

Article 4

Relation avec les accords et instruments internationaux

1. Les dispositions du présent Protocole ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une Partie d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations devait causer des dommages graves à la diversité biologique ou constituer pour elle une menace grave. Le présent paragraphe n'a pas pour objet de créer une hiérarchie entre le présent Protocole et d'autres instruments internationaux.
2. Rien dans le présent Protocole n'empêche les Parties d'élaborer et d'appliquer d'autres accords pertinents, y compris d'autres accords spéciaux en matière d'accès et de partage des avantages, à condition qu'ils favorisent les objectifs de la Convention et du présent Protocole et n'aillent pas à leur encontre.
3. Le présent Protocole s'applique dans un esprit de complémentarité réciproque avec les autres instruments internationaux pertinents. Les travaux ou pratiques utiles et pertinents en cours dans le cadre de ces instruments internationaux et organisations internationales compétentes devraient être dûment pris en compte, à condition qu'ils favorisent les objectifs de la Convention et du présent Protocole et n'aillent pas à leur encontre.
4. Le présent Protocole est l'instrument d'application des dispositions de la Convention relatives à l'accès et au partage des avantages. Lorsqu'un instrument international spécial sur l'accès et le partage des avantages s'applique, est conforme aux objectifs de la Convention et du présent Protocole et ne va pas à l'encontre de ces objectifs, le présent Protocole ne s'applique pas pour la ou les Partie(s) à cet instrument spécial en ce qui concerne la ressource génétique spécifique couverte par ledit instrument et pour les besoins de celui-ci.

A. Contexte

Le Plan de mise en œuvre du Sommet mondial sur le développement durable de Johannesburg (2002) a donné un mandat général pour négocier un régime international afin de promouvoir et de sauvegarder le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques dans le cadre de la Convention sur la diversité biologique (CDB), ceci en gardant à l'esprit les Lignes directrices de Bonn (paragraphe 44 (o) du Plan de mise en œuvre de Johannesburg). Pourtant, les Parties étaient divisées entre celles qui souhaitaient un instrument cadre global sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation (APA) et celles qui voulaient un résultat reconnaissant un régime international élargi sur les ressources génétiques avec comme instrument par défaut, le Protocole de Nagoya (Buck et Hamilton, 2011, p. 58).

Parce que le Protocole de Nagoya, en principe, s'applique à tous les types de ressources génétiques et pour toutes les utilisations possibles, les Parties ont explicitement reconnu dans son article 4 que les dispositions pertinentes de l'APA existent également dans une panoplie d'instruments et de processus internationaux en dehors de la CDB (Buck et Hamilton, 2011, p. 58). L'article 4 traite des relations entre le Protocole de Nagoya et d'autres instruments et processus internationaux liés à son objectif, contenu et mécanismes opérationnels, tels que (voir aussi la section E de l'introduction) :

- Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPGAA) ;
- Convention internationale pour la protection des obtentions végétales ;
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ;
- Système du Traité sur l'Antarctique ;
- Organisation mondiale du commerce (OMC) ;
- Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) ;
- Organisation mondiale de la Santé (OMS) ; et
- Commission des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture (CRGAA) du Programme des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO).

En outre, l'article 4 lie le Protocole de Nagoya au travail et pratiques des organisations internationales pertinentes.

Encadré 12 : Définition des termes « accord international », « instrument » et « organisation »

Le terme « accord international » utilisé à l'article 4 se réfère spécifiquement aux accords qui créent des droits et des obligations, formellement connu comme un traité. Par définition, les traités sont des accords qui sont écrits, contraignants (par exemple, ils créent des droits et des devoirs), conclus par des États ou des organisations internationales ayant l'autorité de créer des traités et sont régis par le droit international. Les accords internationaux contraignants en vertu du droit international sont souvent appelés traités, accords, conventions, chartes ou protocoles.

Le terme « instrument international » est plus large par définition, se référant à tous les documents diplomatiques écrits ; établis par des personnes autorisées constituant un acte international et définissant son contenu. Il pourrait s'agir de décisions prises par les Parties, sous l'égide d'un accord international ou d'une organisation internationale qui ne sont pas considérées comme un traité. Malgré le fait qu'il ne soit pas tout à fait clair si le terme « instrument » couvre également les dispositions qui ne sont pas juridiquement contraignantes (Koester, 2012, note 79), l'usage fait de ce terme semble permettre une plus grande flexibilité dans la création de régimes APA spécialisés.



Une « organisation internationale » est une organisation intergouvernementale. Elle fonctionne selon ses propres règles : les actes constitutifs, les décisions et résolutions sont adoptées conformément auxdits actes et à la pratique établie de l'organisation. Les négociations quant à l'élaboration de nouveaux accords et instruments peuvent également avoir lieu au sein de l'organisation. Elles devraient tenir dûment compte de la mise en œuvre du Protocole de Nagoya d'une façon solidaire.

Sources : *Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales* ; Parry et al., 2009.

B. Explication

1. Les dispositions du présent Protocole ne modifient en rien les droits et obligations découlant pour une Partie d'un accord international existant, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations devait causer des dommages graves à la diversité biologique ou constituer pour elle une menace grave. Le présent paragraphe n'a pas pour objet de créer une hiérarchie entre le présent Protocole et d'autres instruments internationaux.

La première phrase du paragraphe 1 répète essentiellement la règle figurant à l'article 22 (1) de la CDB : que les droits et obligations des Parties en vertu d'accords existants ne sont pas affectés sauf si l'exercice de ces dispositions risque d'endommager gravement ou de menacer la diversité biologique (Glowka et al. 1994, p. 109). La deuxième phrase traite d'un aspect non couvert par l'article 22 de la CDB mais par d'autres accords multilatéraux sur l'environnement (AME) : une clarification d'après laquelle la disposition ne vise pas à établir une hiérarchie entre le Protocole de Nagoya et d'autres instruments.

De nombreux AME récents comportent une telle clause, parfois appelée « clause de sauvegarde », dans leur préambule ou dans leurs textes opérationnels indiquant la relation entre le traité et d'autres accords. Quand une telle clause figure dans le texte opérationnel d'un traité, elle peut indiquer précisément comment le nouvel accord affecte les obligations des accords existants et quel accord va prévaloir en cas d'un conflit. Ceci parce que l'État est tenu de respecter tous les traités auxquels il est Partie et de les exécuter de bonne foi (article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). En conséquence, les États doivent veiller à ce que les dispositions des traités nouvellement négociés n'entrent pas en conflit ou n'outrepassent pas les obligations existantes à moins que cela soit clairement voulu (article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités).

Encadré 13 : Des exemples de clauses de sauvegarde dans d'autres instruments internationaux

- Article 311 (2) de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer

« La Convention ne modifie en rien les droits et obligations des États Parties qui découlent d'autres traités compatibles avec elle, et qui ne portent atteinte ni à la jouissance par les autres États Parties des droits qu'ils tiennent de la Convention, ni à l'exécution de leurs obligations découlant de celle-ci. »

- Préambule du Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques

« *Estimant* que les accords sur le commerce et l'environnement devraient se soutenir mutuellement en vue de l'avènement d'un développement durable, »

« *Soulignant* que le présent Protocole ne sera pas interprété comme impliquant une modification des droits et obligations d'une Partie en vertu d'autres accords internationaux en vigueur, »

« *Considérant* qu'il est entendu que le présent préambule ne vise pas à subordonner le Protocole à d'autres accords internationaux. »

- Préambule du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture

« *Reconnaissant* que le présent Traité et les autres accords internationaux pertinents devraient être complémentaires en vue d'assurer une agriculture durable et la sécurité alimentaire ;

« *Affirmant* que rien dans le présent Traité ne doit être interprété comme entraînant, de quelque manière que ce soit, une modification des droits et obligations afférents aux Parties contractantes au titre d'autres accords internationaux ; »

« *Considérant* que l'exposé ci-dessus n'a pas pour objet d'établir une hiérarchie entre le Traité et d'autres accords internationaux. »

- Article 20(1) de la Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle

« Les Parties reconnaissent qu'elles doivent remplir de bonne foi leurs obligations en vertu de la présente Convention et de tous les autres traités auxquels elles sont parties. Ainsi, sans subordonner cette Convention aux autres traités :

- a) elles encouragent le soutien mutuel entre cette Convention et les autres traités auxquels elles sont parties ; et
- b) lorsqu'elles interprètent et appliquent les autres traités auxquels elles sont parties ou lorsqu'elles souscrivent à d'autres obligations internationales, les Parties prennent en compte les dispositions pertinentes de la présente Convention. »

Il est important de noter que les premières ébauches du Protocole de Nagoya indiquaient déjà que le but n'était pas de « subordonner » le Protocole à d'autres instruments internationaux. L'article 4 (1) du Protocole lui-même rappelle aux États que l'intention n'est pas de créer une hiérarchie avec d'autres accords internationaux existants (par exemple, en faveur du Protocole ou d'un autre accord). La relation avec les nouveaux accords internationaux pertinents est régie par le paragraphe 2, et ses relations aux autres d'instruments spécialisés sur l'APA sont règlementées par le paragraphe 4.

2. Rien dans le présent Protocole n'empêche les Parties d'élaborer et d'appliquer d'autres accords pertinents, y compris d'autres accords spéciaux en matière d'accès et de partage des avantages, à condition qu'ils favorisent les objectifs de la Convention et du présent Protocole et n'aillent pas à leur encontre.

Le paragraphe 2 reflète le fait qu'au cours des négociations du Protocole de Nagoya, les délibérations ou les négociations sur les questions connexes avaient lieu dans différents forums et organisations (à la FAO, l'OMS, l'OMPI et l'OMC). Le résultat final de certaines d'entre elles pourrait être un nouvel accord international sur l'APA, comme un accord sectoriel abordant des types spécifiques de ressources génétiques (par exemple, un régime axé sur les ressources génétiques animales pourrait être élaboré sous l'égide de la FAO).

L'idée que « la taille unique ne convient pas à tous » a été soulevée lors des négociations du Protocole de Nagoya et a également été examinée par le Groupe d'experts juridiques et techniques sur les concepts, termes, définitions de travail et approches sectorielles. La possibilité de l'élaboration et la mise en œuvre de nouveaux accords APA spécialisés (c'est-à-dire une approche sectorielle) a été soutenue par certaines Parties. Ces pays ont suggéré la possibilité d'inclure dans le Protocole de Nagoya une disposition générale reconnaissant les approches sectorielles APA spécialisées existantes ou futures. Ces accords auraient alors priorité sur le protocole au moins en ce qui concerne les ressources génétiques ou types d'utilisations couverts. Dans la pratique, quelques distinctions fondamentales pourraient être utilisées pour l'élaboration de réglementations nationales ou internationales, telles la nature de la demande ou de l'utilisation prévue (par exemple, commerciale ou non commerciale, pour l'alimentation ou l'agriculture, à des fins pharmaceutiques) ou la nature physique des ressources ou de leur emplacement (par exemple, marins, terrestres, plantes supérieures, microorganismes trouvés *ex situ* ou *in situ*).

Le paragraphe 2 réaffirme le droit des Parties d'élaborer et de mettre en œuvre d'autres accords internationaux pertinents en général et, en particulier, d'autres accords APA spécialisés (les systèmes APA spécialisés existants sont abordés dans le paragraphe 4). Il est important de noter que la capacité juridique d'une Partie d'élaborer et de mettre en œuvre un instrument international vient directement du droit international (voir l'article 6 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). La disposition réitère donc ce principe.

Dans un même temps, toutefois, il y a des inquiétudes à ce que de nouveaux accords internationaux et leur mise en œuvre, en particulier, les nouveaux accords sectoriels sur l'APA, aillent à l'encontre des objectifs de la CDB et du Protocole de Nagoya, créant ainsi un vide juridique et rendant difficile la concrétisation du partage juste et équitable des avantages. Par conséquent, le paragraphe 2 contient une clause de sauvegarde : les parties peuvent négocier et mettre en œuvre tout nouvel accord international dans la mesure où ces accords « favorisent les objectifs de la Convention et du présent Protocole et n'aillent pas à leur encontre ». Cette qualification s'applique à la fois aux instruments

internationaux généraux et aux accords spécialisés d'APA et est soumis à l'article 30 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui régit l'application de traités successifs portant sur la même matière.

3. Le présent Protocole s'applique dans un esprit de complémentarité réciproque avec les autres instruments internationaux pertinents. Les travaux ou pratiques utiles et pertinents en cours dans le cadre de ces instruments internationaux et organisations internationales compétentes devraient être dûment pris en compte, à condition qu'ils favorisent les objectifs de la Convention et du présent Protocole et n'aillent pas à leur rencontre.

La première phrase du paragraphe 3 traite de l'obligation des Parties de mettre en œuvre les instruments internationaux pertinents et le Protocole de Nagoya dans un esprit de complémentarité réciproque. Le terme « complémentarité réciproque » a pris un sens particulier dans le contexte du commerce et de l'environnement et peut être trouvé dans les AME récemment adoptés, tel que le Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques. L'impératif d'après lequel les traités environnementaux et objectifs commerciaux doivent s'appliquer dans un esprit de complémentarité réciproque est également prescrit par l'article 92 du PMOJ. Le principe de complémentarité réciproque peut être utilisé comme un principe d'interprétation régissant l'interface entre les AME et les traités connexes qui nécessitent une lecture conciliante de règles potentiellement contradictoires contenues dans ces accords. (Pavoni, 2010)

La deuxième phrase du paragraphe 3 est plutôt inhabituelle en droit international car elle traite de la relation entre les traités internationaux et les pratiques et travaux pertinents et utiles dans le cadre d'accords pertinents ou d'organisations internationales. Plusieurs aspects méritent d'être soulignés sur le sujet.

Premièrement, les travaux pourraient comprendre des actions telles les négociations, les discussions et les résolutions, alors que les pratiques pourraient être n'importe quel type de mesures concrètes prises pour mettre en œuvre un instrument.

Deuxièmement, les Parties devraient « dûment prendre en compte » uniquement les pratiques ou travaux utiles et pertinents, qui ne créent pas d'obligation juridique pour mettre en œuvre le Protocole de Nagoya dans un esprit de complémentarité réciproque. La pratique actuelle du droit international ne reconnaît cette obligation que lorsqu'il s'agit d'accords internationaux contraignants et non pas de pratiques ou travaux pertinents et utiles n'ayant pas de statut juridique (Nijar, 2011b, p. 17).

De plus, il n'existe pas de vision commune parce que l'expression « en cours » peut être interprétée en ce sens qu'il y a un manque de consensus sur le sujet, ce qui créerait une incertitude juridique (Tvedt et Rukundo, 2010, pp 19-20 ; Nijar, 2011b, p. 17). On peut donc simplement indiquer la nécessité de prendre en considération les travaux, malgré qu'ils ne soient pas nécessairement finalisés, conclus, ou acceptés, sont reliés d'une manière ou d'une autre au Protocole de Nagoya. Un exemple de tels « travaux en cours » pourraient être les discussions du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore, qui ont été expressément reconnues par la dixième réunion de la Conférence des Parties à la CDB (décision X/1).

En outre, ce ne sont pas tous les types de travaux ou de pratiques qui mériteraient d'être dûment pris en compte, mais seulement ceux qui sont « utiles » et « pertinents », et qui appuient et ne vont pas à l'encontre des objectifs de la CDB et du Protocole de Nagoya.

Il est important de noter que le paragraphe 3 ne mentionne pas explicitement quels instruments internationaux et quels travaux et pratiques des organisations internationales sont pertinents. Cependant, il existe des indications dans le préambule du Protocole de Nagoya quant à savoir quels instruments et processus sont pertinents. Le préambule donne une reconnaissance spéciale au TIRPGAA et à son Système multilatéral de l'APA ainsi qu'à la CRGAA dans le domaine des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Il se réfère également à des préoccupations de santé humaine liées à des agents pathogènes, qui sont principalement adressées à l'échelle internationale par l'OMS, l'Organisation mondiale de la santé animale et la Convention internationale pour la protection des végétaux. En dehors du Règlement sanitaire international de l'OMS (RSI 2005), mentionné dans le préambule, le cadre de travail de l'OMS en cas de pandémie de grippe pourrait également être visé par cette disposition en tant qu'instrument international pertinent ou comme pratique d'une organisation pertinente pour faire face à l'inquiétude suscitée par des pathogènes devant être dûment considérées dans la mise en œuvre du Protocole (OMS, 2011 ; voir aussi Fidler et Gostin, 2011).

Enfin, tandis que les obligations de mettre en œuvre le Protocole de Nagoya dans un esprit de complémentarité réciproque et de prendre dûment en compte sont adressées aux Parties, les détails de cette mise en œuvre peuvent être discutés ou négociés à la Conférence des Parties siégeant en tant que réunion des Parties au Protocole.

4. Le présent Protocole est l'instrument d'application des dispositions de la Convention relatives à l'accès et au partage des avantages. Lorsqu'un instrument international spécial sur l'accès et le partage des avantages s'applique, est conforme aux objectifs de la Convention et du présent Protocole et ne va pas à l'encontre de ces objectifs, le présent Protocole ne s'applique pas pour la ou les Partie(s) à cet instrument spécial en ce qui concerne la ressource génétique spécifique couverte par ledit instrument et pour les besoins de celui-ci.

Le paragraphe 4 est très pertinent pour comprendre la place du Protocole de Nagoya dans le droit international. Au cours des négociations, certains négociateurs étaient d'avis que le Protocole soit seulement un instrument de plus relatif à APA, en plus du TIRPGAA notamment. Toutefois, l'article 4 (4) précise que le Protocole est l'instrument de mise en œuvre des dispositions relatives à l'APA de la CDB et qu'il ne fonctionne pas dans les situations où s'applique déjà un instrument spécialisé compatible avec les objectifs de la CDB et du Protocole de Nagoya en ce qui concerne la ressource génétique spécifique couverte par et pour l'objectif de l'instrument (Buck et Hamilton, 2011, p. 58). Ceci indique plusieurs conditions qui régissent les relations entre le Protocole de Nagoya et les instruments spécialisés : Les premières ébauches du protocole ont explicitement exclus le TIRPGAA du champ d'application du Protocole, mais cela n'a pas été reflété dans le texte final. Toutefois, l'article 4 (4) permet d'exclure le partage des ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture couvert par le TIRPGAA (Ruiz et Vernooy, 2012, p. 14).

Tout d'abord, l'instrument spécialisé doit être « conforme » et ne doit pas aller à l'encontre des objectifs de la CDB et du Protocole de Nagoya. Cette formulation est plus faible que les autres paragraphes de l'article 4 dans le sens où il est seulement nécessaire qu'un instrument spécialisé soit conforme au Protocole plutôt que de lui être complémentaire. Il s'agit là, d'une reconnaissance du fait qu'un instrument spécialisé sur l'APA puisse inclure différentes approches et mécanismes de mise en œuvre qui s'écartent de l'approche bilatérale dans la CDB et dans le Protocole.

La deuxième condition a trait à l'adhésion. Si une Partie n'est pas Partie à l'instrument spécialisé, les dispositions du Protocole de Nagoya s'appliqueront alors à toutes les transactions portant sur les ressources génétiques. Cela est pertinent par exemple, dans le contexte du TIRPGAA vu que certaines Parties à la CDB ne sont pas Parties au TIRPGAA.

En outre, la priorité accordée aux instruments spécialisés sur le Protocole de Nagoya ne concerne que les « ressources génétiques couvertes par » et « pour les besoins de » l'instrument spécialisé (Buck et Hamilton, 2011, p. 58). En ce qui concerne la finalité, l'article 4 (4) indique clairement que seules les utilisations des ressources génétiques pour les besoins de l'instrument sont exclues du Protocole de Nagoya – c'est le cas des utilisations pour l'alimentation et l'agriculture, mais pas pour des usages pharmaceutiques ou autres usages dans le cadre du TIRPGAA. En d'autres termes, si une culture énumérée à l'annexe I du TIRPGAA a été utilisée à des fins non apparentées, tel un usage cosmétique ou, médical, le Protocole de Nagoya s'appliquerait à une telle utilisation (Buck et Hamilton, 2011, p. 58). En ce qui concerne les ressources génétiques couvertes par l'instrument spécialisé, l'article 4 (4) n'est pas aussi clair. Par exemple, le champ d'application TIRPGAA inclut toutes les ressources génétiques pour l'alimentation et l'agriculture, alors que celui du Système multilatéral APA est beaucoup plus étroit : il vise seulement les ressources génétiques incluses dans l'annexe I. La question se pose donc de savoir à quelle catégorie appartiennent les ressources couvertes par le TIRPGAA : uniquement les ressources phytogénétiques de l'annexe I ou encore des ressources végétales génétiques non visées par l'annexe I mais incluses par le Groupe consultatif pour la recherche agronomique internationale et par des centres similaires (article 15 du Traité international)? Une interprétation conforme à la question traitée dans ce paragraphe pourrait indiquer que la deuxième option serait la plus appropriée.