs d'un accès aux ressources pour développer la recherche et l'innovation (Aubertin et al., 2007 ; Burelli, 2013).

Le Protocole de Nagoya, quant à lui, rappelle dans son préambule que "le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques est l'un des trois objectifs centraux de la Convention" sur la diversité biologique, et qu'il en poursuit la réalisation. De même, il insiste sur la nécessité de renforcer les capacités de recherche et d'innovation et d'ajouter de la valeur aux ressources génétiques dans les pays en développement. Il souligne la participation potentielle de l'accès et du partage des avantages à la conservation et à l'utilisation durable des ressources. C'est donc logiquement que l'article 1^{er} du Protocole, intitulé "Objectif", énonce :

"L'objectif du présent protocole est le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, notamment grâce à un accès satisfaisant aux ressources génétiques et à un transfert approprié des technologies pertinentes compte-tenu de tous les droits sur ces ressources et aux technologies et grâce à un financement adéquat, contribuant ainsi à la conservation de la diversité biologique et à l'utilisation durable de ses éléments constitutifs."

Aussi bien la Convention que son Protocole confient aux États signataires le soin d'élaborer et mettre en œuvre la législation / réglementation nécessaire pour atteindre ces objectifs : le dispositif d'APA.

L'État français, l'un des premiers signataires de la CDB en 1993 et du Protocole de Nagoya en 2011, n'a pas immédiatement légiféré pour l'ensemble de son territoire métropolitain et ultra-marin. Il s'est contenté dans un premier temps d'introduire une disposition relative à l'APA dans le cadre juridique propre au Parc Amazonien de Guyane³. Parallèlement, deux collectivités d'outre-mer disposant d'un statut d'autonomie ont adopté leur propre réglementation en la matière : la Province Sud de la Nouvelle Calédonie dans son code de l'environnement de 2009⁴, et la Polynésie française en 2012⁵.

1. Convention sur la diversité biologique, adoptée le 22 mai 1992 à Nairobi, signée le 5 juin 1992 à Rio de Janeiro, entrée en vigueur en 1993.

2. Protocole de Nagoya du 29 octobre 2010 sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation relatif à la convention sur la diversité biologique, entré en vigueur en 2014, ratifié par la France en 2016.

3. Loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux, article 12, JORF n° 90 du 15 avril 2006, p. 5

4. Délibération 06-2009 du 18 février 2009 relative à la récolte et à l'exploitation des ressources biochimiques et génétiques, codifiée aux articles 311-1 et suivants du Code de l'environnement de la Province Sud de Nouvelle-Calédonie

5. Délibération 06-2009 du 18 février 2009 relative à la récolte et à l'exploitation des ressources biochimiques et génétiques, codifiée aux articles 311-1 et suivants du Code de l'environnement de la Province Sud de Nouvelle-Calédonie

Il faut attendre la « *Loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages* »⁶ pour que soit introduit le dispositif d'APA dans le Code de l'environnement métropolitain, dont l'article L 412-3 souligne les objectifs en concordance avec ceux affichés dans la Convention sur la diversité biologique. Ce dispositif « *vise à faciliter des pratiques de recherche et développement respectueuses dans un cadre partenarial et avec un retour positif sur la biodiversité* » d'après l'exposé des motifs du projet de loi⁷.

C'est dans ce contexte utilement rappelé qu'il faut envisager la réglementation relative à l'APA insérée dans le Code de l'environnement polynésien par la 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. Les dispositions alors introduites ne précisent pas leurs objectifs, qui ne sont énoncés que dans l'exposé des motifs de la Loi du Pays précitée⁸ :

- assurer une sécurité juridique aux entreprises locales qui valorisent les substances naturelles polynésiennes et leur permettre de certifier à leurs partenaires l'origine des ressources utilisées ;
- lutter contre le biopiratage qui porte atteinte à l'environnement et aux entreprises locales ;
- négocier le partage des avantages issus de la valorisation des ressources génétiques avec les utilisateurs, et utiliser les avantages perçus pour la conservation et la valorisation de la biodiversité.

Ces objectifs sont bien conformes aux textes internationaux. Pourtant, utilisateurs et fournisseurs des ressources biologiques et des connaissances traditionnelles associées concernées par le texte ne manquent pas de souligner les faiblesses, les lacunes d'une réglementation qui semble difficilement s'appliquer dans les faits.

La question incontournable du juriste consiste alors à s'interroger sur le contenu de la réglementation en matière d'APA : cette dernière permet-elle d'atteindre les objectifs fixés tant à l'échelle internationale que par le projet de loi du pays lui-même ?

Il apparaît alors des difficultés inhérentes au texte lui-même, à sa rédaction et sa mise en œuvre (I), ainsi que des difficultés nées de son inscription dans un contexte juridique plus large, et notamment national (II).

I. Les limites internes

UNE REMISE EN CAUSE DE L'EFFICACITÉ LIÉE AU DISPOSITIF LUI-MÊME

Le régime juridique de l'APA en vigueur figure aux articles LP 3411-1 et suivants du Code de l'environnement polynésien. Il soumet à autorisation administrative préalable l'accès aux ressources biologiques et définit le cadre conventionnel applicable au partage des avantages tirés de l'utilisation des ressources collectées et utilisées.

Trois catégories principales de limites ont été identifiées : les limites procédurales entravant la recherche (A), les limites au partage des avantages (B) et les limites à la lutte contre le biopiratage (C).

I.A. Le développement de la recherche entravé par les procédures

La recherche et l'innovation sont primordiales pour mieux connaître les ressources naturelles et donc mieux les préserver dans le cadre d'une utilisation durable. À ce titre, la CDB encourage la recherche et l'innovation permettant d'améliorer la protection de l'environnement.

Le système juridique de l'APA, tout en visant la protection des ressources contre les pillages et les dégradations ou utilisations abusives, doit permettre aux chercheurs institutionnels ou aux entreprises menant un programme de recherche et développement, d'inscrire leur utilisation des ressources naturelles dans un cadre réglementaire assurant à leurs partenaires le caractère licite de cette utilisation et certifiant ainsi l'origine des ressources utilisées.

Le Protocole de Nagoya comporte à ce titre une liste d'exigences claires, énumérées dans son article 6 :

"3. Conformément au paragraphe 1 ci-dessus, chaque Partie qui exige le consentement préalable donné en connaissance de cause prend les mesures législatives, administratives et de politique nécessaires en vue de :

a) Assurer la certitude juridique, la clarté et la transparence de ses exigences internes en matière d'accès et de partage des avantages ;

b) Prévoir des règles et procédures justes et non arbitraires sur l'accès aux ressources génétiques ;

6. Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, JORF n°0184 du 9 août 2016.

7. Projet de loi relatif à la biodiversité, n° 1847, déposé à l'Assemblée Nationale le 26 mars 2014, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/projets/pl1847.pdf>

8. Projet de loi relatif à la biodiversité, n° 1847, déposé à l'Assemblée Nationale le 26 mars 2014, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/projets/pl1847.pdf>

- c) Mettre à disposition des informations sur la manière de solliciter un consentement préalable en connaissance de cause ;
- d) Prévoir une décision écrite claire et transparente d'une autorité nationale, de manière économique et dans un délai raisonnable ;
- e) Prévoir la délivrance au moment de l'accès d'un permis ou de son équivalent comme preuve d'accorder la décision de consentement préalable en connaissance de cause et de la conclusion de conditions convenues d'un commun accord, et notifier le Centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages en conséquence ;
- f) S'il y a lieu et conformément à la législation interne, établir des critères et/ou procédés pour l'obtention du consentement préalable en connaissance de cause ou l'accord et la participation des communautés autochtones et locales à l'accès aux ressources génétiques ;
- g) Établir des règles et des procédures claires sur la demande et la définition de conditions convenues d'un commun accord. (...)"

Malgré ces exigences internationales, les procédures administratives censées être mises en oeuvre, en plus d'être complexes (I.A.2) sont lacunaires (I.A.1).

I.A.1. Les carences de la procédure administrative

À ce jour, les arrêtés d'application du texte sont manquants, ce qui conduit à une application très pragmatique de la procédure d'autorisation préalable. Ces arrêtés d'application, prévus par la loi du pays, devaient pourtant définir des éléments importants de la procédure :

- la désignation du service instructeur : à défaut de précision, les demandeurs n'ont pas d'interlocuteur précisément identifié, sauf au regard des compétences administratives de chaque service.
- les organismes consultatifs à saisir, notamment la commission des sites et monuments naturels (CSMN) : se pose ici la double problématique particulière de cette commission qui n'est pas consultée pour avis et qui est censée représenter la société civile alors que sa composition n'intègre plus que des services administratifs. En effet, les deux représentants de l'Assemblée de la Polynésie française ont été écartés des membres de droit de la CSMN par l'arrêté n°865CM du 6 juin 2014 portant allègement du dispositif des commissions intervenant dans le domaine de l'environnement (JOPF 2014, p.7379), tandis que les membres nommés issus de la société civile, tels que les représentants des associations de protection de l'environnement ou divers experts, ont été supprimés par la récente refonte du code de l'environnement (arrêté n° 466CM du 22 mars 2018 relatif à la partie « Arrêtés » du Code de l'environnement de la Polynésie française, JOPF 2018, p. 1180). Notons également

l'absence de représentation de la Délégation à la Recherche (service administratif), malgré son expertise dans le domaine environnemental, et en dépit de plusieurs demandes officielles adressées en ce sens au Ministère en charge de l'environnement par les ministres de la recherche successifs.

- Les délais de la procédure d'instruction : l'absence de précision à ce jour crée une incertitude entravant la recherche.
- La problématique de l'enregistrement au Centre d'échanges sur l'APA : aucune procédure n'est définie, notamment sur le rôle éventuel d'intermédiaire du Haut-Commissariat de la République en Polynésie française représentant l'État partie à la CDB ou sur un enregistrement direct par la Polynésie française. Cet enregistrement doit permettre à l'entreprise et au chercheur d'obtenir un certificat de conformité à la réglementation et donc prouver le caractère respectueux de l'accès à leurs partenaires, ce dont ils ne disposent pas aujourd'hui.
- Les critères d'évaluation des demandes : à défaut, il n'y a pas de transparence sur les critères utilisés mais une étude arbitraire des demandes et pas de justification de l'appréciation de la demande au regard de la protection et de l'utilisation durable des ressources ni au regard des objectifs de développement économiques et sociaux de la Polynésie française. Certes les critères d'appréciation ont été listés de manière non exhaustive dans la Loi du Pays mais cette liste devait être entérinée par un arrêté pris en Conseil des Ministres.

I.A.2. La complexité de la procédure d'autorisation

L'autorisation administrative systématique suppose un circuit entre ministères et donc entre services concernés⁹. En effet, l'autorisation doit être donnée par un arrêté pris en Conseil des ministres sur proposition du ministre de l'environnement après avis du ministre en charge de la recherche et de tout autre ministre concerné. De même, l'autorisation préalable du détenteur de la ressource ou des savoirs traditionnels est exigée. Ces circuits imposés introduisent un facteur temps non négligeable et un surcoût lié au déplacement éventuel dans les îles lorsque la personne ressource s'y trouve.

De manière plus problématique, la réglementation impose l'identification de la source d'origine autochtone des savoirs traditionnels utilisés. L'article 2000-1 du Code de l'environnement polynésien définit la source d'origine autochtone comme « toute personne ou membre d'une lignée familiale native de Polynésie française et ayant un lien ancestral avec une terre située sur ledit territoire, susceptible d'invoquer les droits prévus aux articles 24 et 25 de la déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones du 13 septembre 2007, qui a été elle-même depositaire d'une ou plusieurs connaissances traditionnelles avant de la trans-

9. Article LP 3412-1 du Code de l'environnement polynésien.

mettre au « détenteur » désigné par la présente loi du pays. » Cette disposition résulte d'un amendement du ministère de l'environnement de l'époque au sein d'une majorité indépendantiste souhaitant voir appliquer la Déclaration de l'ONU sur les droits des peuples autochtones.

Sans considération des justifications politiques de cette disposition, cette exigence peut avoir un intérêt anthropologique mais également juridique permettant de vérifier que les connaissances traditionnelles considérées sont bien polynésiennes et d'écarter de la procédure les connaissances d'autres origines qui sont exclues du champ d'application de la réglementation. En outre, elle pourrait permettre d'inclure la source d'origine autochtone des savoirs traditionnels utilisés dans la convention de partage des avantages.

Pourtant, aucune disposition du Code polynésien ne tire les conséquences de l'identification de cette source d'origine autochtone. Seul le détenteur de la connaissance traditionnelle associée aux ressources naturelles étudiées bénéficie du partage des avantages¹⁰. Surtout, cette exigence s'avère très difficile à respecter, du fait de la transmission orale des savoirs traditionnels. Constituant une condition de recevabilité de la demande d'accès¹¹, la justification de la source d'origine autochtone peut donc anéantir des projets de recherche.

I.B. Un partage des avantages resté théorique

Si la Loi du Pays de 2012 prévoit bien la conclusion d'une convention de partage des avantages entre fournisseur et utilisateurs des ressources, en pratique, aucune convention n'a été conclue sur ce fondement à ce jour. Là encore, l'absence d'arrêtés d'application peut expliquer cette situation. De manière pragmatique cependant, un partage non monétaire peut s'instaurer, notamment par une communication des résultats de la recherche sous forme de restitutions, au gouvernement local ou aux détenteurs de savoirs traditionnels.

Cette question du partage des avantages, si elle concerne la collectivité de la Polynésie française en tant que fournisseur de ressources biologiques, soulève la délicate question de l'identification des populations autochtones et locales, détentrices des connaissances traditionnelles associées aux ressources biologiques. La CDB, dans son article 8j impose bien aux États signataires de garantir le respect des connaissances traditionnelles de ces populations et de leur assurer le bénéfice d'un partage juste et équitable des avantages découlant d'une valorisation de leurs savoirs. Remarquons que la réglementation relative à l'APA définit les connaissances traditionnelles associées mais ne définit pas les communautés autochtones et locales, notamment car la Constitution française n'en reconnaît pas en Polynésie française,

contrairement à la Nouvelle-Calédonie.

Le statut juridique des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques relève de la propriété intellectuelle. Or, ni le dispositif relatif à l'APA adopté en 2012 ni le régime polynésien des droits de propriété intellectuelle ne prévoit de protection particulière de ces connaissances traditionnelles. La seule protection contre le pillage éventuel réside dans l'exigence de l'identification de la source d'origine autochtone des connaissances traditionnelles convoitées par l'utilisateur¹². De même, le dispositif polynésien n'ayant pas identifié de communautés autochtones et locales au sens de la CDB, le partage des avantages envisagé pour l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources biologiques locales ne concerne que le détenteur identifié des connaissances¹³.

Cette rédaction est sujette à interprétation : si le détenteur est une personne physique identifiée qui peut justifier la source d'origine autochtone de ses connaissances, cette preuve le légitime-t-elle pour autant comme bénéficiaire du partage des avantages ?

Le texte imprécis ici renvoie donc aux populations polynésiennes le soin de s'organiser pour désigner les détenteurs des connaissances traditionnelles, si besoin créer les entités représentant ces détenteurs (associations culturelles comme Haururu à Tahiti, les Académies marquisienne, paumotu, tahitienne...) et surtout les légitimer comme bénéficiaires du partage juste et équitable des avantages.

Il manque ici sans doute un accompagnement de la collectivité de la Polynésie française pour expliquer les enjeux du texte et de la bioprospection et permettre aux populations autochtones de fait de s'organiser en tant que détentrices des savoirs traditionnels.

I.C. La lutte contre le biopiratage inefficace

La première disposition permettant d'organiser un contrôle du respect de la réglementation en matière d'APA est l'instauration d'un registre des accès, permettant un suivi des autorisations délivrées¹⁴. Faute de procédure claire, aucun service administratif n'a été désigné pour tenir ce registre ce qui ne facilite pas le contrôle. De même, il n'existe pas de dispositions habilitant spécifiquement les agents de la Direction de l'environnement à rechercher et constater les infractions à la réglementation en matière d'APA. Des agents sont assermentés pour constater, de manière générale, les infractions au code environnement mais ils ne disposent pas de pouvoirs suffisants au titre de la participation de la Polynésie française à l'exercice des compétences étatiques¹⁵.

S'agissant des sanctions prévues par le dispositif, il s'avère que seules les sanctions administratives seraient opérantes, à savoir, le

10. Article LP 3422-3 du Code de l'environnement polynésien.

11. Article LP 3412-2 du Code de l'environnement polynésien.

12. Cf. supra.

13. Article LP 3422-3 du Code de l'environnement polynésien.

14. Article LP 3431-1 du Code de l'environnement polynésien.

15. Article 35 de la Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 modifiée, portant statut d'autonomie de la Polynésie française, JOPF du 12 mars 2004, n°2 NS, page 102 : « Au titre de la recherche de ces infractions, ils peuvent demander aux contrevenants de justifier de leur identité, procéder à des consignations, des prélèvements d'échantillons, des saisies conservatoires, des retraits de la consommation, édicter des interdictions ou des prescriptions, conduire les contrevenants devant un officier de police judiciaire. Ils peuvent également être habilités à effectuer des visites en présence d'un officier de police judiciaire requis à cet effet. »

retrait de l'autorisation administrative et la suspension de l'activité de bioprospection ou de recherche menée, la prescription de mesures d'urgence, l'exécution d'office de ces mesures, la fermeture d'établissement ou encore le placement d'espèces détenues illégalement¹⁶. En effet, les sanctions pénales prévues ne respectent pas les conditions de validité imposées par le statut d'autonomie de la Polynésie française (champ d'application, nature et quantum (montant) des peines au regard d'une infraction métropolitaine de même nature). En conséquence, les peines d'emprisonnement n'ont pas été homologuées, ce qui les rend inapplicables et il en est de même des peines d'amende dont le montant est supérieur à son équivalent en droit national, ce qui est prohibé. L'arsenal répressif contenu dans la réglementation ne remplit donc pas son rôle, faute de caractère dissuasif (Gindre, 2020).

L'ensemble des lacunes et imperfections du dispositif polynésien qui viennent d'être décrites peuvent avoir des conséquences négatives tant sur les utilisateurs que sur les fournisseurs des ressources et connaissances traditionnelles associées. Ainsi, les utilisateurs encourent un risque d'arbitraire, d'inégalité entre demandeurs, d'insécurité juridique quant au traitement de leur demande, de lenteur administrative... qui peuvent créer une réticence à s'engager dans une bioprospection sans la garantie que la procédure suivie puisse être reconnue par leur pays d'origine ou sur le plan international. Quant aux fournisseurs (la collectivité et les fournisseurs privés), l'absence de cadre réglementaire opérationnel ne leur permet pas de s'assurer que le consentement préalable en connaissance de cause a bien été sollicité et obtenu en conformité avec les objectifs de la CDB. Elle ne permet pas non plus d'assurer la traçabilité des ressources afin de bénéficier des avantages procurés par l'utilisation.

Ces limites peuvent être encore renforcées par la prise en compte du contexte juridique national du dispositif : bien que la Polynésie française soit compétente en matière d'APA, son dispositif doit désormais se conjuguer avec le dispositif national nouvellement adopté.

II. Les limites externes

UNE REMISE EN CAUSE DE L'EFFICACITÉ DU DISPOSITIF LIÉE AUX DISPARITÉS RÉGIONALES ET NATIONALES

En raison des statuts spécifiques de certaines collectivités françaises d'Outre-mer et de leur compétence en matière d'APA, il apparaît une hétérogénéité des dispositifs d'APA français. Ce constat pourrait révéler à son tour des difficultés faisant manquer au dispositif d'APA les objectifs fixés par le droit international. En effet, les spécificités des réglementations outre-mer pourraient

créer une concurrence entre les collectivités ou encore un effet négatif pour les entreprises locales, soit parce qu'elles sont astreintes à un régime plus contraignant qui entraverait la recherche et l'innovation, soit parce que le régime applicable est plus souple mais non garant du caractère respectueux de l'obtention des ressources dans un contexte partenarial (A). La Polynésie française pourrait alors être tentée d'harmoniser sa réglementation avec le dispositif métropolitain issu de la loi pour la reconquête de la biodiversité¹⁷. Au-delà de cette possible motivation, la loi nationale comporte des dispositions dont l'application a été étendue à la Polynésie française, ce qui accroît les difficultés d'articulation des dispositifs métropolitain et polynésien (B).

II.A. Des procédures différentes entraînant une concurrence entre les collectivités ultra-marines

Avant l'adoption de la loi pour la reconquête de la biodiversité, l'État a laissé une grande latitude aux collectivités d'Outre-mer dans le choix d'adopter un dispositif d'APA et le choix de son contenu, au détriment d'une cohérence nationale en la matière (Burelli, 2013). Les dispositifs adoptés par la Province Sud de la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française sont donc différents et diffèrent également des règles applicables dans le Parc amazonien de Guyane¹⁸, les autres territoires français ultra-marins ne disposant pas de réglementation.

T. Burelli (2013) a décrit les effets potentiels d'une telle disparité et le manque de sécurité juridique tant pour les fournisseurs que pour les utilisateurs. Il mentionnait notamment le risque de « dumping environnemental et éthique » engendré par le développement hétérogène des dispositifs d'APA français : les territoires ultra-marins pourraient être mis en concurrence pour l'utilisation de ressources similaires, en fonction de la souplesse du système pour les utilisateurs, ce qui créerait un risque, pour l'économie et la recherche locale, d'un développement de l'utilisation de certaines ressources dans d'autres territoires ultra-marins soumis à une procédure moins contraignante et surtout opérationnelle, permettant de certifier l'origine légale des ressources exploitées.

C'est effectivement ce que l'on pourrait craindre depuis l'adoption d'un dispositif d'APA à l'échelle nationale. La loi pour la reconquête de la biodiversité institue un régime dual d'autorisation ou de déclaration selon les cas. Ainsi, l'accès à visée de recherche sans application commerciale est soumis à une procédure de déclaration, procédure simplifiée pour favoriser la connaissance de la biodiversité et donc sa protection. En revanche, les accès à visée industrielle et commerciale ainsi que les accès aux connaissances traditionnelles associées sont soumis à une procédure d'autorisation préalable, procédure renforcée pour un meilleur contrôle de l'obtention du consentement préalable en connaissance de cause.

16. Article LP 3432-3 du Code de l'environnement polynésien.

17. Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, op. cit.

18. Adopté en 2006, l'article L 331-15-6 a été abrogé en 2016 par la Loi pour la reconquête de la biodiversité qui fixe un régime national applicable y compris dans les départements d'Outre-mer auxquels appartient la Guyane.

Ce dispositif applicable en métropole dans les départements et régions d'Outre-mer, à Mayotte, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Martin, Wallis-et-Futuna et dans les TAAF, laisse subsister des dispositifs autonomes pour la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, et pour ce qui concerne le droit de l'environnement, à Saint-Barthélemy. Les chercheurs souhaitant simplement étudier les ressources biologiques dans un objectif de connaissance et sans visée commerciale, dans l'hypothèse où ces ressources sont disponibles dans plusieurs collectivités, préféreront dans la mesure du possible une procédure d'accès plus souple, sur déclaration, à l'image de la procédure nationale, à une procédure d'autorisation longue et complexe comme celle existant en Polynésie française.

Remarquons l'abstention de l'État à s'assurer de l'adéquation des dispositifs des collectivités d'Outre-mer avec le dispositif national applicable dans les autres territoires ultra-marins : il est pourtant responsable de ses engagements internationaux (Burelli, 2013). L'État n'a pas donné de lignes directrices non contraignantes à la Polynésie française mais il harmonise malgré tout certains aspects importants du dispositif d'APA, en rendant applicables en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, trois dispositions de la loi pour la reconquête de la biodiversité :

- la définition de « communauté d'habitants » donnée à l'article L 412-4 4° du code de l'environnement métropolitain : « 4° Communautés d'habitants : toute communauté d'habitants qui tire traditionnellement ses moyens de subsistance du milieu naturel et dont le mode de vie présente un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité » ;
- la définition de « connaissances traditionnelles associées à une ressource génétique », donnée à l'article L 412-4 5° du code de l'environnement métropolitain : « 5° Connaissances traditionnelles associées à une ressource génétique : les connaissances, les innovations et les pratiques relatives aux propriétés génétiques ou biochimiques de cette ressource, à son usage ou à ses caractéristiques, qui sont détenues de manière ancienne et continue par une ou plusieurs communautés d'habitants mentionnées au 4°, ainsi que les évolutions de ces connaissances et pratiques lorsqu'elles sont le fait de ces communautés d'habitants » ;
- la disposition suivante de l'article L 412-9 II du même code « Après partage juste et équitable, les avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques sont affectés à des projets bénéficiant directement aux communautés d'habitants concernées ».
- Cette extension du texte national en Polynésie française n'est pas sans poser de difficultés.

II.B. Les difficultés posées par des dispositions nationales applicables en Polynésie française

La définition de la notion de communauté d'habitants a été rendue applicable en Polynésie française, non au titre du droit de l'environnement qui reste de la compétence de la collectivité, mais au titre des libertés publiques qui relèvent de la compétence étatique. C'est en effet ce que précise l'étude d'impact accompagnant le projet de loi : « *l'article L. 412-3 du code de l'environnement, qui définit les communautés pouvant bénéficier du partage des avantages, et qui relève à ce titre de la garantie des libertés publiques, est applicable de plein droit dans les départements d'outre-mer, à Mayotte, à Saint-Barthélemy, à Saint-Martin, et à Saint-Pierre-et-Miquelon. Il est rendu applicable dans les collectivités relevant de l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie par l'inclusion de mention expresse d'application au livre VI du code de l'environnement, qui regroupe les dispositions spécifiques à l'outre-mer* »¹⁹.

L'État n'a pas choisi de retenir la terminologie de la CDB « communautés autochtones et locales », même s'il en conserve le sens : le terme autochtone renvoie en effet à la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones adoptée en 2007, qui heurte l'un des principes constitutionnel fondamental de la République : l'indivisibilité (Stahl, 2017).

La Polynésie française n'a pas non plus repris la terminologie internationale : les communautés autochtones et locales ne sont ni définies ni visées par le Code de l'environnement polynésien, car ni la Constitution, ni la loi organique statutaire ne reconnaissent leur existence, contrairement à la Nouvelle-Calédonie où sont identifiées les personnes de statut coutumier. Le texte se contente donc de viser les détenteurs de connaissances traditionnelles associées aux ressources biologiques locales. Cependant, il ajoute la nécessité d'identifier la source d'origine autochtone des connaissances traditionnelles détenues par le détenteur²⁰.

Dès lors, eu égard à la différence de terminologie, il pourrait être envisagé d'adapter le texte polynésien et de tirer les conséquences de l'application de la définition des communautés d'habitants. Les communautés d'habitants sont définies par un pléonasme comme « *toute communauté d'habitants qui tire traditionnellement ses moyens de subsistance du milieu naturel et dont le mode de vie présente un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité* ». C'est la définition que l'on peut déduire du préambule de la CDB : « *Reconnaissant qu'un grand nombre de communautés locales et de populations autochtones dépendent étroitement et traditionnellement des ressources biologiques sur lesquelles sont fondées leurs traditions* » ; ainsi que de l'article 8J : « *des communautés autochtones et locales qui incarnent*

19. Étude d'impact du 25 mars 2014, accompagnant le projet de loi n°1847.

20. Cf. supra.

des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ».

L'objectif de cette définition, d'après l'étude d'impact du texte national, est de déterminer quelles communautés peuvent bénéficier du partage des avantages en cas de valorisation de leurs connaissances traditionnelles. Le projet de loi rappelle également que cette notion « *ne vise pas non plus l'ensemble des porteurs de savoirs et de savoir-faire traditionnels, mais ceux dont le mode de vie contribue aux objectifs de la CDB* ».

On peut cependant se demander si la Polynésie française connaît encore aujourd'hui de telles communautés d'habitants ou bien si les porteurs de savoirs traditionnels seraient hors champ d'application au regard de l'évolution de leur mode de vie : tirent-ils encore traditionnellement leurs moyens de subsistance du milieu naturel ? S'il semble possible d'identifier ce type de communautés en Guyane ou en Nouvelle Calédonie, il s'avère plus délicat de le faire en Polynésie française, alors que les communautés locales ne dépendent plus uniquement des ressources naturelles et peuvent adopter des comportements portant atteinte à la biodiversité. Il faudrait alors retenir une conception historique de cette définition, c'est-à-dire sans prendre en compte les évolutions sociales.

Autrement dit, pour rendre le texte national opérant en Polynésie française et permettre une meilleure prise en compte des détenteurs des connaissances traditionnelles associées (recueil du consentement préalable en connaissance de cause et partage des avantages), il faudrait considérer que les connaissances traditionnelles associées qui sont nées dans ces communautés d'habitants, sont aujourd'hui détenues par leurs descendants ou par toute personne habilitée, légitimée par une entité traditionnelle ou par la réglementation (association régulièrement déclarée par exemple).

À l'inverse, si la définition de communautés d'habitants s'applique strictement et qu'aucune ne peut être identifiée en Polynésie française, les savoirs traditionnels sont la propriété de celui qui les détient (application du droit d'auteur) : un individu, une association, ou bien la Polynésie française elle-même (à travers le Service de la Culture et du Patrimoine notamment en charge de « la protection, de la conservation, de la valorisation et de la diffusion du patrimoine culturel (...) de la Polynésie française » d'après la Délibération n° 2000-138 APF du 9 novembre 2000 relative à ses attributions).

Cela signifierait que les connaissances détenues par des individus n'appartenant pas à ces communautés d'habitants seraient hors champ d'application du dispositif. En effet, le texte national précise bien que les connaissances traditionnelles associées à une ressource génétique, entrant dans le champ d'application de la législation et donc bénéficiant d'une protection contre le biopiratage sont « *les connaissances, les innovations et les pratiques relatives aux propriétés génétiques ou biochimiques de cette ressource, à son usage ou à ses caractéristiques, qui sont détenues de manière ancienne et continue par une ou plusieurs communautés d'habitants mentionnées au 4°, ainsi que les évolutions de ces connaissances et pratiques lorsqu'elles sont le*

fait de ces communautés d'habitants ». La loi nationale, applicable également sur ce point en Polynésie française, semble créer un lien juridique (restant à définir) entre les communautés d'habitants et les connaissances traditionnelles, alors que la communauté d'habitants n'a pas de personnalité juridique.

L'interprétation nécessaire de cette définition ajoute donc à l'insécurité juridique d'une telle qualification.

La Polynésie française n'a pas prévu de partage des avantages directement au bénéfice des communautés d'habitants (qui n'ont pas d'existence juridique) mais simplement au bénéfice du détenteur des connaissances traditionnelles, sans précision de sa qualité juridique. Cette formulation large laisse la possibilité aux détenteurs de connaissances traditionnelles de choisir le mode de conservation de leurs connaissances. Aujourd'hui, ce mode d'organisation manque de clarté et de cohérence puisque coexistent des tradipraticiens indépendants parfois regroupés en associations culturelles, des Académies distinctes selon les archipels (Académie marquisienne, *paumotu*, tahitienne). Il est donc difficile de déterminer qui est la personne physique ou morale ressource des connaissances concernées, potentielle destinataire des avantages partagés à la suite d'une utilisation de ces connaissances.

La loi pour la reconquête de la biodiversité, dans son exposé des motifs, rappelle que « *Les principes constitutionnels français d'indivisibilité de la République, d'unité du peuple français, et d'égalité interdisent de conférer à ces dernières (les communautés d'habitants) la personnalité juridique qui leur permettrait de consentir à l'accès et à l'utilisation de leurs connaissances traditionnelles, et de contracter. En conséquence, une personne morale de droit public sera désignée dans chaque collectivité où existent de telles communautés, qui seront préalablement définies à l'article L. 412-4 du code de l'environnement. Sa mission sera de faciliter le recueil de l'accord préalable de la communauté d'habitants détentrice des connaissances visées, accord représentant le « consentement préalable donné en connaissance de cause » visé par le protocole de Nagoya, selon des modalités respectueuses des structures coutumières desdites communautés.* »

Cette modalité d'organisation par l'intermédiaire d'une personne morale de droit public n'a pas été étendue en Polynésie française. Par conséquent, rien ne semble interdire aux communautés d'habitants identifiées localement de se faire représenter par des entités privées, juridiquement reconnues, comme les associations.

Enfin, la dernière disposition de la loi nationale rendue applicable en Polynésie française est relative à l'affectation des avantages tirés de la valorisation des connaissances traditionnelles associées qui doivent profiter aux communautés d'habitants. Le texte local en vigueur est conforme à la nouvelle disposition métropolitaine puisque l'article LP 3422-3 du Code de l'environnement polynésien prévoit que les avantages monétaires ou non monétaires attribués au détenteur des connaissances traditionnelles soient destinés à les préserver ou les valoriser.

Conclusion

Les limites et lacunes du dispositif polynésien d'APA décrites dans cette étude démontrent la nécessité d'une évolution de la réglementation polynésienne incontournable pour atteindre les objectifs fixés par la CDB et son protocole. Le régime juridique applicable aux demandes d'accès aux ressources biologiques doit être reconsidéré afin de ne pas bloquer la recherche tout en garantissant un partage juste et équitable des avantages en résultant, notamment à l'égard des communautés d'habitants ou populations autochtones, détentrices de connaissances traditionnelles associées qui sont à la base de nombreuses valorisations (pharmaceutiques, cosmétiques ou autres). La réforme aura la lourde tâche d'intégrer les définitions du droit métropolitain rendues applicables localement par la loi pour la reconquête de la biodiversité, en tentant de résoudre les problématiques soulevées ci-dessus, et proposer une interprétation compatible avec la Constitution notamment. Il sera enfin nécessaire d'étudier la nécessité d'une harmonisation du régime juridique polynésien avec le régime métropolitain applicable en matière d'APA en dehors des définitions obligatoires. Une telle harmonisation pourrait être envisagée pour limiter les mises en concurrence des collectivités ultra-marines dans la fourniture des ressources biologiques utiles et assurer au plan international la cohérence des régimes français.

Bibliographie :

Aubertin, C., Pinton, F., Boisvert, V. 2007. Les Marchés de la Biodiversité, IRD Éditions, Paris.

Burelli, T. 2013. Les chemins tortueux de la mise en œuvre de la Convention sur la diversité biologique dans l'outre-mer français. Spécificités des règles de mise en œuvre et scénarios pour une application complète et cohérente de dispositifs d'accès et de partage des avantages (APA) dans l'outre-mer français. *Revue Juridique de l'Environnement* 38 : 31-47.

Gindre, E. 2020. L'accès aux ressources biologiques et le partage des avantages résultant de leur valorisation (APA) : le choix des sanctions du biopiratage dans le dispositif polynésien. Pp. 125-148 in Gindre E., de Raulin, A. (dir.), *La Biodiversité Partagée*, L'Harmattan, collection Portes Océanes.

Stahl, L., 2017. L'outre-mer et la loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. *Revue Juridique de l'Environnement* 42 : 95-110.