

Dynamique public/privé dans la question de l'accès et le partage des avantages des ressources génétiques

« Ce n'est pas le droit qui est compliqué... c'est la société des hommes »

Introduction

Pour le juriste de droit romain, le clivage public/privé est une *summa divisio*, car le système de droit des inventeurs de la République est fondé sur l'association de la sphère privée et de la sphère publique. Le droit privé est dominé par l'idée d'égalité des parties et de la responsabilité des personnes. Le droit public est fondé au contraire sur l'idée d'inégalité statutaire entre les sujets de droit d'une part et la puissance publique d'autre part. Ici, l'acte unilatéral et le régime exorbitant, la loi qui encadre la vie sociale... là, le contrat et la responsabilité individuelle. Mais ces divisions ne sont qu'une lecture superficielle de la réalité juridique. Deux régimes juridiques découlent de cette distinction fondamentale : mais l'analyse historique et matérielle démontre que ces deux catégories n'ont pas un contenu stable, que des notions importantes convergent et que des interactions animent ces deux régimes¹. En fait, public et privé sont indissociablement liés et opèrent en synergie : le contenu du droit privé est fortement influencé par les politiques et les législations de la puissance publique. A l'inverse, la vitalité et l'inventivité de la société civile nourrissent l'interventionnisme de l'Etat. Sur le plan de la technique juridique, cette dualité est symbolisée par l'opposition entre la règle et le contrat, l'autonomie de la volonté garantie par des droits individuels opposée à des mesures de police ou de protection de droits collectifs. Sur le plan du droit et des politiques de durabilité, la mise en place des principes des APA dans les pays insulaires du Pacifique illustre cette dialectique.

Dans le village global, le développement de l'industrie biogénétique et la mondialisation des marchés ont bouleversé les données sociales et économiques. Mais ces transformations n'ont pas une portée équivalente auprès des sociétés développées et émergentes ou des petits Etats du Pacifique. Cette nouvelle économie est pour la société civile le creuset d'un puissant mouvement marchant mais son objet et sa complexité déstabilisent des sociétés isolées et encore aujourd'hui marginalisées, peu préparées à la compétition industrielle et aux arcanes du commerce international. La construction d'un cadre juridique juste et efficace pour accompagner ce changement n'est donc pas aisée : elle nécessite de nombreuses discussions, des échanges d'expériences, des expertises, des données vérifiées et objectives pour asseoir la décision de gouvernements fragiles et mis sous pression de la communauté internationale.

Le thème de notre séminaire illustre cette difficulté. La convention sur la biodiversité a été signée en 1992, il y a presque dix-sept ans. Pourtant les principes relatifs à l'accès et à la mise en valeur des ressources génétiques ne disposent pour l'instant que d'un cadre international général aux principes contradictoires, qui ne constituent pas en tout cas un régime de droit directement applicable aux ressources génétiques. La dynamique public/privé s'illustre dans les difficultés de l'application du droit international économique et environnemental dans le Pacifique, objet des travaux de notre séminaire « *Access and benefit sharing of Genetic*

¹ Ainsi en est-il dans une évolution parallèle du régime de la réparation des dommages, qui remplace progressivement un régime de responsabilité fondée sur la faute puis sur le risque. Exemple équivalent des compétences discrétionnaires et liées de l'administration que l'on peut retrouver en parallèle dans les obligations de moyen et de résultat consacrées en droit privé.

Resources in the Pacific », puisqu'on y retrouve l'hésitation entre la souplesse du contrat et le formalisme de la loi.

Dans la plupart des cas, au regard des deux traités emblématiques de Rio et de Marrakech, on considère que les régimes de droit qui leur sont applicables ne sont pas satisfaisants. Leur « mise à niveau » est donc recommandée et encouragée par la communauté internationale. Pour se conformer à leurs principes (auxquels d'ailleurs ne se soumettent pas volontiers eux-mêmes les pays développés)² les institutions nées des traités proposent aux pays en développement une assistance technique et des procédures d'appuis³.

Cette adaptation du droit constitue une importante opération interventionniste avec la création de réglementations nouvelles. Mais contrairement à ce qu'une vulgate apolitique le prétend, la modification des lois n'est jamais une opération politiquement neutre. Changer les règles, c'est modifier l'ordonnancement juridique, adapter le jeu des droits subjectifs et des obligations des uns et des autres. Légiférer, c'est établir et hiérarchiser des statuts ; c'est, d'une façon ou d'une autre, « *déshabiller Pierre pour habiller Paul* », à moins que le changement de règle n'augmente la taille de la garde-robe...

Dès lors, pour la société civile, les nouvelles dispositions sont une contrainte, mais elles sont aussi un appel d'air pour des initiatives privées, des contrats, des investissements, des créations d'entreprises, des programmes d'action portés par des ONG... Dans l'attente de solutions législatives ou d'accords internationaux, la porte est ouverte à des arrangements contractuels, à des négociations multilatérales. L'accès et le partage des ressources génétiques illustre ainsi cette ambivalence entre le droit impulsé par l'Etat et le droit de la société civile : mais les deux sont plus complémentaires qu'il n'y paraît.

I L'irruption de l'industrie biogénétique et la déstabilisation des règles initiales d'accès aux ressources

L'établissement progressif d'un droit d'accès et de partage des avantages est un long processus politique dont les prémices se sont dessinées au cours des années quatre-vingts. Cette question s'est cristallisée lors de la signature des traités de Marrakech et de Rio, et depuis lors la communauté internationale a fait de gros efforts pour progresser vers une réelle juridicisation de l'APA. Considéré comme un des piliers de la Convention sur la Diversité Biologique, l'établissement de règles adaptées à l'industrie biogénétique implique d'une part la définition juridique de nouvelles notions et d'autre part la réception de nouvelles règles dans le droit économique international qui s'est considérablement renforcé en 1992. Les observateurs les plus optimistes estiment que ces deux objectifs se concrétiseront en 2010 lors de la Conférence de Nagoya. Pour l'heure des messages et des intérêts contradictoires, des enjeux difficiles à évaluer, des notions encore mal définies rendent assez compliquée l'entreprise de formalisation juridique pour les petits Etats insulaires du Pacifique.

1 / L'inspiration internationale de nouvelles politiques environnementales et économiques

En 1992 ont été signés la convention sur la diversité biologique au Sommet de la Terre de Rio⁴ et les accords de Marrakech instituant l'Organisation Mondiale du Commerce. Cette

² Cf. comme exemple emblématique : Centre Technique de Coopération Agricole : « ...des approches de la conservation donnent l'occasion aux étrangers de conseiller les insulaires sur les voies à emprunter pour parvenir au développement. Elles financent le programme intergouvernemental South Pacific Regional Environment Programme (SPREP) qui utilise ses capacités organisationnelles, juridiques et démonstratives pour créer des opportunités leur permettant de travailler, et qui contribue ainsi à conforter les relations politiques et économiques inévitables qui lient les îles et les régions développées. »

³ Cf. L'IMPI, l'OMC ou les groupes spéciaux mis en place dans le cadre de la Conférence de Rio.

⁴ Convention sur la Diversité Biologique (CDB) relative à "la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et au partage juste et équitable des avantages découlant de l'exploitation des ressources génétiques" juin 1992

synchronie de deux traités parmi les plus importants du demi-siècle est au cœur de notre problématique. Le statut des ressources naturelles constitue un gros enjeu politique pour les Etats insulaires du Pacifique, mais son contenu se situe à un carrefour : conserver la biodiversité comme l'y incite le sommet de la Terre, mettre en valeur les ressources génétiques en se conformant aux principes du commerce international.

La Convention sur la diversité biologique reconnaît que la conservation est « *une préoccupation commune à l'humanité* » et qu'elle fait partie intégrante du processus de développement⁵. Pour leur part les accords de Marrakech généralisent des règles de concurrence entre les produits et services des pays signataires pour développer le libre-échange. En même temps que sont établis les nouveaux principes de la durabilité, l'ouverture mondiale des marchés se met en place dans un cadre libéral.

Pour la question relative aux ressources génétiques, il appartient désormais aux Etats de définir des politiques de mise en valeur et de protection compatibles d'une part avec les principes de Rio et d'autre part avec les règles du commerce international. Les deux traités laissent en effet aux Etats souverains le choix des moyens pour honorer leurs engagements. La mise en place d'un cadre juridique adapté et de procédures sera l'expression de ces politiques. C'est dans ce cadre que pourra alors se déployer la société civile sous forme d'activités et de programmes. A regard des contradictions que nous avons signalées l'exercice est évidemment difficile tant la conciliation des intérêts paraît délicate. Les choix sont plus difficiles encore pour la plupart des pays du Pacifique, dépourvus d'expertise et d'infrastructures et amenés à s'en remettre aux recommandations des pays industrialisés

La mise en œuvre des politiques de développement est par définition tiraillée entre la protection des ressources et la libéralisation des marchés. Mais l'élaboration de nouvelles règles de droit dans le domaine de la protection et de la mise en valeur des ressources génétiques est compliquée plus encore par les trois objectifs contradictoires de la durabilité :

- la *protection des ressources* naturelles qui se décline à la fois dans l'économie des ressources et la préservation de la biodiversité (c'est le *principe de conservation* défendu par le groupe de pression des protecteurs de la nature) ;
- le *développement de processus optimaux* dans l'utilisation de ces ressources (c'est le *principe d'efficacité* mis en avant par le groupe de pression des économistes libéraux et des ingénieurs) ;
- la *répartition optimale des coûts/avantages* du développement (c'est le *principe de justice sociale* développé par des groupes de pression d'aide au développement renforcés par des préoccupations anthropologiques).

2/ Des intérêts contradictoires pour des enjeux mal définis

Le développement des biotechnologies a ouvert un marché considéré comme le plus important du XXI^e siècle et comme le moteur de la prochaine révolution industrielle⁶. Dans ces conditions, l'accès et le partage des ressources biogénétiques sont devenus une question politique internationale. Cette nouvelle économie fait émerger de nouveaux acteurs qui veulent y prendre leur place et réclament des garanties pour exercer des droits nouveaux à travers des activités économiques nouvelles. Cela nécessite de nouvelles règles car ces procédés viennent bouleverser les principes d'accès et d'utilisation des ressources naturelles.

lors du Sommet de la Terre. Entrée en vigueur le 29 décembre 1993. Elle s'applique aux 188 Etats qui l'ont ratifiée, (les Etats-Unis n'en font pas partie).

⁵ Elle fixe trois objectifs qui rappellent les trois éléments constitutifs de la durabilité : la conservation de la diversité biologique, l'utilisation efficace des ressources et le partage équitable des avantages découlant de leur exploitation.

⁶ Cf. par exemple l'analyse du Conseil National de la Recherche au Canada : « *On estime que la biotechnologie aura une incidence définitive sur la plupart des secteurs de l'économie mondiale. Les biotechnologies sont perçues comme les sciences et techniques les plus importantes du siècle actuel, et leurs répercussions dépasseront celles des technologies de l'information et des communications* ».

Le Pacifique Sud est une région très riche en biodiversité marine. Comme Perrette et son pot au lait, cette richesse encore mal connue fait rêver les industriels de la santé et de l'agro-industrie, elle stimule les chercheurs en appétit de découvertes, elle nourrit les fantasmes de croissance des Etats insulaires aux faibles économies marginales. Mais ces pays en développement redoutent que, comme par le passé, et faute d'avoir les moyens de les mettre en valeur, leurs ressources ne bénéficient qu'aux entreprises multinationales. Quant aux Etats industrialisés, il serait naïf de considérer leur assistance technique aux pays en développement comme une entreprise totalement désintéressée.

Ces nouvelles perspectives économiques inquiètent une partie des populations qui peut y voir des menaces sur ses usages locaux. Dans la plupart des cas dans les pays concernés, en raison de leur isolement historique, l'accès à ces ressources a été réglé initialement par des principes traditionnels. Si on ne peut parler de liberté des usages, on peut évoquer une « utilisation partagée » des ressources par laquelle, peu ou prou, tous les habitants y eurent un accès différencié en fonction de leur statut social⁷. Des connaissances traditionnelles sur ces ressources sont également attestées, mais elles ne reposent pas sur des protocoles scientifiques, elles ne sont pas collationnées ou protégées et leur mise en valeur n'est pas aboutie. Lors des périodes de colonisation et durant les dernières décennies, le tourisme, l'industrie et l'urbanisation ont souvent considéré ces règles traditionnelles comme inopposables. Dans ces conditions une recomposition des règles d'accès est redoutée comme une nouvelle menace sur les droits traditionnels. C'est pourquoi des pressions soulignent la priorité des droits de ces populations : la protection de leurs intérêts est désormais au cœur des projets de développement⁸.

Enfin, l'éventualité d'une exploitation industrielle des ressources soulève des réserves pour les conservationnistes et les écologistes. Longtemps épargnées par l'industrie et l'urbanisme, les îles du Pacifique doivent entrer dans la nouvelle ère industrielle grâce à leur biodiversité. Ces perspectives de mise en valeur contrarient les objectifs protectionnistes qui se projettent aujourd'hui sur ces espaces Pacifiques. Pour une partie non négligeable des experts et de l'opinion il serait urgent de sanctuariser des zones de plus en plus vastes d'espaces maritimes et insulaires, y compris des fonds marins dont on vient de découvrir la richesse endémique. Les craintes soulevées par les manipulations génétiques militent aussi pour une protection des espèces, pour restreindre à minima l'accès aux ressources et exercer un contrôle sévère sur les recherches. La crainte de la confiscation des informations génétiques au seul profit des entreprises internationales pousse dans un même sens : restreindre et contrôler dans une attitude de précaution quasi-systématique.

Dans ce contexte confus et contradictoire, la définition des principes et des priorités de politiques publiques et l'élaboration de règles de droit équilibrées n'est pas facile, surtout pour des Etats dépourvus d'une expertise impartiale, transparente et efficace. Les travaux de ce séminaire réunis sous l'égide de l'ICP n'en sont que plus importants, ils s'intègrent dans le mouvement d'assistance technique mis au service des Etats en développement. Cet effort de « mise à niveau » ne se résume pas à une simple opération de transposition des règles internationales en droit interne des pays concernés. Les accords évoqués plus haut renvoient à la souveraineté des Etats pour la réalisation d'un ensemble d'objectifs généraux et

⁷ Cf. F. Devatine sur le partage des richesses en fonction de la place occupée dans la communauté : « *De la notion du « tapu » et du « rahui » Premières Journées de la Recherche – Papeete -1989 le Grand Sud (200)* et Cf. également pour une analyse du Râhui polynésien. C. Gaspar, T. Bambridge « *Territorialités et Aires Marines Protégées à Moorea* » Société des Océanistes 2008.

⁸ Particulièrement explicite à cet égard le principe 22 de Rio : « *Les populations et communautés autochtones et les autres collectivités locales ont un rôle vital à jouer dans la gestion de l'environnement et le développement du fait de leurs connaissances du milieu et de leurs pratiques traditionnelles. Les Etats devraient reconnaître leur identité, leur culture et leurs intérêts, leur accorder tout l'appui nécessaire et leur permettre de participer efficacement à la réalisation d'un développement durable.* »

contradictoires. Mais les échanges d'expériences sont indispensables pour permettre aux Etats de définir leurs stratégies et d'asseoir des décisions alors même que le cadre juridique des APA est toujours en négociation, on peut même dire en ébullition.

II Un cadre juridique international en négociation

Les Etats sont aujourd'hui convoqués pour prendre des initiatives dans le domaine de la recherche et de l'inventaire de la biodiversité, mais le cadre juridique international qui s'y rapporte à travers les APA est encore mal défini et ses principes même ne s'imposent pas encore au droit commun de la propriété intellectuelle.

1/ De nouveaux paradigmes juridiques pour le commerce et l'environnement ⁹

Du point de vue de leur portée juridique, les accords de Rio et de Marrakech relèvent de deux démarches contradictoires : l'un amplifie le champ d'action de la souveraineté des Etats, l'autre renforce les mécanismes du marché.

Pour les Etats qui en sont signataires, les accords de Rio ouvrent une page interventionniste génératrice de nombreuses mesures juridiques pour la prévention, la précaution, la conservation de la nature générant de nombreux statuts discriminants¹⁰. Si l'on regarde à l'inverse les bénéfices portés au crédit de la société civile, les accords de l'OMC ont d'abord pour objet le démantèlement des entraves au commerce international : ils permettent indirectement la reconnaissance de nouveaux droits au bénéfice des opérateurs privés¹¹. Le développement intense du commerce mondial en est une bonne illustration. La généralisation de la protection de la propriété intellectuelle acquise en 1992 implique l'établissement de procédures juridiques et administratives qui s'étendent désormais aux Etats du Sud. Ceux-ci sont devenu ainsi les gendarmes des intérêts des opérateurs économiques du Nord.

Pour satisfaire les recommandations du Sommet de la Terre, les Etats devraient également mettre en place des législations et réglementations propres à transposer ces principes en droit interne en renforçant en particulier la police de l'environnement¹². Quoiqu'on en dise, ces opérations portent atteinte à des libertés et à de nombreux droits individuels : restriction de l'accès à des ressources, interdiction de modes de consommation et de production, atteintes à aux libertés économiques du commerce et de l'industrie...¹³ En contrepartie de ces normes, des nouveaux droits subjectifs apparaissent :

- soit sous la forme des droits sécuritaires des bénéficiaires des règles protectrices (droit à la sécurité, réparation de dommages du fait des impérities de mesures de prévention ou de précaution, droit à la transparence et à l'information sur les risques...)

⁹ Pour de plus amples détails sur cette question Cf. la communication de Bleuen Guilloux relative à la situation du droit international sur l'APA.

¹⁰ La convention sur la biodiversité rappelle que les ressources génétiques relèvent de la souveraineté étatique: les Etats ont ainsi autorité pour fixer le droit qui leur est applicable sur leur territoire. Elle invite les Etats à conditionner l'accès aux ressources génétiques à un *consentement préalable en connaissance de cause* de l'Etat qui les fournit, et à un *partage des avantages* découlant de leur utilisation, selon des modalités négociées au cas par cas. Pour faciliter l'accès aux ressources génétiques, en partager les avantages et développer la recherche, les Etats parties à la CDB sont invités à prendre les « *mesures législatives, administratives ou de politique générale* » qui iront en ce sens.

¹¹ Pour une revue complète des procédures de démantèlement du commerce, cf. l'ouvrage de référence de D. Roca « *Le démantèlement des entraves au commerce mondial et intracommunautaire* » TI et TII L'Harmattan Paris 2007

¹² Par exemple principe 11 de Rio « *Les Etats doivent promulguer des mesures législatives efficaces en matière d'environnement* » ou bien le principe 15 « *Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les Etats...* »

¹³ Par exemple le principe 13 de Rio « *Les Etats doivent élaborer une législation nationale concernant la responsabilité de la pollution et d'autres dommages à l'environnement et l'indemnisation de leurs victimes.* »

- soit sous la forme de principes établissant ces droits (droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature, droit à l'information, droit à la participation, discrimination positive vis-à-vis de certaines personnes¹⁴...).

Inutile de souligner combien ces obligations sont difficiles à mettre en œuvre pour les pays en développement. Les moyens administratifs d'accompagnement sont également un problème souvent insurmontable en termes de logistiques et de ressources humaines.

Pour sa part, l'adoption des accords de l'OMC impliquent le démantèlement de nombreuses restrictions aux échanges : les accords relatifs aux réglementations sanitaires et aux obstacles techniques au commerce réduisent les pouvoirs de police économique des pouvoirs publics. En conséquence, ils définissent indirectement des droits nouveaux et ils consolident et généralisent les droits économiques des opérateurs privés.

Plus spécialement, lors de la signature des accords sur le commerce international, des progrès ont été enregistrés quant à la généralisation des protections des droits de propriété intellectuelle en faveur des opérateurs économiques engagés sur les marchés¹⁵. Mais ces accords ont également essayé de limiter le domaine et l'étendue des protections pour ne pas contrarier l'innovation et la fluidité du commerce, ils n'ont pas prévu en particulier un régime de droit particulier pour la brevetabilité du vivant. Des opérateurs ont immédiatement bénéficié de l'extension des protections décidées dans le cadre des accords sur les APIC :

- Dès le début des années quatre-vingt, des firmes internationales encouragées par l'Union internationale pour la protection des obtentions végétales avaient commencé à déposer des brevets sur des organismes vivants, leur protection fut généralisée et le dépôt des brevets sur le vivant stimulé¹⁶ ;
- Au nom de la liberté de la recherche biogénétique, la plus grande partie de la communauté scientifique s'est également mobilisée pour que soit établi le principe de la liberté d'accès au matériel génétique.

Il est apparu pourtant qu'il n'était pas satisfaisant d'appliquer aux ressources vivantes le régime de protection des inventions industrielles.

- Une première réserve a concerné le principe même d'une propriété intellectuelle sur le vivant, qui par nature n'est pas l'œuvre de l'homme. La découverte de propriétés et de caractères d'un matériel vivant ne saurait être assimilée à leur mise au point à leur fabrication ou à leur constitution. Si on conçoit que l'effort de recherche puisse être récompensé équitablement comme « une prestation effectuée sur un bien commun », on a plus de mal à admettre sa monopolisation.
- En second lieu, les caractères et les propriétés du vivant se sont constitués dans un environnement et grâce à une biodiversité géographiquement déterminés. Dans ces conditions certains estiment légitime de reconnaître un droit particulier aux Etats d'origine des matériels faisant l'objet d'une exploitation. Or le matériel génétique original se trouve

¹⁴ Cf. supra le principe 22 de Rio

¹⁵ Annexe aux accords de Marrakech, accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC) dont l'objet est d'assurer le renforcement et l'harmonisation de la législation des membres visant à protéger la propriété intellectuelle. Les règles de l'ADPIC reprennent d'ailleurs les principes de la Convention de Paris en 1883 sur la propriété industrielle et de la Convention de Berne en 1886 sur la propriété littéraire et artistique. En particulier, les industries pharmaceutiques ont convaincu les pays occidentaux d'exiger des autres membres de l'OMC qu'ils assurent un enregistrement des brevets et reconnaissent les droits exclusifs qui en découlent. Cf. sur cet épisode C.-M. Correa « *Développements récents dans le domaine des brevets pharmaceutiques* » RIDE-1, janvier 2000 p. 23 et s.

¹⁶ L'Union internationale pour la protection des obtentions végétales (UPOV) fait pression pour que l'accès au matériel génétique de la planète reste sans exigence et sans contrepartie au profit du pays d'où il est originaire en application des accords sur l'obtention végétale qui laisse en accès libre ces ressources. De nombreux scientifiques appuient cette thèse au nom de la liberté de la recherche. Le dépôt d'un brevet sans respecter les directives de Bonn reste encore le cadre du droit positif en particulier aux Etats-Unis et en Angleterre.

principalement dans les pays du Sud : les risques d'un *biopiratage* Nord/Sud sont ainsi peu à peu apparus dans l'opinion publique.

- Enfin des ressources génétiques ont été identifiées et se sont constituées grâce à des pratiques traditionnelles : certains estiment également légitimes que ces savoirs et ces pratiques soient reconnues sous forme de droits particulier

2/ Une confrontation dans l'application de deux traités internationaux importants

Malheureusement, cette prise de conscience n'est réellement intervenue qu'après qu'eussent été signés les accords de Marrakech. La Convention sur la Diversité Biologique en fut le forum et permit une théorisation de ces positions. Cinq ans après la date de mise en application de la Convention, la Conférence des parties s'est saisie de la question de « *l'accès et le partage des avantages* » qui figurait dans l'intitulé même de la Convention sans que les contenus en soient réellement définis. Ses principes ont ainsi été précisés dans « les lignes directrices de Bonn » qui constituent aujourd'hui le cadre de négociation sur cette question¹⁷ : l'appui aux pays en développement en est un aspect important comme le rappelle régulièrement les résolutions des groupes travail¹⁸. Ces recommandations portent sur des questions désormais bien identifiées :

- l'organisation de l'accès au matériel vivant pour les industriels et les chercheurs, et donc le régime de liberté ou des autorisations de prélèvement, de prospection, de transmission d'échantillons... ;
- le régime des recherches effectuées sur le matériel génétiques et du partage de ses résultats ;
- le partage des revenus issus de l'exploitation commerciale et industrielle éventuelle de ces recherches.

Pourtant, ces directives n'ont pas de portée juridique contraignante bien qu'elles fassent consensus auprès des nombreux Etats parties à la Convention. Mais surtout elles n'affectent pas l'ordre juridique établi dans le cadre de l'OMC : le droit international de la CDB et les accords ADPIC sont étanches malgré un forcing délibéré effectué par la Convention auprès de l'OMPI. En dépit du magnifique travail d'expertise réalisé dans le cadre de la CDB qui a balisé les conditions permettant d'infléchir le droit des brevets en l'aménageant au niveau de la législation des Etats parties, la situation sur le terrain reste mitigée et le premier bilan de l'application des directives de Bonn est limité¹⁹.

Pour les défenseurs de l'APA, aux premiers desquels se trouve l'UICN, seule une modification des accords ADPIC intégrant de nouvelles règles de brevetabilité serait réellement de nature à régler ces questions au niveau mondial. C'est pourquoi les instances de la CDB sont fortement sollicitées pour obtenir de l'OMC la réouverture de négociations sur le

¹⁷ Rédigées à Bonn en octobre 2001 dans le cadre d'une réunion intergouvernementale de la CDB, ses lignes directrices ont été adoptées à la Hayes en 2002 par 180 pays. Ce document n'a pas pour autant de contenu directement contraignant, c'est pourquoi il se déroule sans cesse en groupes de travaux, séminaires, expertises et documents. Cf. « *Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation* » Secrétariat de la Convention sur la Diversité Biologique PNUE Montréal 2002.

¹⁸ « *Pour la mise en œuvre des Lignes directrices de Bonn, les Parties et les organisations ont été invitées à fournir une assistance financière et technique pour soutenir les pays en développement, en particulier les pays les moins avancés, les petits États insulaires en développement, ainsi que dans les pays à économie en transition.* »

¹⁹ Cf. Le constat de l'UICN dont le rôle a été déterminant dans le développement de la doctrine de l'APA : « ... Force est de constater que moins d'une trentaine de pays (16% des parties contractantes) ont pris l'une ou l'autre des mesures « juridiques, politiques administratives requise par la convention pour réaliser son troisième objectif vital : le partage équitable des avantages. La quasi-totalité des ces pays sont des pays en développement et les mesures prises ne concernent que le volet « accès ». In « *Le projet APA : des solutions novatrices pour la mise en œuvre de l'APA* » p. 2. UICN Environment Law Center et BMZ (Allemagne)

régime des brevets portant sur les ressources vivantes avec deux grands objectifs de modification des ADPIC²⁰:

- Considérer *la biodiversité comme un bien public* et établir le statut juridique au niveau international :
 - d'accès au matériel génétique et aux ressources vivantes ;
 - pour la protection, la conservation et l'inventaire du « patrimoine biologique » ou de la « diversité » en tant qu'ensemble²¹.
- *Conditionner les dépôts de brevets sur le matériel biogénétique* par :
 - la mention obligatoire dans le brevet de l'origine de la ressource biologique utilisée dans la recherche ayant abouti à une obtention de variété ou à une application ;
 - la preuve du « consentement éclairé préalable » de la communauté autochtone ou du pays détenteur ;
 - l'identification des savoirs traditionnels ;
 - la formalisation expresse du partage des bénéfices.

La *nullité des brevets* sanctionnerait l'inobservation de ces nouvelles obligations : nous n'en sommes pas encore là ! Mais jusqu'à présent c'est la confusion qui règne entre deux ordres juridiques établis curieusement la même année. En attendant une négociation gelée depuis l'échec de Doha, la Conférence des parties de la Convention sur la biodiversité active un groupe de travail spécifique sur la question des APA. Son objectif est de finaliser un document qui serait adopté à la réunion plénière de la Convention prévue à Nagoya en octobre 2010, pour aboutir à une modification du traité intégrant avec plus de précisions les principes de l'APA²².

III Stratégie, contraintes et dilemmes juridiques pour les Pays en développement

En fonction de ces données économiques et politiques, les Etats en développement essaient de définir la stratégie juridique la mieux adaptée à leurs intérêts : mais des contraintes particulières pèsent sur leur souveraineté qui limitent leurs marges de manœuvre, et les Etats insulaires du pacifique sont particulièrement vulnérables

1/ Les différentes stratégies juridiques pour les pays en développement

Dans l'Etat actuel du droit positif, en fonction du principe de souveraineté il appartient aux Etats d'établir les régimes de droit qui seront appliqués à ces différentes questions. Se pose alors un dilemme pour les Etats en développement, assorti de bien des difficultés.

La première difficulté est de *choisir entre l'attente et l'initiative* : les Etats en développement peuvent-ils attendre qu'aboutissent les négociations sur l'APA auprès de l'OMC pour établir des politiques d'accès et de partage ? Doivent-ils attendre la réunion plénière de la CDB prévue en 2010 à Nagoya et dans laquelle les résultats des travaux de la Conférence des Parties sur l'APA devraient aboutir ? Dans ce cas rien ne s'oppose aujourd'hui à l'accès aux ressources et au dépôt de brevets sur du matériel vivant : car la signature de la Convention sur la biodiversité n'a pas remis en cause le principe de la

²⁰ Cette négociation a été interrompue lors de l'échec de la Conférence de Doha : on doit noter qu'en « interne » l'OMPI était associée à cette négociation et avait beaucoup contribué aux travaux préparatoires.

²¹ Comme le souligne notre collègue David Shindel du Muséum National d'Histoire Naturelle de Smithsonian Institution à Washington la constitution de collections publiques accessibles à tous pourrait purger la compétition pour l'accès aux ressources génétique

²² La dernière réunion du groupe de travail sur l'APA s'est tenue à Paris au siège de l'UNESCO du 2 au 9 avril 2009. Des progrès importants ont été enregistrés mais les définitions juridiques de base sont toujours aussi difficiles à établir. Par ailleurs de nouveaux problèmes ont émergés relatifs à de nouvelles technologies appliquées au matériel génétique et que les premiers travaux de l'APA ne prévoyaient pas.

brevetabilité du vivant et du matériel biogénétique. De nombreux brevets d'ailleurs sont acceptés sans indication de l'origine : aux Etats-Unis, Angleterre évidemment... mais la France elle-même n'a pas modifié ses conditionnalités de dépôt (alors que la Belgique l'a déjà prévu en droit interne ce qui est une exception au Nord). Le risque de pillage n'est pas exclu, même si il ne faut pas céder à la bioparanoïa²³.

L'Etat peut s'engager ensuite dans *une entreprise de législation et de réglementation* de l'accès et du partage des avantages selon les recommandations de Bonn ; mais il doit le faire avec circonspection :

- cette mise en forme juridique est loin d'être évidente car même si les principes et les intentions sont bien formulés, la plupart des notions de base restent nébuleuses (communautés autochtones, savoirs traditionnels, avantages, matériel génétique, échantillon, accès, origine...).
- les effets rébarbatifs de ces législations sur la recherche peuvent être désastreux en « criminalisant la recherche²⁴ » (cas des Philippines reconnu par l'UICN elle-même)
- les effets de *dumping juridique* au bénéfice des pays sans législation risquent de pénaliser les « bons élèves » des directives de Bonn.

Enfin, l'Etat peut, au cas par cas, s'engager dans *la voie de la contractualisation* avec des opérateurs de recherche et des industriels, voire avec des pays industrialisés. Ces accords peuvent alors essayer d'intégrer les principes de l'APA sans s'appuyer expressément sur des lois nationales²⁵. Mais l'absence de matrice juridique de référence et la faiblesse de l'expertise et de l'expérience des pays insulaires du Pacifique risque de les placer alors dans des accords léonins (*one-sided agreements*) et créer des précédents aussi fâcheux ou irréparables.

En apparence les options politiques restent donc ouvertes sur les différentes questions soulevées par la gestion des ressources biogénétiques. Il suffit de se reporter aux positions retenues par les différents Etats développés sur le régime de la propriété intellectuelle pour avoir une idée des différentes stratégies. Mais ces apparences sont trompeuses pour des pays en développement

2/ Des contraintes particulières sur les Etats insulaires du Pacifique

Nous venons de voir que le droit international soulevait souvent plus de questions qu'il n'en résolvait... La CDB a ouvert la voie à des politiques de durabilité, mais elle ne solutionne pas les problèmes concrets des Etats et elle pose même parfois des difficultés inextricables, telle que l'équilibre entre les diverses approches de la durabilité. Si importante que soit la contribution récente des travaux internationaux dans l'inspiration de ces politiques, la souveraineté des Etats reste déterminante dans l'exploitation des ressources naturelles et sur les ressources génétiques. En droit international public ce principe n'est pas juridiquement contestable²⁶ et ce principe de souveraineté est même *sur-légitimé* pour les pays en développement²⁷.

²³ Les travaux préparatoires à la Conférence de Nagoya ne dessinent pas une solution radicale qui modifierait profondément les règles de l'APIC. Ainsi quoique l'Union Européenne se présente comme le chevalier blanc du Tiers-monde, la proposition européenne précise que l'application des règles de l'APA « *ne devrait pas avoir d'effet sur la validité du brevet délivré ni sur son opposabilité* » et de renvoyer aux Etats contractants la détermination « *des moyens* » et la « *graduation* » de sanctions permettant l'application des règles de Bonn... Pendant les travaux la fête continue...

²⁴ Expression utilisée par notre collègue Professeur Perry S. Ongla de l'Université Diliman des Philippines

²⁵ C'est les sens des communications de nos collègues Paul F. Uhlir directeur du Bureau des recherches de données et d'informations de la National Academies Washington, Janna Tom, bureau du transfert de technologie de l'Université de Californie et Sabine Brels Analyste en droit à la Station scientifique de R.B Gump (UCB)

²⁶ Cf. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 renforcée par le principe 2 de Rio « *Conformément à la charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement (...)* » Cf. Egalement par exemple la Déclaration de Bandung « *... les Etats membres sont les dépositaires des expressions culturelles traditionnelles*

Si le régime juridique des activités liées à l'accès et à l'exploitation des ressources naturelles reste fondamentalement étatique, il doit se décliner en de nombreux droits spéciaux ne relevant pas nécessairement du droit de l'environnement, et il doit s'insérer dans le système de droit national²⁸. Ainsi en est-il des principes constitutionnels et de l'organisation décentralisée d'un Etat, du droit des pêches, du droit foncier et de l'agriculture, des droits domaniaux, des discriminations positives en faveur de certains acteurs, du régime des concessions d'occupation domaniales, de recherche ou d'exploitation, du statut de la recherche et de la bioéthique, du droit de la propriété intellectuelle, du droit du commerce et de l'industrie... Comment décider lucidement dans de si nombreux domaines lorsqu'on ne dispose pas d'une expertise et d'une administration scientifique ?

Le contenu de la souveraineté se mesure à l'aune des engagements souscrits au niveau international, des protections obtenues à ce niveau et des contraintes internes. L'intervention des deux traités entraîne plus d'obligations que d'avantages et elle vient réduire cette souveraineté, y compris même pour ceux qui ne sont pas signataires de ces accords²⁹. Les pressions des marchés, de la coopération internationale et des scientifiques tissent également un ensemble de demandes auxquelles il n'est pas facile de répondre. Nous avons vu qu'au niveau national, la possibilité d'application directe des normes internationales dans ces différents domaines est tout à fait marginale, les accords renvoyant aux Etats pour leur mise en œuvre. Pour les petits Etats du Pacifique, on constate la faiblesse des capacités d'intégration en droit interne des principes internationaux du commerce et de la durabilité. Certains doutent même de l'opportunité de le faire tant ces nouveaux paradigmes de l'action publique apparaissent assortis de contraintes démesurées ou de montages juridiques inextricables³⁰. Il pèse sur donc sur les Etats du Pacifique des contraintes qu'on ne trouve pas dans les Etats du Nord:

- les Etats insulaires sont responsables d'une gestion optimale des ressources *considérées comme des « bien public »*³¹ : ils en sont comptables devant l'ensemble de leurs populations qui peuvent à la fois leur reprocher de brader leur patrimoine commun ou au contraire de ne pas saisir des opportunités économiques ;
- la recherche, l'inventaire et l'industrialisation des ressources génétiques des îles du Pacifique ne peuvent se concrétiser qu'avec *la coopération des pays développés* et de leurs acteurs scientifiques et industriels. Il faut donc reconnaître des droits à ces nouveaux partenaires au débit des souverainetés ;
- dans de nombreux Etats insulaires du Pacifique, il existe des *communautés autochtones* dont les droits prioritaires sur les ressources sont reconnus au niveau

et des savoirs traditionnels et détiennent des droits souverains sur leurs ressources génétiques. » comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au Folklore. Onzième session Genève, 3 – 12 juillet 2007.

²⁷ Principe 6 de Rio : « *La situation et les besoins particuliers des pays en développement, en particulier des pays les moins avancés et des pays les plus vulnérables sur le plan de l'environnement, doivent se voir accorder une priorité spéciale.* »

²⁸ Cf. Les communications détaillées de Jean-Pierre Beurier et de Bleuenn Guilloux pour les pays retenus dans le programme IRP.

²⁹ Ainsi en est-il pour Vanuatu non signataire des accords de l'OMC mais qui doit en intégrer les principes s'il veut s'engager dans des opérations de recherche ou de valorisation des ses ressources génétiques.

³⁰ Certains Etats d'ailleurs ne sont pas signataires des accords de l'OMC, d'autres sont dans des situations juridiques complexes : ainsi le droit de la Polynésie française au regard des traités internationaux de Rio et de l'OMC signés par la France, relève également des politiques européennes qui mettent en œuvre pour les Etats membres les engagements souscrits dans le cadre de ces accords.

³¹ Cette publicisation n'est pas toujours formelle mais elle sert désormais de modèle et de fondement aux législations de l'APA. Il en est ainsi à titre d'exemple dans l'article L.110-1 du Code français de l'Environnement: « *les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et les paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation. Leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état et leur gestion sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable.* »

international. Ces droits soulèvent la question d'une *discrimination positive* vis-à-vis même des autres nationaux de ces pays, et de répartir les avantages en interne ;

- les engagements internationaux invitent les Etats à *préserver les ressources* naturelles pour les générations futures et font pressions pour que des *mesures de conservation* soient prises à ce titre ;
- Les moyens disponibles pour mettre en place ces contrôles sont très difficiles à réunir pour des pays sans ressources financières et sans expérience industrielle³².

Cependant, la pression exercée sur les Etats du Sud est extrême : la réforme vite et sans tarder ! Se conformer aux engagements internationaux ! Protéger ses ressources et ses communautés autochtones ! Saisir les opportunités économiques ! Lutter contre la biopiraterie ! Développer la recherche ! Faire l'inventaire de sa biodiversité ! Mettre en place une administration chargée de protéger la propriété intellectuelle ! ...

Mais ces nouvelles questions n'interviennent pas dans un désert juridique : les pays insulaires ont chacun pour leur part des traditions et des contextes juridiques particuliers. Ceux-ci constituent autant d'obstacles à la mise en place d'un système qui n'aurait pour seul objet que de satisfaire le développement de l'industrie biogénétique ou la protection des éponges ! Ainsi se pose le problème du « coût/avantage » des réformes nécessaires pour encadrer et développer la nouvelle industrie. Il existe là une vraie difficulté à évaluer les impacts et les éventuels effets pervers de nouvelles règles d'accès et de mise en valeur des ressources³³.

Enfin, et cela n'est pas négligeable, l'encadrement de l'industrie biogénétique nécessite la mise en place de lourdes procédures juridiques et scientifiques et d'un appareil administratif sophistiqué. La disponibilité de moyens matériels coûteux et de ressources humaines hautement qualifiées ne semble pas facile à réunir pour les pays insulaires. Dans ces conditions se dessinent les contours d'un « *protectorat administratif* » dans lequel le suivi scientifique et bureaucratique des données et même du matériel génétique serait transféré au niveau régional ou international, réduisant plus encore la souveraineté des Etats insulaires sur leurs propres patrimoines.

Pour conclure cette introduction...

Je voudrais souligner à quel point la réflexion sur les questions de partage des avantages de la biodiversité constituent un sujet sociétal et politique aussi important qu'emblématique. Le droit qui doit en fixer les règles a pour vocation d'en intégrer toutes les dimensions, et nous avons vu qu'elles sont complexes. Il est intéressant de noter que le droit se construit sur la scène internationale dans un jeu de rapports de force, d'expertises, de communication devant l'opinion, de lobbies...

Mais à propos de l'APA, revenons à notre premier propos sur la dynamique public/privé. Nous constatons d'abord que s'affrontent la thèse du contrat (privé) et la thèse de la loi (public) : certains militent pour qu'un traité établissent des règles universelles d'APA qui seraient obligatoirement reprises en droit interne des Etats ; s'y opposent ceux qui considèrent qu'il suffit qu'au cas par cas, les partenaires trouvent des arrangements pour exploiter les ressources génétique. D'ailleurs au sein même de notre séminaire, les intervenants se répartissent assez harmonieusement entre ces deux tendances.

Or nous pouvons voir les liens dialectiques qui les unissent. Les partisans du contrat ont désormais intégré les notions de base d'accès et de partage, d'origine, de communauté

³² Le projet IRP intègre bien l'ensemble de ces intérêts contradictoires pour réaliser un consensus global sur des opérations complexes Cf. la communication d'Eric Clua.

³³ Cf. La communication de notre collègue Carole Martinez sur les effets délétères de règles nouvelles

autochtone, de savoir traditionnels ou d'informations préalable. Pourtant le droit international de brevets ne formule toujours pas de contrainte formelle directe dans ces domaines.

A l'inverse ceux qui aujourd'hui travaillent à l'élaboration d'un traité, construisent la définition de ces notions nouvelles avec les nombreuses expériences contractuelles qui, par tâtonnement, en donnent progressivement le contenu concret. Nous mesurons d'ailleurs combien le partage des expériences est utile dans ce processus définitoire.

Ici la synergie public/privé s'illustre clairement et les conflits permettent donc le *murissement* de la règle de droit. Nous pouvons ainsi constater que du côté des « étatistes », on ne conteste plus la brevetabilité du vivant *dans son principe* : la propriété intellectuelle apparaît même comme un moyen de garantir des droits aux communautés. Du côté des « libéraux », on ne conteste plus la *nécessité de principe* d'établir des règles d'accès aux ressources ; le partage des avantages est également accepté comme légitime. Bien sûr les clivages demeurent, mais des principes qui paraissaient inconciliable en 1992 cohabitent dans un ensemble syncrétique. Mais de nouvelles tensions apparaissent pour nourrir de nouveaux affrontements et faire donc émerger de nouvelles règles³⁴. Nous pouvons donc nous féliciter de ce que notre séminaire, au-delà des contributions essentielles qui l'alimentent, puisse être l'occasion d'aborder certains aspects de l'ontologie juridique.

³⁴ Cf. Comme illustration de ce travail de Pénélope la déclaration de position de l'UICN dans les groupes de travail APA de la Conférence des Parties en 2006 à Grenade « ...le fossé est grandissant entre les nouvelles technologies et l'élaboration des politiques. Le rythme auquel les biotechnologies, le génie génétique, la génomique, la protéomique, la nanotechnologie, la bioinformatique progressent et génèrent de nouvelles données et informations sur les éléments constitutifs de la diversité biologique complique les efforts et les politiques réglementaires. (...) le projet de régime international sous sa forme actuelle aura probablement des effets très limités sur ce technologies (...) »