

Article 6

Accès aux ressources génétiques

1. Dans l'exercice de ses droits souverains sur ses ressources naturelles et conformément aux dispositions législatives ou réglementaires internes en matière d'accès et de partage des avantages, l'accès aux ressources génétiques en vue de leur utilisation est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie qui fournit lesdites ressources, qui est le pays d'origine desdites ressources ou une Partie qui les a acquises conformément à la Convention, sauf décision contraire de cette Partie.
2. Conformément à son droit interne, chaque Partie prend, selon qu'il convient, les mesures nécessaires pour s'assurer que le consentement préalable donné en connaissance de cause ou l'accord et la participation des communautés autochtones et locales sont obtenus pour l'accès aux ressources génétiques, dès lors que leur droit d'accorder l'accès à ces ressources est établi.
3. Conformément au paragraphe 1 ci-dessus, chaque Partie qui exige le consentement préalable donné en connaissance de cause prend, selon qu'il convient, les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées pour :
 - (a) Assurer la sécurité juridique, la clarté et la transparence de ses dispositions législatives ou réglementaires internes en matière d'accès et de partage des avantages ;
 - (b) Prévoir des règles et procédures équitables et non arbitraires sur l'accès aux ressources génétiques ;
 - (c) Mettre à disposition des informations sur la manière de solliciter un consentement préalable en connaissance de cause ;
 - (d) Prévoir une décision écrite d'une autorité nationale compétente, qui soit rendue de façon claire et transparente, sans engendrer de coûts excessifs, et dans un délai raisonnable ;
 - (e) Prévoir la délivrance, au moment de l'accès aux ressources génétiques, d'un permis ou d'un document équivalent attestant de l'adoption de la décision d'accorder le consentement préalable en connaissance de cause et de la conclusion de conditions convenues d'un commun accord, et notifier le Centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages en conséquence ;
 - (f) S'il y a lieu et conformément à la législation interne, établir des critères et/ ou procédés pour l'obtention du consentement préalable en connaissance de cause ou l'accord et la participation des communautés autochtones et locales à l'accès aux ressources génétiques ;



- (g) **Établir des règles et des procédures claires relatives à la demande et à l'établissement de conditions convenues d'un commun accord. Ces conditions doivent être arrêtées par écrit et peuvent inclure, entre autres :**
- (i) **Une clause sur le règlement des différends ;**
 - (ii) **Les conditions de partage des avantages, compte tenu également des droits de propriété intellectuelle ;**
 - (iii) **Les conditions de l'utilisation ultérieure par des tiers, le cas échéant ; et**
 - (iv) **Les conditions de changement d'intention, le cas échéant.**

A. Contexte

Avant la Convention sur la diversité biologique (CDB), les ressources génétiques étaient considérées comme accessibles sans aucune obligation de la part de l'utilisateur de partager les bénéfices avec les pays fournisseurs. La CDB a changé cette perception en confirmant que ces ressources sont assujetties à la souveraineté territoriale de chaque pays où elles se trouvent (préambule et articles 3 et 15 (1) de la CDB). Cela implique que les États ont le droit de déterminer les règles et conditions d'accès aux ressources génétiques en fonction de leurs lois nationales, incluant notamment, si existante, la législation relative à l'accès et au partage des avantages (APA). La CDB a également soumis l'accès aux ressources génétiques au consentement préalable en connaissance de cause (CPCC) de la Partie qui fournit lesdites ressources, sauf en cas de décision contraire de cette Partie (article 15 (5)) ainsi qu'aux conditions convenues d'un commun accord (CCCA) (article 15 (4)). Elle a néanmoins exigé des États qui fournissent des ressources génétiques de faciliter l'accès et de ne pas imposer de restrictions allant à l'encontre de ses objectifs (article 15 (2)). En contrepartie de l'accès, les utilisateurs de ressources génétiques ont l'obligation de partager les avantages avec les fournisseurs (article 15 (7)). Les ressources génétiques se trouvant dans le champ d'application de la CDB ne peuvent donc pas être traitées en tant que telles comme étant librement accessibles. La CDB a défini son champ d'application dans l'article 15 (3) aux ressources génétiques fournies par une Partie contractante qui est le pays d'origine de ces ressources ou une Partie qui les a acquis conformément à la CDB.

La CDB est ainsi devenu le premier instrument international à :

- reconnaître les droits souverains des États sur les ressources génétiques relevant de leur compétence,
- reconnaître l'autorité des États découlant des droits souverains de réglementer et de contrôler l'accès,
- clarifier le lien entre les droits souverains et l'accès aux ressources génétiques et
- établir le principe du partage des avantages.

L'article 6 du Protocole de Nagoya repose principalement sur les différents éléments de l'article 15 de la CDB (dans les paragraphes 1, 2, 3, et 5) qui traitent de l'état des ressources génétiques et des conditions et exigences pour l'accès. L'article 6 est la principale disposition traitant de l'accès aux

ressources génétiques dans le Protocole. Il précise les droits et obligations des fournisseurs dans la réglementation de l'accès aux ressources génétiques.

Le paragraphe 1 réaffirme le droit souverain des États sur leurs ressources naturelles et par conséquent, l'autorité de réglementer l'accès aux ressources génétiques selon les dispositions législatives et réglementaires internes en matière d'APA et sous réserve du CPCC de la partie qui fournit ces ressources. Au paragraphe 2, est introduit un nouveau scénario qui n'existait point dans le droit international sur l'accès avant l'arrivée du Nagoya Protocole : le droit des communautés autochtones et locales (CAL) de déterminer l'accès aux ressources génétiques dès lors que leur droit d'accorder l'accès à ces ressources est établi. Enfin, le paragraphe 3, contenant sept sous-paragraphe, présente une liste des mesures que les Parties qui fournissent des ressources génétiques assujetties au processus de CPCC doivent prendre. En vertu de la CDB, aucune mesure concrète n'a été prévue pour faciliter l'accès aux ressources génétiques et empêcher l'imposition de restrictions qui vont à l'encontre de ses objectifs, comme le prévoit l'article 15 (2) de la CDB. Les mesures visées à l'article 6 (3) du Protocole de Nagoya peuvent être considérées comme une concrétisation de l'article 15 (2) de la CDB.¹

B. Explication

1. Dans l'exercice de ses droits souverains sur ses ressources naturelles et conformément aux dispositions législatives ou réglementaires internes en matière d'accès et de partage des avantages, l'accès aux ressources génétiques en vue de leur utilisation est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la Partie qui fournit lesdites ressources, qui est le pays d'origine desdites ressources ou une Partie qui les a acquises conformément à la Convention, sauf décision contraire de cette Partie.

Le paragraphe 1 réaffirme les droits souverains des États sur leurs ressources naturelles. Selon ces droits, les États ont le droit de réglementer et contrôler l'accès aux ressources génétiques assujetties à leurs dispositions législatives ou réglementaires nationales en matière d'APA.

Consentement préalable donné en connaissance de cause

L'article 6 (1) du Protocole de Nagoya déclare que l'accès aux ressources génétiques pour leur utilisation est soumis au CPCC de la Partie qui fournit lesdites ressources, sauf décision contraire de cette Partie. La formulation « soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause » semble impliquer que l'accès nécessite le CPCC, qui est l'autorisation donnée par la Partie qui fournit les ressources génétiques à un utilisateur avant d'accéder aux ressources.

Le concept du CPCC prend son origine au début des années 1980, lorsque l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture a promu le Code international de conduite pour la distribution et l'utilisation des pesticides². Il est basé sur le principe que, avant une activité risquée, les personnes concernées et les personnes autorisées à prendre des décisions devraient être informées en détail sur les risques potentiels afin d'être en mesure de prendre une décision éclairée. En ce sens, il est utilisé

1 Voir la Décision VII/19 de la CdP 7 de la CDB, Document UNEP/CBD/CDP/DEC/VII/19.

2 Consultez le : www.pan-uk.org/archive/Internat/IPMinDC/pmn5.pdf (dernière visite 8 janvier 2012).

pour protéger les États importateurs contre les risques environnementaux et sanitaires. En vertu de la CDB, le concept a été utilisé différemment. Premièrement, il vise à protéger la Partie qui fournit les ressources génétiques et non celle qui les acquiert. En d'autres termes, le risque abordé via le CPCC dans le cadre de la CDB est l'incertitude juridique. Deuxièmement, il précède le consentement de la Partie qui fournit les ressources pour l'accès à ces ressources et leur exportation ultérieure. Pour cela, le pays fournisseur (représenté par son autorité nationale compétente) doit être informé à l'avance et en détail sur la recherche planifiée ou toute activité de bioprospection (c'est-à-dire l'activité d'accès). C'est sur la base des informations fournies par un potentiel utilisateur qu'une partie fournisseur prendra une décision pour octroyer ou non l'accès.

En pratique, la partie fournisseur octroie son CPCC par l'émission d'un permis d'accès. L'émission d'un permis ou son équivalent est une exigence obligatoire dans le cadre du Protocole de Nagoya là où l'accès est soumis au CPCC (article 6 (3) (e)). La manière, l'étendue et à la procédure via lesquelles le CPCC doit être obtenu sont régies par des réglementations d'accès nationales. Celles-ci peuvent exiger que le CPCC soit également obtenu d'autres parties prenantes, par exemple, des communautés autochtones et locales, si l'accès demandé porte sur des ressources génétiques sur lesquelles les CAL détiennent le droit d'octroyer l'accès (voir l'article 6 (2)) ou sur des connaissances traditionnelles associées (voir l'article 7). 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) de 2002 ont élaboré une liste et de possibles éléments d'un CPCC dans les paragraphes 27 à 40 (voir documents complémentaires).

La « conditionnalité » du CPCC

Toutefois, il est important de noter que le paragraphe 1 laisse à la Partie fournisseur le choix de décider si le CPCC est requis ou non. En conformité avec l'article 15 (5) de la CDB, l'article 6 (1) du Protocole de Nagoya déclare que : «... l'accès est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause ... sauf décision contraire de cette Partie ». Cela donne à l'État un certain nombre d'options soient :

- d'exiger le CPCC dans tous les cas d'accès,
- d'exiger le CPCC pour l'accès à certains types de ressources génétiques,
- d'exiger le CPCC pour l'accès aux ressources génétiques à des fins particulières, ou
- d'exempter l'utilisateur de tout CPCC dans tous les cas d'accès (une partie peut également renoncer au CPCC, mais exiger une notification d'accès).

Un problème se pose lorsque l'État est silencieux en ce qui concerne les exigences – c'est-à-dire lorsqu'il n'est pas expressément précisé si le CPCC de L'État est nécessaire. Une lecture du paragraphe 1 suggère que le CPCC est obligatoire, sauf dérogation accordée par la Partie concernée. En fait, à un moment donné du processus de négociation l'option quant à cette clause était « à moins qu'une Partie renonce à son droit souverain par une décision nationale affichée au Centre d'échange d'informations sur l'accès et le partage des avantages ».³ Sur cette base, il y a une indication que l'intention des négociateurs étaient de conclure que, tant que le pays ne déclare pas clairement que le CPCC n'est pas nécessaire, il faut supposer le contraire. Pourtant, certains pays – tels les pays industrialisés – n'ont traditionnellement pas réglementé l'accès aux ressources génétiques.

3 UNEP/CBD/WG-APA/9/ING/1.

L'hypothèse générale d'après laquelle les ressources génétiques peuvent être accédées dans ces pays sans qu'il soit nécessaire de consulter les autorités étatiques est risquée. En effet, les raisons motivant un pays donné à ne pas réglementer l'accès restent floues – par exemple, le silence pourrait indiquer que le pays n'est pas encore en conformité avec ses obligations en vertu de l'article 6 (Koester, 2012, note 102). Dans tous les cas, l'entité demandant l'accès aux ressources génétiques devrait adopter une approche prudente similaire aux cas de silence ; c'est-à-dire, qu'on doit supposer que le CPCC est exigé à moins que la Partie fournisseur ait clairement renoncé à son droit au CPCC au titre de l'article 6 (1) du Protocole. Certains utilisateurs, comme l'industrie du poisson, considèrent même qu'il est sage de confirmer avec le correspondant national si l'exigence CPCC a été levée (Ornamental Aquatic Trade Association Ltd, 2011).

Définition de l'accès aux ressources génétiques

La CDB et le Protocole de Nagoya ne définissent pas « l'accès aux ressources génétiques ». Le premier définit les « ressources génétiques » (article 2). Il s'agit du matériel génétique ayant une valeur effective ou potentielle. Le « matériel génétique » désigne tout matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité (article 2). Par conséquent, les ressources génétiques se définissent comme étant tout matériel d'origine végétale, animale, microbienne ou autre contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité qui possèdent une valeur effective ou potentielle. Ce sont les parties des ressources biologiques nécessaires ou utilisées pour leur matériel génétique et non pour leurs autres attributs (Glowka et al., 1994, p. 76). Elles ne sont pas des produits ou des marchandises sur le marché commercial.

Toutefois, le paragraphe 1 dispose que l'accès aux ressources génétiques est soumis au CPCC lorsque ces ressources sont demandées dans le but d'être utilisées (c'est-à-dire pour leur utilisation telle que définie à l'article 2 du Protocole de Nagoya et non pas à d'autres fins). La question vitale pour décider si le CPCC est nécessaire est donc la suivante : Dans quel but l'accès à une ressource naturelle contenant des ressources génétiques est-il demandé ? Deux scénarios sont alors possibles :

- L'accès à une ressource naturelle est demandé pour son utilisation en tant que marchandise – cela signifie, par exemple, que l'accès à la forêt est demandé pour l'extraction de bois ou pour la chasse. Cette demande se trouve hors du champ d'application du Protocole de Nagoya. Cet usage n'est couvert ni par l'article 15 de la CDB (Glowka et al., 1994, p. 76) ni par l'article 6 du Protocole de Nagoya.
- L'accès aux ressources génétiques est demandé pour leur utilisation telle que définie à l'article 2. La demande entre alors dans le champ d'application du Protocole de Nagoya et l'exigence relative au CPCC sera déclenchée sauf en cas de décision contraire de la Partie qui fournit les ressources génétiques.

Ainsi, afin de différencier ces deux cas, une Partie fournissant des ressources génétiques doit vérifier si une demande d'accès pour l'utilisation de ses ressources génétiques est contraire à sa législation ou ses mesures relatives à l'APA. Néanmoins, le Protocole de Nagoya semble laisser certains scénarios d'accès non résolus. La réglementation de l'accès aux ressources génétiques pour leurs qualités génétiques (non pas pour leur utilisation comme matières premières) mais sans lien évident avec l'utilisation semble floue. Par ailleurs, il n'est pas évident de savoir comment s'appliqueront les exigences de CPCC et de partage des avantages quand il s'agit de ressources génétiques accédées soit en tant que matières premières ou sans lien évident avec l'utilisation dans le cas où un intérêt à en faire usage surviendrait dans le futur.

En ce qui concerne le premier cas, une lecture de l'article 6 (1) indique que le Protocole de Nagoya n'exclut pas, l'accès aux ressources génétiques sans lien évident avec l'utilisation, issue de la régularisation par la législation APAMais plutôt de l'obligation relative au CPCC. Par ailleurs, l'article 3 du Protocole de Nagoya s'applique aux ressources génétiques comprises dans le champ d'application de l'article 15 de la CDB, qui soumet tout accès aux ressources génétiques à la législation nationale de l'État concerné. Un exemple concret de l'accès aux ressources génétiques sans lien évident avec l'utilisation est l'accès à des fins de recherche fondamentale. Conformément à l'article 8 du Protocole de Nagoya, l'accès à des fins de recherche fondamentale est encore soumis à la législation APA de la Partie fournissant les ressources génétiques (voir l'explication de l'article 8). Par conséquent, on peut affirmer que le Protocole couvre également les cas d'accès aux ressources génétiques pour leur matériel génétique en excluant leur utilisation.

Dans le second cas, dans lequel un intérêt pour l'utilisation des ressources génétiques survient plus tard, la question est de savoir si c'est la collecte d'une ressource qui déclenche les exigences de CPCC ou (seulement) si cela survient au moment où l'intention d'utiliser la ressource se développe (ce que l'on appelle changement d'intention). En ce qui concerne la première compréhension, il est important de noter que le Protocole de Nagoya fait de nombreuses références à « l'accès aux ressources génétiques ». Un examen attentif de ces dispositions, indique que le protocole distingue deux actes : l'accès (prendre) des ressources génétiques et leur utilisation (voir, par exemple, le paragraphe 8 du préambule, l'article 6(1), et l'annexe 1(a)). Si « accéder » était synonyme « d'utiliser », le terme « utilisation » serait superflu. Bien que le Protocole semble indiquer que le CPCC précède l'utilisation (dans le meilleur scénario), des cas d'utilisation avant l'obtention du CPCC peuvent aussi être imaginés. En d'autres termes, une situation de quasi accès a posteriori pourrait survenir à la suite d'un changement de l'objectif initial de la prise des ou l'accès aux ressources génétiques – c'est-à-dire après que les ressources génétiques aient quitté le territoire d'une Partie. Ceci suggère que l'exigence de CPCC peut également être déclenchée à n'importe quelle étape en aval de la recherche, en appui à la compréhension faite ci-dessus.

La définition de l'utilisation des ressources génétiques est donc utile pour interpréter « l'accès aux ressources génétiques pour leur utilisation », comme cela semble élargir le concept de ressources génétiques aux dérivés/composés biochimiques. Cela signifierait l'intention de mener des activités de recherche et de développement sur les produits dérivés/composés biochimiques qui déclencheront des exigences de CPCC. Pour les ressources génétiques qui sont accédées comme des marchandises ou à des fins autres que l'utilisation par les Parties qui demandent un CPCC pour l'utilisation, la nécessité d'inclure une clause de reprise en cas de changement d'intention, ainsi que l'importance du respect des obligations et des mesures de surveillance s'avèrent évidentes.

L'utilisation est donc essentielle non seulement comme élément déclencheur du partage des avantages (voir aussi la discussion sur l'article 5), mais aussi dans le contexte de l'accès.

Partie fournisseur

L'article 6 (1) précise en outre que la Partie qui fournit les ressources peut être soit le pays d'origine de ces ressources ou une Partie qui a acquis les ressources génétiques conformément à la CDB.

L'article 2 de la CDB définit le pays d'origine comme un pays où les ressources génétiques se trouvent dans des conditions *in-situ* – c'est-à-dire qu'elles existent au sein de leurs écosystèmes et habitats naturels (Glowka et al., 1994, p. 18.). Cependant, certaines espèces ont existé pendant longtemps en étant éloignées de leur origine dans des conditions *in-situ* et font partie intégrante d'écosystèmes

et d'habitats nouveaux. Un pays où ces espèces existent également est considéré comme un pays d'origine (Glowka et al., 1994, p. 18). Mais il existe plusieurs ressources génétiques domestiquées et cultivées. La domestication et la culture sont le résultat d'une intervention humaine à travers la sélection et la reproduction des plantes, des animaux ou des microbes au cours des siècles afin de répondre aux besoins des êtres humains. Ce procédé donne de nouvelles ou du moins, des caractéristiques très différentes à ces organismes qui diffèrent de ceux qui se trouvent dans des conditions *in-situ*. Pour ces ressources génétiques, le pays d'origine est considéré comme celui où elles ont développé leurs caractères distinctifs (Glowka et al., 1994, p. 18).

Une Partie sera considérée comme ayant acquis les ressources génétiques conformément à la CDB si des CCCA ont été établies et qu'un CPCC a été octroyé (article 15 (4) et (5) de la CDB). Deux situations doivent être distinguées à cet égard :

- Lorsque les ressources génétiques ont été acquises avant l'entrée en vigueur de la CDB (avant le 29 décembre 1993) – il s'agit alors d'une question relative au champ d'application. Les exigences des CCCA et du CPCC de la CDB deviennent obligatoires seulement après l'entrée en vigueur de la CDB. Ainsi, les ressources génétiques acquises avant cette date ne peuvent pas être considérées comme ayant été acquises en violation de la CDB. En outre, ces ressources génétiques se trouvent hors du champ d'application de la CDB en ligne avec le principe juridique de non-rétroactivité des traités bien établi par le droit international (voir également l'explication de l'article 3). Cela signifie que les dispositions d'un traité ne peuvent pas obliger une Partie sur des actes, des faits ou des situations qui précèdent son existence ainsi que son entrée en vigueur pour cette Partie.
- Lorsque les ressources génétiques ont été acquises par une Partie après l'entrée en vigueur de la CDB, mais sans satisfaire les exigences relatives aux CCCA et au CPCC de la Partie qui fournit les ressources – il s'agit d'une question de légalité. Cette acquisition pourrait être qualifiée de violation de la CDB si deux conditions sont remplies. Premièrement, l'accès doit avoir eu lieu après que la CDB soit entrée en vigueur pour la Partie qui a acquis les ressources génétiques. Deuxièmement, l'accès aux ressources génétiques de la Partie fournisseur doit être assujéti aux exigences de CPCC, tel qu'expliqué précédemment.

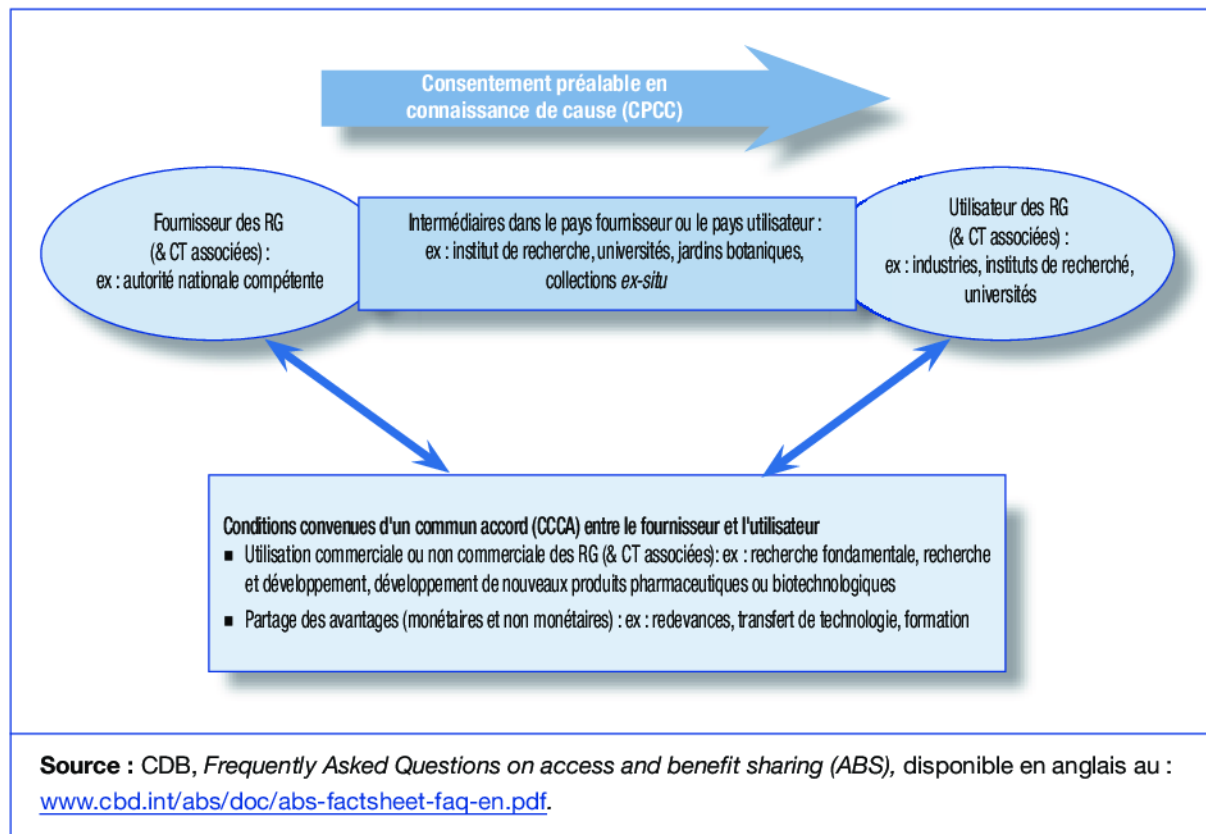
Une Partie en possession de ressources génétiques acquises en violation des exigences de la CDB ne peut être considérée comme Partie fournisseur.

Relation entre le CPCC et les CCCA

Enfin, dans le contexte de l'article 6 (1), il est également important de comprendre la relation entre le CPCC et les CCCA. La CDB prévoit que « L'accès, lorsqu'il est accordé, est régi par des conditions convenues d'un commun accord et est soumis aux dispositions du présent article » (article 15 (4)). Selon la logique de cet article, les CCCA devraient précéder le CPCC, comme le consentement pour l'accès fait suite (ou se base) sur les CCCA. Cependant, les CCCA pourraient être convenues dans la procédure du CPCC créé par le fournisseur (Glowka et al., 1994, p. 81). « Les conditions convenues d'un commun accord » indiquent clairement que les termes conclus par les parties et sur lesquels l'accès aux ressources génétiques se base doivent résulter d'un consensus. La mise en place des CCCA, que sont les termes et conditions de l'APA (voir également l'explication de l'article 5), représente donc une quasi phase de négociation entre la Partie fournissant des ressources génétiques et la Partie demandant l'accès – qu'elle soit un individu, une société, une institution, une communauté ou un État. Une liste indicative des CCCA typiques est fournie au paragraphe 44 des Lignes directrices de

Bonn (voir Textes complémentaires). Les CCCA forment normalement le contenu de l'accord entre les Parties, souvent désigné comme un accord de transfert de matériel.

Schéma 5 : Visualisation des parties prenantes de l'APA et leur obligations relatives au CPCC et aux CCCA



2. Conformément à son droit interne, chaque Partie prend, selon qu'il convient, les mesures nécessaires pour s'assurer que le consentement préalable donné en connaissance de cause ou l'accord et la participation des communautés autochtones et locales sont obtenus pour l'accès aux ressources génétiques, dès lors que leur droit d'accorder l'accès à ces ressources est établi.

L'article 6 (2) du Protocole de Nagoya régit l'accès aux ressources génétiques où le CPCC ou l'approbation et la participation des communautés autochtones et locales est nécessaire. Il s'agit là d'une nouvelle approche dans le droit international de l'APA. Conformément à l'article 8 (j) de la CDB, les États doivent, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, favoriser (seulement) l'application sur une plus grande échelle des connaissances traditionnelles avec l'approbation et la participation des dépositaires de ces connaissances et encourager le partage équitable des avantages découlant de leur utilisation. L'article 6 (2) du Protocole de Nagoya reconnaît maintenant que les communautés autochtones et locales peuvent avoir le droit de donner l'accès, non seulement aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques, mais également aux ressources génétiques en tant que telles – c'est à dire les ressources génétiques sans connaissances traditionnelles associées. Il introduit également une exigence de CPCC ou d'approbation et de participation des communautés autochtones et locales pour l'accès à ces ressources. En outre, il définit le rôle d'une Partie dans le processus d'obtention du CPCC ou l'approbation et la participation des communautés autochtones et locales.

Conformément à son droit interne et selon qu'il convient

Il est important de mentionner d'abord qu'il y a une obligation pour chaque Partie de prendre des mesures dans le but de s'assurer que le consentement préalable donné en connaissance de cause ou l'approbation et la participation des communautés autochtones et locales soient obtenus dans les cas où ces communautés possèdent le droit établi d'accorder l'accès aux ressources génétiques. Ceci est indiqué par l'utilisation du terme « prend ».

Toutefois, l'obligation doit être remplie « conformément au droit interne », une formulation utilisée à plusieurs reprises dans le Protocole de Nagoya dans les contextes concernant les CAL (voir également les articles 5 (2), 7 et 12 (1)). Cela pourrait signifier que chaque Partie est libre de déterminer elle-même quelles mesures elle doit prendre. Cela pourrait également signifier que chaque Partie est libre de prendre des mesures en fonction de ce que la législation nationale exige ou permet. Cependant, certains auteurs sont d'avis que l'article 6 (2) limite le rôle de l'État à un rôle facilitateur pour la mise en œuvre des droits des communautés autochtones et locales sur les ressources génétiques plutôt que la détermination de ces droits. Une telle approche a été considérée comme plus favorable aux droits des communautés (Bavikatte et Robinson, 2011, p. 47). Un argument en faveur d'une telle compréhension est l'expression « Conformément à », qui est différente de l'expression utilisée à l'article 8 (j) de la CDB, « sous réserve de », qui soumettait les obligations des parties vis-à-vis des communautés autochtones et locales à la législation nationale.

Dans tous les cas, le paragraphe 2 n'est pas normatif en ce qui a trait aux mesures à prendre par les Parties. Il stipule que « chaque Partie prend des mesures, selon qu'il convient ». Ainsi, de telles mesures pourraient être d'ordre législatif, administratif ou politique ou toutes autres types de mesures que la Partie juge appropriée pour mettre en œuvre les obligations conformément à l'article 6 (2). L'accent est donc mis non pas sur le type de mesures à prendre, mais plutôt sur l'objectif. Par conséquent, il est prévu une diversité de mesures entre les pays, selon les systèmes juridiques nationaux ainsi que les contextes locaux (voir également l'encadré 14 sur le terme « selon qu'il convient » dans le contexte de l'article 5).

S'assurer que le CPCC ou l'accord et la participation des CAL

En prenant de telles mesures, chaque Partie doit avoir un objectif concret : faire en sorte que le CPCC ou l'approbation et la participation des CAL locales soient obtenus pour l'accès aux ressources génétiques. Cela confirme que ce n'est pas tant le genre de mesure qui importe, mais plutôt de savoir si ces mesures seront efficaces pour assurer que le CPCC ou l'approbation et la participation des communautés autochtones et locales soient obtenus.

Il est important de noter que dans ce contexte, l'article 6 (2) du Protocole de Nagoya semble donner une option entre le CPCC et l'approbation et la participation, ce qui indique que les mesures d'une Partie pourraient viser à faire en sorte que l'un des deux soit obtenu. Cependant, il n'est pas évident de saisir ce que l'« approbation et la participation » signifient ou impliquent et en quoi cela diffère du CPCC (voir l'explication de l'article 7 lorsque ces termes sont apparus pour la première fois dans les négociations relatives à l'accès aux connaissances traditionnelles associées aux ressources génétiques).

Droits établis des CAL

Cependant, l'obligation d'obtenir le CPCC ou l'approbation et la participation des communautés autochtones et locales conformément à l'article 6 (2), ne se déclenche que lorsque les communautés autochtones et locales ont le droit établi d'accorder l'accès à ces ressources. En d'autres termes, si les communautés autochtones et locales ne détiennent pas ce droit, une Partie n'est pas tenue de prendre des mesures dans le but de veiller à ce que leur CPCC ou leur approbation et participation soit obtenu. Une fois que l'obligation du CPCC ou d'approbation et de participation telle que prévue au paragraphe 2 est déclenchée, le paragraphe 3 (f) est aussi déclenché.

L'article 6 (2) du Protocole de Nagoya repose sur le paragraphe 31 des Lignes directrices de Bonn, où les droits établis des communautés autochtones et locales associées aux ressources génétiques ont d'abord été reconnus. Pourtant, l'utilisation de la formulation « dès lors que leur droit est établi » reste floue. En regardant en arrière dans les négociations, un point de vue est que cela provient de la tentative des communautés autochtones et locales de faire reconnaître leurs droits dans le Protocole de Nagoya tels que reconnus par le droit international (Bavikatte et Robinson, 2011, p. 46). Le Protocole ne fait aucune référence directe à cet effet, mais prend note dans le préambule de l'existence de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DNUDPA) et affirmant qu'aucune disposition dans le Protocole « ne peut être interprétée comme entraînant la diminution ou l'extinction de droits que les communautés autochtones et locales ont déjà ». Essentiellement, ces paragraphes du préambule donnent une indication que ces droits existent déjà.

Les droits pertinents des communautés autochtones et locales conformément à l'article 6 (2) englobent les droits sur leurs territoires et sur les ressources qui s'y trouvent ainsi que leur CPCC (voir également l'explication du préambule). Ces droits comprennent ceux établis par le droit international ainsi que le droit interne.

- **Le droit international :** La DNUDPA des Nations Unies, par exemple, est un instrument de droit international qui reconnaît les droits des communautés autochtones et locales. Toutefois, il convient de noter que la DNUDPA n'est pas un instrument juridiquement contraignant et sa mise en œuvre par les États est donc volontaire. En outre, même ces droits reconnus par un instrument juridiquement contraignant n'auront d'effet au niveau national seulement s'ils sont transposés par la Partie dans la législation nationale. En effet, le Protocole de Nagoya n'oblige pas les Parties à mettre en œuvre d'autres instruments de droit international.
- **Le droit interne :** Certains droits internes reconnaissent les droits des CAL sur leurs territoires et sur les ressources qui s'y trouvent. Dans ce cas, les Parties sont alors tenues de prendre les mesures appropriées, conformément au droit interne dans le but de veiller à ce que le CPCC ou l'approbation et la participation des communautés autochtones et locales soit obtenu pour l'accès à ces ressources. Il n'y a aucune indication dans le Protocole de Nagoya qui mentionne que les Parties sont tenues d'établir des droits au niveau interne en ce qui concerne les CAL où ces droits ne sont pas encore établis. Toutefois, il n'existe aucune contre-indication à ce que ces droits soient établis par le droit interne.

Finalement, il est important de noter que, même si l'article 6 (2) oblige uniquement les États à prendre des mesures pour veiller à ce que le CPCC ou l'approbation et la participation des communautés autochtones et locales soit obtenu là où ce droit d'accorder l'accès aux ressources génétiques est établi, les communautés autochtones et locales ne sont pas privées de leurs droits de prendre des mesures dans les limites de la législation nationale pertinente et devraient avoir la capacité de le faire.

3. Conformément au paragraphe 1 ci-dessus, chaque Partie qui exige le consentement préalable donné en connaissance de cause prend, selon qu'il convient, les mesures législatives, administratives ou de politique générale appropriées pour :

Le paragraphe 3 devrait être lu et compris conjointement avec le paragraphe 1. Cela signifie que dans la réglementation ou la détermination de l'accès aux ressources génétiques sujet au CPCC, une Partie qui fournit lesdites ressources doit prendre les mesures législatives, administratives ou de politique prescrites, selon qu'il convient, afin de créer un certain niveau d'aisance et de prévisibilité dans le processus d'accès pour les utilisateurs de ressources. Comme le terme « selon qu'il convient » l'indique, une Partie est libre de prendre l'un des trois types mesures : législative, administrative ou de politique générale. Le paragraphe 3 (a) - (g) donne une liste de ce qu'une Partie demandant le CPCC devrait chercher à atteindre par de telles mesures.

Si une Partie fournisseur n'exige pas le CPCC, cela ne signifie toutefois pas qu'elle est exemptée de l'obligation de faciliter l'accès comme l'exige l'article 15 (2) de la CDB (Glowka et al., 1994, p. 81). En effet, l'article 15 (2) oblige déjà chaque Partie contractante à s'efforcer « de créer des conditions propres à faciliter l'accès aux ressources génétiques ... et de ne pas imposer de restrictions allant à l'encontre des objectifs de la présente Convention ». Mais la CDB ne spécifie ni ne prévoit des mesures spécifiques de facilitation. Elle utilise également une terminologie juridique très délicate et floue en employant le terme « s'efforce », et pour lequel des opinions diverses se sont exprimées quant aux différents niveaux possibles du caractère volontaire ou involontaire de la mise en œuvre de cette obligation.

Il faut reconnaître que le manque de clarté juridique a été l'une des raisons de l'élaboration de lois restrictives d'APA dans de nombreux pays (traditionnellement) fournisseurs de ressources. Les fournisseurs ont pour la plupart pris le pouvoir accordé en vertu de l'article 15 (1) de la CDB, mais ne l'ont pas adapté en conséquence conformément à leurs obligations en vertu de l'article 15 (2). Cela a ainsi engendré de nombreux obstacles et défis pour les utilisateurs contrairement aux résultats espérés par la CDB et causé de la réticence à l'accès et l'utilisation des ressources génétiques avec, par conséquent, la perte des avantages potentiels pour les fournisseurs de ressources génétiques et les autres intervenants en matière d'APA.⁴

4 UNEP/CBD/WG-ABS/4/2.

Tableau 4 : Caractéristiques identifiables et impacts engendrés par les réglementations restrictives

Caractéristiques (négatives) identifiables	Impacts négatifs possibles						
	Délai (retard)	Coûteux	Compiqué	Lourd	Insécurité	Ambiguïté	Coûts élevés transactionnels
Procédures longues	✓	✓				✓	✓
Permis multiples	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
CPCC multiples	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Coûts multiples		✓	✓		✓		✓
Autres frais possibles		✓	✓		✓	✓	✓
Empiètement des procédures	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Source : Kamau et Winter, 2009.							

(a) Assurer la sécurité juridique, la clarté et la transparence de ses dispositions législatives ou réglementaires internes en matière d'accès et de partage des avantages ;

Le sous-paragraphe (a) exige que les mesures législatives, administratives et de politique générale prises par une Partie offrent la sécurité juridique, la clarté et la transparence. La sécurité juridique, la clarté et la transparence sont essentielles pour le processus d'APA, car elles ont la capacité de faciliter l'accès et l'utilisation des ressources génétiques et de contribuer à établir des CCCA qui soient conformes avec les objectifs de la CDB.⁵

« La sécurité juridique » est un principe de droit national et international qui veut que la loi fournisse à ceux qui lui sont soumis la possibilité de régulariser leur conduite avec certitude et protège ceux qui lui sont soumis de l'utilisation arbitraire du pouvoir étatique. En tant que telle, la sécurité juridique implique une exigence pour les lois, de ne pas être modifiées soudainement et que les décisions soient établies selon les règles juridiques – c'est à dire légales. Elle sert aussi fréquemment comme principe fondamental pour le développement de méthodes juridiques par lesquelles les lois sont élaborées, interprétées et appliquées (Maxeiner, 2010).

Les deux systèmes de droit civil et de *common law* reconnaissent le concept de sécurité juridique. Dans les deux traditions juridiques, elle est considérée comme une valeur de base pour la légalité des mesures législatives et administratives prises par les pouvoirs publics (Claes et al., 2009,

5 Décision V/8 de la CdP 5 de la CBD, Document UNEP/CBD/CDP/5/8.

pp. 92-93). Toutefois, le degré auquel le concept de sécurité juridique est incorporé au droit dépend de la jurisprudence nationale.

Le principe de clarté juridique est un autre principe fondamental de la primauté du droit telle que comprise dans le monde entier (Zolo, 2007). Elle exige que toute loi soit suffisamment précise et non contradictoire pour permettre à une personne de prévoir, à un degré raisonnable selon les circonstances, les conséquences d'une action donnée (Maxeiner, 2010).

La transparence juridique vise des processus décisionnels clairs – c'est-à-dire l'existence d'un ensemble clair de lois qui soient librement et facilement accessibles à tous, de structures de renforcement et d'un pouvoir judiciaire indépendant, capable d'offrir une protection contre l'utilisation arbitraire du pouvoir.

Encadré 17 : Le principe de la sécurité juridique dans le Droit de l'Union européenne

Le concept de sécurité juridique a une longue histoire en tant que principe général dans le Droit de l'Union européenne (UE) avec une application dans la jurisprudence de la Cour européenne de justice (CEJ). Dans son interprétation du droit de l'UE, la CEJ considère que la sécurité juridique exige que la loi soit certaine, soit claire, précise et prévisible dans ses implications juridiques (en particulier lorsqu'elle est appliquée à des obligations financières). L'adoption de lois qui ont un effet juridique dans l'UE doit donc :

- avoir une base juridique adéquate,
- être formulée d'une manière qui est clairement compréhensible par ceux qui sont soumis à la loi,
- ne pas être effective avant la publication (la non-applicabilité de la rétroactivité), et
- être rendues publiques pour permettre aux Parties de savoir quelle est la loi et de s'y conformer.

Source : Raitio, 2003 ; Chalmers et al., 2010.

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

Conformément au sous-paragraphe (b), les règles et procédures relatives à l'accès aux ressources génétiques d'un État fournisseur doivent être « équitables » et « non arbitraires ». Tous les deux ont à voir avec le traitement que la Partie fournisseur accorde aux Parties demandant l'accès aux dites ressources. L'« équité » signifie qu'une égalité de traitement des demandes d'accès aux ressources génétiques est accordée aux demandeurs nationaux et étrangers et aux demandeurs étrangers similaires de différentes Parties. Ce qui est « non arbitraire » est non dépendant de la discrétion « arbitraire » (c'est-à-dire d'un individu ou unilatérale). Cela est plutôt déterminé selon des normes et/ou des règles juridiques. Cela signifie également un exercice de pouvoir restreint.

Toutefois, dans l'exercice de son pouvoir pour déterminer l'accès, une Partie fournisseur peut élaborer des critères relatifs au CPCC se rapportant à des points d'intérêts spéciaux pour l'État pour lesquels des dérogations par rapport aux exigences non arbitraires et non discriminatoires peuvent être librement exercées. En ce qui concerne l'exigence de non discrimination, par exemple, une Partie peut choisir d'élaborer des règles qui visent à faire progresser la recherche et l'éducation locales, non commerciales sur la biodiversité et les écosystèmes. Pour cela, des règles et procédures d'accès peuvent accorder à un utilisateur local un permis de collecte de ressources génétiques dans un territoire qui est d'une importance stratégique pour le pays, mais en refuser l'octroi à un utilisateur étranger. Il peut également accorder l'accès aux ressources génétiques d'espèces fragilisées pour la recherche visant à rétablir les espèces, mais en refuser l'accès pour des fins commerciales.

(c) Mettre à disposition des informations sur la manière de solliciter un consentement préalable en connaissance de cause ;

Le sous-paragraphe (c) oblige les Parties nécessitant le CPCC à donner des directives aux utilisateurs sur la façon de présenter une demande de CPCC. Ces directives peuvent inclure des informations sur :

- Les autorités nationales accordant le CPCC (autorités nationales compétentes et/ou correspondant national),
- Les exigences spécifiques à remplir (par exemple, l'application et notamment les informations à fournir),
- Les procédures spécifiques à suivre, etc.

(d) Prévoir une décision écrite d'une autorité nationale compétente, qui soit rendue de façon claire et transparente, sans engendrer de coûts excessifs, et dans un délai raisonnable ;

Le sous-paragraphe (d) énonce l'obligation de la Partie fournisseur d'émettre un avis de décision par une autorité nationale compétente sous forme écrite. Si lu séparément, le sous-paragraphe ne donne pas une idée claire de la décision déduite. Toutefois, dans la logique des sous-paragraphe (c) et (e), il est évident qu'il se réfère à la décision d'accorder le CPCC. Une telle décision écrite doit être :

- claire et transparente,
- sans engendrer de coûts excessifs, et
- prise dans un délai raisonnable.

La disposition vise à atténuer certains des défis auxquels sont parfois confrontés les utilisateurs de ressources génétiques, notamment le manque de fiabilité des mesures du fournisseur, le retard dans la prise de décisions et les coûts de transaction élevés. La décision ne devrait donc pas être communiquée oralement mais écrite aussi clairement que possible – c'est-à-dire qu'elle doit être facile à comprendre et simple afin d'éviter différentes interprétations par les parties. En outre, elle devrait être rentable en termes de bénéfices attendus surpassant les coûts de transaction et, en général, en réduisant les coûts autant que possible. Enfin, elle doit arriver en temps opportun et éviter des délais excessifs, ce qui peut désavantager l'utilisateur (potentiel) ainsi qu'augmenter les coûts de transaction.

Il est difficile de définir la rentabilité et les délais raisonnables en termes de chiffres ou montant exacts ou d'une durée dans le temps. En outre, il sera difficile de parvenir à une application uniforme de ces

exigences par toutes les Parties, vu les infrastructures existantes, les ressources humaines ainsi que les complexités administratives variant d'un pays à l'autre. Cependant, comprendre les différentes préoccupations des différents utilisateurs – souvent dictées par des attributs sectoriels distincts – et avoir une procédure simple et flexible capable de les traiter au cas par cas, tout en évitant la bureaucratie accrue, pourrait se révéler très utile.

(e) Prévoir la délivrance, au moment de l'accès aux ressources génétiques, d'un permis ou d'un document équivalent attestant de l'adoption de la décision d'accorder le consentement préalable en connaissance de cause et de la conclusion de conditions convenues d'un commun accord, et notifier le Centre d'échange sur l'accès et le partage des avantages en conséquence ;

Selon le sous-paragraphe (e), le fournisseur doit s'assurer que les mesures appliquées permettent la délivrance d'un permis ou son équivalent à l'utilisateur au moment de l'accès. Un tel permis constitue une preuve que le CPCC a été accordée et que les CCCA ont été établies. Le permis d'accès doit tenir compte des conditions mutuellement convenues entre le demandeur et un ou plusieurs autorité(s) nationale(s) compétente(s) ou un correspondant national. Selon la pratique de nombreux États, une telle autorisation peut inclure :

- la description des espèces ou des organismes pouvant être accédés, incluant leur sexe et leur niveau de développement ;
- la description des sites où la collecte est autorisée ;
- le nombre et le volume des échantillons qui peuvent être collectés ;
- la période de temps pendant laquelle l'accès est accordé ;
- le consentement de tout groupe ou toute communauté concerné(e) ;
- les restrictions par les parties tierces de l'utilisation des ressources génétiques soumise au permis ;
- les exigences relatives au partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques, sujet à l'autorisation ;
- les dispositions garantissant la participation des institutions et individus nationaux dans toute recherche effectuée sur les ressources génétiques ;
- les exigences pour le transfert de technologie ;
- les exigences de compte-rendu et
- toutes autres conditions que l'autorité/les autorités nationales compétentes ou le correspondant national jugeront appropriées.

Une fois que le permis a été accordé, celui-ci doit être notifié par le fournisseur au Centre d'échange d'information sur l'accès et le partage des avantages (CE APA) établi en vertu de l'article 14 du Protocole de Nagoya. Un tel permis inscrit au CE APA doit constituer un certificat de conformité internationalement reconnu (article 17 (2) du Protocole) et servir de preuve que les ressources génétiques ont été accédées en conformité avec le CPCC de la Partie qui fournit ces ressources et que des CCCA ont été établies (article 17 (3)).

(f) S'il y a lieu et conformément à la législation interne, établir des critères et/ou procédés pour l'obtention du consentement préalable en connaissance de cause ou l'accord et la participation des communautés autochtones et locales à l'accès aux ressources génétiques ;

Le sous-paragraphe (f) oblige les Parties à élaborer des critères et/ou des procédés d'obtention du CPCC ou l'approbation et la participation des communautés autochtones et locales pour l'accès aux ressources génétiques (voir paragraphe 2). Cependant, chaque Partie fournissant des ressources génétiques n'est pas obligée de procéder de la sorte, comme l'implique le libellé de la disposition « s'il y a lieu ». Comme ce sous-paragraphe est directement lié à l'article 6 (2) du Protocole de Nagoya « s'il y a lieu » pourrait faire référence au fait que l'obligation en vertu du présent sous-paragraphe ne s'applique qu'à une Partie dans le cadre de la juridiction par laquelle les communautés autochtones et locales ont le droit établi d'accorder l'accès aux ressources génétiques.

Il est également intéressant de noter que les Parties établissent de tels critères et/ou processus « conformément à la législation interne ». Cela pourrait signifier que chaque Partie a la prérogative de décider quels critères et/ou procédés sont possibles en vertu de sa législation interne. Cela signifie bien sûr qu'il existerait une diversité de critères et/ou de procédés en raison de la diversité des législations nationales.

(g) Établir des règles et des procédures claires relatives à la demande et à l'établissement de conditions convenues d'un commun accord. Ces conditions doivent être arrêtées par écrit et peuvent inclure, entre autres :

Enfin, une Partie demandant le CPCC pour l'accès aux ressources génétiques pour leur utilisation devrait viser à élaborer des règles et procédures de demande et la mise en place des CCCA. Cela signifie que cette Partie doit établir des références quant au moment où les CCCA seront requises et préciser la façon dont les conditions doivent être mises en place – à savoir la procédure à suivre par les Parties pour les mettre en place. La disposition exige en outre que ces règles et procédures soient claires (voir le sous-paragraphe (d) ci-dessus) et que toutes les conditions établies par les Parties soient écrites. Les conditions écrites aident à stimuler la certitude et la transparence juridique puisqu'elles protègent les Parties contre tout changement soudain des conditions par l'une des Parties ou par des réclamations non fondées.

Le sous-paragraphe (g) fournit également une courte liste de termes qui peuvent être requis par une Partie fournisseur ainsi qu'établis entre les Parties. La formulation « peuvent inclure, entre autres » signifie que ces termes ne constituent pas une liste exhaustive mais plutôt indicative. Cela signifie également que la liste n'est pas normative. Les Parties sont donc libres de décider s'il y a lieu de les inclure dans leurs CCCA ou non. Ces mesures doivent également servir en tant que composantes complémentaires des éléments de l'article 18 du Protocole de Nagoya.

(i) Une clause sur le règlement des différends ;

Cela pourrait réglementer :

- comment les notifications des différends doivent être traitées, par exemple à travers une déclaration sous serment, via un envoi par télécopieur, ou via des moyens de communication électroniques ;

- un calendrier ;
- les options de résolution des conflits, telles que par la voie de la négociation de bonne foi, la médiation ou l'arbitrage ;
- la juridiction à laquelle les Parties soumettent tout processus de règlement des différends ; et
- la loi applicable (voir également l'explication de l'article 18 (1) du Protocole de Nagoya).

(ii) Les conditions de partage des avantages, compte tenu également des droits de propriété intellectuelle ;

Celles-ci pourraient préciser :

- les formes des avantages à partager, monétaires et/ou non monétaires,
- les avantages en pourcentage ou des montants fixes et
- les redevances ou paiements échelonnés.

(iii) Les conditions de l'utilisation ultérieure par des tiers, le cas échéant ; et

Celles-ci pourraient réglementer des questions telles que :

- Est-ce que l'utilisateur est autorisé à transférer la/les ressource (s) à un tiers ?
- Si oui, dans quelles conditions (c'est-à-dire quelles sont les obligations du bénéficiaire initial et quelles sont les obligations du bénéficiaire subséquent) ?

(iv) Les conditions de changement d'intention, le cas échéant.

Celles-ci pourraient clarifier des questions telles que :

- Comment un utilisateur pour des finalités non commerciales agit-il si le potentiel commercial est découvert et désiré ? (c'est-à-dire, est-ce que l'utilisateur doit renégocier les CCCA avec le fournisseur ? Est-ce que les avantages passeront de non monétaires à monétaires, ou est ce que les deux types d'avantages seront alors partagés ?)
- Qu'est-ce qui se passe avec les vaccins contre les pathogènes accédés en vertu de l'article 8 (b) du Protocole de Nagoya après qu'une situation d'urgence ait pris fin ?