

Article 5

Partage juste et équitable des avantages

1. Conformément aux paragraphes 3 et 7 de l'article 15 de la Convention, les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des applications et de la commercialisation subséquentes sont partagés de manière juste et équitable avec la Partie qui fournit lesdites ressources et qui est le pays d'origine de ces ressources ou une Partie qui a acquis les ressources génétiques conformément à la Convention. Ce partage est soumis à des conditions convenues d'un commun accord.
2. Chaque Partie prend des mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, dans le but d'assurer que les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques qui sont détenues par les communautés autochtones et locales, conformément à la législation interne relative aux droits établis desdites communautés sur ces ressources, sont partagés de manière juste et équitable avec ces communautés selon des conditions convenues d'un commun accord.
3. Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, pour appliquer le paragraphe 1.
4. Les avantages peuvent inclure mais ne sont pas limités aux avantages monétaires et non monétaires énumérés à l'annexe.
5. Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, afin que les avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques soient partagés de manière juste et équitable avec les communautés autochtones et locales détentrices de ces connaissances. Ce partage s'effectue selon des conditions convenues d'un commun accord.

A. Contexte

Le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques – notamment par l'accès approprié aux ressources génétiques, le transfert de technologies appropriées, et le financement – est au cœur de la Convention sur la diversité biologique (CDB) (article 1 de la CDB). Le partage juste et équitable des avantages est l'un des trois objectifs de la CDB, qui sont étroitement interreliés. Grâce au partage des avantages, la CDB vise à faire en sorte que les avantages de la biodiversité – à la fois monétaires et non monétaires – apportent aux pays et aux communautés riches en biodiversité les motivations et le soutien financier nécessaires pour la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité. En outre, dans le contexte de l'accès aux ressources génétiques, le partage équitable des avantages a été décrit comme faisant partie d'un « grand marchandage » (Gollin, 1993, pp. 159, 163). Le partage des avantages peut être vu comme une conséquence logique de la reconnaissance des droits des pays et des communautés sur les ressources génétiques et sur les connaissances traditionnelles associées à ces ressources. Il découle également de l'application du

principe d'équité, qui exige que les bénéfices soient partagés avec tous ceux qui ont contribué aux processus scientifiques, de gestion et de développement qui ont généré ces avantages.

Jusqu'à ce jour, le partage juste et équitable des avantages – en dépit de son rôle fondamental dans la CDB – a été largement négligé dans la mise en œuvre juridique et politique. La plupart des législations, des politiques et des études sur l'accès et le partage des avantages (APA) n'avaient examiné qu'une seule facette de l'équation, en se concentrant sur la défense des droits sur les ressources génétiques et les connaissances traditionnelles associées à ces ressources et sur la mise en place de procédures et exigences d'accès (Tvedt et Young, 2007). Par conséquent, un élément important dans les discussions menant à l'article 5 du Protocole de Nagoya s'avère être la clarification des éléments déclencheurs, des obligations et des approches possibles pour le partage juste et équitable des avantages, ainsi que le lien entre ces obligations et les exigences relatives à l'accès. Il est important de noter que, bien que l'article 5 porte principalement sur les ressources génétiques, le paragraphe 5 aborde également le partage des avantages dans le contexte des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales (CAL).

B. Explication

1. Conformément aux paragraphes 3 et 7 de l'article 15 de la Convention, les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques et des applications et de la commercialisation subséquentes sont partagés de manière juste et équitable avec la Partie qui fournit lesdites ressources et qui est le pays d'origine de ces ressources ou une Partie qui a acquis les ressources génétiques conformément à la Convention. Ce partage est soumis à des conditions convenues d'un commun accord.

Le paragraphe 1 de l'article 5 du Protocole de Nagoya, conjointement avec le paragraphe 3, énonce l'obligation de partager les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques. L'article 5 réaffirme les exigences relatives au partage des avantages établies par l'article 15 de la CDB. Néanmoins, l'article 5 (1) utilise une formulation plus rigide sur l'obligation de partager les bénéfices. En outre, compte tenu de la définition de l'« utilisation des ressources génétiques » dans le Protocole, l'article 5 (1) met en avant des points importants dans la compréhension du lien entre le partage des avantages et les exigences d'accès.

Obligation de partager les avantages

L'article 5 du Protocole de Nagoya commence par affirmer que les avantages « sont partagés ». Il réaffirme ainsi les exigences de partage des avantages de la CDB qui oblige les Parties à prendre des « mesures législatives, administratives ou politiques » dans le but de partager les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques avec la Partie contractante qui fournit ces ressources. Demander de telles mesures, plutôt que le partage des avantages lui-même, s'est avéré être une reconnaissance du fait que la plupart des avantages de l'utilisation des ressources génétiques sont générés dans le secteur privé et serait partagés principalement sur la base d'accords mutuels (Glowka et al., 1994). Maintenant, l'article 5 (1) insiste sur l'obligation de partage des avantages alors que l'article 5 (3) se réfère à des mesures législatives, administratives ou politiques comme moyens de mise en œuvre de cette obligation.

Utilisation des ressources génétiques

Le paragraphe 1 établit que les avantages à partager, conformément au champ d'application du Protocole de Nagoya, sont ceux qui découlent de l'« utilisation des ressources génétiques ». La CDB fait déjà référence à un partage juste et équitable des avantages « résultant de l'utilisation des ressources génétiques ». Avec le Protocole de Nagoya définissant acuellement et distinguant plus clairement l'« utilisation des ressources génétiques » de l'accès à ces ressources, le partage des avantages est confirmé comme un ensemble distinct d'exigences, qui peuvent ou non être liées aux procédures d'accès. La définition de l'« utilisation des ressources génétiques », qui pourrait avoir lieu longtemps après l'acquisition des ressources génétiques et impliquer d'autres pays ou organisations, affecte la manière dont les exigences d'accès, notamment, le consentement préalable donné en connaissance de cause (CPCC), sont comprises et appliquées (voir l'explication de l'article 6 pour une analyse complète de l'utilisation du terme « accès »). Cela signifie également que, avec la recherche et le développement sur la composition génétique et/ou biochimique de ressources génétiques, au-delà de l'applicabilité des conditions d'accès, le partage juste et équitable des avantages serait pertinent.

Utilisations et commercialisation subséquentes

En outre, l'article 5 (1) se réfère à la nécessité de partager les avantages découlant des « applications et de la commercialisation subséquentes ». Cette référence répond aux préoccupations que le partage des avantages ne peut être efficace que s'il s'étend aux produits et procédés développés le long de la chaîne de valeur. Au cours des négociations, des points de vue différents se sont manifestés quant à savoir si et comment le partage des avantages couvrirait ces produits et procédés. Cette discussion est souvent liée au terme « dérivés », qui, entre ses différentes significations a également été compris comme étant le résultat des activités humaines utilisant des ressources génétiques. L'article 2 définit un dérivé comme un « composé biochimique qui existe à l'état naturel résultant de l'expression génétique ou du métabolisme de ressources biologiques ou génétiques » – adoptant une autre de ses interprétations. Pourtant, l'article 5 (1) précise que les exigences de partage des avantages portent sur les « applications et la commercialisation subséquentes des ressources génétiques ». Par exemple, les obligations de partage des avantages s'étendent aux avantages découlant de la caractérisation et de l'évaluation des propriétés médicinales des molécules d'un type de baie, du développement d'une composition à base de ces molécules en tant qu'ingrédients dans les produits nutraceutiques et la commercialisation de tels ingrédients. Il convient toutefois de noter que le partage des avantages par rapport aux produits finis n'a pas été résolu et n'est pas mentionné dans le Protocole de Nagoya.

Juste et équitable

Les avantages doivent être partagés « de manière juste et équitable ». Encore une fois, il s'agit de la même formulation que dans l'article 15 de la CDB. Comme dans la CDB, le concept « juste et équitable » n'est pas défini. Sans doute, il ne pourrait avoir une définition unique de ce qui est « juste et équitable », étant donné que le contenu de ces concepts dépend d'une situation particulière ou d'un cas spécifique. Comme indiqué dans les Lignes directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages résultant de leur utilisation (les Lignes directrices de Bonn), ce qui est considéré comme juste et équitable dans les types de prestations et les obligations de partage des avantages et des procédures varie « à la lumière des circonstances » (paragraphe 45).

Néanmoins, comme d'autres instruments internationaux se sont entendus sur des facteurs pour évaluer le caractère juste et l'équité, des critères similaires pourraient être trouvés dans le contexte de l'APA. Par exemple, les Lignes directrices de Bonn déclarent que les avantages doivent être partagés « entre tous ceux qui ont été identifiés comme ayant contribué à la gestion de la ressource ou au processus scientifique et/ou commercial » (paragraphe 48). La justice et l'équité devraient donc refléter les différentes contributions proportionnelles dans la répartition des avantages – que ces contributions aient pris la forme de connaissances, d'innovations ou de valeur ajoutée – effectuées par des individus, des communautés ou des organisations dans les processus de recherche, de développement ou de commercialisation ayant généré ces avantages. Une autre approche, qui pourrait également trouver des fondements dans les Lignes directrices de Bonn, serait de dire que c'est la justice et l'équité du processus qui définit celle du résultat. Des informations précises sur les utilisations prévues, sur la façon dont la recherche et le développement aura lieu, sur l'intervention de tiers et les avantages potentiels – tous répertoriés par les Lignes directrices de Bonn comme des renseignements pouvant être nécessaires dans les demandes d'accès – seraient donc les facteurs qui permettraient aux Parties et autres intervenants de déterminer efficacement ce qui est juste et équitable dans les circonstances particulières.

Partie fournissant les ressources

En vertu du paragraphe 1, les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques doivent être partagés avec la Partie qui fournit les ressources « qui est le pays d'origine de ces ressources ou une Partie qui a acquis les ressources génétiques conformément à la Convention ». Cette formulation est une reprise textuelle de l'article 15 (3) de la CDB – une disposition qui exclut deux circonstances des exigences du partage des avantages :

- Les ressources génétiques acquises auprès du fournisseur avant l'entrée en vigueur de la CDB, et
- Les ressources génétiques acquises illégalement après l'entrée en vigueur de la CDB (par exemple, si une Partie qui obtient des ressources génétiques illégalement, cherche des avantages en fournissant ces ressources à un tiers).

Conditions convenues d'un commun accord

L'article 5 (1) confirme que le partage des avantages repose sur des conditions convenues d'un commun accord (CCCA), tel qu'établi par la CDB. Les CCCA constituent l'accord conclu entre les fournisseurs et utilisateurs de ressources génétiques sur les conditions d'utilisation des ressources et les avantages à partager. Par exemple, les CCCA peuvent comprendre les conditions, les obligations, les procédures, les types, le calendrier, la distribution et les mécanismes des avantages à partager. Les Lignes directrices de Bonn et le Protocole de Nagoya lui-même présentent des conseils à cet égard. En général, les négociations sur les CCCA ont été envisagées comme ayant été menées parallèlement avec le processus du CPCC, alors qu'il peut en être autrement. Les CCCA peuvent être négociées plus tard, notamment au moment de l'utilisation prévue ou effective des ressources génétiques ou de la concrétisation de certains travaux de recherche, de développement ou d'étapes marquantes dans la commercialisation.

2. Chaque Partie prend des mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, dans le but d'assurer que les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques qui sont détenues par les communautés autochtones et locales, conformément à la législation interne relative aux droits établis desdites communautés sur ces ressources, sont partagés de manière juste et équitable avec ces communautés selon des conditions convenues d'un commun accord.

Le paragraphe 2 de l'article 5 met l'accent sur les avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques qui sont détenues par les CAL. La reconnaissance explicite du fait que les CAL peuvent détenir des droits en matière de ressources génétiques a été considérée comme progressiste dans le contexte du Protocole de Nagoya (Bavikatte et Robinson, 2011, p. 35). Les communautés autochtones et locales ont longtemps critiqué la CDB de reconnaître seulement les États comme souverains sur leurs ressources génétiques, ignorant les droits de propriété des peuples autochtones situés dans les mêmes territoires (Harry et Kanehe, 2005). Les Lignes directrices de Bonn n'étaient pas allées aussi loin que d'appeler au respect des droits des communautés « associées aux ressources génétiques auxquelles il est demandé » (paragraphe 31). Néanmoins, la référence dans les Lignes directrices de Bonn sur la nécessité de respecter « les droits légaux établis des communautés autochtones et locales » a fourni la reconnaissance que de tels droits existent, ouvrant ainsi la voie à un libellé plus ferme dans le Protocole de Nagoya. En outre, la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (adoptée en 2007) a reconnu les « droits inhérents » des peuples autochtones, notamment ce qui concerne leurs terres, territoires et ressources. L'intégration de ces droits dans le Protocole de Nagoya et le fait de donner du poids et du sens aux dispositions de la CDB sur ces questions suit cette logique.¹

Néanmoins, le libellé de l'article 5 (2) reste moins puissant que l'article 5 (1). L'article 5 (1) exige le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques. L'article 5 (2) fait référence aux « mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, avec l'objectif d'assurer » le partage juste et équitable des avantages. En outre, l'article 5 (2) se réfère aux ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales « conformément à la législation interne » relative aux « droits établis » desdites communautés sur ces ressources génétiques. Les exigences de partage des avantages, dans le cas des ressources génétiques détenues par les communautés autochtones et locales sont donc liées à la législation interne et à la reconnaissance de leurs droits sur les ressources génétiques. La question, cependant, est de savoir si dans ce contexte, la référence à l'expression « conformément à la législation interne », met l'accent sur le rôle facilitateur de l'Etat dans la mise en œuvre des droits des communautés autochtones et locales sur les ressources génétiques plutôt que sur la détermination de ces droits. Un argument en faveur de la première interprétation pourrait être que, lors des négociations du Protocole de Nagoya, l'expression « conformément à la législation interne » était considérée comme moins restrictive que la formulation « sous réserve de la législation nationale », formulation utilisée dans l'article 8(j) de la CDB.

¹ Buck et Hamilton ont également noté que la reconnaissance, dans le Protocole de Nagoya, de la détention des droits par les CAL sur les ressources génétiques est le résultat de développements récents dans le discours relatif aux droits des peuples autochtones. Voir Buck et Hamilton, 2011, p. 48.

3. Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, pour appliquer le paragraphe 1.

Le paragraphe 3 de l'article 5 reprend la discussion des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, plus généralement, en incorporant des références aux mesures législatives, administratives, ou de politique générale comme approches possibles pour la mise en œuvre des obligations prévues au paragraphe 1. Comme dans l'article 15 (7) de la CDB, qui demande à toutes les Parties de prendre des mesures pour réaliser un partage juste et équitable des avantages, l'obligation de l'article 5 (3) du Protocole de Nagoya ne s'étend pas seulement aux pays qui fournissent l'accès aux ressources génétiques, mais aussi aux pays où la recherche, la commercialisation et le développement basés sur la biodiversité ont habituellement lieu. En conséquence, l'article 5 (3) est étroitement lié à d'autres dispositions du Protocole de Nagoya sur l'avancement du respect des exigences APA, incluant les articles 15, 16 et 17.

Encadré 14 : Référence à « selon qu'il convient » dans l'article 5

L'article 5 contient des références à « selon qu'il convient » dans les paragraphes 2, 3 et 5. L'utilisation de cette expression s'est avérée une source de discordance lors des négociations du Protocole de Nagoya, vu que certains pays l'ont interprété comme impliquant que les obligations des États à prendre des mesures pour assurer le partage des avantages ne sont pas obligatoires. Dans les trois cas, « selon qu'il convient » se réfère aux obligations des Parties à prendre des mesures. Il convient de souligner, en particulier en ce qui concerne l'article 5 (5), qu'il n'y a pas de potentiel pour une telle qualification affectant la reconnaissance des droits sous-jacents des communautés autochtones et locales. Néanmoins, la compréhension la plus plausible de cette expression ne se réfère pas à la nature optionnelle des mesures de partage des avantages, ce qui serait étrange dans un document juridiquement contraignant dont l'objectif est le partage juste et équitable des avantages. Au contraire, la référence à « selon qu'il convient » signifie que les parties sont libres de choisir les mesures, c'est-à-dire de choisir celles qui sont « convenables », pour mettre en œuvre le partage des avantages.

4. Les avantages peuvent inclure mais ne sont pas limités aux avantages monétaires et non monétaires énumérés à l'annexe.

Le Protocole de Nagoya, à travers l'article 5 (4), reconnaît expressément qu'il peut y avoir des avantages monétaires et non monétaires découlant de l'utilisation des ressources génétiques. Le paragraphe 4 se réfère également à l'annexe du Protocole, qui contient une liste indicative des avantages monétaires et non monétaires, tirée de l'appendice II des Lignes directrices de Bonn. L'article 15 de la CDB couvre déjà les avantages monétaires et non monétaires. En particulier, il a noté les avantages à partager comme les résultats de la recherche et du développement ainsi que ceux découlant de l'utilisation commerciale et d'autres usages des ressources génétiques. L'article 15 a également fait référence aux articles 16 et 19 de la CDB qui abordent le transfert de la technologie et les avantages découlant de l'utilisation biotechnologique des ressources génétiques.

La référence à des avantages monétaires et non monétaires dans ce paragraphe, ainsi que la liste complète et diversifiée de prestations possibles dans l'annexe, met en évidence les différentes façons dont la recherche, le développement et la commercialisation relatives aux ressources génétiques peuvent

être négociés et structurés pour le partage juste et équitable des avantages. Il est important de noter que bon nombre d'avantages non monétaires énumérés à l'annexe sont plus directs, immédiatement disponibles, s'échelonnent sur le long terme, et – surtout – contribuent à la conservation. À cet égard, le paragraphe 4 de l'article 5 est également étroitement lié à l'article 9 du Protocole, qui souligne le lien entre le partage des avantages et la conservation de la biodiversité et l'utilisation durable de ces éléments. En outre, les avantages non monétaires jouent un rôle important en essayant de définir des scénarios « gagnant-gagnant ». Ils sont particulièrement adaptés à l'application du principe de « grande valeur pour le fournisseur, faible coût marginal pour l'utilisateur ». Par exemple, le partage d'informations sur des questions comme la présence d'espèces envahissantes ou la pêche illégale dans les zones reculées d'une réserve marine, est facile à réaliser pour des chercheurs et peut s'avérer extrêmement utile pour les autorités locales de surveillance de ressources concernées.

5. Chaque Partie prend les mesures législatives, administratives ou de politique générale, selon qu'il convient, afin que les avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques soient partagés de manière juste et équitable avec les communautés autochtones et locales détentrices de ces connaissances. Ce partage s'effectue selon des conditions convenues d'un commun accord.

Conjointement avec l'article 7, l'article 5 (5) constitue la disposition centrale du Protocole de Nagoya sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Les deux dispositions doivent donc être considérées et interprétées conjointement. L'article 5 (5) traite de l'obligation des Parties à veiller au partage des avantages avec les communautés autochtones et locales, en fonction des CCCA, lorsque les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques détenues par ces CAL sont utilisées. Ce faisant, l'article 5 (5) – ainsi que l'article 7 – confirment indirectement qu'en vertu du Protocole, les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques vont de pair avec les communautés autochtones et locales ayant généré ces connaissances. Cette conclusion découle du Protocole qui envisage seulement le partage des avantages avec les communautés autochtones et locales dans le contexte des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques et non avec les Parties.² Bien que le préambule reconnaisse des « formes particulières » où les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques seraient perçues comme un plus vaste patrimoine national, de telles formes ne sont pas envisagées dans les dispositions du Protocole de Nagoya, notamment en ce qui concerne les exigences d'accès et de partage des avantages.³ Il semblerait donc que l'article 5 (5) du Protocole ne porte que sur les connaissances traditionnelles pouvant être retracées dans une ou plusieurs CAL identifiées.

² Pour une opinion concordante, voir Buck et Hamilton, 2011, p. 48.

³ Pour une critique de cette position du Protocole de Nagoya, voir Nijar, 2011a.

Encadré 15 : Droits aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le contexte de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle et de la Banque mondiale

La position du Protocole de Nagoya sur laquelle se fondent les droits sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques est conforme à l'approche adoptée dans les négociations en cours sur les connaissances traditionnelles menées sous les auspices du Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore de l'Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI), ainsi qu'avec la politique opérationnelle de la Banque mondiale sur les peuples autochtones.

Les États membres de l'OMPI sont en train de négocier un instrument international sur la réglementation des droits et des connaissances traditionnelles (Projet d'instrument sur les savoirs traditionnels de l'OMPI). L'article 2 du projet d'instrument contient présentement un certain nombre d'ébauches de propositions alternatives pour identifier les bénéficiaires de la protection des connaissances traditionnelles. Tous ces éléments prennent la position principale, qu'en tant que règle générale, les droits acquis sur les connaissances traditionnelles sont détenus par les peuples autochtones ou les communautés locales qui ont créé les connaissances, tant que ce peuple ou cette communauté peut être identifié (e).

Dans le même ordre d'idées, la politique opérationnelle de la Banque mondiale sur les peuples autochtones (OP 4.10) dans son paragraphe 19, proclame que les communautés autochtones doivent être d'accord avant que leurs ressources et connaissances culturelles soient développées commercialement par des non-membres. En outre, conformément au paragraphe 19, lorsqu'un emprunteur développe commercialement les ressources et connaissances culturelles des peuples autochtones, des arrangements permettant le partage des avantages par les peuples autochtones concernés devraient être convenus.

Obligation de partager les avantages

Quant au contenu de cette disposition, comme indiqué, l'article 5 (5) oblige les Parties à prendre des mesures pour que lorsque les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques soient utilisées, les avantages découlant de cette utilisation soient partagés avec les communautés autochtones et locales concernées. Conformément à l'article 5 (5), le partage des avantages avec les communautés autochtones et locales est donc obligatoire. Le libellé de l'article 5 (5) est particulièrement sans détours, compte tenu des formulations de la CDB sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. L'article 8(j) de la CDB, a seulement demandé aux Parties, sous réserve de leur législation nationale, d'« encourager » le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. En revanche, l'article 5 (5) du Protocole renforce les impératifs pour le partage des avantages en matière de connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. Cela reflète la reconnaissance internationale croissante des droits des CAL à maintenir, contrôler et développer leurs connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, ainsi que les obligations des États à prendre des mesures efficaces pour reconnaître et protéger l'exercice de ces droits (voir l'article 31 de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones).

Il est également important de noter que, par rapport à d'autres dispositions du Protocole de Nagoya, l'article 5 (5) contient moins de mises en garde (en ce qui concerne la qualification de « selon qu'il convient », voir encadré 14). Le libellé du paragraphe 5 est également plus ferme que dans d'autres dispositions pour le partage des avantages dans le Protocole. En comparaison avec le paragraphe 2, par exemple, les Parties sont tenues de prendre des mesures pour le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, plutôt que des mesures plus générales « dans le but d'assurer » qu'un tel partage des avantages ait lieu. En outre, il n'existe aucune référence au partage des avantages en fonction de l'existence de droits spécifiques sur les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, sur la façon dont ces droits ont été établis, ou sur leur conformité avec la législation interne. Comme indiqué, la référence aux connaissances traditionnelles « détenues » par les CAL doit être interprétée comme signifiant que la connaissance peut être retracée dans l'une ou plusieurs communautés autochtones et locales afin que le Protocole de Nagoya puisse s'appliquer.

Utilisation des connaissances traditionnelles

Le Protocole de Nagoya ne définit pas « l'utilisation des connaissances traditionnelles ». Toutefois, Dans la CDB et le Protocole, les exigences sur le partage juste et équitable des avantages visent à reconnaître et à récompenser la contribution des connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales à l'égard de la recherche et du développement sur les ressources génétiques. En effet, les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques continuent d'être largement prises en compte dans la recherche et le développement, étant donné qu'elles fournissent souvent des informations utiles sur les propriétés et la gestion des composantes de la biodiversité. L'article 5 (5) établit clairement l'obligation pour les Parties de prendre des mesures pour que, dans ces cas, il y ait un partage juste et équitable des avantages avec les communautés autochtones et locales détenant les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques utilisées.

Conditions convenues d'un commun accord

Comme dans l'article 5 (1), ce paragraphe confirme que le partage des avantages repose sur les CCCA. Autrement dit, les conditions, les obligations, les procédures, les types, le calendrier, la distribution et les mécanismes de partage des avantages doivent être convenus d'un commun accord par les fournisseurs et les utilisateurs des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques. En règle générale, ces négociations sont menées parallèlement au processus de CPCC, mais – comme dans le cas de l'utilisation des ressources génétiques – il n'en est pas toujours ainsi.

En effet, un problème subsiste, à savoir dans quelle mesure les conditions d'accès sont liées aux conditions de partage des avantages, en particulier en ce qui concerne les connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, liées au champ d'application temporel du Protocole de Nagoya. Il a été souligné que les dispositions d'accès dans le protocole sont formulées d'une manière suggérant qu'elles sont uniquement applicables aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques accédées après l'entrée en vigueur du Protocole. Il a également été discuté qu'à partir de cette conclusion, il s'ensuit naturellement que les mêmes conditions s'appliquent aux dispositions de partage des avantages (Buck et Hamilton, 2011, p. 57). Cependant, ce n'est pas nécessairement le cas. En l'absence d'une disposition explicite à cet effet, le Protocole

peut difficilement être interprété comme ayant un effet rétroactif dans le sens où il devrait aussi y avoir partage des avantages au regard de l'usage antérieur. Toutefois, il s'agit d'une autre question lorsque la connaissance traditionnelle associée aux ressources génétiques est accédée préalablement au Protocole de Nagoya, mais que son utilisation continue après l'entrée en vigueur du Protocole. Rien dans la formulation de l'Article 5(5) ne suggère que cette disposition ne doit pas être appliquée à de tels cas.

Avantages monétaires et non monétaires

Finalement, il est important de souligner, que malgré la succession des paragraphes, les avantages monétaires et non monétaires ont une pertinence égale dans les situations impliquant les droits, les connaissances et les pratiques des CAL. De la même façon, il existe également une panoplie de mesures que les Parties, tant dans leur rôle de fournisseur ou d'utilisateur de ressources génétiques, peuvent prendre afin de faire avancer le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques.

Encadré 16 : Les expressions « connaissances traditionnelles » et « communautés autochtones et locales »

L'expression « connaissances traditionnelles » n'est pas une expression technique. Il n'existe actuellement aucune définition juridique formelle de cette expression, ni même au sein de la CDB. Dans les négociations sur le Protocole de Nagoya, certaines délégations ont fait valoir la nécessité d'inclure une définition formelle sur les connaissances traditionnelles dans le but de définir clairement les limites de l'objet de la protection. D'autres ont estimé que le terme était suffisamment explicite pour les finalités du Protocole, en particulier dans le contexte de l'article 8 (j) de la CDB. Cette dernière position a prévalu. Compte tenu de l'absence de définition, l'expression « connaissances traditionnelles » dans le Protocole doit être comprise à la lumière de l'article 8 (j) de la CDB. Ceci suggère que le Protocole, en général, se rapporte aux connaissances associées aux ressources génétiques développées par les CAL dans un contexte culturel à travers leurs modes de vie traditionnels (voir aussi les propositions de définition des connaissances traditionnelles effectuées au cours des négociations sur le projet d'Instrument de l'OMPI sur les savoirs traditionnels). En outre, il convient de souligner que la connaissance n'a pas nécessairement besoin d'être ancienne pour être considérée comme traditionnelle. Au lieu de cela, l'adjectif « traditionnelles » fait référence au contexte dans lequel le savoir a été généré et non le moment où cela s'est produit.



Comme dans la convention elle-même, le Protocole de Nagoya, y compris l'article 5 (5), rassemble les « peuples autochtones » et les « communautés locales » dans l'expression « communautés autochtones et locales ». Bien que l'utilisation du terme « CAL » soit conforme aux pratiques courantes de la CDB, elle pourrait engendrer quelques complications. Le droit international reconnaît les peuples autochtones comme des sujets de droit distinct. En tant que sujets de droit international, les peuples autochtones jouissent de certains droits sur les connaissances traditionnelles et les ressources génétiques enracinées dans les sources juridiques internationales autres que le Protocole de Nagoya. Le débat sur la nature exacte et le champ d'application de ces droits est en cours. Mais, comme l'existence générale de ces droits n'est pas contestée, le Protocole doit être mis en œuvre en conformité avec ces droits. D'un autre côté, les « communautés locales », ne sont pas des sujets de droit international pour des raisons juridiques et ne peuvent donc pas bénéficier des obligations juridiques internationales. Par conséquent, en ce qui concerne les communautés locales, le Protocole de Nagoya doit être mis en œuvre sans tenir compte des sources juridiques internationales relatives aux peuples autochtones. Le protocole doit bien sûr toujours interagir avec les constitutions et lois internes qui reconnaissent et accordent des droits aux communautés locales. Pourtant, les peuples autochtones détiennent des droits sous-jacents aux ressources génétiques et aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques dans le cadre du droit international tandis que les communautés locales ne détiennent ces droits qu'en vertu du droit interne. Les dispositions du Protocole de Nagoya référant aux CAL pourraient donc s'appliquer différemment pour les peuples autochtones et locales communautés.