

Article 3

Champ d'application

Le présent Protocole s'applique aux ressources génétiques qui entrent dans le champ d'application de l'article 15 de la Convention ainsi qu'aux avantages découlant de l'utilisation de ces ressources. Le présent Protocole s'applique également aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques qui entrent dans le champ d'application de la Convention et aux avantages découlant de l'utilisation de ces connaissances.

A. Contexte

L'article 3 établit le champ d'application du Protocole de Nagoya sur l'accès aux ressources génétiques ainsi que les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques et le partage des avantages découlant de l'utilisation de ces ressources et connaissances. Le champ d'application du Protocole de Nagoya a été l'une des questions les plus difficiles à résoudre au cours du processus de négociation ; certains pays souhaitaient un vaste champ d'application tandis que d'autres ont cherché à limiter la portée du Protocole (Chiarolla, 2010 ; Buck et Hamilton, 2011, Nijar, 2011 a).¹

Pour de nombreux pays, il était important de s'assurer que les dispositions relatives au champ d'application étaient suffisamment étendues pour couvrir les utilisations les plus importantes de la biodiversité pour la recherche et le développement (Oliva, 2011, p. 1223). Par exemple, les Parties ont proposé que le champ d'application du Protocole de Nagoya soit rétroactif et s'applique aux avantages continus et aux avantages des nouveaux usages découlant de l'utilisation commerciale et d'autres utilisations des ressources génétiques, ressources biologiques, des produits, des dérivés et des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques acquis avant l'entrée en vigueur de la Convention sur la diversité biologique (CDB) ou découlant des utilisations commerciales et autres effectuées avant l'entrée en vigueur de la CDB. Il y avait aussi des propositions d'emploi de termes sur les droits de la propriété intellectuelle associés à la recherche et à la technologie découlant de l'utilisation de toutes les ressources génétiques et les ressources biologiques, leurs dérivés et produits, et les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques des communautés autochtones et locales (CAL).²

Le texte de compromis proposé par la présidence japonaise de la dixième réunion de la Conférence des Parties à la CDB (CdP 10 de la CDB) a radicalement simplifié le champ d'application et a proposé d'aborder de nombreux problèmes relatifs au champ d'application dans d'autres articles du Protocole (par exemple, les articles 2, 4 et 8) (Tsioumani, 2010, p. 289).

1 Voir également l'article 3 dans le projet de Protocole dans le *Rapport de la deuxième partie de la neuvième réunion du groupe de travail spécial à composition non limitée sur l'accès et le partage des avantages*, UNEP/CBD/CDP/10/5/ADD4 pour différentes propositions sur le champ d'application du Protocole.

2 Rapport du GTSN 8, UN Doc. UNEP/CBD/WG-APA/8/8, Annexe, Partie II.

B. Explication

Malgré sa brièveté, l'article 3 a des ramifications importantes pour l'application et la mise en œuvre du Protocole, en particulier les articles 5 (partage juste et équitable des avantages), 6 (accès aux ressources génétiques), 7 (accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques), et 12 (connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques).

Ressources génétiques

La première phrase de l'article 3 limite le champ d'application du Protocole de Nagoya aux ressources génétiques qui relèvent du champ d'application de l'article 15 de la CDB et les avantages découlant de leur utilisation. L'article 15 (1) de la CDB établit un droit souverain de légiférer sur les ressources génétiques. L'article 15 (3) précise que seules les ressources génétiques fournies par les Parties qui sont les pays d'origine ou qui ont acquis les ressources génétiques conformément à la CDB peuvent se voir appliquer les dispositions sur l'accès et le partage des avantages (APA) (Glowka et al., 1994, p. 77 ; Nijar, 2011a, p. 27 ; Buck et Hamilton, p. 51). Si les exigences sont remplies, l'article 15 (7) de la CDB appuie les mesures nationales visant à assurer le partage juste et équitable avec la Partie qui fournit des résultats de recherche et développement et des avantages découlant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques.

Encadré 10 : Définitions pertinentes relatives au champ d'application du Protocole

Outre les définitions introduites par l'article 2 de la CDB (voir encadré 6), l'article 2 du Protocole de Nagoya comprend quelques définitions qui sont importantes pour bien comprendre le champ d'application du Protocole :

- « *Utilisation des ressources génétiques* » désigne les activités de recherche et de développement sur la composition génétique et/ou biochimique de ressources génétiques, notamment par l'application de la biotechnologie, conformément à la définition fournie à l'article 2 de la Convention.
- « *Biotechnologie* » désigne toute application technologique qui utilise des systèmes biologiques, des organismes vivants, ou des dérivés de ceux-ci, pour réaliser ou modifier des produits ou des procédés à usage spécifique, conformément à la définition fournie dans l'article 2 de la Convention.
- « *Dérivé* » désigne tout composé biochimique qui existe à l'état naturel résultant de l'expression génétique ou du métabolisme des ressources biologiques ou génétiques, même s'il ne contient pas d'unités fonctionnelles de l'hérédité.

La référence à l'utilisation des ressources génétiques dans la première phrase de l'article 3 signifie que la définition de ce terme doit être utilisée pour clarifier le champ d'application du partage des avantages. En conséquence, elle capture les avantages découlant de la recherche et du développement sur la composition génétique et/ou biochimique des ressources génétiques, notamment grâce à l'application de toute application technologique qui utilise des systèmes biologiques, des organismes vivants ou des dérivés de ceux-ci, pour élaborer ou modifier des produits ou des procédés pour une utilisation

spécifique. Cela comprend l'utilisation de composés biochimiques résultant de l'expression génétique ou du métabolisme de ressources biologiques ou génétiques, même si ces composés ne contiennent pas d'unités fonctionnelles de l'hérédité. En suivant approximativement le modèle de partage des avantages énoncé à l'article 15 (7) de la CDB, cela élargit le champ d'application matériel des composés biochimiques qui existent à l'état naturel.

Les dérivés ont été mentionnés dans le projet de texte de l'article 3 mais ont été supprimés dans le cadre du texte de compromis présenté par la présidence japonaise de la CdP 10 (Tsioumani, 2010, p. 289). Ainsi, l'article 3, dans sa version finale n'utilise pas le terme « dérivés », mais inclut seulement une référence à l'utilisation des ressources génétiques. Pourtant, l'article 2 du Protocole définit à la fois l'utilisation des ressources génétiques et les dérivés de manière à ce que le Protocole couvre un type spécifique de dérivé dans son champ d'application : les produits biochimiques (Joseph, 2010, p. 91). La recherche et le développement sur les composés biochimiques qui existe à l'état naturel résultant de l'expression génétique ou du métabolisme de ressources biologiques ou génétiques sont désormais couverts par les exigences d'APA (Kamau, Fedder et Winter, 2010, p. 256). Cela signifie que la recherche sur l'utilisation d'extraits et de molécules à partir de végétaux ainsi que le développement de produits pharmaceutiques, cosmétiques, ou nutraceutiques, est couverte par les dispositions relatives au consentement préalable donné en connaissance de cause (CPCC) et soumise aux conditions convenues d'un commun accord (CCCA) (Oliva, 2011, p. 1224). Cependant, il est important de comprendre que, parce que l'article 15 de la CDB est limité à l'utilisation des ressources génétiques et que l'article 2 du Protocole de Nagoya lie l'utilisation à la composition génétique et/ou biochimique de ressources génétiques, les produits biochimiques qui existent à l'état naturel accessibles indépendamment des ressources génétiques ne sont pas couverts par le champ d'application du Protocole de Nagoya.

En outre, il est important de noter que les Parties ont convenu de laisser les ressources génétiques humaines en dehors du cadre du Protocole de Nagoya. Cependant, les ressources génétiques humaines peuvent faire l'objet d'un nouvel examen par la CdP de la CDB siégeant en tant que réunion des Parties au Protocole de Nagoya.³

Les ressources génétiques sont définies par la CDB en tant que « matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle ». Cette définition nécessite des précisions sur ce qu'est le « matériel génétique ». La CDB définit le matériel génétique comme « le matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité ».

Les unités fonctionnelles de l'hérédité sont des gènes. Un gène est un segment d'ADN (sur un site spécifique d'un chromosome) qui est responsable des caractéristiques physiques et transmissibles ou un phénotype d'un organisme vivant (l'aspect physique d'un organisme).

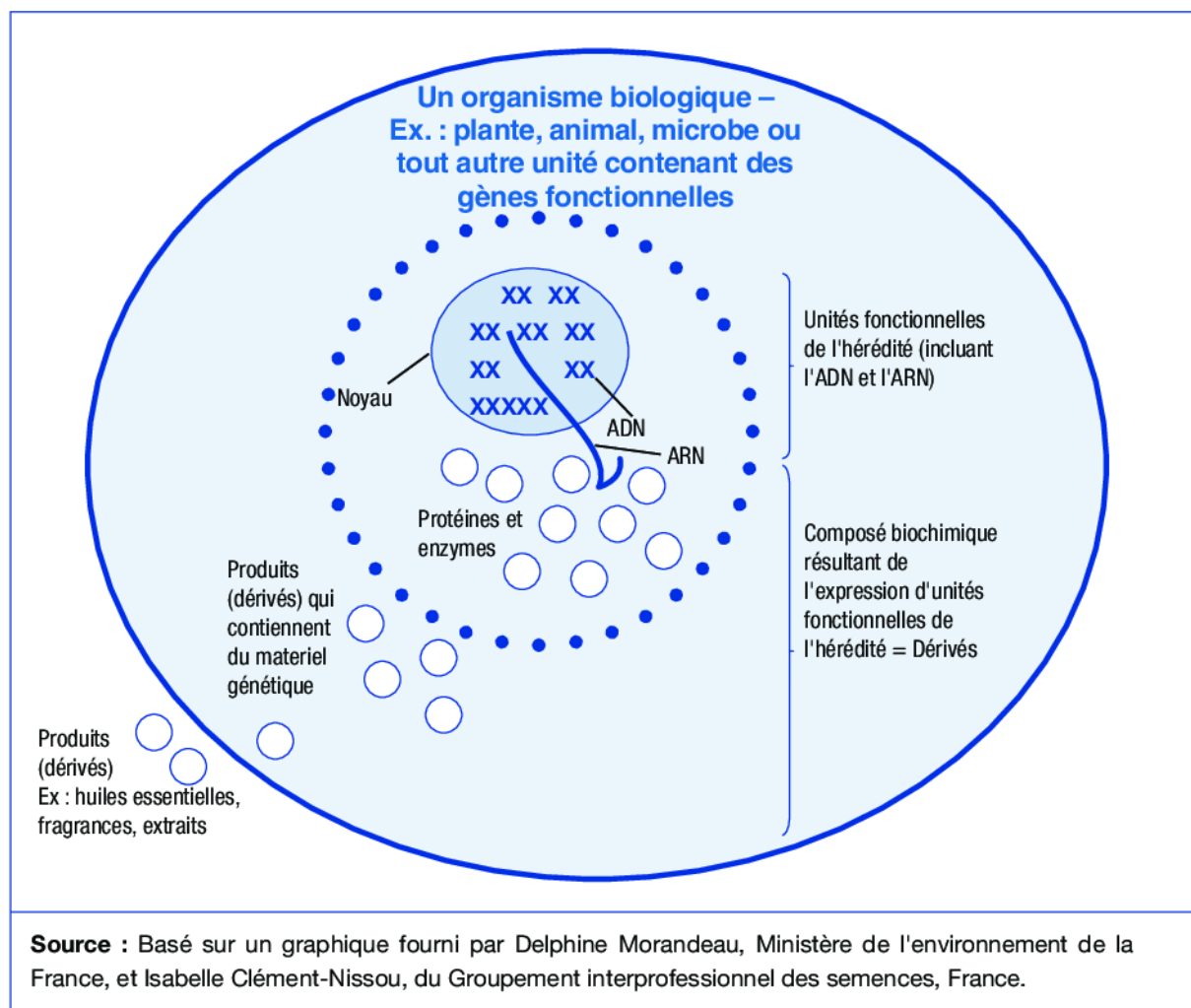
L'ADN contient les informations sur la fonction et les caractéristiques des organismes vivants. En ce sens, l'ADN contient les instructions ou informations (appelés gènes) nécessaires à la réalisation des composants cellulaires et sur la façon dont un organisme vivant fonctionne.

Une gamme de composés biochimiques naturels résulte de l'expression des gènes. Des composés tels que les protéines et les enzymes se produisent dans les cellules – les plus petites unités d'un organisme vivant – et contiennent des unités fonctionnelles de l'hérédité. Les cellules libèrent dans les tissus des composés biochimiques nécessaires au fonctionnement d'un organisme. Ces composés contiennent également le matériel génétique.

3 Décision X/1/5 de la CdP de la CBD.

Enfin, d'autres composés biochimiques sont produits par les interventions humaines, telles que l'extraction, la concentration ou la dilution. Ces composés peuvent ou non conserver le matériel génétique. Des exemples incluent les huiles, les extraits de plantes et les composés biochimiques synthétiques (artificiels).

Schéma 4 : Comprendre les ressources génétiques



Connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques

L'article 8 (j) de la CDB aborde les connaissances traditionnelles, innovations et pratiques des modes de vie des communautés autochtones et locales présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable des ressources biologiques. La deuxième phrase de l'article 3 du Protocole de Nagoya se réfère à un sous-ensemble de ces connaissances, innovations et pratiques, à savoir les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Le partage des avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques est encouragé par l'article 8 (j) de la CDB et couvert par l'article 3 du Protocole de Nagoya.

Champ d'application temporel

Les négociations, notamment sur le champ d'application temporel du Protocole de Nagoya de l'article 3 n'ont pas mené à un accord et le texte proposé dans le projet de protocole a été abandonné. Ainsi, le Protocole de Nagoya ne contient pas de disposition explicite sur son champ d'application temporel.

Au lieu de cela, la disposition par défaut sur la rétroactivité de la Convention de Vienne sur le droit des traités s'applique. Selon l'article 28 de cette convention, un traité ne doit pas être appliqué rétroactivement sauf si les pays choisissent de donner à un traité un tel effet. En outre, un traité ne peut s'appliquer à tout acte ou tout fait antérieur à la date d'entrée en vigueur de ce traité au regard de cette partie ou dans le cas d'une situation révolue à cette date. Cela signifie que l'accès aux ressources génétiques avant l'entrée en vigueur de la CDB se situe en dehors de la portée temporelle de la CDB car les obligations de l'APA n'ont vu le jour qu'une fois que la CDB fut entrée en vigueur. En outre, le fait de suggérer que le Protocole de Nagoya s'applique aux situations antérieures à l'entrée en vigueur de la CDB serait contraire au principe de rétroactivité.

Toutefois, cela ne signifie pas que les questions temporelles aient entièrement été résolues. Une question en suspens est de savoir si les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques acquises après l'entrée en vigueur de la CDB, mais avant l'entrée en vigueur du Protocole de Nagoya sont comprises dans le champ d'application temporelle du Protocole dès que celui-ci entre en vigueur. D'une part, un accès antérieur au Protocole pourrait être considéré comme un fait qui a eu lieu ou une situation qui avait cessé d'exister avant la date de l'entrée en vigueur de ce traité en ce qui concerne cette partie. D'autre part, l'article 3 s'applique aux ressources génétiques dans le champ d'application de l'article 15 de la Convention, qui est entrée en vigueur en 1993 et aux avantages découlant de leur utilisation. Depuis lors, l'article 15 (5) de la CDB exige le CPCC pour l'accès aux ressources génétiques pour leur utilisation (sauf si une Partie en décide autrement), alors que l'article 15 (7) se réfère au partage des avantages sur les résultats de la recherche et de développement et des avantages découlant de l'utilisation commerciale et autre des ressources génétiques.

L'article 5 (1) du Protocole de Nagoya sur le partage des avantages prévoit que les Parties au Protocole partagent de manière juste et équitable les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, ainsi que des applications et de la commercialisation subséquentes avec la partie qui fournit juridiquement ces ressources génétiques. Cela implique le partage des avantages découlant des utilisations nouvelles et continues des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques lorsque l'utilisation a eu lieu après l'entrée en vigueur du Protocole, malgré les cas où les ressources/connaissances ont été acquises après l'entrée en vigueur de la CDB. Il ne s'agit pas d'une application rétroactive du Protocole de Nagoya puisque les obligations résultent de faits nouveaux, et que la règle générale d'interprétation sur la rétroactivité stipule que les obligations conventionnelles s'appliquent à tout fait, acte ou situation qui n'a pas cessé d'exister.

Ainsi, en résumé, le Protocole de Nagoya s'applique aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées à ces ressources acquises après l'entrée en vigueur du Protocole pour une Partie. Le Protocole ne s'applique pas aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées à ces ressources dont l'acquisition est antérieure à la CDB. Les avantages issus des ressources génétiques et des connaissances traditionnelles associées à de telles ressources acquises avant l'entrée en vigueur du Protocole mais après l'entrée en vigueur de la CDB peuvent aussi être régis par les Parties dans le cas d'usages nouveaux et continus.

Champ d'application géographique

L'article 15 de la CDB s'applique uniquement aux ressources génétiques sur lesquelles les États exercent des droits souverains. La question se pose alors de savoir ce qu'il en est en dehors de ces limites, en particulier dans les zones marines situées au delà des juridictions nationales (ZADJN) et en Antarctique (voir aussi la section E de l'introduction).

■ Zones marines situées au delà de la juridiction nationale

La relation entre la CDB et le Droit de la mer est régie par l'article 22 (2) de la CDB, qui demande aux Parties à la CDB de mettre en œuvre des mesures sur le milieu marin, conformément à leurs droits et obligations en vertu du Droit de la mer. Cela inclut le droit coutumier et le droit découlant de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (CNUDM). L'article 4 (a) de la CDB prévoit que ses dispositions, notamment l'article 15, s'appliquent aux zones situées dans les limites de la juridiction nationale. Selon la CNUDM, les droits et les responsabilités des États côtiers s'étendent aux eaux intérieures et territoriales, aux zones économiques exclusives et aux plateaux continentaux élargis, de sorte qu'ils sont couverts par le champ d'application du Protocole de Nagoya.

En ce qui concerne les ZADJN, la haute mer et les fonds marins profonds, l'article 4 (b) de la CDB prévoit que l'État est également responsable de la réglementation des activités menées dans le cadre de sa juridiction ou de son contrôle. On peut dire que cela pourrait inclure l'exploitation des ressources génétiques effectuée par des ressortissants et des navires battant pavillon d'un État.

Cependant, il est important de noter que l'article 3 du Protocole de Nagoya se réfère au champ d'application de l'article 15 de la CDB plutôt que le champ d'application « général » de la CDB énoncé dans son article 4. Cela indique que les Parties ne souhaitent pas lier le champ d'application géographique du Protocole de Nagoya au champ d'application juridictionnel de l'article 4 (b) de la CDB, car cela aurait soulevé la question de savoir si le Protocole s'applique ou non aux ZADJN. Par conséquent, le point de départ de l'APA dans les ZADJN reste que ces zones ne font pas parties du champ d'application du Protocole de Nagoya (Koester, 2012, p. 16).

■ L'Antarctique

Le système du Traité sur l'Antarctique est un ensemble d'accords régissant le secteur au sud du 60° de latitude sud. Ses principes de base sont la consécration de l'Antarctique à des fins pacifiques, la poursuite de la recherche scientifique et la préservation de l'environnement en Antarctique (Andersen et al., 2010, p. 21). Le Protocole de Nagoya ne s'applique pas actuellement aux matériaux collectés dans la zone couverte par le Traité sur l'Antarctique. Les Parties au Traité sur l'Antarctique ont convenu de ne pas faire valoir leurs revendications territoriales entre elles, rendant similaire le matériel sujet de la zone du Traité sur l'Antarctique à celui sur les ZADJN. Ce matériel se trouve également au-delà de la juridiction des États qui ne sont ni demandeurs ni Parties au Traité sur l'Antarctique (Buck et Hamilton, 2011, p. 57). En fin de compte, il n'existe pas de réglementation relative aux droits de propriété pour les organismes vivants dans la zone de l'Antarctique et donc aucune partie pouvant fournir le CPCC ou les CCCA (Andersen et al., 2010, p. 21).

Encadré 11 : Ressources se situant hors du champ d'application du Protocole de Nagoya

Les éléments suivants ne sont pas couverts par les dispositions sur l'accès de l'article 15 de la CDB et n'entrent pas dans les définitions figurant à l'article 2 du Protocole de Nagoya et donc ne déclenchent aucune disposition d'APA dans le cadre du Protocole :

- les ressources génétiques utilisées comme des marchandises en vrac (utilisations typiques des ressources biologiques) ;
- les ressources génétiques acquises avant l'entrée en vigueur de la CDB ;
- les ressources génétiques acquises dans les zones au-delà des limites de la juridiction nationale (par exemple, en haute mer, dans les fonds marins profonds, dans la zone couverte par le Traité sur l'Antarctique) ;
- les ressources génétiques pour lesquelles une Partie décide de ne pas exiger de CPCC (article 15 (5) de la CDB) ;
- les ressources génétiques humaines ; et
- les dérivés accessibles indépendamment des ressources génétiques.